

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

CONSTITUCIONALISMO E GLOBALIZAÇÃO NO CONTEXTO TRANSNACIONAL

ANA PAULA RONCÁGLIO HEINIG GONÇALVES

Itajaí-SC

2014

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

CONSTITUCIONALISMO E GLOBALIZAÇÃO NO CONTEXTO TRANSNACIONAL

ANA PAULA RONCÁGLIO HEINIG GONÇALVES

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Josemar Sidinei Soares

Itajaí-SC

2014

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Eduardo e Teresa Cristina, aos meus irmãos Carlos Eduardo e Fernando Augusto e ao meu marido, Ricardo, pelo apoio e incentivo em todos os momentos.

Ao meu orientador, Professor Doutor Josemar Sidinei Soares, pela compreensão, paciência e competência com que me foram transmitidos os conhecimentos necessários para o cumprimento de mais uma etapa.

Ao Professor Antonio Carlos Marchiori e ao Professor Doutor Paulo Márcio Cruz, responsáveis pela realização do convênio que permitiu, a mim e aos colegas professores, a realização deste sonho.

À Professora Doutora Milena Petters Melo, amiga querida, que me auxiliou desde a elaboração do projeto deste trabalho.

À equipe do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ, aqui representados pela Jaqueline Moretti Quintero e Alexandre Zarske de Mello, pela excelência no atendimento e pela disposição em responder nossos questionamentos.

DEDICATÓRIA

À minha família, com todo o meu amor: meu marido, Ricardo, meus pais, Eduardo e Teresa Cristina, meus irmãos, Carlos Eduardo e Fernando Augusto, e à minha avó, Nilza, que faleceu durante a realização deste trabalho.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, março de 2014.

Ana Paula Roncáglio Heinig Gonçalves
Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<i>GATT</i>	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> . Em português: Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio
FMI	Fundo Monetário Internacional
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio

ROL DE CATEGORIAS

Constitucionalismo: movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania¹.

Neoconstitucionalismo: movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual². Evolução do constitucionalismo com novas conquistas (especialmente a expectativa de concretização dos direitos fundamentais), que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial.

Transconstitucionalismo: entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional³.

Globalização: intensificação das relações sociais em escala mundial⁴.

Globalização Econômica: a interdependência econômica crescente do conjunto dos países do mundo, provocada pelo aumento do volume e da variedade de transações internacionais de bens e serviços, e também pelos fluxos internacionais de capitais e pela difusão acelerada e generalizada da tecnologia.

Estado Constitucional Moderno: modelo estatal surgido a partir das revoluções burguesas do século XVIII, sustentado pelas teorias do Poder Constituinte, da Tripartição do Poder, da Democracia Representativa e destinado a atender os interesses da burguesia liberal capitalista⁵.

Soberania: em sentido amplo, indica o Poder de mando de última instância. Em

¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 37.

³ HAIDAR, Rodrigo. O Acesso à Justiça não é só o direito de ajuizar ações. **Consultor Jurídico**, São Paulo, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>>. Acesso em: 26 dez. 2013. Entrevista de Marcelo Neves ao sítio Consultor Jurídico.

⁴ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 69.

⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade:** democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011. p. 34.

sentido estrito, na sua significação moderna, caracteriza o Poder estatal, sujeito único e exclusivo da política⁶.

Transnacionalidade: efeitos que transcendem os limites nacionais, sendo capazes de interferir direta ou indiretamente na vida de pessoas de todas as partes do globo. Como exemplos, Josemar Sidinei Soares, indica as questões ambientais, cujos efeitos não se limitam ao local onde ocorreu determinado evento, ou econômicas, que repercutem drasticamente em um mercado mundial⁷.

Empresas Transnacionais: entidades privadas de enorme potencial financeiro e patrimônio científico-tecnológico, normalmente de natureza mercantil, constituída por sociedades estabelecidas em diversos países, sem subordinação a um controle central, mas agindo em benefício do conjunto, mediante uma estratégia global.⁸

Estado Transnacional: emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos e livres de amarras ideológicas da modernidade, decorrentes da intensificação da complexidade das relações globais, dotados de capacidade jurídica de governança, de regulação, intervenção⁹ – e coerção – e com o objetivo de projetar a construção de um novo pacto de civilização¹⁰.

Direito Transnacional: ordenamento jurídico que transpassa vários estados nacionais, com capacidade própria de aplicação coercitiva por uma estrutura organizativa transnacional¹¹.

⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade:** democracia, direito e estado no século XXI. p. 83.

⁷ SOARES, Josemar Sidinei. Globalização, Pós-Modernidade e Transnacionalidade: Questões existenciais e jurídicas. In: ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo (Org.). **Direito global:** transnacionalidade e globalização jurídica. Itajaí: UNIVALI, 2013.

⁸ STELZER, Joana. Relações internacionais e corporações internacionais: um estudo de interdependência à luz da globalização. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Coord.). **Relações internacionais & globalização:** grandes desafios. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 1999. p. 95.

⁹ Os autores esclarecem que intervenção, nesse contexto, significa o controle, pelo Estado, em graus variados, através da atuação, como parte ativa, nos âmbitos ambiental, social econômico e cultural para garantir padrões mínimos de dignidade humana a partir de pauta axiológica comum. Já a categoria Regulação, tem sentido de fornecer à Sociedade, através do Estado, regras que regulem as relações públicas e privadas, evitando desequilíbrios, sem que o mesmo seja parte ativa em qualquer delas.

¹⁰ CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 1, n. 4, ago./dez. 2009. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/cejur/article/view/15054/11488>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

¹¹ CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais.

Desterritorialização: concepção espacial além dos limites territoriais do Estado¹².

Flexibilização Trabalhista: movimento que visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação e ao empregador a possibilidade de adaptação de seu negócio, mormente em épocas de crise econômica¹³.

¹² STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. Estado, Globalização e Soberania: Fundamentos Político-Jurídicos do Fenômeno da Transnacionalidade. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVIII, 2009, São Paulo. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 4191-4218. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/1915.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2014.

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 32.

SUMÁRIO

RESUMO.....	12
ABSTRACT.....	13
INTRODUÇÃO.....	14
1 DO CONSTITUCIONALISMO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO.....	17
1.1 CONSTITUCIONALISMO.....	17
1.2 NEOCONSTITUCIONALISMO.....	26
1.3 TRANSCONSTITUCIONALISMO.....	31
2 GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIDADE.....	36
2.1 A GLOBALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO.....	36
2.1.1 Globalização Econômica.....	40
2.1.2 Direito Internacional e Direito Interno.....	44
2.2 TRANSNACIONALIDADE.....	48
2.2.1 O Estado e o Direito Transnacionais: Questão de Soberania e Desterritorialização.....	54
3 O CONTEXTO TRANSNACIONAL E OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS.....	60
3.1 DIREITOS HUMANOS E A NECESSIDADE DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	60
3.1.1 Dignidade da Pessoa Humana.....	64
3.2 GLOBALIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS.....	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	74
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	78

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito e objetiva verificar se as transformações do Estado Constitucional, especificamente no contexto da globalização, interferem nas relações trabalhistas, aprofundando os conhecimentos sobre as transformações desse Estado Constitucional impulsionadas pelos processos de globalização e analisando suas interferências nas relações trabalhistas no contexto transnacional. Pelos novos meios de transporte e de comunicação, é muito fácil ultrapassar fronteiras, em consequência as empresas podem decidir em que país montarão suas filiais. Escolhem, então, países com leis trabalhistas flexíveis, com sindicatos fracos, mão de obra mais barata, baixos impostos. O Estado se encontra num dilema: ou mantém-se forte, garantindo os direitos sociais já conquistados pelos cidadãos, ou cede às exigências dos setores econômicos. Nesse contexto, considerando as demandas transnacionais advindas da globalização, surge a necessidade de um Direito Transnacional que regule essas relações trabalhistas nesse Estado Transnacional. Quanto à Metodologia empregada, registra-se que na Fase de Investigação o Método utilizado foi o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados o Cartesiano e, no presente Relatório da Pesquisa, é empregada a base indutiva. As técnicas de investigação utilizadas foram as do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Globalização. Transnacionalidade.

ABSTRACT

This dissertation is part of a specific line of research entitled Constitutionalism and Production of Law, and its goal is to verify whether the changes in the Constitutional State, in the context of globalization, influence labor relations, deepening knowledge concerning these changes, prompted by the processes of globalization, and analyzing their interferences on labor relations in a transnational context. Due to the enormous advances in Transport and Communications, it is very easy to cross borders and as a result, companies can choose which country they will set up their branch offices in. Firms choose countries known for their flexible labor laws, weak labor unions, cheap labor costs and low taxes. The State finds itself in a dilemma: either it remains strong, assuring the social rights already conquered by its citizens, or it succumbs to the pressures of the economic sectors. In this sense, considering the transnational demands brought by the process of globalization, the need for a transnational law emerges that will regulate these labor relations in this Transnational State. In terms of methodology, the inductive method was used during the research stage, the Cartesian method in the data processing stage, and the inductive basis for the research report. The investigation techniques used were those of referent, category, operational concepts, bibliographical research, and filing.

Keywords: Constitutionalism. Globalization. Transnationality.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é verificar se as transformações do Estado Constitucional, especificamente no contexto da globalização, interferem nas relações trabalhistas, aprofundando os conhecimentos sobre as transformações desse Estado Constitucional impulsionadas pelos processos de globalização e analisando suas interferências nas relações trabalhistas no contexto transnacional.

O Estado Constitucional Moderno, como forma de limitação do poder, não consegue mais dar respostas minimamente consistentes às sociedades atuais envoltas pela globalização¹⁴.

Pelos novos meios de transporte e de comunicação, é muito fácil ultrapassar fronteiras, em consequência as empresas podem decidir em que país montarão suas filiais. Escolhem, então, países com leis trabalhistas flexíveis, com sindicatos fracos, mão de obra mais barata, baixos impostos. O Estado se encontra num dilema: ou mantém-se forte, garantindo os direitos sociais já conquistados pelos cidadãos, ou cede às exigências dos setores econômicos¹⁵.

A hegemonia ideológica, cultural e política dos novos valores de mercado e da concorrência está, de fato, deslocando os poderes e funções do Estado fixados nas Constituições¹⁶.

Diante disso, formulou-se o seguinte problema: As transformações do Estado Constitucional, especificamente no contexto da globalização, interferem nas relações trabalhistas?

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

¹⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. p. 94.

¹⁵ PASOLD, Cesar Luiz (coord.). **Primeiros ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 42-43.

¹⁶ AMIRANTE, Carlo. **Dalla forma Stato alla Forma Mercato**. Torino: Giappiachelli, 2008. Tradução, ainda não publicada, de Milena Petters Melo, que gentilmente me cedeu seus escritos para a elaboração deste trabalho.

a) Os processos de globalização sugerem uma retração no Estado Constitucional Moderno.

b) A retração do Estado Constitucional Moderno acarreta a precarização das relações de trabalho e da tutela dos trabalhadores.

c) A Superação do Estado Constitucional Moderno proporciona uma reorganização das relações de trabalho.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão exposto na presente Dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com a evolução do constitucionalismo, desde o primitivo, passando pelo neoconstitucionalismo até o transconstitucionalismo dos dias atuais. Nesse capítulo são apresentadas as fases do constitucionalismo, seu objetivo e suas características, bem como sua transformação impulsionada pelos processos de globalização.

O Capítulo 2 trata de globalização e transnacionalidade e aponta os efeitos dessa globalização no Estado Constitucional Moderno. Apresenta a necessidade da criação de Estado e Direito Transnacionais, em função da transnacionalidade trazida pela globalização.

O Capítulo 3 dedica-se às relações trabalhistas no contexto transnacional, especialmente os direitos fundamentais já conquistados e a proteção aos direitos humanos nesse cenário. Ressaltam-se os fenômenos da flexibilização e da desregulamentação trabalhista inferindo a necessidade de um Estado e Direito Transnacionais.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são sintetizadas as contribuições sobre a necessidade de um Direito Transnacional que regule as ações nesse novo espaço trazido pela globalização.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que na Fase de Investigação o Método¹⁷ utilizado foi o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados o Cartesiano e, no presente Relatório da Pesquisa, é empregada a base indutiva¹⁸.

As técnicas de investigação utilizadas foram as do referente¹⁹, da categoria²⁰, dos conceitos operacionais²¹, da pesquisa bibliográfica²² e do fichamento²³.

Nesta Dissertação, as categorias principais estão grafadas com a letra inicial maiúscula, e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial.

¹⁷ “Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados.”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 11. ed. Florianópolis: Millennium, 2008. p. 206.

¹⁸ Sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 81-105.

¹⁹ “[...] explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 54.

²⁰ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia.”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 25.

²¹ “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 37.

²² “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 207.

²³ “Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido.”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 201-202.

CAPÍTULO 1

DO CONSTITUCIONALISMO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO

1.1 CONSTITUCIONALISMO

O termo Constitucionalismo traduz o movimento político e jurídico que visa estabelecer regimes constitucionais – governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas²⁴. Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder do Estado e supremacia da lei.²⁵

Todavia, faz-se imperioso observar que o constitucionalismo não se restringe às Constituições escritas, pois sua origem remonta ao período medieval, por meio da afirmação dos costumes e tradições, onde foram estabelecidas regras gerais de organização política, já a partir do século V.²⁶ As ideias centrais abrigadas em seu conteúdo remetem à Antiguidade Clássica, mais notadamente ao ambiente da *Polis* grega, com pensamentos filosóficos de homens como Platão e Aristóteles²⁷.

Para o pensamento da época, a cidade, chamada de Polis, é o que hoje concebemos como Estado, ou seja, uma sociedade composta de membros denominados cidadãos e que possuem direitos e deveres, podendo exercer diversas funções dentro dessa organização. Platão e Aristóteles foram responsáveis por teorias que refletiram sobre a forma de governo e recorreram ao conceito de justiça e virtude. Platão propôs um Estado perfeito, onde cada qual cumpriria suas funções e manteriam a harmonia em sociedade. Para Aristóteles a cidade seria o lugar de realização plena do homem através de suas essências, compreendendo a racionalidade e a política, mas isso só seria possível com justiça e ética. Nesse sentido, o constitucionalismo na Antiguidade se desenvolveu a partir da ideia de um

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 7.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 5.

Estado Constitucional preconizado por Platão, que concebia a lei como garantia dos governados.²⁸

Para Charles Howard McIlwain, é um equívoco referir que na Idade Média o constitucionalismo ficou sufocado pelo feudalismo, pela rígida separação de classes e pelo vínculo de subordinação entre suseranos e vassalos, pois na era medieval encontram-se apologia ao poder limitado dos governantes e reivindicação da primazia da função judiciária.²⁹

Nesse sentido evolutivo, Streck define o constitucionalismo como “[...] um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania.”³⁰

Segundo Canotilho, constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo³¹.

Essa definição de Canotilho surge a partir do movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno

[...] que tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos (*sic*) e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês)³².

²⁸ Ver ARISTÓTELES. **A política**: texto integral. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Lafonte, 2012. PLATÃO. **A República**: texto integral. 2. ed. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. e PLATÃO. **As Leis**, incluindo epinomis. 1. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 1999.

²⁹ McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antigo y moderno**. Traducción de Juan Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.

³² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 51.

Em relação ao constitucionalismo inglês, Canotilho³³ caracteriza essa fase, numa dimensão histórico-constitucional, pela garantia de direitos adquiridos traduzida na garantia do binômio liberdade e propriedade; estruturação corporativa dos direitos, pois pertencem aos indivíduos enquanto membros de um estamento; regulação desses direitos e dessa estruturação através de contratos de domínio, do tipo da Carta Magna. Em primeiro lugar a liberdade radicou-se subjetivamente como liberdade pessoal de todos os ingleses e como segurança da pessoa e dos bens de que se é proprietário. Em segundo lugar, a garantia da liberdade e da segurança impôs a criação de um processo justo regulado por lei, onde se estabelecem as regras disciplinadoras da privação da liberdade e da propriedade. Em terceiro lugar, as leis do país reguladoras da tutela das liberdades são dinamicamente interpretadas e reveladas pelo juízes, e não pelo legislador, que assim vão solidificando o direito comum de todos os ingleses. Em quarto lugar, ganha estatuto constitucional a ideia de representação e soberania parlamentar indispensável à estruturação de um governo moderado. A soberania parlamentar afirma-se como elemento estruturante de uma constituição mista, em que o poder não está concentrado nas mãos de um monarca, mas partilhada por ele e por outros órgãos do governo (rei e Parlamento).

Fruto de longo amadurecimento histórico, esse modelo institucional inglês estabeleceu-se sobre raízes tão profundas que pôde prescindir até mesmo de uma Constituição escrita, sem embargo da existência de documentos relevantes de natureza constitucional, como a *Magna Charta Libertatum*. No cenário atual, a estrutura de poder no Reino Unido funda-se em três grandes instituições: o Parlamento, a Coroa e o Governo³⁴. A supremacia do Parlamento é o princípio constitucional maior, e não a supremacia da Constituição, como ocorre nos países que admitem o controle de constitucionalidade dos atos legislativos.³⁵

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 55-56.

³⁴ O Parlamento é composto pela Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns; A Coroa, embora integre formalmente o Governo, desempenha atualmente funções predominantemente cerimoniais e simbólicas. A própria nomeação do Primeiro-Ministro e do Governo por ele constituído, que nominalmente cabe ao Monarca, constitui mera chancela ao líder do partido majoritário na Câmara dos Comuns; O Governo, composto pelo Primeiro-Ministro e seu Gabinete, desempenha as funções políticas e administrativas.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos**

Canotilho trata o constitucionalismo francês como o paradigma do constitucionalismo revolucionário continental. Esclarece que a Revolução Francesa buscava uma nova ordem sobre os direitos naturais dos indivíduos, visto que o constitucionalismo inglês não rompera totalmente com os esquemas medievais dos direitos dos estamentos. Eis o primeiro momento individualista do constitucionalismo francês. A defesa dos direitos, para além da defesa da liberdade e propriedade perante o poder político, era também um gesto de revolta contra os privilégios do “senhor juiz”, do “senhor lorde”. A partir daí surge a necessidade de criação de um novo regime, onde o individualismo repercute-se na legitimação/fundação do novo poder político. Tornava-se indispensável uma constituição e, nesse momento, surgia a categoria do poder constituinte, um poder originário pertencente à Nação³⁶.

Para Canotilho, o que marcou o constitucionalismo americano foi “um povo” que reclamou o direito de escrever uma lei básica. As decisões tomadas pelo povo são típicas dos momentos constitucionais, o que caracteriza uma diferença entre o constitucionalismo britânico e uma aproximação ao constitucionalismo francês. Em momentos raros e sob condições especiais, o povo decide através do exercício de um poder constituinte: a Constituição de 1787 é manifestação disso. Mas o poder constituinte americano tinha um significado um pouco diferente daquele surgido na Revolução Francesa. Não se pretendia tanto reinventar a Nação, mas permitir ao corpo constituinte do povo fixar num texto escrito, as regras disciplinadoras e domesticadoras do poder, oponíveis, se necessário, aos governantes que violassem essa constituição, concebida como lei superior. Nesse sentido, a constituição não é um contrato entre governantes e governados mas sim um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de criar e constituir um governo vinculado à lei fundamental³⁷.

Embora o constitucionalismo tenha se consolidado a partir das grandes revoluções dos séculos XVII e XVIII, sua gênese não se resume aos movimentos revolucionários liberais ou anti-absolutistas, tais como a Revolução Inglesa, a Independência Americana ou a Revolução Francesa.

fundamentais e a construção do novo modelo. p. 12.

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 57-58.

³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 58-60.

O surgimento do constitucionalismo supôs uma alteração na condição jurídica da população com relação ao Estado. Os documentos constitucionais se referem, de várias formas, à existência de uma comunidade definida e organizada politicamente. O Estado já não agrupa os súditos de um soberano, mas sim, organiza uma comunidade que se autodefine como tal³⁸.

Bulos aponta as fases históricas de desenvolvimento do constitucionalismo dividindo sua evolução em seis etapas: constitucionalismo primitivo, constitucionalismo antigo, constitucionalismo medieval, constitucionalismo moderno, constitucionalismo contemporâneo e constitucionalismo do porvir ou do futuro, todavia, alguns autores dividem essas fases em apenas duas: constitucionalismo clássico ou antigo e constitucionalismo moderno³⁹.

Um dos adeptos da divisão em duas fases é José Joaquim Gomes Canotilho, que utiliza a expressão constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder⁴⁰.

Já Uadi Lammêgo Bulos divide a evolução do Constitucionalismo em seis etapas. Esclarece que o constitucionalismo primitivo era identificado com a acepção ampla da palavra, que parte da premissa segundo a qual “[...] as entidades políticas sempre tiveram e têm uma constituição”⁴¹. Nesse sentido, segundo Bulos, a ideia de constitucionalismo esteve presente desde priscas eras, embora ainda não se utilizasse essa denominação.

³⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 45.

³⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 12.

⁴⁰ ROSA, Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Ensaio sobre o discurso constitucional e da sustentabilidade**. p. 29.

⁴¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 12.

Entre os povos primitivos, a idéia (*sic*) de constitucionalismo não se originou daquelas concepções que só apareceriam nos fins do século XVIII, com as Revoluções Francesa e Norte-Americana, as quais apregoavam o primado da liberdade, da democracia e da Justiça, que se tornariam fundamentos da generalidade dos povos civilizados. Apresentava-se, tão-somente (*sic*), em sua manifestação mais singela, sob a forma das organizações consuetudinárias, em que os chefes familiares ou os líderes dos clãs traçavam as normas supremas que deveriam nortear a vida em comunidade, estabelecendo a estrutura-mestra, a essência, o cerne da ordenação jurídica daqueles povos⁴².

Ao elemento consuetudinário somava-se a força do politeísmo. Os homens viviam sob o domínio de uma autoridade considerada divina em que os detentores do poder eram os sacerdotes, tidos como representantes dos deuses.

Nesse sentido, Loewenstein, cita a estruturação do estado hebreu, asseverando que os hebreus foram um dos primeiros povos a praticar o constitucionalismo. Para o autor, o marco do nascimento do movimento constitucionalista foi entre os hebreus, que em seu Estado teocrático estabeleceram limites ao poder político pela imposição da Bíblia. Então caberia aos profetas, dotados de legitimidade popular, fiscalizar e punir os atos dos governantes que ultrapassassem os limites bíblicos. Essa é a primeira experiência constitucionalista que se tem registro⁴³.

Já o constitucionalismo antigo aparece com contornos mais específicos que o primitivo, embora também não apresentasse qualquer semelhança com a constituição do fim do século XVIII.

Eis os traços principais desse constitucionalismo antigo:

Inexistência de constituições escritas, prevalecendo os acordos de vontade, normalmente vertidos em proclamações de direitos e garantias fundamentais; prevalência da supremacia do Parlamento, que, como fonte criadora dos direitos e garantias fundamentais, não se subordinava a qualquer outro poder, razão pela qual inexistia controle de constitucionalidade de seus atos; atos legislativos ordinários poderiam mudar as proclamações constitucionais dos direitos e garantias sem maiores exigências de cunho formal; e os detentores do poder – reis,

⁴² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 12-13.

⁴³ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986. p. 154-157.

imperadores, déspotas – não estavam compelidos a seguir quaisquer pautas jurídicas de comportamento, consagrando-se uma irresponsabilidade governamental. De algum modo, essa praxe enquadrava-se nas *teses do grau zero da eficácia constitutiva do direito constitucional*. Isso porque, no momento que o cumprimento dos preceitos de conduta fica destituído de obrigatoriedade, forma-se a cultura do ceticismo quanto ao valor da constituição como instrumento de controle social, seja ela escrita, seja ela consuetudinária, esvaziando-lhe a coercitividade⁴⁴.

Enquanto ao constitucionalismo antigo era atribuída eficácia social zero, o período histórico que o sucedeu, o medieval, foi marcado pela outorga da *Magna Charta Libertatum*, a Carta Magna de João Sem Terra. Neste contexto, a ideia de constituição medieval vincula-se a noção de regras, limites, pactos e contratos de equilíbrio. Destarte, o constitucionalismo medieval destina-se prioritariamente à disciplina da legitimação do poder.

Importante ressaltar que a ideia de constituição formal, especificamente jurídica ou normativa, expressão de um poder constituinte formal, foi consolidada apenas a partir do final do século XVIII, embora a constituição em sentido material, como modo de organização da sociedade política seja bem mais antiga.

Nesse contexto, inaugura-se⁴⁵ o constitucionalismo moderno a partir do advento das Constituições escritas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, destacando as constituições escritas como limitadores do poder arbitrário.

O período do constitucionalismo moderno coincide com a fase do pós-positivismo jurídico e representou o estágio da reaproximação entre os fundamentos éticos da vida humana e o Direito, reintroduzindo as concepções de justiça e legitimidade através do reconhecimento da face principiológica⁴⁶ do Direito.

Cumprir referir que essa fase do constitucionalismo não se restringiu à especificar os princípios que integrariam as constituições escritas, mas garantir-lhes dimensão normativa.

⁴⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 15.

⁴⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 17.

⁴⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 19.

Esses princípios, reconhecidos normativamente, viriam influenciar os ordenamentos jurídicos de todo o mundo, sustentando-se durante a evolução do constitucionalismo. É o caso dos princípios da legalidade, da igualdade, da separação dos poderes, do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da reserva de jurisdição, da solidariedade e da equidade. Todos eles, alguns tido como clássicos, outros como modernos, evoluíram significativamente e sofreram releituras para espelhar as necessidades da vida moderna⁴⁷.

Em sua obra *Fundamentos do Direito Constitucional*, Paulo Márcio Cruz classifica os princípios constitucionais abrangidos pelo texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reflexo do constitucionalismo contemporâneo, como político-ideológicos, fundamentais gerais e específicos. Isso demonstra a força do constitucionalismo moderno, pois sua contribuição se mantém nas Constituições apesar da evolução do movimento⁴⁸.

Ainda em relação ao constitucionalismo moderno refere-se dois momentos distintos nessa fase, apesar da discordância de Uadi Bulos⁴⁹.

Destaca-se, nesse primeiro momento, na concepção do constitucionalismo liberal, marcado pelo liberalismo clássico, os seguintes valores: individualismo, absentismo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo. Essa perspectiva influenciou as Constituições Brasileiras de 1824 e 1891. Essa concepção liberal faz com que o Estado passe a ser chamado para evitar abusos e limitar o poder econômico. Evidencia-se, então, aquilo que a doutrina chamou de segunda geração (ou dimensão) de direitos e que teve como documentos marcantes a Constituição do México de 1917 e a de Weimar, 1919, influenciando, profundamente, a Constituição Brasileira de 1934 (Estado Social de Direito).

⁴⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 19.

⁴⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p. 114-115.

⁴⁹ Para Uadi Lammêgo Bulos, na contemporaneidade, a ampliação do conteúdo das constituições acabou por desvalorizá-las. Sem o prestígio de outrora, com o término da Primeira Guerra Mundial, os constituintes passaram a inserir, na seara constitucional, normas econômicas e sociais e a Constituição de Weimar foi a precursora dessa tendência. Ver BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 23.

Significa dizer que o advento do primeiro pós-guerra marcou uma profunda alteração na concepção do constitucionalismo liberal. As Constituições passam de sintéticas a analíticas, consagrando em seus textos os chamados direitos econômicos e sociais. A democracia liberal-econômica dá lugar à democracia social, mediante a intervenção do Estado na ordem econômica e social, sendo exemplos desse fenômeno as Constituições do México, de 1917, a de Weimar de 1919 e, no Brasil, a Constituição de 1934.

As Constituições do segundo pós-guerra prosseguiram na linha das anteriores, notando-se como significativo o surgimento de uma chamada terceira geração de direitos, no âmbito dos direitos fundamentais do homem, caracterizada pela previsão, nas declarações internacionais e até mesmo nos textos constitucionais, do direito à paz, ao meio ambiente, à copropriedade do patrimônio comum do gênero humano.

Essa terceira geração de direitos inaugura o constitucionalismo contemporâneo, que, conforme Uadi Lammêgo Bulos, é a fase que vivemos atualmente, marcada pela existência de documentos constitucionais amplos, analíticos, extensos⁵⁰, a exemplo da Constituição brasileira de 1988⁵¹.

Inserido nesse contexto do constitucionalismo contemporâneo André Ramos Tavares traz a ideia de um constitucionalismo globalizado, onde se busca difundir a proteção dos direitos humanos em nível mundial, destacando a proteção aos já referidos direitos de terceira geração, como a Fraternidade e a Solidariedade, incluindo autodeterminação dos povos, desenvolvimento, meio ambiente e qualidade de vida e utilização do patrimônio cultural dentre outros⁵². Tais direitos apontam para o que se espera do constitucionalismo do porvir ou do futuro⁵³ como veracidade, solidariedade, continuidade, participação, integração e universalização.

⁵⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 21.

⁵¹ O constitucionalismo sempre se fez presente na história do Brasil. Prova disso são as oito constituições produzidas ao longo de 187 anos como país independente. Sobre o tema verificar SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁵² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38.

⁵³ O constitucionalismo do futuro, como o nome já diz, é o futuro, aquilo que espera da evolução

Essa incorporação do constitucionalismo fraternal e de solidariedade ao constitucionalismo social⁵⁴ é apresentada como Neoconstitucionalismo.

1.2 NEOCONSTITUCIONALISMO

Muitas são as nomenclaturas utilizadas para o Neoconstitucionalismo. Alguns autores utilizam a expressão “novo constitucionalismo”, “constitucionalismo pós-moderno”, “pós-positivismo” ou, ainda, “constitucionalismo contemporâneo” já referido anteriormente como a fase atual do constitucionalismo.

Lenio Luiz Streck acredita que o termo neoconstitucionalismo leva a alguns equívocos, pois incentivou, no Brasil, a aplicação da teoria da argumentação de Robert Alexy utilizando a ponderação como instrumento racionalizador da decisão judicial, numa nova perspectiva em relação ao constitucionalismo quando se trata apenas de uma evolução do movimento constitucional⁵⁵.

Na verdade, o Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial. [...] Todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo⁵⁶.

Para o autor, o neoconstitucionalismo ou Constitucionalismo Contemporâneo, como prefere nominar é “[...] o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual”⁵⁷.

constitucional, o ponto de equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e os excessos do constitucionalismo contemporâneo. Sobre o tema ver BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 25.

⁵⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição; Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 239.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. p. 35.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. p. 37.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. p. 37.

O neoconstitucionalismo reflete a ideia da eficácia da Constituição, não se atrelando apenas à limitação do poder, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

As principais características do neoconstitucionalismo, segundo Walber de Moura Agra, são a positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais, onipresença dos princípios e das regras, inovações hermenêuticas, densificação da força normativa do Estado e desenvolvimento da justiça distributiva⁵⁸.

Sobre essas inovações hermenêuticas Cademartori e Duarte referem que, segundo alguns autores, o neoconstitucionalismo configuraria uma nova matriz epistemológica do direito, objetivando o equacionamento entre as dimensões do Direito, Moral e Política⁵⁹.

Com o advento do neoconstitucionalismo, a moral passou a direcionar a solução dos conflitos sociais. Sob essa ótica surge também a técnica da ponderação⁶⁰ na aplicação do Direito, no ingresso dos fatos e da realidade na estrutura da norma jurídica. Verifica-se certa liberdade interpretativa aos magistrados e, dentre outras conquistas, a afirmação especial dos princípios como fontes de valores constitucionais positivados.

Não se pode esquecer de que durante muitos anos o Direito permaneceu sob a preponderância do Positivismo jurídico. Sob a dicotomia entre Direito e moral, da negação aos princípios como espécies de normas e, assim, em grande parte à própria força normativa da Constituição⁶¹.

⁵⁸ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 31.

⁵⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 29.

⁶⁰ “[...] os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.” cf. Robert Alexy. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 94.

⁶¹ MORAIS, Frank da Silva de. **A aplicação da teoria dos princípios pela corte constitucional brasileira**. 2011. 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2011. p. 41.

Nesse sentido, Zagrebelsky adverte que o positivismo jurídico, ideologicamente, não constitui mais do que uma inércia mental ou um puro e simples resíduo histórico⁶².

O neoconstitucionalismo, portanto, exige uma nova postura do positivismo jurídico. O Direito Positivo deve sofrer mudanças na maneira de ver e pensar o Direito, sem se restringir a um conjunto de normas que regulem a conduta humana, mas deve se aliar aos princípios positivados na Constituição, pois esses princípios “[...] embasam de racionalidade/valoração os motivos, os meios e os fins do sistema jurídico.”⁶³.

Desse modo, à luz do Neoconstitucionalismo, o Direito passou a ser analisado e caracterizado não apenas como um sistema de normas em que predomina a força proveniente da autoridade estatal, mas sim a partir de sua intensa busca a caminho da legitimação social, por meio da constitucionalização dos princípios e dos Direitos fundamentais, até um salto da subsunção à compreensão, da regra para o princípio e, principalmente, do Positivismo para um novo modelo de Direito constitucional⁶⁴.

Cumprе ressaltar, sob a ótica de Luiz Roberto Barroso, os marcos fundamentais que definem o neoconstitucionalismo. Do ponto de vista histórico o autor aponta o segundo pós-guerra, na segunda metade do século XX; o marco filosófico seria o pós-positivismo; e, por fim, o marco teórico o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, de Konrad Hesse, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento uma nova dogmática da interpretação constitucional⁶⁵.

⁶² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Ductil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 33-41.

⁶³ MORAIS, Frank da Silva de. **A aplicação da teoria dos princípios pela corte constitucional brasileira**. p. 58.

⁶⁴ MORAIS, Frank da Silva de. **A aplicação da teoria dos princípios pela corte constitucional brasileira**. p. 58.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/14577035/NEOCONSTITUCIONALISMO-E-CONSTITUCIONALIZACAO-DO-DIREITO-LUIS-ROBERTO-BARROSO>>. Acesso em: 12 dez. 2013. p. 3-15.

O neoconstitucionalismo tem como parâmetro a Constituição alemã de 1949, especialmente com a lei de Bonn e também com a criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951. Esses acontecimentos desencadearam a ascensão científica no âmbito dos países de tradição romano-germânica e iniciaram uma fecunda produção teórica e jurisprudencial. Outras referências relevantes foram as Constituições da Itália em 1947 e a corte constitucional em 1956; a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal em 1976 e Espanha em 1978⁶⁶.

No Brasil, seu marco foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, responsável por promover a passagem do Estado autoritário para um Estado democrático de Direito. Foi desse modo que o Direito Constitucional atingiu seu ápice, no Brasil, em menos de uma geração⁶⁷.

Na análise de Cademartori e Duarte a teoria neoconstitucionalista se opõe às duas teses mais importantes do positivismo, ou seja, a tese das fontes sociais do direito e a ausência de conexão entre o direito e a moral:

As duas teses do positivismo clássico, a saber a teoria das fontes sociais do direito e a separação rigorosa entre Direito, Moral e Política são sustentadas, no primeiro caso, pela identificação das fontes sociais do direito e da sua diferenciação de outros sistemas normativos. Assim, a teoria das fontes sociais do direito assinala os limites dele mesmo. No que se refere à segunda tese, vale dizer, a da autonomia do direito face aos campos da Moral e da Política, encontra ela sua fundamentação na exigência de uma separação estrita entre o direito e sua justificação, ou seja, o direito vale como tal, independentemente de ser justo ou injusto. Essa segunda tese é uma das mais discutidas por juristas tais como Dworkin, ao sustentar que a avaliação moral é necessária, tanto para entender como para descrever o direito⁶⁸.

Nesse contexto, o neoconstitucionalismo transforma a ideia das fontes sociais como limites do direito, em que as decisões do passado determinam as decisões do presente e passa a se preocupar com os conflitos ainda carentes de

⁶⁶ MORAIS, Frank da Silva de. **A aplicação da teoria dos princípios pela corte constitucional brasileira**. p. 41-42.

⁶⁷ MORAIS, Frank da Silva de. **A aplicação da teoria dos princípios pela corte constitucional brasileira**. p. 42.

⁶⁸ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. p. 41-43.

solução, aceitando que essas fontes do direito não ofereçam resposta para muitos impasses, fazendo-se necessários novos conhecimentos.

Um aspecto importante a respeito dessa mudança de enfoques sobre os principais problemas a serem tratados refere-se ao papel do legislador no processo de consecução do direito. A esse respeito, os positivistas clássicos, bem como os jusnaturalistas situavam o papel do legislador como centro da análise da ciência jurídica. No caso do neoconstitucionalismo, verifica-se um deslocamento desse centro de atenção, da legislação para a decisão judicial⁶⁹.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco referem que cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assuma parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo. Com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham vinculatividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais. O ideal seria que coubesse ao legislador ampla margem de apreciação e prioridade sobre o juiz constitucional, quando se trata de concretizar normas incorporadoras de valores morais e políticos e ao juiz constitucional incumbiria atalhar abusos cometidos por ação ou omissão do legislador⁷⁰.

Sobre o tema, Canotilho afirma que as decisões dos tribunais constitucionais passaram a ser consideradas como um novo modo de praticar o direito constitucional e, por esse motivo, atribui o nome de “moderno direito constitucional” ou “novo constitucionalismo”. Esse novo constitucionalismo permite que o direito constitucional proporcione a releitura de programas políticos:

As novas formas de modernidade política e económica (sic) obrigam os cultores do direito constitucional a prestar mais atenção a certos problemas como os da crise de representação, da envolvimento dos direitos constitucionais nacionais pelo emergente direito constitucional global ou internacional e pelo já vigente direito constitucional comunitário, e da erupção de novos direitos e novos deveres intimamente relacionados

⁶⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. p. 43.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 54.

com a liberdade e dignidade da pessoa humana e com os outros seres da comunidade biótica (direitos fundamentais dos seres vivos). Acrescentem-se ainda os problemas da “reinvenção do território” conducentes à releitura das obras do “federalismo” e “antifederalismo” e à sugestão de novos fenótipos organizatórios de comunidades supranacionais (União Europeia, Mercosul, NAFTA)⁷¹.

Nesse contexto “biótico” de Canotilho, especialmente visando a valorização do meio ambiente sustentável, Milena Petters Melo afirma que as novas constituições, e nesse caso se refere especialmente ao “novo constitucionalismo latino-americano”, buscam avançar sobretudo no que se refere ao pluralismo cultural e multiétnico, a inclusão social e participação política e a proteção ambiental, formando um quadro que visa o desenvolvimento sustentável: buscando equilibrar o uso dos recursos econômicos e ambientais e valorizar a diversidade histórico-cultural em favor de um modelo socioeconômico voltado a uma melhor qualidade de vida⁷².

Aliado a isso, Canotilho apresenta os problemas da reinvenção do território que, com a maior integração da sociedade mundial, tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território, necessitando de uma relação transversal permanente de ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. Em face dessa situação, Marcelo Neves introduz o conceito de transconstitucionalismo.

1.3 TRANSCONSTITUCIONALISMO

A partir do final do século XX, passou a se falar de uma sociedade mundial. Em razão da expansão do direito, rumo ao compartilhamento de conflitos, observa-se que conflitos constitucionais começam a ser divididos por cortes e tribunais ao redor do mundo. Isso porque litígios constitucionais inéditos para um tribunal podem ter sido já uma vez solucionado por outro tribunal. Conflitos de direitos fundamentais e limitação de poder são discutidos ao mesmo tempo por tribunais de ordens diversas.

⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 26.

⁷² MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, Pluralismo e Transição Democrática na América Latina. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 4, jul./dez. 2010. p. 144.

Para esclarecer esse fenômeno, Marcelo Neves apresenta o conceito de transconstitucionalismo: “[...] entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional.”⁷³.

Exemplifica referindo o comércio de pneus usados, que envolve questões ambientais e de liberdade econômica. Essas questões são discutidas ao mesmo tempo pela Organização Mundial do Comércio, pelo Mercosul e pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. O fato de a mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada concomitantemente por diversas ordens leva ao que ele define como transconstitucionalismo.

O transconstitucionalismo significa que ordens constitucionais se deparam com problemas de ordens que não aderem aos critérios do constitucionalismo. Mas não é possível uma imposição unilateral. Tem que haver um diálogo constitucional. Essa é a idéia (*sic*). Como é que nós, diferentes, com ordens diversas, pontos de partida diversos, podemos dialogar sobre questões constitucionais comuns que afetam ao mesmo tempo ambas as ordens. Esse é o ponto. Por exemplo, o caso de Caroline de Mônaco contra a Alemanha. O Tribunal Constitucional Alemão afirmou que figuras proeminentes, diante da imprensa, não têm a mesma garantia de intimidade que o cidadão comum. A corte constitucional alemã decidiu que as fotos tiradas de Caroline de Mônaco por paparazzi, mesmo na esfera privada, não poderiam ser proibidas. Vetou apenas aquelas que atingiam os filhos dela, porque eram menores. O caso chegou ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e o tribunal decidiu o contrário: não há liberdade de imprensa que atinja a intimidade da princesa, mesmo sendo ela uma figura pública. Neste caso, não há uma hierarquia entre os dois tribunais, mas o mesmo caso é tratado de maneira diversa. Como é que podemos, então, resolver essa questão se não houver uma pretensão de diálogo, de aprendizado recíproco? Ou seja, é preciso haver uma constante adequação recíproca e não a imposição de uma ordem sobre a outra⁷⁴.

Nesse trecho é possível perceber que o que o autor pretende não é uma constituição supranacional, uma constituição que transborde as fronteiras dos Estados, mas o transconstitucionalismo deve ser entendido como uma proposta de compreensão do diálogo existente entre sistemas constitucionais.

⁷³ HAIDAR, Rodrigo. **O Acesso à Justiça não é só o direito de ajuizar ações.**

⁷⁴ HAIDAR, Rodrigo. **O Acesso à Justiça não é só o direito de ajuizar ações.**

Essa situação relaciona-se com a intensificação crescente das “relações sociais” e das comunicações suprarregionais mundializadas, com reflexos profundos na reprodução dos sistemas político-jurídicos territorialmente segmentados em forma de Estado⁷⁵.

As formas em que ocorrem relacionamentos formais e informais entre atores governamentais e não governamentais multiplicam-se no âmbito do direito. Essa situação ganha relevância quando se considera que, em grande parte, as “pontes de transição” entre ordens jurídicas desenvolvem-se diretamente a partir dos seus respectivos centros, ou seja, os seus juízes e tribunais⁷⁶.

Nas palavras de Marcelo Neves, isso significa dizer

[...] que não só a sociedade mundial, mas também o seu sistema jurídico é multicêntrico, de tal maneira que, na perspectiva do centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui uma periferia. Nesse sentido, por exemplo, para o judiciário brasileiro, tanto os juízes de outros Estados quanto os tribunais de ordens jurídicas internacionais, supranacionais e transnacionais, quando suas decisões são por ele levadas em conta, apresentam-se como periferia e vice-versa. E, a esse respeito, podemos partir de qualquer tipo de ordem jurídica com pretensão de autonomia⁷⁷.

Nesse sentido, o diálogo entre cortes pode se desenvolver em vários níveis, como, por exemplo, entre os Tribunais de Justiça das Comunidades Europeias (supranacional) e entre os tribunais dos Estados-membros, ou entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (internacional) e as cortes nacionais. Esse diálogo constitui as chamadas comunicações transversais perpassando fronteiras entre ordens jurídicas.

Marcelo Neves refere uma interação multidirecional entre normas locais, nacionais e internacionais, onde não há uma estrutura hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora⁷⁸.

⁷⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 27-28.

⁷⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 116-117.

⁷⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p.117.

⁷⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 118.

Nessa lógica, Marcelo Neves recorre à expressão “sistema jurídico mundial de níveis múltiplos” buscando ressaltar uma pluralidade de ordens cujos tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de autocompreensão e modos de concretização são fortemente diversos e peculiares, uma multiplicidade da qual resultam entrelaçamentos nos quais nenhuma das ordens pode apresentar-se legitimamente como detentora do último recurso discursivo. Nesse caso, há um sistema multicêntrico, no qual, embora haja hierarquia no interior das ordens, prevalecem entre elas as relações heterárquicas⁷⁹.

Há que se referir, no plano da conexão de ordens jurídicas, o risco de um fechamento normativo de uma ordem perante a outra, em detrimento da solução adequada dos problemas constitucionais comuns. Segundo Marcelo Neves, o transconstitucionalismo, no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, apresenta-se como o modelo fundamental de viabilização de um tratamento satisfatório desse risco⁸⁰.

O modelo transconstitucional rompe com o dilema "monismo/pluralismo" do direito internacional. A pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade. As ordens envolvidas na solução do problema constitucional específico, no plano de sua própria autofundamentação, reconstroem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade⁸¹.

A principal característica deste processo é o fato de uma mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada, concomitantemente, por diversas ordens. Atualmente, os problemas de direitos fundamentais e limitação de poder são os mais propensos a gerarem tal espécie de diálogo.

O transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um caso constitucional, a saber de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima de poder, que lhes seja

⁷⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 236-237.

⁸⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 237.

⁸¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. XXV.

concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do caso, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo⁸².

⁸² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 297.

CAPÍTULO 2

GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIDADE

2.1 A GLOBALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO

O fenômeno da globalização não é novo, afinal, os homens interagem e se deslocam pelo globo desde os grandes impérios da antiguidade, como aconteceu na expansão e deslocamentos no Império Romano, passando ainda pelo período das navegações e descobertas por Espanha e Portugal no século XV, na abertura das relações com a China, nas dominações e colonizações provocadas pelos europeus no continente africano e na Ásia, enfim, por todas as movimentações, intercâmbios e confrontos de ideias, valores, pessoas, culturas e bens⁸³.

Segundo Luciano José Trindade, a segunda fase da globalização, ocorrida entre os séculos XVIII e XX durante a Revolução Industrial, baseou-se no colonialismo como monopólio da industrialização na Europa Central e Ocidental, na América do Norte e posteriormente no Japão, permanecendo as demais regiões (Ásia, África e América Latina) sem industrialização e como simples fornecedoras de mão de obra e matérias-primas. Nesse período, a globalização aprofundou a rivalidade entre as nações capitalistas, provocando duas guerras mundiais. A partir de meados do século XX surge uma terceira fase da globalização, marcada pela volatilidade e livre circulação do capital financeiro, da informação e da cultura⁸⁴.

Eugenio Raúl Zaffaroni é um dos defensores dessa evolução da globalização, até chegar a fase atual. “A revolução mercantil e o colonialismo (séculos XV e XVI), a revolução industrial e o neocolonialismo (séculos XVIII e XIX) e a revolução tecnológica e a globalização (século XX) são três momentos de poder planetário.”⁸⁵

⁸³ VIVIANI, Maury Roberto. Soberania e poder do Estado no contexto da globalização. In: PASOLD, Cesar Luiz (Coord.). **Primeiros ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. p. 80.

⁸⁴ TRINDADE, Luciano José. **À Paz Perpétua de Kant e a Sociedade Internacional Contemporânea**. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 116.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Globalización y Actuales Orientaciones de la Política Criminal**.

Hodiernamente, a globalização constitui-se num dos fenômenos característicos da sociedade internacional contemporânea e é um dos grandes enigmas para a interpretação das relações sociais, provocando dissensos até mesmo em relação ao seu conceito.

De forma geral, a globalização não vem sendo percebida como fenômeno restrito ao campo econômico, mas sim que influencia os mais diversos aspectos de relacionamento humano. Nesse sentido, é importante referir o posicionamento de Ulrich Beck⁸⁶ que diferencia globalização, globalismo e globalidade. Para Beck, a globalização é reduzida unicamente à dimensão econômica, enquanto que as demais dimensões (política, cultural, ecológica) estão relacionadas ao globalismo, isto é, ao mercado mundial como substituto da ação política, e à globalidade, ou seja, à sociedade mundial atual e sua diversidade.

É um fenômeno complexo, com fatores culturais, jurídicos, sociais, ideológicos e culturais, especialmente econômicos. Alexandre Morais da Rosa refere que a nova ordem mundial unificada implica numa proeminência do Mercado como lugar vazio, destruindo os ordenamentos jurídicos internos, com diversas estratégias: a) Criação de Órgãos Supranacionais, nos quais as decisões não são legitimadas por qualquer processo democrático; b) Validade das normas internacionais sobre o Direito Interno, para além da noção clássica de Soberania, abrindo-se as portas pelo discurso dos Direitos Humanos; c) reflexibilidade da estrutura do ordenamento jurídico interno; d) Poder de conglomerados e do capital financeiro que circula sem limites, em face dos Estados⁸⁷.

A expansão dos diversos meios de comunicação permitiu a transmissão da informação com extrema facilidade. A Internet é uma revolução no acesso à comunicação, uma aproximação entre pessoas de todas as partes do globo como jamais se viu na história da humanidade. Nesse contexto, Marshall McLuhan já havia cunhado o conceito de aldeia global para descrever um mundo em que todos

Buenos Aires: Del Puerto, 1999. p. 54.

⁸⁶ BECK, Ulrich. **Qué es la globalización?:** Falácias del globalismo, respuestas a la globalización. Buenos Aires: Paidós, 2004, p. 27-32.

⁸⁷ ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo (Org.). **Direito global: transnacionalidade e globalização jurídica.**

estariam interligados em uma cultura unificada por meio da tecnologia⁸⁸.

Para Josemar Sidinei Soares e Paulo Márcio Cruz, a facilidade de comunicação, oriunda da globalização, no mundo pós-moderno provoca ainda outro paradoxo surpreendente: a crescente individualização das pessoas acompanhada pelo surgimento das tribos, grupos sociais em que os indivíduos reconhecem-se como possuidores dos mesmos hábitos e preferências⁸⁹.

Os autores também referem que, por outro lado, este fenômeno simboliza como o presente período desejava relativizar tantas culturas e instituições que acompanharam a humanidade até aqui. A religião, o Estado e tantas instituições que outrora receberam a confiança dos indivíduos foram em parte responsáveis por grandes conflitos, em especial as grandes Guerras Mundiais do último século.

O mundo pós-moderno é o mundo globalizado, em que a comunicação entre as pessoas praticamente tornou-se instantânea, eliminado a barreira do tempo e do espaço. A Internet aproximou a todos, colocando as diferentes culturas em constante comunicação. Esta facilidade de acesso à informação gera um cenário competitivo no mercado de trabalho. Ao mesmo tempo em que a sociedade globalizada permite um grande desenvolvimento, com vastas oportunidades de comércio, fluxo de capitais, avanço tecnológico, crescimento da qualidade de vida e assim grande oportunidade de desenvolvimento econômico, há grandes riscos de crises financeiras, inseguranças, pobreza, desigualdade social, entre outros⁹⁰.

O desenvolvimento da sociedade pós-moderna resultou no desenvolvimento de avançadas tecnologias e enormes metrópoles, porém não sem trazer severas consequências ao ambiente e a todos os seres humanos que dele dependem. A poluição desmedida resulta em doenças à espécie humana. A utilização da tecnologia para a busca de poder por meio de guerra resulta na morte

⁸⁸ MCLUHAN, Marshall; FIORE, Quentin. **Guerra e paz na aldeia global**. Tradução de Ivan Pedro de Martins. Rio de Janeiro: Record, 1971.

⁸⁹ SOARES, Josemar Sidinei; CRUZ, Paulo Márcio. Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 3, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4208>>. Acesso em: 26 dez. 2013.

⁹⁰ SOARES, Josemar Sidinei; CRUZ, Paulo Márcio. Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas.

de milhões de pessoas⁹¹.

Contudo, o conceito de globalização é tão complexo como o próprio fenômeno e pode ser compreendido por diversas formas, seja como característica de um determinado período histórico, ou como hegemonia de valores liberais, ou ainda, como fenômeno social, cultural e econômico. A globalização pode ser caracterizada como um processo de intensificação das relações sociais, culturais, econômicas para além das fronteiras nacionais⁹².

Compartilha-se com Souza Silva, do conceito formulado por Carlos Juan Moneta, que assim entende o significado da globalização: refere-se aos processos considerados como um conjunto inter-relacionado – de crescente interação e interdependência, originadas entre as distintas unidades constitutivas do novo sistema mundial em formação. Esses processos motivam a ampliação do espaço geográfico e a modificação dos campos de ação, os quais adquirem uma dimensão multidimensional, agindo entre outras variáveis, as atividades e seus resultados, de países e regiões, empresas transnacionais, organismos internacionais, organizações públicas e privadas, grupos e movimentos sociais⁹³.

Anthony Giddens define globalização como a “[...] intensificação das relações sociais em escala mundial.”⁹⁴. Dessa forma, os acontecimentos ocorridos em diversas localidades passam a ser conhecidos por outras, influenciando-as. Muitas das atividades locais, em qualquer lugar do mundo, são influenciadas ou determinadas por acontecimentos ou organizações distantes ou externas.

Nesse sentido, Zygmunt Bauman refere que o significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo⁹⁵.

Pode-se dizer que a globalização é um fenômeno cada vez mais

⁹¹ SOARES, Josemar Sidinei; CRUZ, Paulo Márcio. Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas.

⁹² CRUZ, Paulo Marcio; DEMARCHI, Clovis; VIVIANI, Maury Roberto. Globalização e mudança de paradigmas: Habermas e a constelação pós-nacional. **Revista USCS – Direito**, n. 18, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/906/862>. Acesso em: 10 jan. 2014.

⁹³ VIVIANI, Maury Roberto. Soberania e poder do Estado no contexto da globalização. p. 80-81.

⁹⁴ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. p. 69.

⁹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 67.

descentralizado e não controlável, especialmente no que diz respeito aos riscos financeiros, aos meios de comunicação e aos desequilíbrios ecológicos, como, por exemplo, o aquecimento da atmosfera.⁹⁶

2.1.1 Globalização Econômica

A globalização econômica foi em grande parte o resultado do declínio das condições econômicas mundiais que prevaleceram durante o período da Guerra Fria. Durante essa fase, fizeram-se esforços em prol da manutenção da paz e da liberalização econômica, por meio das rodadas de negociação do GATT, bem como em prol da manutenção de um regime de taxas de câmbio praticamente fixas em todo o mundo, apoiado na assistência financeira dada pelo FMI aos governos com dificuldades no balanço de pagamentos⁹⁷.

O período da Guerra Fria foi de expansão de tecnologias, corridas armamentistas, busca pela conquista do espaço. Além disso, houve maximização das atividades e relações internacionais, com estreitamento de relações entre países, inclusive com surgimento de blocos econômicos.

Em maio de 1997 o FMI publicou relatório estabelecendo seu conceito de globalização: “[...] a interdependência econômica crescente do conjunto dos países do mundo, provocada pelo aumento do volume e da variedade de transações internacionais de bens e serviços, e também pelos fluxos internacionais de capitais e pela difusão acelerada e generalizada da tecnologia.”⁹⁸.

Boaventura de Souza Santos aponta a globalização econômica como uma negociação desigual caracterizada pela erosão da eficácia do Estado na gestão macroeconômica. No momento que o privilégio do Estado em relação à moeda e à

⁹⁶ ZOLO, Danilo; BECK, Ulrich. **A sociedade global do risco**: uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo. Tradução de Selvino J. Assmann. Florianópolis: UFSC, 2000. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

⁹⁷ CASTRO, Marcus Faro de; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. Globalização e transformações políticas recentes no Brasil: os anos 1990. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 18, jun. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782002000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 jun. 2012.

⁹⁸ VIEIRA, Carlos Alberto Adi. A face oculta da globalização: o trabalho mundial das ONGs. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Coord.). **Relações Internacionais e Globalização**: grandes desafios. Ijuí: Unijuí, 1997. p. 153-154.

comunicação são reduzidos, as multinacionais, dotadas de um poder de intervenção global e se beneficiando da mobilidade crescente dos processos de produção, podem facilmente pôr em concorrência dois ou mais Estados ou duas ou mais regiões dentro do mesmo Estado que decidirão sobre as condições da localização do investimento por parte da empresa multinacional. Entre partes com poder tão desigual, de um lado atores globais e de outro atores nacionais ou subnacionais, a negociação não pode deixar de ser desigual⁹⁹.

A globalização que se acha em curso nesta altura da história apresenta características muito especiais: a) a energia nuclear tornou-se a mais poderosa técnica de guerra; inicialmente imobilizada pelas grandes potências mas, em seguida, já disponível nas mãos de dirigentes de nações do segundo e terceiro escalão; b) a revolução informática baseada nas conquistas da eletrônica coloca nas mãos dos donos do poder – outra vez dos países dominantes, mas também de outros secundários – uma capacidade excepcional de formar e informar, induzir e seduzir, talvez jamais alcançar anteriormente na mesma escala; c) organizar-se em um sistema financeiro internacional, em conformidade com as exigências da economia capitalista mundial e de acordo com as determinações dos países dominantes, tais como os Estados Unidos, o Japão e a Alemanha¹⁰⁰.

A desregulamentação dos mercados financeiros preparou o terreno para a internacionalização da indústria bancária na década de 80, enquanto a liberalização das contas de capital em diversos países combinada com os riscos inerentes à flutuação das taxas de câmbio conduziu ao aumento da vulnerabilidade de economias nacionais, devido ao conseqüente crescimento da volatilidade dos mercados financeiros. Diversos estados promoveram ajustes a essas novas condições econômicas mundiais¹⁰¹.

Essa globalização trouxe uma série de problemas, entre eles o

⁹⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

¹⁰⁰ KUHN, Alexandre. **O conceito histórico de soberania: características e influências à luz do fenômeno da transnacionalidade**. 2008. 116 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008. p. 46.

¹⁰¹ CASTRO, Marcus Faro de; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. **Globalização e transformações políticas recentes no Brasil: os anos 1990**.

agravamento das desigualdades sociais. As empresas, para permanecerem em território nacional, exigem redução de tributos e flexibilização de leis trabalhistas¹⁰².

As novas tecnologias industriais e de comunicação permitiram a produção com menor número de trabalhadores e, quando esses são necessários para operar máquinas industriais, precisam ter certa qualificação. Assim, falta emprego de uma forma geral, mas principalmente para o trabalhador sem estudo, ou o que completou apenas a educação fundamental¹⁰³.

Pelos novos meios de transporte e de comunicação, é muito fácil ultrapassar fronteiras, em consequência as empresas podem decidir em que país montarão suas filiais. Tal escolha, evidentemente, é feita com base na lucratividade. Escolhem, então, países com leis trabalhistas flexíveis, com sindicatos fracos, mão de obra mais barata, baixos impostos¹⁰⁴.

A globalização econômica se reflete na ordem social e política desenvolvida ao longo do século XX. Conforme Faria¹⁰⁵, a globalização provocou a desconcentração, a descentralização e a fragmentação do poder e tem sido amplamente utilizada para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados, dentre eles 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 nas condições de competitividade de empresas, setores, regiões, países e continentes, a desnacionalização dos direitos, a desterritorialização das formas institucionais e a descentralização das formas políticas do capitalismo, a uniformização e padronização das práticas comerciais no plano mundial, a desregulamentação dos

¹⁰² ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. Importância do Planejamento e da Execução de Políticas Públicas pelo Estado Brasileiro, voltadas ao alcance do Bem Comum, no cenário da globalização econômica. In: PASOLD, Cesar Luiz (Coord.). **Primeiros ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. p. 37.

¹⁰³ ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. Importância do Planejamento e da Execução de Políticas Públicas pelo Estado Brasileiro, voltadas ao alcance do Bem Comum, no cenário da globalização econômica. p. 42.

¹⁰⁴ ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. Importância do Planejamento e da Execução de Políticas Públicas pelo Estado Brasileiro, voltadas ao alcance do Bem Comum, no cenário da globalização econômica. p. 42.

¹⁰⁵ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 59-60.

mercados de capitais, a interconexão dos sistemas financeiro e securitário em escala global, a realocação geográfica dos investimentos produtivos e a volatilidade dos investimentos especulativos, a unificação dos espaços de reprodução social, a proliferação dos movimentos migratórios e as mudanças radicais ocorridas na divisão internacional do trabalho e, finalmente, o aparecimento de uma estrutura político-econômica multipolar incorporando novas fontes de cooperação e conflito, tanto no movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial.

Com referência aos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a respeito da política social a partir dos anos 1980 Habermas¹⁰⁶ constatou que a reconstrução e a desconstrução do Estado social é a consequência imediata de uma política econômica voltada para a oferta que visa à desregulamentação dos mercados, à redução das subvenções e à melhora das condições de investimento e que inclui uma política monetária e fiscal anti-inflacionária, bem como a diminuição de impostos diretos, a privatização de empresas estatais e procedimentos semelhantes¹⁰⁷.

No contexto de uma economia globalizada, em que os Estados nacionais precisam ter eficiência competitiva em nível internacional, essa ruptura com as conquistas e os compromissos do Estado social ocasiona aumento da pobreza, insegurança e desintegração social, além de ameaçar a estabilidade democrática¹⁰⁸.

A discussão sobre um Estado Transnacional é base para a discussão teórica a partir da fragilização do Estado Constitucional Moderno e da crise financeira internacional. Ulrich Beck ainda afirma que há uma racionalização subjacente: o Estado Constitucional Moderno apesar de ser antiquado para as demandas transnacionais, é ainda irrenunciável como espaço público garantidor das políticas internas e internacionais de transição. O Estado Constitucional moderno fará parte da organização de espaços transnacionais de governança e participará da

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 200., p. 66.

¹⁰⁷ CRUZ, Paulo Marcio; DEMARCHI, Clovis; VIVIANI, Maury Roberto. Globalização e mudança de paradigmas: Habermas e a constelação pós-nacional.

¹⁰⁸ CRUZ, Paulo Marcio; DEMARCHI, Clovis; VIVIANI, Maury Roberto. Globalização e mudança de paradigmas: Habermas e a constelação pós-nacional.

configuração política do processo de globalização¹⁰⁹.

[...] não há dúvidas de que hoje se está diante de uma formidável crise das bases teóricas do Estado Constitucional Moderno, agravada pelo colapso das finanças globais, crise que pode traduzir-se (ou que já se traduz) em aumento do nível de rejeição das instituições por parte dos cidadãos. É justo perguntar-se, já que uma possível via de saída vem indicando uma integração entre as diversas tendências teóricas que tratam do futuro do Estado no ambiente globalizado, se as tecnologias de informação podem ajudar-nos a propor, teoricamente, o necessário espaço público transnacional do século XXI. É difícil responder a essa pergunta, mas seguramente elas permitiriam uma associação mais imediata dos cidadãos nas fases da proposta, da decisão e do controle¹¹⁰.

A fim de atenuar essa crise financeira, o capitalismo globalizado acaba impondo maiores sacrifícios aos menos favorecidos, confirmando a subordinação do Estado Constitucional Moderno às decisões adotadas nos circuitos econômicos que formam as grandes multinacionais e os mercados financeiros.

2.1.2 Direito Internacional e Direito Interno

Cidadãos e trabalhadores se encontram reunidos em torno do desconforto em face de planos de regulação normativa independentes uns dos outros, que manifestam a pretensão de solucionar, de forma objetiva, eficiente e racional, problemas que concernem à moeda, à finança, ao trabalho, à saúde, ao ambiente, à segurança, desvinculados, porém, de qualquer referência aos contextos historicamente e socialmente determinados, que na realidade são bem diversos e apresentam específicas peculiaridades de país a país¹¹¹.

O fenômeno da globalização tornou as relações sociais mais complexas, posto que fizeram emergir um ambiente caracterizado pela multiplicidade de atores e de interesses, de polaridade decisórias incertas, de distintas percepções dos problemas, de assimetrias econômicas e tecnológicas, de diversidades religiosas e culturais, enfim, inúmeros fatores que dificultam as soluções para novos problemas da sociedade.

¹⁰⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

¹¹⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**.

¹¹¹ AMIRANTE, Carlo. **Dalla forma Stato alla Forma Mercato**.

Neste cenário, pode a falta de uma referência específica aos direitos e deveres subjetivos atribuíveis a um determinado contexto territorial e pessoal, ser colmada *a posteriori* pelo diálogo jurisprudencial que encontra exatamente no princípio de razoabilidade o instrumento para identificar princípios e valores comuns, idôneos para reconstruir um mínimo de unidade sistêmica, unidade que atualmente parece mais que carente no ordenamento jurídico internacional e em certa medida também no nível comunitário?¹¹²

Nesta perspectiva, o setor que talvez sirva de melhor exemplo para ilustrar os efeitos de fragmentação e setorialização induzidos, tanto no plano organizacional quanto disciplinar, pelos processos da sempre mais acentuada liberalização das trocas e de desestatização do direito, é o âmbito trabalhista e as normas jurídicas com este direta ou indiretamente relacionadas¹¹³.

Uma reflexão à qual leva a análise do direito internacional é que nenhuma ordem jurídica desenvolve-se no isolamento. Há uma multiplicidade de estados e formas variadas de ordenamento¹¹⁴.

A coexistência de ordens jurídicas múltiplas requer que sejam ligadas umas às outras, donde o problema de suas relações mútuas¹¹⁵.

É à sociedade civil que pertencem os principais atores das situações regidas pelo direito internacional privado. Duas empresas localizadas em diferentes Estados fecham um contrato que será executado num terceiro Estado, por exemplo, a construção de uma central elétrica ou de uma barragem. A validade e a força obrigatória deste contrato são determinadas por um direito estatal. A dificuldade é escolher qual¹¹⁶.

Com efeito, há o risco de conterem, sobre certos pontos, diferentes soluções de direito material. Há, assim, um “conflito de leis” entre as respectivas

¹¹² AMIRANTE, Carlo. **Dalla forma Stato alla Forma Mercato.**

¹¹³ AMIRANTE, Carlo. **Dalla forma Stato alla Forma Mercato.**

¹¹⁴ RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes.** Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 8.

¹¹⁵ RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes.** p. 10

¹¹⁶ RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes.** p. 10-11.

disposições de direito material interno. Os dois sistemas apresentam soluções diferentes para esse conflito. A contrariedade das soluções de direito material interno é assim acompanhada de um conflito entre as regras de conflito de leis. Em cada uma das ordens jurídicas, as autoridades e os tribunais competentes inevitavelmente farão prevalecer sua solução¹¹⁷.

Ainda mais complexas são as ordens jurídicas supranacionais.

Quando um Estado adere a diferentes tratados, ocorre igualmente que fique preso num concurso de obrigações internacionais contraditórias. Enquanto uma convenção elaborada pela Organização Internacional do Trabalho impunha aos Estados a proibição do trabalho noturno das mulheres, a Corte de Justiça das Comunidades Europeias decidiu que, assim limitada, a proibição era contrária a um princípio geral de direito comunitário, a igualdade dos sexos. Em decorrência disso, os Estados membros da União Europeia tiveram de denunciar a Convenção da OIT sobre o trabalho noturno das mulheres¹¹⁸.

Bobbio, em sua Teoria do Ordenamento Jurídico, refere que as normas de um ordenamento são dispostas em ordem hierárquica, devido à presença de normas superiores e inferiores¹¹⁹. Mas essa hierarquia é absoluta ou pode sofrer flexibilizações? E quando se tratam de normas de direito internacional ou supranacional?

É nesse sentido que Marcelo Neves trata do transconstitucionalismo, já referido no capítulo anterior. Essas flexibilizações podem ser entendidas como os diálogos transversais propostos pelo autor.

Nessa linha, a ausência da aplicação desses diálogos transversais, no contexto da globalização, podem trazer consequências desastrosas, visto que, conforme Milton Santos “A política agora é feita no mercado. [...] os atores são as

¹¹⁷ RIGAUX, François. **A Lei dos Juizes**. p. 10-11.

¹¹⁸ RIGAUX, François. **A Lei dos Juizes**. p. 13.

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Teria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 49.

empresas globais, que não têm preocupações éticas, nem finalísticas.”¹²⁰.

Cruz, Demarchi e Viviani citam Habermas para explicar esse fenômeno:

Esta constatação demonstra que o Estado nacional está se esvaziando e os fatores que evidenciam isso são apresentados em três níveis, sendo caracterizado como primeiro a perda da autonomia, ou seja, o Estado não consegue proteger sozinho os seus cidadãos dos efeitos externos de decisões que são tomadas por outros, ou por processos que possuem a origem fora do Estado nacional. Um segundo é o chamado déficit de legitimação, visto que os grupos que participam das decisões democráticas não são os mesmos que são atingidos pelas decisões. A União Europeia já demonstra este tipo de realidade quando decisões são tomadas e atingem todos os membros, independentemente da participação quando das discussões e consequente decisão. Como terceiro nível, apresenta-se a redução da capacidade de intervenção. O Estado nacional está à mercê da globalização dos mercados, da vulnerabilidade das transações financeiras, da variação da oferta de trabalho, visto que o fator econômico, através da necessidade de lucros especulativos, não se submete ao estabelecido por um Estado nacional, transitando assim de um espaço para outro conforme a conveniência e a possibilidade de lucro, em detrimento de qualquer preocupação com as políticas sociais. Esta realidade poderia ser controlada somente por ações que ultrapassassem a ideia de um Estado nacional. Situação que se observa minimamente na atuação de órgãos supranacionais (como exemplo, a OMC)¹²¹.

As funções do Estado social evidentemente só poderão continuar a ser preenchidas no mesmo nível de até agora se passarem do Estado nacional para organismos políticos que assumam de algum modo uma economia transnacionalizada¹²².

Nesse sentido, embora sempre ocorram resistências, é preciso pensar na construção de instituições supranacionais, para além das fronteiras nacionais. Os Estados deveriam vincular-se a procedimentos cooperativos, cuja regulação seria possível desde que fundada em uma solidariedade cosmopolita, ainda inexistente¹²³.

¹²⁰ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 67.

¹²¹ CRUZ, Paulo Marcio; DEMARCHI, Clovis; VIVIANI, Maury Roberto. Globalização e mudança de paradigmas: Habermas e a constelação pós-nacional.

¹²² CRUZ, Paulo Marcio; DEMARCHI, Clovis; VIVIANI, Maury Roberto. Globalização e mudança de paradigmas: Habermas e a constelação pós-nacional.

¹²³ CRUZ, Paulo Marcio; DEMARCHI, Clovis; VIVIANI, Maury Roberto. Globalização e mudança de

Diante dessa realidade tem-se entendido que, além dos fatores estruturais do sistema internacional e das características internas de cada Estado, as relações sociais internacionais não dispensam essa interação cooperativa e estratégica dos Estados, entre si e com os demais atores internacionais.

Além disso, nesse cenário internacional volatilizado pela flexibilização das fronteiras nacionais e do livre fluxo de capitais, bens, serviços e informações, fazem-se necessários mecanismos que possam contribuir para dar certa estabilidade e garantia nas relações transnacionais.

Todo esse contexto demonstra que as dimensões sociais voltadas às nações em particular se tornaram insuficientes para gerir as novas concepções sociais, sendo assim, os estudos na seara da transnacionalidade se tornam cada vez mais fortes, falando-se ainda em um Direito transnacional¹²⁴.

2.2 TRANSNACIONALIDADE

Considerando as mudanças trazidas pela globalização e que fragilizaram as bases teóricas do Estado Constitucional Moderno, com sua pretensão de soberania, faz-se necessário caracterizar algumas categorias como Transnacionalidade, Estado Transnacional e Direito Transnacional. Para tratar do tema é imprescindível referir-se as transformações ocasionadas pela globalização, principalmente na atuação do Estado.

Philip Jessup¹²⁵ foi um dos primeiros pesquisadores modernos a utilizar o termo Direito Transnacional, em sua obra denominada *Transnational Law*, de 1965. Nessa obra, Jessup tenta tratar dos problemas aplicáveis à comunidade mundial inter-relacionada, que principia com o indivíduo e alcança a sociedade de estados. Por considerar que a comunidade mundial estava criando laços cada vez mais complexos, o mesmo autor entendia que a expressão Direito Internacional estaria superada e já não atendia às exigências conceituais da nova época que se

paradigmas: Habermas e a constelação pós-nacional.

¹²⁴ SOARES, Josemar Sidinei; CRUZ, Paulo Márcio. Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas.

¹²⁵ JESSUP, Philip Caryl. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

desenhava. Nesse sentido, consignou que utilizaria o termo Direito Transnacional para incluir todas as normas que regulassem atos ou fatos que transcendessem fronteiras nacionais. Para Jessup, Direito Transnacional inclui todo o direito que regula ações ou eventos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o Direito Internacional Público quanto o Privado estão incluídos, assim como estão outras regras que não se encaixam perfeitamente nessas categorias usuais.

Para Paulo Marcio Cruz e Zenildo Bodnar, Jessup estava captando, na época, o início do fenômeno que se convencionou chamar de globalização e consentindo sobre o surgimento de um complexo emaranhado de relações à margem da capacidade regulatória e de intervenção do Estado Constitucional Moderno. Essa proposição, até mesmo pelo contexto histórico em que foi formulada, é insuficiente para a discussão que se pretende empreender sobre o Direito Transnacional¹²⁶.

Nesse sentido, optou-se por utilizar o conceito de Cruz e Bodnar, que definem o Direito Transnacional como um ordenamento jurídico que transpassa vários estados nacionais, com capacidade própria de aplicação coercitiva por uma estrutura organizativa transnacional¹²⁷.

Habermas refere-se a um regime econômico internacional relativamente equilibrado formado pelo sistema *Bretton-Woods*¹²⁸ e instituições como o Fundo Monetário Internacional - FMI e o Banco Mundial no período pós-guerra para explicar que com o abandono desse sistema haveria surgido um liberalismo transnacional

¹²⁶ CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais.

¹²⁷ CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais.

¹²⁸ Sistema monetário criado em julho de 1944 onde representantes da Aliança das Nações Unidas, que reunia os países em guerra contra o eixo fascista, reuniram-se na pequena localidade de Bretton Woods, no nordeste dos Estados Unidos, para criar regras e instituições formais de ordenação de um sistema monetário internacional capaz de superar as enormes limitações que os sistemas então conhecidos haviam imposto não apenas ao comércio internacional mas também à própria operação das economias domésticas. Buscava-se, assim, definir regras comuns de comportamento para os países participantes que, se poderiam por um lado contribuir para que eles atingissem níveis sustentados de prosperidade econômica como nunca havia sido possível antes, exigiriam, por outro lado, que abrissem mão de pelo menos parte da sua soberania na tomada de decisões sobre políticas domésticas, subordinando-as ao objetivo comum de conquista da estabilidade macroeconômica.

totalmente diferente.

Entrementes, a liberalização do mercado mundial progrediu ainda mais, a mobilidade do capital se acelerou e o sistema industrial foi modificado, saindo da produção de massa e passando a se adequar às necessidades da 'flexibilidade pós-fordista'. Com os mercados cada vez mais globalizados, o equilíbrio alterou-se prejudicando claramente a autonomia e a capacidade de ação político-econômica dos atores estatais¹²⁹.

Atualmente, o Estado não consegue mais dar respostas consistentes à Sociedade diante da complexidade das demandas transnacionais que se avolumam continuamente. Os problemas sociais aumentam em proporções preocupantes. Tudo leva a crer que o principal fator dessas crises cíclicas esteja localizado exatamente no próprio Estado Constitucional Moderno¹³⁰.

A globalização dos mercados é fator preponderante para a perda de soberania dos estados nacionais. O fenômeno da globalização como processo da modernidade faz com que seja necessário pensar na construção de um novo modelo de sociedade, ou seja, a sociedade democrática transnacional, conforme afirma Paulo Márcio Cruz:

[...] o grande desafio para o século XXI será a construção de uma Sociedade Democrática Transnacional, respeitadora das diferentes concepções humanas, baseada na paz, na preservação da vida, na justiça social e no acesso de todos ao bem estar¹³¹.

Josemar Sidinei Soares alia o fenômeno da globalização à ideia de Transnacionalidade, que seriam aqueles efeitos que transcendem os limites nacionais, sendo capazes de interferir direta ou indiretamente na vida de pessoas de todas as partes do globo. Como exemplos indica as questões ambientais, cujos efeitos não se limitam ao local onde ocorreu determinado evento, ou econômicas, que repercutem drasticamente em um mercado mundial¹³².

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. p. 99.

¹³⁰ CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais.

¹³¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. p. 151.

¹³² SOARES, Josemar Sidinei. Globalização, Pós-Modernidade e Transnacionalidade: Questões existenciais e jurídicas.

Os conflitos contemporâneos têm causas diversas, tais como as disputas territoriais, os nacionalismos, os problemas ambientais, as divergências econômicas e de desenvolvimento, as questões étnicas e as intolerâncias religiosas, compreendendo questões sociais diversas e complexas, que transcendem os limites nacionais. Os fenômenos transnacionais espalham-se pela sociedade global e afetam a segurança internacional na medida em que fazem emergir, de um lado, forças profundas de unificação da sociedade internacional, a exemplo da formação de blocos de integração política e econômica e a criação de organizações multilaterais, e, de outro lado, forças profundas de fragmentação e desintegração social, como os conflitos étnicos, o fundamentalismo religioso, a criminalidade internacional¹³³.

Embora seja habitada por culturas diferentes, a sociedade contemporânea convive com problemas comuns, cujos efeitos podem ser alterados positiva ou negativamente numa determinada comunidade em razão de ações praticadas em outra, pertencente ou não ao mesmo Estado.

Não há dúvidas de que esses problemas da sociedade contemporânea são interdependentes e globalizados, pois de um lado as relações se desenvolvem entre Estados, grupos sociais, organizações internacionais, empresas transnacionais e indivíduos e, de outro lado, os temas dizem respeito a todos, direta ou indiretamente, exigindo uma postura de cooperação e integração entre os diversos atores internacionais num cenário global de alta complexidade.

Nesse contexto, a percepção da existência desses fenômenos transnacionais, que exercem influência de forma concomitante sobre diversos Estados, depende da compreensão de que a realidade atual está marcada pela redução das distâncias, pela fragilização das fronteiras, pela ruptura das identidades nacionais, pela integração dos mercados, pela formação de blocos regionais e pelo surgimento de novos atores internacionais, refletindo um cenário de grande complexidade na sociedade internacional e de interdependência entre seus diversos atores.

¹³³ TRINDADE, Luciano José. **À Paz Perpétua de Kant e a Sociedade Internacional Contemporânea**. p. 119.

As demandas transnacionais dão origem à necessidade de criação de espaços públicos para tratar de questões referentes a fenômenos novos que serão ineficazes se tratados somente dentro do espaço do tradicional Estado nacional.

Marcos Leite Garcia ressalta que as demandas transnacionais não tratam somente de questões relacionadas com a globalização econômica como alguns autores pretendem, e sim com fundamentais questões de direitos relacionadas com a sobrevivência do ser humano no planeta. A globalização econômica pode estar na base de algumas questões transnacionais, mas não é sua principal fonte e fundamentação, a principal justificativa da necessidade de transnacionalização do direito é a necessidade de proteção do ser humano e dentro dessa perspectiva também se encontra a proteção de seu entorno natural¹³⁴.

Essa questão já se encontrava presente no projeto de paz kantiano¹³⁵, através da aliança dos povos, pois manifesta que todos convivem, compartilham e interagem no espaço territorial limitado da Terra, sendo necessária a configuração não apenas de uma ordem jurídica cosmopolita, mas também de um espaço público comunicativo que possibilite a deliberação global de temas que, no passado, estavam restritos às políticas nacionais¹³⁶.

Entende-se por transnacional o espaço público não vinculado a um território específico que iriam além da ideia tradicional de Nação Jurídica, aceitando a pluralidade como premissa e possibilitando o exercício de poder a partir de uma pauta axiológica comum, consensual, destinada a viabilizar a proposição de um novo pacto de civilização. Essa pauta seria estabelecida por seleção consensual de valores, sendo que sua proteção não poderia ser viabilizada por intermédio das instituições nacionais, comunitárias ou internacionais atualmente existentes¹³⁷.

¹³⁴ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz do Sul, n. 33, jan./jun. 2010. p. 103-129. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1801/1598>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

¹³⁵ KANT, Immanuel. **À paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002.

¹³⁶ TRINDADE, Luciano José. **À Paz Perpétua de Kant e a Sociedade Internacional Contemporânea**. p. 139.

¹³⁷ SOARES, Josemar Sidinei; CRUZ, Paulo Márcio. Critério ético e sustentabilidade na sociedade

Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar afirmam que “[...] o Estado e o Direito Transnacional poderiam ser propostos a partir de um ou mais espaços públicos transnacionais, ou seja, a criação de espaços públicos que possam perpassar estados nacionais”¹³⁸. Destacam ainda que não se referem a um superestado, mas à possibilidade de criação de vários espaços públicos de governança que seriam controlados pelas sociedades transnacionalizadas.

O prefixo trans denotaria ainda a capacidade não apenas da justaposição de instituições ou da superação/transposição de espaços territoriais, mas a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais, objetivando a produção de respostas mais satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos¹³⁹.

Nesse sentido, Cruz e Bodnar propõem as seguintes características para o Estado e o Direito Transnacional

a) Constituição a partir de estados em processos de abdicação intensa das competências soberanas; b) Formação por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção e aplicação das normas transnacionais; c) Capacidade fiscal em diversos âmbitos transnacionais, como em questões vitais ambientais, financeiras, circulação de bens e serviços, dentre outros não menos importantes; d) Atuação em âmbitos difusos transnacionais: questão vital ambiental, manutenção da paz, direitos humanos, dentre outros; e) Pluralismo de concepção, para incluir nações que não estão organizadas politicamente a partir da lógica judaico-cristã ocidental; f) Implantação gradativa de instrumentos de democracia transnacional deliberativa e solidária; g) Constituição dos espaços públicos transnacionais especialmente com base na cooperação, solidariedade e no consenso; h) Capacidade de coerção, como característica fundamental, destinada a garantir a imposição dos direitos e deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, superando assim uma das principais dificuldades de atuação dos estados no plano externo¹⁴⁰.

Cruz e Bodnar ainda sugerem um conceito para o Estado Transnacional como

pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas.

¹³⁸ CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais.

¹³⁹ CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais.

¹⁴⁰ CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais.

[...] a emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos e livres de amarras ideológicas da modernidade, decorrentes da intensificação da complexidade das relações globais, dotados de capacidade jurídica de governança, de regulação, intervenção¹⁴¹ – e coerção – e com o objetivo de projetar a construção de um novo pacto de civilização¹⁴².

2.2.1 O Estado e o Direito Transnacionais: Questão de Soberania e Desterritorialização

Muitos questionamentos são feitos acerca da capacidade do Estado Constitucional Moderno, em seu atual modelo de construção político-jurídico, de fazer frente à complexidade do ambiente transnacional global.

O Estado nasce sob a forma de sociedade nacional, territorializado e submetido a um Governo próprio, mas este vínculo de unidade e sujeição, delimitado precisamente num determinado território, não mais expressa as atuais formas de organizações e instituições necessárias para as demandas transnacionais, embora não necessariamente excluam o modelo de Estado Constitucional Moderno¹⁴³.

Nesse sentido, Stelzer afirma que “[...] o Estado nacional já não é mais visto como poder soberano, enfrentando, assim, uma desconhecida e inusitada crise.”¹⁴⁴.

O conceito de Soberania, historicamente, esteve vinculado à racionalização jurídica do Poder, no sentido de transformação da capacidade de coerção em Poder legítimo. Ou seja, na transformação do Poder de Fato em Poder de Direito, configurando um dos pilares teóricos do Estado Constitucional Moderno. A proclamação da Soberania como independência ante qualquer poder externo

¹⁴¹ Os autores esclarecem que intervenção, nesse contexto, significa o controle, pelo Estado, em graus variados, através da atuação, como parte ativa, nos âmbitos ambiental, social econômico e cultural para garantir padrões mínimos de dignidade humana a partir de pauta axiológica comum. Já a categoria Regulação, tem sentido de fornecer à Sociedade, através do Estado, regras que regulem as relações públicas e privadas, evitando desequilíbrios, sem que o mesmo seja parte ativa em qualquer delas.

¹⁴² CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais.

¹⁴³ CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais.

¹⁴⁴ STELZER, Joana. **União européia e supranacionalidade**: desafio ou realidade? 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 87.

tornou-se uma manifestação característica e essencial do Estado Constitucional Moderno desde seu início, passando a ser proibida qualquer interferência nas decisões internas da comunidade, adotadas livremente por esta¹⁴⁵.

A partir do final da Segunda Guerra Mundial, a Soberania Nacional passou a debater-se para conciliar-se com o fato inegável de que os Estados passaram a fazer parte de uma sociedade internacional, regida por leis próprias. O Estado Constitucional Soberano encontrou-se, forçosamente, vinculado a obrigações externas que tiveram origens muito diversas (tratados bilaterais, convenções multilaterais)¹⁴⁶.

A realidade do mundo, nos dias de hoje, bem como as modificações ocorridas na trajetória histórica do Estado Constitucional Moderno, levam à constatação de que houve uma mudança estratégica na postura dos Estados, tanto no plano internacional como no interno, caminhando-se para a superação de sua base teórica (nacional, territorial e soberano)¹⁴⁷.

Em um mundo onde crises econômicas ou sociais já não mais se restringem ao território de seus respectivos Estados ou de seus vizinhos transfronteiriços, estendendo seus efeitos a todos os demais integrantes do cenário internacional, a necessidade de interação de agentes torna-se ainda mais presente. A dinâmica das relações internacionais no plano econômico e jurídico está relativizando a cada dia as fronteiras territoriais e própria soberania estatal. Já não é mais possível a um estado soberano, isolado em seu próprio território e preocupado apenas com a sua população, exercer de forma eficaz a faculdade de regular o fluxo dos principais elementos presentes contemporaneamente no mercado global, como as pessoas, capitais, conhecimento e tecnologia.

As estruturas estatais e prerrogativas de poder passam por um processo de necessária reformulação e flexibilização, com o objetivo de sobreviver e se adaptar a novos fenômenos, de modo que a soberania busca um novo sentido, a fim

¹⁴⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. p. 84.

¹⁴⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p. 45.

¹⁴⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. p. 87.

de explicitar a necessária conformidade que o Estado deve assumir diante das contingências da realidade contemporânea.

Nesse sentido, Nicola Matteucci refere que o poder estatal não desaparece, desaparece apenas uma forma de organização de poder que teve seu ponto de força no conceito político-jurídico de Soberania. Estando esse supremo poder em vias de extinção, faz-se necessário, mediante uma leitura atenta dos fenômenos políticos que estão ocorrendo, proceder a uma nova síntese político-jurídica capaz de racionalizar e disciplinar juridicamente as novas formas de poder¹⁴⁸.

A necessidade de um Estado Transnacional também se reflete nas palavras de Isaac Sabbá Guimarães:

[...] o Estado já não é o eixo central em torno do qual gravitam a identidade cultural de uma sociedade, seus anseios e projetos para o porvir; mas é, a um só tempo, uma entidade política cada vez mais plural e politicamente interdependente. Os problemas do mundo globalizado não podem ser tratados sem um concerto entre os diversos Estados afetados¹⁴⁹.

A principal diferença entre o Estado Constitucional Moderno e o Estado Transnacional, como forma de organização política, reside no tipo de poder soberano que o primeiro exerce territorialmente, independente das características pessoais ou sociais e dos membros da população do Estado, enquanto que no segundo não haveria espaço para se falar em soberania nessa concepção.

Um critério primordial que molda esse cenário transnacional é a desterritorialização, especialmente porque diz respeito ao aspecto além-fronteira, pois não se trata de espaço estatal, com limites territoriais, mas de um espaço permeável, transpassável.

Afirmam Joana Stelzer e Everton das Neves Gonçalves que a

¹⁴⁸ MATEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. Tradução de Carmen Varriale *et al.* 5. ed. Brasília: UNB, 1993. v. 2. p.1187-1188.

¹⁴⁹ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 28, p. 129-151, 2012.

desterritorialização é uma das principais circunstâncias que molda o cenário transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além-fronteira, pois não é o espaço estatal e também não é o espaço que liga dois ou mais espaços estatais. O território transnacional não é nem um nem outro e é um e outro, posto que se situa na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado. Com isso, por ser fugidia, borda também não é, pois fronteira delimita e a permeabilidade traz consigo apenas o imaginário, o limite virtual. Aquilo que é transpassável não contém, está lá e cá¹⁵⁰.

Octavio Ianni explica que a desterritorialização forma-se a partir de estruturas do poder econômico, político, social e cultural internacionais, mundiais ou globais descentradas, sem qualquer localização neste ou naquele lugar, região ou nação. Estão presentes em muitos lugares, nações, continentes, parecendo flutuar por sobre os Estados e fronteiras¹⁵¹.

No mundo empresarial, a globalização traduziu-se na desterritorialização da produção. Uma única mercadoria é criada e montada em várias partes do mundo, dependendo das condições favoráveis que se apresentem, seja de matéria-prima ou mão de obra. Almeja-se, sempre, maior lucro em detrimento do menor custo.

A integração e a divisão, a globalização e a territorialização, são processos mutuamente complementares. Mais precisamente, são duas faces do mesmo processo: a redistribuição mundial de soberania, poder e liberdade de agir desencadeada (mas de forma alguma determinada) pelo salto radical na tecnologia da velocidade¹⁵².

O fenômeno da desterritorialização é o destaque do comércio mundial, inclusive pela própria OMC que valoriza a fragmentação da produção no âmbito do comércio mundial. A desterritorialização é considerada a obtenção de bens ou serviços intermediários em um país estrangeiro, podendo incluir o fornecimento a cargo de uma empresa afiliada estrangeira mediante investimento estrangeiro direto ou de uma empresa estrangeira não afiliada mediante contratos em condições de

¹⁵⁰ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Estado, Globalização e Soberania: Fundamentos Político-Jurídicos do Fenômeno da Transnacionalidade.

¹⁵¹ IANNI, Octavio. **A sociedade global**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995. p. 93.

¹⁵² BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 77.

plena concorrência. Em todas as circunstâncias, a cadeia produtiva caracteriza-se por ocorrer em mais de um Estado.

Segundo Joana Stelzer, trata-se da ‘segunda fragmentação’ que o mundo vivencia. A primeira desagregação teria sido a separação da produção e do consumo, característica da segunda metade do século XIX, momento referido pelos historiadores no qual ocorreram as melhorias tecnológicas, do transporte marítimo e terrestre. A teoria econômica aponta algumas razões para a desterritorialização da produção: permite aproveitar a compra de insumos ou serviços mais baratos no estrangeiro, propicia menos contratação de mão de obra e aumenta a chance da empresa compradora em promover a especialização do trabalho¹⁵³.

A desterritorialização é uma marcante característica da transnacionalidade, pois reflete a concepção espacial além dos limites territoriais do Estado. A lógica da produção empresarial não está atada à lógica do sistema político-jurídico de um determinado Estado, mas se prende aos benefícios econômico-comerciais que a ‘não localização’ permite. Não há necessidade de coincidir o binômio ‘empresa-Estado’ e, tampouco, o binômio ‘mercadoria-Estado’. Diversos produtos são feitos no mundo, sendo mesmo difícil identificar a origem dos distintos componentes que pudessem precisar a origem estatal do bem¹⁵⁴.

No âmbito dos serviços, a inovação tecnológica consiste no fator que mais impulsiona a desterritorialização do setor. Desde que a tarefa possa ser recolhida, manipulada, organizada, codificada, digitalizada e separada de outras atividades, há possibilidade de prestá-la no local mais conveniente do ponto de vista econômico, a exemplo dos serviços de contabilidade, de faturamento, administração de créditos, telefonia, assessoria de informática, entre outros. A Internet trouxe forte incremento à desterritorialização de serviços, pois ao permitir a transmissão de dados com rapidez e baixo custo, tornou factível a interação das células produtoras e prestadoras de serviço. Entregar um relatório para o colega da mesa vizinha ou enviá-lo por e-mail para um colega no outro lado do mundo é feito com semelhante

¹⁵³ GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Estado, Globalização e Soberania: Fundamentos Político-Jurídicos do Fenômeno da Transnacionalidade.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Odete Maria de. **Teorias Globais**: fragmentações do mundo. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 33-80.

presteza.

Essa relação faz surgir um novo espaço, transnacional, no qual deverá ser aplicado, com força cogente, um novo Direito, cuja base teórica seria vinculada àquela do Estado Transnacional¹⁵⁵. Desse modo, pode-se sugerir que o Direito Transnacional, por consequência, tenderia a apresentar as mesmas características axiológicas do Estado Transnacional.

Assim como o Direito emanado do Estado Constitucional Moderno foi formado a partir de normas jurídicas inter-relacionadas, - de forma que cada uma delas tivesse sentido com relação às demais, com o sistema determinando a posição e o significado de cada um de seus elementos, - o Direito Transnacional poderia agregar essa mesma lógica para ser um ordenamento jurídico que transpasse vários estados nacionais, com capacidade própria de aplicação coercitiva por uma estrutura organizativa transnacional. O ordenamento jurídico transnacional apareceria como um conjunto ou sistema, no sentido de que suas normas responderiam a pautas axiológicas comuns, que justificariam sua consideração como um todo e que atualmente são praticamente impossíveis de serem alcançadas pelos direitos nacionais, comunitário e internacional¹⁵⁶.

Tanto o Direito Transnacional quanto o Estado Transnacional nascem da necessidade da emergência de novos espaços públicos, que tornariam concretas e efetivas as estratégias transnacionais de governança, regulação e intervenção, e que resultariam em proteção a direitos transnacionais, em especial os difusos, impossíveis de serem alcançados pelos direitos nacional, comunitário e internacional hoje existentes.

¹⁵⁵ IANNI, Octávio. **A sociedade global**. p. 93.

¹⁵⁶ CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais.

CAPÍTULO 3

O CONTEXTO TRANSNACIONAL E OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

3.1 DIREITOS HUMANOS E A NECESSIDADE DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Boa parte da doutrina europeia¹⁵⁷ afirma que os direitos difusos são transfronteiriços. Essa característica se funda na ideia de que os direitos fundamentais de terceira geração perpassam fronteiras e, por esse motivo, devem ter um tratamento diferenciado, e, por uma questão de efetividade, devem ser transnacionalizados. Ou seja, seu tratamento deve se dar a partir de um Direito Transnacional. Mas, atualmente, com o fenômeno da globalização, somente os direitos fundamentais de terceira geração perpassam fronteiras? Cumpre ressaltar que, para garantir uma efetividade completa, não só os direitos fundamentais de terceira geração devem ser transnacionalizados, mas toda a gama de direitos fundamentais.

Inicialmente, é necessário distinguir a expressão direitos humanos de direitos fundamentais, visto se tratar do objeto deste subcapítulo.

Os direitos fundamentais não são um conceito estático no tempo e sua transformação acompanha a sociedade humana e consequentemente suas necessidades de proteção. Robert Alexy caracteriza os direitos fundamentais como “[...] posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.”¹⁵⁸.

Canotilho aponta uma diferença importante entre direitos humanos e direitos fundamentais:

¹⁵⁷ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 446.

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espácio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta¹⁵⁹.

Nesse sentido, os direitos humanos são inerentes ao próprio homem em sentido universal, enquanto os direitos fundamentais estão vinculados ao Estado em que o cidadão está inserido e, por isso, positivados na constituição. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional¹⁶⁰. Nas palavras de Pedro Cruz Villalón, onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios¹⁶¹.

Segundo Canotilho, os direitos fundamentais devem ser positivados na Constituição por se tratar de norma maior, estando assim num nível hierárquico-normativo superior¹⁶².

A passagem dos direitos humanos para o domínio do Direito teve como uma de suas principais consequências a colocação do homem como sujeito do ordenamento jurídico¹⁶³. Nesse sentido, Hannah Arendt refere que os direitos

¹⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 393.

¹⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 377.

¹⁶¹ VILLALÓN, Pedro Cruz. Formación y evolución de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 9, n. 25, p. 35-62, jan./abr. 1989. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=6&IDN=327&IDA=24923>>. Acesso em: 20 mar. 2014. p. 40.

¹⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.

¹⁶³ Ver SCHAEFER, Fernanda. Direitos Humanos e Globalização Econômica: Compatibilidade e Princípios? **Constituição, Economia e Desenvolvimento**, Curitiba, n. 1, p. 76-96, ago./dez. 2009. A autora refere que sob o aspecto filosófico os direitos humanos podem ser analisados sob três diferentes concepções: a idealista (tem por base o jusnaturalismo e afirma serem os direitos humanos direitos supra-estatais de caráter absoluto); a positivista (enraizada no positivismo jurídico, afirma que os direitos humanos resultam da produção legislativa estatal) e a crítico-materialista (inspirada em Karl Marx, afirma serem os direitos humanos produtos da história da humanidade). Mas, somente quando essas teorias filosóficas foram positivadas é que se pode falar em um sistema de direitos humanos. A pessoa humana deve ser vista valor-fonte do qual emanam todos os outros valores objetivos. O homem em sua dignidade é o fundamento de toda a moral.

humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Compõem um construído axiológico, fruto da nossa história, de nosso passado, de nosso presente, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social¹⁶⁴.

Portanto, os direitos humanos não nasceram todos de uma vez, mas sim “[...] enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer.”¹⁶⁵.

Considerando a sua evolução conceitual histórica, Fernanda Schaefer afirma que, contemporaneamente, pode-se definir Direitos Humanos como um direito marcado pela universalidade e indivisibilidade. Universalidade porque clama pela extensão universal, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição de observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são¹⁶⁶. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.¹⁶⁷

Assim, os direitos humanos afirmam-se historicamente como um conjunto harmônico e identificável de normas ou preceitos. Nesse sentido, enuncia Norberto Bobbio que “[...] os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.”¹⁶⁸. Por isso, além de universais e indivisíveis, os Direitos Humanos mostram-se indissociáveis da Democracia e do Desenvolvimento, um não existe sem o outro, o que demanda uma

¹⁶⁴ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

¹⁶⁵ PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: _____ (Coord.). **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 15-37.

¹⁶⁶ SCHAEFER, Fernanda. Direitos Humanos e Globalização Econômica: Compatibilidade e Princípios?

¹⁶⁷ PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea.

¹⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 30.

ideia de globalização ética e solidária, o que mais uma vez reflete a ideia de transnacionalidade.

Garcia afirma que os direitos fundamentais são um fenômeno da Modernidade, pois as condições para o seu florescimento se dão no chamado trânsito à modernidade. Assim, depois do primeiro processo de positivação que será marcado pelas revoluções burguesas e pela ideologia liberal, através da história dos dois séculos seguintes, os direitos fundamentais irão se modificando e incluindo novas demandas da sociedade em transformação¹⁶⁹.

Essas novas demandas traduzem-se nas já referidas demandas transnacionais quando esses direitos fundamentais estão vinculados aos territórios estatais num momento em que a desterritorialização impulsiona a economia global. Nesse mundo globalizado, com a facilitação dos transportes e meios de comunicação o fluxo de pessoas de um território para outro aumentou consideravelmente, assim como a migração/instalação das empresas transnacionais em quaisquer desses territórios. Para acompanhar a transformação da sociedade globalizada faz-se necessária a transnacionalização dos direitos fundamentais, visto se tratar da proteção da dignidade da pessoa humana. Tais direitos não deixam de existir só porque uma pessoa atravessou determinada fronteira. São inerentes a ela e hão de acompanhá-la em qualquer território.

Nessa busca pela transnacionalização dos direitos fundamentais, a globalização deve ser um novo catalisador para a criação ou renovação dos mecanismos transnacionais de proteção desses direitos, não podendo ser utilizada como justificativa para aniquilar conquistas tão importantes.

Boa parte desses direitos em franco processo de reivindicação e desenvolvimento corresponde a novas facetas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se intimamente vinculados à ideia da liberdade e da proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências por parte do Estado e dos

¹⁶⁹ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais.

particulares¹⁷⁰.

É exatamente no que diz respeito aos Direitos Humanos que o Estado Nacional vem mostrando notáveis indícios de exaustão diante da globalização e das normas jurídicas internacionais. O reconhecimento e garantia de um conjunto de direitos do homem, considerados como fundamentais, foi elemento caracterizador do próprio Estado Moderno, desde sua origem. Apesar deste fato, a história tem mostrado que este reconhecimento estatal/nacional não pôde evitar, em muitas ocasiões e em muitos e diferentes países, que fossem desrespeitados direitos considerados, na cultura moderna e contemporânea, inerentes à dignidade humana em qualquer momento ou circunstância.

3.1.1 Dignidade da Pessoa Humana

Foi precisamente no âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII que a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a ideia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade¹⁷¹.

Immanuel Kant afirma que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana. Com base nesta premissa, Kant sustenta que o Homem e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirige a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim¹⁷².

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 50.

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 38.

¹⁷² FELTEN, Maria Cláudia. A proteção constitucional brasileira para uma vida humana digna no meio ambiente do trabalho à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Eletrônica**

Nessa perspectiva, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável (*sic*) nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida¹⁷³.

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha – além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua e não o meio da atividade estatal¹⁷⁴.

No momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas.¹⁷⁵

Considerando que é esse Estado que deve garantir a dignidade das pessoas e considerando que essa dignidade nunca esteve territorializada, mas sim vinculada à pessoa onde quer que ela esteja, é necessário e urgente que esse mesmo Estado evolua para um Estado Transnacional com um Direito Transnacional que consiga abarcar esses direitos fundamentais e torna-los definitivamente efetivos.

Direito e Política, Itajaí, v. 2, n. 1, jan./abr. 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 05 jun. 2012.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. p. 73.

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. p. 80.

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. p. 80.

Para Fernanda Schaefer, deve-se retomar o entendimento universalista de que os direitos humanos decorrem da dignidade humana, considerada esta como valor intrínseco da própria condição humana (mínimo ético irreduzível) e, portanto, dela indissociável. A noção de direitos humanos não pode estar apenas relacionada ao sistema político, cultural, social, moral e econômico vigente em cada sociedade¹⁷⁶.

Na defesa do universalismo dos direitos humanos, afirma Boaventura de Sousa Santos que eles

[...] têm que ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal qual eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo¹⁷⁷.

Assim, a construção dos direitos humanos na sociedade globalizada deve se realizar numa concepção multicultural, construída por meio de um diálogo intercultural.

Segundo Norberto Bobbio, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, tem início uma fase na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nelas contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final deste processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquele estado desterritorializado, que não tem fronteiras, porque compreende toda humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto cidadão do mundo,

¹⁷⁶ SCHAEFER, Fernanda. Direitos Humanos e Globalização Econômica: Compatibilidade e Princípios?

¹⁷⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, p. 11-32, jun. 1997. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 20 mar. 2014. p. 19.

cidadão transnacional.¹⁷⁸

Nesse sentido, Flávia Piovesan assevera que a abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do 'mínimo ético irreduzível', alcançado por um universalismo de confluência. Este universalismo de confluência, fomentado pelo ativo protagonismo da sociedade civil internacional, a partir de suas demandas e reivindicações morais, é que assegurará a legitimidade do processo de construção de parâmetros internacionais mínimos voltados à proteção dos direitos humanos.¹⁷⁹

José Eduardo Faria¹⁸⁰ afirma que o desafio entreaberto por indagações está na formulação de modelos políticos e normativos capazes de por uma perspectiva totalizadora as relações assimétricas e multiformes que têm fragmentado o espaço político da democracia representativa no continente. Esse desafio pressupõe Estados modernos, eficientes e acima de tudo dotados de poder para promover transferências fiscais e previdenciárias e para formular, implementar e executar políticas públicas, a partir do estabelecimento de prioridades para a promoção de reformas sociais, com o objetivo de eliminar as hierarquias de privilégios, por fim à distribuição desigual dos 'direitos adquiridos', superar uma complexa estrutura de preconceitos e responder, de modo tão consequente quanto determinado, às reivindicações coletivas em favor de integração econômica por parte dos segmentos sociais marginalizados.

A ausência de um sentido mínimo de participação e solidariedade em sociedades com essas características compromete a formulação, implementação e execução de políticas públicas de curto, médio e longo prazo destinadas a equacionar esse quadro de 'dualismos estruturais'.

A reiterada afirmação dos direitos humanos em textos constitucionais tem

¹⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 37.

¹⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea**. p. 24.

¹⁸⁰ FÁRIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2010. p.132-133.

se mostrado insuficiente para garantir a sua efetividade, o que significa que “concebidos historicamente como um mecanismo de proteção dos cidadãos contra o arbítrio do Estado, eles podem ser esvaziados na medida em que é o próprio Estado que os regulamenta”¹⁸¹.

Os direitos humanos não podem ser alvo da flexibilização proposta pela globalização. Deve-se fortalecer a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse transnacional, uma vez que com eles busca-se à efetivação da cidadania, pilar da democracia e da tão almejada harmonia social.¹⁸²

3.2 GLOBALIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Como já visto no capítulo anterior, a globalização é um processo que gerou fenômenos como a unificação de mercados financeiros; regionalização do mercado econômico e formação de blocos regionais; generalização de associações entre empresas transnacionais com a coordenação das políticas econômicas; grande mobilidade das empresas transnacionais com a consequente flexibilização das relações de trabalho; contribuiu para o declínio dos Estados reduzindo, assim, os direitos sociais que deixam de ser uma conquista para serem considerados um privilégio; as fronteiras territoriais começam a perder importância em benefício dos centros decisórios supranacionais.

O mundo atual está passando por uma fase de transição resultante, dentre vários fatores, da necessidade das empresas em se adequarem a métodos eficientes de competição econômica em um cenário de livre fluxo dos mercados.

¹⁸¹ FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. p. 152.

¹⁸² Nesse sentido, ver PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. A autora infere que esta concepção inovadora, neste trabalho entendida como transnacionalidade, “[...] aponta a duas importantes consequências: 1ª.) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, transita-se de uma concepção ‘hobbesiana’ de soberania centrada no Estado para uma concepção ‘kantiana’ de soberania centrada na cidadania universal. 2ª.) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito. Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.”.

Soma-se a isso a profunda revolução tecnológica, geradora de modificações radicais na organização da produção, tendo de outro lado, a constante necessidade de combate ao desemprego.

Nesse contexto, surge a discussão sobre a necessidade de flexibilização das relações do trabalho, onde alguns sustentam ser a rigidez das instituições a responsável pela crise nas empresas, retirando delas as possibilidades de adaptarem-se a um mercado em constante mutação.

A competitividade comercial implica na necessidade de diminuição progressiva da força do trabalho empregada, tendo em vista a necessidade de redução dos encargos sociais. Em função disso, as empresas transacionais buscam instalar suas subsidiárias em países cujas normas regularizadoras do sistema de emprego sejam mais flexíveis.

Embora nascida a flexibilização no contexto do Direito Econômico e também na Economia, tendo reflexos no campo do Direito do Trabalho, a tese da flexibilização ganha hoje generalizada aplicação em qualquer ramo da ordem jurídica que necessite adaptar-se à realidade da atual sociedade.

Diante deste quadro, com o afastamento do Estado, caberia às próprias categorias econômicas e profissionais elaborarem as regras que passariam a regular o mundo das relações de trabalho. A flexibilização tende ao ideal de restringir a intervenção do Estado no campo trabalhista, passando-se ao sistema da autorregulamentação das relações laborais, pelas próprias partes interessadas, por meio da negociação coletiva.

O desenvolvimento histórico do Direito do Trabalho, ao tempo em que significou conquistas para os trabalhadores, representou a assunção de ônus para os empregadores, que experimentaram o aumento progressivo dos encargos sociais. Diante da atual economia globalizada e altamente concorrente, os empresários nacionais alegam que estes custos representam desvantagem competitiva no mercado internacional. Os reflexos destes prejuízos seriam observados no mercado interno, com retração da produção, e crescente

desemprego.

A flexibilização, para parte da doutrina, pode assumir muitos sentidos. Américo Plá Rodríguez a compreende como um termo elástico, com variados graus de intensidade, e também cômodo, porque o sentido contrário seria a rigidez, a intolerância. Para ele, flexibilização pode significar mera adaptação através de leis mais elásticas, ou até desregulamentação, com substituição da norma estatal pela convenção coletiva ou individual¹⁸³.

Importante ressaltar que flexibilização e desregulamentação do Direito do Trabalho são conceitos que não podem ser confundidos. A desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindas da relação de emprego; enquanto que a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que superficial, com normas gerais, sem as quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade.

O Estado se encontra num dilema: ou mantém-se forte, garantindo os direitos sociais já conquistados pelos cidadãos, ou cede às exigências dos setores econômicos, concedendo-lhes benefícios fiscais, desregulando o mercado e tornando as leis trabalhistas menos rígidas, para que não fechem suas indústrias nem reduzam vagas de trabalho no país. De modo que, entre reduzir os direitos sociais da população e o aumento do desemprego, o Estado prefere aquela alternativa. Muitos dos próprios trabalhadores, se questionados se preferem perder o emprego ou redução dos direitos trabalhistas, mesmo a contragosto, escolherão esta alternativa¹⁸⁴.

Flexibilização do direito do trabalho é a corrente de pensamento segundo a qual necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores, como a estabilidade no emprego, as limitações à jornada diária de trabalho, substituídas por um módulo anual de totalização da duração do

¹⁸³ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Walter Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

¹⁸⁴ ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. Importância do Planejamento e da Execução de Políticas Públicas pelo Estado Brasileiro, voltadas ao alcance do Bem Comum, no cenário da globalização econômica.

trabalho, a imposição pelo empregador das formas de contratação do trabalho moldadas de acordo com o interesse unilateral da empresa, o afastamento sistemático do direito adquirido pelo trabalhador e que ficaria ineficaz sempre que a produção econômica o exigisse, enfim, o crescimento do direito potestativo do empregador.

Essa postergação de direitos não pode ultrapassar os limites dos direitos fundamentais, restando clara a necessidade de um Direito Transnacional que regule esses novos direitos fundamentais.

A flexibilização das relações trabalhistas pode se tornar uma afronta aos direitos fundamentais, especialmente ao princípio da dignidade da pessoa humana, em “nome” da globalização.

Contudo, juristas e economistas acordam que o objetivo da flexibilização nas relações do trabalho no contexto atual da globalização da economia e de crises na oferta de empregos é evitar a extinção de empresas, e, conseqüentemente, reduzir a taxa de desempregos e melhorar as condições socioeconômicas.

Para Oscar Ermida Uriarte:

[...] a flexibilização se produz de múltiplas normas, duas das quais se destacam: diminuindo ou eliminando direitos ou benefícios trabalhistas, ou então, modificando a relação entre as fontes, mediante a prescindência dos preceitos legais pela negociação coletiva ou o acordo coletivo pelos indivíduos (*rectius*: em geral, a vontade unilateral do empregador). Esta segunda modalidade flexibilizadora – ‘a prescindibilidade’ de normas heterônomas por normas autônomas ou de normas coletivas por acordos ou atos individuais – é em última instância, um meio de chegar à primeira: a diminuição ou eliminação de direitos ou benefícios trabalhistas¹⁸⁵.

Uriarte¹⁸⁶ ainda refere uma classificação, proposta por Jean-Claude Javillier, que distingue, segundo sua finalidade, três classes de flexibilização: uma de proteção, outra de adaptação e outra de desregulamentação.

A flexibilidade de proteção é a própria do clássico Direito do trabalho: o direito do Trabalho foi sempre flexível, só num sentido único. A norma

¹⁸⁵ URIARTE, Ermida Oscar. **A flexibilidade**. São Paulo: Ltr, 2002. p. 9.

¹⁸⁶ URIARTE, Ermida Oscar. **A flexibilidade**. p. 10.

trabalhista tradicional foi sempre superável e adaptável em benefício do trabalhador. A flexibilidade de adaptação, por sua parte, consistia na adaptação, por meio de negociação coletiva, das normas legais rígidas a novas circunstâncias e numa avaliação global do que é mais conveniente para o trabalhador. A ideia (*sic*) central seria não se tratar de uma derrogação pura e simples, mas de uma adaptação que se faz por meio de autonomia coletiva. E a flexibilidade de desregulamentação seria simplesmente a derrogação de benefícios trabalhistas preexistentes ou sua substituição por outros inferiores.

Segundo Sergio Pinto Martins a flexibilização trabalhista visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação e ao empregador a possibilidade de adaptação de seu negócio, mormente em épocas de crise econômica¹⁸⁷.

A flexibilização permite aos sistemas legais uma previsão de fórmulas flexíveis de convencionar condições de trabalho, seja por instrumentos de negociação coletiva ou pelos contratos individuais de trabalho, seja pelos próprios empresários.

A questão da flexibilização vai além de flexibilizar ou não. O Estado soberano, territorializado, em seu contexto atual, sofre pressão das empresas transnacionais a fim de flexibilizar a legislação trabalhista evitando, assim, os altos índices de desemprego. Ou o Estado cede ou as empresas transferem seus pólos de produção para outros Estados, com legislação trabalhista flexibilizada ou inexistente.

Importante ressaltar que essa legislação trabalhista está intimamente ligada aos direitos humanos, à dignidade da pessoa humana. Direito a um ambiente de trabalho equilibrado, sadio, a irredutibilidade salarial, jornadas de trabalho compatíveis com a capacidade laboral dos empregados são direitos já conquistados e que sofrerão enorme retrocesso caso não tenhamos um Direito Transnacional que os assegure.

Deve-se referir que essa flexibilização não é essencialmente negativa. As novas formas de trabalho, como consequentes demandas transnacionais,

¹⁸⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. p. 32.

necessitam de normas diferenciadas que podem ser alcançadas pela flexibilização, desde que não haja redução dos direitos já conquistados pelos trabalhadores, direitos esses de cunho fundamental que dizem respeito à dignidade da pessoa humana. Esses direitos precisam ser preservados e sua efetivação se dará através de um Direito Transnacional.

Esse Direito Transnacional será capaz de regular as relações de trabalho no cenário atual, garantindo a flexibilização para uma questão de sustentabilidade empresarial e adequação as novas formas de trabalho, ao mesmo tempo em que garantirá os direitos humanos e fundamentais do trabalhador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente trabalho foi verificar se as transformações do Estado Constitucional, especificamente no contexto da globalização, interferiam nas relações trabalhistas, aprofundando os conhecimentos sobre as transformações desse Estado impulsionadas pelos processos de globalização e analisando suas interferências nas relações trabalhistas no contexto transnacional.

Para essa análise fez-se necessária uma reflexão acerca da evolução do Constitucionalismo até os dias atuais, perpassando desde a Antiguidade Clássica, com pensamentos de filósofos como Platão e Aristóteles, até o Transconstitucionalismo.

Também foi de suma importância analisar os diversos aspectos da globalização, suas consequências na economia e, especialmente, no Estado Constitucional Moderno. Verificou-se que esse Estado como forma de limitação do poder não consegue mais dar respostas minimamente consistentes às sociedades atuais envoltas pela globalização.

O fenômeno da globalização tornou as relações sociais mais complexas, posto que fizeram emergir um ambiente caracterizado pela multiplicidade de atores e de interesses, de polaridade decisórias incertas, de distintas percepções dos problemas, de assimetrias econômicas e tecnológicas, de diversidades religiosas e culturais, enfim, inúmeros fatores que dificultam as soluções para novos problemas da sociedade.

No mundo empresarial, a globalização traduziu-se na desterritorialização da produção. Uma única mercadoria é criada e montada em várias partes do mundo, dependendo das condições favoráveis que se apresentem, seja de matéria-prima ou mão-de-obra. Almeja-se, sempre, maior lucro em detrimento do menor custo.

Essa relação faz surgir um novo espaço, transnacional, no qual deverá ser aplicado, com força cogente, um novo Direito, cuja base teórica seria vinculada àquela do Estado Transnacional.

Assim como o Direito emanado do Estado Constitucional Moderno foi formado a partir de normas jurídicas inter-relacionadas, - de forma que cada uma delas tivesse sentido com relação às demais, com o sistema determinando a posição e o significado de cada um de seus elementos, - o Direito Transnacional poderia agregar essa mesma lógica para ser um ordenamento jurídico que transpasse vários estados nacionais, com capacidade própria de aplicação coercitiva por uma estrutura organizativa transnacional. O ordenamento jurídico transnacional apareceria como um conjunto ou sistema, no sentido de que suas normas responderiam a pautas axiológicas comuns, que justificariam sua consideração como um todo e que atualmente são praticamente impossíveis de serem alcançadas pelos direitos nacionais, comunitário e internacional.

Tanto o Direito Transnacional quanto o Estado Transnacional nascem da necessidade da emergência de novos espaços públicos, que tornariam concretas e efetivas as estratégias transnacionais de governança, regulação e intervenção, e que resultariam em proteção a direitos transnacionais, em especial os difusos, impossíveis de serem alcançados pelos direitos nacional, comunitário e internacional hoje existentes.

As funções do Estado social, evidentemente, só poderão continuar a ser preenchidas no mesmo nível de até agora se passarem do Estado nacional para o Estado Transnacional.

Em relação à primeira hipótese, indicativa de que os processos de globalização sugerem uma retração no Estado Constitucional Moderno, notou-se a confirmação da mesma visto que a globalização rompeu a unidade do Estado Constitucional Moderno, estabelecendo novas relações de poder e competitividade, com conflitos internos e transnacionais.

A Soberania, um dos paradigmas do Estado Constitucional Moderno que convertia o poder estatal um poder supremo, exclusivo, único criador de normas e detentor do monopólio do poder de coerção física legítima dentro do seu território, ao tempo que único interlocutor autorizado a falar com o exterior, está se desmanchando, o que faz afundar os alicerces sobre os quais se sustentava a teoria

clássica do Estado Constitucional Moderno.

Da mesma forma que a primeira, a segunda hipótese também se confirma, pois a retração do Estado Constitucional Moderno acarreta a precarização das relações de trabalho e da tutela dos trabalhadores no momento em que esse Estado se viu superado pela desterritorialização. As demandas transnacionais necessitam de regulamentação específica, transnacional e já não podem mais ser tuteladas essencialmente pelo Estado em sua concepção atual.

Pelos novos meios de transporte e de comunicação, é muito fácil ultrapassar fronteiras, em consequência as empresas podem decidir em que país montarão suas filiais. Escolhem, então, países com leis trabalhistas flexíveis, com sindicatos fracos, mão de obra mais barata, baixos impostos, precarizando as relações de trabalho.

Nesse contexto, tem-se a terceira e última hipótese, se a superação do Estado Constitucional Moderno proporciona uma reorganização das relações de trabalho, que também se confirma posto que há necessidade de uma superação do Estado Constitucional Moderno, ou seja, uma evolução ao Estado Transnacional que supra essas demandas transnacionais através de um Direito Transnacional que regule essas relações de trabalho.

Importante ressaltar que essa legislação trabalhista está intimamente ligada aos direitos humanos, à dignidade da pessoa humana. Direito a um ambiente de trabalho equilibrado, sadio, a irredutibilidade salarial, jornadas de trabalho compatíveis com a capacidade laboral dos empregados são direitos já conquistados e que sofrerão enorme retrocesso caso não tenhamos um Direito Transnacional que os assegure.

Deve-se referir que essa flexibilização não é essencialmente negativa. As novas formas de trabalho, como consequentes demandas transnacionais, necessitam de normas diferenciadas que podem ser alcançadas pela flexibilização, desde que não haja redução dos direitos já conquistados pelos trabalhadores, direitos esses de cunho fundamental que dizem respeito à dignidade da pessoa

humana. Esses direitos precisam ser preservados e sua efetivação se dará através de um Direito Transnacional.

Esse Direito Transnacional será capaz de regular as relações de trabalho no cenário atual, garantindo a flexibilização para uma questão de sustentabilidade empresarial e adequação as novas formas de trabalho, ao mesmo tempo em que garantirá os direitos humanos e fundamentais do trabalhador.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMIRANTE, Carlo. **Dalla forma Stato alla Forma Mercato**. Torino: Giappiachelli, 2008.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ARISTÓTELES. **A política**: texto integral. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Lafonte, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/14577035/NEOCONSTITUCIONALISMO-E-CONSTITUCIONALIZACAO-DO-DIREITO-LUIS-ROBERTO-BARROSO>>. Acesso em: 26 mar. 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BECK, Ulrich. **Qué es la globalización?: Falácias del globalismo, respuestas a la globalización**. Buenos Aires: Paidós, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 30.
- _____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição; Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- CASTRO, Marcus Faro de; CARVALHO, Maria Izabel Valladão de. Globalização e transformações políticas recentes no Brasil: os anos 1990. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 18, jun. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782002000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 jun. 2012.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: UNIVALI, 2011.
- _____. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- _____.; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 1, n. 4, ago./dez. 2009. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/cejur/article/view/15054/11488>>. Acesso em: 26 mar. 2014.
- _____. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI,

2012.

CRUZ, Paulo Márcio; DEMARCHI, Clovis; VIVIANI, Maury Roberto. Globalização e mudança de paradigmas: Habermas e a constelação pós-nacional. **Revista USCS – Direito**, n. 18, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/906/862>. Acesso em: 26 mar. 2014.

FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FELTEN, Maria Cláudia. A proteção constitucional brasileira para uma vida humana digna no meio ambiente do trabalho à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 1, jan./abr. 2007. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 26 mar. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz do Sul, n. 33, jan./jun. 2010. p. 103-129. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1801/1598>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 28, p. 129-151, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

HAIDAR, Rodrigo. O Acesso à Justiça não é só o direito de ajuizar ações. **Consultor Jurídico**, São Paulo, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>>. Acesso em: 26 mar. 2014. Entrevista de Marcelo Neves ao sítio Consultor Jurídico.

IANNI, Octávio. **A sociedade global**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

JESSUP, Philip Caryl. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002.

KUHN, Alexandre. **O conceito histórico de soberania**: características e influências à luz do fenômeno da transnacionalidade. 2008. 116 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MATEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política**. Tradução de Carmen Varriale *et al.* 5. ed. Brasília: UNB, 1993. v. 2. p.1187-1188.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antigo y moderno**. Traducción

- de Juan Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- MCLUHAN, Marshall; FIORE, Quentin. **Guerra e paz na aldeia global**. Tradução de Ivan Pedro de Martins. Rio de Janeiro: Record, 1971.
- MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, Pluralismo e Transição Democrática na América Latina. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 4, jul./dez. 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORAIS, Frank da Silva de. **A aplicação da teoria dos princípios pela corte constitucional brasileira**. 2011. 119 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2011.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. **Teorias Globais: fragmentações do mundo**. Ijuí: Unijuí, 2005.
- ORSELLI, Helena Maria Zanetti de Azeredo. Importância do Planejamento e da Execução de Políticas Públicas pelo Estado Brasileiro, voltadas ao alcance do Bem Comum, no cenário da globalização econômica. In: PASOLD, Cesar Luiz (Coord.). **Primeiros ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 11. ed. Florianópolis: Millennium, 2008.
- _____. (Coord.). **Primeiros ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.
- PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: _____. (Coord.). **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.
- PLATÃO. **A República**: texto integral. 2. ed. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- _____. **As Leis**, incluindo epinomis. 1. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 1999.
- RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Flores, 2000.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Walter Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- ROSA, Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Ensaio sobre o discurso constitucional e da sustentabilidade** Itajaí: UNIVALI, 2012.
- _____. (Org.). **Direito global: transnacionalidade e globalização jurídica**. Itajaí: UNIVALI, 2013.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- _____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, p. 11-32, jun. 1997. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 26 mar. 2014.
- SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto

Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHAEFER, Fernanda. Direitos Humanos e Globalização Econômica: Compatibilidade e Princípios? **Constituição, Economia e Desenvolvimento**, Curitiba, n. 1, p. 76-96, ago./dez. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOARES, Josemar Sidinei; CRUZ, Paulo Márcio. Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 3, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4208>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

SOARES, Josemar Sidinei. Globalização, Pós-Modernidade e Transnacionalidade: Questões existenciais e jurídicas. In: ROSA, Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo (Org.). **Direito global: transnacionalidade e globalização jurídica**. Itajaí: UNIVALI, 2013.

STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. Estado, Globalização e Soberania: Fundamentos Político-Jurídicos do Fenômeno da Transnacionalidade. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVIII, 2009, São Paulo. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 4191-4218. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/1915.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2014.

STELZER, Joana. **União européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

STELZER, Joana. Relações internacionais e corporações internacionais: um estudo de interdependência à luz da globalização. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Coord.). **Relações internacionais & globalização: grandes desafios**. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRINDADE, Luciano José. **À Paz Perpétua de Kant e a Sociedade Internacional Contemporânea**. Ijuí: Unijuí, 2010.

URIARTE, Ermida Oscar. **A flexibilidade**. São Paulo: Ltr, 2002.

VIEIRA, Carlos Alberto Adi. A face oculta da globalização: o trabalho mundial das ONGs. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Coord.). **Relações Internacionais e Globalização: grandes desafios**. Ijuí: Unijuí, 1997.

VILLALÓN, Pedro Cruz. Formación y evolución de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 9, n. 25, p. 35-62, jan./abr. 1989. Disponível em:

<<http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=6&IDN=327&IDA=24923>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

VIVIANI, Maury Roberto. Soberania e poder do Estado no contexto da globalização. In: PASOLD, Cesar Luiz (Coord.). **Primeiros ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Globalización y Actuales Orientaciones de la Política Criminal**. Buenos Aires: Del Puerto, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Ductil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 6. ed. Madrid: Trotta, 2005.

ZOLO, Danilo; BECK, Ulrich. **A sociedade global do risco**: uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo. Tradução de Selvino J. Assmann. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2014.