

# Da razão do transconstitucionalismo à desfundamentação do transconstitucionalismo: a violência de um novo paradigma

Octaviano Padovese de Arruda\*

## 1. Introdução

Em razão da expansão do direito, rumo ao compartilhamento de conflitos, observamos que conflitos constitucionais começam a ser divididos por cortes e tribunais ao redor do globo. Isso porque litígios constitucionais inéditos para um tribunal podem ter sido já uma vez solucionado por outro tribunal. Tal evento implica em uma quase uniformização de problemas entre tribunais. Por outro lado, indagamos se o compartilhamento de conflitos amenizaria o problema da justiça. Com o fito de investigar o problema da justiça no transconstitucionalismo desconstruirei uma eventual fórmula de justiça, seguindo a linha já trilhada por Derrida.

Neste presente artigo abordarei a ausência, a quimera de um marco transconstitucional e, conseqüentemente a impossibilidade do emprego de uma fórmula de justiça ao transconstitucionalismo. E mais, o surgimento das constituições modernas e, doravante, aquelas situações que nos levam a ter certeza de presenciarmos momentos transconstitucionais, mas nem ao menos conhecemos o porquê dessas certezas, apresentar-se-ão como um conflito lógico, pois parte-se de uma premissa com intuito de retornar com a mesma premissa como por exemplo, quando falamos *é porque é*. Tais

---

\* Octaviano Padovese de Arruda. Doutorando em Direito Público pela Bremen Universität, com bolsa DAAD. Mestre em Filosofia do Direito pela PUC/SP.

obstáculos impendem a possibilidade de afirmarmos a existência de uma ordem transconstitucionais e também nos leva a indagar: isso é direito<sup>1</sup>?

A origem do transconstitucionalismo advém da conquista evolutiva do sistema jurídica, pois ao se tornar autônomo não mais necessita de uma legitimação político-religiosa para se auto-reproduzir. Quando indico a palavra “origem” não me refiro ao exato instante do nascimento da emergência dos momentos transconstitucionais. Sem tergiversação, do transconstitucionalismo corresponde a um fenômeno recente, no entanto, improvável de ocorrer sem a conquista de autonomia do sistema jurídico<sup>2</sup>. Definir com precisão o sentido do vernáculo transconstitucionalismo implicaria na elaboração de um livro, todavia, posso apresentar diretrizes para a compreensão do alcance do termo.

Na hodierna sociedade complexa não existe um centro privilegiado que possa ser dotado da prerrogativa de decidir sobre todas as possibilidades descritas. Na modernidade há mais de uma narrativa possível a respeito de uma experiência e nenhuma narrativa detém o privilégio de se sobressair sobre a outra narrativa<sup>3</sup>. Primariamente, essas narrativas surgem nos diversos sistemas, por exemplo, uma crise financeira pode ser descrita não exclusivamente pela economia, mas juridicamente ou até mesmo pelas religiões. “A sociedade mundial constitui-se como uma conexão unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade. Trata-se de uma unitas multiplex”<sup>4</sup>. A sociedade mundial oferece diversas dimensões de realidade. E uma narrativa observa a outra narrativa.

---

1 TEUBNER, Günther. *Self-Constitutionalization of Transnational Corporations? On Linkage of “Private” and “Public” Corporate Codes of Conduct*. Indiana Journal of Global Legal Studies, 17, 2010. OST, François. “Between Order and Disorder: The Game of Law”. In: TEUBNER, Günther. *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. 1a ed. Berlin/Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1988: pp. 70-96. ROTTLEUTHNER, Hubert. “Foundations of Law. In: PATTARO, Enrico. *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Vol. 2. Dordrecht: Springer, 2005: pp. 7-30.

2 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1ª ed.. São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2009: p. 279-81. LUHMANN, Niklas. “The Self-reproduction of Law and its Limits”. In: TEUBNER, Günther. *Dilemmas of Law in the Welfare State*. 1ª ed. Berlin/Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1986: pp.111-5. LUHMANN, Niklas. *Das Rechts der Gessellschaft*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, 1993: pp. 214-226. TEUBNER, Günther. *Recht als autopoietisches System*. 1ª ed. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, 1989: pp.7-20.

3 LYOTARD, Jean François. *La Condición Posmoderna*, 9ª edição. Madri: Ed. Cátedra, 2006: pp. 73-8.

4 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1ª ed.. São Paulo: Livraria Martins fontes Ed., 2009: p. 26.

Ocorre que, toda observação também possui um limite, um ponto cego<sup>5</sup> e um terceiro observador poderá, quiçá, observar para além do ponto cego. Tal situação é reproduzida no interior do sistema jurídico. Na modernidade, fragmenta-se o direito em diversos sistemas. Essa fragmentação decorria da necessidade centros específicos para a solução de conflitos emergenciais. Assim, o direito internacional público apresenta as condições necessária para solucionar os conflitos entre os Estados. O Direito Europeu prescreve as regras para que norteiam os Estados pertencentes à União Europeia. Mas as ordens jurídicas não permanecem isoladas, sem contato entre elas. Em face das diversas narrativas, um conflito pode surgir em mais de uma ordem jurídica.

Nesse sentido, poderíamos crer que uma ordem jurídica possui regras ou conhecimento suficiente para oferecer uma resposta adequada à contenda. Entretanto, uma ordem jurídica possui limites racionais para a compreensão dos problemas. É preciso salientar que cada ordem jurídica dispõe de um nível inviolável, um nível que não modificável por mera conveniência e oportunidade. Esse nível inviolável é denominado constituição. Não devemos entender a constituição na sua acepção formal ou como pacto de poder. Há ordens jurídicas que não apresentam uma constituição, porém conservam limites invioláveis, como uma comunidade indígena, por exemplo.

Podemos identificar o transconstitucionalismo como uma resposta funcional às condições que se observam no Estado contemporâneo. Ao contrário do que a tradição literária do direito sugere, na modernidade não há um único modelo de constituição, oriundo da tradição burguesa. Em decorrência dos conflitos entre direito humanos e a dificuldade do controle de poder por parte dos Estados<sup>6</sup>, muitas vezes uma ordem jurídica não possui as condições racionais para oferecer uma resposta clara ao problema. E, modernamente, a solução é a busca de resposta em outros ordenamentos, implicando uma troca transversal de racionalidade<sup>7</sup>.

Os problemas jurídicos de índole transconstitucional transcendem as questões clássicas do Direito Internacional Público e do Direito Constitu-

5 Ibidem: p.297.

6 Ibidem: p. XXI.

7 Ibidem. Cf. SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. 1a ed. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2004: pp. 16-31. ACKERMAN, Bruce. "The Rise of World Constitutionalism". In. *Virginia Law Review* 83. Charlottesville/VA: Virginia Law Review Association, 1997: pp. 771-97.

cional, tornando-se peculiar e necessitando de uma construção racional distinta em relação às respostas que o Direito do Estado ofereceria.

No entanto, a relação entre teoria e prática não se apresenta de forma perfeita. Com frequência, a cada resposta que o sistema jurídico oferece ou as descrições com o fito de aproximar o direito da realidade, o problema da justiça emerge como um ponto delicado. Nesse sentido, o artigo abordará a relação entre o transconstitucionalismo e a justiça. É fato que existe uma variedade de descrições sobre a justiça. Podemos encontrar desde os filósofos da antiguidade até os pensadores do nosso tempo explicações do significado de justiça. Para o presente artigo, selecionei dois pensadores contemporâneos: Jacques Derrida e Niklas Luhmann. Os motivos de escolher dois pensadores tão opostos, na minha visão, têm um significado importante. Primeiro, trata-se de pensadores contemporâneos que descrevem o mesmo problema – a justiça – com soluções distintas. Segundo, a base teórica do transconstitucionalismo advém do pensamento luhmanniano, sendo oportuno, por intermédio de outra quadra de pensamento, indicar a complexidade do tema e, assim, aumentar a alteridade. Por fim, acredito que ao trabalhar com dois autores tão poucos explorados pela doutrina brasileira, é importante para contribuir para o aumento de discussões de novos problemas da sociedade atual e, obviamente, oferecer a oportunidade para os juristas brasileiros elaborarem críticas a esses dois autores.

Jacques Derrida, em colóquio realizado em outubro de 1989, na Cardozo Law School, advertiu-nos sobre um *fundamento místico da autoridade*<sup>8</sup> – “*Há um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador*”<sup>9</sup>. Baseou-se Derrida no texto elaborado por Walter Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt*<sup>10</sup>, um texto nebuloso e ao mesmo tempo iluminador, no qual o pensador alemão retorce os meios e os fins do direito, tanto o direito positivo, por seus meios, e o direito natural, por seus fins, dependerão de uma violência, seja na forma da linguagem, em decorrência de atos concretizados pelas instituições presentes no Estado moderno, instituições que nasceram da violência e continuam a empregar a violência, uma violência legitimada pelo próprio direito, é necessário assinalar, para manter o direito e a justiça, conseqüentemente o Estado Democrático de Direito.

---

8 DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. 1ª ed.. São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2007: p. 25.

9 *Ibidem*.

10 BENJAMIN, Walter. *Zur Kritik der Gewalt*. Badem-Baden: Suhrkamp Verlag, 1999: pp.2-18.

Fundamenta-se o transconstitucionalismo em um ato de violência ou necessita da violência para existir, de uma violência oculta, oriunda da sua própria linguagem ou forma de manifestação? Talvez necessitemos modificar a pergunta, porque todo direito moderno, para ser possuir aquele vestígio ou sentido de ser caracterizado como direito, necessita da coerção, da força legitimamente justa. Mais exato, caso seja possível ser exato nesse tema, é investigarmos com o sentido latente do transconstitucionalismo, aquele lado no qual a outra face de Janus se reflete, em que colocamos em dúvida nossas certezas e crenças, podemos denominar esse lúdico momento de desfundamentação. A desfundamentação do transconstitucionalismo se entrelaça no idêntico momento da sua criação, da sua fundamentação, no mesmo momento do uso da força como força legítima, que justifica sua gênese, o transconstitucionalismo oculta a sua não justificação, o uso de uma violência não justificada para propagar o transconstitucionalismo.

Derrida oferece uma pergunta que podemos também empregar para compreendermos o transconstitucionalismo: “*Como distinguir entre essa força da lei, essa ‘força de lei’...e por outro lado a violência que julgamos sempre injusta?*”<sup>11</sup>. A própria tradução do vernáculo *violência* implica um problema como nos adverte Derrida. *Gewalt* em alemão não possui apenas o sentido daquele tipo de violência injustificável, pois *Gewalt* também possui o sentido de um poder autorizado, legitimado, tanto que poder legislativo em alemão é *Gesetzgebende Gewalt*<sup>12</sup>.

Insistindo nas elucidações de Derrida: “Como distinguir entre a força de lei de um poder legítimo e a violência pretensamente originária que precisou instaurar essa autoridade, e que não podia ela mesma autorizar-se por nenhuma legitimidade anterior, de tal forma que ela não é, naquele momento inicial, nem legal nem ilegal...?”<sup>13</sup>

Walter Benjamin e Jacques Derrida se referiam, principalmente, ao processo revolucionário francês que desencadeou o Estado Democrático de Direito, conseqüentemente, o Direito moderno. Transplantando o pensamento de ambos os autores, o transconstitucionalismo surge a partir de

---

11 DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. 1ª ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2007: p.9. Cf. GEHRING, Petra, “Force and ‘Mystical Foundation’ of Law: How Jacques Derrida address legal discourse?”, 2005. Disponível no sítio <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=545>, (acessado no dia 10/06/2011).

12 Ibidem: pp. 9-10.

13 Ibidem: p.10.

um ato de violência não justificado e necessita de um ato de violência legitimado, de uma força invisível da lei que o possa manter, que seja capaz de fazer com que o transconstitucionalismo dê continuidade às suas operações sem que haja um questionamento intrínseco ou que o problema da justiça transconstitucional seja uma forma de contingência<sup>14</sup>. São indagações como essas que o presente artigo enfrentará, para podermos, ao final dele, pintarmos um quadro sobre o que seria a desfundamentação do direito – um quadro não com contornos exatos, é preciso salientar, mas um quadro próximo às figuras de Magritte.

## 2. A força mística do transconstitucionalismo

O transconstitucionalismo decorre da autonomia do direito. E o direito apenas se torna autônomo a partir da Declaração de Independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa<sup>15</sup>. Poderíamos concluir, sem embargos, que o transconstitucionalismo decorre do mesmo processo de violência que fundou o direito e os Estados modernos. Caso assim concluirmos, chegaríamos ao final da discussão nesse exato parágrafo. Mas o que pretendo propor é refletir se o transconstitucionalismo seria outro momento do direito moderno, pois, em muitas situações, ao falarmos de transconstitucionalismo, não estamos mais nos referindo ao Estado soberano que constrói e aplica suas leis de acordo com a vontade do povo; a um estágio de preponderância do Direito Internacional Público; a um momento interconstitucional<sup>16</sup>; ou à constituição dualista<sup>17</sup> ou ao estágio transnacional da sociedade complexa e a um estrato que parte do direito moderno.

Haveria uma violência não prevista que daria condição à existência do transconstitucionalismo e, como já dito, se há uma violência legítima que o transconstitucionalismo recorre para se manter? Obviamente a aurora do transconstitucionalismo não é tão explícita como a aquisição da autonomia conquistada pelo direito e pela política. Não há uma revolução na atualida-

---

14 LUHMANN, Niklas. *Das Rechts der Gessellschaft*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, 1993: pp. 214-226.

15 Cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2009.

16 CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos’ e Interconstitucionalidade. *Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*”, 2ª ed.. Coimbra: Almedina Ed., 2008: pp. 283-79.

17 TEUBNER, Günther. “O Direito com Sistema Autopoiético”. 1ª ed. em português. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989: pp. 27-40.

de que possa ser apontada como marco referencial do transconstitucionalismo, nem mesmo é seguro eleger a era da informação como progenitora<sup>18</sup>. Mesmo direcionar a gênese a um pacto originário<sup>19</sup> ou à formação de novos jogos de linguagem<sup>20</sup> dentro de um direito global possui certo caráter inconsistente.

Não há um caso que possamos considerar como a origem do transconstitucionalismo, pois, ao o observarmos, não há uma única corte que possui a prerrogativa de ser transconstitucional. Pelo contrário, a inderteminação é a marca do transconstitucionalismo. Paralelo apropriado que podemos fazer é a comparação entre o transconstitucionalismo e o *poder rizomático* de Deleuze<sup>21</sup>: nasce de forma desenfreada, impossibilitando o observador de acompanhar o exato instante de sua aparição. Não há um código ou um costume transconstitucional, uma bússola que nos diga onde se encontra o transconstitucionalismo, só passamos a caracterizar uma decisão como transconstitucional após a decisão, antes dela, será unicamente um exercício de reflexão. “É preciso suar sangue”<sup>22</sup> para determinar o que é transconstitucional, ainda mais o momento instaurador dele. É bom lembrar que já em 1648, como mencionado<sup>23</sup>, Johan Nikolaus Hert enfrentava a perturbadora questão de que na terra não existia uma única lei, uma única justiça.

O Prof. Marcelo Neves parte do seguinte pressuposto: “O novo, nos entrelaçamento entre uma pluralidade de ordens jurídicas na sociedade mundial do presente, é a sua relativa independência das formas de intermediação política mediante tratados jurídico-internacionais e legislação estatal”<sup>24</sup>. Isso se torna claro com alguns exemplos recentes de casos consi-

18 Cf. LYOTARD, Jean François. *La Condición Posmoderna*, 9ª edição. Madri: Ed. Cátedra, 2006: pp. 73-8.

19 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2008: pp. 4-63.

20 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. São Paulo: Ed. Abril., 1975: pp. 13-50.

21 DELEUZE, Gilles; GUATTARRI, Felix. *Mil Platôs. Capitalismo e Esquizofrenia*, Vol I. 1a ed.. São Paulo: Ed. 34., 1995: pp. 11-37.

22 TEUBNER, Günther. ‘De Collisione Discursuum’: Communicative Rationalities in Law, Morality and Politics”. In. *Cardozo Law Review*, Vol. 17, 1996, p. 901.

23 Ibidem.

24 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2009: p.116. A continuidade do referido excerto também ilumina de certa maneira a trajetória: “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 juizes e tribunais”.

derados transconstitucionais. Porém, como seria aquele momento instaurador do transconstitucionalismo, aquele caso que ou passaria despercebido por nós – e passaria a ser reproduzido - ou causaria um extremo impacto na sociedade? Pois já não falamos mais de leis globais ou de tratados que inauguram o transconstitucionalismo. O Prof. Marcelo Neves aponta o seguinte postulado: “é a sua relativa independência das formas de intermediação política”<sup>25</sup>. Ocorre que esse momento, como nos adverte Derrida<sup>26</sup>, no ato de fundar o direito – no caso do transconstitucionalismo, consistiria em uma nova operação do direito – “há ali um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador”. Seria o vazio do próprio fundamento do ato fundador<sup>27</sup>. Poderíamos considerar a passagem escrita pelo Prof. Marcelo Neves os instantes posteriores ao nascimento do transconstitucionalismo, aquela interpretação que todo instituto ou postulado jurídico se agarra para dar a sua voz certa dose de legitimidade.

No segundo instante instaurador do transconstitucionalismo, o discurso encontra o limite nele mesmo, não é um discurso legítimo, ilegítimo, legal, ilegal, justo ou injusto. Não se configura como uma metalinguagem que asseguraria o poder performativo do discurso, não há uma deusa justiça que nos imponha a necessidade do transconstitucionalismo. O misticismo da origem sempre retornará quando pensarmos na razão do transconstitucionalismo, e o que mais deve incomodar os juristas é ausência de uma *grundnorm* ou de uma *cognition rule*, uma regra pressuposta que enclausuraria o sistema, pois, ao falarmos de transconstitucionalismo, não estamos mais a tratar de uma cadeia hierarquizada de regras que devem guardar pertinência de validade com uma regra pressuposta por um sujeito cognoscente transcendental. No transconstitucionalismo enfrentamos a pluralidade, a fragmentação, a colisão horizontal de direitos<sup>28</sup>. Quiçá tenhamos os mesmos sentimentos de Nikolaus Hert quando teve que lidar com o problema do surgimento dos Estados.

---

25 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2009: p.116.

26 DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. 1ª ed., São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2007: pp. 24-6.

27 *Ibidem*: p. 26. Nas explicações de Derrida, “já que a origem da autoridade, a fundação ou o fundamento, a instauração da lei não podem, por definição, apoiar-se finalmente senão sobre elas mesmas, elas mesmas são uma violência sem fundamento”.

28 FISCHER- LESCANO, Andreas; TEUBNER, Günther. *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkam Verlag, 2006: pp.7-24.

E o que torna a nossa investigação mais labiríntica é que antes do transconstitucionalismo havia um direito, uma constituição soberana, convenções, costumes e tratados internacionais, o direito já tinha elegido o instrumento para fazer a sua justiça: o direito positivo<sup>29</sup>. Esse direito, que também provém de um fundamento místico da autoridade, de um não fundamento. O direito positivo consiste no meio para se fazer justiça, esse é o único modo para a violência poder se propagar<sup>30</sup>. No entanto, o positivismo jurídico, a sua racionalidade, não possui aparatos suficientes para justificar o transconstitucionalismo. Não haveria a possibilidade de justiça no transconstitucionalismo.

Penso que a mesma violência que desvelou o direito moderno colocou os dedos na origem do transconstitucionalismo. Explico a razão. A violência não é unicamente a física, típica das revoluções, como a burguesa ou da Declaração de Independência dos Estados Unidos, entre outras. A violência está contida na linguagem e propagada também por ela. E os meios para garantir a autoridade e cumprimento das decisões provenientes dos tribunais transconstitucionais são tão ou mais violentos do que a violência contida no direito positivo ou no direito natural.

Por exemplo, na *Lex Sportiva*, hipoteticamente, no caso envolvendo o jogador de futebol Dodô<sup>31</sup>, flagrado em exame anti-doping e absolvido pela Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD) – Tribunal, inclusive constitucionalmente previsto. Entretanto, o Tribunal Esportivo de Lausanne, na Suíça, que não possui nenhum tratado com o governo brasileiro, julgou o caso e condenou o referido jogador a dois anos de afastamento da prática de esporte profissional. Qual decisão deveria o jogador obedecer? Para um bloco de pensamento constitucional, mais tradicional, envolto de uma concepção mais ortodoxa de soberania, insistiria que valeria exclusivamente a decisão do STJD ou uma possível decisão proveniente do Supremo Tribunal Federal. Caso aceitemos esse posicionamento, estaríamos, digo seleção brasileira de futebol, os clubes nacionais sujeitos a eventuais exclusões determinadas pela FIFA ou pelo COI, uma vez que as entidades privadas superiores do esporte reconhecem a legitimidade.

---

29 BENJAMIN, Walter. *Zur Kritik der Gewalt*. Baden-Baden: Suhrkamp Verlag, 1999: 2-19.

30 Ibidem.

31 Sentenças nº 2007/A/1370 e 2007/A/1376, de 11 de setembro de 2008 – FIFA & WADA c/ Superior Tribunal de Justiça & Confederação Brasileira de Futebol & Mr. Ricardo Lucas Dodô (acessado no dia 10.06.2012).

Mesmo a antiga prática da *Lex Mercatoria* encontra a solução em conferir autoridade às decisões na exclusão dos autores que não cumpram a decisão. E, nesse contexto, até mesmo Estados soberanos podem ser excluído caso não cumpram o que foi determinado pelos tribunais transconstitucionais.

A exclusão<sup>32</sup> é uma das formas que o transconstitucionalismo encontrou para fazer com que suas decisões possuam superioridade em relação às decisões dos órgãos e tribunais nacionais ou internacionais. Mas a questão não é essa, e, a saber, a exclusão na sociedade civil impõe-se como uma das mais violentas formas de manutenção do sistema, aquele que está fora do sistema não faz parte da Sociedade<sup>33</sup>. Em países de modernidade periférica, um dos obstáculos da adequada reprodução dos sistemas parciais e, portanto, da própria Sociedade é como superar a questão da sobreintegração e da subintegração<sup>34</sup>. Mas essa questão não está conectada com a exclusão promovida pelo transconstitucionalismo, apenas os efeitos da subintegração e da exclusão são semelhantes. Um *global player*, um Estado ou mesmo um indivíduo, ao lhe ser negada a participação na sociedade, torna-o, aqui faço o emprego de uma polêmica expressão de Luhmann, um *corpus*, um ente que existe para nossos olhos, ouvidos, para a nossa mente, entretanto, que nada realiza, a sua existência permanece no estrato virtual.

Outra forma de violência propagada pelo transconstitucionalismo, tanto no seu ato fundador (*die rechtsetzende Gewalt*) quanto na sua manutenção (*die rechtsetzende Gewalt*), é a linguagem. Todo ato instaurador, toda conquista, tentará impor uma linguagem própria, se possível um idioma. Isso fizeram os conquistadores e respectivamente os colonizadores. Toda Constituição moderna demarca qual será o idioma oficial da nação onde projetará os seus efeitos. Após o firmamento do Direito Internacional, os órgãos oficiais e Organizações Mundiais estipularam qual seria o idioma oficial que eles empregariam.

---

32 Obviamente os tribunais transconstitucionais possuem mecanismos tradicionais de sanção, como aplicação de multa em decorrência de descumprimento de uma obrigação ou por responsabilidade; penas restritivas de liberdades. A exclusão, no entanto, consiste em uma forma mais violenta, não que a exclusão seja perpétua, todavia os impactos que ela causa podem acarretar o encerramento de uma instituição. Já imaginaram a seleção brasileira proibida de participar de qualquer torneio internacional ou amistoso?

33 NEVES, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*. Berlin: Dunckel & Humblot, 1992: pp.72-109.

34 NEVES, Marcelo. "Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente". In. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, vol. 37, nº 2. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1994, pp. 253-75

A imposição de um idioma ou de uma linguagem específica<sup>35</sup> também se caracteriza como uma violência para manter o direito<sup>36</sup>. E o cerne aqui se coloca, a saber, como o transconstitucionalismo ou os seus agentes se direcionam (*to address*) para a sociedade. Qual é a língua que os tribunais e juízes transconstitucionais deverão se *endereçar* entre eles mesmos e para as partes envolvidas? Quando, por exemplo, no transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas extraestatais<sup>37</sup>, a peculiaridade entre linguagens distintas se torna mais evidente. Segue-se o caso decidido pela Corte Constitucional do Equador<sup>38</sup>, que envolvia a Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas “AMAWTAY WASI”. Em 2003, a resolução para a criação da referida Universidade dispõe: ela terá uma sede matriz e “trabalhará sobre a base de programas acadêmicos das diferentes comunidades”; o estatuto da Universidade deverá ser ajustado em decorrência de sua natureza específica, ou seja, uma universidade particular autofinanciada, “em conformidade com o estabelecido com o art. 20 da Lei de Educação Superior”<sup>39</sup>. Em julho de 2004, o Congresso Nacional do Equador aprova a Lei nº 2004-40, estabelecendo que é de interesse nacional a criação de um centro educacional que complementarmente o sistema de educação bilíngue vigente no Equador, disposto no art. 20 da Lei de Educação Superior. O art. 3 dessa lei prevê que a Universidade terá como domicílio principal a cidade de Quito, e o 4º artigo, dispõe que para cumprir as suas diretrizes, deverá possuir alguns centros de conhecimentos específicos<sup>40</sup>.

---

35 GEHRING, Petra. “Force and ‘Mystical Foundation’ of Law: How Jacques Derrida address legal discourse?” 2005. Disponível no sítio <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&startID=545> (acessado no dia 10/06/2011), p.155. “Linguagem também é a aplicação de regras e perde a singularidade de uma situação, de um ‘address’. E de fato, a confiança no direito, na jurisprudência e na jurisdição pressupõe a regularidade da linguagem, mais precisamente, a disposição da generalização da linguagem”.

36 DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. 1ª ed., São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2007: pp.28-34. Conforme afirma Derrida: “E, por mais leve e sutil que seja aqui a diferença de competência no domínio do idioma, a violência de uma injustiça começa quando todos os parceiros de uma comunidade não compartilham totalmente o mesmo idioma”.

37 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2009: pp.216-29. O Professor define essa espécie de transconstitucionalismo como: “a relação problemática entre as ordens jurídicas estatais e as ordens extraestatais de coletividades nativas, cujos pressupostos antropológico-culturais não se compatibilizam com o modelo de constitucionalismo do Estado”.

38 Caso nº0027-09-NA; sentença nº 0008-09-SAN-CC. Disponível no endereço eletrônico [http://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php?option=com\\_wrapper&view=wrapper&Itemid=2](http://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=2).

39 *Ibidem*.

40 Os centros de conhecimento, conforme o art. 4º seriam: Centro Kawsay ou da Vida; Centro Ushay-

Em nenhum dos dispositivos que regula a criação da Universidade dispõe que ela deverá possuir determinadas carreiras, e não há expressamente um dispositivo que imponha que os cinco primeiros anos de seu funcionamento deverão ser na cidade de Quito<sup>41</sup>. Porém o Estatuto Orgânico da Universidade, aprovado por órgãos oficiais do governo equatoriano, dispõe que a Universidade é descentralizada e com plena autonomia para se organizar e cumprir os seus fins e também terá como domicílio principal o Distrito Metropolitano da Cidade de Quito. Já o art. 9 do Estatuto, dispõe que:

A Cede Central da Universidade Intercultural das Nacionalidades e dos Povos Indígenas Amawtay Wasi, está na cidade de Quito, Distrito Metropolitano, constitui uma comunidade intercultural que orienta o trabalho acadêmico, investigativo, administrativo e financeiro em uma constante interrelação com as diferentes Sedes Universitárias Interculturais SUIs, inspiradas nos valores culturais das nacionalidades e dos povos indígenas<sup>42</sup>.

Ocorre que a determinação da Resolução do CONESUP, de 2004, dispõe que a partir de 30 de novembro de 2005, que a Universidade limite suas atividades acadêmicas pelo período de cinco anos unicamente na cidade de Quito. Segundo os responsáveis pela Universidade, essa resolução violaria direitos fundamentais dos povos indígenas (art. 57, da Constituição equatoriana) e dos direitos humanos, conforme está previsto o convênio 169 da OIT (ratificado pelo Equador), a Declaração das Nações Unidas sobre o direito dos povos indígenas e a Conferência Regional de Educação Superior da América Latina e do Caribe, tratando entre diversos temas da flexibilização dos processos educacionais, dada a diversidade de interesses envolvidos e que teve a participação do Equador.

---

Yachay ou Intercultural; Centro Ruray-Yachay ou de Tecnociências para a Vida; Centro Munay-Ruray ou do Mundo Vivo; Centro Yachay-Munay ou das Cosmovisões.

41 Ibidem: "... isto é, fora do âmbito social para que foi criada, distante das nacionalidades e dos povos indígenas e da jurisdição onde funciona o Sistema de Educação Intercultural Bilingue, em uma cidade onde o mesmo CONSEUP assinala que existem 24 universidades com ofertas para cidadãos de poucos recursos econômicos, onde habitam poucos indígenas emigrantes de escassos recursos, que sobrevivem como carregadores nos principais mercados".

42 Ibidem.

Levam em consideração o fato geográfico que diversos povos indígenas teriam de enfrentar para chegar até a cidade de Quito. Os responsáveis pela Universidade tentaram ampliar os cursos para outras localidades sem êxito, pois, segundo o CONSEUP, não havia atingido a meta dos cinco anos.

A decisão da Corte Constitucional do Equador foi favorável à pretensão da Universidade e determinou que o CONSEUP deve se adequar às normas internacionais de proteção dos povos indígenas.

A violência (*rechtserhaltende Gewalt*) prevista no direito, como exemplifica o caso acima descrito, expõe a linguagem como forma de preservação, os conflitos repercutidos pelo ato fundador e a calculabilidade do direito. Há uma disputa de força – força no sentido de *força de lei* – entre o direito à autonomia universitária e guarda de uma identidade cultural com a outra força, a outra violência, próxima da *Staatgewalt*, o direito do Estado regular a educação. O pluralismo de forças fica evidente quando invocados os tratados e convenções internacionais, a força que funda e preserva a ordem internacional. Estamos diante de soberanias entrelaçadas, de uma possibilidade de realização do próprio poder – no sentido schmittiano<sup>43</sup> – e, sem dúvida, o transconstitucionalismo preserva o direito por meio de uma força legítima, pois, caso o direito pleiteado pela Universidade não prosperasse nos tribunais equatorianos, ainda haveria outros órgão ao redor do globo que teriam a possibilidade de reafirmar esse direito. Não convivemos mais junto com aquele direito que visa preservar exclusivamente um direito constitucionalmente consagrado em seu ato de fundação, o transconstitucionalismo expande essa razão, replica para si. Mas isso não quer dizer que o transconstitucionalismo é justo, faz justiça.

Para ser justo ou injusto, tenho que ter liberdade sobre minhas ações, livre arbítrio, próximo do imperativo categórico kantiano. Um sujeito sem liberdade não é passível de ser julgado como justo ou injusto. A liberdade nos confere a faculdade de decidir, “Mas essa liberdade ou essa decisão do justo deve, para ser dita como tal, ser reconhecida como tal, seguir uma lei ou uma prescrição, uma regra”<sup>44</sup>. Assim, para ocorrer uma decisão, para

43 SCHMITT, Carl. *Legalität und Legitimität*. 1ª ed. Munique/Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1932: pp. 7-19. SCHMITT, Carl. *Der Leviathan in der Staatslehre des Thommas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines Politischen Symbols*. 1ª ed. Hamburgo: Hanseatische Verlagsanstalt Hamburg, 1938: pp.79-97.

44 DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. 1ª ed., São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2007: p. 43. SCHLAG, Pierre. “Le hors de texte, c’ est moi: The Politics of Form and the Domestication of Deconstruction”. In. *Cardozo Law Review*, 11, 1990: pp.1631-74.

aplicar a regra, seguindo a própria liberdade de fazer, deve-se ingressar na ordem do calculável.

Justiça é algo que não podemos provar, é uma experiência sem termos tido antes essa experiência. “A justiça é uma experiência do impossível”<sup>45</sup>. No caso da Universidade, aplicou-se a regra, o direito foi preservado, mas não podemos afirmar que a justiça foi respeitada. Isso porque “direito não é justiça”<sup>46</sup>, direito é um cálculo, enquanto que “a justiça é incalculável, ela exige que se calcule o incalculável”<sup>47</sup>. Para quem, no caso, a justiça foi aplicada? O direito, em seu ato de cálculo, sem dúvida foi aplicado em concordância com as regras vigentes, mas por que afirmariamos que a justiça foi preservada?

No transconstitucionalismo observamos várias vezes, diversos direitos, mas a justiça e a possibilidade de justiça não modificaram a sua face, continua impermeável e paradoxal<sup>48</sup>, incalculável. A linguagem, no caso da Universidade equatoriana, era múltipla, era o idioma espanhol, os diversos idiomas indígenas que há naquela nação, os idiomas dos tratados e convenções internacionais, a linguagem singular do direito, a linguagem dos órgãos administrativos, todas aquelas expressões, aqueles termos específicos empregados por cada parte em busca do seu direito, mas não em busca da justiça – já que essa não pode ser fragmentada ou relativizada, não pode exercer os seus benefícios apenas a uma das partes.

A linguagem e o idioma se apresentam como uma forma de força no transconstitucionalismo, contudo não de maneira semelhante à fundação dos Estados-nações, como o caso, por exemplo, ocorrido em um período no qual as violências fundadoras impuseram um idioma oficial para minorias étnicas<sup>49</sup>. O transconstitucionalismo determina o seu idioma e sua lin-

45 Ibidem: p.30.

46 Ibidem.

47 Ibidem. Cf. TEUBNER, Günther. *Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann*, 2001. Disponível no seguinte sítio: [http://www.jura.unifrankfurt.de/Personal/em\\_prof/teubner/dokumente/gabe\\_eng\\_final.pdf](http://www.jura.unifrankfurt.de/Personal/em_prof/teubner/dokumente/gabe_eng_final.pdf), 2001, (acessado no dia 10/07/2011).

48 LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, 1993: pp.218-33. Cf. TEUBNER, Günther. *Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann*. Disponível no seguinte sítio: [http://www.jura.unifrankfurt.de/Personal/em\\_prof/teubner/dokumente/gabe\\_eng\\_final.pdf](http://www.jura.unifrankfurt.de/Personal/em_prof/teubner/dokumente/gabe_eng_final.pdf), 2001, (acessado no dia 10/07/2011); WEBER, Elizabeth. *Desconstruction is Justice*, 2005. Disponível no sítio <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=547>. Acesso em: 18 jun. 2011. DOUZINAS, Costas. *Violence, Justice, Desconstruction*, 2005. Disponível no sítio <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=546>. Acesso em: 10 jun. 2011.

49 DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. 1ª ed., São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2007: pp. 39-40.

guagem de forma sutil, caso contrário, a resistência contra uma ação bruta de impor uma linguagem tornaria o processo de discussão de problemas constitucionais comuns lento, isso porque, entre outros fatores, ainda a soberania, em alguns planos, permanece intocável. Obviamente o idioma global dominante é o inglês e quiçá o mais empregado nos casos transconstitucionais. Ocorre que o domínio do inglês é fruto de outra violência que predomina desde meados do último século e se estendeu pelos mais diversos campos de saber.

Os processos de aprendizagem, as “pontes de transição” ou a “contrapunctualidade” são os cálculos que um tribunal ou um juiz realizam para aplicar o direito do estrato transconstitucional. Permanece certa liberdade, pelo menos por enquanto, dos tribunais transconstitucionais calcularem o direito transconstitucional. Nesse sentido, o transconstitucionalismo é direito, mas não é justiça. Entretanto, pode o transconstitucionalismo ser pensado como uma possibilidade de justiça, levando em consideração que nunca experimentamos uma justiça transconstitucional, e diversos casos transconstitucionais são novos, são passíveis de ter uma solução justa.

Segundo Derrida, o juiz deve ser livre, como deverá ter condições de reinventar a regra, “como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse ele mesmo em cada caso”<sup>50</sup>. O juiz deveria julgar ofuscando aquele peculiar momento do ato instaurador do direito, ele mesmo inauguraria o direito caso a caso, para que a cada caso o direito pudesse ser reinventado<sup>51</sup>. Podemos considerar que, no transconstitucionalismo, os juízes não estão apegados em demasia ao regime jurídico internalizado ou aos costumes internacionais. O transconstitucionalismo permite, na

---

Derrida cita o caso francês, quando o decreto de Villers-Cotteret determinou que o francês seria o idioma oficial a ser utilizado pela administração e pelo judiciário, excluindo o latim, que era o idioma do direito canônico. “A passagem do latim ao francês marcou apenas a transição de uma violência a outra”. Ainda, na França, durante a Revolução Francesa, “a unificação linguística adotou por vezes as formas pedagógicas mais repressivas...”. No caso da Universidade equatoriana havia uma violência que impôs como o ensino bilíngue deveria ser ministrado, sem contar como a forma de colonização do Equador determinou o espanhol como idioma oficial. A maneira da administração educacional do Equador – refiro-me a esse país apenas como exemplo, pois, em toda a América Latina, acharemos situações semelhantes -, atuou com a força de direito para preservar um direito legítimo que possuía. No entanto, no âmbito internacional e transconstitucional, outra violência, uma força de lei legitimada pode ser traduzida pelo Tribunal Constitucional do Equador.

50 Ibidem: p.44. Cf. BUONAMANO, Roberto. “The Economy of Violence: Derrida on Law and Justice”. In. *Ratio Juris*, 11, 1998: pp. 168-79.

51 Ibidem. “Cada caso é um caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir”.

sua forma, uma passagem entre lados, uma viagem nos diversos níveis constitucionais<sup>52</sup>. Ocorre que, mesmo ao solucionar um conflito entre os diversos níveis transconstitucionais, o juiz deverá apontar um direito ou criá-lo. Teremos, portanto, uma decisão legítima, conforme o direito, mas não justa.

A justiça encontra o seu espectro no momento, caso seja possível relacionarmos a justiça com algum padrão temporal, em que não há cálculo, a decisão é “*indecidível*”<sup>53</sup>. Permito-me nesse ponto a realizar uma adequação da tese de Derrida. A possibilidade de justiça no transconstitucionalismo está presente em virtude desse novo momento da sociedade complexa. É nesses termos que podemos refletir a respeito de uma justiça porvir, a casos que pairam no imaginário jurídico. É da ordem do senso comum pensarmos que, em razão da preservação da memória, da história da colonização, ao conferir autonomia a uma Universidade bilíngue, a justiça foi concretizada. Mas não foi isso que ocorreu. O direito foi aplicado, não a justiça. A justiça se realizaria levando em consideração a possibilidade ao retorno da condição e do contexto em que a situação foi desencadeada. E isso para qualquer caso. Pois todos aqueles que não desfrutaram da decisão não foram justificados, então, a justiça não fez justiça.

Em outro ângulo, caso a decisão fosse no sentido inverso, não deixaria de ser direito, pois, do mesmo modo que houve o cálculo para a decisão a favor da Universidade, existiria um cálculo para o insucesso da pretensão da Universidade. É por essa razão que a justiça, aqui me afasto de Derrida, consiste em uma norma de contingência<sup>54</sup>.

É imprescindível para o transconstitucionalismo, o emprego da violência como meio para a sua preservação. Caso contrário, não estamos tratando de direito, como bem observa Benjamin<sup>55</sup>. No direito, o que cada parte persegue é o uso da força para preservar um direito hipoteticamente existente, pois, mesmo na situação em que as partes chegam a uma solu-

---

52 Há, segundo o Prof. Marcelo Neves, o transconstitucionalismo entre o direito internacional público e o direito estatal; entre o direito supranacional e o direito estatal; envolvendo ordens jurídicas estatais; entre ordens jurídicas estatais e transnacionais; relacionando ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais; e entre direito supranacional e direito internacional.

53 DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. 1ª ed., São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2007: p.46. “Indecidível é a experiência daquilo que, estranho, heterogêneo à ordem do calculável e da regra, deve entretanto – é de dever que é preciso falar – entregar-se à decisão impossível, levando em conta o direito e a regra”.

54 LUHMANN, Niklas. *Das Rechts der Gesellschaft*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, 1993: pp.214-8.

55 BENJAMIN, Walter. *Zur Kritik der Gewalt*. Baden-Baden: Suhrkamp Verlag, 1999: 2-19.

ção pacífica, houve uma violência inaugural que conferiu a possibilidade de tratar pacificamente o assunto e uma violência que será instaurada no evento de não se manter a solução.

Nessa perspectiva, o transconstitucionalismo pode ter a intenção de se fundamentar na justiça, na realização dela em escala global nunca antes materialmente possível, em virtude das condições fáticas e matérias. No entanto, em concordância com o pensamento de Benjamin, seguido por Derrida, a justiça, que é incalculável, determina um cálculo, “e primeiramente no mais próximo daquilo que associamos a justiça, isto é, o direito”<sup>56</sup>. E não há direito sem que haja força, sem o elemento da violência, tanto a violência fundadora, quanto aquela que preserva o direito.

Afim de possuímos, pelo menos, uma condição suficiente para comentarmos a respeito da justiça transconstitucional (ou deveríamos falar da justiça do transconstitucionalismo), teremos que nos orientar pela teoria luhmanniana da justiça como contingência<sup>57</sup>.

### 3. O transconstitucionalismo e sua fórmula de justiça

O transconstitucionalismo oferta a idêntica fórmula de contingência do direito: a justiça. Não há razão em apontarmos ou elegermos outra contingência. O transconstitucionalismo não deve ser entendido como um novo direito ou um direito que se sobrepõe ao direito estatal e ao padrão consolidado do Estado Democrático de Direito. O transconstitucionalismo implica o extravasamento do sentido constitucional para além das fronteiras e busca de soluções comuns para os problemas que isso implica. O código mantém-se como lícito/ilícito, e o sistema jurídico comunica exclusivamente o que é lícito/ilícito.

Apesar do que foi apontado nos últimos parágrafos, a norma da justiça continua sendo pertinente a fim de promover a contingência e preservar o sistema jurídico. Não há sistema sem contingência, pois, sem a contingência, não há possibilidade de aumento da complexidade e da adequação do direito. A contingência se presta como descrição do sistema jurídico,

56 DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. 1ª ed., São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2007: pp. 55-7.

57 LUHMANN, Niklas. *Das Rechts der Gesellschaft*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, 1993: pp. 226- 38. Cf. TEUBNER, Günther. *Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann*, 2001. Disponível no seguinte sítio: [http://www.jura.unifrankfurt.de/l\\_Personal/em\\_prof/teubner/dokumente/gabe\\_eng\\_final.pdf](http://www.jura.unifrankfurt.de/l_Personal/em_prof/teubner/dokumente/gabe_eng_final.pdf), 2001, (acessado no dia 10/07/2011).

porém no lado de fora do sistema jurídico<sup>58</sup>. A norma da justiça possibilita a alteridade, expressar outras possibilidades que poderão ser selecionadas. Além do mais, a fórmula de contingência afasta a referência a valores ou às idealizações do direito. No entanto, o rechaço é exclusivamente interno ao sistema, o sistema mesmo assegura que externamente, por intermédio da justiça, o direito teria um valor, um ideal<sup>59</sup>. A justiça fará referência à diferença entre *determinação* e *indeterminação*, provocando que a própria contingência exceda o binômio *determinação/indeterminação*<sup>60</sup>. Todavia, para lograr êxito, a fórmula de contingência deve posicionar o paradoxo da *determinação/indeterminação* no mesmo plano, em outras palavras, tratá-los não como indiferentes, como, por exemplo, os crentes se referem a Deus como presente em todas as situações, sem questionar a existência/inexistência dele<sup>61</sup>. Logo, a justiça pode ser invocada ao mesmo tempo em que o sistema jurídico emite uma comunicação para o entorno, permitindo a estabilização de expectativas normativas da mesma maneira que o sistema jurídico realiza<sup>62</sup>.

Partindo desses pressupostos a respeito da norma de contingência do direito, é relevante salientarmos que o transconstitucionalismo não implica o aumento da justiça em virtude de existir um maior número de tribunais e cortes trabalhando com problemas constitucionais comuns, embora não possamos afastar do transconstitucionalismo a possibilidade de esperar por justiça. Caso como *Abu Safiya vs. Minister of Justice*<sup>63</sup>, julgado pela Suprema Corte de Justiça de Israel, expõe quão delicado é compreender a norma da justiça e a exigência de igualdade.

A Rota nº 443 (Road no. 443) que liga a área de Intercâmbio Ben She-men, em Israel, ao Campo de Intersecção Ofer (próximo ao acampamento de Giv'at Zeev), tem a extensão aproximadamente de 25,5 Km (vinte e cinco quilômetros). O peticionário – Abu Safiya e outros – reivindicam

---

58 Ibidem. Segundo Luhmann: "As fórmulas de contingência tem, por tanto, a forma de uma conclusão circular – e precisamente nisso radica sua originalidade e o faz que se imponha e não seja rechaçada com facilidade".

59 Ibidem.

60 Ibidem.

61 LUHMANN, Niklas. *La Religion de la Sociedad*. Madri: Trota, 2007: 129-62.

62 LUHMANN, Niklas. *Das Rechts der Gesellschaft*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, 1993: 226- 32. Cf. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I e II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

63 High Court of Justice File 2150/07 (*Abu Safiya vs. Minister of Justice*).

um pedaço da referida estrada, a porção leste, de aproximadamente 14 km (quatorze quilômetros). A estrada é utilizada como a rota de tráfico de mercadorias que os conecta até as áreas costais e, Modi'in Bloc, para as áreas de Jerusalém. Além disso, a autoestrada nº 1 da Rota 443 serve como rota de acesso para acampamentos israelenses na área de Judá e Samaria onde cerca 55000 (cinquenta e cinco mil) pessoas residem. E a Rota é o único meio de acesso terrestre para os residentes do acampamento Beit Horon.

A Rota tem origem no tempo do domínio britânico e, através dos anos, transformou-se em uma rota regional e, ao longo de todos os anos até a ocorrência da “segunda intifada”, em 2000, a Rota foi utilizada por palestinos e israelenses. Principalmente por palestinos, já que a Rota interligava as principais áreas residenciais palestinas e também era acesso para Ramallah.

Em decorrência da “segunda intifada”, em 2000, concentrando-se principalmente na área de Judá e Samaria, levando em consideração a topografia da Rota, propícia a emboscadas, e o número considerável de veículos israelenses que trafegam pelo local, muitos israelenses perderam suas vidas ou sofreram com ataques dirigidos àquele ponto. Por isso o Ministro da Justiça de Israel determinou que se regulasse a passagem de veículos palestinos na Rota. Em um primeiro momento, tratava-se de uma regulação parcial. Utilizando-se de barreiras e patrulhamento, as forças israelenses mantinham veículos palestinos afastados da Rota. Em um curto período, a proibição se tornou absoluta. Todos os acessos da Rota foram fechados e os residentes das vilas e assentamentos palestinos foram proibidos de usarem a Rota. Exclusivamente os veículos israelenses podem circular pela Rota.

A Rota Beintuniya, cerne do caso<sup>64</sup>, liga a Rota nº 443 até a cidade de Beintuniya, próxima a Ramallah. A Rota Beintuniya serviu por muito tempo para os viajantes provenientes de Ramallah como principal rota de acesso para a Rota nº 443. Ocorre que, em virtude da construção de barreiras de segurança, a Rota Beintuniya foi bloqueada tanto para palestinos quanto para israelenses. No exato local onde a barreira de segurança cruza a Rota Beintuniya, foi estabelecido um ponto de trocas de mercadorias entre mercadores de Israel e Judá e Samaria. O cruzamento da Rota Beintuniya, de acordo com a Ordem de Transferência de Mercadorias (Emenda nº2) 5765-

---

64 High Court of Justice File 2150/07 (*Abu Safiya vs. Minister of Justice*). Disponível no seguinte endereço eletrônico: [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/07/500/021/m19/07021500.m19.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/07/500/021/m19/07021500.m19.pdf). Acessado no dia 10.06.2012.

2005, não se destina à passagem de veículos particulares ou de pessoas.

A Associação dos Direitos Civis de Israel, em diversas oportunidades, entrou em contato com o Ministério da Defesa, solicitando a retirada das barreiras que bloqueavam a Rota Beintuniya permitindo o ingresso de veículos palestinos na Rota nº 443. O Escritório de Conselho Legal para Assuntos de Judá e Samaria emitiu um comunicado, em outubro de 2006, afirmando que as tropas não impedem os palestinos de viajarem para a Rota, apesar de limitar alguns pontos de acesso.

Em agosto de 2007, o Major General Gadi Shami, investido de seus poderes, proibiu veículos não israelenses de viajarem ao longo da Rota nº 443 sem alguma forma de permissão. A proibição deveria ter uma duração determinada, mas foi prorrogada por um período indeterminado.

A Alta Corte de Justiça de Israel conferiu o direito aos pleiteantes, entendendo que a imposição imposta aos petionários, da forma como foi feita, não atende ao juízo da proporcionalidade, e que o comando militar deverá modificar a forma como está conduzindo a defesa da área.

O juízo da proporcionalidade consiste em um instrumento recente que os juristas se utilizam para solucionar racionalmente e com certa dose de consistência um caso. Casos como o descrito, no qual o princípio da igualdade apresenta a sua face, a justiça se torna mais evidente<sup>65</sup> e sem a necessidade de se fundamentar. Nessa seara, a justiça surge sem ser um fundamento do direito ou a sua essência. Por intermédio da igualdade, amplia-se a comoção social e, referente ao caso e à oportunidade de remissão histórica, conferindo maior consistência a ele. No caso *Abu Safiya vs. Minister of Justice*, a oportunidade de oferecer um fim, por intermédio da igualdade

O que importa nos casos transconstitucionais é que, de forma muito sutil, as decisões transconstitucionais se esforçam em evidenciar o princípio da igualdade. Claro que não serão todos os casos em que se invocará a igualdade, no entanto, implicitamente, a obsessão em tornar os tribunais transconstitucionais horizontalmente com o mesmo grau de força<sup>66</sup>, e as decisões oriundas desses tribunais manterem a assimetria entre sistemas parciais em caos suficiente para que os próprios sistemas os ordenem, com

---

65 LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2009: 155-77. Cf. WALZER, Michael. *Esferas de Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2003.

66 TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press, 2004: pp. 33-95.

o que deverão os tribunais transconstitucionais, em escala global, apontar o que é igual e o que é desigual.

A generalização da igualdade, em casos idênticos ou análogos, reforça a dificuldade mais ampla que a justiça do transconstitucionalismo enfrenta, diferentemente de uma perspectiva internalizada de direito, relacionada a textos e costumes que um tribunal interno será competente para decidir, no transconstitucionalismo os parâmetros da igualdade são diversos, uma vez que, ao redor do globo todo tribunal ou corte têm a possibilidade de se constituírem como transconstitucionais e, por consequência, partirem de premissas e entendimentos diversos a respeito da igualdade, mesmo em casos iguais. “A decisão se baseia na possibilidade de delimitar o caso específico frente a outros casos, recorrendo a regras de decisão, que por sua vez podem se considerarem justas quando selecionam com consistência os casos iguais e os desiguais”<sup>67</sup>.

Há uma dificuldade do transconstitucionalismo em conquistar a consistência, fato que influencia demasiadamente a formação da fórmula de contingência. Em casos como o que a Corte de Israel tratou, outros tribunais do globo não apresentariam a mesma conclusão. Embora com a falta de uma legislação global<sup>68</sup> – ainda não é possível detalhar se a ausência de legislação é um problema –, o programa do sistema político não interfere com veemência na questão da justiça. Os programas políticos que o transconstitucionalismo busca cumprir são aqueles previstos em comum em constituições, como os direitos individuais e os sociais. No entanto, no conflito entre ordens transconstitucionais regionais os problemas são de ordem muito mais específica. Embora o caso *Abu Safiyya* não se referir a essa modalidade de conflito transconstitucional, uma sentença em sentido contrário poderia ser interpretada como afronta à ordem internacional ou a paradigmas constitucionais eminentes.

Podemos discutir por meio de duas perspectivas o problema da generalização das decisões. A racionalidade da qual parte o transconstitucionalismo não corresponde às conclusões que os tribunais transconstitucionais constroem por intermédio das decisões. Estaríamos falando de uma falta

---

67 LUHMANN, Niklas. *Das Rechts der Gesellschaft*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, 1993: p.12.

68 KOSKENNIEMI, Martti. *From Apologie to Utopia. The structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005: 71-92. Segundo Luhmann, a legislação é contraditória à forma da busca pela consistência, pois, “permite decidir casos iguais e forma desiguale casos desiguais em forma igual...”.

de legitimação ou de uma deslegitimação<sup>69</sup>. Em outra esteira, observaríamos tal questão como a incapacidade de o sistema jurídico generalizar a igualdade, mas de uma perspectiva de observação de segunda ordem<sup>70</sup>.

O relato do jusnaturalismo perdeu o sentido na modernidade complexa, primeiro porque foi demonstrado pelas ciências naturais que a própria natureza não é justa<sup>71</sup>; segundo, porque as premissas do jusnaturalismo não têm a condição de criar uma unidade de correlação com a complexidade moderna. Caso se insistisse na fórmula do jusnaturalismo o direito perderia sua autonomia<sup>72</sup>. Não há possibilidade de se afirmar que um sujeito é possuidor de um direito imutável frente a uma colisão com um direito econômico<sup>73</sup>. O caso exposto por Andreas Fischer-Lescano e Günther Teubner sobre a Árvore Neem demonstra que há muito mais do que um direito imutável, pois qual imutabilidade se sobressairia: a do direito sagrado sobre a árvore ou o direito à saúde e à vida que as Companhias proclamam exercer? Demonstra-se que conflitos modernos não podem receber as mesmas repostas que conflitos pré-modernos recebiam.

Em outro giro, o direito da complexa sociedade moderna necessita transformar a igualdade generalizada em igualdade singularizada no caso concreto com o fito de realizar a consistência. Contudo, essa forma será contemplada pelos observadores de primeira ordem que, pelo menos em um primeiro momento, não terão a possibilidade de observar a fórmula de contingência. Para os observadores de primeira ordem, a justiça é feita quando uma decisão oriunda dos tribunais é construída. Apenas discutirão se a argumentação foi boa ou má, se o texto selecionado foi correto e a decisão o faz referência.

---

69 LYOTARD, Jean-François. *La Condição Posmoderna*. Madri: Ed. Cátedra, 2006: pp. 73-8. “A busca de causalidades sempre são ilusórias”. Cf. DOUZINAS, Costas; WARRINGTON, Ronnie. “On Deconstruction of Jurisprudence: *Fin(n)is Philosophiae*”. In. *Journal of Law and Society*, 14, 1987: pp. 33-46.

70 LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2009: pp. 152-77.

71 LUHMANN, Niklas. *Das Rechts der Gesellschaft*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, 1993 :pp.14-8.

72 *Ibidem*: pp. 14-8. Conforme os dizeres de Luhmann, “No contexto jusnaturalista podia-se partir da idéia de que as coisas se diferenciavam de acordo com a sua essência, que as coisas eram iguais ou desiguais. Não se podia dispor da essência. Em todo o caso se podia reconhecer – e todavia com maior precisão: As coisas eram reconhecidas no modo de observação de primeira ordem”.

73 FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Günther. *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp Verlag, 2006. A Árvore Neem é considerada sagrada na Índia e utilizada para fins medicinais. Duas companhias estrangeiras patentearam várias de suas substâncias. No entender de Fischer-Lescano e Teubner, não se trata exclusivamente de um conflito de leis, mas de uma tensão que envolve diversos sistemas.

A justiça – fórmula de contingência - será observada pelos observadores de segunda ordem, indagando se as decisões foram tomadas obedecendo à igualdade ou desigualdade. Enquanto o observador de primeira ordem acredita que todos os observadores observam através do idêntico prisma, o observador de segunda ordem observa se aquele observador apenas observa aquela situação momentaneamente<sup>74</sup>.

Não há ordem, pelo menos ainda, transconstitucional. O sistema jurídico exige uma hierarquização ou um centro que emita a comunicação jurídica. A decisão jurídica, um dos elementos que conferem o caráter positivo do direito, passa por complexos mecanismos de legitimidade para se preocupar com a justiça. No entanto, esse limite dos direitos não possui mecanismos ou racionalidades para prever o que virá depois da decisão. Por essa perspectiva, mesmo um maior compartilhamento de diálogos constitucionais ou “*formação de pontes de transições*” não é suficiente para projetar justiça nas decisões jurídicas.

Isso porque depende o transconstitucionalismo de uma decisão que por volta continua a ocultar o caráter de violência do direito, mantém a mesma essência de violência que se iniciou e se ocultou na formação do Estado Democrático de Direito. E, após qualquer decisão, haverá sempre o caráter contingencial, brota a discussão da justiça após uma decisão jurídica. As expansões das questões constitucionais não evoluíram com o intuito de promover justiça. A existência da justiça dependeria de uma aceitação dos demais sistemas parciais da sociedade complexa. Política e economia não necessariamente estarão interessadas no que o direito tem a lhes dizer.

No transconstitucionalismo, os observadores de segunda ordem são múltiplos, melhor explicando, a territorialidade, em boa parte, limitava o número de observadores<sup>75</sup>. Um problema social que repercutisse unicamente em território brasileiro, com estimável probabilidade, teria como observadores apenas aqueles que se interessariam pelos problemas sociais no Brasil. Com o advento do transconstitucionalismo, a justiça passa a

---

74 LUHMANN, Niklas. *Theories of Distinction. Redescriving the descriptions of modernity*. Stanford: Stanford University Press, 2002: p. 95. A distinção trivial entre observadores, segundo Luhmann, é: “While the distinction suggests a tight coupling of observations and reality, and implies that there is only one observer observing the ‘same thing’ and making true or false statements, a second observer observing these observes would see only loose coupling and lack of complete integration”.

75 LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 1997: pp.87-120.

possuir pluralidade e fragmentação de observadores. Quiçá os casos mais claros sejam aqueles tratados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Utilizando o *Caso Gomes Lund*<sup>76</sup> como exemplo, a justiça foi decidida, porém não ainda realizada. Para as vítimas, há possibilidade de justiça, assim como para outros observadores, independentemente de onde observavam. No entanto, para outros observadores de segunda ordem, a justiça seria justiça se fosse feita no passado, no final da ditadura, enquanto os corpos permaneciam frescos. Mas, na hipótese de partirmos de uma teoria internalizada do direito, a decisão do Supremo Tribunal Federal era silenciar perpetuamente os mortos e, para eles, essa seria a justiça, por meio da aplicação da igualdade. Para os demais, o raciocínio empregado pelo STF não prevaleceria frente aos observadores de segunda ordem ou não residiria a justiça ali, mas não deixaria de ser uma decisão.

#### 4. Conclusão

Assim como o direito positivo emergido no século XIX, o transconstitucionalismo não advém para apresentar um novo paradigma quanto aos problemas da justiça. Oferece novos critérios para solução de problemas constitucionais a ordens limitadas, que não têm condições de solucionar os problemas a partir dos próprios critérios.

No contexto do direito autônomo, a justiça permanece ainda como contingente, como proposta de uma solução que poderia ser diferente<sup>77</sup>. No entanto, o transconstitucionalismo abre margem para a busca de diálogo entre tribunais, possibilitando maior número de opções para a solução do litígio constitucional. Além de proporcionar o aprendizado e a adequação dos problemas, aumentando, dessa forma, a complexidade, ou seja, oferecendo um maior leque de possibilidades para os tribunais.

Logo, a justiça continua sendo uma possibilidade em face da pressão para que um Tribunal selecione uma decisão. Tal possibilidade não consiste em uma razão que nunca será alcançada, pelo contrário, só possibilidade em virtude de poder ser concretizada.

---

76 CIDH, *Caso Gomes Lund* (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Disponível no seguinte endereço eletrônico: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acessado no dia 15.07.2012.

77 LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales. Lineamentos para una teoria general*. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 1998, pp. 122-34.

## Referências bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. *The Rise of World Constitutionalism*. *Virginia Law Review* Vol.83, 1997.
- BENJAMIN, Walter. *Zur Kritik der Gewalt*. Baden-Baden: Suhrkamp Verlag, 1999.
- BUONAMANO, Roberto. *The Economy of Violence: Derrida on Law and Justice*. *Ratio Juris*, Vol.11, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *'Brançosos' e Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina Ed, 2008.
- DELEUZE, Gilles. & GUATTARRI, Felix. *Mil Platôs. Capitalismo e Esquizofrênia*. Vol I. 1a ed.. São Paulo: Ed. 34, 1995.
- DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. 1ª ed.. São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2007.
- DOUZINAS, Costas. *Violence, Justice, Deconstruction*, 2005. Disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=546>. Acesso em: 10 jun. 2011.
- DOUZINAS, Costas; WARRINGTON, Ronnie. *On Deconstruction of Jurisprudence: Fin(n)is Philosophiae*. *Journal of Law and Society*, Vol.14, 1987.
- FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Günther. *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp Verlag, 2006.
- GEHRING, Petra. *Force and 'Mystical Foundation' of Law: How Jacques Derrida address legal discourse?*. 2005. Disponível no sítio <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=545>. Acessado no dia 10/06/2011.
- KOSKENNIEMI, Martti. *From Apologie to Utopia. The structure of international legal argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I e II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- \_\_\_\_\_. *The Self-reproduction of Law and its Limits*. In. TEUBNER, Günther. *Dilemas of Law in the Welfare State*. 1ª ed. Berlin/Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Das Rechts der Gesellschaft*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp, 1993.

- \_\_\_\_\_. *La Sociedad de la Sociedad*. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Sistemas Sociales. Lineamentos para una teoría general*. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Theories of Distinction. Redescriving the descriptions of modernity*. Stanford: Stanford University Press, 2002.
- \_\_\_\_\_. *La Religion de la Sociedad*. Madri: Trota, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2009.
- LYOTARD, Jean-François. *La Condición Posmoderna*. 9a ed. Madri: Ed. Cátedra, 2006.
- NEVES, Marcelo. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*. Berlin: Dunckel & Humblot, 1992.
- \_\_\_\_\_. Entre subintegração e sobintegração: a cidadania inexistente. In. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Vol. 37, nº 2. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2009
- OST, François. Between Order and Disorder: The Game of Law. In. TEUBNER, Günther. *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. 1a ed. Berlin/Nova Iorque: Walter de Gruyer, 1988.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2008
- ROTTLEUTHNER, Hubert. Foundations of Law. In. PATTARO, Enrico. *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Vol. 2. Dordrecht: Springer: pp. 7-30, 2005.
- SCHLAG, Pierre. Le hors de texte, c' est moi: The Politics of Form and the Domestication of Deconstruction. In. *Cardozo Law Review*, Vol. 11, 1990.
- SCHMITT, Carl. *Legalität und Legitimität*. 1ª ed. Munique/Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1932.
- \_\_\_\_\_. *Der Leviathan in der Staatslehre des Thommas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines Politischen Symbols*. 1ª ed. Hamburgo: Hanseatische Verlaganstalt Hamburg, 1938.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. 1a ed. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2004.
- TEUBNER, Günther. *O Direito com Sistema Autopoiético*. 1ª ed. em português. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

- \_\_\_\_\_. 'De Collisione Discursuum': Communicative Rationalities in Law, Morality and Politics. In: *Cardozo Law Review*, Vol. 17, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Self-Constitutionalization of Transnational Corporations? On Linkage of "Private" and "Public" Corporate Codes of Conduct.* . *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 17, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann.* 2001. Disponível em: [http://www.jura.unifrankfurt.de/l\\_Personal/em\\_profs/teubner/dokumente/gabe\\_eng\\_final.pdf](http://www.jura.unifrankfurt.de/l_Personal/em_profs/teubner/dokumente/gabe_eng_final.pdf), 2001. Acessado no dia 10/07/2011.
- TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order.* Princeton: Princeton University Press, 2004.
- WALZER, Michael. *Esferas de Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade.* São Paulo: Livraria Martins Fontes Ed., 2003.
- WEBER, Elizabeth. *Desconstruction is Justice,* 2005. Disponível no sítio <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=547>. Acessado no 18/06/2011.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. 1975. *Investigações Filosóficas.* São Paulo: Ed. Abril.

Recebido em agosto de 2012

Aprovado em março de 2013