

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA

**A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL NOS TRIBUNAIS:
UMA ANÁLISE SOCIOLÓGICO-SISTÊMICA DA OPERAÇÃO LAVA JATO**

**SÃO LEOPOLDO
2018**

Bernardo Leandro Carvalho Costa

A Evolução do Constitucionalismo Transnacional nos Tribunais:
Uma análise sociológico-sistêmica da operação lava jato

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

São Leopoldo
2018

C837e Costa, Bernardo Leandro Carvalho

A evolução do constitucionalismo transnacional nos tribunais: uma análise sociológico-sistêmica da Operação Lava Jato. / Bernardo Leandro Carvalho Costa -- 2018.

112 f. ; il. ; color. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito Público) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.

Orientador: Dr. Leonel Severo Rocha.

1. Direito constitucional. 2. Constituições transnacionais. 3. Operação Lava Jato. 4. Lavagem de dinheiro. 5. Sociologia - Constituição. 6. Teoria - Sistema social. I. Título. II. Rocha, Leonel Severo.

CDU 342

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: **"A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL NOS TRIBUNAIS: uma análise sociológico-sistêmica da operação Lava Jato"** elaborada pelo mestrando **Bernardo Leandro Carvalho Costa**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 20 de novembro de 2018.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha _____ 

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira _____ 

Membro: Dr. Dominique André Rousseau _____ 

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e
Tecnológico (CNPq) pelo apoio na pesquisa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Leonel Severo Rocha, umas das referências na área do Direito no Brasil, pela confiança em mim depositada ao longo de diversos anos na iniciação científica e no mestrado. A presente dissertação é uma conclusão parcial desse processo de construção do conhecimento, buscando enquadrar as evoluções do Direito Constitucional na divisão epistemológica por ele traçada.

Aos pesquisadores envolvidos no projeto "*Observação sistêmica da violência como sistema organizacional na criminalidade em rede e seus reflexos no mercado: análise comparativa entre a Operação Mãos Limpas e a Operação Lava Jato*" (CNPq), especialmente Leonel Severo Rocha e Sandra Regina Martini, que permitiram encontros com o juiz Sérgio Moro, com a coleta de informações importantes para a presente pesquisa.

À Vera Regina Schwade Loebens, pelo apoio e incentivo ao longo de toda a pesquisa e do período de mestrado. Igualmente a Ronaldo Cezar Rodrigues.

Aos meus familiares pela compreensão no projeto de estudos traçado para o mestrado.

Aos amigos e colegas do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito (CNPq), em especial a Ariel Lira de Moura, Bárbara Costa e Guilherme Christen Möller.

Um verdadeiro discípulo aprende dos silêncios do mestre, assim como de seus próprios silêncios. O encontro de um mestre com seus discípulos é uma sintonia com o sutil, com o invisível das coisas. Um acordo de invisíveis. Um entendimento de simplicidades. O mais simples sempre foge à compreensão. Para entender é preciso uma coisa complexa, que precisa ser dividida e analisada. Quando se pergunta pelas coisas simples, não há respostas.

Luis Alberto Warat

RESUMO

O presente trabalho pretende contrastar diferentes perspectivas de observação do constitucionalismo. Parte-se de uma demonstração das tradicionais concepções de Constituição, elaboradas no cerne de um modelo de Estado liberal e não interventor, para evidenciar as insuficiências dessa construção teórica vinculada à descrição de elementos constitutivos de um Estado, que são relativizadas no contexto da globalização. A partir da evidência dessa limitação em uma perspectiva de sociedade mundial, em que a circulação de normas entre diferentes países é evidente, buscar-se-á demonstrar a relevância dos estudos em Sociologia das Constituições para a constatação de novos problemas do Direito Constitucional que estão alçados a nível global, seja no âmbito de articulação entre tribunais e legislação de diferentes níveis ou na regulação autônoma do setor privado. Como um grande exemplo de tema de natureza global será demonstrado o da lavagem de dinheiro, destacando-se a atuação de uma governança global do Grupo de Ação Financeira Internacional, em união com diversos países, no seu combate. Uma vez demonstradas diferentes ramificações das propostas da Sociologia das Constituições, buscar-se-á fazer uma análise quantitativa de decisões de mérito em grau recursal envolvendo lavagem de dinheiro na Operação Lava Jato, com o intuito de verificar se há, nesse caso de interesse mundial, menção a normas de direito internacional que foram internalizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em havendo referência significativa nos acórdãos analisados, buscar-se-á demonstrar como esses dados podem comprovar a evolução de Constituições Transnacionais em problemas de natureza global, que evidenciam a necessidade de articulação, pelos tribunais, entre normas de direito nacional e internacional, na resolução de problemas comuns entre diferentes países.

Palavras-chave: Constituições transnacionais. Operação Lava Jato. Lavagem de dinheiro. Sociologia das Constituições. Teoria dos sistemas sociais;

ABSTRAIT

La présente recherche se propose d'opposer différentes perspectives d'observation du constitutionnalisme. Il s'appuie sur une démonstration des conceptions traditionnelles de la Constitution, élaborées au cœur d'un modèle étatique libéral et non intervenant, afin de mettre en évidence les faiblesses de cette construction théorique liée à la description des éléments constitutifs d'un État relativisés dans le contexte de la globalisation. À partir des preuves de cette limitation dans une perspective de société mondiale, dans laquelle la circulation des lois entre différents pays est évidente, on tentera de démontrer la pertinence des études de sociologie des Constitutions pour la vérification de nouveaux problèmes de droit constitutionnel au niveau mondial, que ce soit dans le cadre de la coordination entre les tribunaux et la législation à différents niveaux ou dans la réglementation autonome du secteur privé. En tant que bon exemple de thème mondial, le blanchiment d'argent sera mis en évidence, en mettant l'accent sur la gouvernance mondiale du Groupe international d'action financière, en collaboration avec plusieurs pays. Après avoir démontré différentes ramifications des propositions de la sociologie des constitutions, une analyse quantitative des décisions de mérite sera demandée concernant le degré de recours en matière de blanchiment d'argent dans le cadre de l'opération Lava Jato, afin de vérifier s'il existe, dans ce cas, un intérêt mondial, mention de lois de droit international intériorisées par le système juridique brésilien. S'il existe une référence significative dans les arrêts analysés, nous tenterons de démontrer en quoi ces données peuvent prouver l'évolution des Constitutions transnationales dans des problèmes de nature globale, ce qui met en évidence la nécessité d'une articulation par les tribunaux entre les normes nationales et internationales de la résolution. Problèmes communs entre différents pays.

Mots clés: Constitutions transnationales. Opération Lava Jato. Blanchiment d'argent de sociologie des constitutions. Théorie des systèmes sociaux.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Representação Gráfica da Corrupção Sistêmica na Operação.....	86
Figura 2 - Cooperação de Diferentes Órgãos na Operação	91

LISTA DETABELAS

Tabela 1 - Corpus da Pesquisa Empírica de Análise de Conteúdo	94
---	----

LISTA DE SIGLAS

AMLO	Anti-Money Laundering Order
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
FATF	Financial Action Task Force
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
OMC	Organização Mundial do Comércio
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O CONSTITUCIONALISMO	21
2.1 Direito e Globalização	33
2.2 A Globalização e o Constitucionalismo	38
3 A SOCIOLOGIA DAS CONSTITUIÇÕES	43
3.1 A Constituição na Teoria dos Sistemas Sociais	49
3.2 O Constitucionalismo Transnacional e o Transconstitucionalismo	58
3.3 A Fragmentação Constitucional: o constitucionalismo nos regimes privados	65
4 O CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL NOS TRIBUNAIS	81
4.1 Operação Lava Jato: histórico, estrutura jurisdicional e apuração de crimes de natureza transnacional	85
4.1.1 A Força do Tribunal Enquanto Organização do Sistema do Direito nas Decisões da Operação Lava Jato	89
4.1.2 A Evolução do Constitucionalismo Transnacional nas Decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região	92
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
REFERÊNCIAS	105

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação, intitulada A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL NOS TRIBUNAIS: uma análise sociológico-sistêmica da operação Lava Jato está inserida nas áreas de pesquisa de Direito Constitucional, código 6.01.02.05-5, Teoria Geral do Direito, código 6.01.01.01-6, e Sociologia Jurídica, código 6.01.01.07-5, do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).¹

No Direito Constitucional, área em que o presente estudo é majoritariamente desenvolvido, costuma-se observar a Constituição por meio de um documento único que limita os poderes do Estado. Esse, por sua vez, é definido a partir de determinados elementos caracterizadores. Com influência na concepção moderna de tempo e espaço, afirma-se que território, povo e soberania são elementos constitutivos do Estado.

Sobre esse Estado a Constituição atua como instrumento de controle do exercício do poder, regulando os limites do exercício do *imperium* sobre o povo nos limites de determinado território. Essa é a concepção de Constituição do Estado, que culmina na formação do Estado de Direito, em que o exercício da soberania deve ser baseado na lei.

A partir dessa concepção, na França, pioneira no assunto, desenvolveram-se os estudos sobre Direito Público. Nesse âmbito, formaram-se o Direito Internacional e Direito Judicial, que se subdivide em Direito Penal, Processual-Administrativo e Político em sentido estrito. O *Droit administratif* foi a primeira construção teórica no âmbito do Direito Público. Em oposição, posteriormente surgiu o Direito Político em sentido estrito, designado de *Droit Constitutionnel*.²

Um autor que carrega os traços dessa perspectiva na França, considerando o Direito Constitucional uma ramificação do Direito Público, é Malberg³. Por isso, sua concepção de constitucionalismo será explorada com destaque a título de exemplo ao longo do primeiro capítulo.

¹ CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPq). **Tabela de áreas do conhecimento**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://www.cnpq.br/documents/10157/186158/TabeladeAreasdoConhecimento.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2018.

² JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Granada: Comares, 2000. p. 380-383.

³ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

Confirmando sua influência, demonstrar-se-á como Jellinek⁴, importante autor no âmbito da Teoria do Estado na Alemanha, confirma a origem na teoria constitucional francesa dos pressupostos por ele utilizados em sua obra.

Passando por essas definições clássicas na construção do constitucionalismo, buscar-se-á demonstrar a influência dessa construção teórica em diversos autores no Direito Constitucional. Ao longo do século XX, os mais renomados juristas, a exemplo de Kelsen⁵ e Schmitt⁶, apesar de suas divergências, partiram de concepções de Constituição que não se desvincilharam dos elementos constitutivos do Estado apresentados por Malberg⁷ e Jellinek⁸.

Na mesma linha, demonstrar-se-á como os atuais ministros do Supremo Tribunal Federal Brasileiro⁹ que escrevem sobre Direito Constitucional seguem linha de raciocínio diretamente vinculada à Constituição do Estado, inclusive mencionando Malberg e Jellinek em algumas de suas obras. Esse é o caso dos livros de Mendes¹⁰, Moraes¹¹ e Barroso¹² na área.

Em pesquisa¹³ realizada em julgados do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, foram verificados os autores mais citados no Tribunal após a Constituição de 1988. Entre os que não são ministros atualmente estão José Afonso da Silva¹⁴ e Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁵. Ambos também seguem linha teórica que se aproxima das concepções de Malberg e Jellinek, como será demonstrado.

⁴ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Granada: Comares, 2000.

⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁷ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

⁸ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Granada: Comares, 2000.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Composição atual**. Brasília, DF, 27 ago. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresEntacao>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP).

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹³ LORENZETTO, Bruno Meneses; KENICHE, Pedro Henrique Gallotti. José Afonso da Silva é o doutrinador mais citado pelo STF. **Conjur**, São Paulo, 06 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-06/jose-afonso-silva-doutrinador-citado-supremo-adis>>. Acesso em 06 set. 2018.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Do mesmo modo, relevantes autores na área de Direito Constitucional apresentam definições de Constituição que se aproximam das concepções clássicas apresentadas no início do presente trabalho. Em Portugal, é ilustrativa do tema a relevante obra de Canotilho¹⁶. Na Itália, os escritos de Bobbio¹⁷ seguem em sentido análogo, como será demonstrado ainda no primeiro capítulo.

O objetivo do primeiro item do próximo capítulo será, portanto, demonstrar como a concepção tradicional de Direito Constitucional, bem ilustrada no trabalho de Malberg¹⁸ na França, como confirma Jellinek¹⁹, é influente nos mais diversos estudos acerca da Constituição em diferentes autores.

Na sequência do presente trabalho, buscar-se-á evidenciar como o fenômeno da globalização, em suas diferentes perspectivas, contrapõe a tradicional concepção de Direito Constitucional, principalmente em relação aos elementos constitutivos do Estado.

A definição de território atrelada ao paradigma do Tratado de Westfalia (1648) é relativizada a partir da fácil circulação de diversos elementos a nível global. No campo do Direito, a circulação de normas comuns em diferentes Estados ao redor do mundo e circunstância a ser destacada nesse fenômeno. Conseqüentemente, as concepções tradicionais de Constituição do Estado, incluindo seus elementos constitutivos elaborados a partir da percepção de tempo e espaço, são alteradas pelo fenômeno da globalização, impulsionado pela queda do Muro de Berlim na década de 1990.

Em conseqüência, o Direito Constitucional passa a tratar de problemas a nível global, de questões não mais limitadas ao território de determinado Estado. A título de exemplo, basta observar a articulação internacional no combate à lavagem de dinheiro- crime transnacional e de natureza global- por meio das recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional. Sua articulação internacional, entre outras medidas, influenciou na elaboração de duas leis brasileiras sobre o tema.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: 2003.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1987.

¹⁸ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

¹⁹ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Granada: Comares, 2000.

Nessa questão, bem como em outras de natureza global, a exemplo de terrorismo e desastres ambientais, fala-se não mais em governo do Estado, mas em governança global.²⁰

Ciente dessas questões comuns a nível global, que fogem à Constituição do Estado das perspectivas próximas a Malberg²¹ e Jellinek²², faz-se imprescindível que o Direito Constitucional adapte seus pressupostos teóricos a esses novos desafios. A partir dessa percepção, o terceiro item do primeiro capítulo buscará abrir a concepção tradicional de Constituição em direção ao que se denomina de constitucionalismo social.

Sabe-se que a perspectiva tradicional de constitucionalismo, a ser explorada no primeiro capítulo, foi elaborada no cerne de um modelo liberal de Estado. Nessa proposta de Estado de Direito, a preocupação principal da teoria jurídica envolvia seu modelo estrutural, baseado, posteriormente, na ideia de ordenamento jurídico. Pouca atenção era dada à função do Direito.²³ Como o cerne era a limitação do poder estatal, técnicas de desencorajamento eram baseadas na necessidade de justificar todos os atos do Estado e dos indivíduos em leis vigentes, cuja violação estaria diretamente conectada à concepção de sanção negativa.²⁴

Com a transição para um modelo de Estado social, interventor, cada área do Direito deve necessariamente passar a se preocupar também com a sua efetividade e eficácia. Técnicas de encorajamento, como a distinção entre sanção negativa e positiva, englobando propostas de recompensa, passam a serem objetos de estudos jurídicos.²⁵

Nessa transição de um Estado protetor-repressivo para um ordenamento jurídico que contenha certa função promocional, faz-se imprescindível observar o

²⁰ HOLMES, Pablo. O constitucionalismo entre a fragmentação e a privatização: problemas evolutivos do direito e da política na era da governança global. **Dados**, Rio de Janeiro, RJ, v. 57, n. 4, p. 1137-1168. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/sciel.o.php?pid=S0011-52582014000401137&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 23 set. 2018.

²¹ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

²² JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Granada: Comares, 2000.

²³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007. p. 53.

²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007. p. 02.

contado do Direito com outras áreas do saber, com destaque para a Economia, cujo raciocínio próprio passa a ganhar espaço em organizações do Sistema do Direito.²⁶

Tal transição é representada na divisão epistemológica elaborada por Leonel Severo Rocha²⁷, que demonstra a transição entre as matrizes analítica e pragmático-sistêmica na teoria jurídica. A primeira carrega a influência de um Estado liberal-repressivo, em que a concepção de Direito está afastada de outras esferas da vida social. A segunda é produto direto de um Estado social e interventor, evidenciando a conexão do Sistema do Direito com os demais sistemas sociais.²⁸

Em termos de Direito Constitucional, pode-se ilustrar- objetivo do presente trabalho- a transição entre uma concepção tradicional de constitucionalismo, que descreve a Constituição como documento único que limita o exercício do poder do Estado dentro de determinado território, e uma concepção de constitucionalismo social, que observa articulações transnacionais na resolução de problemas comuns. Na primeira, há uma preocupação estrita na construção de uma estrutura jurídica. Na segunda, surgem questões conectadas à efetividade e à eficácia do Direito Constitucional na resolução de problemas de natureza global.

Com essas propostas, buscando demonstrar essa transição, serão contrastados os pensamentos de autores vinculados à matriz analítica, a exemplo de Kelsen²⁹, com os de autores que se baseiam em uma perspectiva sociológico-sistêmica de observação, com base nos pressupostos da teoria de Luhmann³⁰.

Neste, serão retomados alguns dos pontos das obras de Ehrlich³¹ e Sciulli³² utilizados por Teubner³³ na constatação do que denomina de fragmentos constitucionais, bem como será apresentada a concepção de Luhmann³⁴ acerca de sociedade mundial como ambiente de comunicação. Essas questões serão consideradas pressupostos para a leitura dos estudos em Sociologia das Constituições, a serem apresentadas no segundo capítulo do trabalho.

²⁶ RODRÍGUEZ MANSSILA, Darío. **Comunicaciones de las organizaciones**. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007.

²⁷ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

²⁸ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, p. 83-92.

²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

³⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

³¹ EHRlich, E. **Fundamental principles of the sociology of law**. New York: Russel e Russel. 1962.

³² SCIULLI, David. **Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-Marxist critical theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

³³ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

³⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

Adentrando ao segundo capítulo, tendo em vista a necessidade da influência de perspectivas adequadas aos novos desafios do Direito Constitucional na globalização, far-se-á uma descrição dos recentes estudos em Sociologia das Constituições, com forte influência no referencial teórico da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann³⁵ em suas construções. A demonstração será iniciada por meio da apresentação desses estudos, evidenciando sua conexão com os principais pontos da sociologia luhmanniana que são imprescindíveis para a compreensão dos atuais desafios do Direito Constitucional.

Após essa conexão, uma vez que já destacadas as concepções de sociedade autopoiese, a função do Direito e da Política na sociedade mundial e o papel da Constituição no acoplamento estrutural entre esses sistemas, serão abordadas diferentes perspectivas que partem desse referencial teórico.

Iniciando pela perspectiva do Constitucionalismo Transnacional, demonstrar-se-á como na sociedade mundial os Estados cada vez menos possuem autonomia para legislar dentro de suas fronteiras. Como evidencia Thornhill³⁶ em estudo sociológico, boa parte da legislação elaborada no âmbito internacional penetra as fronteiras de diferentes países, sendo adotada como condição de inclusão na sociedade global. Essa legislação comum, cuja maior parte trata de direitos humanos, forma o que o autor denomina de Constituições Transnacionais.

Na sequência, abordar-se-á a perspectiva de Neves³⁷ no que tange ao transconstitucionalismo, representado pelo diálogo entre tribunais de diferentes níveis ao redor do mundo para a resolução de problemas comuns de natureza global, que não se limitam a apenas um país. Nessa conversação constitucional, legislações de diferentes níveis são utilizadas como *ratio decidendi* nos julgamentos.

Em conexão com as perspectivas apresentadas anteriormente, será explorada a concepção de fragmentos constitucionais no último item do terceiro capítulo. Após considerações sobre a concepção de fragmento, originada da definição de norma sem fragmento na teoria de Kelsen³⁸, trechos relevantes da obra

³⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

³⁶ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016.

³⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

³⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

de Teubner³⁹, fundamentais para a constatação de diversos problemas atuais no Direito Constitucional, serão explorados.

Neste ponto, destacar-se-ão as influências das definições de sociedade mundial e autopoiese da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann⁴⁰ da obra na proposta do autor. A partir de importantes traços do que Teubner⁴¹ denomina de direito reflexivo, buscar-se-á demonstrar como os fragmentos de Constituição atuam em espaços que transcendem o tradicional acoplamento estrutural entre Direito e Política. Paralelamente, buscar-se-á uma aproximação dessas considerações com o que Vesting⁴² tem denominado de constituições parciais.

No terceiro capítulo, após as construções teóricas realizadas ao longo do trabalho, com destaque para o contraste entre perspectivas tradicionais do constitucionalismo e os recentes estudos preocupados com o Direito Constitucional a partir dos influxos da globalização na sociedade mundial, será proposta uma análise empírica de decisões dos tribunais com o intuito de demonstrar os efeitos de casos de natureza global sobre os tribunais.

Uma das questões de natureza global atualmente em evidência é a lavagem de dinheiro, que envolve ao menos dois países no cometimento do delito. No contexto brasileiro, a Operação Lava Jato tem se dedicado à apuração e julgamento de diversos casos dessa natureza. Em havendo ao menos dois países envolvidos no cometimento do delito, a cooperação jurídica internacional é imprescindível nesses casos, necessitando da troca de informações entre países, como afirmado por membros da Operação.

Além da cooperação jurídica internacional, levando-se em conta que se trata de caso de natureza global, a hipótese do presente trabalho é que as decisões dos tribunais, nesses casos, não se limitam apenas à menção de legislação nacional na fundamentação, mas também de leis de caráter extranacional, produzidas em âmbito internacional e depois internalizadas para o ordenamento jurídico pátrio.

Para delimitar o âmbito em que a pesquisa empírica será realizada, partir-se-á da concepção de Direito como organização, demonstrando como os tribunais vinculam as decisões de seus membros a determinados pressupostos, afastando

³⁹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

⁴¹ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

⁴² VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Elgar, 2018.

perspectivas de cunho individualista, a partir de um juiz singular, da análise no presente trabalho. Neste ponto, as construções de Darío Rodríguez acerca de gestão organizacional⁴³ e comunicações das organizações⁴⁴, elaboradas a partir da distinção entre sistema e organização em Luhmann⁴⁵, serão fundamentais.

Neste ponto, a perspectiva acima demonstrada será contrastada com as leituras majoritárias da Operação Lava Jato realizadas no Brasil, personificando-a na figura do juiz que atua no primeiro grau de jurisdição, o juiz Sérgio Moro⁴⁶. Por meio de diversas biografias e livros sobre o juiz elaborados após o início da Operação, bem como por críticas diretas à sua pessoa realizadas por diversos juristas, demonstrar-se-á como normalmente se faz uma análise individualista sobre o caso no Brasil.

Com ênfase na concepção sistêmica de organização e decisão, contrapondo as análises majoritárias sobre a Operação, far-se-á uma análise de decisões de mérito em grau recursal, observando o julgamento dos recursos pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região⁴⁷, nos casos que envolvem lavagem de dinheiro na Operação Lava Jato.

Em aportes conclusivos, fazendo-se um balanço entre as construções teóricas apresentadas ao longo do trabalho e a pesquisa empírica dos julgamentos de mérito dos casos que envolvem lavagem de dinheiro na Operação Lava Jato, buscar-se-á demonstrar a presença de legislação extranacional nas decisões analisadas, evidenciando evolução das Constituições Transnacionais⁴⁸ nos tribunais em casos de natureza global, como o de lavagem de dinheiro.

Como metodologia, será utilizada a Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann⁴⁹, que fará parte de toda a comunicação expressada ao longo do texto,

⁴³ RODRÍGUEZ MANSSILA, Darío. **Gestión organizacional**. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

⁴⁴ RODRÍGUEZ MANSSILA, Darío. **Comunicaciones de las organizaciones**. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007.

⁴⁵ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

⁴⁶ Juiz titular da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, competente para julgar os casos da Operação Lava Jato em primeiro grau de jurisdição.

⁴⁷ Com sede em Porto Alegre/RS, é o Tribunal competente para julgar os recursos oriundos da Operação Lava Jato em segundo grau de jurisdição. A competência desses processos é da Oitava Turma do Tribunal. A 4ª região compreende os seguintes estados do Brasil: Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.

⁴⁸ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions: social foundations of the post-national legal structure**. London: Cambridge, 2016.

⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

principalmente no que tange à transição de perspectivas no Direito Constitucional. Ao longo do trabalho, o método de procedimento de documentação indireta, com revisão de bibliografia nacional e estrangeira será o de maior utilização, com auxílio da jurimetria⁵⁰, análise quantitativa de decisões, ao longo do último capítulo.

⁵⁰ YEUNG, Luciana. Jurimetria ou análise quantitativa de decisões judiciais. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 249-274.

2 O CONSTITUCIONALISMO

Em Teoria Constitucional costuma-se designar de constitucionalismo a técnica jurídico-política de limitação do poder por meio de um documento único (Constituição).⁵¹ A partir dessa perspectiva, busca-se descrever o processo histórico em que referidos documentos foram elaborados. Nesse sentido, os eventos revolucionários de Inglaterra, Estados Unidos e França, com seus consequentes documentos constitucionais, são marcos da história do constitucionalismo moderno.

A síntese de três grandes princípios (de uma constituição equilibrada- com *checks and balances*, da soberania das leis- e não de um soberano, e a separação de poderes) conduzem os debates acerca do constitucionalismo moderno. A história desse fenômeno, como afirma Matteuci⁵², pode ser descrita como a difusão desses três princípios em diferentes e recíprocos fluxos: “[...] da França para a Inglaterra, da Inglaterra para a América e da Inglaterra para a América e a França.” (tradução nossa).

No desenvolvimento do Direito Constitucional dos países mais envolvidos com o nascimento do constitucionalismo moderno, os trabalhos de autores considerados clássicos evidenciam a necessidade de alguns elementos imprescindíveis na temática do que se concebia por constituição. Para exemplificar uma concepção clássica de constitucionalismo, adota-se a definição de Carré de Malberg⁵³ no capítulo inicial do presente trabalho.

Malberg⁵⁴ parte inicialmente para uma definição do que se concebe por Direito Público, considerado como o Direito do Estado, ou seja: “[...] o direito aplicável a todas as relações humanas ou sociais nas quais o Estado esteja em jogo.” (tradução nossa). Posteriormente, parte para a ramificação do Direito Constitucional no âmbito interno do Direito Público, como “[...] a parte do direito público que trata das regras

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1987.

⁵² MATTEUCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 27-28. No original: “[...] de Francia a Inglaterra, de Inglaterra a América, de Inglaterra y América a Francia.”

⁵³ MALBERG, R. Carré De. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

⁵⁴ MALBERG, R. Carré De. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948. p. 14. No original: “[...] el derecho aplicable a todas las relaciones humanas o sociales en las cuales el Estado entra directamente en juego.”

ou instituições cujo conjunto forma em cada meio estatal a Constituição do Estado [...]”⁵⁵.

O conjunto de regras ou instituições, portanto, formam a constituição do Estado na perspectiva de Malberg. Como nas perspectivas acima apontadas, um documento escrito é o ponto de análise para as concepções modernas de constitucionalismo.

Para Malberg, alguns elementos são imprescindíveis para a configuração de um Estado. Inicialmente, a noção de poder é fundamental para compreender a coação (legítima) que o Estado pode exercer sobre os seus membros, mormente aqueles que não observam as decisões estatais tomadas em favor da coletividade.⁵⁶

Dos elementos constitutivos do Estado, o de território é de suma importância para, afinal, sobre esse espaço geográfico é que será imposto o poder do Estado sobre os indivíduos que a ele integram. Nesse sentido:

[...] uma comunidade não é apta a formar um Estado se não possui um solo, uma superfície de terra sobre a qual pode afirmar-se como dona de si mesma e independente, é dizer, sobre a qual possa, ao mesmo tempo, impor seu próprio poder e rechaçar a intervenção de poderes alheios.⁵⁷ (tradução nossa).

Percebe-se, portanto, como no pensamento de Malberg o território é imprescindível para a caracterização do Estado, cujas regras e instituições passam a ser reguladas por meio de uma constituição. O Direito Constitucional permanece, nessa perspectiva, fortemente atrelado ao território de um Estado. Com regras e instituições por ela reguladas, determinando o âmbito de aplicação do poder estatal, pode-se afirmar que há uma soberania espaço-temporal da constituição.

Tal pensamento possui raízes no paradigma do Tratado de Westfalia (1648), uma das bases do pensamento político moderno ao reconhecer a soberania de diferentes estados em um cenário internacional.

⁵⁵ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948. p. 21. No original: “[...] *la parte del derecho público que trata de las reglas o instituciones cuyo conjunto forma en cada medio estatal la Constitución del Estado.*”

⁵⁶ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948. p. 21.

⁵⁷ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948. p. 23. No original: “[...] *una comunidad no es apta a formar un Estado sino mientras posea un suelo, una superficie de tierra sobre la cual pueda afirmarse como dueña de sí misma e independiente, es decir, sobre la cual pueda, al mismo tiempo, imponer su propia potestad y rechazar la intervención de toda potestad ajena.*”

Observando como esses elementos restam expressos em documentos constitucionais, é exemplificativo, no contexto francês, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão afirma explicitamente que “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição (artigo 16).”⁵⁸

Por meio desses requisitos, percebe-se a imprescindibilidade da existência de um documento escrito, prevendo explicitamente a separação de poderes e um rol de direitos e garantias para se considerar a presença de uma constituição.

Um clássico na Teoria do Estado na Alemanha, Jellinek⁵⁹ sustenta a importância do que denomina de elementos do Estado. A semelhança de Malberg⁶⁰, o autor parte da distinção entre direito privado, que regula as relações entre indivíduos, e direito público, que trata da regulação dos entes dotados de *imperium*, organizando o exercício do poder do Estado em relação aos sujeitos a ele submetidos.

A limitação do exercício do poder do Estado, portanto, é elemento comum que precisa ser limitado nas perspectivas dos autores citados. Os limites são encontrados na avaliação jurídica dos atos estatais.

Nessa perspectiva, para Jellinek⁶¹, o direito público subdivide-se em Direito Internacional e Direito Judicial. Esse último compreende o Direito Penal, o Processual-Administrativo e o Direito Político em sentido estrito, que, na linha do pensamento francês, a exemplo de Carré Malberg⁶², constituiria o Direito Constitucional.

Em termos de Direito Constitucional, Jellinek⁶³ atenta para a importante subdivisão, depois retomada por Febbrajo⁶⁴ em termos de Sociologia do Constitucionalismo, entre constituição em sentido formal, representada pelas constituições escritas, e constituição em sentido material. O grande exemplo de

⁵⁸ DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão. Brasília, DF: Ministério Público Federal, 1978. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2018.

⁵⁹ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Granada: Comares, 2000. p. 374.

⁶⁰ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

⁶¹ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Granada: Comares, 2000. p. 383.

⁶² MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

⁶³ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Granada: Comares, 2000. p. 500-513.

⁶⁴ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. São Paulo: Juruá, 2016.

constituição formal é o dos Estados Unidos da América, depois seguindo pela França e disseminado pela Europa.

A concepção de Constituição de Jellinek, ainda que leve em consideração a separação entre constituições formais e materiais, está atrelada aos elementos que compõem o Estado, questões que melhor explora em sua obra clássica. A situação jurídica dos elementos do Estado (território, povo e poder) é parte destacada em seu trabalho.

Para o exercício do poder de do Estado, o território é imprescindível e na submissão dos indivíduos ao *imperium*, de maneira que as consequências jurídicas da relação entre Estado e cidadão restam limitadas ao espaço geográfico em que o Estado está situado. A partir dessa concepção, com base na teoria constitucional francesa, surge a doutrina da soberania do Estado, decorrente do exercício do poder sobre o seu território.⁶⁵

O poder exercido dentro desses limites leva em conta os indivíduos a ele submetidos, ou seja, o povo de cada Estado. A pluralidade de sujeitos que convivem dentro de determinado espaço geográfico pode formar uma unidade, na medida em que esteja submetido a uma autoridade comum, o Estado. Nessa submissão comum se encontra a qualidade subjetiva de povo, formando o segundo elemento do Estado.

Diferencia-se essa subordinação a uma autoridade comum em relação à pluralidade de centros de poder existente ao longo do feudalismo. Na unidade do poder que o constitui, o Estado exerce o seu *imperium*. Os indivíduos que constituem o povo são, portanto, objetos do poder do Estado no exercício de sua soberania e, conseqüentemente, sujeitos de Direito e de deveres.⁶⁶ Esse poder de dominação, de exercício do *imperium* do Estado, constitui seu terceiro elemento, diferenciando a atuação do ente estatal em relação a todos os demais.

Os elementos do Estado acima evidenciados na teoria de Jellinek se condicionam mutuamente, motivo pelo qual a união dos três é condição indispensável para se pensar a Teoria do Estado. Nessa conexão é que a constituição formal encontra espaço, como limitadora do exercício do *imperium* do Estado sobre o povo que o constitui como unidade, nos limites de um território soberano. A grande obra de Jellinek possui espaço para várias discussões acerca

⁶⁵ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Granada: Comares, 2000. p. 396.

⁶⁶ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Granada: Comares, 2000. p. 400-417.

de importantes categorias por ele trabalhadas, a exemplo dos direitos públicos subjetivos⁶⁷. No presente trabalho, buscou-se evidenciar a importância dos elementos que constituem o Estado, cuja vinculação com sua concepção de constituição é imprescindível.

Ao longo do século XX, importantes autores se debruçaram sobre a temática do Direito Constitucional. Há de observar, todavia, que os estudos dedicados a essa área do Direito pouco se desvincularam da clássica concepção de um constitucionalismo vinculado ao território e à existência de documentos escritos.

Kelsen, talvez o autor mais relevante do positivismo jurídico no século XX⁶⁸, e a elaboração sofisticada do normativismo contribuíram para uma organização piramidal do ordenamento jurídico, colocando as normas constitucionais em um patamar de superioridade em relação a normas jurídicas infraconstitucionais. Em trabalho específico, dedicou-se ao estudo da jurisdição constitucional. A noção de constituição envolve um núcleo permanente (determinação da ordem estatal). Por meio dessa concepção, a constituição: “[...] é a norma que rege e elabora as leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas.”⁶⁹

Em Kelsen, a constituição em sentido material coincide com a constituição em sentido formal. Nesse sentido, a constituição por excelência é uma constituição escrita, com o intuito de determinar normativamente a condução de um Estado. Tal perspectiva, de cunho normativista, remete a uma das afirmações iniciais da Teoria Pura do Direito de Kelsen, de que “[...] a norma jurídica é um modo de observar o mundo.”⁷⁰

Sendo assim, uma vez que a constituição material deve reproduzir fielmente o que é determinado por uma constituição formal (e escrita), não há espaço de normatividade para além do Estado na teoria de Kelsen.

⁶⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. O sistema dos direitos públicos subjetivos de George Jellinek: reconstruindo as origens dos direitos fundamentais na teoria dos quatro status. In: STRECK, Lenio L.; ROCHA, Leonel S.; ENGELMANN, Wilson (Coord.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 9-24.

⁶⁸ LOSANO, Mário G. O pensamento de Norberto Bobbio: do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007. p. XX.

⁶⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 131.

⁷⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 09.

Por meio dessa construção em termos de jurisdição constitucional, Kelsen elabora sua teoria para a inconstitucionalidade das leis, decorrente de eventual irregularidade de procedimento ou contrariedade em relação ao conteúdo da constituição (formal e escrita).

Importante ponto na teoria kelseniana é o da verificação da inconstitucionalidade das leis. Para Kelsen⁷¹, esta deve estar a cargo de um órgão alheio ao Poder Legislativo:

Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais- isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.

Nesse ponto está a principal divergência de Kelsen em relação a outro importante autor da Teoria Constitucional no século XX: Carl Schmitt. Em sua teoria, contextualizada na Alemanha pós-Constituição de Weimar, parte-se de elementos constitucionais que representam, nas palavras de Dominique Rousseau⁷², a verdadeira personificação do chefe de Estado. Nesse sentido, Schmitt⁷³ afirma que o chefe de Estado representa a continuidade e permanência da unidade estatal, circunstância fundamental para a defesa um poder neutro a ser por ele exercido:

Conforme o direito positivo da Constituição de Weimar, a posição do presidente do Reich, eleito pela totalidade do povo, só pode ser construída com a ajuda de uma teoria mais desenvolvida de um poder neutro intermediário, regulador e preservador. O presidente do Reich está munido de poderes que o tornam independentes dos órgãos legislativos, embora esteja vinculado, simultaneamente, à referenda dos ministros independentes da confiança do parlamento.⁷⁴

Em análise da Constituição de Weimar- o que evidencia a importância de uma constituição escrita delimitada a território específico entre os teóricos do século XX- Schmitt dedica-se a defender que o guardião da constituição deve ser o próprio

⁷¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 150.

⁷² Afirmação proferida no Minicurso "Direito e Política no Estado Constitucional", proferido pelo Professor Dr. Dominique Rousseau no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, ocorrido nos dias 23 e 24 de abril de 2018.

⁷³ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 199.

⁷⁴ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 201.

chefe de Estado, e não estar a cargo de um tribunal constitucional como defende Kelsen. Sua análise, própria do contexto em que foi escrita, busca elementos no próprio texto constitucional para justificar a posição adotada, em que o presidente o presidente do Reich figura como o guardião da Constituição:

A Constituição busca, em especial, dar à autoridade do presidente do Reich a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão.⁷⁵

Tal divergência acerca do guardião da constituição marca o forte debate entre Kelsen e Schmitt. Em que pese as diferentes opiniões, todavia, é interessante observar o forte apego aos documentos constitucionais escritos e vinculados à noção de território, forte marca do constitucionalismo moderno.

Em avanço posterior, as elaborações de Kelsen consideram a existência de um Direito Internacional. O limite dessa consideração, todavia, esbarra em um dos pontos mais destacados da estática jurídica em Kelsen: a sanção, afinal, a única sanção aparente do Direito Internacional é a guerra.⁷⁶

Tal perspectiva, vinculada fortemente à territorialidade, acompanha muitos dos trabalhos acadêmicos em Direito Constitucional. Levando-se em conta o contexto histórico em que as obras acima citadas foram escritas, é perfeitamente justificável o apego aos elementos tradicionais do Estado.

Atualmente, todos os ministros do Supremo Tribunal Brasileiro que possuem obras dedicadas ao Direito Constitucional⁷⁷ seguem linha próxima à acima exposta. O ministro Gilmar Mendes⁷⁸, com experiência de longa data na área, define a Constituição nos seguintes termos:

O conceito de Constituição que nos será útil não se desgarrará do papel que se entende que esse instrumento deve desempenhar; por isso, o conceito de Constituição não tem como deixar de se ver carregado da ideologia do constitucionalismo. Desse movimento, como visto, a Constituição emerge como um sistema assegurador

⁷⁵ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 234.

⁷⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 132.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Composição atual**. Brasília, DF, 27 ago. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApres entacao>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 55. (Série IDP).

das liberdades, daí a expectativa que proclame direitos fundamentais. As liberdades, igualmente, são preservadas mediante a solução institucional da separação de poderes. Tudo isso, afinal, há de estar contido em um documento escrito. Quando esses traços são levados em conta, está sendo estabelecido um sentido substancial de Constituição.

Em perspectiva semelhante, o último ministro nomeado para o Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes⁷⁹, com alto número de vendas do seu curso sobre Direito Constitucional, assim define a Constituição:

Constituição, *lato sensu*, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

O outro ministro que se dedica aos estudos em Direito Constitucional, Luís Roberto Barroso⁸⁰, apresenta a seguinte definição de direito constitucional positivo:

O direito constitucional positivo é composto do conjunto de normas jurídicas em vigor que têm o status de normas constitucionais, isto é, que são dotadas de máxima hierarquia dentro do sistema. A conquista de normatividade foi capítulo decisivo na ascensão científica e institucional do direito constitucional. Adiante serão estudadas as peculiaridades das normas constitucionais e os múltiplos critérios de classificação, que as dividem, por exemplo, em princípios e regras ou em normas de organização e de conduta, em meio a muitas outras categorias.

Conforme se observa das perspectivas de Constituição e Direito Constitucional dos ministros do Supremo Tribunal Federal Brasileiro que se dedicam aos estudos na área, se conclui que a perspectiva de um documento escrito, como destaca Mendes, constituindo a lei fundamental do Estado, nos termos propostos por Moraes, que faz parte do Direito Constitucional positivo como conjunto de normas, circunstância destacada por Barroso, carrega fortes influências dos

⁷⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 6.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49.

clássicos na área, a exemplo dos trabalhos de Malberg⁸¹ e de Jellinek⁸², acima expostos.

Pode-se concluir, portanto, que a concepção de uma Constituição escrita, delimitando o exercício do poder do Estado sobre o povo que o constitui dentro de um território soberano é a perspectiva dominante na área de Direito Constitucional.

Na linha do posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, interessante pesquisa foi realizada uma pesquisa com o intuito de verificar os autores mais citados nas decisões do tribunal após a promulgação da Constituição Federal de 1988.⁸³ A pesquisa envolveu decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade entre os anos de 1988 e 2018.

Dos autores que constavam na fundamentação das decisões analisadas, José Afonso da Silva foi o mais citado, totalizando 79 (setenta e nove) menções à sua obra. Em seu livro de maior repercussão, o autor concebe o Direito Constitucional como pertencente ao Direito Público, na mesma linha de Malberg e Jellinek. Por sua vez, o Direito Constitucional é ramificado em 03 (três) subdivisões: a) Direito Constitucional Positivo ou Particular; b) Direito Constitucional Comparado; c) Direito Constitucional Geral.⁸⁴

A primeira ramificação, que dedica o título de sua obra, envolve o estudo de princípios e normas da constituição de determinado Estado. A constituição, na perspectiva do Direito Constitucional Positivo ou Particular, é a Constituição do Estado, cuja definição é a seguinte:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.⁸⁵

⁸¹ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

⁸² JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Granada: Comares, 2000.

⁸³ LORENZETTO, Bruno Meneses; KENICHE, Pedro Henrique Gallotti. José Afonso da Silva é o doutrinador mais citado pelo STF. **Conjur**, São Paulo, 06 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-06/jose-afonso-silva-doutrinador-citado-supremo-adis>>. Acesso em: 06 set. 2018.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 35.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 37.

Nessa perspectiva, a Constituição de determinado Estado, a exemplo da Constituição Federal do Brasil de 1988, seria o objeto do Direito Constitucional Positivo. Trata-se, portanto, de um documento único e escrito, organizando seus elementos constitutivos, na sequência das concepções clássicas de Malberg⁸⁶ e Jellinek⁸⁷.

Uma das outras duas ramificações envolve os estudos do Direito Constitucional Positivo de determinado país, a exemplo do Brasil e sua Constituição, com o de outros países em traços comparativos (Direito Constitucional Comparado). O Direito Constitucional Geral, por sua vez, considera as demais ramificações como um todo e observa de forma mais ampla a regulação das relações de poder na sociedade, não se limitando às análises de uma Constituição escrita.

O Direito Constitucional Geral se aproxima, de certo modo, das concepções de constituição material apontadas por Jellinek na Teoria Geral do Estado e depois retomada por Febbrajo no âmbito da Sociologia do Constitucionalismo. Nesse sentido:

*A Constituição material é concebida em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro, identifica-se com a organização total do Estado, com regime político. No segundo, designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais.*⁸⁸

Apesar dessas ramificações presentes na obra do autor, com relevante consideração acerca da noção de Constituição material, os trechos utilizados nas decisões do Supremo Tribunal Federal Brasileiro referem-se estritamente à sua concepção de Direito Constitucional Positivo, atrelada ao estudo da Constituição do Estado, como normas que organizam seus elementos constitutivos. Nessa análise, portanto, constata-se o modo como a teoria tradicional do Direito Constitucional, calcada na análise de constituições escritas vinculadas a determinado território é influente nas decisões dos tribunais atualmente.

⁸⁶ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

⁸⁷ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Granada: Comares, 2000.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 40.

O segundo autor mais citado na pesquisa⁸⁹, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁹⁰, adota integralmente a perspectiva de Kelsen acerca de Constituição:

Por organização jurídica fundamental, por Constituição em sentido jurídico, entende-se, segundo a lição de Kelsen, o conjunto das normas positivas que regem a produção do direito. Isto significa, mais explicitamente, o conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação.

Ainda que mencione rapidamente a distinção entre Constituição formal e material, não se trata de diferença semelhante à apontada por Jellinek⁹¹, Silva⁹² ou Febbrajo⁹³, mas sim da consideração de matéria constitucional que não esteja positivada exclusivamente no texto da Constituição (formal), mas também na legislação esparsa.⁹⁴ O terceiro autor mais citado na pesquisa é também ministro do Supremo Tribunal Federal Brasileiro: Gilmar Ferreira Mendes⁹⁵, tendo sido citado anteriormente.

Dos levantamentos apontados acima, pode-se concluir que a perspectiva tradicional de Constituição, vinculada a um documento único é majoritária no Supremo Tribunal Federal e na doutrina utilizada em suas decisões. Tal perspectiva, por consequência, acaba influenciando as decisões dos demais tribunais brasileiros.

A Constituição escrita que limita o poder do Estado em determinado Estado soberano, encarregada de organizar seus elementos constitutivos, com influência nas doutrinas de Malberg⁹⁶ e Jellinek⁹⁷, é muito presente no que se concebe por Direito Constitucional no Brasil.

Todavia, não apenas em autores brasileiros, mas também em trabalhos de renomados juristas de outros países esse traço estatista de Direito Constitucional é

⁸⁹ LORENZETTO, Bruno Meneses; KENICHE, Pedro Henrique Gallotti. José Afonso da Silva é o doutrinador mais citado pelo STF. **Conjur**, São Paulo, 06 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-06/jose-afonso-silva-doutrinador-citado-supremo-adis>>. Acesso em: 06 set. 2018.

⁹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

⁹¹ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Granada: Comares, 2000.

⁹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁹³ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. São Paulo: Juruá, 2016.

⁹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 41.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP).

⁹⁶ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

⁹⁷ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Granada: Comares, 2000.

verificado. Na Itália, a concepção de Bobbio⁹⁸ bem exemplifica essa linha de pensamento:

Costuma-se chamar de 'constitucionalismo' à teoria e à prática dos limites do poder: pois bem, o constitucionalismo encontra a sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não só formais, mas também materiais ao poder político, bem representados pela barreira que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e juridicamente protegidos, erguem contra a pretensão e a presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos ou dos grupos.

Em linha não muito divergente, os escritos do jurista português Canotilho⁹⁹ exemplificam linha de pensamento semelhante, utilizada até boa parte de sua trajetória acadêmica:

Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.

Por meio dessa concepção, levando-se em conta a relevância de datas históricas que marcam o surgimento de novos documentos constitucionais, dá-se ênfase ao conteúdo escrito das constituições como a garantia da limitação do poder pretendida. O objeto do Direito Constitucional passa a ser a análise, muitas vezes caracterizada por comentários, dos textos constitucionais positivados em cada país.

Há de que se levar em conta, todavia, que o fenômeno da globalização, intensificado com a queda do Muro de Berlim no final do século XX, atingiu fortemente as tradicionais concepções territoriais do Direito e do Estado. Consequentemente, o Direito Constitucional, ou seja, “[...] a parte do direito público que trata das regras ou instituições cujo conjunto forma em cada meio estatal a

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1987. p. 101.

⁹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: 2003. p. 51-52.

Constituição do Estado [...]”¹⁰⁰ também sofreu os impactos da globalização, uma vez que elementos que o vinculavam diretamente (Estado e território) foram radicalmente alterados na sociedade globalizada.

Levando-se isso em conta, o próximo item deste capítulo buscará demonstrar os efeitos da globalização no Direito Constitucional, principalmente nos tradicionais elementos constitutivos do Estado.

2.1 Direito e Globalização

O fenômeno da globalização apresenta diversas perspectivas acerca de seus problemas e de suas inovações. Em que pese as diferentes observações sobre o assunto, buscar-se-á traçar um paralelo entre leituras jurídicas sobre o tema.

Um ponto de partida- questão que será evidenciada no plano constitucional- é a diferença entre a soberania dos Estados fundada por meio da Paz de Westphalia (1648), que pôs fim à Guerra dos Trinta Anos na Europa e estabeleceu a existência de Estados soberanos, e o cenário após a queda do Muro de Berlim (1989)¹⁰¹, que impulsionou a disseminação de diversas questões para além dos Estados nacionais.

A partir da intensificação do processo de globalização, a soberania estatal passou a ser relativizada por meio da ação de sujeitos supranacionais ou transnacionais também dotados de poder político. O Estado nacional, marca da Paz de Westphalia, passou a não possuir mais o monopólio do poder político.¹⁰² A globalização, nesse sentido, representa a disseminação do processo de diferenciação funcional para todo o globo terrestre. O conceito anterior de território, explorado no primeiro item, não possui mais uma referência geográfica, mas como esfera simbólica de poder.¹⁰³

Nessa linha de pensamento, pode-se afirmar que vivemos inconscientemente em uma era de transnacionalismo. Tal perspectiva é evidenciada em trabalhos de cunho empírico e sociológico. Entre outros fatos, uma circunstância que demonstra a

¹⁰⁰ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948. p. 21. No original: “[...] *la parte del derecho público que trata de las reglas o instituciones cuyo conjunto forma en cada medio estatal la Constitución del Estado.*”

¹⁰¹ SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. **Law & Social Inquiry**, [S.l.], v.37, n. 1/2, p. 6, 2012.

¹⁰² ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Tradução de Anderson Vichenkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 57.

¹⁰³ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 91-93.

dimensão transnacional do Direito atual é citação constante de direito estrangeiro e internacional em decisões de cortes federais de diferentes países.

Seja por atores de diferentes organizações, como servidores públicos, agentes de corporações transnacionais, ativistas de organizações não governamentais e combinações híbridas, a globalização acarreta uma circulação de normas jurídicas a nível global.

Assim, o processo de transnacionalização:

[...] é o processo por meio do qual as normas são construídas e transportadas, confrontando processos legais locais que podem bloquear, adaptar, traduzir ou apropriarem-se de uma norma legal transnacional e estimular sua reavaliação- em outras palavras, gerar um *feed back* na modificação de normas legais transnacionais. ¹⁰⁴ (tradução nossa).

Como afirmado acima, a presença de intermediários, de atores públicos ou privados na mediação da circulação de normas legais é fundamental para observar o referido fenômeno. Essa perspectiva é observada desde os primeiros trabalhos acerca do pluralismo jurídico¹⁰⁵, com influência na concepção de campo jurídico de Bordieu.¹⁰⁶

Além da circulação de normas em uma perspectiva que contrapõe a ideia tradicional de território, a transnacionalização do Direito também questiona as clássicas concepções do Direito Internacional. Neste ponto, a atuação de atores privados na construção e aplicação de um Direito baseado na *lex mercatoria* evidenciam a insuficiência da personalidade jurídica internacional para a definição de questões que envolvem diferentes nações em uma sociedade globalizada. Como destaca Holmes:

O velho debate sobre *jus cogens* no direito internacional parece ser, em grande medida –embora não completamente-, dissolvido sob a pressão- não necessariamente coativa- de imperativos funcionais de

¹⁰⁴ SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. **Law & Social Inquiry**, [S.l.], v.37, n. 1/2, p. 3, 2012.

¹⁰⁵ DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito. In: FARIA, José E. **Direito e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 31.

¹⁰⁶ BOURDIEU, Pierre. **O campo econômico: a dimensão simbólica da dominação**. Campinas: Papirus, 2000.

diferentes sistemas como o mercado financeiro, a comunicação de massa, os esportes, a ciência, a saúde etc.¹⁰⁷

Nesse sentido, há diferentes focos de observação acerca do fenômeno do Direito transnacional, que pode ser um elemento derivado de uma combinação de normas coercitivas e não coercitivas, bem como pode se dar em relações bilaterais, regionais ou multilaterais, envolvendo atores estatais ou não estatais. Do mesmo modo, pode ser direcionado aos Estados, corporações ou indivíduos. O ponto que conecta a descrição do processo de transnacionalização é a constatação de que há uma migração de normas e procedimentos institucionais que migram para além das fronteiras dos Estados.

Levando-se em conta que o ponto em comum é a circulação e migração de normas para além das fronteiras dos Estados, diversas são as espécies de normas a serem observadas, podendo envolver tratados internacionais, *soft law*, códigos e *standards* de organizações transnacionais ou, ainda, modelos legais produzidos por atores transnacionais, desde que se constate a circulação de referidas normas em um ambiente transnacional. A observação pode também envolver uma combinação entre as espécies normativas referidas.

Nas palavras de Shaffer:

Nós definimos o conceito de Direito Transnacional como a Construção Transnacional e o curso de Normas Legais, por constatações empíricas, como o Direito em que atores transnacionais, sejam eles instituições transnacionais ou redes transnacionais de atores públicos ou privados, com o intuito de construir e difundir normas legais, ainda que a norma legal tenha sido em grande parte adotada por um modelo legal nacional por um Estado poderoso como os Estados Unidos.¹⁰⁸

Referida perspectiva pode envolver observações em diferentes áreas do Direito, tais como Direitos Humanos, Direito Penal e Direito Comercial. Todavia, como a questão de fundo é a circulação de normas legais entre diferentes Estados,

¹⁰⁷ HOLMES, Pablo. O constitucionalismo entre a fragmentação e a privatização: problemas evolutivos do direito e da política na era da governança global. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1141, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582014000401137&script=sci_abstract&lng=pt>. Acesso em: 23 set. 2018.

¹⁰⁸ SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. **Law & Social Inquiry**, [S.l.], v.37, n. 1/2, p. 11, 2012. No original: "We thus define the concept of Transnational Law as Transnational Construction and Flow of Legal Norms, for heuristic purposes, as law in which transnational actors, be they transnational institutions or transnational networks of public or private actors, play a role in constructing and diffusing legal norms, even if the legal norm is taken in large part from a national legal model, such as a powerful state like United States."

colocando categorias clássicas como as de soberania e território em questionamento, o ponto central da discussão envolve um tema de Direito Constitucional.

Há diferentes níveis de circulação de normas legais. Há casos em que há a regulação de determinada área pelo sistema jurídico nacional, o que, aparentemente, pode-se observar como uma simples questão de construção do ordenamento jurídico pátrio. Todavia, em um ponto de observação diverso, pode-se contatar o modo como significativamente há uma modelagem do Direito nacional por meio da construção e circulação de normas a nível transnacional.

Neste ponto, a partir de estudos empíricos que evidenciam a influência transnacional da regulamentação da educação primária nos Estados Unidos, a exemplo da constatação de Kim e Boyle¹⁰⁹, bem como dos serviços municipais de fornecimento de água, estudo de Morgan¹¹⁰, demonstra-se como questões aparentemente resolvidas por meio de deliberação a nível nacional, na verdade possuem forte influência de construções transnacionais de normas legais.

Em sentido semelhante, enfatiza os padrões e mecanismos utilizados a nível transnacional para o combate ao delito de lavagem de dinheiro. Neste ponto – questão com maior relevância para o autor- cita o importante trabalho de Maira Rocha Machado¹¹¹ em estudo acerca das adoções de parâmetros transnacionais para a apuração da Lavagem de Dinheiro no Brasil e na Argentina.

O estudo de Maira Rocha Machado enfatiza a atuação do c na persecução do delito de lavagem de dinheiro a nível global. Sua intenção no trabalho foi demonstrar o impacto das recomendações elaboradas pelo Grupo de Ação Financeira Internacional no Brasil e na Argentina.

Em relação ao tema lavagem de dinheiro, o Grupo de Ação Financeira Internacional busca desenvolver uma coletânea de normas legais denominada de *Anti-Money Laundering Order* (AMLO). Tal compêndio é esboçado em um documento

¹⁰⁹ BOYLE, Elizabeth; KIM, Minzee. Neoliberalism, transnational education norms, and education spending in the developing world, 1983-2004. **Law and Social Inquiry**, [S.l.], v. 37, n. 2, p. 367-394, 2012.

¹¹⁰ MORGAN, Bronwen, "Comparative regulatory regimes in water service delivery: emerging contours of global water welfarism?" **Comparative Research in Law & Political Economy**. Research Paper, [S.l.], n. 33, 2008.

¹¹¹ MACHADO, Maira. Similar in their differences: transnational legal processes addressing money laundering in Brazil and Argentina. **Law & Social Inquiry**, [S.l.], n. 37, p. 330-366, 2012.

denominado de “*Forty Recommendations*”¹¹², cuja primeira versão começou a ser preparada em 1990. A proposta é atualizada ao passar do tempo, tendo sido alterada ultimamente em 2012.

Na esteira da *Anti-Money Laundering Order* (AMLO), Maira Rocha Machado¹¹³ procura verificar, por meio de entrevistas com atores envolvidos, a criação de uma inteligência financeira no Brasil por meio das influências dos padrões transnacionais esboçados nas recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional. Como resultados práticos, aponta a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) no ano de 1998, a elaboração do Bacenjud, um sistema integrado para controle do fluxo monetário entre Poder Judiciário e Banco Central, e a obrigação dos bancos informarem a existência de transações suspeitas. Ademais, evidencia a produção e aprovação de lei sobre lavagem de dinheiro no território nacional (Lei Nº 9.613/1998¹¹⁴, posteriormente alterada pela Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012¹¹⁵.)

Todos esses fenômenos, segundo Maira Rocha Machado¹¹⁶, foram influenciados por normas legais e padrões elaborados a nível transnacional, evidenciando a circulação normativa descrita por Shaffer¹¹⁷. Ademais, referido fluxo foi mediado por intermediários que, neste caso, foram atores públicos, ou seja, integrantes do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), de representantes do Banco Central Brasileiro e de representantes do Brasil no Grupo de Ação Financeira Internacional.

O fluxo de normas legais apontado por Shaffer e exemplificado por Maira Rocha Machado demonstra o modo como o Direito tem sido alterado pelo fenômeno

¹¹²). FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF **40 recommendations**, Paris, 15 Feb. 2012. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

¹¹³ MACHADO, Maira. Similar in their differences: transnational legal processes addressing money laundering in Brazil and Argentina. **Law & Social Inquiry**, [S.I.], n. 37, p. 330-366, 2012.

¹¹⁴ BRASIL. **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19613.htm>. Acesso em: 08 jun. 2018.

¹¹⁵ BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei no 9.613, de 03 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 08 jun. 2018.

¹¹⁶ MACHADO, Maira. Similar in their differences: transnational legal processes addressing money laundering in Brazil and Argentina. **Law & Social Inquiry**, [S.I.], n. 37, p. 330-366, 2012.

¹¹⁷ SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. **Law & Social Inquiry**, [S.I.], v. 37, n. 1/2, p. 229-264, 2012.

da globalização. As pressões pela adoção de parâmetros internacionais nas instituições não envolve tão somente a matéria de Direitos Humanos, ponto enfatizado por Thornhill¹¹⁸, mas também diversos outros pontos, tais como a lavagem de dinheiro, formação de cartéis e violação de direitos autorais.¹¹⁹

2.2 A Globalização e o Constitucionalismo

Como se viu no item anterior, o processo de globalização no Direito resulta em uma alteração na estrutura do Estado, com conseqüente enfraquecimento natural do Poder Legislativo por meio dos processos de transnacionalização do Direito. O caso da lavagem de dinheiro citado por Maira Rocha Machado¹²⁰ é uma das evidências dessa questão.¹²¹

A questão da eventual legitimidade é um dos pontos mencionados por Shaffer na questão. Ponto central, todavia é a oportunidade da utilização de mecanismos de coerção estatais no momento em que uma norma legal de natureza transnacional é aplicada por um dos Estados nacionais.

A partir dessa possibilidade, retomando a menção inicial ao Direito Internacional, resolve-se a questão da inexistência de sanção diversa à guerra apontada por Kelsen¹²². Com a assimetria de níveis (nacional e internacional), passa-se a ter uma norma elaborada a nível internacional, mas que, uma vez adotada pelo Estado, passa a ter à disposição para aplicação os métodos estatais de coerção.¹²³

No Direito Constitucional, iniciando investigação que posteriormente seria denominada de Fragmentos Constitucionais, Teubner¹²⁴ retoma alguns dos pontos importantes dos estudos de Erlich¹²⁵ acerca de um Direito vivo para sustentar a existência de uma “*Bukowina global*”, a partir da constatação de que diferentes

¹¹⁸ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016.

¹¹⁹ SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. **Law & Social Inquiry**, [S.l.], v. 37, n. 1/2, p. 21, 2012.

¹²⁰ MACHADO, Maira. Similar in their differences: transnational legal processes addressing money laundering in Brazil and Argentina. **Law & Social Inquiry**, [S.l.], n. 37, p. 330-366, 2012.

¹²¹ SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. **Law & Social Inquiry**, [S.l.], v.37, n. 1/2, p. 24, 2012.

¹²² KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 132.

¹²³ SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. **Law & Social Inquiry**, [S.l.], v.37, n. 1/2, p. 44, 2012.

¹²⁴ TEUBNER, Günther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso**: Revista de Ciências Sociais e Humanas, [S.l.], v. 14, p. 10, 2003.

¹²⁵ EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1986.

atores são dotados de relativa autonomia, com capacidade de construção de ordenamentos jurídicos próprios.

A globalização, assim como os autores anteriores, é o ponto de partida para a sua constatação.¹²⁶ A análise, todavia, é feita com o referencial teórico da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann¹²⁷, motivo pelo qual se fazem importantes alguns esclarecimentos acerca de conceitos luhmannianos antes.

Para Luhmann¹²⁸, a sociedade é composta pela comunicação. A partir das infinitas ramificações que esse elemento pode assumir, a sociedade moderna diferencia-se em diversos sistemas sociais. Em uma semântica histórica, pode-se afirmar que o impulso do capitalismo ao longo do século XVIII foi fundamental para que a sociedade se tornasse diferenciada em sistemas. Mas qual a função de cada um desses sistemas?

Inicialmente, os sistemas possuem a função de reduzir a complexidade inerente ao contexto social. Levando-se em conta a possibilidade infinita de comunicação, cada sistema possui a função de selecionar no ambiente social o que corresponde à sua comunicação própria.

Essa seleção é feita por meio de códigos binários. A partir deles, formam-se os diferentes sistemas sociais, cada um com um tipo peculiar de comunicação selecionada por meio de seu código. Nesse contexto, surgem os sistemas do Direito (Direito/não Direito); da Economia (Lucro/não Lucro) e da Política (Governo/Oposição). Além do código binário, alguns sistemas possuem meios de comunicação simbolicamente generalizados, como o dinheiro na Economia e o Poder na Política.

Para Luhmann¹²⁹, a comunicação é dotada de sentido por meio de um dos códigos dos diferentes sistemas sociais. No interior de cada sistema, baseados em uma distinção sistema/ambiente, há organizações, também podendo ser denominadas de subsistemas, que são encarregadas do processo de tomada de decisão sistêmico. No Direito há os tribunais como centro do sistema jurídico. Na

¹²⁶ TEUBNER, Günther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso**: Revista de Ciências Sociais e Humanas, [S.l.], v. 14, p. 13, 2003.

¹²⁷ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

¹²⁸ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

¹²⁹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

Política há o Estado, com sua capacitada de tomar decisões coletivamente vinculantes.

Além da existência de sistemas sociais funcionalmente diferenciados, há pontes de interconexão sistêmica que permitem um acoplamento entre as estruturas de diferentes sistemas. A isso Luhmann denomina de acoplamento estrutural. Entre os sistemas do Direito e da Política, a partir de uma aquisição evolutiva ocorrida ao longo da história, as constituições representam esse acoplamento estrutural, ao passo que todas as decisões políticas, observadas por meio do código Governo/Oposição e do meio de comunicação simbolicamente generalizado Poder, devem necessariamente se referir a uma comunicação do Sistema do Direito, ou seja, ao mesmo tempo integrarem a codificação jurídica Direito/não Direito.

A Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann pode ser considerada como uma teoria radicalmente elaborada a partir dos pressupostos da globalização. Partindo de uma superação do nacionalismo metodológico, a teoria luhmanniana pretende observar o que Luhmann denomina de sociedade mundial, caracterizada pela infinita reprodução da comunicação no sistema social. Tal circunstância, todavia, não despreza a observação da evolução da diferenciação funcional em diferentes regiões do mundo por meio da diferença sociedade mundial/região.¹³⁰

Mesmo assim, alguns dos pontos da Teoria dos Sistemas Sociais têm sido colocados em discussão atualmente, principalmente por atores do pluralismo jurídico, como o próprio Teubner¹³¹. Para Luhmann¹³², há o centro do Sistema do Direito que, em todo caso, definirá o que se considera ou não como jurídico. Esse centro é o Tribunal. Em tom semelhante, o centro do Sistema da Política é o Estado, encarregado de tomar decisões coletivamente vinculantes. Todavia, questão evidenciada por Teubner¹³³, como outros autores acima citados, cada vez mais o Estado tem perdido a centralidade do Sistema do Direito, circunstância evidenciada pelo fato de que muitas normas que hoje podem ser consideradas jurídicas não são produzidas pelo Estado.

¹³⁰ MASCAREÑO, Aldo. **Diferenciación y contingencia en América Latina**. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2010.

¹³¹ TEUBNER, Günther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso**: Revista de Ciências Sociais e Humanas, [S.l.], v. 14, p. 9-32, 2003.

¹³² LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002. p. 360.

¹³³ TEUBNER, Günther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso**: Revista de Ciências Sociais e Humanas, [S.l.], v. 14, p. 9-32, 2003.

Referidos sistemas (do Direito e da Política) não têm a capacidade de globalizarem-se facilmente, a exemplo de outros sistemas como o da Economia e o da Religião. A partir dessa constatação, com elementos da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann¹³⁴, Teubner¹³⁵ afirma que o Sistema da Política atingiu uma mera “proto-globalidade”, com relações fracas entre os níveis nacional e transnacional. Nesse sentido, o acoplamento estrutural existente entre os sistemas do Direito e da Política, que formam a Constituição em Luhmann¹³⁶, resta enfraquecido em uma sociedade global.

Para Teubner¹³⁷, portanto, a partir da globalização, é possível constatar como as normas jurídicas não são mais produzidas exclusivamente pelo Estado (Sistema da Política), mas também por outros atores dotados de autonomia. Nesse sentido:

O pluralismo jurídico, então, não estará mais definido por um grupo de normas sociais conflitantes num determinado campo social, mas como coexistência de diferentes processos comunicativos que observam ações sociais na ótica do código binário direito/não-direito.

O código Direito/não Direito, na perspectiva do referido autor, não deve mais ser entendido (como é em Luhmann) como sinônimo de Direito estatal, questão que retoma a discussão acerca da (in) existência de sanção já colocada por Kelsen¹³⁸ e Shaffer¹³⁹. Assim, em um mundo de pluralismo jurídico, sem a existência de um Sistema do Direito global sustentado em um Sistema da Política também globalizado, a codificação binária Direito/não Direito restaria enfraquecida, com a abertura para um espaço de fragmentação constitucional.¹⁴⁰

Como se viu ao longo do capítulo, autores divergem acerca dos elementos que evidenciam a existência de um pluralismo jurídico. Paralelamente, há um ponto em comum que os conecta: a circunstância de que o fenômeno da globalização impulsionou os estudos acima mencionados.

¹³⁴ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

¹³⁵ TEUBNER, Günther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, [S.l.], v. 14, p. 20, 2003.

¹³⁶ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002.

¹³⁷ TEUBNER, Günther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, [S.l.], v. 14, p. 20, 2003.

¹³⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹³⁹ SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. **Law & Social Inquiry**, [S.l.], v.37, n. 1/2, p. 24, 2012.

¹⁴⁰ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

Nessas pesquisas, há a constatação de que diferentes áreas do Direito foram alteradas na perspectiva de um mundo globalizado. Ao mesmo tempo, observa-se que os pontos centrais de discussão envolvem elementos constitucionais tradicionais (território e soberania)¹⁴¹, evidenciando que a questão de fundo colocada pelos autores da globalização é um problema próprio do constitucionalismo.

Isso comprova, como afirma Tushnet¹⁴², que a globalização do Direito Constitucional é inevitável. Assim, resta aos estudiosos do constitucionalismo a elaboração de pesquisas que adequem teoricamente essa área do Direito aos efeitos da globalização. Tal perspectiva tem sido feita por pesquisadores da Sociologia das Constituições, a exemplo dos trabalhos de Febbrajo¹⁴³, Neves¹⁴⁴, Teubner¹⁴⁵, Thornhill¹⁴⁶ e Vesting¹⁴⁷, como se demonstrará a seguir.

¹⁴¹ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948. p. 21.

¹⁴² TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. **Virginia Journal of International Law**, [S.l.], v. 49, n. 4, p. 985-1006, 2009.

¹⁴³ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. São Paulo: Juruá, 2016.

¹⁴⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹⁴⁵ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁴⁶ THORNHILL, Chris. **A sociology of constitutions**. Constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. New York: Cambridge University Press, 2011.

¹⁴⁷ VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Elgar, 2018.

3 A SOCIOLOGIA DAS CONSTITUIÇÕES

Cientes de que os desafios atuais da sociedade mundial necessitam de um referencial teórico apto ao enfrentamento de problemas contemporâneos, diversos autores têm se debruçado na construção de teorias adequadas à compreensão do processo de globalização que atinge o Direito Constitucional. Nessa proposta, os avanços das questões constitucionais para além das fronteiras dos Estados nacionais ganham destaque.

Antes de observar os recentes estudos em Sociologia das Constituições, diretamente dedicados a essa problemática no âmbito teórico, faz-se importante observar o movimento de adaptação de autores tradicionais em Direito Constitucional, que aos poucos adequaram suas perspectivas aos atuais fenômenos do constitucionalismo na globalização.

Em Portugal, Canotilho¹⁴⁸ constatou o recente movimento de interconstitucionalidade impulsionado na União Europeia, com o importante diálogo constitucional entre União e Estados. Assim, evoluiu em relação a sua concepção tradicional de Constituição dirigente, vinculada estritamente a determinado território.¹⁴⁹ Nos Estados Unidos, Ackermann¹⁵⁰, ciente dos efeitos da globalização, passou a defender a superação de um modelo jurídico “provincialista” de Direito Constitucional.

Há de se destacar nessas duas observações a diferença entre o Direito Constitucional de circulação facilitada no modelo da União Europeia, com a existência de uma estrutura jurídica acima dos Estados, e o modelo dos Estados Unidos, que, mesmo sem a facilitação do modelo europeu, acaba pressionado pelas decisões tomadas no cenário internacional. Nesse sentido: “[...] é fato de que o corpo de tratados internacionais- com alguma aparência de autoridade- quando faz parte em uma decisão, faz pressão contra argumentos baseados exclusivamente no Direito Constitucional nacional.”¹⁵¹

¹⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **'Brançosos' e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

¹⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1982.

¹⁵⁰ ACKERMAN, Bruce. A ascensão do constitucionalismo mundial. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). **A constituição do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 89-111.

¹⁵¹ No original: “But the very fact that the international treaty body- with some semblance of authority- has made a decision will assert some pressure against the arguments premised solely on domestic constitutional law.” TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. **Virginia Journal of International Law**, [S.l.], v. 49, n. 4, p. 07, 2009.

Observando de uma perspectiva de considerações realizadas por um autor norte-americano, há de se concluir que a questão da influência de normas de origem extranacional nas decisões em problemas comuns a nível global não é exclusiva de países que possuem estrutura própria para isso, como a União Europeia. A utilização de normas e decisões do cenário internacional para a resolução de problemas comuns é questão mundial atualmente, fortemente utilizada quando os argumentos jurídicos existentes no plano nacional são insuficientes para os casos colocados à decisão. Essas pressões alteram substancialmente o Direito Constitucional.¹⁵²

Passadas essas observações de importantes autores que adaptaram suas concepções para observar os impactos da globalização, há de se observar os importantes estudos em Sociologia das Constituições, que partem diretamente da perspectiva do fenômeno globalizante e do diálogo entre diferentes sistemas sociais na sociedade mundial.

No âmbito teórico, passa-se de uma concepção normativa do Direito Constitucional, cujo ponto de partida é a consideração de um ordenamento piramidal- com a Constituição em destaque no território de cada país- para uma observação policêntrica de problemas jurídicos comuns que são apresentados em na perspectiva de uma sociedade mundial. Como destaca Febbrajo¹⁵³:

A imagem tranquilizadora, fornecida pelo positivismo jurídico, de uma constituição posta no vértice das normas do direito é assim corrigida por uma representação policêntrica em que os fatores sociais de diversa natureza desempenham um papel importante ao lado dos fatores jurídicos, e o direito é explicado com e na sociedade, ao invés de somente com o direito.

Acerca dessa questão é possível observar historicamente que a limitação do poder político por meio de pressupostos jurídicos é fenômeno anterior à elaboração das primeiras constituições escritas. No final do século XII e início do século XIII na Europa, a utilização de princípios do Direito Romano contribuiu para a formação do que se passou a conceber como Direito Público.

¹⁵² TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. **Virginia Journal of International Law**, [S.l.], v. 49, n. 4, p. 19, 2009.

¹⁵³ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016. p. 18.

Com o intuito de centralização das decisões em um ambiente de vasta descentralização do poder, princípios do Direito Romano eram evocados na fundamentação de decisões políticas de uma estrutura anterior ao Estado, que pretendia justamente unificar o ambiente de fragmentação existente no feudalismo.¹⁵⁴

Na medida em que cada decisão política oriunda dessa estrutura passou a prescindir de um fundamento jurídico (princípios do Direito Romano nesse caso), formou-se sociologicamente uma cultura de uma conexão imprescindível entre poder e Direito. Para Thornhill, a formalização da utilização do meio de comunicação simbolicamente generalizado Poder é que caracteriza a função da Constituição. Nesse sentido, destaca Teubner¹⁵⁵: A função das constituições, para Thornhill, é a “formalização” do Poder enquanto meio de comunicação. Essa formalização é a “condição autoproduzida em prol da autonomia positiva e diferenciada de poder.”

Ao longo da história, uma vez consolidada a relação estrita entre Política e Direito, a necessidade de afirmar documentalmente os limites jurídicos do atuar político restou cada vez mais evidenciada. Tal circunstância é exemplificada nos documentos esparsos que sintetizam a história constitucional da Inglaterra, bem como nos documentos únicos e declarações que simbolizam os eventos revolucionários de Estados Unidos e França. Esses momentos históricos ilustram o momento de elaboração das Constituições clássicas:

Isso pode ser ilustrado por meio da observação das diferentes revoluções constitucionais, que começaram na Inglaterra em 1688 e terminaram em 1795 no período pós –Termidoriano na França, marcando a divisão entre formas típicas de inclusão da sociedade do início da modernidade e as típicas da modernidade, cuja ordem social era relativamente funcionalmente diferenciada.¹⁵⁶

A presença massiva de constituições delimitadas por meio de um documento único, impulsionadas por esses eventos históricos, influenciou diretamente os

¹⁵⁴ THORNHILL, Chris. **A sociology of constitutions**. Constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 32-38.

¹⁵⁵ TEUBNER, Gunther. Constitucionalismo social: nove variações sobre o tema proposto por David Sciulli. In: CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (Org.). **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 137.

¹⁵⁶ No original: “It can be illustrated through observation of the different constitutional revolutions, which, beginning in 1688 in England and ending in 1795 in post-Thermidorian France, marked the division between the inclusionary forms typical of early modern society and those typical of modern relatively differentiated social order.” THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions: social foundations of the post-national legal structure**. London: Cambridge, 2016. p. 32.

estudos estritos do constitucionalismo a serem realizados nos limites de cada Estado nacional, a exemplo do normativismo¹⁵⁷ e outras perspectivas¹⁵⁸ amplamente debatidas ao longo do século XX, mencionadas no primeiro capítulo do presente trabalho. Em síntese, o nacionalismo metodológico é o modo de observação dessas teorias.

Há de se destacar, por outro lado, que historicamente, muito antes da elaboração das primeiras constituições escritas, já havia essa interconexão entre Direito e Política, a exemplo da utilização de princípios do Direito Romano para justificar as decisões da Política ao longo do final do século XII e início do século XIII.¹⁵⁹

Com o fenômeno da globalização e a disseminação das relações entre Direito e Política para além das fronteiras dos Estados nacionais, a observação do processo de formação das Constituições é de fundamental importância para a compreensão e proposição de alternativas às problemáticas atuais, uma vez que as análises estritas de constituições escritas limitadas a determinado território estatal se mostram insuficientes para a observação dos novos processos de constitucionalização. Nessa proposta é que a Sociologia das Constituições se enquadra.

Afirma Teubner¹⁶⁰ que a visão tradicional no constitucionalismo, atrelada estritamente à ideia de uma Constituição única centrada na figura do Estado afronta diretamente os novos desafios do Direito Constitucional:

Essa visão afronta a sociologia constitucional com três desafios diferentes: (1) analisar de forma empírica os processos contínuos de constitucionalização para além do Estado-nação; (2) desenvolver uma teoria para o constitucionalismo social; (3) identificar os problemas constitucionais no âmago de diferentes setores sociais e criar alternativas e soluções estruturais que, em seguida, permitam ao direito constitucional reinterpretar esses problemas em sua própria língua e desenvolver normas e princípios constitucionais.

¹⁵⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

¹⁵⁸ SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹⁵⁹ THORNHILL, Chris. **A sociology of constitutions**. Constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 32-38.

¹⁶⁰ TEUBNER, Gunther. Constitucionalismo social: nove variações sobre o tema proposto por David Sciulli. In: CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (Org.). **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 132.

Por um lado, a Constituição pode ser considerada como o documento único que demarca os limites da atuação estatal dentro de determinado território, a exemplo das definições clássicas e menções dos autores mais citados na doutrina, em decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro, bem como na concepção dos ministros do Tribunal que escrevem na área de Direito Constitucional citados no primeiro capítulo do presente trabalho. Por outro, em uma observação sociológica, parte-se da perspectiva da Constituição como o acoplamento estrutural, ponte de conexão entre sistemas, que medeia as relações entre política e Direito. Para essa perspectiva, de cunho sociológico, a Constituição possui as seguintes características:

Na perspectiva aqui apontada, a Constituição possui as seguintes características: é uma ordem legal impactando no exercício do poder político que: (a) contém o estabelecimento de uma presunção efetiva de Direito Público de acordo com princípios ou convenções consideradas Direito, que (a) não podem (sem discussão pública prévia) serem suspensos; (b) pode compelir ou restringir notoriamente a utilização do poder em funções públicas ou privadas; (c) atribui poderes no interior do Estado e abrange alguma forma de representação popular considerada importante politicamente para todos os setores da sociedade; e (d) expressa uma distinção legal entre o Estado e pessoas que assumem temporariamente papéis políticos para o cumprimento de funções estatais.¹⁶¹ (tradução nossa).

A Sociologia das Constituições, portanto, pretende contribuir para o Direito Constitucional de forma não excludente, mas complementar em relação à perspectiva normativista. Inicialmente, são retomados pontos históricos de formação do constitucionalismo, demonstrando que um documento único não é imprescindível para afirmar a existência de uma Constituição, a exemplo da utilização de princípios do Direito Romano acima mencionados.

¹⁶¹ No original: "On the account offered here, in sum, a constitution has the following features. It is a legal order impacting on the exercise of political power that: (a) contains an effectively established presumption of public rule in accordance with principles or conventions, expressed as law, that (a) cannot easily (i.e. without societally unsettling controversy) be suspended; (b) is designed to constrain or restrict egregiously mandatory use of power in both public and private functions; (c) allocates powers within the state itself, and comprises some form of popular/political representation in respect of questions perceived as possession importance for all politically relevant sectors of society; and (d) express a legal distinction between the form of the state and those persons assuming authority to borrow and enforce the power stored within the state." THORNHILL, Chris. **A sociology of constitutions**. Constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 10-11.

A ideia moderna de Constituição permanece. Todavia, a distinção entre suas perspectivas formal e material faz-se importante em um ambiente de sociedade globalizada, como destaca Febbrajo¹⁶²:

[...] a distinção entre a Constituição formal e a material é estritamente ligada à distinção entre a Constituição como é declarada e como ela é socialmente implementada; que uma abordagem sociojurídica tem de definir, de um lado, as diferenças estruturais e, por outro, as possíveis complementariedades funcionais entre a ordem normativa estatal e as muitas ordens normativas coexistindo em uma dada sociedade.

Em sentido complementar, faz-se importante ressaltar a relevância de novos documentos constitucionais ao longo da história para a afirmação de novas fases e perspectivas do constitucionalismo, a exemplo do grande processo de constitucionalização pós-Segunda Guerra Mundial na Europa¹⁶³ e de redemocratização nas democracias latino-americanas¹⁶⁴, ambos explorados por diferentes autores em variados pontos de vista.

A questão colocada à prova no âmbito acadêmico é o da adaptação dos pressupostos presentes em um documento único (Constituição) limitado ao território de determinado Estado nacional, na medida em que os problemas atuais envolvem questões comuns existentes na globalização, necessitando de um referencial teórico que considere a Constituição na sua relação com outros âmbitos da sociedade, não estritamente limitada à figura do Estado, cuja limitação dar-se-ia pela presença de um documento constitucional único. Em síntese, diversos aspectos do Direito Constitucional são desafiadores à sociologia atualmente.

Por meio dessa problemática, diversos assuntos e perspectivas surgiram no âmbito da Sociologia das Constituições. Todas as propostas partiram da consideração da Constituição em um ambiente de alta complexidade social, como descrito pela Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann¹⁶⁵. Esse arcabouço teórico foi

¹⁶² FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016. p. 58.

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹⁶⁴ CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 8, n. 1, 1º quadrimestre, 2013. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 19 jul. 2018.

¹⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

o que impulsionou os estudos de adaptação do Direito Constitucional em relação ao fenômeno da globalização. A compreensão da Constituição na Teoria dos Sistemas Sociais é imprescindível, portanto, para a contextualização teórica dos estudos em Sociologia das Constituições. Por isso, será objeto do próximo item.

3.1 A Constituição na Teoria dos Sistemas Sociais

A Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann¹⁶⁶ representa uma mudança significativa na sociologia. Em termos epistemológicos, aprofundando pontos também explorados pelos clássicos Durkheim¹⁶⁷, Marx¹⁶⁸ e Weber¹⁶⁹, o autor se afasta do paradigma filosófico ocidental no que tange à centralidade do sujeito como ponto de observação dos problemas da sociedade. Luhmann denomina essa linha de teorias anteriores como “velho pensamento europeu”, caracterizada pela insistência na utilização do conceito de “sujeito racional”, cuja irracionalidade seria a oposição, para o enfrentamento dos dilemas sociais.¹⁷⁰

Por meio dessa crítica, aproxima-se da linha de Parsons¹⁷¹, influenciado por Durkheim, trabalhando em uma teoria funcionalista da sociedade. A teoria parsoniana é estrutural funcionalista, ao afirmar que há determinadas estruturas que condicionam as funções da sociedade. Para Luhmann, invertendo essa lógica, há funções que condicionam as estruturas formadas na sociedade; estruturas que passará a denominar de sistemas.¹⁷²

Uma vez que não pode mais ser concebida como sendo formada por sujeitos (racionais) que decidem, a sociedade é constituída pela comunicação.¹⁷³ Isso é o que autoproduz a sociedade. No amplo ambiente da sociedade, no qual os sujeitos

¹⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

¹⁶⁷ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

¹⁶⁸ MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.

¹⁶⁹ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1991.

¹⁷⁰ PISARRA, João. Prefácio. In: LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Selecção a apresentação de João Pisarra. Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, 1992. p. 7. grifo nosso.

¹⁷¹ PARSONS, Talcott; BALES, Robert F.; SHILS, Edward A. **Apuntes sobre la teoría de la acción**. Buenos Aires: Amorrortu, 1970.

¹⁷² LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Introducción e traducción de Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Paidós, 1990.

¹⁷³ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Selecção a apresentação de João Pisarra. Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, 1992.

participam (comunicam), há diferentes possibilidades de comunicação, afinal, posso comunicar acerca de diferentes assuntos, com diferentes interesses. Essa ampla possibilidade de comunicação Luhmann¹⁷⁴ denomina de complexidade. Além da comunicação realizada na relação entre sujeito e sistema, há a difusão de informações pelos meios de comunicação de massa, outro aspecto da teoria luhmanniana.¹⁷⁵

Com a função específica de reduzir a complexidade, na perspectiva funcional-estruturalista de Luhmann, em que a função precede a estrutura, ao longo da história passam a se autoproduzirem os sistemas sociais. Em um amplo ambiente de comunicação, a sociedade, diferentes sistemas passam a selecionar comunicações que lhe são próprias, reduzindo a complexidade do sistema social. Essa seleção é feita por meio de códigos binários e meios de comunicação simbolicamente generalizados.¹⁷⁶

Para o Direito, interessa a comunicação jurídica, selecionada por meio do código direito/ não direito. Para a Política, o meio de comunicação simbolicamente generalizado “poder” é aplicado a partir da codificação binária governo/oposição. A Economia, por meio do dinheiro, seleciona as comunicações observadas a partir da lógica lucro/ não lucro, e, assim, sucessivamente, formam-se os diferentes sistemas sociais ao longo da história.¹⁷⁷

A capacidade do sistema de selecionar de modo autônomo a comunicação que lhe pertence é denominada por Luhmann de autopoiese, conceito utilizado com base nas teorias biológicas de Maturana e Varela¹⁷⁸. Diz-se que um sistema é autopoietico na medida em que seleciona sua própria comunicação por meio do código binário que lhe é específico.

¹⁷⁴ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 36.

¹⁷⁵ LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo, 2005.

¹⁷⁶ LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. São Paulo: Lumen Juris, 2004. p. 33- 143.

¹⁷⁷ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 561.

¹⁷⁸ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **El árbol del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano**. Madrid: Debate, 1996.

Na obra de Maturana¹⁷⁹ acerca dos seres vivos, o autor utiliza o exemplo da célula, que a partir do ambiente que o circunda, com diversos elementos, seleciona tão somente os necessários para a sua reprodução de modo autônomo. Isso compõe a autopoiese dos seres vivos, na medida em que eles próprios selecionam os elementos presentes no seu entorno.

Por sua vez, na dinâmica dos sistemas sociais, Luhmann considera que há um ambiente infinito de comunicação compondo a sociedade. Como pertencentes a esse contexto, os diferentes sistemas sociais formados ao longo da evolução selecionam os elementos que lhe são próprios mediante a distinção realizada por meio de códigos binários. A comunicação compõe os elementos do sistema social, portanto. Os sistemas, nessa dinâmica, diferenciam-se um do outro na medida em que selecionam comunicações que lhe são próprias.¹⁸⁰

A utilização da comunicação pertencente aos diferentes sistemas manifesta-se tanto no cotidiano social quanto no âmbito das organizações.¹⁸¹ Quando alguém pede “-a conta, por favor!” em um restaurante, pode-se imaginar a multiplicidade de atos jurídicos envolvidos nesse pedido. Todavia, não se trata, ainda, de uma comunicação jurídica. Por sua vez, quando um sujeito exige determinada informação em uma repartição pública afirmando “-eu tenho direito a essa informação” há de se constatar que o código direito/não direito faz parte direta da comunicação proferida. Esse é um exemplo de manifestação da comunicação jurídica no cotidiano, evidenciando que foi efetuada uma distinção entre direito e não direito.¹⁸²

O sujeito, nessa perspectiva, contraponto do o “velho pensamento europeu”, pertence ao entorno do sistema social, acionando cada diferente sistema de comunicação no seu ato de comunicar. Estando no entorno de cada sistema social, o sujeito é também fonte infinita de expectativas em relação a novas possibilidades de comunicação. A estabilização dessas expectativas é a função do Direito, na medida em que busca selecioná-las para o interior do sistema, transformando-as em comunicações jurídicas.

¹⁷⁹ MATURANA, Humberto R. **De máquinas e seres vivos: autopoiese, a organização do vivo**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

¹⁸⁰ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general**. Barcelona: Anthropos, 1998.

¹⁸¹ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. Santiago: Universidad Iberoamericana, 2005.

¹⁸² LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 90.

Desse modo, Luhmann¹⁸³ afirma que a comunicação é a criação intersubjetiva de sentido. No cotidiano, cada vez que um sujeito, que pertence ao entorno do sistema social, comunica-se a partir da distinção direito/ não direito, está necessariamente operando uma comunicação do Sistema do Direito. No exemplo mencionado no parágrafo anterior “-eu tenho direito a essa informação”, observa-se que na multiplicidade de comunicações possíveis no mundo, a comunicação realizada partiu da distinção direito/não direito. A informação proferida pelo emissor só passa a ter sentido na medida em que integra ou não o Sistema do Direito. Constitui-se, nesse caso, uma comunicação jurídica.

No nível das organizações, subsistemas encarregados de decidir no interior de cada sistema, as operações caracterizam a autonomia sistêmica. No caso do Direito, o Tribunal opera e decide a partir de distinções baseadas no código direito/não direito. Para a realização recursiva de operações, considera o que se decidiu até o momento, bem como o que passará a ser decidido- questões que fecham operativamente o sistema:

[...] a distinção de um sistema do direito operativamente fechado se dá por referências recursivas de operações jurídicas a operações jurídicas. Como todo sistema autopoietico, o sistema opera em autocontato permanente. Para que se possam qualificar as próprias operações como jurídicas, o sistema tem de descobrir o que foi feito até o último momento ou o que se fará até o último momento ou o que se fará mais adiante, a fim de qualificar as próprias operações como jurídicas.¹⁸⁴ (tradução nossa).

A recursividade nas operações é observável mediante a referência constante à jurisprudência de tribunais na fundamentação de cada nova decisão, evidenciando a presença de decisões passadas no que se decide no presente. No mesmo sentido, o que agora é decidido passa a ser citado em decisões futuras. O passado, portanto, é questão recursiva nas decisões do Sistema do Direito.

Em síntese, tanto no cotidiano quanto no âmbito das organizações, há uma série de elementos que pertence ao Sistema do Direito. Tanto na manifestação rotineira de sujeitos que se comunicam quanto nas decisões de tribunais, esses

¹⁸³ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002. p. 36.

¹⁸⁴ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002. p. 85.

elementos que partem da distinção direito/ não direito formam a autopoiese do Direito, como observa Teubner¹⁸⁵:

Que elementos do sistema jurídico –juristas, organizações jurídicas, argumentação jurídica- se poderão considerar como ‘produzindo-se’ reciprocamente entre si, no sentido estrito do termo? Sem prejuízo doutros desenvolvimentos feitos mais adiante, recordaremos que os elementos envolvidos no processo de auto-reprodução não são apenas os elementos do sistema relativos à comunicação – os actos jurídicos-, mas verdadeiramente todos os elementos pertencentes a esse sistema – estruturas, processos, limites, identidades, funções, prestações.

Com a percepção de que as comunicações realizadas estão envolvidas no âmbito de diferentes sistemas, observa-se o modo como ocorre uma redução de complexidade por meio da formação de sistemas dotados de comunicações específicas. Além da função de reduzir complexidade proporcionada pela seleção a partir do código binário de cada sistema, função comum, afirma-se que cada sistema também possui uma função específica no âmbito da sociedade.

O Sistema do Direito possui a função de estabilizar expectativas dos sujeitos que compõem o entorno do sistema social, com o intuito de evitar possíveis frustrações. Na medida em que o Direito absorve expectativas presentes na comunicação da sociedade, cria-se sua estrutura interna (a função precede a estrutura, portanto), presente nas decisões dos tribunais e na própria dogmática jurídica.¹⁸⁶ A título de exemplo, Institutos como o casamento e o contrato buscam estabilizar expectativas contrafáticas.

Por um lado, o Direito não garante a manutenção vitalícia do casamento, com todas suas obrigações, e nem mesmo o cumprimento de todos os contatos pactuados. Trata-se, nesse sentido, de uma tradução de riscos realizada pelo Sistema do Direito:

De uma perspectiva hierárquico-normativa, nós podemos dizer que todas as regulações e a regulação das regulações têm uma tarefa fundamental: a de traduzir riscos. Ter um direito basicamente significa que você está protegido contra riscos de violações; ter um

¹⁸⁵ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 55-56.

¹⁸⁶ ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. In: SCHWARTZ, Germano; ROCHA; Leonel Severo (Org.). **Sociologia sistêmico- autopoietica das constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 148.

dever significa que você tem de assumir os riscos de ser punido se você não tolerar as regras.¹⁸⁷

Assim, o “direito” está no cumprimento das obrigações assumidas, ao passo que o “não direito” representa a oposição, o lado negativo do Sistema. Essa seleção de comunicação possui como função estabilizar socialmente os receios de que o casamento se converta em divórcio e de que o descumprimento contratual ocorra, nos exemplos acima mencionados. A isso Luhmann denomina de expectativas contrafáticas, que contrapõem os fatos esperados pelos sujeitos que participam da comunicação. Assim, a norma jurídica, para a Teoria dos Sistemas Sociais, busca estabilizar comportamentos em relação a decepções possíveis.¹⁸⁸

Com o intuito de diferenciar as expectativas abarcadas pelo Sistema do Direito em determinado momento e o critério para a seleção de novas expectativas para o interior do sistema, Luhmann diferencia código e programação. O primeiro (direito/não direito) é o meio pelo qual se concebe que determinada comunicação é jurídica, a exemplo do ato jurídico, que perfectibiliza determinada situação já prevista na dogmática interna do sistema.

Essa condição pode variar na medida em que novas comunicações baseadas em expectativas sociais são selecionadas mediante o código invariável direito/não direito. Assim, em relação ao futuro, novos atos jurídicos, que ora não interessam ao Direito, podem perfectibilizarem-se na medida em que o Sistema do Direito selecione novos elementos de comunicação que antes não pertenciam à sua estrutura interna. Isso Luhmann denomina de evolução.

Em perspectiva histórica, a evolução possibilitou o reconhecimento do casamento, exemplo acima citado, como instituto jurídico. Nesse sentido, afirma Vesting¹⁸⁹:

O amor passional (baseado na sexualidade) foi cultivado durante séculos em relações extraconjugais, mas somente depois que a escolha do parceiro tornou-se livre é que ele se transformou em componente sustentador do casamento civil. Ainda que seja totalmente improvável que o amor baseado na sexualidade tenha sido inventado para criar o casamento civil, a teoria da evolução pode muito bem argumentar que o casamento civil foi o primeiro a tornar evidente o significado evolutivo do amor passional.

¹⁸⁷ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016. p. 92.

¹⁸⁸ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 68.

¹⁸⁹ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 295.

As Constituições (formais e materiais) permitem a evolução no sistema. Nesse processo, a normatividade das expectativas que passam a compor a estrutura do Sistema do Direito é vinculada a três etapas: a estabilização, conectada ao passado, a seleção, em relação ao presente, e a variação, que liga o futuro.¹⁹⁰ Há, como destaca Rocha¹⁹¹, uma necessária relação entre tempo e Constituição na evolução social. Essa lógica é colocada aos tribunais no enfrentamento de novos problemas de natureza constitucional, envolvendo temas globais, em que notavelmente a estrutura das constituições formais é insuficiente para o ato de decidir.

O Sistema da Política, como mencionado acima, possui a função de tomar decisões coletivamente vinculantes. A estrutura estatal opera por meio dessa lógica, na medida em que, como demonstrado anteriormente na perspectiva das leituras clássicas do constitucionalismo, historicamente o Estado exerce o poder dentro de determinado território.

O “poder”, meio de comunicação simbolicamente generalizado da Política, possui, em termos de comunicação, a prerrogativa de limitar as possibilidades de comunicação dos sujeitos. Na medida em que o Sistema da Política decide por meio de sua organização (Estado) todos aqueles que estão no interior de determinado território estão vinculados a esta decisão, decisão coletivamente vinculante. Em caso de descumprimento, o Sistema da Política possui todos os mecanismos do aparelho estatal para garantirem sua efetividade.¹⁹²

Essas diferentes funções assumidas por cada um dos sistemas sociais dão origem ao que Luhmann denomina de diferenciação funcional. Essa distinção permite delimitar o que pertence a cada sistema e o que faz parte do seu entorno. Para o Sistema do Direito, por exemplo, tudo o que não for comunicação jurídica na sociedade faz parte de seu ambiente, que é formado por todas as possibilidades de comunicação existentes na sociedade, exceto a comunicação jurídica.

O Sistema do Direito, a título de exemplo, busca cada vez mais estabilizar as expectativas presentes na sociedade, estruturando mecanismos que tentem evitar

¹⁹⁰ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016. p. 68.

¹⁹¹ ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. In: SCHWARTZ, Germano; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Sociologia sistêmico- autopoietica das constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

¹⁹² LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creuset de Rezende Martins. 2. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1992. p. 09.

decepções possíveis. Isso demonstra a autopoiese do Direito. O Sistema da Política, por sua vez, decide baseado no código binário governo/oposição, aplicando o meio de comunicação simbolicamente generalizado “poder” para que as decisões sejam vinculantes coletivamente.

Como mencionado anteriormente, há diferentes âmbitos de comunicação dos sistemas sociais: o cotidiano e as organizações. No interior de cada sistema social há uma organização encarregada de decidir. No Sistema do Direito, o tribunal é o centro, é quem decide no Sistema. No Sistema da Política, o Estado está encarregado das decisões.

A semântica histórica apresentada no item anterior acerca da formação das Constituições evidencia que há pontes de conexão entre diferentes sistemas, que, embora autônomos (autopoieticos) formam acoplamentos estruturais. Entre os sistemas da Política e do Direito, a Constituição representa essa conexão. Todas as decisões coletivamente vinculantes do Estado (Sistema da Política) necessitam de um fundamento jurídico (Sistema do Direito). Esse movimento exemplifica o que Luhmann denomina de aquisição evolutiva na Teoria dos Sistemas Sociais¹⁹³, observado desde os princípios da formação do Direito Público em organizações que precederam ao Estado, como bem descreve Thornhill¹⁹⁴.

Por meio do acoplamento estrutural entre os sistemas do Direito e da Política, portanto, concebe-se o conceito sistêmico de Constituição. Tal perspectiva é de fundamental importância no âmbito dos desafios colocados ao Direito Constitucional, na medida em que evidenciam a natureza transnacional dos atuais problemas mundiais.

Atualmente, a mera observação das constituições formais, caracterizadas por documentos únicos que regulam as relações de poder dentro de determinado Estado, com caráter autorreferencial, na medida em que estruturam e influenciam as modificações do ordenamento jurídico estatal, não é suficiente para a compreensão dos novos desafios do Direito Constitucional. Mais do que isso, precisam ser observadas as constituições materiais, que partem das relações entre sistemas sociais a nível global, que muitas vezes superam a tradicional conexão entre os sistemas do Direito e da Política. Há um caráter intersistêmico nas constituições

¹⁹³ FIORE, F. La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

¹⁹⁴ THORNHILL, Chris. **A sociology of constitutions: Constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective**. New York: Cambridge University Press, 2011.

materiais.¹⁹⁵ Nessa perspectiva, há participação de outros sistemas sociais nos acolpamentos estruturais entre Direito e Política na ordem mundial. Nessa conexão, há forte destaque para a economia, como será evidenciado por Teubner¹⁹⁶.

Uma vez que Luhmann¹⁹⁷ parte do conceito de sociedade mundial como âmbito de comunicação, as relações entre os diferentes sistemas podem assim serem observadas. Os códigos dos diferentes sistemas são aplicáveis no mundo todo. Assim, em qualquer lugar do mundo, as decisões dos tribunais (organizações do Sistema do Direito) serão baseadas na distinção direito/ não direito.

Essa questão é de suma importância nos estudos necessários acerca da globalização do Direito Constitucional, na medida em que o pressuposto luhmanniano é adaptado a essa questão, evidenciando sua importância para a Sociologia das Constituições.

Há uma diferença, por outro lado, entre os graus de efetivação da diferenciação funcional nas diferentes regiões do mundo, diferenciando-se América Latina e Europa, por exemplo, como evidenciado em diversos estudos.¹⁹⁸ Em todas as regiões, todavia, constata-se a presença de diferenciação funcional, ainda que em diferentes níveis. Pesquisas desse tipo procuram colocar a aplicabilidade da Teoria dos Sistemas sociais à prova em regiões específicas¹⁹⁹, comparando o grau de efetividade em relação à sociedade mundial.²⁰⁰ Inclusive estudo específico sobre o Brasil, amplamente citado por Luhmann²⁰¹ em sua obra principal sobre o Sistema do Direito, foi realizado por Neves no âmbito Constitucional.²⁰²

A transnacionalidade do constitucionalismo parte de uma leitura sistêmica sobre as observações acerca de Constituições formadas nas relações entre sistemas sociais diferenciados regionalmente, ou seja, entre tribunais situados em diferentes Estados ou níveis da jurisdição. Esse diálogo é perfeitamente observável

¹⁹⁵ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016. p. 61.

¹⁹⁶ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁹⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

¹⁹⁸ MASCAREÑO, Aldo. **Diferenciación y contingencia en América Latina**. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2010.

¹⁹⁹ ESTRADA, M; MILLÁN, R. (Org.). **La teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann a prueba**: horizontes de aplicación en la investigación social en América Latina. México: Colégio de México, 2011.

²⁰⁰ MASCAREÑO, Aldo. América Latina en la sociedad mundial. In: CABA, Sérgio; GARCÍA, Gonzalo. **Observaciones latinoamericanas**. Valparaíso: Ediciones Universitarias, 2012.

²⁰¹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002. p. 253.

²⁰² NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

em Teoria dos Sistemas Sociais, na medida em que os sistemas mencionados fazem parte de um âmbito maior de comunicação (a sociedade mundial) e partem dos mesmos códigos binários para a seleção de comunicação específica. Essas observações são de fundamental importância na solução de problemas comuns colocados para a sociedade mundial na globalização, como será demonstrado a seguir.

3.2 O Constitucionalismo Transnacional e o Transconstitucionalismo

Na medida em que o fenômeno da globalização coloca à prova reivindicações e problemas comuns entre os diferentes países da sociedade mundial, a Teoria Constitucional precisa adaptar os elementos tradicionais de sua concepção às atualidades do mundo contemporâneo. Nesse sentido, os Sistemas da Política e do Direito de cada país, por meio de expectativas oriundas do sistema social-respondendo a pressões sociológicas-, cada vez mais estão caracterizados pela assimilação de normas de origem transnacional.²⁰³

Sendo assim, normas de origem extranacional (não produzidas pelo Parlamento nacional) frequentemente são internacionalizadas mediante o processo legislativo e utilizadas pelos tribunais em casos que transcendem as fronteiras dos Estados nacionais. A título de exemplo, cita-se o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional²⁰⁴, legislação internacional internalizada na legislação brasileira mediante o Decreto Nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002²⁰⁵ e amplamente citado pelos tribunais em casos de natureza transnacional, conforme será demonstrado no último capítulo.

Tais circunstâncias evidenciam o fato de que embora se reconheça a existência de constituições escritas em diferentes países, há normas que circulam a nível global, seja pela presença de um catálogo específico em cada Constituição, a exemplo dos Direitos Fundamentais, pela internalização, como ocorreu com o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional no Brasil, ou pela menção de

²⁰³ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016. p. 02.

²⁰⁴ ESTATUTO de Roma do Tribunal Penal Internacional. Roma, 17 jul. 1998. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/estatuto_roma_tribunal_penal_internacional.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

²⁰⁵ BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.

diferentes tribunais em suas decisões. Há, nesses casos, o que se denomina de Constitucionalismo Transnacional:

1- [...] atualmente as sociedades nacionais cada vez mais constroem suas estruturas de inclusão por meio de diferentes processos de formação normativa, localizadas, ambas, entre os territórios nacional e 'extra-nacional'. 2- [...] a sociedade global como um todo, entre instituições nacionais e processos políticos, também está desenvolvendo uma constituição transnacional.²⁰⁶ (tradução nossa).

Em perspectiva semelhante, pode-se concluir que há diálogos entre tribunais de diferentes níveis, evoluindo para o âmbito de um transconstitucionalismo²⁰⁷, na medida em que a resolução de problemas globais atualmente é uma das questões colocadas ao Direito Constitucional. Percebe-se, neste ponto, que o apego estrito aos textos constitucionais vinculados a determinado Estado nacional são insuficientes para a compreensão do atual estágio do constitucionalismo, na medida em que problemas comuns e circulação de normas a nível global são questões que contrastam a clássica definição de território, mencionada no primeiro capítulo deste trabalho.

Acerca da formação dos diferentes sistemas sociais e sua expansão em nível da sociedade mundial, há de se destacar a facilidade com que o Sistema da Economia, mediante o código binário lucro/não lucro e o dinheiro como meio de comunicação simbolicamente generalizado, e o Sistema da Religião se disseminam na estrutura global. Em contraposição, os Sistemas da Política e do Direito, fortemente enraizados em organizações a nível nacional (Estado e Tribunal) possuem certa dificuldade em acompanhar esses influxos.²⁰⁸ Como afirma Teubner²⁰⁹:

[...] enquanto a política apenas atingiu, na forma das 'relações internacionais', um estado de 'proto-globalidade'- quer dizer, não

²⁰⁶ No original: "1- [...] national societies now increasingly construct their inclusionary structure through many different processes of norm formation, often located between the national and the extra-national domain. 2- [...] global society as a whole, beyond national institutions and political processes, is also developing a distinct transnational constitution." THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016. p. 8.

²⁰⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²⁰⁸ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 107.

²⁰⁹ TEUBNER, Günther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso**: Revista de Ciências Sociais e Humanas, [S.l.], v. 14, p. 13, 2003.

muito mais do que relações intersistêmicas entre unidades nacionais com elementos transnacionais relativamente fracos-, outros subsistemas sociais já começaram a formar uma autêntica sociedade mundial, ou melhor, uma quantidade fragmentada de sistemas mundiais distintos.

Na medida, portanto, que problemas globais acontecem a atingem diferentes países, a solução legislativa ou internalização de normas de caráter internacional ocorre mediante um processo lento no Sistema da Política de cada país. Ao mesmo passo, no âmbito das decisões, o Tribunal, enquanto centro do Sistema do Direito, necessita dessa legislação como parte da periferia de seu sistema.²¹⁰ Por outro lado, o dinheiro (Sistema da Economia) circula facilmente no plano global por meio do código binário que lhe é próprio (lucro/ não lucro), ao mesmo tempo em que a fé é o pressuposto de qualquer organização do Sistema da Religião ao redor do mundo.

Sobre esse aspecto, as propostas da doutrina internacionalista há tempo buscam a efetivação de demandas por meio de tribunais desenvolvidos em estruturas superiores aos tribunais localizados dentro de cada país. Todavia, a proposta esbarra na questão da efetividade das decisões proferidas, retomando, a questão colocada por Kelsen²¹¹ no que tange à ausência de sanção no Direito Internacional. Nesse cenário, “A sanção perde o seu papel tradicional como concepção central para a definição do direito, para a delimitação entre as esferas jurídica e social, e as esferas global e nacional.”²¹²

Nesse ponto, as proposições do transconstitucionalismo²¹³ e da evolução das Constituições transnacionais²¹⁴ resolvem o problema, na medida em que visam a internalização, por tribunais sediados nos Estados nacionais, de pressupostos válidos a nível internacional, mantendo a efetividade das decisões proferidas.

Há de se destacar que a função do Sistema da Política é tomar decisões coletivamente vinculantes por meio de sua organização (Estado)²¹⁵. Todavia, a partir da intensificação do fenômeno da globalização, os problemas antes sediados nas

²¹⁰ SCHWARTZ, Germano. Duas visões sobre autopoiese e constituições. In. SCHWARTZ, Germano; ROCHA; Leonel Severo (Org.). **Sociologia sistêmico- autopoietica das constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 20-26.

²¹¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²¹² TEUBNER, Günther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso**: Revista de Ciências Sociais e Humanas, [S.l.], v. 14, p. 19, 2003.

²¹³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²¹⁴ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambrigde, 2016.

²¹⁵ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creuset de Rezende Martins. 2. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1992.

fronteiras de cada país disseminaram-se a nível global, a exemplo das políticas de segurança em relação ao terrorismo, do Direito Ambiental, dos Direitos Humanos, do comércio mundial e da criminalidade transnacional, com destaque para a lavagem de dinheiro.

Nessa perspectiva, pouca efetividade em termos de vincular coletivamente (Sistema da Política) possuem as decisões tomadas no âmbito de um Estado nacional somente acerca desses temas.

Conseqüentemente, vislumbra-se a insuficiência das tradicionais teorias do Direito, especialmente a ideia de uma Constituição vinculada estritamente a determinado Estado nacional, na medida em que o “poder”, meio de comunicação simbolicamente generalizado do Sistema da Política, imprescindível para manter a executividade das decisões jurídicas dentro de determinado território, possui pouca efetividade em casos de natureza global:

O motivo da aparente ausência de alternativa da tradicional teoria das fontes do Direito está em seu centramento no Estado. Por meio desse centramento, a validade do Direito, a normatividade específica de normas, é qualificada como primariamente dependente do poder (estatalmente sancionado).²¹⁶

Ao mesmo passo que existe legislação e órgãos a nível que supera os Estados nacionais, como os tratados e convenções sobre Direitos Humanos (Convenção Europeia dos Direitos do Homem), várias disposições acerca do Direito Econômico na Organização Mundial do Comércio, e a estrutura do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, as decisões proferidas nesses âmbitos carecem de mecanismos de vinculação coletiva.²¹⁷

Esses questionamentos reforçam as relevantes propostas atualmente em discussão acerca da necessidade de criação de uma Corte Constitucional Internacional para a sociedade global.²¹⁸, principalmente para a manutenção de padrões democráticos ao redor do mundo.²¹⁹

²¹⁶ VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 173

²¹⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 90-98.

²¹⁸ Afirmação proferida na conferência "Constituição e sociedade no século XXI: o projeto de uma Corte Constitucional Internacional para a sociedade global.", proferida pelo Professor Dr. Dominique Rousseau no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, realizada na Unisinos, São Leopoldo, no dia 25 de junho de 2018, às 19h30min.

²¹⁹ THORNHILL, Chris. **The sociology of law and the global transformation of democracy**. London: Cambridge, 2018.

Com propósito semelhante, o diálogo entre tribunais proposto pelo transconstitucionalismo visa utilizar o arcabouço normativo existente no âmbito internacional e, por meio do diálogo de tribunais de diferentes níveis, solucionar problemas de natureza global. Ao mesmo tempo, preocupa-se com a efetividade das decisões, na medida em que a execução ocorrida no âmbito de cada Estado nacional é mais facilmente vinculante no que tange à coletividade.

Acerca da percepção necessária entre as dimensões formal e material das Constituições, Febbrajo²²⁰ destaca que a luta contra os crimes de natureza transnacional é tema recorrente nessa distinção. Sobre o tema, afirma que o diálogo entre juízes de diferentes Estados é imprescindível para a apuração de referidos crimes.

Nesse propósito, importante observar que a circulação de normas é fato recorrente no âmbito da sociedade global, podendo-se observar a evolução para um constitucionalismo transnacional²²¹ na resolução de casos comuns entre diferentes países. Deparando-se com um problema de natureza global, diferentes tribunais -de diversos níveis- poderiam utilizar-se dessa estrutura normativa para a resolução do caso, mantendo a efetividade da decisão no território em que está situada a organização:

Na construção da norma jurídica e da norma de decisão, cada uma das ordens envolvidas pode considerar como dimensão do seu âmbito normativo elementos do âmbito material relevante originalmente para outra ordem, como também incorporar como dimensão do seu programa normativo partes do programa normativo de outras ordens. Ou seja, partindo simultaneamente dos textos normativos e dos casos comuns, podem ser construídas normas diversas tendo em vista os possíveis processos de concretização que se desenvolverão na ordem colidente ou parceira.²²²

A título de exemplo, questão a ser explorada no último capítulo do presente trabalho, o Tribunal Regional Federal da 4ª região²²³, situado no Brasil, ao se deparar com um problema de natureza transnacional que envolve ao menos dois países na sua apuração, a lavagem de dinheiro, utilizaria norma não produzida do Brasil, o

²²⁰ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016. p. 76-78.

²²¹ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016.

²²² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 127-128.

²²³ Responsável pelo julgamento de recursos nos processos de interesse da União nos Estados de Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Sediado em Porto Alegre/RS.

Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional²²⁴, nas decisões desse caso. Igualmente, diversos outros países poderiam usar referida legislação, criando uma comunicação jurídica comum na solução desses casos.

Há de se destacar que o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional foi internalizado para a legislação brasileira, na mesma medida em que as leis nacionais sobre lavagem de dinheiro²²⁵ foram influenciadas pelas recomendações do Grupo de Ação Financeira Nacional.²²⁶ Todavia, a recorrente menção à norma não produzida no território nacional em casos que ultrapassam as fronteiras do Estado nacional demonstra a evolução para um Constitucionalismo Transnacional²²⁷ nessa perspectiva, ao mesmo tempo em que enfatiza a proposta do transconstitucionalismo²²⁸.

Além da evolução do Constitucionalismo Transnacional nos tribunais, questão próxima ao Transconstitucionalismo, faz-se relevante verificar a perda do aspecto hierárquico entre tribunais de “diferentes níveis” no tratamento desses problemas comuns de natureza global. Reconhecendo-se a relevância dos desenhos metodológicos para possibilitar esse diálogo entre tribunais, faz-se também importante verificar empiricamente a construção desses fenômenos, como bem observa Vesting²²⁹:

Essa remissão de questões metodológicas a questões conteudísticas torna-se ainda mais importante quando as colisões entre “níveis jurídicos” não conseguem mais pressupor uma estrutura piramidal, como nos casos em que os tribunais são confrontados com uma estrutura policêntrica desprovida de hierarquias decisórias claras, como, por exemplo, no triângulo Direito constitucional- Direito europeu, Direito internacional.

²²⁴ ESTATUTO de Roma do Tribunal Penal Internacional. Roma, 17 jul. 1998. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/estatuto_roma_tribunal_penal_internacional.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

²²⁵ BRASIL. **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19613.htm>. Acesso em 08 jun. 2018. BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei no 9.613, de 03 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 08 jun. 2018

²²⁶ FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **40 recommendations**, Paris, 15 Feb. 2012. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

²²⁷ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambrigde, 2016.

²²⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²²⁹ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 251.

Trata-se, no presente tópico, de uma discussão acerca de evoluções do constitucionalismo que se desenvolvem no âmbito das estruturas tradicionais dos sistemas da Política e do Direito (Estado e Tribunal), por meio dessa conversação constitucional entre diferentes níveis. É tema conexo à evolução na Teoria dos Sistemas Sociais, na medida em que parte de soluções adotadas por outros países em casos de natureza global no contexto da globalização.

Nesse ponto, todavia, limita-se, a observação ao diálogo entre organizações do Sistema do Direito em diferentes níveis, os tribunais. Essa limitação justifica-se ao fato de dificuldade de estabilização de comunicações intersistêmicas oriundas de sistemas sociais para além do Direito e da Política. Como bem destaca Febbrajo²³⁰:

Do ponto de vista linear-realístico, podemos dizer que os instrumentos comunicativos que em uma perspectiva transnacional se tornam tecnologicamente capazes de garantir um maior impacto, de um lado, podem favorecer uma melhor sintonia das várias instâncias decisórias sobre a base de uma comparação com as soluções adotadas por outros países, mas, de outro lado, podem difundir diversidade dificilmente absorvíveis.

Percebe-se, portanto, que as Constituições Transnacionais, ao estarem conectadas à solução de problemas comuns, passam a regular outros setores da sociedade, a exemplo da economia. No exemplo da lavagem de dinheiro, a ser explorado empiricamente no último capítulo, essa preocupação é visível, na medida em que se trata de uma questão que interesse à economia em escala global, prejudicando diversos países no cometimento desse delito.

A construção transnacional do constitucionalismo, com a circulação global de normas visa a reduzir o risco da possibilidade de acontecimento desse fato, respondendo à expectativa de natureza mundial. Eventual falta de articulação constitucional para o combate a esse crime pode ocasionar uma crise financeira mundial. Por isso, o Sistema do Direito passa a responder a abarcar essa comunicação, protegendo-se contra expectativas contrafáticas:

Constituições, em uma perspectiva transnacional, têm de regular não apenas as regulações internas à ordem jurídica, mas também as regulações mútuas de diferentes setores da sociedade, como a economia, além das fronteiras do Estado. Um uso mais extensivo desse mecanismo reflexivo é especialmente requerido em situações

²³⁰ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016. p. 95.

de crises transnacionais, particularmente crises financeiras, comumente produzidas por instabilidades autoreforçadoras de diversas fronteiras intersistêmicas.²³¹

Tal aspecto evolui ainda mais em termos de inovação na medida em que se observam as relações intersistêmicas de comunicação, constatando-se que os fenômenos constitucionais também se manifestam de modo autônomo no ambiente dos sistemas da Política e do Direito, não partindo mais de uma regulação a partir do Direito, mas de outras esferas do sistema social. É o caso da manifestação autônoma de fragmentos constitucionais nos regimes privados, que será objeto do próximo item.

3.3 A Fragmentação Constitucional: o constitucionalismo nos regimes privados

No contexto histórico do império Austro-Húngaro, diferentes nacionalidades conviviam, cada qual com seu tipo específico de regulação. Seus modelos de organização social eram independentes da existência de uma Constituição como documento único a regular as relações de poder no território. Nesse império, em que Bucovina era uma das províncias, Erlich²³² viveu.

Observando a manifestação autônoma do Direito na sociedade, independente de legislação e manifestações judiciais, Erlich desenvolveu sua concepção de pluralismo constitucional. Centrado principalmente na Economia, descreve as relações horizontais entre o Direito e outras esferas sociais, a exemplo do campo econômico. Afirmava que, assim como o Direito, outros setores da sociedade também estão observando os fenômenos jurídicos. Há, portanto, diferentes pontos de observação sobre os mesmos fatos sociais.

A partir dessa concepção, Febbrajo²³³ elaborou a distinção entre Constituição formal, aquela considerada um documento único vinculado ao Estado, que pouca relevância possuía na organização social de Bucovina, e Constituição material, que

²³¹ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016. p. 91.

²³² EHRLICH, E. **Fundamental principles of the sociology of law**. New York: Russel e Russel. 1962.

²³³ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016. p. 44-58.

convivia de modo autônomo por meio da manifestação de associações sociais independentes.

Tal concepção, do mesmo modo, influenciou fortemente a concepção de Teubner. O autor parte das afirmações de Erlich para descrever um processo de Bucovina Global. Assim como as diferentes nacionalidades mantinham estruturas sociais próprias independentes de uma Constituição formal no império Austro-húngaro, atualmente os regimes privados têm assumido autonomia no tratamento de questões de natureza constitucional:

Nos dias atuais de hoje estão se constituindo em ‘autonomia relativa’ diante do Estado-nação, bem como diante da política internacional, setores distintos da sociedade mundial que produzem a partir de si mesmos ordenamentos jurídicos globais *sui generis*.²³⁴

Em Teoria dos Sistemas Sociais, como observado acima, concebe-se a sociedade mundial formada por diversos sistemas autônomos (autopoiéticos), cada qual operando por meio de uma comunicação específica. Exemplificando a questão acima mencionada, pode-se afirmar que o Sistema da Economia, por meio do código binário lucro/não lucro e do meio de comunicação simbolicamente generalizado “dinheiro” possui fácil disseminação em um ambiente global, com o apoio de importantes organizações, a exemplo da Organização Mundial do Comércio (OMC), possuindo efetividade nas diferentes ramificações territoriais da sociedade mundial.

O Sistema da Política, por sua vez, a partir da distinção governo/oposição e do meio de comunicação simbolicamente generalizado “poder” possui certa limitação para atuar nesse ambiente globalizado, na medida em que parte de sua operação é conectada com estruturas internas aos Estados nacionais (Parlamento e o próprio Estado).

Em uma concepção clássica de Sistema do Direito, há uma ponte de ligação entre esse sistema e o Sistema da Política (a Constituição). Como colocado no item anterior, essa articulação constitucional tende cada vez mais a articulações entre diferentes níveis jurisdicionais, a exemplo das Constituições Transnacionais e do Transconstitucionalismo.

²³⁴ TEUBNER, Günther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso**: Revista de Ciências Sociais e Humanas, [S.l.], v. 14, p. 10, 2003.

Todavia, ainda nesses diálogos institucionais, há a presença de organizações tradicionais desses sistemas (Tribunal e Estado). Trata-se, portanto, de uma operação dos sistemas do Direito e da Política realizada em diferentes níveis territoriais, mas ainda articulado no interior desses sistemas.

A forte globalização econômica nos apresenta situações em que o Sistema da Economia é tão forte que passa a constitucionalizar determinadas situações por meio de sua própria autonomia. No ambiente globalizado, diversas situações que lhe são próprias são autorreguladas pelo Sistema da Economia.

Não só o Sistema da Economia, mas também outros têm produzido fragmentos constitucionais próprios. Essa questão tem colocado à prova a tradicional hierarquia existente em relação ao Direito Internacional, avançando ainda mais em relação ao tópico referente ao diálogo entre tribunais de diferentes níveis antes apresentada. No ambiente globalizado de fragmentação, a questão dos tribunais não é mais central:

Assim, há algum tempo, o Direito internacional centrado no Estado de cunho tradicional vem sendo solapado por um 'Direito mundial fragmentado' de orientação funcional, que decompõe a hierarquia do Direito internacional, substituindo-a por um novo modelo ordenador heterárquico e em forma de rede.²³⁵

Na doutrina de Kelsen²³⁶ dá-se forte ênfase à ideia de sanção como conceito imprescindível da estática jurídica, incluindo fortes críticas ao Direito Internacional, cuja única "sanção" possível seria a guerra. Nessa caracterização, a perspectiva kelseniana menciona a concepção de fragmento, caracterizada pela norma que não possui sanção.²³⁷ Em moldes tradicionais, a norma derivaria de um processo legislativo realizado no âmbito do Sistema da Política ou mediante decisões oriundas da organização do Sistema do Direito (Tribunal).

Na medida em que o Sistema da Política possui o condão de vincular coletivamente a sociedade, as decisões oriundas do Tribunal, órgão considerado o centro do Sistema do Direito, podem ser executadas no âmbito de atuação desse sistema por meio do código simbolicamente generalizado da política.²³⁸ Trata-se, o

²³⁵ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 163.

²³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

²³⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²³⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 397.

“poder”, da capacidade de limitar as possibilidades de escolha do outro em um ambiente de comunicação.²³⁹

Há de se observar que as normas que não estão conectadas a esta dinâmica possuem dificuldade no âmbito da execução, uma vez que não têm à disposição os mecanismos do Sistema da Política, com toda a estrutura que o Estado lhe garante (força policial, por exemplo) para limitar as possibilidades de escolha daquele que não observa o disposto na estrutura jurídica. O exemplo de Kelsen²⁴⁰ nessa questão é o do Direito Internacional, cujas pretensões possuem meros fragmentos de norma. Essa nomenclatura é utilizada atualmente para explicar a dinâmica de autonomia dos regimes privados.

Uma vez que os sistemas sociais tendem à autonomia no ambiente da sociedade mundial, a autopoiese do Sistema da Economia passa a utilizar-se dessa questão para a elaboração de regimes jurídicos próprios. O código direito/não direito é observado pelos atores econômicos a partir do que as disposições do Sistema da Economia colocam e não mais das regulações oriundas do Estado. Aos poucos, o eixo de formação do Direito se desloca, em termos sistêmicos, da estrutura centralizada do Estado, para a periferia transnacional, representada majoritariamente por atores privados:

[...] Em Teubner é que se pode encontrar uma relação entre interpretação do Direito e saber Comum que evita toda e qualquer autoridade vertical. O ponto de partida de Teubner é a observação de que o eixo essencial dos processos de formação do Direito deslocou-se de seus centros estatais-nacionais de até então, de suas instituições e fontes (parlamentos, tribunais, acordos de Direito Internacional) para uma periferia transnacional independente disso tudo.²⁴¹

Nesse sentido, o Sistema da Política perde a centralidade antes exercida no contexto da sociedade mundial. As comunicações jurídicas, por outro lado, passam a serem observadas não mais com base na organização de seu centro (o Tribunal), mas por meio de disposições oriundas também dos regimes privados:

O abrangente acoplamento estrutural entre política e direito- como observou Luhmann em relação às constituições do Estado Nacional- claramente não encontra nenhuma correspondência no plano da

²³⁹ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creuset de Rezende Martins. 2. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1992.

²⁴⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁴¹ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 255.

sociedade mundial. [...] Trata-se então de uma situação de autofundação constitutiva de setores da sociedade mundial, sem que tenha o suporte constitucional do direito e da política?²⁴²

Essa nova questão veio à tona por meio de casos no cenário internacional, a exemplo da violação de direitos humanos por empresas multinacionais, de decisões controversas da Organização Mundial do Comércio, discussões sobre liberdade de expressão e sua limitação no ambiente da internet, bem como corrupção nos sistemas da Medicina e da Ciência.

Essas são questões, seguindo na linha do que foi exposto no item anterior, de natureza transnacional, na medida em que atingem diretamente toda a sociedade mundial. No caso da evolução das Constituições Transnacionais e do Transconstitucionalismo, as propostas foram construídas no interior de organizações tradicionais (Estado e Tribunal). Os problemas aqui colocados, todavia, são desenvolvidos no contexto privado das organizações. Essa é a nova questão constitucional:

Os escândalos acima mencionados extrapolam as fronteiras do Estado nacional em duplo sentido. Constitucionalismo além do Estado Nacional quer dizer duas coisas: os problemas constitucionais se situam fora das fronteiras do Estado Nacional, em processos políticos transnacionais; e, simultaneamente, fora do setor político institucionalizado, nos setores 'privados' da sociedade mundial.²⁴³

A esse fenômeno tem-se denominado de constitucionalismo social²⁴⁴, na medida em que se desenvolve por meio de sistemas que estão no entorno da Política e do Direito. O Sistema da Economia, com sua tendência expansionista, tem ganhado destaque nesse processo de autonomia dos regimes privados.²⁴⁵

O importante papel de Teubner nessa constatação é realizado em uma sequência de trabalhos acerca da autopoiese do Sistema do Direito²⁴⁶-agora expressada nos regimes privados- e do ambiente pluralista existente na

²⁴² TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 107-108.

²⁴³ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 24

²⁴⁴ ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social**: Constituição na globalização. Curitiba: Appris, 2018.

²⁴⁵ TEUBNER, Gunther. Societal constitutionalism: alternatives to state-centred constitutional theory? In: JOERGES, C. et al. (Org.). **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart Press, 2004. p. 3-29.

²⁴⁶ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

sociedade.²⁴⁷ Retomando alguns dos pontos do direito vivo de Erlich²⁴⁸, descreve com autonomia o ambiente de fragmentação constitucional.

Em relação à constatação da manifestação autônoma do constitucionalismo para além da estrutura estatal, Sciulli²⁴⁹ foi quem elaborou o conceito de constitucionalismo social. O autor, que influencia diretamente a obra de Teubner, constatou a produção de normas nas formações colegiadas vinculadas a organizações e profissões. Segundo ele, a constitucionalização nesses ambientes contribuiu para combater o autoritarismo no passado.²⁵⁰

De modo análogo, em um ambiente social globalizado, não só as constituições oriundas de uma limitação jurídica ao Sistema da Política possuem pretensão de validade, mas atualmente também há fragmentos constitucionais resultantes de outros sistemas sociais, a exemplo de constituições da Economia, da Saúde, da Ciência, da Religião. São sistemas que naturalmente operam fora de uma vinculação territorial e que, por isso mesmo, acabam tendo facilidade em termos de observância.

Exemplos de emancipação constitucional estão na Organização Mundial do Comércio (OMC), cujas recomendações, princípios e hierarquia normativa são seguidos indistintamente ao longo da sociedade global, com fortes consequências para os atores que não as seguem. Em posição semelhante, destaca-se a função (jurisdicional?) do *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) na resolução, por meio de seus panelistas, na resolução de conflitos envolvendo manifestações na internet. Muitas vezes, principalmente nos debates acerca de liberdade de expressão e censura, há considerações acerca de possíveis direitos fundamentais da internet.²⁵¹

Em sentido semelhante, afirma Vesting²⁵²:

²⁴⁷ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

²⁴⁸ EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1986.

²⁴⁹ SCIULLI, David. **Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-Marxist critical theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

²⁵⁰ TEUBNER, Gunther. Constitucionalismo social: nove variações sobre o tema proposto por David Sciulli. In: CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (Org.). **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 133.

²⁵¹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 112-114.

²⁵² VESTING, Thomas. **Teoria do Direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 171.

No campo extraestatal, aponta-se para a padronização (técnica) transnacional e, aqui, por exemplo, para a autoadministração dos nomes e endereços da Internet pelo ICANN, para o Direito contratual internacional em crescimento (OMC), para os novos direitos consuetudinários internacionais (proibição da tortura) para os padrões de organismos internacionais (segurança do tráfego aéreo, Codex Alimentarius) ou para as regulamentações oriundas dos comitês da EU (comitologia).

Importante perceber que nos dois exemplos citados acima há a seleção de uma comunicação específica do Sistema do Direito (direito/ não direito) realizada não mais pelo Sistema da Política ou do Direito em sua perspectiva tradicional, vinculado ao Estado. Nesse ambiente, outros sistemas autônomos da sociedade mundial passam a emanciparem-se, formando-se os fragmentos constitucionais, regulamentos próprios oriundos de normas não produzidas pelo Estado.

Nesse sentido, partindo-se do conceito de autopoiese em Luhmann, acima mencionado, pode-se afirmar que no ambiente de fragmentação constitucional: “[...] opera-se uma autoprodução paradoxal de regras, na qual estão envolvidos *global players*, como empresas multinacionais e organizações internacionais (*lex mercatoria, lex sportiva, lex electronica, etc.*).”²⁵³

Ponto importante a ser percebido nesse movimento é que o Direito Constitucional, normalmente vinculado ao âmbito do Direito Público, sendo inclusive uma ramificação dessa área do Direito, como exposto no início do trabalho, passa a ter que observar esses fenômenos oriundos de regimes privados e não mais exclusivamente da estrutura estatal. O “poder” enquanto meio de comunicação simbolicamente generalizado²⁵⁴, não é mais atributo exclusivo do Sistema da Política.

A função da Constituição, por outro lado, não se dá mais somente pela formalização do “poder”, mas também de outros meios de comunicação simbolicamente generalizados. Se, para Thornhill²⁵⁵, a formalização do meio “poder” é a função da Constituição, para Teubner²⁵⁶: “Constituições não formalizam somente processos de poder. Elas também formalizam processos de comunicação que não

²⁵³ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 256.

²⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creuset de Rezende Martins. 2. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1992.

²⁵⁵ THORNHILL, Chris. **A sociology of constitutions**. Constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. New York: Cambridge University Press, 2011.

²⁵⁶ TEUBNER, Gunther. Constitucionalismo social: nove variações sobre o tema proposto por David Sciulli. In: CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (Org.). **Teorias contemporâneas do direito**: o direito e as incertezas normativas. Curitiba: Juruá, 2016. p. 138.

se relacionam com o poder, que são realizados através de outros meios, específicos de outros sistemas.”

Essa ruptura entre Constituição e Estado na globalização é um dos motivos que impulsionam a distinção entre as dimensões formal e material das Constituições, constatando o fato de que os fenômenos constitucionais não estão mais adstritos às fronteiras dos Estados nacionais:

Sociologia da Constituição baseada em uma ação recíproca circular que envolve culturas jurídicas internas e externas, normas sociais e legais e requerimentos estabilizadores e inovadores. [...] Esses dois processos complementares formam uma espécie de junção em forma de ‘T’, cuja linha vertical reproduz uma perspectiva autorreferencial que pode ser reconhecida como a base das Constituições formais, enquanto seu elemento horizontal reproduz uma perspectiva orientada para uma sociedade externa que pode ser reconhecida como a base das Constituições materiais.²⁵⁷

Nessa ramificação, percebe-se que há dois movimentos distintos na globalização do Direito Constitucional. Um demonstra que a inovação territorial passa pelo diálogo entre tribunais e Estados (organizações tradicionais da Teoria dos Sistemas Sociais). Outro descreve o modo como novos fenômenos constitucionais se desenvolvem no âmbito privado, a partir de constatações que fogem ao direito público:

Teubner; Fischer-Lescano [...] tendem a renunciar o posicionamento de que o Direito Constitucional pertence exclusivamente ao ramo do Direito Público clássico. [...] o Direito Privado, nessa perspectiva, gera normas que são enquadradas como de Direito Público, com status constitucional de fato. Este livro se distancia das perspectivas pluralistas ou do Direito Constitucional transnacional construído pelo Direito Privado.²⁵⁸

²⁵⁷ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016. p. 43-44.

²⁵⁸ No original: “Teubner; Fischer-Lescano [...] tend to renounce the assumption that constitutional law pertains solely to the realm of public law classical, [...] private law generate, and are in turn framed by, norms with public, de facto constitutional standing. [...] this book distances itself from established pluralist or private-legal constructions of transnational constitutional law.” THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016. p. 14-20.

Essa divergência, bem explorada por Priban²⁵⁹, elucida os dois modos de observar as novas perspectivas constitucionais na globalização. Em que pese a diferença, questão comum é a conclusão de que o Direito Constitucional ultrapassa os limites da territorialidade de uma observação clássica²⁶⁰.

Dando-se ênfase novamente à questão dos regimes privados, coloca-se uma nova questão constitucional aos juristas: resolver possíveis tensões entre essas novas Constituições e a Constituição oficial ou colisões entre os próprios espaços autônomos. Na medida em que são formadas ilhas de constitucionalidade no mar da globalização, como verdadeiros fragmentos de uma nova *common law* global²⁶¹, há de se observar que cada espaço autônomo é autorregulado de acordo com sua comunicação específica.

Uma vez que diferentes racionalidades participam da regulação de diversos setores, não sendo mais atributo específico dos Estados nacionais esse controle, fala-se atualmente não mais em governo local, no sentido tradicional da relação de poder exercida dentro de determinado território. Fala-se, por outro lado, de governança global, que consiste na pluralidade de mecanismos que instituições públicas e privadas possuem na administração compartilhada de interesses comuns. Nesse sentido, destaca Holmes que:

A governança global envolveria, assim, além de Estados, organizações não governamentais, movimentos sociais, corporações transnacionais e outros atores dos mercados, interagindo em uma esfera cada vez mais permeada por meios de comunicação de massa mundiais, na tarefa de criar regulações e coordenar as ações desses atores no nível global (o que, ao menos indiretamente, também vincula as interações que se dão no interior dos Estados nacionais).²⁶²

Nas relações externas entre as diferentes racionalidades dessa governança global podem surgir conflitos, na medida em que duas ou mais observações,

²⁵⁹ PRIBAN, Jiri. Constitutionalism as fear of the political? a comparative analysis of Teubner's constitutional fragments and Thornhill's a sociology of constitutions. **Journal of Law and Society**, [S.l.], 2012.

²⁶⁰ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

²⁶¹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 117.

²⁶² HOLMES, Pablo. O constitucionalismo entre a fragmentação e a privatização: problemas evolutivos do direito e da política na era da governança global. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1141, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582014000401137&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 23 set. 2018.

oriundas de diferentes sistemas, podem ser colocadas acerca do mesmo fato. Nessa questão há vários exemplos contemporâneos de colisões.

No caso dos conhecimentos tradicionais de determinados povos acerca de tratamentos de saúde, há, por um lado, a perspectiva de que essa tradição deve ser mantida no interior da comunidade tradicional (modo autônomo de observação da comunidade tradicional) por meio de comunicações específicas do Sistema da Cultura – e da religião muitas vezes. Por outro lado, há pressões dos Sistemas da Ciência (para comprovar a cientificidade de tais técnicas e leva-las a domínio público), da Economia (para obter lucro sobre o conhecimento) e da Saúde (incluir maior número de pessoas em condição saudável) pressionando a cultura de uma comunidade tradicional pela intervenção. Essas questões muitas vezes impulsionam a biopirataria, como modo de intervenção da modernidade globalizada nos conhecimentos tradicionais.²⁶³

Há, nesses casos, vários modos de observar o mesmo fato, cada qual com uma perspectiva própria. Essas colisões há tempo foram mencionadas por Ehrlich²⁶⁴, grande referência para os escritos de Teubner, na relação entre Direito e Economia, especificamente na percepção de que pode haver dois tipos de observação sobre o mesmo fato social:

Ehrlich ao se concentrar na principalmente em um setor social: a economia. Ao adotar a abordagem horizontal que liga o Direito funcionalmente a outros setores sociais, Ehrlich afirma que juristas e economistas ‘estão preocupados em todos os lugares com os mesmos fenômenos sociais’ e que ‘seria difícil encontrar um único objeto que a ciência do Direito esteja preocupada tanto quanto a economia.’²⁶⁵

Retomando a Teoria dos Sistemas Sociais, há de se destacar que cada sistema social opera por meio de uma racionalidade própria, a partir da seleção da comunicação que lhe é específica no ambiente do sistema social. Tal processo é realizado com base em um código binário de cada sistema, que seleciona o que pertence e o que não é próprio de cada sistema. Levando-se em conta que cada

²⁶³ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 292.

²⁶⁴ EHRLICH, E. **Fundamental principles of the sociology of law**. New York: Russel e Russel. 1962.

²⁶⁵ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016. p. 53.

sistema é orientado por uma perspectiva de comunicação própria na observação do mesmo problema, formam-se o que se denomina de colisões entre regimes.

Em soluções apontadas por qualquer um dos sistemas, ter-se-ia a negação de uma perspectiva de comunicação adotada por outro sistema. A legítima pretensão do Sistema da Ciência em reconhecer o domínio público, possibilitando a inclusão de maior número de membros no Sistema da Saúde acarretaria diretamente a estrutura dos conhecimentos tradicionais de determinada comunidade.

Importante ressaltar novamente a dimensão global dos problemas atuais em Direito Constitucional. Ciência e Saúde, assim como Economia e Religião são sistemas de fácil globalização. O mesmo caso pode ser citado em relação à Cultura. O domínio público de técnicas medicinais comprovadas cientificamente, bem como a realização de procedimentos baseados nessas técnicas por organizações de saúde são fatos realizados de modo semelhante ao redor do globo.

Isso leva à observação de que cada vez mais os casos colocados em questão remontam a comunicações não oriundas do Sistema da Política, ou seja, soluções que não derivam exclusivamente do modelo de Constituição do Estado, elaborada por meio de um documento único. Assim, há colisões que não são facilmente resolvidas por meio de uma hierarquia normativa, no modo proposto por Kelsen²⁶⁶.

Caso o problema fosse adstrito ao território de determinado Estado nacional, a utilização da hierarquia normativa do ordenamento jurídico seria uma alternativa de fácil solução, coma Constituição no topo de um ordenamento. Todavia, em uma sociedade globalizada, cujos casos remontam a diversos países, há de se observar a formação de Constituições próprias nos diferentes sistemas, não diretamente conectadas ao Sistema da Política. As Constituições civis rompem com a tradicional perspectiva de uma unidade da Constituição:

Mesmo partidários engajados da 'unidade da constituição' veem-se forçados a concluir que a unidade da constituição do Estado Nacional já se dissolveu no antagonismo constante das constituições civis com as racionalidades que lhe são estranhas umas as outras, em um

²⁶⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

'clash of civil constitutions', que é exaurido através de um novo direito de colisão.²⁶⁷

Em não se podendo estabelecer uma hierarquia entre as diferentes Constituições civis, a heterarquia e a formação de redes são alternativas às colisões em uma perspectiva de constitucionalismo policêntrico. Nesse sentido, uma proposta inicial seria que cada sistema social considerasse as comunicações do ambiente social que está em seu entorno.

Na Teoria dos Sistemas Sociais²⁶⁸, a comunicação que não faz parte de determinado sistema forma o seu ambiente, resultando nas comunicações de outros sistemas. Ao Sistema do Direito importa a comunicação jurídica selecionada pelo código binário direito/não direito. Ao Sistema da Política importam as comunicações formadas pelo código binário governo/oposição e pelo meio de comunicação simbolicamente generalizado “poder”.

Em ambos os sistemas mencionados, a comunicação do outro sistema faz parte do seu ambiente. Todavia, cada vez que o Sistema da Política toma uma decisão, permitida pelo atributo “poder” e realizada mediante a lógica governo/oposição, considera também se essa conduta está conforme ou contrária ao Direito. Há uma comunicação secundária (jurídica) que conecta diretamente um sistema em consideração à comunicação do outro. Essa ponte de conexão é a Constituição, que possui papel histórico nessa limitação, conforme exposto no início do capítulo.

Partindo desse exemplo, ciente das possíveis colisões entre regimes privados, propõe-se que cada regime considere a comunicação dos outros em suas atuações. Propõe-se que observem, portanto, o ambiente social que os rodeia, com suas diferentes perspectivas de comunicação. Trata-se de uma proposta de cooperação entre regimes. Em um ambiente de pluralismo constitucional, criar-se-ia um “metaconstitucionalismo”, uma vez que não há estrutura hierárquica na sociedade global, estimulando a aplicação de regras de outro regime nas decisões tomadas no interior das Constituições civis. A título de exemplo:

Os órgãos de solução de conflito da OMC precisam orientar-se claramente nas decisões regulatórias nacionais e considerar outros

²⁶⁷ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

regimes internacionais, cujas normas, *polícies* e instituições articulam e representam tais valores- seja em relação a saúde, normas de direito do trabalho, meio ambiente ou direitos humanos.²⁶⁹

Nessa proposta, formar-se-ia um ambiente de tolerância constitucional impulsionada pelo reconhecimento mútuo das diferentes racionalidades comunicativas dos fragmentos constitucionais existentes no ambiente social. A partir das diversas peculiaridades existentes nesse ambiente, haveria aproximação em relação a um *common law*, cujo intuito é que sustente uma nova perspectiva de Direito Constitucional, permitindo a construção de uma ordem pública transnacional comum em termos de interpretação.

A tolerância constitucional resulta na formação de redes entre as racionalidades das diferentes Constituições civis em um entrelaçamento multilateral. Parte-se da contradição natural entre as diversas perspectivas para a observação do ambiente em que o sistema está situado. Considera-se o outro por meio de suas próprias perspectivas. Para Febbrajo²⁷⁰, em tom semelhante, o Direito deveria representar uma metacomunicação social “[...] capaz de assegurar a circulação das informações e de traduzir em linguagem transversal e baseada sobre uma generalizada compatibilidade intersistêmica e transnacional.” Tal afirmação é de fundamental importância, na medida em que o Sistema do Direito não representa um centro de comunicação jurídica no atual ambiente de fragmentação.

No exemplo dos conhecimentos tradicionais, citado acima, os sistemas da Ciência, da Saúde e da Economia, em que pese suas próprias racionalidades, deveriam observar o modo como a invasão das culturas tradicionais poderia ocasionar sua própria destruição. No cenário de redes de tolerância constitucional, a justiça deve ser buscada com base em um princípio de sustentabilidade, que limite as atuações de cada sistema à preocupação com a possível extinção de sistemas formados em seu entorno, como manutenção necessária do sistema social:

Sustentabilidade não pode mais se limitar à relação da economia com a natureza, ou seja, à relação apenas de um sistema social com um de seus ambientes. O princípio da sustentabilidade deve ser repensado para além da economia, levando-se em conta todos os regimes funcionais. Ao mesmo tempo, deve incorporar, para além de

²⁶⁹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 278.

²⁷⁰ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016. p. 96.

apenas o ambiente natural, todos os ambientes relevantes dos regimes.²⁷¹

Destaca-se, portanto, como há questões constitucionais atuais. Nesse cenário, há de se observar como cada vez mais as perspectivas tradicionais de construção do constitucionalismo precisam ser readaptadas. A vinculação a um documento único elaborado para regular o exercício do poder do Estado em determinado território²⁷² é insuficiente em tempos de globalização, necessitando de diálogos transconstitucionais²⁷³ para a solução de problemas comuns por meio de Constituições Transnacionais²⁷⁴. Passada essa questão, observa-se como a questão constitucional não está mais adstrita às organizações de Direito Público.²⁷⁵ Trata-se de fenômeno que também se manifesta nos regimes privados por meio da formação de fragmentos constitucionais²⁷⁶.

Questão semelhante foi percebida no âmbito da Sociologia das Constituições, demonstrando o modo como a Constituição se desvincula do contato estrito com a estrutura dos Estados nacionais na globalização. Para além da questão da abertura das fronteiras em uma sociedade mundial, a manifestação do fenômeno constitucional no ambiente privado também é algo a ser percebido pela Teoria Constitucional, como destaca Febbrajo²⁷⁷:

A percepção hoje difundida, também entre os juristas, da tradicional conexão biunívoca entre Constituição e Estado, que foi criticamente orientada pela Sociologia Jurídica, é considerada superada pela globalização. A Constituição aparece ainda como o principal ponto de intersecção entre direito e política, no interior dos Estados, mas os Estados se veem obrigados a redimensionar as suas competências em um quadro de conexão e interferência que não deixa de ter consequências também sobre a função atribuída às respectivas Constituições.

²⁷¹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 302.

²⁷² MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

²⁷³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²⁷⁴ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016.

²⁷⁵ PRIBAN, Jiri. Constitutionalism as fear of the political? a comparative analysis of Teubner's constitutional fragments and Thornhill's a sociology of constitutions. **Journal of Law and Society**, [S.l.], 2012.

²⁷⁶ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁷⁷ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016. p. 71.

Muito dessa abertura tem se dado pelas alterações atuais no âmbito da comunicação, com destaque para a comunicação informática. Os fragmentos constitucionais mencionados por Teubner²⁷⁸ têm sua identidade normativa facilitada pelo novo ambiente da internet, não sendo mais limitados pelas fronteiras dos Estados Nacionais. Tratam-se, seguindo a linha da Sociologia das Constituições²⁷⁹ antes exposta, de Constituições não escritas, não oriundas do Estado, e que fogem do seu controle.²⁸⁰

O Direito Constitucional é atingido diretamente pelos efeitos causados pela forte expressão da comunicação digital atual. Há, inegavelmente, um contraste entre o modelo formal uma Constituição escrita, nos moldes das leituras clássicas do constitucionalismo, e as manifestações autônomas observadas nas Constituições materiais. Nesse sentido, afirma Vesting²⁸¹ que:

O Direito Constitucional também participa disso: costuma-se considerar a constituição escrita como unidade, como manifestação de uma soma concludente de princípios, valores e normas superiores e que também incluem as normas procedimentais parlamentares democráticas que regem a criação de novas leis e a alteração de rotinas arraigadas.

Nesse processo, os fluxos da comunicação digital, que não se limitam ao território de determinado Estado, possuem forte influência, possibilitando a formação de redes globais de comunicação. Como grandes exemplos têm-se as redes sociais e os aplicativos para trocas de mensagens.

Em ambientes digitais como *Facebook* e *Whatsapp* cada vez mais se tem discutidos temas cuja comunicação jurídica (direito/não direito) faz parte do contexto. Isso é demonstrado principalmente nas discussões acerca da proporção entre liberdade de expressão e censura. As decisões nesses casos são julgadas mediante políticas de privacidade das próprias organizações que mantêm redes sociais e aplicativos. As sanções, que incluem a retirada da publicação/mensagem do ar e suspensão do usuário são aplicadas diretamente pela organização. Trata-se de

²⁷⁸ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁷⁹ THORNHILL, Chris. **A sociology of constitutions**: constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. New York: Cambridge University Press, 2011.

²⁸⁰ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016. p. 72-75.

²⁸¹ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 16.

regras próprias de natureza global, que formam uma legítima Constituição digital, intrínseca a esse setor civil.

Por meio de critérios próprios, portanto, que independem da presença do Estado nas decisões:

[...] a normatividade é substituída por padrões técnicos que se autoexecutam, que assumem, ao menos parcialmente, o papel do Direito e- para usar os termos da teoria dos sistemas- estendem a lógica binária do código lícito/ilícito a programas condicionais.²⁸²

Referido tema tem tomado forte proporção no atual embate acerca das *Fake News*, principalmente em períodos eleitorais. Assim como ocorre no *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), observa-se o modo como o tratamento de questões vinculadas à internet autoproduziu um fragmento de normatividade própria na globalização, independente das questões tradicionais de produção legislativa do Direito, atrelada a determinado território. Nesse caso específico, há de se destacar que o ICANN atua sem qualquer fundamento em tratado internacional.²⁸³

No tratamento dessas questões também se faz de suma importância a preparação de respostas a eventuais colisões entre regimes, percebendo, todavia, que determinações limitadas às tradicionais concepções do Direito Constitucional (Estado, território e soberania) são ineficientes em um ambiente globalizado. Questões voltadas à tolerância constitucional e à formação de redes sustentáveis²⁸⁴ são as propostas a serem observadas, portanto. Ao mesmo tempo, postulados tradicionais são importantes nessa pretensão de constitucionalização eficaz dos regimes privados, na medida em que categorias de relevância histórica, como a dos direitos humanos, por exemplo, podem servir como critério de autocontrole constitucional do Direito digital autônomo.²⁸⁵

²⁸² VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 56.

²⁸³ HOLMES, Pablo. O constitucionalismo entre a fragmentação e a privatização: problemas evolutivos do direito e da política na era da governança global. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1142, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582014000401137&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 23 set. 2018.

²⁸⁴ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 302.

²⁸⁵ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 256.

4 O CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL NOS TRIBUNAIS

Após as construções de natureza teórica demonstradas nos capítulos anteriores, faz-se de suma importância a tentativa de constatar como recentes movimentos constitucionais podem ser observados no Brasil. Inicialmente, tenta-se identificar problemas de natureza global que estão sendo julgados por tribunais brasileiros. Posteriormente, buscar-se-á analisar se as decisões de possíveis casos dessa natureza são resolvidas exclusivamente com a legislação nacional ou se buscam parâmetros de decisão de outros níveis.

Em Teoria dos Sistemas Sociais, no interior de cada sistema há uma organização encarregada de tomar decisões. No Sistema da Política, essa organização é o Estado. No Sistema do Direito, o tribunal é encarregado de decidir.²⁸⁶

Com esses pressupostos, afirma-se que o indivíduo (a exemplo do juiz) possui pouca autonomia no momento da decisão, afinal, é o membro de uma estrutura maior (a organização). O juiz de primeiro grau, nesse caso, decide vinculado ao posicionamento do grau superior de jurisdição, mantendo a hierarquia de uma organização. Para incentivar essa estrutura, há forte contribuição das escolas da magistratura e dos requisitos para a promoção na carreira jurisdicional, valorizando julgadores com baixo índice de reforma das decisões.²⁸⁷

Uma das características das organizações é a capacidade de vincular o pertencimento de determinado sujeito ao cumprimento dos objetivos estabelecidos. No caso dos juízes e desembargadores, para ingressar na carreira, as escolas da magistratura são imprescindíveis. Na questão do estágio probatório, a título de exemplo, há período de revisão das decisões proferidas pelos juízes iniciantes por colegas antigos.²⁸⁸ Ademais, o índice baixo de revisão das decisões é fundamental

²⁸⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes: 2016. p. 397-450.

²⁸⁷ A título de exemplo, no Estado do Rio Grande do Sul, onde está situado o Tribunal Regional Federal da 4ª região, desde 1997 há a Escola dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul, com tradição nos cursos preparatórios à carreira da magistratura federal, normalmente ministrados pelos próprios membros do Tribunal. ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA FEDERAL. **Quem somos**. Porto Alegre. 2018. Disponível em: <<https://www.esmafe.org.br/web/esmafers.php>>. Acesso em: 14 set. 2018.

²⁸⁸ Informação obtida no encontro do projeto de pesquisa “Observação sistêmica da violência como sistema organizacional na criminalidade em rede e seus reflexos no mercado: análise comparativa entre a Operação Mãos Limpas e a Operação Lava Jato”, financiado pelo CNPq, ocorrido no dia 31 de agosto de 2018 em Porto Alegre, na Uniritter.

para as promoções. Isso confirma a estrutura organizacional, em que certas exigências são colocadas para que o sujeito permaneça vinculado.²⁸⁹

Ciente dessas questões, uma análise sistêmica, que supere a mera análise de casos isolados, deve levar em conta como determinado Tribunal decide quantitativamente em relação a determinado caso. Por isso, selecionando decisões, há de se observar se, a partir do critério utilizado, mostra-se relevante em números a análise realizada.

O fenômeno do Constitucionalismo Transnacional²⁹⁰ pode ser observado em diversos níveis. Nesse sentido, a partir da seleção de um tribunal situado no Brasil, podem ser analisadas as possíveis utilizações de legislação de natureza extranacional em casos por ele julgados. Importante se faz, nesse caso, que a dimensão dos problemas analisados envolva ao menos dois países, o que incentivaria a conversação constitucional em diferentes níveis.²⁹¹

Atualmente, uma das questões globais mais evidentes é a da lavagem de dinheiro, cuja apuração é incentivada por atores internacionais, a exemplo do Grupo de Ação Financeira Internacional.²⁹² O *Financial Action Task Force* (FATF) é um grupo de ação intergovernamental criado no ano de 1989, a partir da iniciativa de ministros de governo de diferentes países. O objetivo do Grupo é incentivar a criação de legislação conjunta a similar para o combate de crimes de natureza global, como lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo e outros que sejam nocivos ao sistema econômico ao redor do mundo. A proposta do grupo é reunir representantes políticos de diferentes países, com o intuito de estimular criações e reformas legislativas no interior de cada Estado.

A partir de reuniões entre membros dos países que participam, o Grupo elabora recomendações a serem adotadas nas áreas que são alvo das discussões. Com início em 1990, as recomendações da FATF já foram revisadas em 1996, 2001, 2003 e 2012. Atualmente, o relatório é denominado de 40 recomendações.²⁹³ Suas

²⁸⁹ RODRÍGUEZ MANSSILA, Darío. **Gestión organizacional**. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011. p. 19.

²⁹⁰ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions: social foundations of the post-national legal structure**. London: Cambridge, 2016.

²⁹¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²⁹² FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **40 recommendations**, Paris, 15 Feb. 2012. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

²⁹³ FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **40 recommendations**, Paris, 15 Feb. 2012. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

reuniões seguem, mapeando as atualizações de tendências dos crimes novos ao sistema econômico.²⁹⁴

No contexto brasileiro, as recomendações da FATF influenciaram diretamente na criação de leis nacionais e mecanismos para o combate à lavagem de dinheiro. Assim ocorreu nas duas leis brasileiras sobre o tema, de 1998²⁹⁵ e 2012²⁹⁶, que seguiram estritamente as recomendações, além da criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), também recomendado pelo Grupo de Ação Financeira Internacional.²⁹⁷

Necessariamente o referido delito envolve ao menos dois países, pois a lavagem ocorre mediante a remessa de dinheiro ao exterior, cujo retorno se pretende seja feito com aparência de licitude.²⁹⁸ Ambos os países são prejudicados na operação, visivelmente nociva ao sistema econômico.²⁹⁹

Como consequência lógica da natureza transnacional do delito, a utilização de legislação extranacional, não produzida no território nacional, ainda que tenha sido internalizada pelo Brasil é recorrente nesses casos, cuja cooperação jurídica internacional é imprescindível. Em evidência nessa questão está o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional³⁰⁰, internalizado para o ordenamento jurídico nacional mediante o Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002³⁰¹, em que a utilização é recorrente nas apelações de mérito da Operação Lava Jato

²⁹⁴ FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **Who we are**. Paris, 2018. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/about/>>. Acesso em: 26 out. 2018.

²⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9613.htm>. Acesso em: 08 jun. 2018.

²⁹⁶ BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei no 9.613, de 03 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 08 jun. 2018

²⁹⁷ MACHADO, Maira. Similar in their differences: transnational legal processes addressing money laundering in Brazil and Argentina. **Law & Social Inquiry**, [S.l.], n. 37, p. 330-366, 2012.

²⁹⁸ CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 16.

²⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

³⁰⁰ ESTATUTO de Roma do Tribunal Penal Internacional. Roma, 17 jul. 1998. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/estatuto_roma_tribunal_penal_internacional.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

³⁰¹ BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.

analisadas. Na perspectiva do Constitucionalismo Transnacional³⁰², isso demonstra a legitimidade dos parâmetros de decisão utilizados pelo Tribunal, uma vez que não se tratam de legislação exclusivamente nacional.

Partindo dessa perspectiva, há de se observar se o tribunal selecionado, em casos envolvendo lavagem de dinheiro (crime de natureza transnacional) utiliza algum parâmetro de legislação internacional no julgamento desses casos de natureza global. Nesse sentido, o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional³⁰³ é um dos exemplos dos parâmetros de decisão encontrados em análise preliminar. Em termos de teoria constitucional, trata-se de um exemplo que pode ser considerado uma evolução do Constitucionalismo transnacional, decorrente da necessidade de parâmetros extranacionais para a resolução de casos de natureza transnacional.

No Brasil atualmente, a Operação Lava Jato³⁰⁴ é um exemplo da apuração de crimes de lavagem de dinheiro, justamente um delito de dimensão transnacional. Por essa questão, selecionamos o tribunal responsável pelo julgamento dos recursos oriundos da Operação Lava Jato, o Tribunal Regional Federal da 4ª região, com sede em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, para a análise da eventual evolução do Constitucionalismo Transnacional em suas decisões.

A partir dessa delimitação, após uma breve introdução ao contexto histórico da Operação e à caracterização de lavagem de dinheiro como crimes transnacional, buscar-se-á fazer uma análise quantitativa da presença de menções ao Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional³⁰⁵ nas decisões de julgamentos de apelações de mérito na Operação Lava Jato. Para tal, por meio da jurimetria³⁰⁶, envolvendo análise quantitativa de julgados, verificar-se-á se a menção a legislação de origem extranacional existe e é relevante em termos quantitativos.

Seguindo o critério da Sociologia das Organizações, foi selecionado o Tribunal como ponto de observação, afinal, é o órgão superior ao juízo de primeiro

³⁰² THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016.

³⁰³ BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.

³⁰⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. **Entenda o caso**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 09 set. 2018.

³⁰⁵ ESTATUTO de Roma do Tribunal Penal Internacional. Roma, 17 jul. 1998. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/estatuto_roma_tribunal_penal_internacional.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

³⁰⁶ YEUNG, Luciana. Jurimetria ou análise quantitativa de decisões judiciais. Machado, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 249-274.

grau na estrutura hierárquica.³⁰⁷ A relevância da Operação Lava Jato e a apuração de delitos de natureza transnacional será demonstrada no próximo item, antes do apontamento dos dados levantados junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª região.

4.1 Operação Lava Jato: histórico, estrutura jurisdicional e apuração de crimes de natureza transnacional

A Operação Lava Jato iniciou em março de 2014, por meio da investigação de quatro organizações criminosas com o envolvimento de doleiros atuantes no mercado de câmbio. A apuração dos crimes ficou sob a jurisdição da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, especializada na apuração de crimes que atingem o Sistema Financeiro Nacional, sob a responsabilidade do juiz Sérgio Moro. Por questões de competência material e territorial, todos os demais casos envolvendo a Operação Lava Jato foram investigados e processados na referida Vara. Exceção é feita aos casos envolvendo foro privilegiado, que ficaram sob a competência direta do Supremo Tribunal Federal.³⁰⁸

O nome da Operação refere-se à utilização de uma rede de postos de combustíveis que oferecia o serviço de lavagem de carros (Lava Jato) como disfarce para o recebimento de propina por uma organização criminosa. Como foi o primeiro caso da Operação, o nome foi adotado para a sequência das investigações. Trata-se, a nível nacional, da maior operação envolvendo lavagem de dinheiro no Brasil, com somas que se aproximam de bilhões de reais. Em termos históricos, pesquisadores mencionam uma aproximação com a Operação Mãos Limpas na Itália.³⁰⁹

Na sequência da Operação, chegou-se a provas que culminaram na descoberta de uma grande operação criminosa que envolvia agentes políticos, empreiteiras e a Petrobrás, empresa estatal brasileira na área de petróleo. Basicamente, apurou-se que ao menos há 10 (dez) anos havia empreiteiras organizadas em cartel que pagavam propina para executivos da Petrobrás e agentes políticos em valores que variavam entre 1% a 5% de valores de contratos superfaturados que chegavam a cifras bilionárias. Importante papel nesse processo

³⁰⁷ RODRIGUEZ MANSILLA, Dario. **Comunicaciones de la organización**. Santiago: Puc de Chile, 2007.

³⁰⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. **Entenda o caso**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 09 set. 2018.

³⁰⁹ BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. **Operação mãos limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato**. Introdução à edição brasileira de Sérgio Moro. Porto Alegre: CDG, 2016.

era realizado por agentes financeiros (doleiros), que distribuíam o valor do suborno entre os agentes políticos e executivos da estatal.

A participação dos agentes financeiros no auxílio à lavagem de dinheiro evidencia o caráter transnacional de crimes apurados ao longo da Operação, uma vez que o dinheiro obtido por meio ilícito era necessariamente remetido a outros países com o intuito de lavar os valores (simular origem de licitude) para que posteriormente o dinheiro retornasse ao país de origem como se legal fosse.

No centro da Operação Lava Jato há diferentes tipos de atores envolvidos, com destaque para empreiteiras que simulavam a concorrência na formação de cartéis, fraudando licitações; funcionários da Petrobrás que direcionavam as contratações da estatal às empreiteiras envolvidas no cartel; operadores financeiros (doleiros) encarregados da lavagem de dinheiro por meio de movimentações no exterior e contratos simulados com empresas fictícias, e agentes políticos responsáveis pela nomeação de diretores da Petrobrás, diretamente beneficiados com o esquema. A ilustração da Operação é demonstrada pelos organizadores por meio da seguinte imagem:

Figura 1 - Representação Gráfica da Corrupção Sistêmica na Operação



Fonte: Brasil. Ministério Público Federal.³¹⁰

³¹⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. **Representação gráfica do esquema.** Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

O esquema envolvia basicamente o cometimento dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Como citado acima, a 13ª vara federal, com sede em Curitiba/PR, capital de um Estado brasileiro da região sul (Paraná) é a responsável pela apuração dos crimes em primeiro grau de jurisdição. Neste âmbito, as ações judiciais foram divididas entre as que envolvem conjunto de pessoas no cometimento de determinado crime e conjunto de fatos conexos, como afirmado por Sérgio Moro³¹¹, juiz responsável pelo julgamento dos casos.

Os agentes sob a prerrogativa do foro privilegiado são julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Respectivamente, os tribunais responsáveis pelo julgamento dos recursos oriundos da Apelação são o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (engloba os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná), com sede em Porto Alegre/RS (casos sem foro privilegiado) e o próprio Supremo Tribunal Federal nos casos envolvendo foro privilegiado. Por essa questão, sob o ponto de análise da Sociologia das Organizações, os referidos tribunais são o foco de observação na presente pesquisa.

A apuração do delito de lavagem de dinheiro nesse caso envolve necessariamente a participação de dois ou mais países no caso da Operação Lava Jato, afinal, os valores eram transferidos das empresas envolvidas aos operadores financeiros por meio de movimentações no exterior e contratos simulados com empresas fictícias. Posteriormente, esse dinheiro era passado dos doleiros aos beneficiários, novamente por transferência no exterior ou dação em bens, com o intuito de mascarar a origem ilícita dos valores. Isso demonstra o caráter transnacional do delito.

O modo viável de apurar a ocorrência da lavagem de dinheiro é mediante a troca de informações entre países envolvidos. Nesse sentido, é de se observar que há tempo organizações internacionais têm estimulado a criação de mecanismos entre países para a apuração da lavagem de dinheiro. A título de exemplo, basta citar o Grupo de Ação Financeira Internacional ou *Financial Action Task Force* (FATF)³¹², como demonstrado acima.

³¹¹ Afirmação proferida no encontro do projeto de pesquisa “Observação sistêmica da violência como sistema organizacional na criminalidade em rede e seus reflexos no mercado: análise comparativa entre a Operação Mãos Limpas e a Operação Lava Jato”, financiado pelo CNPq, ocorrido no dia 31 de agosto de 2018 em Porto Alegre, na Uniritter.

³¹² FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **40 recommendations**, Paris, 15 Feb. 2012. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

No da Operação Lava Jato, por diversas vezes foram solicitadas informações a outros países para apuração de delitos de lavagem de dinheiro, com destaque especial para o auxílio da Suíça, país tradicionalmente conhecido por ser destino escolhido entre os lavadores, como afirma Sérgio Moro ³¹³, juiz responsável pelo julgamento das ações na 13ª Vara Federal de Curitiba.

Essa questão coloca em destaque, inicialmente, a verificação de que se está apurando o cometimento de um crime de natureza transnacional, envolvendo ao menos a prática da ilicitude em dois diferentes países. Sabe-se, portanto, que a cooperação jurídica internacional é imprescindível para a sua apuração.

Por outro lado, uma vez que recomendações internacionais influenciaram na elaboração das leis brasileiras, pergunta-se se a legislação de caráter extranacional, com os pressupostos utilizados em sede de direito criminal internacional, é utilizada nas decisões judiciais sobre esses crimes, apontando para a constatação de possíveis diálogos entre tribunais em problemas comuns (Transconstitucionalismo)³¹⁴ ou a penetração de legislação extranacional nas fronteiras dos Estados nacionais, evoluindo para um constitucionalismo transnacional.³¹⁵

Uma primeira constatação no que tange ao delito de lavagem de dinheiro, dada a sua natureza necessariamente transnacional, é o meio de obtenção de provas mediante cooperação jurídica internacional com troca de dados entre diferentes países. Nesse sentido, há tempo parte da doutrina em Direito Penal reforça a necessidade da criação de um sistema jurídico válido para todo o mundo³¹⁶, com grande ênfase na Teoria dos Sistemas Sociais na resolução de problemas globais.³¹⁷

Outra questão colocada é a menção a normas jurídicas de caráter extranacional, ou seja, aquelas que não foram produzidas no território brasileiro. Neste quesito, como se trata de um crime que envolve necessariamente pelo menos dois países, a fundamentação com base em legislação que excede o território do

³¹³ Afirmação proferida no encontro do projeto de pesquisa “Observação sistêmica da violência como sistema organizacional na criminalidade em rede e seus reflexos no mercado: análise comparativa entre a Operação Mãos Limpas e a Operação Lava Jato”, financiado pelo CNPq, ocorrido no dia 31 de agosto de 2018 em Porto Alegre, na Uniritter.

³¹⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

³¹⁵ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**. Constitutions and state legitimacy in post-national structure. New York: Cambridge University Press, 2016.

³¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. El próprio sistema de la teoría del delito. **Revista para Análisis del Derecho (InDret)**, [S.l.], n. 1, 2008. Disponível em: <www.indret.com/pdf/505.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

³¹⁷ GOMEZ -JARA, Carlos. Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? uma antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Weezel. **Política Criminal**, [S.l.] v. 5, n. 10, p. 455-475, dez. 2010. Disponível em: <www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10-Vol5N1-D1.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2018.

Estado nacional serve como um argumento de legitimação ao que se está decidindo nas fronteiras de um país às exigências do cenário internacional, nos termos de um Constitucionalismo Transnacional.

Por outro lado, essa adequação pode servir para um diálogo entre tribunais de diferentes níveis para a solução de um problema comum (lavagem de dinheiro). Exemplo disso é a utilização frequente do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional³¹⁸, recepcionado pelo Brasil por meio do Decreto Nº 4.388, de 25 De Setembro De 2002³¹⁹, como parâmetro de decisões nos casos da Operação Lava Jato sobre lavagem de dinheiro.

A problemática ora abordada busca demonstrar dois objetivos específicos que basearam o presente trabalho: a força do tribunal enquanto organização do Sistema do Direito e a evolução do Constitucionalismo Transnacional no tribunal selecionado para análise (Tribunal Regional Federal da 4ª região) no julgamento de recursos de mérito envolvendo lavagem de dinheiro, crime que transcende as fronteiras dos Estados nacionais.

4.1.1 A Força do Tribunal Enquanto Organização do Sistema do Direito nas Decisões da Operação Lava Jato

Majoritariamente a doutrina brasileira tem criticado a atuação de um juiz singular na condução da Operação Lava Jato, o juiz Sérgio Moro. Tais questionamentos não levam em consideração que as decisões por ele proferidas estão fundadas em posicionamento do próprio tribunal, acima na hierarquia do Poder Judiciário.

Para ilustrar tal questão, basta observar que a maioria dos comentários acerca da Operação pela mídia e por juristas é feita em relação ao juiz Sérgio Moro, considerando pela crítica como o centro da operação. Supostas ilegalidades no curso da investigação, da instrução processual e dos julgamentos são diretamente imputadas ao juiz singular.

³¹⁸ ESTATUTO de Roma do Tribunal Penal Internacional. Roma, 17 jul. 1998. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/estatuto_roma_tribunal_penal_internacional.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

³¹⁹ BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.

A título de exemplo, o portal Consultor Jurídico (CONJUR) divulgou ranking com os 20 (vinte) artigos mais acessados durante os 20 (vinte) anos de existência do portal.³²⁰ Entre os destaques estão 03 (três) artigos que mencionam diretamente supostas ilegalidades do juiz Sérgio Moro: “Sergio Moro divulgou grampos ilegais de autoridades com prerrogativa de foro”³²¹, “Todos os 25 advogados de escritório que defende Lula foram grampeados”³²², “Moro diz que excesso de trabalho o impediu de ler documentos de processo de Lula”³²³.

Outra questão que demonstra a tendência de centralização individual nas leituras acerca da Operação Lava Jato é a publicação de diversos livros com aspectos biográficos acerca do juiz Sérgio Moro, vinculando estritamente o juiz singular como o centro da Operação: “Lava Lato - o juiz Sérgio Moro e os bastidores da Operação que abalou o Brasil”³²⁴, “Sérgio Moro - a história do homem por trás da Operação que mudou o Brasil”³²⁵, “Sérgio Moro: o homem, o juiz e o Brasil”³²⁶, “Sérgio Moro: o juiz do milhão e do bilhão que fez a República tremer”³²⁷. As publicações vinculam diretamente a Operação Lava Jato à figura do juiz por ela responsável em primeiro grau de jurisdição, desconsiderando totalmente a estrutura organizacional que está acima.

Contrariamente à perspectiva individualista de observação, a Operação Lava Jato foi organizada por meio da participação de diversos órgãos em cooperação, incluindo Poder Judiciário, Ministério Público Federal, Polícia Federal, e o compartilhamento de informações em importantes sistemas como o da Receita Federal. Essa questão é colocada em gráfico pelos organizadores da Operação:

³²⁰ CONHEÇA as 20 notícias mais lidas da história da ConJur. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 03 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-03/conheca-as-20-noticias-mais-lidas-da-historia-da-conjur>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

³²¹ CANÁRIO, Pedro; VASCONCELLOS, Marcos. Sergio Moro divulgou grampos ilegais de autoridades com prerrogativa de foro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-divulgou-grampos-ilegais-autoridades-prerrogativa-foro>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

³²² VASCONCELLOS, Marcos; RODAS, Sérgio. Todos os 25 advogados de escritório que defende Lula foram grampeados. **Consultor Jurídico**, São Paulo, mar. 2016.

³²³ VASCONCELLOS, Marcos. Moro diz que excesso de trabalho o impediu de ler documentos de processo de Lula. **Consultor Jurídico**, São Paulo, jul. 2017.

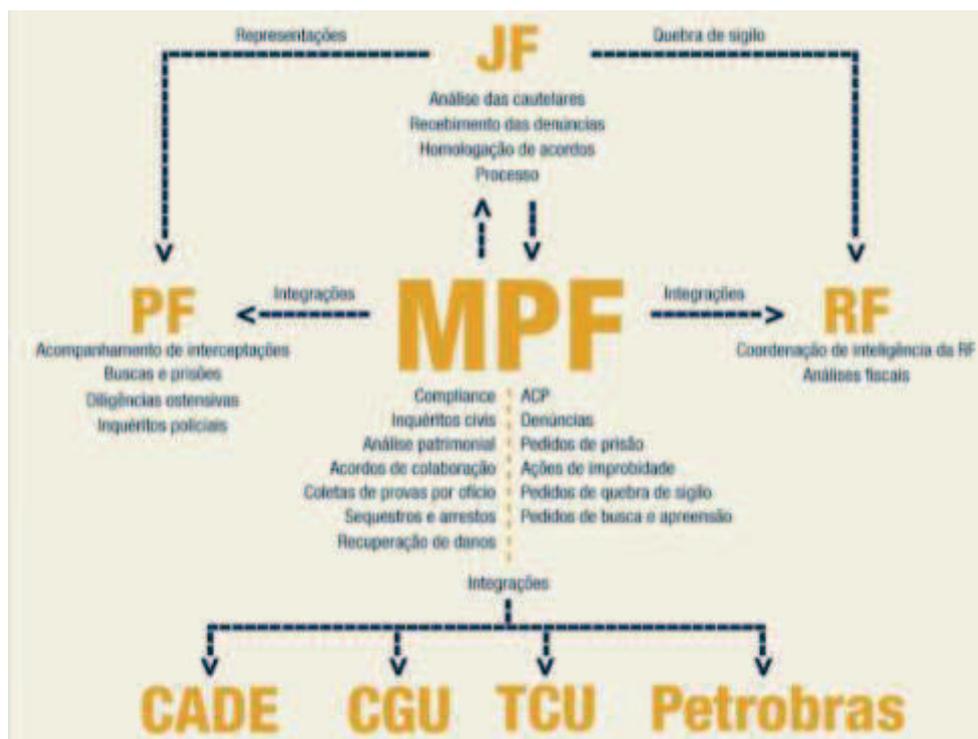
³²⁴ NETTO, Vladimir. **Lava Lato** - o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil. São Paulo: Primeira Pessoa, 2016.

³²⁵ HASSELMANN, Joice. **Sérgio Moro** - a história do homem por trás da Operação que mudou o Brasil. São Paulo: Universo Ebook, 2016.

³²⁶ SCARPINO, Luiz. **Sérgio Moro**: o homem, o juiz e o Brasil. Ribeirão Preto: Novas Ideias, 2016.

³²⁷ FREITAS, Neriberto Silva de. **Sérgio Moro**: o homem, o juiz e o Brasil”, “Sérgio Moro: o juiz do milhão e do bilhão que fez a República tremer. São Paulo: Clube de Autor Ebook, 2016.

Figura 2 - Cooperação de Diferentes Órgãos na Operação



Fonte: Brasil. Ministério Público Federal³²⁸

A questão mais polemizada pela doutrina jurídica nacional acerca das decisões da Operação Lava Jato é o das prisões cautelares no âmbito da investigação criminal. Sobre esse aspecto, diversos juristas se posicionaram em relação a supostas ilegalidades cometidas na decretação dessas prisões pela 13ª Vara Federal de Curitiba/PR. As críticas são diretamente dirigidas ao juiz Sérgio Moro, considerando que o suposto arbítrio parte exclusivamente do julgador singular.

Como colocamos acima, o nível inferior da organização (o primeiro grau de jurisdição neste caso) está sempre subordinado ao que o grau superior decide, ou seja, o juiz, no ato de julgar, naturalmente segue o posicionamento do Tribunal para o qual eventual recurso será dirigido, mantendo a estrutura hierárquica de uma organização dentro de determinado sistema.

Em Sociologia das Organizações³²⁹, a decisão do grau inferior, a exemplo do primeiro grau de jurisdição no caso dos tribunais, está condicionada ao modo de decidir do grau superior. A jurisprudência do Tribunal, bem como as teses firmadas em

³²⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. **Entenda o caso**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

³²⁹ RODRIGUEZ MANSILLA, Dario. **Comunicaciones de la organización**. Santiago: Puc de Chile, 2007.

determinadas situações são influências diretas nas decisões dos juízos singulares, a exemplo da 13ª Vara Federal de Curitiba, cujas decisões, na grande maioria dos casos, estão baseadas no que o Tribunal Regional Federal da 4ª região decide.

Essa linha teórica busca desconstruir as observações majoritárias de que o juiz de primeiro grau de jurisdição representa uma personificação da Operação Lava Jato, envolvendo análises pessoais sobre seu modo de agir, a exemplo das diversas reportagens e biografias sobre o juiz Sérgio Moro existentes atualmente no Brasil, como demonstrado acima.

Na relação com o atuar indivíduo há sempre uma organização que ele pertence. O pertencimento exige comportamentos próprios. No caso dos tribunais, o índice baixo de reforma das decisões é uma das condições de pertencimento na organização. Nessa constatação, não há influência de uma teoria da decisão de cunho não individualista, como a hermenêutica. Há uma teoria autopoiética da decisão, observando a relação do indivíduo com as organizações que compõem o sistema social.³³⁰

4.1.2 A Evolução do Constitucionalismo Transnacional nas Decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Após uma demonstração de como a sociologia das organizações concebe a influência do tribunal sobre os julgamentos dos seus membros, existindo uma teoria sistêmico-autopoiética da decisão, buscar-se-á verificar se o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento das apelações envolvendo Lavagem de Dinheiro na Operação Lava Jato, crime de natureza global, utiliza legislação internacional em suas decisões.

Até o final de agosto do ano de 2018, a Operação Lava Jato na 13ª Vara Federal de Curitiba possuía 78 (setenta e oito) ações penais propostas, das quais 43 (quarenta e três) foram julgadas.³³¹ O intuito na presente pesquisa será verificar se o caráter transnacional do delito observado estimula o Tribunal a mencionar

³³⁰ ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoiética. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD). São Leopoldo, RS, ano 4, v. 2, jul./dez. p. 193-213, 2016. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09>>. Acesso em: 14 set. 2018.

³³¹ Afirmação proferida no encontro do projeto de pesquisa “Observação sistêmica da violência como sistema organizacional na criminalidade em rede e seus reflexos no mercado: análise comparativa entre a Operação Mãos Limpas e a Operação Lava Jato”, financiado pelo CNPq, ocorrido no dia 31 de agosto de 2018 em Porto Alegre, na Uniritter.

parâmetros internacionais de decisão. Utilizar-se-á, como destacado acima, o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional³³², internalizado pelo Brasil mediante o Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002³³³ como a legislação a que se pretende observar sua presença nos acórdãos analisados. Em análise preliminar, foi a legislação mais recorrente nos primeiros acórdãos analisados, motivo pelo qual foi adotada como o parâmetro da presente pesquisa.

A partir da pesquisa realizada por meio de Jurimetria³³⁴ e da análise de conteúdo³³⁵, será verificado se sistemicamente o Tribunal Regional Federal da 4ª região menciona referida legislação internacional nas apelações de mérito envolvendo lavagem de dinheiro na Operação Lava Jato.

No método de procedimento de análise de conteúdo há três polos cronológicos na organização da análise: 1) pré-análise; 2) exploração do material; 3) tratamento dos resultados, interferência e interpretação.³³⁶

Na pré-análise, foram selecionados os documentos a serem analisados, formulando-se as hipóteses e os objetivos. Delimitou-se, inicialmente, a análise a acórdãos proferidos pela 8ª turma do Tribunal Regional Federal da 4ª região, órgão responsável pelo julgamento da Operação em 2º grau de jurisdição, no período entre 01/01/2014 e 01/06/2018. Com base nisso, realizamos a pesquisa no site do Tribunal a partir dos seguintes critérios: “Texto para pesquisa: operação Lava Jato e lavagem de dinheiro/ Origem: todos/ Campo para pesquisa: inteiro teor/ Relator: João Pedro Gebran Neto/ Data entre: 01/01/2014 e 01/06/2018/ Órgão Julgador: Oitava turma/ Classe Processual: ACR- Apelação Criminal”.

A hipótese elencada na análise é a de que os acórdãos oriundos de apelações criminais na Operação Lava Jato, tendo em vista a complexidade da operação, fazem menção legislação de natureza não exclusivamente nacional como meio de legitimação de suas decisões. Há uma articulação, nesses casos, entre

³³² ESTATUTO de Roma do Tribunal Penal Internacional. Roma, 17 jul. 1998. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/estatuto_roma_tribunal_penal_internacional.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

³³³ BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.

³³⁴ YEUNG, Luciana. Jurimetria ou análise quantitativa de decisões judiciais. Machado, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 249-274.

³³⁵ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011.

³³⁶ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 95.

legislação nacional e internacional, de modo a justificar que tais decisões poderiam ser tomadas também em outros países.

O objetivo, portanto, foi verificar se os documentos analisados (acórdãos oriundos de julgamentos de apelações criminais da Operação Lava Jato) mencionam legislação internacional.

Na fase de exploração do material, buscou-se verificar a partir de uma codificação³³⁷ (o termo “internacional”) a presença de legislação de origem diversa no corpo dos documentos analisados. Para tal, verificou-se no inteiro teor de cada um dos acórdãos analisados a eventual presença da palavra “internacional”. Caso positivo, observou-se se tratava de menção à legislação de origem não nacional.

No tratamento de resultados obtidos e interpretação, chegou-se às tabelas abaixo indicadas, demonstrando o número de acórdãos em apelações criminais julgados pela 8ª turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região na Operação Lava Jato e o número desses acórdãos em que constava o termo internacional. Na sequência, por meio de outra tabela, buscou-se verificar quais referências estavam conectadas ao termo “internacional”.

Na pesquisa com os critérios acima delimitados, foram encontrados 39 acórdãos proferidos pelo TRF4, dos quais 27 tratavam de decisões de mérito da operação Lava Jato. Nestes, procuramos a menção à legislação internacional, encontrando constantemente a referência aos termos “Cooperação Jurídica Internacional e Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional” com os seguintes dados:

Tabela 1 - Corpus da Pesquisa Empírica de Análise de Conteúdo

Período	Decisões Analisadas	Cooperação Jurídica Internacional	Estatuto de Roma Para o Tribunal Penal Internacional
01/01/2014	27	11	25
01/06/2018			

Fonte: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Por meio dos dados extraídos do *corpus* selecionado, podemos observar que 40,74 % das decisões envolvendo lavagem de dinheiro na operação Lava Jato

³³⁷ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 101.

mencionam o termo “Cooperação Jurídica Internacional” como referência às provas obtidas mediante troca de informações entre países e 92,59 % dos acórdãos envolvendo o mesmo tema menciona o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional como referência nos parâmetros adotados para condenações.

Os dados colhidos na presente pesquisa lavam-nos à demonstração dos seguintes pontos:

(01) os crimes de natureza transnacional exigem constantemente a obtenção de provas mediante a troca de informações entre países. Tal circunstância resta demonstrada majoritariamente na análise das decisões acima transcritas, constando que 40% dos acórdãos menciona a “Cooperação Jurídica Internacional” como circunstância imprescindível para a apuração da lavagem de dinheiro;

(02) a transnacionalidade do delito e, conseqüentemente, o envolvimento de ao menos dois países no percurso do crime são circunstâncias que estimulam a utilização de legislação internacional nas decisões que envolvem lavagem de dinheiro. Isso foi confirmado na medida em que 92,59 % dos acórdãos analisados citam expressamente o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, Decreto Nº 4.388, de 25 De Setembro De 2002, como parte de sua fundamentação.

Simultaneamente, portanto, comprovou-se a o caráter transnacional do delito de lavagem de dinheiro, inclusive em sua apuração, cuja cooperação jurídica internacional é imprescindível, bem como a evolução, nesses casos, para o que contemporaneamente tem se denominado de Constitucionalismo Transnacional³³⁸ e Transconstitucionalismo³³⁹.

Como demonstrado ao longo do segundo capítulo do presente trabalho, a legislação produzida no âmbito internacional influenciou de sobremaneira a elaboração de diversas constituições nas ondas de redemocratização de diversos países após a Segunda Guerra Mundial. Como legitimidade e pressuposto de inclusão no sistema da sociedade mundial, diversos países positivaram em suas

³³⁸ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016.

³³⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

constituições boa parte da legislação elaborada no plano internacional, com destaque para a temática dos direitos humanos.³⁴⁰

Do mesmo modo, foi mostrado como diversas organizações influenciam diferentes países na elaboração de mecanismos internos de combate a problemas de ordem global. Deu-se destaque ao Grupo de Ação Financeira Internacional, com sua influência direta na elaboração das leis brasileiras sobre lavagem de dinheiro.³⁴¹

Ao mesmo passo em que boa parte das disposições elaboradas a nível global está positivada nas constituições de cada país, bem como há influência direta de atores internacionais na elaboração das leis internas de cada Estado, novos desafios surgem na medida em que se apresentam casos jurídicos que envolvem a participação de ao menos dois países para a sua apuração. A lavagem de dinheiro é um exemplo típico dessa questão.³⁴²

Como o delito de lavagem de dinheiro atualmente envolve a remessa de valores ao exterior, imprescindível se faz que haja outro país que conceda as informações solicitadas pelo Estado que está investigando. Exemplo mencionado com frequência é a cooperação jurídica internacional da Suíça em relação ao Brasil nos casos da Operação Lava Jato.

Dando-se ênfase ao aspecto constitucional da questão, o questionamento feito no presente trabalho baseou-se em saber se nesses casos em que há participação de ao menos 02 (dois) países na apuração do delito de natureza global é comum a menção a parâmetros internacionais de decisão, ou seja, de legislação que não foi produzida no país que decide sobre o caso, mas que foi internalizado por esse Estado, como mecanismo de legitimidade no cenário da sociedade global, nos termos como Thornhill³⁴³ destaca em seu *Constitucionalismo Transnacional*.

Assim como a questão da legitimidade, de associar legislação não produzida no território nacional, mas que se trata de disposição internacional, o diálogo nesse ponto, por meio dos tribunais, representa o que Neves denomina de transconstitucionalismo.

³⁴⁰ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016.

³⁴¹ FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **40 recommendations**, Paris, 15 Feb. 2012. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

³⁴² MACHADO, Maira. Similar in their differences: transnational legal processes addressing money laundering in Brazil and Argentina. **Law & Social Inquiry**, 37: 330-366.

³⁴³ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016.

Na análise realizada no presente trabalho, conforme os dados acima mencionados observou-se que 92,59 % dos acórdãos envolvendo lavagem de dinheiro (problema comum de natureza global) na Operação Lava Jato mencionam o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional como matéria de fundamentação das decisões.

É perceptível, portanto, como nesses casos de natureza global a menção direta a legislação internacional serve como um modo de legitimar a atuação do tribunal no cenário da sociedade mundial, utilizando parâmetros que poderiam também ser utilizados por tribunais de outros países no julgamento de casos análogos.

Portanto, há uma pretensão de legitimação do tribunal no ambiente da sociedade mundial, mencionando pressupostos que podem ser utilizados no julgamento de crimes da mesma natureza em outros países, por meio da utilização de legislação de caráter transnacional no julgamento de problemas de natureza global, evidenciando a evolução do Constitucionalismo Transnacional³⁴⁴ nos tribunais. Ao mesmo tempo, constata-se que esse movimento ocorre por meio do diálogo transconstitucional entre tribunais e legislação de diferentes níveis a partir de problemas comuns, a exemplo da lavagem de dinheiro, demonstrando a relevância de uma postura de Transconstitucionalismo³⁴⁵ nesses casos.

³⁴⁴ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016.

³⁴⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu ao longo da presente dissertação, há uma linha tradicional de construção do constitucionalismo que considera a Constituição como um documento único que limita o exercício do poder, do *imperium* do Estado dentro de determinado território soberano sobre o povo a ele vinculado por uma relação de cidadania.

Tal perspectiva possui origem no pensamento francês, com a criação da disciplina de *Droit Constitutionnel* no âmbito do Direito Público. Os traços dessa construção são visíveis na obra de Malberg³⁴⁶, mormente na caracterização do que considera sejam os elementos constitutivos do Estado, aos quais a Constituição está estritamente vinculada.

Essas considerações são visíveis na obra de Jellinek³⁴⁷, um clássico da Teoria do Estado na Alemanha. Enfatizando a origem do *Droit Constitutionnel* na França, os elementos constitutivos do Estado ganham destaque em sua construção teórica novamente. Diretamente conectada a eles surge sua concepção de Constituição do Estado, uma Constituição escrita e em sentido formal.

Um documento escrito que limite o exercício do poder do Estado no tocante a seus elementos constitutivos, ou seja, sobre um território dotado de soberania e sobre um povo a ele vinculado são traços de uma concepção tradicional de Constituição.

Referidos traços, como demonstrado ao longo do início do primeiro capítulo, são visíveis em importantes autores ao longo do século XX. Kelsen³⁴⁸ e Schmitt³⁴⁹, apesar de fortes divergências em suas obras, não desvincularam suas concepções de Constituição às anteriormente apresentadas. A ideia de um documento único conectado aos elementos constitutivos do Estado ainda permaneceu, ainda que a obra kelseniana³⁵⁰ tenha considerações sobre o Direito Internacional.

Essa perspectiva de Constituição possui grande influência no Direito Constitucional brasileiro. Como observado, todos os ministros do Supremo Tribunal

³⁴⁶ MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

³⁴⁷ JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Granada: Comares, 2000. p. 500.

³⁴⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

³⁴⁹ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

³⁵⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Federal³⁵¹ que escrevem sobre Direito Constitucional possuem concepções de constitucionalismo análogas a desses autores tradicionais.

Além dos ministros, os livros mais citados pelo Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 também possuem concepções próximas de constitucionalismo.³⁵²

Em nível mundial, relevantes autores da área em outros países também possuem definições de Constituição que se aproximam das tradicionais, a exemplo do trabalho de Canotilho³⁵³ em Portugal e de Bobbio³⁵⁴ na Itália.

Todavia, como se viu ao longo do segundo item do primeiro capítulo, o fenômeno da intensificação do processo de globalização no final do século XX alterou substancialmente as considerações que se tinha sobre território e soberania, relativizando os tradicionais elementos constitutivos do Estado. Para além da construção estatal de normas que vinculassem o exercício do poder em determinado território, passou-se a observar um processo de circulação de normas a nível global.

No que tange ao processo de globalização no constitucionalismo, terceiro item do primeiro capítulo, demonstrou-se a necessidade de adaptação do Direito Constitucional aos pressupostos da globalização. Na sociedade mundial, os problemas são de natureza global. A Teoria Constitucional, por consequência, deve estar adaptada a esses pressupostos.

Diversas questões são colocadas a nível mundial na globalização. Uma delas – a que se buscou dar destaque neste trabalho- é a da lavagem de dinheiro. A articulação transnacional para o combate desse delito foi demonstrado por meio do trabalho de Maíra Rocha Machado³⁵⁵, com descrição dos mecanismos de atuação do Grupo de Ação Financeira Internacional³⁵⁶.

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Composição atual**. Brasília, DF, 27 ago. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

³⁵² LORENZETTO, Bruno Meneses; KENICHE, Pedro Henrique Gallotti. José Afonso da Silva é o doutrinador mais citado pelo STF. **Conjur**, São Paulo, 06 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-06/jose-afonso-silva-doutrinador-citado-supremo-adis>>. Acesso em: 06 set. 2018.

³⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: 2003.

³⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1987.

³⁵⁵ MACHADO, Maira. Similar in their differences: transnational legal processes addressing money laundering in Brazil and Argentina. **Law & Social Inquiry**, [S.l.], n. 37, p. 330-366, 2012.

³⁵⁶ FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **40 recommendations**, Paris, 15 Feb. 2012. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

Há de se concluir, ciente dessas questões, que a concepção de Constituição, não pode mais se limitar ao ponto de vista de um documento único e escrito que regula o exercício de poder dentro de determinado território.

Com base nessa conclusão, ao longo do segundo capítulo buscou-se apresentar concepções de Direito Constitucional que estivessem adaptadas aos influxos da globalização. Nessa proposta, construções teóricas que partem do conceito de sociedade mundial de Luhmann³⁵⁷, além de outras caracterizações da Teoria dos Sistemas Sociais, foram demonstradas.

Iniciando pela demonstração da concepção de Constituição na Teoria dos Sistemas Sociais, comprovou-se como a caracterização do constitucionalismo luhmanniano é suficiente e necessária para a observação do Direito Constitucional na globalização.

Na sequência, partindo das concepções de Sistema da Política e Sistema do Direito na sociedade mundial, demonstrou-se a formação de Constituições Transnacionais³⁵⁸ na articulação entre tribunais na utilização de legislação internacional para decisões em casos de natureza global. Observou-se como essa construção é necessária como pressuposto de inclusão a nível internacional, principalmente em matéria de direitos humanos, ao mesmo tempo em que a soberania dos países na elaboração desse tipo de legislação resta cada vez mais limitada.

Em diálogo direto com essa perspectiva, viu-se como essa conversação constitucional entre tribunais deve ser estimulada, por meio da utilização de legislação de diferentes níveis na solução de casos globais. A essa construção se denomina de transconstitucionalismo.³⁵⁹

Observando como as inovações constitucionais se manifestam no âmbito privado, viu-se a concepção de Teubner³⁶⁰ acerca da fragmentação constitucional, evidenciando a construção própria de normas que independem dos sistemas tradicionais da Política e do Direito, desenvolvendo-se majoritariamente no Sistema da Economia. Paralelamente, demonstrou-se como fenômenos tecnológicos também têm alterado a tradicional concepção de Constituição escrita, a exemplo das

³⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

³⁵⁸ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016.

³⁵⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

³⁶⁰ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

Constituições parciais evidenciadas por Vesting³⁶¹, em que a comunicação digital é o principal eixo.

No quarto capítulo, com o intuito de verificar empiricamente a consistência teórica dos pressupostos apresentados ao longo da dissertação, buscou-se confrontar algumas perspectivas teóricas apresentadas ao longo da dissertação com recentes decisões de tribunais brasileiros.

Partindo-se do que foi denominado de Constitucionalismo Transnacional, combinação entre as perspectivas de Constituições Transnacionais de Thornhill³⁶² e de Transconstitucionalismo de Neves³⁶³, perspectivas constitucionais adaptadas ao fenômeno do constitucionalismo na globalização, buscou-se evidenciar a aplicabilidade de suas considerações teóricas a casos atuais de natureza global.

Sabendo-se que a lavagem de dinheiro é um problema mundial, selecionou-se a apuração judicial desse delito específico para analisar empiricamente no presente trabalho. Levando-se em conta que a Operação Lava Jato no Brasil trabalha na apuração de casos que envolvem esse crime, buscou-se utilizar suas decisões face ao delito de lavagem de dinheiro, problema de natureza global, para buscar confirmar a consistência teórica das propostas apresentadas ao longo da dissertação. Com essa proposta, o segundo item do quarto capítulo apresentou a Operação Lava Jato, destacando sua relevância e repercussão no atual contexto judicial brasileiro.

Na sequência, partindo das concepções de Dario Rodriguez³⁶⁴ acerca da teoria das organizações, demonstrou-se a força do Tribunal, órgão encarregado do julgamento dos recursos de decisões judiciais, no teor das decisões dos juízes que atuam no primeiro grau de jurisdição. Com essa perspectiva, foi confrontado o fato de que boa parte da imprensa direciona elogios e críticas da Operação Lava Jato a um julgador singular, o juiz Sérgio Moro.

Essa circunstância foi demonstrada mediante a publicação de diversas reportagens em que o referido julgador é destaque. Ademais, demonstrou-se a publicação de ao menos 04 (quatro) biografias do juiz desde o início da Operação, tendo como autores escritores vinculados ao jornalismo. Além da mídia, restou

³⁶¹ VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Elgar, 2018.

³⁶² THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions: social foundations of the post-national legal structure**. London: Cambridge, 2016.

³⁶³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

³⁶⁴ RODRÍGUEZ MANSSILA, Darío. **Comunicaciones de las organizaciones**. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007.

evidenciado como grande parte de críticas oriundas de juristas também é direcionada ao juiz Sérgio Moro. Conforme levantamento do portal Consultor Jurídico (CONJUR), entre os 20 (vinte) artigos mais acessados ao longo dos 20 (vinte) anos de existência do Portal, 03 (três) mencionam diretamente a Operação Lava Jato, com críticas direcionadas ao julgador do primeiro grau de jurisdição.³⁶⁵

Referido tipo de observação, de cunho individualista, típico das perspectivas de teoria da decisão das matrizes jurídicas analítica e hermenêutica³⁶⁶ foi contraposto com as constatações da sociologia sistêmica, método utilizado na presente dissertação, acerca de decisão e organização³⁶⁷. Nessa proposta, como objeto da pesquisa realizada, selecionou-se o Tribunal Regional Federal da 4ª região, encarregado de decidir em grau recursal os casos da Operação Lava Jato.

No Tribunal, a 8ª Turma é responsável pelo julgamento de crimes oriundos da Operação Lava Jato. A partir da seleção das decisões proferidas entre 01/01/2014 e 01/06/2018 em sede de apelação criminal, demonstrou-se que 92,59 % dos julgados analisados mencionam legislação extranacional, especificamente o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional³⁶⁸ como parâmetro de apuração criminal não estritamente nacional. Ademais, verificou-se que 40,74% das decisões mencionam expressamente o termo “Cooperação Jurídica Internacional”.

Comprovou-se, portanto, que em casos envolvendo crime de natureza transnacional, como o de lavagem de dinheiro, o Tribunal encarregado de decidir tende a utilizar legislação internacional- e seus parâmetros- para fundamentar suas decisões. Na Operação Lava Jato, os acórdãos analisados mencionavam expressamente os critérios internacionais em nível de persecução criminal. A título de exemplo, destaca-se a recorrente menção aos padrões estabelecidos pelo Estatuto de Roma Para o Tribunal Penal Internacional³⁶⁹ nas decisões analisadas.

³⁶⁵ CONHEÇA as 20 notícias mais lidas da história da ConJur. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 03 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-03/conheca-as-20-noticias-mais-lidas-da-historia-da-conjur>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

³⁶⁶ ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, ano 5, v 2, p. 141-149, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06/3934>>. Acesso em: 21 set: 2018.

³⁶⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

³⁶⁸ ESTATUTO de Roma do Tribunal Penal Internacional. Roma, 17 jul. 1998. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/estatuto_roma_tribunal_penal_internacional.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

³⁶⁹ ESTATUTO de Roma do Tribunal Penal Internacional. Roma, 17 jul. 1998. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/estatuto_roma_tribunal_penal_internacional.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

Trata-se de legislação elaborada fora do Brasil, que depois foi internalizada para a legislação pátria. Por isso, enquadra-se no que Thornhill³⁷⁰ denomina de norma de caráter extranacional.

A questão principal nesse caso é a observação de que em problemas de natureza global, como a lavagem de dinheiro, há uma articulação que parte dos tribunais no sentido de não se limitar a mencionar legislação estritamente nacional nessas decisões. A lavagem de dinheiro, como mencionado ao longo do trabalho, é crime que atualmente necessita de ao menos 02 (dois) países envolvidos em sua apuração, a exemplo do forte papel da Suíça em termos de troca de dados para auxiliar as investigações da Operação Lava Jato. Assim, caso o mesmo delito fosse apurado pela justiça da Suíça- assim como outros países- poderia ter utilizado legislação extranacional na fundamentação de suas decisões.

Essa necessidade de citar legislação extranacional é oriunda do período de elaboração das novas constituições após a Segunda Guerra Mundial na Europa. Na medida em que nova legislação era produzida pelos órgãos internacionais envolvidos, a exemplo da carta da ONU, depois internalizada pelo Brasil³⁷¹, os países internalizavam essa legislação. Tratava-se de um pressuposto de inclusão no novo cenário internacional.

Referido fenômeno, como demonstrado sociologicamente por Thornhill³⁷², acabou por limitar a concepção clássica de poder constituinte, originária do pensamento político francês³⁷³, na medida em que cada vez menos os países possuem autonomia na construção de suas legislações internas.

Em um ponto de vista de análise de documentos escritos, em comparação com a legislação internacional existente nesse período e as novas constituições ao redor do mundo, há comprovação sociológica desse fenômeno. De uma perspectiva de análise sociológica, fazem-se necessárias pesquisas que verifiquem a verdadeira

³⁷⁰ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016.

³⁷¹ BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

³⁷² THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016.

³⁷³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa** - que é o terceiro estado? 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

menção dessa legislação de caráter extranacional nas decisões dos tribunais em casos de natureza global.

Na presente dissertação concluiu-se que há uma prática efetiva do que se concebe por Constituições Transnacionais no âmbito de decisões envolvendo casos de natureza global no Brasil. Especificamente no cerne da Operação Lava Jato, o Tribunal Regional Federal da 4ª região, ao decidir sobre lavagem de dinheiro, menciona legislação extranacional em 92,59 % das causas decididas em âmbito recursal. Trata-se de articulação que parte do Tribunal, que, em perspectiva transconstitucional³⁷⁴, utiliza pressupostos de uma articulação transnacional para o combate à lavagem de dinheiro, demonstrando considerável evolução de um Constitucionalismo Transnacional nos tribunais.

³⁷⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. A ascensão do constitucionalismo mundial. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Org.). **A constituição do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 89-111.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. **Operação mãos limpas**: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato. Introdução à edição brasileira de Sérgio Moro. Porto Alegre: CDG, 2016.
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1987.
- BOURDIEU, Pierre. **O campo econômico**: a dimensão simbólica da dominação. Campinas: Papyrus, 2000.
- BOYLE, Elizabeth; KIM, Minzee. Neoliberalism, transnational education norms, and education spending in the developing world, 1983-2004. **Law and Social Inquiry**, [S.l.], v. 37, n. 2, p. 367-394, 2012.
- BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.
- BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei no 9.613, de 03 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 08 jun. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do

sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19613.htm>. Acesso em: 08 jun. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Entenda o caso**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 09 set. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Representação gráfica do esquema**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Composição atual**. Brasília, DF, 27 ago. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 8, n. 1, 1º quadrimestre, 2013. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 19 jul. 2018.

CALLEGARI, André Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANÁRIO, Pedro; VASCONCELLOS, Marcos. Sergio Moro divulgou grampos ilegais de autoridades com prerrogativa de foro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-divulgou-grampos-ilegais-autoridades-prerrogativa-foro>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **'Brançosos' e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1982.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: 2003.

CONHEÇA as 20 notícias mais lidas da história da ConJur. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 03 ago. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-03/conheca-as-20-noticias-mais-lidas-da-historia-da-conjur>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPq). **Tabela de áreas do conhecimento**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <<http://www.cnpq.br/documents/10157/186158/TabeladeAreasdoConhecimento.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2018.

DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão. Brasília, DF: Ministério Público Federal, 1978. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de>>

apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2018.

DEZALAY, Ives; TRUBEK, David M. A reestruturação global e o direito. In: FARIA, José E. **Direito e globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 1996.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

EHRlich, E. **Fundamental principles of the sociology of law**. New York: Russel e Russel. 1962.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1986.

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA FEDERAL. **Quem somos**. Porto Alegre. 2018. Disponível em: <<https://www.esmafe.org.br/web/esmafers.php>>. Acesso em: 14 set. 2018.

ESTATUTO de Roma do Tribunal Penal Internacional. Roma, 17 jul. 1998. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/estatuto_roma_tribunal_penal_internacional.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

ESTRADA, M; MILLÁN, R. (Org.). **La teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann a prueba: horizontes de aplicación en la investigación social en América Latina**. México: Colégio de México, 2011.

FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF **40 recommendations**, Paris, 15 Feb. 2012. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **Who we are**. Paris, 2018. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/about/>>. Acesso em: 26 out. 2018.

FIORE, F. La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996.

FREITAS, Neriberto Silva de. **Sérgio Moro: o homem, o juiz e o Brasil**”, “Sérgio Moro: o juiz do milhão e do bilhão que fez a República tremer. São Paulo: Clube de Autor Ebook, 2016.

GOMEZ-JARA, Carlos. Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? uma antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Weezel. **Política Criminal**, [S.l.] v. 5, n. 10, p. 455-475, dez. 2010. Disponível em: <www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10-Vol5N1-D1.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2018.

HASSELMANN, Joice. **Sérgio Moro** - a história do homem por trás da Operação que mudou o Brasil. São Paulo: Universo Ebook, 2016.

HOLMES, Pablo. O constitucionalismo entre a fragmentação e a privatização: problemas evolutivos do direito e da política na era da governança global. **Dados**, Rio de Janeiro, RJ, v. 57, n. 4, p. 1137-1168. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/sciel.o.php?pid=S0011-52582014000401137&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 23 set. 2018.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Granada: Comares, 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LORENZETTO, Bruno Meneses; KENICHE, Pedro Henrique Gallotti. José Afonso da Silva é o doutrinador mais citado pelo STF. **Conjur**, São Paulo, 06 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jul-06/jose-afonso-silva-doutrinador-citado-supremo-adis>>. Acesso em 06 set. 2018.

LOSANO, Mário G. O pensamento de Norberto Bobbio: do positivismo jurídico à função do direito. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Selecção e apresentação de João Pisarra. Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, 1992.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo, 2005.

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. São Paulo: Lumen Juris, 2004. p. 33- 143.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. Santiago: Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creuset de Rezende Martins. 2. ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1992.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoría. Introducción e traducción de Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Paidós, 1990.

MACHADO, Maira. Similar in their differences: transnational legal processes addressing money laundering in Brazil and Argentina. **Law & Social Inquiry**, [S.l.], n. 37, p. 330-366, 2012.

MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.

MASCAREÑO, Aldo. América Latina en la sociedad mundial. In: CABA, Sérgio; GARCÍA, Gonzalo. **Observaciones latinoamericanas**. Valparaíso: Ediciones Universitarias, 2012.

MASCAREÑO, Aldo. **Diferenciación y contingencia en América Latina**. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2010.

MATTEUCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998. p. 27-28. No original: "[...] *de Francia a Inglaterra, de Inglaterra a América, de Inglaterra y América a Francia.*"

MATURANA, Humberto R. **De máquinas e seres vivos**: autopoiese, a organização do vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **El árbol del conocimiento**: las bases biológicas del conocimiento humano. Madrid: Debate, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP).

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORGAN, Bronwen, "Comparative regulatory regimes in water service delivery: emerging contours of global water welfarism?" **Comparative Research in Law & Political Economy**. Research Paper, [S.l.], n. 33, 2008.

NETTO, Vladimir. **Lava Lato** - o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil. São Paulo: Primeira Pessoa, 2016.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PARSONS, Talcott; BALES, Robert F.; SHILS, Edward A. **Apuntes sobre la teoría de la acción**. Buenos Aires: Amorrortu, 1970.

PISARRA, João. Prefácio. In: LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Seleção e apresentação de João Pisarra. Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, 1992. p. 7. grifo nosso.

PRIBAN, Jiri. Constitutionalism as fear of the political? a comparative analysis of Teubner's constitutional fragments and Thornhill's a sociology of constitutions. **Journal of Law and Society**, [S.l.], 2012.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, ano 5, v 2, p. 141-149, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06/3934>>. Acesso em: 21 set: 2018.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. In: SCHWARTZ, Germano; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Sociologia sistêmico- autopoietica das constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, RS, ano 4, v. 2, jul./dez. p. 193-213, 2016. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09>>. Acesso em: 14 set. 2018.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social: Constituição na globalização**. Curitiba: Appris, 2018.

RODRIGUEZ MANSILLA, Dario. **Comunicaciones de la organización**. Santiago: Puc de Chile, 2007.

RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. **Gestión organizacional**. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

SCARPINO, Luiz. **Sérgio Moro: o homem, o juiz e o Brasil**. Ribeirão Preto: Novas Ideias, 2016.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. El próprio sistema de la teoría del delito. **Revista para Análisis del Derecho (InDret)**, [S.l.], n. 1, 2008. Disponível em: <www.indret.com/pdf/505.pdf.com>. Acesso em: 14 jul. 2018.

SCHWARTZ, Germano. Duas visões sobre autopoiese e constituições. In: SCHWARTZ, Germano; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Sociologia sistêmico-**

autopoietica das constituições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 20-26.

SCIULLI, David. **Theory of societal constitutionalism:** foundations of a non-Marxist critical theory. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SHAFFER, Gregory. Transnational legal process and state change: opportunities and constraints. **Law & Social Inquiry**, [S.l.], v.37, n. 1/2, 2012.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa** - que e o terceiro estado? 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2000.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. O sistema dos direitos públicos subjetivos de George Jellinek: reconstruindo as origens dos direitos fundamentais na teoria dos quatro status. In: STRECK, Lenio L.; ROCHA, Leonel S.; ENGELMANN, Wilson (Coord.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TEUBNER, Günther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso:** Revista de Ciências Sociais e Humanas, [S.l.], v. 14, p. 10, 2003.

TEUBNER, Gunther. Constitucionalismo social: nove variações sobre o tema proposto por David Sciulli. In: CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (Org.). **Teorias contemporâneas do direito:** o direito e as incertezas normativas. Curitiba: Juruá, 2016.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade.** Piracicaba: Unimep, 2005.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais:** constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TEUBNER, Gunther. Societal constitutionalism: alternatives to state-centred constitutional theory? In: JOERGES, C. et al. (Org.). **Transnational governance and constitutionalism.** Oxford: Hart Press, 2004. p. 3-29.

THORNHILL, Chris. **A sociology of constitutions.** Constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. New York: Cambridge University Press, 2011.

THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions.** Constitutions and state legitimacy in post-national structure. New York: Cambridge University Press, 2016.

THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016.

THORNHILL, Chris. **The sociology of law and the global transformation of democracy**. London: Cambridge, 2018.

TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. **Virginia Journal of International Law**, [S.l.], v. 49, n. 4, p. 985-1006, 2009.

VASCONCELLOES, Marcos. Moro diz que excesso de trabalho o impediu de ler documentos de processo de Lula. **Consultor Jurídico**, São Paulo, jul. 2017.

VASCONCELLOS, Marcos; RODAS, Sérgio. Todos os 25 advogados de escritório que defende Lula foram grampeados. **Consultor Jurídico**, São Paulo, mar. 2016.

VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Elgar, 2018.

VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1991.

YEUNG, Luciana. Jurimetria ou análise quantitativa de decisões judiciais. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 249-274.

ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Tradução de Anderson Vichenkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito, 2010.