

do direito constitucional austríaco, nos termos da reforma constitucional adotada em 1964⁶⁸. Essa postura é expressão da maior abertura do tribunal austríaco em face do direito internacional público em geral e remonta à Constituição austríaca de 1920, fortemente influenciada pelo internacionalismo de Hans Kelsen⁶⁹. Dessa maneira, pode-se observar uma autocompreensão constitucional que aponta para uma disposição mais acentuada de um diálogo transconstitucional com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Apesar de tradições culturais próximas no âmbito da sociedade em geral, a orientação adotada pelo Tribunal Constitucional austríaco em face da validade interna das normas da CEDH afasta-se sensivelmente do modelo seguido pelo Tribunal alemão, apontando para uma marcante diversidade de culturas constitucionais. Cabe advertir, porém, que o Tribunal Constitucional austríaco apresenta-se reticente no que concerne à obrigatoriedade das decisões do TEDH. Em relação aos princípios jurídicos constitucionais da organização estatal, entende que um julgamento do TEDH que interprete uma norma constitucional austríaca como contrária à Convenção não pode servir de base à sua decisão: nesse caso, a violação só pode ser sanada pelo "legislador constituinte". E, além disso, o Tribunal Constitucional austríaco argumentou que a transferência para um órgão internacional da função de desenvolvimento aberto da interpretação no âmbito constitucional, implicaria, ao pôr de lado o "legislador constituinte", uma "reforma total" da Cons-

de 12/10/1999, que a jurisprudência do TEDH "contribui diretamente para determinar a convicção jurídica" dos direitos fundamentais previstos na Constituição portuguesa (Acórdão n.º 533/99), e tem feito esforços para adaptar-se a essa jurisprudência (cf. Barreto, 2007, pp. 83 ss.).

68. Mediante essa reforma constitucional, atribuiu-se à Convenção Europeia de Direitos Humanos e ao seu 1.º Protocolo Adicional hierarquia constitucional. Aos seguintes Protocolos Adicionais foi conferido o caráter de reforma ou emenda constitucional (Mayer, 2007, p. 644).

69. Sobre o internacionalismo de Kelsen, ver Brunkhorst, 2008a; Bernstorff, 2008; Fassbender 2008. Sobre a contribuição de Kelsen no surgimento da Constituição austríaca e a influência dele na sua interpretação judicial e na ciência do direito constitucional austríaca, ver Öhlinger, 2008, que, porém, relativiza a sua influência perante as recentes transformações no método doutrinário e jurisprudencial (pp. 422 ss.), não por considerar a teoria de Kelsen "falsa", mas sim por avaliá-la insuficiente para enfrentar os novos desafios do direito constitucional austríaco (p. 424).

tuição nos termos do art. 44.3 do diploma constitucional austríaco e, portanto, exigiria a ratificação do povo austríaco⁷⁰. Dessa maneira, observa-se que também o Tribunal austríaco determinou condições jurídicas internas para a aplicabilidade interna das decisões do TEDH, apontando para a existência de "hierarquias entrelaçadas" ("*tangled hierarchies*") no sentido de Hofstadter⁷¹.

A posição do Conselho Constitucional francês em relação ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos aponta uma certa abertura para uma "conversa" construtiva. No caso da Decisão n.º 2004-505 DC, de 19 de novembro de 2004, o Conselho Constitucional recorreu, na fundamentação de seu Acórdão, à decisão do caso *Leyla Sahin v. Turquia* pelo TEDH, de 29 junho de 2004⁷², na qual se interpretou o art. 9.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos no sentido de que esse dispositivo deixa aos Estados-Membros uma margem de discricção ("*marge nationale d'appréciation*") para a disciplina da liberdade religiosa. Com base nessa interpretação, o Conselho Constitucional definiu sua posição de que os Estados são "livres" tanto para proibir as alunas islâmicas de usar o véu, como também para autorizá-las a fazê-lo⁷³.

Em relação à pluralidade de constitucionalismos europeus, impõe-se ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos uma posição flexível ao decidir com pretensão vinculante a respeito de casos que afetam diversos países, considerando também as autocompreensões constitucionais específicas e suas metamorfoses. Nesse sentido, a própria orientação do TEDH transforma-se, com o tempo, na admissão de ações para a proteção aos direitos humanos, em matéria idêntica à de ações anteriormente rejeitadas, em face de um mesmo país. No julgamento do caso *Goodwin v. United Kingdom*, em Acórdão de 11 de julho de 2002, por exemplo, observa-se que a evolução do direito interno dos Estados signatários da convenção serve de fundamento para uma reviravolta de jurisprudência do tribunal europeu. Até então, o Tribunal deixava aos Estados a

70. Decisão de 14/10/1987, *V/Sig*, 52, n.º 11500, 347, pp. 365 s.

71. Hofstadter, 1979, pp. 10 e 684 ss.

72. Caso *Leyla Sahin v. Turkey* (Application n.º 44774/98).

73. Conseil Constitutionnel, Décision n.º 2004-505 DC de 19/11/2004. Como essa decisão também envolve direito supranacional europeu, retornarei a ela no capítulo IV.

ainda quando fundamentados no art. 24.1 da Lei Fundamental, são colocados ao lado dos direitos fundamentais alemães e, portanto, não podem ser invocados imediatamente em uma reclamação constitucional⁶¹. Além disso, o Tribunal Constitucional Federal alemão, cuja orientação fixada no julgamento do caso *Caroline de Monaco II*, de 15 de dezembro de 1999 (na qual se deu maior peso à liberdade de imprensa na consideração da divulgação de fotos de Caroline de Mônaco, com restrições à proteção da intimidade de pessoas proeminentes)⁶², foi contrariada pela decisão do TEDH no caso *Caroline von Hannover v. Germany*, de 24 de junho 2004 (favorável à proteção da intimidade da autora em detrimento da liberdade de imprensa)⁶³, consolidou, no julgamento do caso *Görgülü*, de 14 de outubro de 2004⁶⁴, sua posição no sentido de estabelecer limites para a aplicação interna de decisões do TEDH, considerando a hipótese de que sejam consideradas contrárias aos direitos fundamentais e aos princípios do Estado de direito estabelecidos na Constituição alemã: o Tribunal Constitucional Federal alemão deve levar em conta as decisões do TEDH, mas não está vinculada a elas⁶⁵. No direito constitucional alemão, o texto da CEDH e a jurisprudência do TEDH servem como meios auxiliares de interpretação para determinar o conteúdo e a amplitude dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado de direito, desde que não levem à redução ou limitação da proteção dos direitos fundamentais prescritos na Lei Fundamental. No entanto, uma negação narcisista das normas das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos por parte dos tribunais estatais não parece suportá-

61. Walter, 1999, p. 974, propondo um avanço no sentido da primazia da Convenção.

62. BVerfGE 101, 361 (1999). A respeito dessa decisão, ver criticamente Lauer, 2007a, sustentando a tese de que "o 'direito de proeminência' deve ser considerado fundamentalmente como um direito patrimonial" (p. 146).

63. Caso *Caroline von Hannover v. Germany* (Application n.º 59320/00). A respeito, ver Rudolf, 2006; Hedigan, 2007.

64. BVerfGE 111, 307 (2004). A questão relaciona-se com a aplicação por tribunal alemão de decisão do Tribunal Europeu de Direito Humanos, que condena a Alemanha com base no art. 8.º da CEDH: Caso *Görgülü v. Germany* (Application n.º 74969/01), julg. 26/02/04. Cf. Hartwig, 2005, pp. 870-3.

65. Cf. Silva, V. A., 2009; Hoffmeister, 2006; Hartwig, 2005, pp. 874 ss.; Hoffmann, 2004, pp. 30 ss. Wahl, 2007, pp. 880-3.

vel no grau de integração europeia. Daí por que imprescindível, também para os tribunais nacionais envolvidos na solução de questões concernentes aos direitos humanos, o desenvolvimento de uma racionalidade transversal em face da ordem jurídica da CEDH. Qualquer unilateralidade pode ter efeitos destrutivos, irracionais, sobre a integração europeia no âmbito dos direitos humanos e fundamentais. Por essa razão, a jurisprudência constitucional alemã procura invocar o art. 53 da Convenção Europeia de Direitos Humanos: "Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte". Mas esse dispositivo deve ser interpretado em consonância com a competência do TEDH para interpretar, em última instância, os dispositivos da própria CEDH. O problema não consiste simplesmente em definir se uma disposição da Convenção foi interpretada para limitar os direitos fundamentais de um Estado, mas sim em determinar que tribunal tem competência para decidir se houve ou não essa limitação mediante interpretação. Nesse particular, o Tribunal alemão não se mostra disposto a se submeter, sem qualquer restrição, às orientações do TEDH, em toda e qualquer questão que venha a apresentar-se.⁶⁶

Em orientação bem diversa, o Tribunal Constitucional da Áustria posicionou-se pela imediata aplicação das normas da CEDH no âmbito interno⁶⁷, assumindo que a Convenção é parte integrante

66. Silva, V. A. (2009), analisando o caso sob a influência de Alexy, propõe um modelo de associação entre "sopesamento, racionalidade e ônus argumentativo". A respeito, ver *infra* Cap. IV.3.

67. Decisão de 14/10/1987, V/Sig. 52, n.º 11500, 347. Em sentido próximo, é a orientação do Tribunal Suíço, fixada em decisão de 15 de novembro de 1991, que qualificou a CEDH como um Tratado especial, cujas normas têm conteúdo de direito constitucional e são garantidas pelos mesmos procedimentos destinados à proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição suíça (BGE 117 Ib 367, pp. 370 s.). Cf. a respeito da posição da Suíça, Wahl, 2007, espec. pp. 886 ss., enfatizando um desenvolvimento mais favorável ao direito internacional nesse país do que na Alemanha (pp. 888 s.). O Tribunal Constitucional de Portugal, em uma posição intermediária, embora sustente que as questões constitucionais resolvem-se à luz das normas e princípios constitucionais, estabeleceu, em decisão

→ Mas a integração europeia não se dá no âmbito da CEDH

referentes aos direitos fundamentais, à democracia e justiça social não sejam descartados na vala da globalização, dando maior atenção à dimensão internacional em suas constituições⁵²; por outro, a resposta à crescente internacionalização da política e do direito reside na "ascensão da Constituição nas esferas supra-estatais", de tal maneira que o "direito internacional torna-se frutífero para fins constitucionais"⁵³. Em muitos casos, mesmo Estados constitucionais reagem a essa tendência, como se manifestou na posição dos EUA e da Grã-Bretanha em face do estabelecimento do Comitê de Direitos Humanos⁵⁴, como também na não-ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelos Estados Unidos. Em outros casos, as reservas feitas por certos Estados são declaradas nulas, como ocorreu por parte da Itália e da França contra a reserva dos EUA a respeito da pena de morte para menores de dezoito anos, na ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)⁵⁵. Mas também, em nome da comunidade internacional, reage-se ao desenvolvimento de experiências constitucionais que não correspondam ao modelo estrito do Ocidente desenvolvido⁵⁶. Essas situações apontam para uma ambigüidade no desenvolvimento do transconstitucionalismo. Mas isso não significa que não haja uma proliferação de problemas constitucionais na interface entre direito internacional e estatal, que, embora ainda esbarrem frequentemente com unilateralismo e incapacidade para "conversações constitucionais", têm encontrado, em algumas experiências institucionais, respostas satisfatórias. Alguns exemplos servirão para ilustrar essa nova constelação jurídico-constitucional.

Em primeiro lugar, cabe enfatizar a relação entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)⁵⁷ e as culturas jurídicas conso-

52. Biaggini, 2000, p. 454, referindo-se à experiência da nova Constituição suíça.

53. *Ibidem*.

54. Cf. Frohwein, 2000, p. 437.

55. *Ibidem*.

56. A esse respeito, afirma Koskenniemi (2002, p. 515): "Universalidade ainda parece ser uma parte essencial do pensamento progressista – mas também implica uma lógica imperial de identidade; eu te aceitarei, porém somente sob a condição de que eu possa pensar de ti o que penso de mim."

57. Esse Tribunal foi criado pelo Título II (artigos 19 a 51) da Convenção Europeia de Direitos Humanos – CEDH (Convenção para a Proteção dos Direitos do

lidadas das ordens constitucionais dos respectivos Estados europeus a ele vinculados⁵⁸. Embora o art. 46.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos estabeleça que "as Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes", não se verifica uma aplicação igual e harmônica da Convenção, não se apresentando como evidente nem plausível a pura imposição das decisões do TEDH contra as ordens constitucionais dos estados. As reações à Convenção e às decisões do Tribunal variam amplamente entre os Estados. Também o TEDH precisa ser capaz de aprendizado e adaptação diante dos desenvolvimentos das compreensões particulares dos direitos fundamentais nas diversas ordens jurídicas nacionais.

Na Alemanha, mesmo que se admita ter ocorrido um desenvolvimento no sentido de atribuir ao tratado uma hierarquia superior à lei ordinária⁵⁹, afirma-se ainda a fundamentação constitucional da CEDH⁶⁰. Isso implica que os direitos humanos da CEDH,

Homem e das Liberdades Fundamentais), que foi adotada em Roma em 4 de novembro de 1950 e entrou em vigor em 3 de setembro de 1953. A respeito, ver as informações contidas no sítio oficial do Conselho da Europa: <http://convention.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CL=ENG> (último acesso em 15/12/08).

58. Cf., p. ex., Wildhaber, 2005.

59. Em sentido contrário, Kemper (2005, p. 1511) afirma que a CEDH teria o mesmo nível de uma lei ordinária, apontando para a decisão de 26 de março de 1987, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BverfGE 74, 358), na qual se afirma (p. 370): "Na interpretação da Lei Fundamental, o conteúdo e o desenvolvimento da Convenção Europeia de Direitos Humanos têm que ser tomado também em consideração, desde que não leve a uma restrição ou diminuição da proteção dos direitos fundamentais conforme a Lei Fundamental [...] Por isso, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos serve também, nessa medida, como meio auxiliar de interpretação para a determinação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado de direito da Lei Fundamental. Também as leis [...] devem ser interpretadas e aplicadas de acordo com as obrigações jurídico-internacionais da República Federal da Alemanha, mesmo se foram promulgadas posteriormente a um tratado internacional válido; pois não se pode supor que o legislador, desde que não tenha proclamado claramente, queira afastar-se das obrigações jurídico-internacionais da República Federal da Alemanha ou possibilitar a violação dessas obrigações." Desse mesmo trecho, Frowen (2003, pp. 209 ss.) pretende retirar consequências mais favoráveis ao significado da incorporação da CEDH no direito alemão.

60. Cf. Walter, 1999, p. 971.

não propriamente de afirmação de um lado e negação do outro. E não só problemas de limitação e afirmação do poder "soberano", mas também questões de direitos básicos (fundamentais ou humanos) são considerados simultaneamente em perspectivas diversas. Nesse sentido, o transconstitucionalismo específico entre ordem interna e ordem estatal apresenta-se na forma de uma "Constituição" em que se "engatam" a responsabilidade do Estado perante o seu contexto social interno e a sua "responsabilidade interestatal"⁴⁶, mas também abrange o entrelaçamento dessas responsabilidades estatais com a "responsabilidade interestatal" da organização internacional, que, por sua vez, serve à "intermediação entre ordens sociais estatais"⁴⁷. Ou seja, tanto em uma perspectiva quanto em outra, os problemas constitucionais passam a ter uma relevância simultânea, exigindo novos modelos de análise: não só o provincialismo estatalista deve ser aqui rejeitado; igualmente é prejudicial a um modelo racionalmente adequado de solução de conflitos o pseudouniversalismo internacionalista, que, antes, constitui uma outra forma de visão provinciana dos problemas constitucionais.

O transconstitucionalismo entre ordem estatal e ordem internacional desenvolve-se a partir do seguinte paradoxo: "Os Estados constituem o direito internacional público. O direito internacional público constitui os Estados"⁴⁸. Esse paradoxo significa que, embora a soberania do Estado decorra da sua qualidade de sujeito de direito internacional público (e não o contrário)⁴⁹, este só é instaurado mediante os Estados como sujeitos de direito internacional⁵⁰. Com a territorialização dos problemas constitucionais no âmbito de um crescente "entrançamento" das relações internacionais⁵¹, essa situação implica reações em ambas as direções. Por um lado, o Estado constitucional reage para que anseios

46. Cf. Langer, 1995, pp. 18-34.

47. Langer, 1995, pp. 18 e 35 ss.

48. Mello, 2000, p. 36.

49. Esse outro lado relaciona-se com um aspecto enfatizado por Cassese, A. (1985, p. 341), de uma forma um tanto peremptória: "É um conhecimento comum que o direito internacional só pode ser implementado pelos órgãos estatais. Para ser mais específico: a maioria das regras internacionais é dirigida aos protagonistas da comunidade internacional, isto é, aos Estados, e só pode ser posta em operação se o sistemas jurídicos domésticos dos Estados estiverem prontos para implementá-las." + 6U -

46. Cf. Langer, 1995, pp. 35 ss.

47. Langer, 1995, pp. 43 ss.

48. Fischer-Lescano, 2003, pp. 722.

49. "um Estado não é sujeito do direito internacional porque ele é soberano, mas sim é soberano porque é sujeito do direito internacional público" (Radbruch, 2003 [1932], p. 185).

50. Fischer-Lescano, 2003, p. 728.

51. Langer, 1995, pp. 26 ss.

Transconstitucionalismo

a "soberania interna" como responsabilidade do Estado perante o seu contexto social e a "soberania externa" como sua responsabilidade perante o contexto interestatal, e assumindo-se que a "solidariedade de Estados" constitui um "sistema de perspectivas divergentes do mundo" e a "igualdade soberana" representa uma "estrutura de orientação recíproca do comportamento"⁴², parece irracional um modelo que parte de uma única perspectiva, seja essa a estatal ou a internacional abrangente. A "abertura da estatalidade", ao contrário, trouxe consigo uma "interpenetração entre ordem estatal e internacional"⁴³, que exige progressivamente um aprendizado e intercâmbio entre as experiências com racionalidades específicas nas duas perspectivas, a estatal e a internacional.

Quando se pretende falar de "direito constitucional internacional", o único sentido possível é vinculá-lo à zona de tensão entre o direito estatal e o internacional, na confrontação e resposta a problemas constitucionais básicos da sociedade mundial. A esse respeito, manifestou-se um representante destacado do direito internacional público: "A Constituição é a manifestação da soberania estatal e o DIP [direito internacional público] a sua negação ou, pelo menos, sua crescente limitação. A nosso ver não existe um D. Constitucional Internacional por falta de um objeto definido e método próprio. O que existe são normas constitucionais de alcance internacional que devem ser analisadas em cada caso procurando compatibilizar os dois ramos da Ciência Jurídica."⁴⁴ Sendo mais preciso a esse respeito, pode-se acrescentar que, assim como há um alcance internacional das normas constitucionais do Estado, há um alcance constitucional das normas internacionais⁴⁵. Daí porque não se trata de duas formas de lidar com a "soberania",

definição de soberania interna; aspectos do est. perante o seu contexto social
exterior - perante o contexto interestatal

igualdade soberana - estrutura de recíproca responsabilidade

Direito const. internacional

de acordo

tância. Mas a abertura do direito constitucional para além do Estado, tendo em vista a transterritorialização dos problemas jurídico-constitucionais e as diversas ordens para as quais eles são relevantes, torna necessário o incremento de uma teoria e uma dogmática do direito transconstitucional. Para isso, evidentemente, serão precisos novos aportes metodológicos, a serem desenvolvidos em face de uma casuística complexa. Esse é o grande desafio do transconstitucionalismo para os juristas, especialmente os constitucionalistas. As análises dogmáticas e as investidas teóricas permanecem ainda muito fragmentadas e eventuais. No plano metodológico, a situação continua embrionária³⁷. Faltam ainda os elementos de uma teoria abrangente do transconstitucionalismo e uma dogmática compreensiva que sirva à estabilização do direito transconstitucional, ambas pressupondo reciprocamente aportes metodológicos. A seguir, pretendo apresentar elementos que possam constituir um esboço para desenvolvimentos nessa direção.

2. Transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal

Na relação entre ordens jurídicas internacionais e ordens jurídicas estatais, surgem cada vez mais frequentemente casos-problemas jurídico-constitucionais cuja solução interessa, simultaneamente, às diversas ordens envolvidas. São situações em que são invocados mais de um tribunal para a solução do caso, sem que, necessariamente, existam normas de solução de conflitos de competência ou, em havendo essas, sem que haja convergência em torno delas por parte dos respectivos tribunais. Não cabe, a rigor, falar de redes verticais³⁸, o que implicaria admitir uma relação hierárquica entre ordens. Antes, trata-se de entrelaçamento entre ordens de tipo diferente. Nesse sentido, a partir das perspectivas di-

37. Cf., p. ex., Baudenbacher, 2003, pp. 523, referindo-se aos "problemas metodológicos e práticos" da "globalização judicial"; Uerpmann, 2001, p. 572, aludindo aos "métodos do direito constitucional internacional". Cf. *infra* Cap. IV.3.

38. Em sentido diverso, Slaughter (2004, pp. 19 ss.) distingue entre redes verticais e horizontais.

versas de observação, a direção para a solução do problema pode apontar para caminhos bem diversos. Do ponto de vista da ordem estatal, o crescente envolvimento dos tribunais constitucionais nessas questões, nas quais o modelo clássico de ratificação vem paulatinamente perdendo significado, fortifica-lhes o caráter de problemas constitucionais referentes a direitos humanos ou fundamentais ou concernentes à questão de limitação e controle do poder, envolvendo pretensões que ultrapassam o âmbito de validade específico da ordem interna. Do ponto de vista da ordem internacional, isso significa a incorporação das questões constitucionais no âmbito de competência de seus tribunais, que passam a levantar a pretensão de decidir com caráter vinculatório imediato para agentes e cidadãos dos Estados.

Essa situação exige o desenvolvimento de formas de "re-entry" nas perspectivas de observação recíproca. Na medida em que as cortes internacionais partem primariamente da ordem estatal, confrontam-se com as compreensões particulares das instituições e dos problemas por parte da correspondente ordem estatal. Por um lado, uma imposição internacionalista unilateral apresenta-se como problemática, não porque se possa recorrer aos princípios tradicionais de autodeterminação ou da igualdade soberana³⁹, mas sim porque, sem auto-institucionalização do constitucionalismo no plano estatal, falta uma das racionalidades jurídicas específicas necessárias à afirmação do transconstitucionalismo. O modelo de intervenção tem mostrado a sua precariedade ou insignificância na construção de ordens constitucionais internas⁴⁰. Por outro lado, quando os tribunais nacionais pretendem partir exclusivamente da ordem jurídico-constitucional, confrontam-se – sobretudo quando se trata do caso extremo de *ius cogens* – com a crescente dificuldade de deixar de lado as instituições e normas do direito internacional público em nome da soberania, pois essa não pode ser mais legitimada simplesmente como um conceito de autonomia territorial, mas sim cada vez mais como uma noção relativa a "uma responsabilidade política regional nas condições estruturais da sociedade mundial"⁴¹. Considerando-se

39. Carta das Nações Unidas, art. 1, § 2º, e art. 78, respectivamente.

40. Cf. Koskeniemi, 2002, pp. 514 s.; 2004, pp. 202 ss.

41. Luhmann, 1995a, p. 118.

Multiculturalismo
constitucional

Por conseguinte, embora haja ordens jurídicas que estão à margem do transconstitucionalismo, esse não pode excluir o desenvolvimento de institutos que possam levar a uma relação construtiva de aprendizado e intercâmbio com essas ordens. Evidentemente, tal situação importa limites do transconstitucionalismo na sociedade mundial assimétrica (cf. *infra* Cap. V.1), mas não exclui o seu significado para o desenvolvimento da dimensão normativa dessa sociedade.

A esse respeito, cabe enfatizar que, embora a sociedade mundial, até o momento, seja orientada primariamente por expectativas cognitivas (ver *supra* p. 25), o transconstitucionalismo parece ser a alternativa mais promissora para a fortificação de sua dimensão normativa. As ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais, consideradas como tipos específicos, são incapazes de oferecer, isoladamente, respostas complexamente adequadas para os problemas normativos da sociedade mundial. Os modelos de constitucionalismo internacional, supranacional ou transnacional, como alternativas à fragilidade do constitucionalismo estatal para enfrentar os graves problemas da sociedade mundial, levam a perspectivas parciais e unilaterais, não oferecendo, quando considerados isoladamente, soluções adequadas para os problemas constitucionais do presente. O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial.

Por fim, cabe observar que o transconstitucionalismo tem-se desenvolvido intensa e rapidamente no plano estrutural do sistema jurídico, mas ele ainda encontra-se muito limitado no âmbito da semântica constitucional da sociedade mundial. Isso, em parte, deve-se à persistência do provincialismo constitucional, especialmente no âmbito do direito estatal. É claro que o transconstitucionalismo não pode eliminar a dogmática constitucional clássica no interior de uma ordem jurídica estatal: essa ainda constitui uma dimensão importante do sistema jurídico da sociedade mundial e há problemas constitucionais intra-estatais de suma impor-

MULTICULTURALISMO

versação" constitucional é indispensável. Da mesma maneira, surgindo questões organizacionais básicas da limitação e controle de um poder que se entrecruza entre ordens jurídicas, afetando os direitos dos respectivos destinatários, impõe-se a construção de "pontes de transição" entre as estruturas reflexivas das respectivas ordens. Portanto, para que o transconstitucionalismo se desenvolva plenamente é fundamental que, nas respectivas ordens envolvidas, estejam presentes princípios e regras de organização que levem a sério os problemas básicos do constitucionalismo³⁵. Sem dúvida, há ordens jurídicas, especialmente estatais, que não estão dispostas a colaborar com o transconstitucionalismo, pois desconhecem os direitos fundamentais e rejeitam a limitação e o controle jurídico-positivo dos detentores de poder. Internamente, elas não admitem Constituição em sentido moderno, a serviço de uma racionalidade transversal entre direito e política. Em face dessas ordens, o transconstitucionalismo funciona de forma muito limitada: irritações, influências e pressões transconstitucionais podem levar a transformações da ordem anticonstitucional. A alternativa ao transconstitucionalismo é, nesse caso, assumir uma postura bélica contra a ordem inimiga do transconstitucionalismo, cujos efeitos colaterais tornam-na normativamente não recomendável. Outra é a situação, quando se trata de ordens arcaicas, que não dispõem de princípios e regras secundárias de organização e, portanto, não estão em condições de admitir problemas jurídicos constitucionais. Ordens desse tipo exigem, cada vez mais, um transconstitucionalismo unilateral de tolerância e, em certa medida, de aprendizado: embora elas sejam avessas ao modelo de direitos humanos e de limitação jurídica do poder nos termos do sistema jurídico da sociedade mundial, não se compatibiliza com o transconstitucionalismo a simples imposição unilateral e heteronoma de "direitos humanos" a membros da respectiva comunidade, pois tal medida pode ter efeitos destrutivos em suas mentes e seus corpos, sendo contrária ao próprio conceito de direitos humanos³⁶.

35. Em outra perspectiva, Fischer-Lescano (2003, pp. 720 ss.), a partir de Luhmann e Teubner, refere-se a um "direito transnacional reflexivo", afastando a ideia do caráter "primitivo" ou "tribal" do "direito mundial". Cf. *supra*, p. 62.

36. Compreendidos como "garantias da integridade da psique e do corpo" (Teubner, 2006, p. 175). Cf. *infra* p. 154.