DOI: https://doi.org/10.14295/revistadaesmesc.2025e456

DO PÓS-POSITIVISMO AO DIREITO TRANSNACIONAL: PARADOXOS COM O SISTEMA JURÍDICO PROPOSTO POR LUIGI FERRAJOLI

FROM POST-POSITIVISM TO TRANSNATIONAL LAW: PARADOXES WITH THE LEGAL SYSTEM PROPOSED BY LUIGI FERRAJOLI

Rafael Espíndola Berndt[1]
João Bastos Nazareno dos Anjos[2]

Resumo: O objetivo do presente artigo é o de expor as bases histórico teóricas que propiciaram o surgimento das teorias do direito denominadas de pós-positivistas ou neoconstitucionalistas, as quais visam superar os paradigmas que informaram o direito até a Segunda Guerra Mundial, qual seja, do positivismo jurídico. Além disso, demonstrar como o surgimento do Direito Transnacional no contexto de uma sociedade globalizada, no âmbito de uma era pós-moderna, pode vir a influenciar as bases pelas quais um sistema jurídico deve se assentar, bem como apresentar, diante do cenário globalizado, as alternativas para o futuro do constitucionalismo no mundo, de acordo com o jusfilósofo Luigi Ferrajoli.

1. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI e UMINHO (Portugal). Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina - ESMESC e Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *e-mail*: rafaelberndt@tjsc.jus.br

2. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e pela Università degli Studi di Perugia (UNIPG). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC. Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. *e-mail*: bastosnazareno@gmail.co

Palavras-chave: Pós-positivismo; neoconstitucionalismo; globalização; pós-modernidade; direito transnacional; constitucionalismo além do estado.

Abstract: The objective of this article is to present the theoretical historical bases that led to the emergence of the theories of law referred to as post-positivists or neo-constitutionalists, which aim to overcome the paradigms that informed law until the Second World War, namely, legal positivism. In addition, to demonstrate how the emergence of Transnational Law in the context of a globalized society, within the scope of a postmodern era, can influence the bases on which a legal system should be based. As well as to present, in the face of the globalized scenario, alternatives for the future of constitutionalism in the world, according to the legal philosopher Luigi Ferrajoli.

Keywords: Post-positivism; neoconstitutionalism; globalization; postmodernity; transnational law; constitutionalism beyond the state.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é o de expor as bases histórico teóricas que propiciaram o surgimento das teorias do direito denominadas de pós-positivistas ou neoconstitucionalistas, as quais visam superar os paradigmas que informaram o direito até a Segunda Guerra Mundial, qual seja, o positivismo jurídico. Além disso, demonstrar como o surgimento do Direito Transnacional no contexto de uma sociedade globalizada, no pano de fundo de uma era pós-moderna, pode vir a influenciar as bases pelas quais um sistema jurídico deve se assentar, bem como apresentar as alternativas para o futuro do constitucionalismo no mundo, de acordo com o jusfilósofo Luigi Ferrajoli.

A pesquisa se justifica diante dos desafios que os problemas globais impõem às mais diversas jurisdições dos Estados nacionais, tais como: regulação e tributação de redes sociais, liberdade de expressão, danos ambientais transfronteiriços, regulação sanitária e implementação de medidas de saúde pública diante de pandemias.

Nesta esteira, em razão de a Globalização ter trazido consigo uma série de novos atores internacionais e transnacionais, os quais passa-

ram a influenciar decisivamente a dinâmica das relações, obrigando a deliberação dos Estados nacionais a suprirem as necessidades jurídicas decorrentes destas novas dinâmicas, fato este que demonstra, ou busca demonstrar, a inviabilidade dos entes estatais tradicionais, isoladamente, possuírem condições de superar tais desafios.

Dessa constatação, depreende-se o surgimento do Direito Transnacional que passa a ter assento perante os tradicionais Direito Nacional e Direito Internacional, o que demanda uma recomposição, um repensar e uma possível reformulação dos pilares atuais nos quais se sustentam a estrutura do Direito.

Assim, urge que se reflita, através do confronto das novas perspectivas do Direito, na esteira do caminhar do neoconstitucionalismo ao Direito Transnacional, em relação às bases de um ordenamento jurídico ou de um Constitucionalismo para além do Estado – na perspectiva de Luigi Ferrajoli – acerca da efetividade dessas novas bases teóricas visando ao enfrentamento dos desafios globais que se apresentam, como já demonstrado, aos Estados nacionais.

Assim é que, primeiramente, buscar-se-á lançar luzes às teorias pós-positivistas ou neoconstitucionalistas, especialmente, ao marco histórico e, em alguma medida, teórico que, em linhas gerais, informam este paradigma do Direito, na modernidade. Em seguida, proceder-se-á à apresentação do desenvolvimento do fenômeno da globalização, e com ele o surgimento de uma era pós-moderna, com vistas a descrever o atual estado da arte que ancoram as bases para o surgimento de uma nova concepção do Direito tido como Transnacional.

Por fim, demonstrar-se-á quais as diferenças entre o novel Direito Transnacional e as novas balizas do Direito, em especial, aquelas lançadas por Luigi Ferrajoli, a fim de perquirir as influências que o surgimento dessa nova ordem do Direito exerce ou pode vir a exercer nos mais diversos países, com vistas a fazer frente aos desafios que os problemas globais demandam de cada um dos países pelo mundo.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação foi utilizado o método indutivo (Pasold, 2018), na fase de tratamento de dados o método cartesiano (Leite, 2021), e, o relatório

dos resultados expresso no presente artigo é composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica (Pasold, 2018).

2 PARADIGMA HISTÓRICO DO SURGIMENTO DO PÓS-POSITIVISMO

A Segunda Guerra Mundial foi o marco histórico para o surgimento de um novo Direito, uma nova teoria constitucional, em virtude de todos os traumas trazidos pela guerra terem sido muito eloquentes para o mundo, pois o direito, no paradigma juspositivista, havia fracassado em tutelar os direitos humanos.

Immanuel Kant já advertia de que o homem não poderia ser considerado meio para qualquer fim – como o fora durante a Segunda Guerra Mundial –, mas sim um fim em si mesmo.

Nas palavras do filósofo:

> [...] o homem – e, de uma maneira geral, todo ser racional – existe como um fim em si mesmo e não apenas como meio para o uso arbitrário dessa ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são os outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim [...] os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito) (Kant apud, Motta, 2012, p. 31).

No sentido da transformação do Direito no mundo, Clarissa Tassinari (2013, p. 40) afirma que:

> O período posterior à Segunda Guerra mundial foi considerado um marco para o Direito no mundo todo, isso porque, para que fossem superadas as atrocidades cometidas durante a existência dos regimes totalitários, era necessário que se rompesse com toda a estrutura legislativa que lhes atribuía legitimidade através do argumento

> da obediência a um formalismo rigoroso, de mera observação do procedimento adequado de criação das leis.

As duas grandes transformações pelas quais passou o Direito Constitucional dizem respeito a dar uma primazia aos direitos humanos, positivados nas constituições como direitos fundamentais, bem como a criação de tribunais constitucionais para a garantia desses direitos, ou seja, o surgimento de uma jurisdição constitucional, o que implicou, inevitavelmente, num novo rearranjo do que se entende por um Estado.

Configurou-se a transição do que se conhecia por Estado Legislativo de Direitos para um Estado Constitucional de Direito.

Acerca dos modelos estatais pelos quais passou o mundo, Jorge Miranda (1997, p. 88) sintetiza:

> O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado liberal, assente na ideia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder público tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução ao mínimo de suas funções perante a sociedade). [...] Mas, apesar de concebido em termos racionais e até desejavelmente universais, na sua realização histórica não pode desprender-se de certa situação socioeconômica e sociopolítica. Exibe-se também como Estado burguês, imbricado ou identificado com valores e interesses da burguesia, que então conquista, no todo ou em grande parte, o poder político e econômico.

O mesmo autor (1997, p. 98) passa, na sequência, a descrever o Estado Social de Direito, afirmando que: "É um modelo constitucional que sucede o Estado liberal ou que com ele parcialmente coexiste – como um esforço de aprofundamento e de alargamento concomitantes da liberdade e da igualdade em sentido social, com integração política de todas as classes".

Segundo Lenio Streck esta nova concepção de Estado, surgido no pós-guerra, vem com o intuito de superar as mazelas das anteriores concepções estatais – estado liberal e social –, assim as descrevendo:

Desse modo, dos problemas provocados pelo absenteísmo estatal passou-se à exigência da construção de um modelo de Estado (e de Constituição, porque impossível dissociar esta daquele) dotado de capacidade de impedir a revolução que poderia surgir da incapacidade do liberalismo em gerar uma

sociedade que compatibilizasse progresso com distribuição de renda e justiça social.

> Este é, pois, o cenário próprio para o aparecimento do Estado de feição intervencionista, onde o polo de tensão do poder se desloca em direção ao Executivo. Afinal, para realizar políticas públicas corretivas, era necessário um Estado forte e um direito apto a albergar os (necessários) atos promovedores de tais políticas (veja-se, por exemplo, o embate entre o Poder Executivo norte-americano e a Suprema Corte, por ocasião do New Deal). Muda a feição do Estado; altera-se a feição do direito (e das Constituições) (Streck, 2014, p. 24).

Interessante notar, que as concepções de Estado, Direito e modelos Constitucionais caminham par e passo, quando há mudanças em um desses fatores os demais vêm a reboque; e que a concepção do novo Estado que se forma a partir da Segunda Guerra Mundial é resultado de um processo histórico.

Nesse sentido, Lenio Streck (2014, p. 125) leciona que:

> A preocupação com os direitos fundamentais e a democracia e a democracia engendra textos constitucionais que avançam nitidamente em relação aos fundamentos do velho liberalismo e à noção puramente intervencionista do Estado Social (ou dos Estados burocráticos). A democracia e os direitos fundamentais passam a ser dois sustentáculos desse novo modelo, donde não pode haver retrocesso. Por isso, para utilizar uma linguagem hermenêutica, é possível dizer que a noção de Estado Democrático de Direito que a tradição nos legou é existencial. Qualquer problematização que se pretenda elaborar acerca da democracia e do agir dos agentes sociais se dará neste espeço, onde ocorre o sentido do direito e da democracia.

Em arremate acerca do conceito deste novo Estado Democrático de Direito, Lenio Streck (2014, p. 39):

> Remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades [...] o qualificativo ‘demo-

> crático' vai muito além de uma simples reduplicação das exigências e valores do Estado Social de Direito e permite uma práxis política e uma atuação dos poderes públicos que, mantendo as exigências garantísticas e os direitos e liberdades fundamentais, sirva para uma modificação em profundidade da estrutura econômica e social e uma mudança atual do sistema de produção e distribuição dos bens.

Partindo-se desta concepção de Estado, tem-se que a grande função deste novo Estado e, por conseguinte do Direito, é a transformação da realidade econômica e social. Para tanto o Direito, em especial o Direito Constitucional, teve que se transformar, como já destacado. Isto porque, de nada adiantaria a promulgação de várias cartas constitucionais, tais como a Constituição da Alemanha (1949); da Itália (1948); da Espanha (1972); de Portugal (1976); e posteriormente, a do Brasil (1988) se não fossem asseguradas formas de entendimento dos direitos lá expostos, bem como os mecanismos que garantissem tais direitos, sob pena de se repetir o fenômeno – bem delineado por Marcelo Neves – de uma Constituição simbólica.

Tassinari (2013, p. 40) aduz que:

> Isto é, este fato na história da civilização não apenas proporcionou alterações estruturais na organização política e jurídica dos mais variados países, mas também – e fundamentalmente – exigiu um novo modo de conceber o fenômeno jurídico, que passa a ser percebido sob um viés de materialidade (de substancialidade). Tudo isso através da inclusão de dois elementos centrais: do reconhecimento da força normativa da Constituição (Konrad Hesse) e de seu caráter prospectivo, que condiciona materialmente a legalidade; e da incorporação de novas garantias, novos direitos aos cidadãos, com seus respectivos meios (instrumentos) assecuratórios.

Feitas essas digressões acerca do paradigma histórico, passa-se a expor alguns autores desse cariz que buscam extrair uma metodologia de implementação de direito fundamentais.

Inicia-se pela teoria substancialista de Ronald Dworkin, que, segundo Zanon Júnior (2016) assim se caracteriza pela defesa da aplicação dos direitos conforme uma interpretação hermenêutica construtivista, que visa aprimorar os aspectos morais da Constituição. Tal intuito bem

encaixa-se no sistema no qual o autor está inserido, da família da "*common law*", justamente porque neste sistema é ínsita a criação do Direito pela jurisdição, observada a história institucional do Direito, bem como a integridade.

Dworkin (2014) critica a proposição juspositivista da cisão entre o direito e a moral, não adota a tese do convencionalismo, limitando-se os direitos aos que estão expressamente previstos nos textos normativos, admitindo-se, na falta deste, subsidiariamente, a adoção de critérios discricionários e ainda, afasta toda a ideia de um pragmatismo jurídico, teoria esta defendida por Richard Posner.

Acerca do conceito de Direito, ainda Dworkin (2010) expõe que não é possível a compreensão no sentido de ser um conjunto estanque de padrões de julgamento, senão um catálogo não taxativo dos mais variados argumentos empreendidos pelos juízes no esforço de fundamentação de suas decisões, dentre eles, sobressaem-se as regras, os princípios e as políticas, mas não exclusivamente estes substratos de justificação.

Para Dworkin (2010, p. 36), princípio é "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade".

Desta maneira distingue princípio de política, que segundo o mesmo autor (2010, p. 36), é "aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade". Em arremate as regras funcionam segundo o critério da validade e são aplicadas ao modo do tudo-ou-nada.

No que toca à sua teoria da decisão judicial, afirma que as decisões devem ser originadas por princípios, afastando argumentos de política, ainda que se esteja diante dos chamados casos difíceis ("*hard cases*"), uma vez que a justificação deve garantir os direitos individuais, a despeito de eventualmente promover políticas que digam respeito à toda uma comunidade (Dworkin, 2010).

O Juiz, diante dos casos difíceis, deve atentar-se ao papel primordial que os princípios desempenham na sustentação dos argumentos expos-

tos na decisão, pois após a decisão do caso, surgirá uma regra particular, a qual não possui existência previamente ao caso em julgamento, sendo que o Juiz ou tribunal faz uso dos princípios para justificar a adoção de uma nova regra (Dworkin, 2010).

Segundo Dworkin (2010), diante dessa diversidade de fontes e da forma como elas são consideradas quando da decisão judicial, demonstra que esta matriz sugere que as decisões sejam tratadas como uma teia inconsútil dos padrões de julgamento produzidos ao longo da história institucional em determinada comunidade.

Passa-se, neste ponto, a expor a teoria pós-positivista do autor alemão Robert Alexy que tem como vertentes principais de seu pensamento o tema da ponderação de princípios jurídicos, a vinculação entre o Direito e a moral. É, também, em oposição à Ronald Dworkin, contrário à tese da existência da única resposta correta ao caso posto em julgamento.

Robert Alexy (2009, p. 151) apresenta a seguinte definição de Direito:

> [...] o direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.

Devido a essa pretensão à correção do sistema, os juízes valem-se de argumentos de cariz moral, quando se esteja diante de casos em que haja dispositivos legislativos expressos a amparar uma decisão, uma vez que adota a fórmula Radbruch de não aplicação da norma diante de uma violação insuperável do critério de justiça.

Justamente entre a pretensão de correção e quando se está diante de leis que violem em grau insuperável o critério de justiça, o autor se vale dos princípios para fazer a simbiose entre Direito e moral.

Nas palavras de Alexy (2009, p. 92):

> O positivismo acentua, justamente, que o juiz, nos casos duvidosos, deve decidir com base em princípios morais. Mas, com isso, ele não atinge o ponto crucial. Este consiste no fato de os princípios, primeiramente, de acordo com atese da incorporação, serem componentes necessários do sistema jurídico e, em segundo lugar de acordo com a tese da moral, de incluírem necessariamente aqueles que integram a moral.

Robert Alexy conceitua a norma jurídica como o produto da interpretação de um enunciado normativo, a qual pode ser da espécie regra ou princípio.

Com relação ao conflito entre regras, o referido autor (2015, p. 65) afirma que:

> À teoria das regras dos direitos fundamentais estão abertos três caminhos para a solução de colisão de direito fundamentais: primeiro, a declaração, pelo menos, de uma das normas colidentes como inválida ou juridicamente não vinculativa, segundo, a declaração, pelo menos, de uma das normas como não aplicável ou correspondente e, terceiro, o encaixe, livre de ponderação, de uma exceção em uma de ambas as normas.

Assim, assevera Ruy Samuel Espíndola (1999, p. 69), "essa decisão de afastar a regra incompatível dá-se por critérios afixados em cada ordem jurídica ([...] critério hierárquico, [...] critério da especialidade, [...] critério cronológico)." A menção é feita acerca dos tradicionais critérios de resolução de conflitos entre regras, os quais se resolvem na dimensão da validade.

Tal fato se dá, por um simples motivo de coerência interna do sistema jurídico, como bem demonstra Robert Alexy (2014):

> A possibilidade de manter ambas as regras como partes efetivas do ordenamento jurídico e decidir, em um caso concreto, de acordo com o peso, está excluída. Um juiz não pode considerar simultaneamente válidas e nem pode simultaneamente aplicar duas regras cujas hipóteses de incidência ocorrem em um caso, regras essas que possuem consequências jurídicas contraditórias. O fato de uma regra ser válida e aplicável a um caso significa que sua consequência vale. Se ambas as regras devessem ser simultaneamente conside-

> radas válidas e aplicáveis, deveriam então ser proferidos, em uma decisão, dois juízos concretos de dever ser jurídico que se contradizem. Essa possibilidade, do modo específico como fundamentada, deve ser excluída.

Segundo Flávio Martins (2018), o conflito entre princípios constitucionais acontece com mais frequência que o conflito entre regras. Tal constatação se dá devido ao caráter vago, amplo, impreciso, que leva um princípio a invadir a órbita de outros princípios, como por exemplo o conflito entre liberdade de expressão e a intimidade ou honra. O conflito entre princípios não se resolve aprioristicamente, em abstrato, estabelecendo-se uma possível hierarquia entre os princípios constitucionais. O conflito é resolvido no caso concreto, ponderando os princípios em conflito, através de um estabelecimento de peso, ou seja, a importância de cada princípio. Faz-se, no caso concreto, um juízo de proporcionalidade entre os princípios em conflito para verificar qual princípio deve prevalecer.

Portanto, a colisão entre princípios constitucionais não se resolve no campo da validade, mas no campo do valor. "Em caso de colisão de princípios, o princípio que tem o maior peso no caso concreto prevalece, sem que isso signifique que o princípio que cedeu seja inválido." (Alexy, 2014).

Traçadas as bases históricas, percebe-se que com as mudanças ocorridas na forma de conceber o próprio Estado de Direito, há a necessidade de se superar a teoria do direito até então vigente, o positivismo jurídico. Assim, é mister expor como o surgimento e consolidação do fenômeno da Globalização, rompendo as tradicionais fronteiras estatais e trazendo na esteira desse desenvolvimento uma série de novos atores globais, por vezes, atuam à margem dos próprios ordenamentos jurídicos de cada Estado.

3 GLOBALIZAÇÃO, PÓS-MODERNIDADE E SURGIMENTO DO DIREITO TRANSNACIONAL

De início, com o fito de se demonstrar os caracteres essenciais desse fenômeno de desenvolvimento mundial que se traduziu na Globaliza-

ção, vale trazer à baila os ensinamentos de Ulrich Beck (1999, p. 32), que assim esclarece:

> [...] pode-se caracterizar o conceito de globalização como um processo ("dialético", diríamos na moda passada) que produz as conexões e os espaços transnacionais e sociais, que revalorizam culturas locais e põem em cena terceiras culturas "um pouco disso, um pouco daquilo, assim vão surgindo as novidades no mundo" (Salman Rushdie). Neste quadro relacional complexo são reformuladas, em três parâmetros, as questões do alcance bem como das fronteiras da globalização já existente: Primeiro: sua extensão no espaço. Segundo: estabilidade no tempo. E terceiro: densidade (social) das redes de comunicação, das conexões e das imagens icônicas

O atual estágio da globalização é caracterizado por dois fatores determinantes, a saber: a desenvolvimento tecnológico e uma forte pressão sobre os Estados nacionais com vistas à desregulamentação, principalmente econômica, as quais permitem o livre fluxo de capitais, o crescimento de um mercado global de mercadorias e serviços, a abertura econômica dos países e um forte incentivo à atividade de exportação, além de influências de interações sociais.

Desse modo, no tocante ao fluxo de relações sociais Zygmunt Bauman (1999, p. 20) afirma que "com o tempo de comunicação implodindo e encolhendo para a insignificância do instante, o espaço e os delimitadores de espaço deixam de importar, pelo menos para aqueles cujas ações podem se mover na velocidade da mensagem eletrônica." Percebe-se, em consequência, que eventos ocorridos localmente podem influenciar locais separados por enormes distâncias.

No que toca ao aspecto econômico da globalização, há uma transmutação dos espaços econômicos mundiais, lançando grandes desafios aos Estados Soberanos.

Nos dizeres de Giddens (2001, p. 60-61):

> Note-se que a transformação local pode ser vista como uma parte integrante da Globalização ou como uma extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço. Em outras palavras, pode-se dizer que o que ocorre em um determinado espaço territorial tende a ser influenciado por fatores que ocorram a uma distância

> indefinida. Além disso, tais concepções permeiam todos os campos sociais e admitem a possibilidade de que a Globalização possa evoluir em ritmos diferentes em cada um deles. A reorganização espacial da vida social deve ser vista de forma muito prudente, pois os espaços tradicionalmente reservados ao Direito e à política não coincidem mais com o espaço territorial, o que leva, por conseguinte à reavaliação da soberania.

Zygmunt Bauman (2011) refere-se aos impactos basilares da globalização como sendo um apartamento entre as esferas de poder e a política, dotando o mercado de parcela das funções antes exercidas pelas autoridades políticas. Há assim uma tensão entre o espaço político e os atores do mercado.

Denota-se do exposto que a globalização tem por expressão não só a difusão de fatores econômicos, mas também o espalhamento de informações e padrões econômico-organizacionais, intercâmbio social, jurídico, que são resultado das pressões mercadológicas e da amplitude de informações (Vieira, 2001).

Nesse mesmo sentido, Cruz e Oliviero (2014, p. 12) lecionam:

> [...] a globalização indica um fenômeno de progressivo alargamento da esfera das relações sociais até um ponto que potencialmente coincide com o planeta inteiro. Em particular, a globalização significa também interdependência global, por isso modificações substanciais que ocorram em uma parte do planeta têm repercussões também em outro ângulo do próprio planeta, em tempos relativamente breves. Portanto, a globalização produz um conjunto de fenômenos de elevada intensidade e rapidez em escala global, no campo jurídico, econômico, social, cultural e ideológico.

Dentre as múltiplas características antes citadas, vem ganhando grandes proporções, como um *locus* de intersecção entre as mais diversas sociedades, mormente em um contexto globalizado de cariz pós-moderno, as comunicações e a troca de informações.

As pessoas passam a tomar como parte também de suas vidas, fatos, acontecimentos e fenômenos que não encontram distâncias físicas intransponíveis, derrubando fronteiras de ordem tanto geográfica, como política. No entendimento dos defensores da globalização, o fato de

existir novas organizações sociais globais na área de comunicação, vem trazendo forte influência nas interações entre os espaços físicos e as circunstâncias sociais, além de modificar a geografia situacional do viver político e social, havendo uma distensão entre ambientes físicos e a situação social (Held; Mcgrew, 2001, p. 46).

O fluxo informacional, segundo Bauman (1999), tem fluência independentemente de quem é o portador da informação, as modificações e rearranjos dos corpos nos espaços físicos não mais é demandada com vistas à reordenação dos significados e das relações entre os atores nas sociedades.

Nesse contexto, exsurgem como protagonistas dessa massificação comunicativa, as empresas privadas, que passaram a galgar posição de um verdadeiro centro de poder paralelamente ao poderio estatal e de instituições teocráticas. Podendo-se afirmar que o processo globalizante se desenvolve com mirada na comunicação, transporte e livre trânsito de bens.

Diante da multiplicidade de caracteres e espectros que a Globalização pode ser vislumbrada e analisada, cumpre demonstrar o pensamento de Giddens (2003, p. 23) à guisa de arremate sobre o tema, que assim leciona:

> A globalização não é, portanto, um processo singular, mas um conjunto complexo de processos. E estes operam de uma maneira contraditória ou antagônica. […] O sociólogo americano Daniel Bell descreve isso muito bem quando diz que a nação se torna não só pequena demais para resolver os grandes problemas, como também grande demais para resolver os pequenos.

Depreende-se do aqui exposto, contextualmente, que a tradicional atuação estatal em busca de regulação das novas dinâmicas de interações sociais que surgem nas mais diversas áreas da sociedade, tais como: economia, trânsito de mercadorias, fluxo de informações entre os países, torna-se cada vez mais desafiadora, se se tiver com olhos voltados aos instrumentos tradicionais como o direito interno ou mesmo o direito internacional.

Desse modo, o surgimento do Direito Transnacional se dá em decorrência do fenômeno da Globalização que impõe aos Estados nacionais grandes desafios na era pós-moderna e é, justamente esse descortinamento que faz surgir o chamado Direito Transnacional

4 O FUTURO DO CONSTITUCIONALISMO NA PROPOSTA DE LUIGI FERRAJOLI

Diante do cenário exposto entre as duas perspectivas de organização de um sistema jurídico no segundo pós-guerra – neoconstitucionalismo e Direito Transnacional –, cumpre cotejar estas propostas com o pensamento do jusfilósofo Luigi Ferrajoli, que faz um diagnóstico de qual é o estado da arte do constitucionalismo atual para, então, apresentar caminhos pelos quais deve o constitucionalismo contemporâneo percorrer, tendo em vista, sempre, a defesa dos Direitos Humanos.

Desse modo, esta é a tarefa a ser empreendida neste quarto tópico da presente pesquisa proposta

Luigi Ferrajoli inicia sua análise acerca de como o processo de constitucionalização iniciado após a Segunda Guerra Mundial vem se desenvolvendo em todo o mundo, baseando-se, paradoxalmente, não em um processo de constitucionalização, mas, em verdade, num processo de verdadeira desconstitucionalização, baseada em três fatores fundamentais.

O primeiro fator diz respeito a uma assimetria entre o caráter global da economia e do capital financeiro em relação ao vetusto caráter prevalecente estatal das fronteiras do direito e da economia. O vazio de regulação estatal, direito estatal, nas palavras do autor, no plano internacional faz com que vigore plenamente o direito privado, dando início a um "desenvolvimento como poderes selvagens". Fazendo mais, condicionando as próprias políticas estatais aos interesses do direito privado (Ferrajoli, 2018).

Nas palavras de Ferrajoli (2018, p. 20):

> [...] Es claro que los poderes económicos y financieros, en ausencia de una esfera pública a su medida, se desarrollan como poderes

> salvajes, no regulados ya por los ordenamientos estatales sino, por el contrario, en condiciones de orientar las políticas de los estados en su propio beneficio. También en este aspecto se ha invertido la relación entre estado y mercado: ya no son los estados los que garantizan la competencia entre empresas, sino que son las grandes empresas las que ponen a los estados a competir, privilegiando, para sus inversiones, a los países en los que con más facilidad pueden explotar el trabajo, contaminar el medio ambiente y corromper a los gobiernos.

O segundo fator é atinente a que uma inversão da hierarquia democrática dos poderes tem um caráter cultural, consubstanciado no apoio aos ideais neoliberais. O autor afirma que isso levou a um esvaziamento da razão política, plasmada numa falta de cuidado com o interesse geral, além da razão jurídica, consistente no projeto constitucional de igualdade e, por fim, na razão econômica, sendo este o único critério de racionalidade para o desenvolvimento econômico e crescimento da riqueza, beneficiando uma minoria (Ferrajoli, 2018).

"De este modo, las leyes de la economía han prevalecido sobre las del derecho. Las verdaderas normas fundamentales de la actual globalización ya no son las cartas constitucionales e internacionales de derechos […] sino las reglas inflexibles del mercado" (Ferrajoli, 2018, p. 21).

Por fim, há um terceiro fator do fenômeno da desconstitucionalização ao redor do globo, que desagua em um processo de despolitização e desagregação das sociedades nos mais variados Estados. Essa constatação se dá pelo enfraquecimento dos partidos políticos, havendo uma intermediação direta entre líder – chefes de Estado – e a população difusa. Os partidos políticos não mais fazem essa intermediação entre as lutas sociais e a formulação de políticas estatais (Ferrajoli, 2018).

Desse modo, Ferrajoli afirma que há uma perda da luta contra as desigualdades e da luta contra as diferenças de etnia, religião, nacionalidade, sexo, opiniões políticas e condições sociais.

Condena, ainda, a quebra de identidades e subjetividades coletivas, como bem demonstra este excerto da obra já citada

> [...] De ahí, además, la grave alteración de las identidades colectivas: la destrucción de las viejas subjetividades políticas colectivas, generadas por las luchas inclusivas y solidarias contra las desigualdades, y su sustitución por subjetividades de tipo identitario – racista, religioso, nacionalista o machista – basadas, por el contrario, en la lucha excluyente contra las diferencias de etnia, religión, nacionalidad, sexo, opiniones políticas y condiciones personales y sociales (Ferrajoli, 2018, p. 23).

Diante desse cenário apresentado por Luigi Ferrajoli, o autor formula uma pergunta no sentido da possibilidade de haver uma reviravolta nesta inversão descrita anteriormente, acerca do fenômeno da desconstitucionalização operada nos mais diversos países do mundo.

Em primeiro lugar, Ferrajoli (2018) entende que as leis adequadas devem sempre garantir, concretamente, os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, ante a recorrente inefetividade da garantia dos direitos fundamentais.

Em segundo lugar, o paradigma da democracia constitucional não só pode como deve ser ampliado em quatro direções, com o fito de promover a garantia dos direitos fundamentais, assim descritas pelo autor (2018, p. 26):

> [...] 1) en garantía de todos los derechos fundamentales, no solo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; 2) frente a todos los poderes, no solo de los públicos sino asimismo de los privados; 3) en garantía no solo de los derechos fundamentales sino también de los bienes que, por su carácter vital, pueden igualmente ser llamados fundamentales; 4) a todos los niveles, no solo al de los ordenamientos estatales sino también en el plano del derecho internacional.

Com relação à promoção dos direitos fundamentais sociais, que são aqueles desenvolvidos após o reconhecimento dos direitos de liberdade, se dá no sentido do desenvolvimento de tratamento médicos e de alimentação e na impossibilidade de se obter emprego e de garantir o direito de imigrar (Ferrajoli, 2018).

Nesse sentido, um mínimo vital passa a ser corolário ao direito à vida e para além desse reconhecimento, o Estado passa a ter responsabilidade pela sua expansão e promoção a todos.

Desse modo, há, por parte do autor, uma aposta no investimento público em direitos sociais, a fim de que seja esta a mola propulsora do desenvolvimento dos direitos fundamentais, a devolução ao Estado do protagonismo de defesa e promoção dos direitos fundamentais sociais.

No que toca à expansão do constitucionalismo de direito privado, Ferrajoli trata da evolução dos direitos fundamentais de primeira dimensão, no sentido da liberdade de autonomia dos cidadãos e de uma proteção contra o arbítrio estatal, mas além disso critica a falta de percepção sobre a constitucionalização dos direitos de autonomia, a abranger o direito de propriedade.

Nas palavras do próprio autor (2018, p. 36) tem-se que:

> La tradición liberal ha ignorado estas diferencias estructurales, desconociendo la naturaliza de derechos-poder del derecho de propiedad y de los derechos civiles de autonomía, también configurados como libertades fundamentales. Se comprende así por qué el paradigma garantista del estado de derecho ha sido únicamente concebido con respecto a las relaciones verticales que asimismo se instauran en la sociedad entre poderes privados y libertades fundamentales. La razón consiste en el hecho de que ha permanecido oculta o en todo caso incomprendida la asimetría estructural entre propiedad, autonomía y libertad – entre los derechos de propiedad y de autonomía que son poderes y las libertades que no lo son -, cuyo reconocimiento es, en cambio, el presupuesto de una teoría garantista del derecho privado y de los límites al despotismo del mercado, a añadir a la del derecho público y de los límites al despotismo del estado.

Procura assim, o autor, ao resgatar esse conceito, criar uma teoria garantista do direito privado e dos limites ao despotismo do mercado. O autor afirma que um direito-poder de propriedade e de autonomia de um lado e direito de liberdade de outro, favoreceu a tendencial e programática ausência de limites e vínculos públicos das vontades empresariais, havendo uma confusão entre público e privado.

A terceira expansão do constitucionalismo proposta por Luigi Ferrajoli (2018) prega um constitucionalismo dos bens fundamentais, que, nas palavras do autor, desde o Direito Romano alguns bens estiveram fora do comércio, principalmente, os bens naturais, a todos acessíveis. Essa ideia ficou arraigada em todo o desenvolvimento das civilizações.

Acontece que, atualmente, esses bens naturais, que não são mais abundantes, passaram a ter imenso valor de troca, pela sua escassez, sendo colocados no mercado e transformados em bens patrimoniais, não havendo mais a sua garantia universal como bem fundamental.

Cria-se essa nova categoria, para além de direitos fundamentais, devido à sua escassez e essencialidade, devendo ser garantidos a todos, não podendo haver qualquer valor de mercado para tais bens, visto que sem eles não há vida. Essa categoria é o que o autor denomina de bens fundamentais:

> Chamarei por outro lado de bens fundamentais os bens cuja acessibilidade é garantida a todos e a cada um porque objeto de outros tantos direitos fundamentais e que por isso, da mesma forma que estes, são subtraídos à lógica do mercado: como o ar, a água e outros bens do patrimônio ecológico da humanidade e, ainda, os órgãos do corpo humano, os fármacos considerados 'essenciais' ou 'salva-vidas' e similares (Ferrajoli, 2011, p. 54).

Propõe, o autor, uma taxa supranacional sobre o uso desses bens fundamentais, com fim de pagar dívidas externas e financiar amplamente a garantia de todos os direitos sociais.

Por fim, a última forma de se retomar a expansão do constitucionalismo, diz respeito ao constitucionalismo global. A pergunta feita pelo autor é: ao se esvair as formas tradicionais de representação política e da lei estatal que submete todos os poderes, existe ou não um futuro para a democracia e o estado de direito?

Nos dizeres do autor (2011, p. 71):

> É necessário, em segundo lugar, o desenvolvimento de um constitucionalismo de direito internacional. Mesmo porque as agressões aos bens comuns do ambiente – o aquecimento climático, a poluição do ar e dos mares, a redução da biodiversidade e a destruição de muitas

> espécies animais e vegetais - tem já assumido um caráter planetário, exigindo a introdução de normas, limites, vínculos, controles, funções e instituições de garantia por sua vez em nível planetário.

Afirma Farrajoli (2018, p. 43) que não foi construída uma esfera pública à altura dos desafios da globalização, no sentido de limites e vínculos:

> [...] En efecto, la crisis de los estados, y con ello del papel de las esferas públicas nacionales, no ha tenido correspondencia en la construcción de una esfera pública a la altura de los procesos de globalización, es decir, la introducción de límites y vínculos, en garantía de la paz y de los derechos humanos, frente a los poderes transnacionales, tanto públicos como privados, que han desposeído a los viejos podes estatales o se han sustraído a su papel de gobierno e de control.

Desse modo, ao mesmo tempo que se tem a carta da ONU, por exemplo, como sendo uma espécie de constituição, há que se implementar os códigos penais, civis e etc. para, analogicamente, fazer a constituição – carta da ONU – ser efetivamente respeitada e operacionalizada.

Luigi Ferrajoli pensa não ser possível uma reprodução da forma estatal em nível global, todavia exterioriza uma ideia de instituições de governo e instituições de garantia, para tais fins.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente artigo foi expor as bases histórico-teóricas que propiciaram o surgimento das teorias do direito denominadas de pós-positivistas ou neoconstitucionalistas, as quais visam superar os paradigmas que informaram o direito até a Segunda Guerra Mundial, qual seja, o positivismo jurídico. Além disso, demonstrar como o surgimento do Direito Transnacional no contexto de uma sociedade globalizada, no contexto de uma era pós-moderna, pode influenciar as bases pelas quais um sistema jurídico deve se assentar, bem como apresentar as alternativas para o futuro do constitucionalismo no mundo, de acordo com o jusfilósofo Luigi Ferrajoli.

Primeiramente, estudou-se o marco histórico do surgimento do pós-positivismo que, com o advento da Segunda Guerra Mundial, com o fracasso do Direito, o Estado e o próprio Direito Constitucional tiveram que se reinventar a fim de superar o excessivo formalismo do positivismo jurídico que contribuiu sobremaneira para a não proteção de direitos fundamentais.

Na sequência, procurou-se demonstrar como o mundo sem fronteiras viabilizou o surgimento de atores internacionais e transnacionais que passaram, em paralelo aos Estados nacionais, a influenciar e a criar "normas" nas mais diferentes esferas – política, econômica, social e jurídica –; diante dessa imposição que a realidade impôs, viu-se surgir, ao lado do Direito interno e do Direito Internacional, um conjunto de práticas que vieram a ser denominadas de Direito Transnacional.

A partir dessas constatações, analisou-se um movimento de aplicabilidade do Direito Transnacional servindo como uma ferramenta posta à disposição do aplicador do Direito, ao lado das normas jurídicas tradicionais, a fim de fazer frente aos problemas globalizados que a era pós-moderna legou.

Por fim, apresentou-se a proposta do jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli acerca das alternativas para um resgate do poder normativo das constituições diante de um cenário, tido por ele de constante desconstitucionalização da proteção de bens e direitos fundamentais.

Além disso, restou claro que o autor alinha-se muito mais a uma vertente que percebe a rigidez e dirigismo constitucional como o caminho para a retomada da efetiva defesa dos direitos fundamentais e humanos previstos nas constituições e tratados internacionais. Um maior domínio do direito público sobre a desregulamentação operada através do direito privado e dos atores transnacionais.

Assim, alinha-se, a par dos caminhos traçados pelo neoconstitucionalismo e pelo Direito Transnacional, a uma aposta nas conquistas da modernidade tendo como o motor da proteção de direitos humanos e fundamentais o direito estatal clássico, atrelado à filosofia jurídica ainda de cariz positivista. O próprio jusfilósofo não se autodenomina de autor pós-positivista, ainda encarando seu pensamento atrelado ao po-

sitivismo jurídico, típico da modernidade, o que se percebe estampado neste trabalho.

Este artigo teve como escopo incitar novas pesquisas acerca de tema que, ainda, gera muita divergência na doutrina. Este trabalho pode ser utilizado como base para futuros aprofundamentos na matéria, sem a pretensão de esgotar o debate acerca do tema proposto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. *E-book*.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: As consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. Título original: Globalization: The Human Consequences.

BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CRUZ, Paulo Marcio; OLIVIERO, Maurizio (org.). **As trajetórias multidimensionais da globalização**. [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, p. 12, 2014. Disponível em: https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Paginas/default.aspx. Acesso em: 15 nov. 2022.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo**: más allá del Estado. Tradução de Perfecto A. Ibáñes. Madrid: Trotta, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori; Hermes Zaneti Junior et Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora da Universidade Estadual de São Paulo, 2001.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porta Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PASOLD, César. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

Recebido em: 14/04/2025
Aprovado em: 23/04/2025