

TRANSFORMAÇÕES NO FENÔMENO CONSTITUCIONAL: O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO

CHANGES IN THE CONSTITUTIONAL PHENOMENON: BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM IN TIMES OF GLOBALIZATION

Júlia Pinto Ferreira Porto¹

RESUMO: O presente artigo analisa o fenômeno da globalização e dá especial ênfase ao redimensionamento dos Estados Nacionais que ocorre em razão da mesma, para que se possa tratar de como o direito e, conseqüentemente, as Constituições nacionais estão se modificando nesse processo. Assim, questiona-se sobre qual a identidade constitucional brasileira contemporânea e conclui-se que se trata de um perfil que mantém elementos de seu constitucionalismo de redemocratização, adicionado a elementos provenientes de uma questão global.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; globalização; Estado Nacional; *Soft Law*.

ABSTRACT: *This article examines the phenomenon of globalization and gives special emphasis to the transformations on National States that occur due to it, in order to address how legislations and, consequently, national constitutions are changing in this process. Thus, it is questioned what the constitutional identity is in contemporary Brazil and a conclusion is reached where it is suggested that its profile maintains elements of its constitutionalism democracy, to which elements originating from a global issue are added.*

KEYWORDS: *Constitution; globalization; National State; Soft Law.*

¹Advogada. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Globalização e Cultura pela FESPSP. Especialista em Direito Constitucional pela PUC-SP. Este trabalho inspirou-se no Trabalho de Conclusão de Curso da Especialização em Direito Constitucional da PUC-SP, sob orientação do prof. dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci, intitulado “Comunicações sutis e novos desafios: a Constituição Federal brasileira de 1988 e os fenômenos jurídicos desencadeados a partir da globalização”.

1. Introdução

O termo “Constituição” comporta diversos sentidos. Geralmente, ele é interpretado como o documento político-jurídico que funda um ordenamento jurídico e organiza um Estado, o que se trata de uma abordagem clássica, que situa o fenômeno constitucional no espaço do Estado Nacional.

Outros significados sobre a Constituição são possíveis. De certa forma, na verdade, as sociedades sempre possuíram uma constituição, no sentido de que algo a constituíram. Essa visão, sob forte inspiração sociológica, acaba demonstrando que, de fato, algo sempre constitui o corpo social, e esse elemento pode ser uma constituição no sentido moderno ou não.

É a partir dessa ideia de que os sentidos daquilo que constitui uma sociedade pode e está em constante transformação que se deseja abordar o constitucionalismo brasileiro de 1988, segundo a ideia de que ela incorporou de novos sentidos, em função do fenômeno da globalização. Assim, propõe-se que a identidade da Constituição Federal de 1988 agrega aos valores gerais de seu constitucionalismo - ratificação da transição democrática do Brasil, afastamento do regime autoritário militar, proteção de direitos e garantias fundamentais, ênfase à dignidade da pessoa humana, democracia, entre outros – novos valores.

Para tanto, sem o intuito de exaurir o tema, mas com disposição para abordá-los, este trabalho dividir-se-á em quatro partes que se seguem, além destas palavras introdutórias. Na primeira delas, “O fenômeno da globalização”, busca-se abordar algumas interpretações e transformações que o fenômeno em estudo comporta. Em seguida, no item “O direito em transformação”, analisa-se como o direito está em processo de mudança a partir do advento descrito no tópico anterior para, então, no ponto seguinte, “O constitucionalismo em tempos de globalização: notas sobre o caso brasileiro”, debruçar-se sobre as possíveis interpretações das constituições nacionais, notadamente a brasileira, quando do advento da questão global. Por fim, são tecidas algumas conclusões, e logo depois as referências expõem a base sobre a qual este trabalho se sustenta.

Nesse percurso, busca-se responder à inquietação sobre qual o significado do fenômeno constitucional em tempos de globalização e, até mesmo, talvez de forma mais ousada, meditar sobre qual seria a identidade constitucional brasileira diante de sua bagagem histórica e política e perante uma complexa e multifacetada questão global.

2. O fenômeno da globalização

A globalização é tema que comporta diversas possibilidades interpretativas. É fenômeno complexo e multifacetado, que requer uma visão ampla sobre transformações nas sociedades, interligando-as. Assim é que se pode falar numa visão das implicações econômicas que a globalização resulta, bem como das culturais, sociais e políticas. Na verdade, incontáveis planos podem ser vistos sob a ótica da globalização.

Convertida numa das chaves interpretativas do mundo contemporâneo, *globalização* não é um conceito unívoco. Pelo contrário, é um conceito plurívoco, comumente associado à ênfase dada pela literatura anglo-saxônica dos anos 80 a uma nova

economia política das relações internacionais. Desde a última década (referência aos anos 90), esse conceito tem sido amplamente utilizado para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados. (...) Destacam-se, por exemplo, a crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário; as alterações em andamento nas condições de competitividade de empresas (...); a transformação do padrão de comércio internacional, (...); a “desnacionalização” dos direitos, a desterritorialização das formas institucionais e a descentralização das formas políticas do capitalismo; a uniformização e a padronização das práticas comerciais no plano mundial, a desregulamentação dos mercados de capitais, a interconexão dos sistemas financeiro (...), (...) a unificação dos espaços de reprodução social, (...) o aparecimento de uma estrutura político-econômica multipolar (...).²

Essa espécie de riqueza epistemológica da globalização enquanto ramo de estudos e fenômeno social ocorre por ela gerar impactos de diferentes naturezas e dimensões e em diversos espaços. Além do mais, “(...) o conceito de globalização é polissêmico. Vai desde o sentido de universalização das regras liberalizantes do mercado, passando pela idéia específica do expansionismo livre das transnacionais”³. Assim, resulta distintas e incontáveis consequências, mas nem todas são já conhecidas, pois se trata de fenômeno ainda em curso.

É nesse ponto, qual seja, o de o fenômeno da globalização ser um processo que ainda está em desdobramento nas sociedades, que dificilmente se enxergam todas as suas nuances e a real dimensão de seu impacto. É por essa razão que se sabe que, no momento presente, a visão sobre a globalização é ainda parcial, incompleta e, principalmente, fruto do momento histórico em que esse “olhar” é produzido.

Dos tantos caminhos possíveis, interessa para o desenvolvimento do presente tema o sentido político que a globalização carrega. Nesse âmbito, analisar-se-á como o fenômeno da globalização foi acolhido pelo espaço político do Estado Nacional. Este, instituição da modernidade, é compreendido como o ente político que representa uma junção complexa capaz de mesclar povo, nação, cultura, sentimento de pertencimento, uma base linguística comum etc. Noutras palavras, o “(...) o Estado tem três elementos ou propriedades características: *soberania* ou poder preponderante ou supremo, *povo* e *território*.”⁴

Sob o ponto de vista nacional, o Estado Nacional é a expressão do sujeito político que toma para si os papéis oficiais de atuação, comando e organização de um país, geralmente documentado segundo uma constituição. Já internacionalmente, o Estado Nacional é responsável pela representação do país perante os demais Estados e comunidade internacional em geral desse todo complexo de relações políticas internas. Assim, por “Estado Nacional” entende-se uma única entidade, mas que, na verdade, possui a dimensão nacional e a internacional.

² FARIA, 2004, p. 59.

³ CARBONARI, in LIMA JUNIOR, 2001, p.96.

⁴ ABBAGNANO, in: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. (Trad. Alfredo Bosi). São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 365.

Em relação às suas origens, o Estado Nacional

(...) é reconhecido, pelo menos desde o século XVII, como produto, essencialmente, das instituições do Estado. O tratado de 1648, que pôs fim à Guerra dos Trinta Anos – e com o qual teve início a chamada “Paz de Westfália” –, é usualmente adotado como evento simbólico assinalador da consolidação do Estado soberano como agente conformador da ordem política e jurídica mundial. E, para o direito, a noção da soberania do Estado traz embutida, teoricamente, duas verdades: a) internamente ao Estado, as regras de conduta fixadas por suas instituições se sobrepõem a todas as demais, como, por exemplo, aquelas estabelecidas por igrejas, empresas ou pelas famílias; b) no plano das relações internacionais, o ordenamento jurídico estatal não se subordina ao de qualquer outro Estado.⁵

No âmbito do fenômeno da globalização, voltando o olhar sobre tais questões, cabe a indagação sobre a permanência total, a falência ou a relativização do espaço antes reservado exclusivamente ao Estado Nacional. Isto porque, se o impacto da globalização é de tal maneira forte e se faz presente nas mais diversas expressões da vida em sociedade, o mesmo ocorre também com o Estado Nacional e este é atingido. Resta, então, saber como se dá esse impacto e até que ponto.

O que ocorreu a partir do Tratado de Westfália e, enfim, da noção moderna de soberania nacional foi a construção da ideia de Estado Nacional como ente político capaz de lidar, internamente, com a condução da vida política nacional, ou melhor, como o sujeito que centralizava em si esse papel. Internacionalmente, a soberania nacional de um Estado significou o limite à atuação soberana de um outro Estado Nacional, implicando respeito às soberanias recíprocas.

Ora, com a globalização é esse centralismo do Estado enquanto sujeito privilegiado da condução da vida e tomada de decisões políticas que se modifica, e passa a ser ocupado pela questão global, intensamente influenciada pelo mercado. Há um “(...) deslocamento do poder decisório do Estado-Nação para o mercado”, bem como sua “(...) desterritorialização e fragmentação”⁶.

Assim, aquilo

(...) que entrou irreversivelmente em crise, bem antes do atributo da soberania, é precisamente seu sujeito: o Estado nacional unitário e independente, cuja identidade, colocação e função precisam ser repensadas à luz da atual mudança, de fato e de direito, das relações internacionais.⁷

⁵ DALLARI, *In* DOWBOR; IANNI; RESENDE, 1997, p. 248-249.

⁶ *Idem*, *Ibid.*, p.107.

⁷ FERRAJOLI, 2007, p. 39-45.

Não se trata de afirmar que o Estado Nacional deixa de existir ou a ser um sujeito político insignificante. Há de se compreender que o Estado continua a existir, inclusive com certa força, mas as suas funções passam a ser relativizadas e, em algumas vezes, modificadas em razão do protagonismo crescente de sujeitos internacionais, transnacionais e supranacionais. A esse sujeito político tão caro à modernidade, restam os

(...) papéis fundamentais de organização, coordenação, mediação, controle, correção e orientações que o Estado nacional pode exercer no âmbito de regimes regulatórios policêntricos e no contexto de uma ordem econômica mundial multicêntrica, onde o maior desafio é o manejo das interconexões dos mercados de bens, serviços e crédito.

Quando da indagação sobre o fim, a morte e a falência do Estado-Nação como ente político, tema tão aludido na Ciência Política⁸, entende-se que não é exatamente a sua falência que passa a caracterizá-lo contemporaneamente em tempos de globalização, mas sim a sua resignificação. Nesse sentido,

(...) os Estados Nacionais deixam de ser atores exclusivos e privilegiados (...) para se converterem num marco político e administrativo – entre tantos outros – nas negociações econômicas e financeiras. Com sua soberania diluída num crescente e acelerado fluxo de interdependências, eles se tornam dependentes de saberes especializados, de recursos financeiros e de decisões políticas compartilhadas. Incapazes de configurar um espaço interior coerente, por um lado, e demasiadamente lentos com relação à velocidade das transações globais, por outro, seu poder real somente lhes permite adequar-se a um quadro complexo – quadro esse que em muito o transcende.⁹

O que dizer, por exemplo, do papel do Estado norte-americano quando da crise econômica de 2008? Ora, tal Estado assumiu importante papel de negociar dívidas de atores financeiros privados, reorganizando a economia nacional e, conseqüentemente, internacional; contudo, essa reorganização foi pautada pela questão global do mercado. Nesse exemplo, é possível visualizar, portanto, o protagonismo que parece mesmo ser o do Estado Nacional em tempos de globalização, nesse início do século XXI: o de traçar um diálogo entre a questão global e a nacional, servindo de mediador político e concentrando grande estrutura administrativa e burocrática.

3. O direito em transformação

Aludiu-se sobre a globalização e, naquela ocasião, sobre as modificações no campo político, expressas na reestruturação do Estado-Nação e de suas atividades, o que finda por relativizar a noção de soberania nacional. Isso ocorre em razão de o processo de globalização,

⁸ OHMAE, 1999.

⁹ FARIA, 2011, p. 71.

ao internacionalizar a economia, intensificar as trocas econômicas e culturais em âmbito global, fragmentar as linhas de produção em escala transnacional, entre outros processos, redimensionar o centralismo da atuação política dos Estados Nacionais. Com isso, destaca-se a influência de uma “questão global”¹⁰ nas sociedades contemporâneas.

O foco das mudanças está localizado em dois pontos: a redução do papel central do Estado como fonte de direitos e como arena de participação, e o deslocamento da nação como principal fonte de identidade coletiva. (...) Grandes decisões políticas são tomadas fora do âmbito nacional.¹¹

Aliás, sobre isso, sugere-se que o processo de globalização pode ser visto, na verdade, enquanto uma “questão global”. Significa que a globalização é uma espécie de espaço e de tema¹², que representa um todo de relações múltiplas, que se envolve com campos nacionais, unindo o local ao global, o nacional ao internacional. A questão global em seu processo atinge uma série indeterminada de searas e situações; propõe-se que com o fenômeno jurídico não é diverso: o direito também é atingido pela globalização.

(...) O direito positivo – tal qual tem sido entendido convencionalmente, como ordenamento jurídico do Estado-Nação – passou a enfrentar um dilema cruel: se permanecer preocupado com sua integridade lógica e com sua racionalidade formal, diante de todas essas mudanças profundas e intensas, corre o risco de não acompanhar a dinâmica dos fatos, de ser funcionalmente ineficaz e, por fim, de acabar sendo socialmente desprezado, ignorado, e (numa situação-limite) até mesmo considerado descartável; caso se deixe reduzir pela tentativa de controlar e disciplinar diretamente todos os setores de uma vida social econômica e política cada vez mais

¹⁰ Sabe-se que o termo “questão global” é demasiadamente amplo e até mesmo vago. Em sede de estudos sobre a globalização, contudo, para os fins da construção que se deseja efetuar neste trabalho, tal expressão foi a escolhida por carregar em si a noção de que o fenômeno da globalização incorpora diversas interpretações, significados, teorias e enfoques. Há, por exemplo, o enfoque que prioriza a economia, bem como o que analisa antropologicamente o tema, ou os avanços tecnológicos, a cultura, a financeirização da economia, as formas de comunicação e informação, o espaço-tempo, a intensificação da experiência urbana, enfim, há uma infinidade de perspectivas a esse respeito. Pode-se falar, inclusive, em termos de uma disputa pela apropriação de qual conteúdo é o principal ou o mais relevante em sede de significados possíveis da globalização. Para os fins deste artigo, pensa-se que essa espécie de disputa é travada também no âmbito jurídico, no sentido de existir sutil e implicitamente uma concorrência sobre quais as implicações do fenômeno da globalização para o campo jurídico e para o constitucionalismo. Pensa-se que não existe uma resposta única e que, aliás, o impacto é tal que acaba por interferir nas mais diversas formas, ramos e análises do campo jurídico. Por tais razões, justifica-se a escolha por abordar o tema em termos de uma “questão global”.

¹¹ CARVALHO, 2005, p. 225.

¹² A globalização pode ser vista como objeto de estudo e, também, enquanto uma espécie de ramo ou enfoque dados às Ciências Sociais, que inova a epistemologia das ciências sociais em geral. O Direito, por ser uma Ciência Social Aplicada, pode também se valer dessas noções. Assim, “(...) (n)esta altura da história (...) as ciências sociais se defrontam com um desafio epistemológico novo. Seu objeto transforma-se de modo visível, em amplas proporções (...). Pela primeira vez, são desafiadas a pensar o mundo como uma *sociedade global*. O pensamento científico, (...) elaborado primordialmente com base na reflexão sobre a *sociedade nacional*, não é suficiente para apreender a constituição e os movimentos da sociedade global. O paradigma clássico das ciências sociais foi constituído e continua a desenvolver-se com base na reflexão sobre as formas e os movimentos da sociedade nacional. Mas a sociedade nacional está sendo recoberta, assimilada ou subsumida pela sociedade global, uma realidade que não está ainda suficientemente reconhecida e codificada. A sociedade global apresenta desafios empíricos e metodológicos, ou históricos e teóricos, que exigem novos conceitos, outras categorias, diferente interpretações.” *In*: IANNI, 2007, p.237.

tensa, instável, imprevisível, heterogênea e complexa, substituindo a preocupação com sua unidade dogmática pela ênfase a uma eficiência instrumental, diretiva e regulatória, corre o risco de ver comprometida sua identidade sistemática e, como consequência, de terminar sendo desfigurado como referência normativa.¹³

Assim, falar em termos de uma “questão global” influenciando o campo jurídico¹⁴ significa reconhecer que existem diversas frentes para o enfoque do fenômeno da globalização nessa seara. Por um lado, há o avanço do tema dos direitos humanos adentrando as esferas nacionais, e esse se trata de um tema global, advindo da interação de esforços globais; com isso, os campos jurídicos nacionais passam a abordar e a ratificar a preocupação com a proteção dos direitos humanos, expandindo a proteção dos mesmos. Por outro lado, há a questão da reformulação do direito para que a economia global não encontre obstáculos perante as regulações jurídicas nacionais.

(...) A economia contemporânea se caracteriza por dinâmicas e processos que obedecem a lógicas próprias, não sendo controláveis com base nas categorias e procedimentos normativos e nos padrões espaciais e temporais construídos sob inspiração da teoria político-jurídica clássica (...). (...) A integração dos mercados financeiros em escala global os tornou mais poderosos na formação das decisões e, com isso, sujeitou as economias nacionais às consequências de atos e acordos decididos fora de seus respectivos territórios. (...) Os espaços tradicionalmente reservados ao direito positivo e à política legislativa já não coincidem com o espaço territorial e (...) os Estados nacionais enfrentam dificuldades crescentes para neutralizar os efeitos de fatores externos e para atuar como reguladores do sistema financeiro doméstico e globalizado, por meio de seus mecanismos político-normativos internos (...), [e assim] essas questões colocam o pensamento jurídico frente a alguns problemas importantes.¹⁵

Isso significa que o fenômeno do direito, de certa forma, sofre transformações para acolher a questão global nos espaços dos Estados Nacionais, isto é, o fenômeno jurídico se modifica, cria novos mecanismos e reinterpreta os instrumentos já existentes em prol dos discursos provenientes da questão global – seja do ponto de vista dos direitos humanos, seja do da expansão da economia global, ou ainda segundo outras dimensões provenientes da questão global.

Essas mudanças no direito levam à ideia de que é o próprio fenômeno jurídico que está em processo de transformação. Existem as mudanças que vão desde a introdução de novas categorias

¹³ FARIA, 2004, p. 9.

¹⁴ A análise do direito enquanto um “campo jurídico” é proveniente da noção de “campo social” teorizada pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu, em que “(...) a lógica do campo jurídico constitui um “microcosmo homólogo” de um grande fenômeno social. Entender a lógica particular do campo jurídico é conhecer alguma coisa significativa sobre a constituição da sociedade da qual se faz parte. (...) Chamamos de “campo jurídico” à articulação de instituições e práticas através das quais a lei é produzida, interpretada e incorporada às tomadas de decisões na sociedade. Portanto, o campo inclui profissionais da Justiça, juizes e as faculdades de direito.” *In*: DEZALAY; TRUBEK, *in* FARIA, 1998, p. 31.

¹⁵ FARIA, 2011, p. 34.

jurídicas, a reinterpretação dos direitos, as inovações legislativas, passando pela remodelação do ensino jurídico, indo até a criação de novos cargos em escritórios de advocacia para lidar com a questão global. Trata-se de uma reconstrução do campo jurídico à luz da intensificação das relações e impactos da questão global.

Com isso, tem-se a criação de todo um aparato de leis, profissionais, cargos, disciplinas, entre outros exemplos, em espaços nacionais, que constroem o diálogo entre o fenômeno em questão e a cadeia nacional de produção e reprodução do direito.

Essa nova forma de direito, na verdade, utiliza-se de categorizações antigas, mas inova em termos de ressignificação. Explique-se: tal qual o Estado Nacional permanece existindo, as formas já conhecidas de leis e de suas produções, decisões judiciais, funcionamento do Poder Judiciário etc., tudo isso perdura. O que caracteriza esse fenômeno é a ideia de uma nova forma de significação das instituições jurídicas clássicas – ou melhor, do campo jurídico –, pois elas incorporam sentidos que fazem parte de uma espécie de cadeia que faz a questão global existir, ganhar força e reproduzir-se. Parece ser, então, um novo paradigma¹⁶.

Assim, para que se visualize melhor, pense-se sobre uma demanda proveniente de empresas transnacionais e que, portanto, não portam uma identidade nacional única, dado que possuem partes de suas linhas de produção divididas em vários países, sendo impossível apontar nacionalidade única de tal corporação. Ora, para que essa atividade econômica flua, é preciso que exista um mínimo de garantias e de padronização do campo jurídico, como leis que permitam a exploração de determinado serviço, a contratação de determinada mão de obra, certa jurisprudência favorável ao empresariado em caso de eventuais controvérsias etc. Nesse caso, o exemplo foi sobre um dos enfoques possíveis sobre a questão global, qual seja, o da transnacionalização da economia.

Pense-se, de outra forma, numa outra dimensão da questão global. Imagine-se um Tratado Internacional de Direitos Humanos aprovado em alguma organização internacional. Ora, os Estados Nacionais terão, para cumprir aquilo que tenha sido acordado, de promover a “transferência” da proteção em sede global para o plano nacional. Para isso, serão criadas leis, dispositivos constitucionais serão reformados, políticas públicas serão lançadas, contemplando possíveis programas governamentais, o ensino e a academia jurídica promoverão o devido enquadramento de tal matéria, e assim por diante.

Não é possível, ainda, afirmar a dimensão de tais transformações no campo jurídico, mas é possível percebê-la de alguma forma. Parece ser, então, um momento de transformação na forma tradicional de direito, pensada num formato clássico de Estado Nacional. Assim, as estruturas nacionais tradicionais oriundas dos espaços dos Estados Nacionais continuam a existir.¹⁷ Não se trata de uma transformação que aniquila os formatos já existentes de campo jurídico. O que ocorre é que novas formas de expressão do campo jurídico passam a existir.

¹⁶ Sobre novas formas de direito e a relação com o campo jurídico em tempos de globalização, é interessante a “(...) concepção do direito como um sistema basicamente fechado, hierarquizado e axiomatizado de normas de conduta, típica do constitucionalismo oriundo do século XIX, foi sendo progressivamente substituída pela visão do direito como um conjunto de normas de organização sob a forma de “rede”, dadas as múltiplas cadeias normativas e os micro-sistemas legais, com suas interrelações basilares aptas a capturar, pragmaticamente, a crescente complexidade da realidade sócio-econômica. (...) Esse emergente sistema normativo sob a forma de “rede” se destaca pela multiplicidade de suas regras, pela variabilidade de suas fontes e, principalmente, pela provisoriabilidade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais.” *In* FÁRIA, 1998, p. 8.

¹⁷ FÁRIA, 2004, p. 35-37.

Argumenta-se que tais expressões são frutos de uma forma em particular de fenômeno jurídico-político: as comunicações sutis.

Essa mudança radical nas formas de atuação do sistema financeiro internacional e das corporações transnacionais, viabilizando a articulação de suas decisões de investimento, produção e comercialização em escala global com exigências impostas às economias nacionais e aos seus respectivos Estados, é um dos fatores mais decisivos para o declínio das instituições, mecanismos e “senso comum” jurídicos do Estado-Nação e para a consolidação das estruturas e procedimentos jurídicos surgidos no âmbito de uma economia globalizada (dos quais se destacam a legislação produzida pelos organismos multilaterais, o advento de padrões inéditos (...), a reemergência da *lex mercatoria* e outras formas de *soft law*, em cujo âmbito os processos de elaboração normativa se dão no plano das interdependências sociais e econômicas descentralizadas (...).¹⁸

Por “comunicações sutis” deseja-se fazer referência a todas as formas de comunicados internacionais, supranacionais, transnacionais ou ainda de outras instâncias (em suma, instâncias da “questão global) que expressam uma espécie de sugestão para a reforma, a criação, a aderência a determinadas ideias jurídicas. Assim é que, por exemplo, sujeitos internacionais podem traçar recomendações¹⁹ e outras formas de comunicações, que podem existir na forma de documentos escritos, reuniões, protocolos, cartas, comunicados, entre outros. Apesar de versarem sobre questões que envolvem o universo jurídico, são instrumentos fortemente ligados à dimensão política.

São instrumentos que vão além da normatividade tradicional que existe no direito, são paranormativos, típicos de uma ideia de *soft law*. Assim, é característica de uma comunicação sutil a não obrigatoriedade em aderir às suas sugestões. No entanto, dificilmente um Estado Nacional não tomará as medidas necessárias à incorporação de seu conteúdo, pois acabam sendo de observação obrigatória num sentido velado, pois segue uma lógica da política.

O conceito da *soft law* está inserto em uma nova tendência que não mais enfatiza os processos formais de produção legal. É uma alternativa às formas mais duras (*hard law*) de regulação, possuindo vários enfoques, dentre os quais vale ressaltar a política simbólica, definidora de uma direção comum sem nenhum comprometimento

¹⁸ Idem, *Ibid.*, p. 109.

¹⁹ A esse respeito, existem estudos que abordam o fenômeno das Recomendações do Banco Mundial para determinados países, sugerindo reformas do campo jurídico. Ora, tais instrumentos podem ser vistos como instrumentos que sugerem a adesão a uma agenda global, que é, por conseguinte, política, e acaba transformando o campo jurídico nacional. O caso do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional é particularmente interessante, pois a não aderência às Recomendações pode ter como consequência a não obtenção de empréstimos financeiros ou investimentos em tais instituições. Nesse sentido, cf. CANDEAS, 2004/1.

formal e a praticidade de soluções quando associada com instrumentos de políticas formais.²⁰

São mecanismos que acabam fugindo da regra clássica da tradição moderna do direito, pois, por não serem coercitivos e sequer positivados, tampouco constitucionalizados, caracteres estes tão caros à tradição do constitucionalismo e do direito, não fazem parte da concepção lógico-formalista jurídica. Fazem parte de um movimento diferente, que une o redimensionamento dos Estados Nacionais, a questão global, a incorporação de conteúdos de agendas políticas globais em sede nacional, pela via do mandamento sutil, sugestionado, recomendado.

3. O constitucionalismo em tempos de globalização: notas sobre o caso brasileiro

Viu-se que a força do fenômeno globalização é tamanha, de modo que traz impactos à epistemologia das Ciências Sociais em geral e influencia uma reestruturação dos campos jurídicos nacionais. Estes passam a aderir a uma lógica diversa da lógica-racional, típica do direito moderno, porém sem abandoná-la por completo, e retroalimentam uma cadeia que fora aqui genericamente nomeada de “questão global”. Com isso, todo um aparato jurídico é construído para dar resposta ao incentivo da questão global, seja pela via internacional (como a edição de tratados, por exemplo), seja pela nacional.

É na remodelação do campo jurídico nacional, sob influência do fenômeno e das demandas da globalização, que se deseja desenhar o diagnóstico das constituições nacionais e, especificamente, da Constituição brasileira²¹. Sabe-se da extensão do texto constitucional de 1988 e das tantas implicações que ele gera, e não é objetivo deste trabalho abordá-lo em sua totalidade. Diferentemente, pretende-se brevemente fazer menção à atual Constituição brasileira como um texto portador de uma identidade própria. Aqui, não se trata de verificar as implicações jurídicas do texto constitucional, adentrando o funcionamento lógico-racional piramidal do mesmo, mas sim de visualizar quase que externamente a Constituição enquanto fenômeno das sociedades, fundada no Estado Nacional, e que passam a responder a estímulos do campo político global.

O tempo de um mundo quadriculado de constituições apenas nacionais está definitivamente ultrapassado. Sempre houve casos excepcionais, mas os tempos actuais mudaram qualitativamente a situação da radicação da constitucionalidade. Há hoje constituições infranacionais e constituições supranacionais, como, por exemplo, o tratado de Lisboa, para a União Européia (...). Evidentemente, há e haverá ainda certamente durante muito tempo constituições nacionais. Mas elas acabam já em grande medida por ser

²⁰ BORTOLOZZI, Madian Luana. *Soft law*. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (org.). 2006, p. 423.

²¹ Sabe-se que os diversos espaços da escrita e produção acadêmica são diferentes e comportam níveis distintos de reflexão. Para o presente tema – a reestruturação dos campos nacionais em função de comunicações globais –, uma monografia ou uma dissertação seriam ambientes mais adequados para desenvolver as ideias apresentadas com mais precisão e cuidado. Por se tratar de um artigo, o tipo de reflexão proposta encontra algumas limitações e, por isso, será abordado de forma mais geral; nem por isso, contudo, as reflexões aqui dispostas serão rasas e menos críticas. Espera-se que o presente texto funcione como o início de uma grande pesquisa.

(ainda que os constituintes não se dêem conta disso) como que “concretizações”, para cada país, de uma constituição global.²²

Tem-se, então, um cenário em que o papel das constituições no cenário de intensificação do fenômeno da globalização e de adaptação do campo jurídico nacional à questão global, com os mais diversos desdobramentos²³, modifica-se pela via do redimensionamento do Estado Nacional, em que a “porta de entrada” oficial dos temas globais para a realidade nacional é o documento jurídica e politicamente qualificado: a Constituição.

É na constitucionalização das comunicações sutis que o conteúdo destas adquirem dimensão positivada, jurídica, tradicional, lógico-racional, ajustando-se à lógica de funcionamento moderno do Estado-Nação. Ou seja, é nessa movimentação que a questão global convive com e adentra o aparato jurídico do Estado Nacional que, como já aludido, não deixa de existir.

É verdade que a complexidade da relação entre o global e o nacional, em termos político-jurídicos, é de tal maneira que podem surgir diversos fenômenos advindos de tais ligações. Um deles é o do transconstitucionalismo, que

(...) implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder -, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro.²⁴

No caso do texto constitucional de 1988, é possível identificar alguns quesitos que podem gerar situações de transconstitucionalismo. É o caso da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional no art. 5º, § 4º do texto constitucional, que foi fruto da Emenda Constitucional nº 45/2004, a tão aludida “Reforma do Judiciário”. Há também os exemplos da participação do Brasil na Organização Mundial do Comércio (OMC), na Corte Interamericana de Direitos Humanos, e a tendência é que mais casos assim surjam.

De qualquer forma, o que se deseja aqui é apontar para a ideia de que o texto constitucional atua como um diálogo entre a questão global e o campo nacional, seja em termos de expansão da rede protetiva de direitos humanos, seja ratificando a intensificação das relações transnacionais e financeiras. Em termos de questão global que visa a proteção de um espectro crescente de direitos humanos,

²² CUNHA, 2010, p. 245-246.

²³ A mudança do campo jurídico nacional em função da questão global desdobra-se em vários sentidos, de maneira que todo um arcabouço jurídico é construído; nesse sentido é que é possível correlacionar a edição de medidas protetivas aos consumidores, aos trabalhadores de empresas transnacionais, ao meio ambiente, à legalização de exploração de determinado serviço ou bem, ao empresariado etc. É possível entender as criações no campo jurídico nacional enquanto uma cadeia que segue a lógica de legitimar e trazer para o âmbito doméstico uma série de medidas estruturantes do fenômeno da globalização.

²⁴ NEVES, 2009, p. 297.

(...) enfatize-se que a Constituição brasileira de 1988, como marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos e da transição democrática do País, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica brasileira ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, exige uma nova interpretação de princípios tradicionais como a soberania nacional e a não intervenção, impondo a flexibilização e relativização desses valores. Se para o Estado brasileiro a prevalência dos direitos humanos é princípio a reger o Brasil no cenário internacional, está-se conseqüentemente admitindo a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. Os direitos humanos, para a Carta de 1988, surgem como tema global.²⁵

As emendas constitucionais, nesse raciocínio, funcionam como mecanismos tradicionais de reformas constitucionais, mas também como meios legislativos de introdução na questão global no corpo do texto. Pode-se citar como exemplo a edição das Emendas de n° 5²⁶, 6²⁷, 7²⁸, 8²⁹, 9³⁰, 16³¹ e 19³², que traduzem uma espécie de ruptura com um modelo econômico e político mais fechado e introduzem possibilidades de internacionalização econômica em âmbitos antes estritamente estatais.

Além da dimensão econômica, há também as emendas que tratam de direitos humanos, como a própria Emenda n° 45, que introduz o Tribunal Penal Internacional, que também faz parte do arcabouço global de proteção e fiscalização de direitos humanos; mas também existem outros casos, como a recente Emenda n° 72, de 2013, que altera o art. 7° e estabelece a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais, o que segue as recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o ideário de igualdade da Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, e de tantas outras; a n° 64, de 2010, que introduz a alimentação como direito social; e muitas outras emendas.

²⁵ PIOVESAN, 2010, p. 74.

²⁶ Reformou o art. 25 do texto constitucional originário, suprimindo o monopólio estatal de distribuição de gás, que abriu a possibilidade de concessão para empresas que não sejam estatais.

²⁷ Alterou o art. 176 da Constituição, retirando benefícios às empresas de capital nacional, permitindo-se também que “*empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país*” explore o subsolo.

²⁸ Reformulou o art. 178 da Constituição, suprimindo a reserva de mercado para a navegação interna.

²⁹ Modificou o art. 21, quebrando o monopólio estatal no setor das telecomunicações.

³⁰ Reescreveu o art. 177, quebrando o monopólio estatal de produção de petróleo.

³¹ Reestruturou o art. 14 do texto constitucional, permitindo, assim, a reeleição para os cargos de chefe do Poder Executivo, que à época significou a constitucionalização de um procedimento político para dar seguimento ao projeto político de reformas privatizadoras e algumas atuações da economia nacional estatal.

³² Simbolizou a Reforma Gerencial do Estado Brasileiro, trazendo algumas mudanças no art. 37, o que à época expressou uma visão geralmente vista como neoliberal de tratamento do Estado, introduzindo o Princípio Constitucional da Eficiência, que pode ser visto como uma espécie síntese dos ideais do Consenso de Washington, o qual “ (...) *reflete uma das fórmulas pelas quais a globalização econômica poderia ser efetivada. Foi um termo utilizado primeiramente por John Williamson, Senior Fellow do Instituto de Economia Internacional (), em 1989, para designar um conjunto de políticas liberais recomendadas (grifo nosso) para a América Latina por instituições financeiras internacionais sediadas em Washington ().*” In: ILHANA, Daniela. *Consenso de Washington e novo consenso*. In: ARNAUD; JUNQUEIRA, 2006, p. 74.

Há também o caso do § 2º do art. 5º que parece mesmo ser emblemático e paradigmático para a introdução a questão global de direitos humanos no Brasil. Segundo ele,

(...) os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. À luz desse dispositivo constitucional, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos nacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional.³³

Existem posicionamentos contrários, inclusive no Supremo Tribunal Federal (STF), quanto ao alcance dessa previsão constitucional³⁴. Contudo, é inegável que, mesmo que se discorde da dimensão de total integração da Constituição nacional aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, o que daria ensejo a um controle de convencionalidade³⁵, para além de um controle de constitucionalidade, o § 2º do art. 5º introduz uma questão global para discussão em âmbito nacional.

Além das emendas constitucionais, o próprio texto constitucional de 1988 já emergiu repleto de referências à questão global, como é o caso da previsão de direitos humanos e da interação econômica do Brasil no mercado internacional. Além disso, cite-se a existência do Mercado Comum do Sul (Mercosul) e a União de Nações Sul-Americanas (Unasul), que sugerem uma tendência a uma forma de organização entre nações, unindo questões políticas e econômicas, com preceitos comuns mínimos de direitos e acordos econômicos.

Com isso, tem-se que o texto constitucional brasileiro faz parte da dinâmica que envolve a questão global e a reestruturação do campo jurídico nacional, e esse processo muitas vezes se inicia pela via de uma comunicação sutil. Não foi possível exaurir todos os casos constitucionais que podem ser analisados como produtos dessa ampla movimentação – e essa não era a intenção do trabalho presente –, mas demonstrou-se um desenho de um amplo movimento reestruturador do direito, em que, no caso brasileiro, a Constituição serve de diálogo entre o nacional e o global.

³³ PIOVESAN, 2010, p. 48-49.

³⁴ Sobre esse tema, cf. o *Habeas Corpus* nº 87.585-8/TO, onde foi criada a tese da “Supralegalidade”, em que os tratados de direitos humanos fariam parte de uma categoria atípica e única: inferior e submetida à Constituição, mas acima das leis. Diferentemente, há a postura de que os tais tratados situam-se ao lado da Constituição e é adotada por Flávia Piovesan, entre outros, a quem esse trabalho adere.

³⁵ O controle de convencionalidade seria uma espécie de averiguação das normas nacionais tendo como parâmetro os Tratados e Convenções Internacionais de proteção de direitos humanos. Com isso, seria possível expandir a proteção dos direitos humanos, sua fiscalização e controle das produções legislativas nacionais para além do parâmetro constitucional. Essa visão amplia ainda mais a noção de proteção constitucional de direitos humanos, servindo de mais uma instância de garantias e proteções.

Conclusões

Viu-se neste trabalho que o fenômeno da globalização é um processo ainda em curso e, por isso, o olhar sobre tal fenômeno é relativamente incompleto e exprime apenas aquilo que é possível visualizar, e não a sua totalidade. Algum distanciamento histórico certamente proporcionará uma análise diferente. Além disso, também foi visto que o impacto de tal ocorrência é forte e complexo, de maneira que suas consequências são detectadas nos mais diversos campos sociais.

Um dos grandes diagnósticos advindos da globalização é o do redimensionamento da figura do Estado Nacional, que passa a atuar como uma espécie sujeito que encaminha os grandes temas da “questão global” para o ambiente nacional. As Constituições nacionais, nesse cenário, funcionam como o símbolo dessa movimentação do global para o nacional e incorporam novos sentidos advindos do campo global aos sentidos sociais, políticos, históricos, jurídicos e culturais que elas já carregavam de acordo com o seu constitucionalismo em particular.

Assim, no caso brasileiro, o texto constitucional acaba simbolizando um pouco do passado e um pouco do futuro, isto é, expressa, por um lado, os sentidos que foram dados a ela pelo desencadeamento histórico brasileiro que resultou no texto de 1988, mas também inserções do quesito global, seja pela via dos direitos humanos, seja pela via da globalização econômica.

É possível concluir, então, que a Constituição está sujeita a comunicações sutis que emergem da questão global, e essa tendência transmuta a identidade constitucional brasileira com elementos a serem agregados àqueles estipulados pelo constitucionalismo brasileiro.

É possível, ainda, que exista uma disputa pela apropriação do discurso sobre a relação entre a globalização e o direito e, mais especificamente, da globalização em relação ao fenômeno constitucional, inclusive o brasileiro. Apropriações acadêmicas, econômicas, politizadas, híbridas, enfim, muitas visões virão e outras já existem.

O grande desafio em termos de apropriação do discurso sobre a identidade constitucional é o de que, independentemente do que surja em termos econômicos globais, o conteúdo mínimo de proteção dos direitos humanos já assegurados não seja diminuído e relativizado. O perigo é o de as constituições nacionais reservarem espaços à proteção de direitos humanos sob influência das comunicações sutis e, na realidade, não conseguirem ter seus textos realizados; mas esse perigo, ao que tudo indica, não é nem de longe uma novidade.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. (Trad. Alfredo Bossi). 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (org.). *Dicionário da globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 2.ed. São Paulo: Globo, 2008.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13.ed. (Trad. Carmen C. Varriale *et al.*) v.1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007.

- CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Valores e os Judiciários: os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais. *Revista da AMB*. São Paulo, ano 7, n.13, 2004/1.
- CARBONARI, Paulo César. Globalização e direitos humanos: identificando desafios. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto (org.). *Direitos humanos internacionais: avanços e desafios no início do século XXI*. Recife: dhINTERNACIONAL, 2001.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 7.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Do constitucionalismo global. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n.15, jan./jun. 2010, p. 245-246.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DALLARI, Pedro Bohomeletz de Abreu. Direito e globalização. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A (org.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- DEZALAY, Yves. O big-bang e o direito: internacionalização e reestruturação do espaço legal. In: FEATHERSTONE, Mike (org.). *Cultura global: nacionalismo, globalização e modernidade*. 3.ed. (Trad. Attílio Brunetta). Petrópolis: Vozes, 1999.
- FARIA, José Eduardo. *O estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011 (Série Direito, Desenvolvimento e Justiça: direito em debate).
- _____. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- _____. (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional*. (Trad. Carlo Cocciolo e Márcio Lauria Filho; rev. trad. Karina Jannini). São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e Direito).
- IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 14.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.
- OHMAE, Kenichi. *O fim do Estado-Nação*. (Trad. Ivo Korytowski). Rio de Janeiro: Campus; São Paulo: Publifolha, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Temas de direitos humanos*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.