

A SEMÂNTICA JURÍDICA TRANSNACIONAL E (CON)FEDERADA DO SISTEMA MULTINÍVEL DA UNIÃO EUROPEIA

Frederico Oliveira Silva & Saulo Pinto Coelho***

Resumo: Este artigo explora a aplicabilidade do conceito de governança ou regulação multinível para uma análise contemporânea do exercício do poder em um território, para além das teorias do Estado-nação. A proposição da pesquisa é a de que a forma (con)federada de Estado é um mecanismo de adaptação do direito público interno ao contexto globalizado, que reúne interesses divergentes a um mesmo fórum de exercício de poder. Em estudo de caso, o texto observa que a União Europeia recorre a uma organização (con)federada para estruturar e harmonizar poderes de diversas fontes e naturezas. Para tanto, são mobilizadas vertentes críticas, transnacionais e globais sobre o desenvolvimento do pensamento jurídico e o constitucionalismo, com o intuito de demonstrar como o direito, enquanto linguagem, funciona como filtro semântico de acolhimento e colmatação de pluralidades. Desse modo, a contribuição deste artigo é uma discussão jurídica zetética sobre sistemas multiníveis, em especial no contexto do Estado (con)federado, ilustrada por uma demonstração de sua aplicação no desenvolvimento da União Europeia. O estudo, contudo, não possui pretensões dogmáticas de acompanhar ou apontar um conceito jurídico específico e definitivo de sistema multinível, tendo por enfoque metodológico uma análise contextual da utilidade do direito para estruturar uma governança multinível para além do Estado singular.

Palavras-chave: Sistema multinível; União Europeia; Federalismo; Direito transnacional; Constitucionalismo global.

THE TRANSNATIONAL AND (CON)FEDERATED LEGAL SEMANTICS OF THE MULTI-LEVEL SYSTEM OF THE EUROPEAN UNION

Abstract: This article explores whether the concept of multilevel governance or regulation is applicable to a contemporary analysis of the exercise of power in a territory, beyond nation-state theories. It proposes that the federal state is a strategy for adjusting domestic public law to a global context, which brings together different interests in a single forum where power is exercised. In a case study, the text observes that the European Union resorts to a (con)federated arrangement to structure and harmonize powers of various sources and natures. To this end, it mobilizes critical, transnational and global perspectives on the development of legal thought and constitutionalism, aiming to demonstrate how law, as a language, functions as a semantic funnel for accommodating and reconciling pluralisms. The contribution of this article is a zetetic legal discussion on multi-level systems, especially in the context of (con)federated

* Doutorando em Direito (PhD Candidate in Law) com contrato como pesquisador (Doctoral Researcher) na Université du Luxembourg (Luxemburgo) e com período de cotutela com o Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos (PPGIDH) da Universidade Federal de Goiás (UFG), Brasil. Integrante da Doctoral Training Unit on Enforcement in Multi-Level Regulatory Systems II (REMS II) na Université du Luxembourg. Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás (UFG), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Goiás (FAPEG). Graduado em Direito pela UFG. Professor universitário. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4338-254X>. Contato: frederico.oliveirasilva@uni.lu.

** Professor da Universidade Federal de Goiás (UFG), Brasil. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG. Coordenador da Especialização em Direito Público da UFG. Professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG e Presidente da Comissão de Direito Constitucional e Legislação da OAB-GO. Pos-doutorado pela Universidade de Barcelona (Espanha). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2474-6539>. Contato: saulocoelho@ufg.br.

states, with a demonstration of its application in the development of the European Union. This study, however, has no dogmatic pretensions of pursuing or pinpointing a specific and definitive legal concept of a multi-level system. Its methodological approach is a contextual analysis of the usefulness of law in structuring multi-level governance beyond the singular nation-state.

Keywords: Multilevel system; European Union; Federalism; Transnational law; Global constitutionalism.

LA SEMÁNTICA JURÍDICA TRANSNACIONAL Y (CON)FEDERADA DEL SISTEMA MULTINIVEL DE LA UNIÓN EUROPEA

Resumen: Este artículo explora la aplicabilidad del concepto de gobernanza o regulación multinivel para un análisis contemporáneo del ejercicio del poder en un territorio, más allá de las teorías del Estado-nación. La propuesta de investigación es que la forma (con)federada de Estado es un mecanismo de adaptación del derecho público interno al contexto globalizado, que reúne intereses divergentes en un mismo foro de ejercicio del poder. En un estudio de caso, el texto observa que la Unión Europea se sirve de una organización (con)federada para estructurar y armonizar poderes de distinta procedencia y naturaleza. Para ello, se movilizan perspectivas críticas, transnacionales y globales sobre el desarrollo del pensamiento jurídico y el constitucionalismo, con el objetivo de demostrar cómo el derecho, en tanto que lenguaje, funciona como filtro semántico para acoger y tender puentes entre pluralidades. De este modo, la contribución de este artículo es una discusión jurídica cetética sobre sistema multinivel, especialmente en el contexto del Estado (con)federado, ilustrada con una demostración de su aplicación en el desarrollo de la Unión Europea. El estudio, sin embargo, no tiene pretensiones dogmáticas de seguir o señalar un concepto jurídico específico y definitivo de sistema multinivel, sino que se centra en un análisis contextual de la utilidad del derecho para estructurar la gobernanza multinivel más allá del Estado singular.

Palabras clave: Sistema multinivel; Unión Europea; Federalismo; Derecho transnacional; Constitucionalismo global.

1 Introdução: sistema multinível como uma categoria jurídica plural

A compreensão do legítimo exercício do poder em determinado território não é plenamente respondida por teorias do Estado delimitadas à soberania nacional, dada a presença de diversos atores, públicos e privados, que interferem, direta ou indiretamente, nos fóruns político, jurídico e econômico em escala global. Em verdade, a própria comunidade de Estados-nações é cada vez mais influenciada por interesses ou pontos de vista de entidades e indivíduos, que possuem significativa participação na regulação, em sentido amplo, de assuntos domésticos com reflexos internacionais.

A autoridade ou jurisdição não são asseguradas apenas pela defesa de fronteiras ou por reconhecimento recíproco entre Estados.¹ No contexto atual, é no interior de territórios que distintas fontes e naturezas de poder devem ser acomodadas e harmonizadas sob a linguagem jurídica. Essa realidade foi impulsionada pela globalização, que trouxe identidades plurais a um fórum comum. Ela é o que juristas, economistas e cientistas políticos têm determinado de “sistemas multiníveis”, “governança multinível” ou “regulação multinível”.

Multilevel regulation essentially refers to the nature of regulatory activity in a specific sector/on a specific issue — and by definition it involves a range of actors that may be operating at different administrative levels—but who come together to interact and negotiate both substantive and procedural norms that regulate all activities in that sector. We understand ‘regulation’ in a broad sense here, referring to the setting of rules, standards or principles that govern conduct by public and/or private actors.²

Das múltiplas terminologias encontradas na literatura, decorre que o pressuposto de um sistema multinível é a confluência de múltiplos níveis de interferência ou influência em um dado assunto ou tema. Contudo, justamente por sua ampla aplicabilidade, faltam ao conceito contornos definitivos ou precisos. Vale dizer, a determinação de quais seriam os níveis ou quais seriam os assuntos é de substancial importância, mas, ainda assim, é casuística. Nossa opinião neste artigo é a de que a chave interpretativa de um sistema multinível, seja ele qual for, é a colmatação de pluralidades, ou a integração de diferenças, como propõe a linguagem jurídica por meio das técnicas de integração do Direito, desde as mais clássicas, aquelas voltadas à concorrência normativa e aos juízos de adequabilidade, bem como as diversas soluções integradoras singulares a diferentes problemas jurídicos, oriundas da proibição do *non liquet*.³

De fato, nossa contribuição neste estudo é uma discussão jurídica sobre sistemas multiníveis. Essa empreitada desafia as possibilidades ou os limites conceituais do direito enquanto fenômeno⁴, o que significa que o tema em estudo não é inteiramente representado por

¹ Cf. HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary; SCHAKEL. Multilevel governance. In: CARAMANI, Daniele (Ed.). *Comparative Politics*. Oxford: Oxford University Press, p. 194, 2020: “Authority—the competence to make binding decisions that are regarded as legitimate—has been dispersed from the central state upward and downward over the past seventy years. Multilevel governance has become the new normal. This process has been two-sided. Authority has shifted both to subnational jurisdictions and to international institutions.”

² CHOWDHURY, Nupur; WESSEL, Ramses A. Conceptualising Multilevel Regulation in the EU: A Legal Translation of Multilevel Governance? *European Law Journal*, Oxford, v. 18, n. 3, p. 338, maio 2012.

³ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 91.352/SP*. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 28 fev. 2008. Publicado no Diário de Justiça eletrônico em 18 abr. 2008: “(...) se ao Legislativo não se pode impor a obrigação de legislar, ao Judiciário se impõe, sim, a obrigação de julgar. É proibido, no âmbito do Judiciário, a formulação daquele juízo de *non liquet*, de não resolver a causa”.

⁴ Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo* [Parte I]. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Coleção Pensamento Humano. 15. ed. São Paulo: Vozes, 2005, p. 58: “A compreensão posterior de fenômeno depende de uma visão de como ambos os significados de fenômeno (fenômeno como o que se mostra, e fenômeno como aparecer, parecer e aparência) se inter-relacionam reciprocamente em sua estrutura. Somente na medida em que algo pretende mostrar-se em seu sentido, isto é, algo pretende ser fenômeno, é que pode mostrar-se como algo que ele mesmo não é, pode ‘apenas se fazer ver assim como...’”.

uma análise dogmática sobre a produção, interpretação e aplicação de normas. Antes disso, tal debate inclui uma averiguação zetética, com um intuito sistematizador, sobre a existência e a influência do direito em contextos plurais.⁵ Cabem aqui questionamentos sobre legitimidade, exclusividade e efetividade dos instrumentos jurídicos. Igualmente, o resultado esperado de uma investigação como essa não é um conceito jurídico único ou estático de sistema multinível, mas uma compreensão contextual da aplicabilidade de instrumentos normativos para além do Estado singular.⁶

Para tanto, nossa análise é centrada na forma federada de Estado, nela pressuposta a variante da confederação, como uma demonstração de como o direito público interno busca adaptar-se a distintas emanações de poder que atingem ou são fronteiriças a determinado território por meio de sistemas multiníveis. Especificamente, observamos o caso da União Europeia, que se vale de um projeto (con)federado para harmonizar, por meio de uma roupagem jurídica globalizada e contemporânea, diversos níveis e espécies de poder. Nossa perspectiva é a de que o direito, enquanto instrumento de imposição de condutas – ou regras de comportamento⁷, passa ele mesmo por uma abertura à pluralidade no tempo e no espaço, que tem reflexos no próprio movimento constitucionalista. Ao final, apontamos, em uma abordagem crítica, transnacional e zetética, que a inspiração na forma (con)federada de Estado é o liame da União Europeia com o movimento constitucionalista para a fundamentação jurídica de seu sistema multinível.⁸

⁵ Cf. VIEHWEG, Theodor. *Topica y filosofía del derecho*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Barcelona: Gedisa, 1991, p. 173: “Se puede decir que las aseveraciones son tratadas como dogmata cuando, in thesi, son excluidas a largo plazo de un ataque y, por ello, no están sometidas a ningún deber de defensa, es decir, a ningún deber de fundamentación, sino simplemente a un deber de explicación. En un determinado ámbito cultural, determinadas aseveraciones son colocadas fuera de toda duda. No se las cuestiona. No se habla sobre aquello que las supera sino que se aspira a conservarlas ‘tal como son’. Lo contrario ocurre con todas las aseveraciones que en toda investigación son utilizadas simplemente como zetemata. In thesi están libradas a todo ataque; están, por lo tanto, sujetas al deber de defensa, es decir, al deber de fundamentación, al igual que al deber de explicación. Siempre son cuestionables. Por ello, en la cetética (investigación), el discurso fundante siempre llega a un final provisional, posiblemente muy a corto plazo. La argumentación cetética permanece siendo infinita; la dogmática es finita debido a los dogmata. Por ello, el famoso esfuerzo de poner un punto final en la cetética a la coacción de fundamentación recurriendo a la evidencia recuerda la dogmatización”.

⁶ Cf. GIDDENS, Anthony. *O Estado-Nação e a violência*: segundo volume de uma crítica contemporânea ao materialismo histórico. Trad. Beatriz Guimarães. São Paulo: USP, 2008, p. 303: “(...) não devemos imaginar que a centralização das conexões globais, de um lado, e a soberania dos Estados, de outro, é sempre mutuamente excludente”.

⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 5-31.

⁸ PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe. *European Constitutional Law Review*, Cambridge, v. 11, p. 541–562, 2015.

2 A abertura do direito a pluralidades no tempo

A premissa da pluralidade no direito é compartilhada por Duncan Kennedy⁹, que, em um recorte contemporâneo¹⁰ e ocidental – majoritariamente europeu e estadunidense¹¹, adota a estrutura do “pensamento jurídico” como colmatação entre “direito” e “desenvolvimento”. O autor propõe que, em distintos cenários de globalização de elementos sociais, econômicos e políticos, também o direito passa por adaptações semânticas ou conceituais que ultrapassam as fronteiras da estrutura moderna de Estado-nação. Para tanto, Kennedy defende a existência de três contextos de globalização do pensamento jurídico. O primeiro deles, denominado de “Pensamento Jurídico Clássico”, teria ocorrido de 1850 a 1914, com o Estado unitário como centro de governança de direitos individuais, marcadamente de propriedade, tendo o positivismo como filosofia jurídica e o Estado-nação como “unidade sociojurídica”. A segunda globalização do pensamento jurídico, de 1900 a 1968, é denominada pelo autor de “a Social” e, adotando o pluralismo jurídico como filosofia, teria contado com o corporativismo como centro de governança de direitos coletivos e sociais e a “instituição” como unidade sociojurídica.

A terceira globalização é remetida aos anos de 1945 a 2000, com foco nos direitos humanos, que contariam com o federalismo como ideia de governança, a sociedade civil como unidade sociojurídica e “vários projetos de reconstrução normativa” como filosofia jurídica. Sobremaneira, Kennedy propõe algumas estruturas para analisar o terceiro estágio de “desenvolvimento” do direito, que reconhece não ser tão sistematizado e definido como seus sucessores. Temas como “neoformalismo”, os próprios direitos humanos, análise de políticas, proporcionalidade¹², entre outros, são trazidos como possíveis indícios de que, nesta fase, que

⁹ KENNEDY, Duncan. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (Ed.). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 19-73.

¹⁰ Cf. *Ibidem*, p. 71: “Contemporary legal consciousness harbors a plethora of normative reconstruction projects, designed to transcend the opposition of CLT [Classical Legal Thought] and the social, and thereby restore Reason to rulership in law. It also harbors a plethora of methodologies through which legal theorists attempt to achieve a distanced understanding of the relation of law to other domains. In place of, or along side, the normative projects of CLT and the social - utilitarianism, natural rights, social Darwinism, Catholic natural law, Marxism, pragmatism, Comteanism, and so on - we have Legal Process, liberal rights theory (often puzzlingly combined with analytical jurisprudence), efficiency analysis, republicanism, communitarianism, legal neopragmatism, feminist legal theory, critical race theory. And that is just the United Statesean array. There is no more a dominant reconstruction project today than there was a dominant philosophy of law in the late nineteenth century or between the World Wars.”

¹¹ *Ibidem*, p. 69.

¹² *Ibidem*, p. 64: “Policy analysis, the first of the great innovations of post-War legal thought, deals with the ongoing management of preexisting legal regimes conceived as compromises between “individualist” (CLT) [Classical Legal Thought] and social desiderata. Public law neoformalism, the second great innovation, is a disruptive, rather than managerial mode, brought to bear sometimes on the institutions that embodied the social, and sometimes on the institutions that embodied CLT. It appeals, beyond the settlement between CLT and the

se sobrepõe parcialmente à segunda globalização, há uma pluralidade¹³ de projetos de reforma das categorias jurídicas até então criadas.

Em Duncan Kennedy, é possível compreender a abertura do direito a “identidades plurais” por meio de um contexto contemporâneo em que a sociedade civil ocupa papel central na afirmação de direitos subjetivos (humanos) e na definição de políticas para implementá-las. Trata-se da consecução da tríade direito privado, direito social e direito constitucional, em que o último reafirma categorias de “unidade linguística jurídica universal”. Existe, como demonstra Kennedy, uma multiplicidade de identidades acolhidas por cada ordenamento jurídico, com expressões e técnicas jurídicas particulares, elevadas a um fórum de discussão coletivo, de pretensões universais.

Contemporary legal consciousness is the endpoint of a long process in which the general concept of a right has risen from its historical low point in the 1930s (heyday of right and left versions of the social) to become the universal legal linguistic unit. Human rights are the "hypostatization" of this trend, operating as universals, at once natural and positive, in a way oddly analogous to the operation of right, will and fault in CLT private law. Human rights also function sometimes as rules (even absolute rules) and sometimes as mere policies, potentially relevant in virtually every legal dispute even if there is no claim of violation of an enacted constitution or charter or treaty. Contemporary legal consciousness organizes rights claimants according to their plural, cross-cutting "identities." Identity represents at once an extension of and a total transformation of the categories - social class and national minority - through which the social jurists disintegrated the Savignian "people." Contemporary identities cross cut in the sense that each of us has many.¹⁴

Assim, na contemporaneidade, a pluralidade instala-se na dimensão temporal, porque o atual momento da globalização acolhe múltiplas pluralidades em seu complexo sociojurídico, mas ainda convive com exigências e semânticas advindas das fases anteriores acima descritas. Nesse sentido, uma teoria bastante elucidativa das ponderações de Duncan Kennedy é a criação alemã, na segunda metade do século XX, do "mínimo existencial" (*Existenzminimum*), que pode ser visto como um direito com duplo status, um negativo e um positivo.¹⁵ O *status negativus* refere-se à capacidade de autodeterminação do indivíduo, sem a interferência do Estado, aproximando-se, portanto, da primeira geração de direitos humanos de Vasak e sua

social represented by the institution in question, to supposedly transcendent, but also positively enacted values in constitutions or treaties, against the status quo”.

¹³ Não há contradição entre pluralidade e globalização. Cf. HENNIGEN, Inês. A contemporaneidade e as novas perspectivas para a produção de conhecimentos. *Cadernos de Educação*, Pelotas, n. 29, p. 198, jul./dez. 2007: “Ao contrário do que se poderia pensar, a globalização não acarreta uma homogeneização global. Giddens aponta o ressurgimento de identidades locais como uma resposta às tendências globalizantes. A compressão tempo-espço, por exemplo, segundo Bauman, é experimentada de formas diferenciadas - logo, diferenciadora. Diz que todos são confrontados com a lógica do consumo, mas que nem todos podem ser consumidores. Assim, as mesmas situações globais vão encontrar diferentes sujeitos em diferentes posições, produzindo efeitos díspares”.

¹⁴ KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought*, cit., p. 65-66.

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

preocupação com a “liberdade”, a mesma da primeira “globalização” de Kennedy. Por outro lado, o *status positivus* está relacionado à necessidade de o Poder Público fornecer “prestações positivas e igualitárias”, vinculando-se, portanto, à segunda geração de direitos humanos em Vasak no sentido da “isonomia material”, que também é um dos escopos da segunda “globalização” em Kennedy.¹⁶

Com efeito, pode-se inferir que o mínimo substancial é informado por um *status positivus libertatis*, definido como o direito público subjetivo e, portanto, vinculante dos cidadãos a determinadas prestações subsidiadas pelo Estado para a promoção de seus direitos fundamentais – em si uma qualificação das abordagens liberais e sociais dos direitos humanos previstas em uma constituição. Uma consequência de teorias como essas, que nada mais seriam do que sínteses particulares de uma linguagem universal apontada por Kennedy, é a necessidade de controlar seu alcance – no caso do *Existenzminimum*, alguém poderia acionar o Estado judicialmente para ter garantido seu nível mínimo de subsistência? E como o governo poderia limitar ou se livrar dessa obrigação?

É nessa fricção entre universal e particular que entram em cena outras questões apontadas por Kennedy como determinantes do acolhimento de pluralidades na terceira “globalização” do pensamento jurídico, como o “ativismo judicial” para controle de constitucionalidade e até mesmo criação da obrigação positiva do Estado de implementar políticas sociais; e a “reserva do possível”, outra noção alemã que visa a justificar a não ação do Estado diante da escassez de recursos – *Vor-behalt des Möglichen*. No Brasil, por exemplo, desde cerca de 2004 o Supremo Tribunal Federal¹⁷ busca equilibrar esses pontos de vista clássico-liberal e social-garantista, entendendo que o controle judicial de políticas públicas depende de três fatores: i) a necessidade de promover o mínimo substancial; ii) a existência de disponibilidade financeira do Estado; e iii) a razoabilidade da demanda imposta ao governo. Além disso, eventual falta de recursos deve ser comprovada pelo Estado, para o que não são aceitas alegações genéricas. Essa espécie de síntese interpretativa brasileira para a colmatação

¹⁶ As três globalizações do pensamento jurídico de Kennedy não são idênticas às categorias da Teoria Geracional dos Direitos Humanos disseminada por Karel Vasak. É apenas na terceira classificação de Kennedy que os direitos humanos adquirem destaque e, portanto, em nossa opinião é nela que pode ser intentada uma análise sistemática da teoria comumente associada à Vasak. Sobre a relação entre globalização, contemporaneidade e as dimensões de direitos humanos em Vasak, cf. DOMARADZKI, Spasimir; KHVOSTOVA, Margaryta; PUPOVAC, David. Karel Vasak’s Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse. *Human Rights Review*, Piscataway, n. 20, p. 423–443, 2019.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 MC/DF*. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 29 abr. 2004. Publicado no Diário de Justiça da União em 4 maio 2004.

das expectativas liberal e social pode ser lida como uma manifestação das características da “terceira globalização” descrita por Kennedy.

A discussão sobre contextos plurais no direito contempla, assim, a análise de Duncan Kennedy de que há múltiplos projetos de reconstrução normativa na terceira “globalização”, muitos deles com uma percepção pragmatista, como a Análise Econômica do Direito, e outros com uma vocação garantista, como a linguagem dos direitos fundamentais e do direito internacional dos direitos humanos. Os operadores do direito, então, têm o desafio de navegar entre os campos jurídico e político, permeados de pluralidades e de eventuais contrapontos, como ocorre com a proteção do consumidor¹⁸, que pode ser vista em certos sistemas jurídicos como resultado da necessidade de controle das externalidades do mercado e em outros como uma proteção de vários sujeitos individual ou coletivamente identificados como “vulneráveis”¹⁹.

3 A abertura do direito a pluralidades no espaço

No contexto de globalização do pensamento jurídico, Peer Zumbansen²⁰ revisita as proposições de Philip Jessup para um direito transnacional, que teria uma vocação empírica para resolver problemas de complexidade global, com estruturas jurídico-normativas mais desenvoltas que direitos nacionais (Constituições e normas infraconstitucionais) e internacional (como tratados e convenções). A proposta de Jessup baseia-se em uma percepção da incapacidade do direito (inter)nacional para lidar com determinadas demandas da sociedade civil contemporânea. Novas estruturas, públicas e privadas, principalmente de cunho processual e autocompositivos e de regulação jurídica, são acolhidas por esse movimento como possíveis

¹⁸ Cf. CARVALHO, Diógenes Faria; SILVA, Frederico Oliveira. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *reste à vivre*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 118, p. 363-386, jul./ago. 2018.

¹⁹ Cf. HENNIGEN, *A contemporaneidade e as novas perspectivas para a produção de conhecimentos*, cit., p. 197-198: “A referência à globalização figura em muitas análises da contemporaneidade. Como afirma Giddens, esta expressão, que até o final da década de 80 não era utilizada, instalou-se no seio do debate político, econômico e social. Para o autor, é um equívoco pensar que a globalização atua somente no nível do mercado, da economia: ela é política, tecnológica e cultural. Tributária do desenvolvimento dos sistemas de comunicação, ela possibilita a sensação de que todos vivem num mundo único e de que instantaneamente entramos em contato com o que está acontecendo – eventos, negócios, tendências – em qualquer canto do planeta. Entretanto, não se trata somente de ter acesso a maior número de informações e recursos, conhecer o que se passa ao redor do mundo: tal processo incide sobre os sentidos que atribuímos às nossas vidas, sobre o modo de organização dos grupos sociais; implica mudanças de marcadores identitários, de vetores de subjetivação.”

²⁰ ZUMBANSEN, Peer. *Transnational Law, with and beyond Jessup*. In: ZUMBANSEN, Peer (Ed.). *The Many Lives of Transnational Law: Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 1-54.

soluções *ad hoc* (*lex conveniens*) para problemas de nível bi, pluri ou multilateral na comunidade global de Estados-nações.²¹

Nesse sentido, Zumbansen toma Jessup como exemplo da postura ativa e até criativa que as novas interações sociais impõem aos juristas para combater uma crise de ineficiência do sistema jurídico. Como destaca o primeiro, não há uma definição clara sobre a natureza jurídica do direito transnacional – por exemplo, trata-se de um ramo do direito ou de uma doutrina jurídica normativa? A questão subjacente a esse “movimento”, entretanto, continua sendo o desafio que a realidade impõe à pretensão de autossuficiência da dogmática jurídica²². Esse embate já é sentido quando se trata de legislações nacionais para questões como eficiência e anomia²³. No contexto transnacional difundido por Jessup, então, os obstáculos podem ser muito maiores, pois um direito transnacional evidencia as frágeis diferenças entre direito e política; poder e legitimidade; território e soberania. Em outras palavras, Jessup e os autores por ele inspirados testam a elasticidade das construções jurídicas indispensáveis à ideia de contrafaticidade do direito.

Obviously there is a delicate shading between the situations to which international law traditionally applies and those to which it does not. “Lawyers,” writes Sigmund Timberg, “...have adhered to rigidly compartmentalized national legal systems, which are unable to cope with an economic order of international dimensions.” The use of transnational law would supply a larger storehouse of rules on which to draw, and it would be unnecessary to worry whether public or private law applies in certain cases. We may find that some of the problems that we have considered essentially international, inevitably productive of stress and conflict between governments and peoples of two different countries, are after all merely human problems which might arise at an level of human society - individual, corporate, interregional, or international.²⁴

Em nossa opinião, o direito transnacional colabora com discussões sobre sistemas jurídicos multiníveis, pois é movimento que tensiona, mas não rompe com o conceito de jurisdições nacionais. Por outro lado, ele também não supre a função dogmática de um novo

²¹ Cf. JESSUP, Philip C. *Transnational Law*. In: TIETJE, Christian; BROUDER, Alan; NOWROT, Karsten (Eds.) *Philip C. Jessup's Transnational Law Revisited – On the Occasion of the 50th Anniversary of its Publication*. Essays in Transnational Economic Law [n. 50]. Halle (Saale): Faculdade de Direito da Universidade Martinho Lutero de Halle-Wittenberg, 2006, p. 52: “Transnational law then includes both civil and criminal aspects, it includes what we know as public and private international law, and it includes national law, both public and private. There is no inherent reason why a judicial tribunal, whether national or international, should not be authorized to choose from all of these bodies of law the rule considered to be most in conformity with reason and justice for the solution of any particular controversy. The choice need not be determined by territoriality, personality, nationality, domicile, jurisdiction, sovereignty, or any other rubric save as these labels are reasonable reflections of human experience with the absolute and relative convenience of the law and of the forum - *lex conveniens* and *forum conveniens*.”

²² O que Miguel Reale denomina “direito autêntico”. Cf. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 112-115.

²³ Cf. BARBOSA, Gilmar Maria de Oliveira. Anomia, direito e pós-modernidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, n. 9, p. 9043-9081, 2013.

²⁴ JESSUP, *Transnational Law*, *cit.*, p. 51-52.

ramo do direito, inaugurando, talvez, novas funções jurídicas, como a de uma linguagem universal²⁵ que reúne pluralidades globais a partir de seus pontos de convergência nacionais²⁶. Afinal de contas, os próprios Estados nacionais podem, de fato, escolher e negociar modelos processuais e órgãos competentes para a solução de reivindicações específicas. Assim, a legitimidade em um contexto transnacional refletiria as autoridades nacionais, manifestadas por escolhas processuais, como sugeriu Jessup²⁷.

Ainda assim, levantamos ao menos três temas centrais à tradição constitucional ocidental que entendemos não serem detalhados pelo movimento transnacional, embora devam ser consideradas por qualquer ideia jurídica de sistema multinível nos tempos correntes. A primeira é o risco à segurança jurídica. Afinal, direitos fundamentais de liberdade não comportam ritos procedimentais e processuais instituídos casuisticamente. A segunda questão é a de funções jurisdicionais e legislativas, que se tornam mais amplas em um cenário transnacional, alcançando de modo imprevisível a coordenação política em sentido estrito. Talvez o foco na transparência e na imposição de limites poderia ser uma solução pacificadora para esse segundo ponto. Como exemplos, vide os esforços da regulamentação do lobby nos Estados Unidos da América²⁸ e das comissões de avaliação *ex ante* da União Europeia²⁹.

Em terceiro lugar, o movimento transnacional não é imune a críticas quanto à abertura da jurisdição contenciosa à participação de órgãos privados e agentes interessados, o que romperia com o próprio conceito de Estado-nação na acepção weberiana de monopólio do uso exclusivo da força³⁰. Essa última questão parece ser, de fato, a mais preocupante para um conceito de sistema multinível, pois ameaça a confiança da sociedade e, por que não, a própria ideia de pacto social na governança em sua dimensão jurídica. Uma possível tentativa de minimizar esses efeitos seria a limitação da participação de terceiros, estranhos aos Estados envolvidos, aos mecanismos alternativos de solução de controvérsias, como a “arbitragem transnacional”³¹.

²⁵ *Ibidem*, p. 46.

²⁶ ZUMBANSEN, Peer. Transnational Law. In: SMITS, Jan M. (Ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006, p. 739.

²⁷ JESSUP, *Transnational Law, cit.*, p. 52-55.

²⁸ RODRIGUES, Ricardo José Pereira. Mudança e continuidade na regulamentação do lobby nos Estados Unidos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 196, p. 83-93, out./dez. 2012.

²⁹ SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: A prática europeia e suas lições para o Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 214, p. 113-130, abr./jun. 2017.

³⁰ WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Org. Hans H. Herth e C. Wrights Mills. Trad. Waltensir Dutra. 5ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999, p. 98.

³¹ GRISEL, Florian. Transnational Arbitration Law. In: ZUMBANSEN, Peer (Ed.). *The Oxford Handbook of Transnational Law*. Nova York: Oxford University Press, 2021.

Há muitos aspectos a serem considerados, mas certamente a ideia de direito transnacional evidencia a incapacidade do direito de lidar com todas as demandas que emergem do contínuo estreitamento da comunidade global, cujas relações não são mais adstritas aos âmbitos do direito público ou privado, mesmo em seu aspecto de direito internacional. Uma acepção corrente de sistema multinível, entretanto, não consegue se desvincular por completo de tais categorias jurídicas, especialmente no que tange à organização de direito público (inter)nacional.³²

4 A abertura do direito a pluralidades por meio da constituição

Discussões em torno de um constitucionalismo global são pertinentes para uma análise jurídica não anacrônica e, ao mesmo tempo, não precipitada sobre sistemas multiníveis. Antes de declarar o abandono de constituições nacionais e ordenamentos domésticos em prol de uma nova ordem multifacetada e plural, é necessário compreender a função política, a mediação histórica e a capacidade evolutiva dos movimentos constitucionais.³³ Na esteira dos efeitos da globalização, Neil Walker³⁴ e Anne Peters³⁵, embora apresentem percepções distintas sobre o constitucionalismo, evidenciam a falta de uma completa aderência entre a constituição e as novas formas de organização política que vão além do Estado.

In the era of globalization, a constitutionalist reconstruction is a desirable reaction to visible de-constitutionalization on the domestic level. The phenomenon of globalization, that is, the appearance of global, de-territorialized problems and the emergence of global networks in the fields of economy, science, politics, and law, has increased global interdependence. Globalization puts the state and state constitutions under strain: global problems compel states to co-operate within international organizations and through bilateral and multilateral treaties. (...) This means that state constitutions can no longer regulate the totality of governance in a comprehensive way, and the state constitutions' original claim to form a complete basic order is thereby defeated.³⁶

³² SHAFFER, Gregory; COYE, Carlos. From International Law to Jessup's Transnational Law, from Transnational Law to Transnational Legal Orders. In: ZUMBANSEN, Peer (Ed.). *The Many Lives of Transnational Law: Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 126-152.

³³ Cf. STURM, Douglas. Constitutionalism: A Critical Appreciation and an Extension of the Political Theory of C.H. McIlwain. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 54, p. 217 1969: "To say that constitutionalism is an historical process is to say that it is a style, a mode, a direction in the pattern of government. New times create the possibility for new insights into and novel understandings of the meaning of constitutionalism. Constitutionalism is a tradition in the proper meaning of that term. It is not tradition in the sense of something fixed once and for all in times past, to be retained in its pristine form, permitting of no change and not the slightest qualification. It is rather tradition in the sense of a living, usable, adaptable heritage."

³⁴ WALKER, Neil. Beyond the Holistic Constitution? In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 291-308.

³⁵ PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, Haia, v. 19, n. 3, p. 579-610, 2006.

³⁶ *Ibidem*, p. 580.

De fato, o constitucionalismo³⁷ tradicionalmente busca sua caracterização em determinados atributos da constituição, tais como seu processo de elaboração, forma de exteriorização, conteúdo, fundamento social e cultural, entre outros. Por sua vez, a constituição elege como seu pano de fundo teleológico e justificador a organização do poder político do Estado e a busca de valores ou fins comuns. Assim, tanto o movimento constitucionalista quanto a constituição são relacionados à figura do Estado.³⁸ O problema, sob a percepção de um constitucionalismo global, é que a conceituação do Estado foi desafiada pela evolução de novas estruturas de poder.

If we now turn to those who would oppose the movement of constitutionalism beyond the state, again they range from the primitive to the more sophisticated. Most basically, and more common within everyday ‘object’ discourse than in academic ‘observer’ discourse, there is a position that holds that the category of constitution is necessarily restricted to the state. That position is the negative image of nominalism, and just as impervious to counter-suggestion. Whereas nominalism holds to or simply assumes the solipsistic idea that all meaning is constructed without extralinguistic check or constraint, essentialism holds or more often simply assumes the opposite. It maintains that meaning is fixed and invariable in its correspondence with some extralinguistic reality, and so it follows that it is simply meaningless to conceive of constitutionalism beyond the fixed and invariable limits of the state.³⁹

Nessa toada, além da globalização da noção de cultura – como línguas e modos de ser e de viver⁴⁰, o exercício da autoridade ou “soberania” por uma única entidade política tem se tornado cada vez mais fictício, dado o abrandamento dos limites anteriormente impostos por territórios e barreiras, vide os vínculos econômicos, militares e jurídicos “transnacionais”. Assim, o efeito de ancoragem que o Estado exerce em relação ao constitucionalismo tem sido questionado. Por outro lado, também é controverso se seria possível repensar a constituição e o constitucionalismo sem o Estado. Mesmo com a utilização de métodos de colmatção, como o holístico de Walker ou o compensatório de Peters, a hipótese parece remota, pois retiraria da teoria constitucionalista elementos comuns de agregação, que têm caráter histórico-social, como o Estado de Direito e a limitação do poder de tributar, ou mesmo a ideia de competências constitucionais ou o princípio da legalidade administrativa.⁴¹

³⁷ BAZEZEW, Maru. Constitutionalism. *Mizan Law Review*, Adis Abeba, v. 3, n. 2, p. 358, set. 2009: “Constitutionalism can be defined as the doctrine that governs the legitimacy of government action, and it implies something far more important than the idea of legality that requires official conduct to be in accordance with pre-fixed legal rules. In other words, constitutionalism checks whether the act of a government is legitimate and whether officials conduct their public duties in accordance with laws pre-fixed/ pre-determined in advance.”

³⁸ SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. *The American Political Science Review*, Washington, v. 56, n. 4, p. 853-864, dez. 1962.

³⁹ WALKER, *Beyond the Holistic Constitution?*, cit., p. 294.

⁴⁰ RUBIM, Antonio Albino Canelas. Cultura, conexão, contemporaneidade. *Comunicação, Mídia e Consumo*, São Paulo, v. 4, n. 9, p. 107-125, mar. 2007.

⁴¹ Cf. BAZEZEW, *Constitutionalism*, cit., p. 358-359: “According to Barnett, constitutionalism embraces limitation of power (limited government), separation of powers (checks and balances) and responsible and

Desse modo, enxergamos duas possibilidades para a harmonização das pretensões plurais de um sistema multinível com as raízes dogmáticas de um direito global. A primeira seria o reconhecimento de movimentos e estruturas específicas para a organização de instituições públicas e privadas que vão além dos Estados, como a institucionalização do aumento da autonomia de cortes arbitrais supranacionais. A segunda seria o enquadramento do movimento constitucionalista em um processo histórico-evolutivo que gradualmente conecta a constituição e, conseqüentemente, o Estado a outras estruturas, como exemplificado pela relação entre o neoconstitucionalismo e o efeito horizontal dos direitos fundamentais.⁴² A primeira alternativa parece mais radical e insustentável em curto prazo, pois dependeria da mitigação da influência do Estado. A segunda apresenta-se como uma agenda aparentemente mais viável, dado o caráter social e histórico da Constituição, mas provavelmente também levaria tempo e dependeria da confluência propícia de elementos externos.

5 A colmatação de pluralidades pelo direito por meio da (con)federação

Nossas reflexões sobre a abertura do direito à pluralidade no tempo, no espaço e na ideia de constituição são evidenciadas pelas discussões de longa data sobre as formas confederada e federada de organização de Estado(s). Remontando ao cenário estadunidense do século XVIII, os movimentos centrípeto e centrífugo de agregação de unidades territoriais precede as acima esboçadas proposições de Duncan sobre a globalização do pensamento jurídico. Ainda assim, aquele contexto de independência das colônias britânicas em 1776, que culminaram em Estados Unidos da América, pertenceu aos findos da primeira fase da globalização em sentido amplo (econômica, social e política), comumente ilustrados pela Revolução Industrial. De tal modo, os intentos (con)federados foram, em nossa opinião, uma tentativa de adequação do Estado-nação e de resgate da relevância do direito público interno em face da aproximação de realidades plurais que emergia desde as Grandes Navegações.

Em uma primeira etapa, os novos Estados americanos, antes colônias de Inglaterra, reafirmam a soberania e independência de cada um sobre seus territórios, e, paradoxalmente, buscam protegê-las por um acordo de colaboração, um pacto confederativo, que repugna a

accountable government. Henkin identifies popular sovereignty, rule of law, limited government, separation of powers (checks and balances), civilian control of the military, police governed by law and judicial control, an independent judiciary, respect for individual rights and the right to selfdetermination as essential features (characteristics) of constitutionalism.”

⁴² FUENMAYOR, Ronald Chacín; ROMERO, Lorayne Finol. Neoconstitucionalismo y el constitucionalismo positivista: un debate no concluido en el Derecho. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 389-421, maio/ago. 2022; RENDÓN, Raymundo Gil. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Quid Iuris*, Chihuahua, v. 12, p. 43-62, 2011.

cessão para um ente central de seus recém conquistados poderes, e admite o direito de secessão, de retirada de seus integrantes do pacto. Apenas em um segundo momento, em 1787, com o Pacto de Filadélfia, é que os Estados cedem parcela de sua autonomia para um ente central, passando a ser autônomos entre si, e vedando o direito de secessão para uma maior estabilidade da nova forma de agregação de territórios, que responde às necessidades de uma realidade cada vez mais interligada nos modos de produção e distribuição de recursos e transporte de bens e pessoas – o pacto federativo.

Esse federalismo por agregação ou centrípeto tem, portanto, a transferência da soberania para um novo ente central como maior característica. Isso demandou, por óbvio, estratégias jurídico-constitucionais para acomodação dos acordos políticos que entrelaçaram as diferenças, as pluralidades dos anteriores Estados – verdadeiros mecanismos de estabilização institucional, como a descentralização do poder entre união e seus membros, a repartição de competências, a rigidez constitucional, e a capacidade de auto-organização e autogestão dos membros, entre outros. O movimento inspirou outros Estados-nações, como o brasileiro, que em 1889, por meio de Decreto, consolidado em Constituição a partir de 1891⁴³, descentralizou sua forma até então unitária de Estado valendo-se, geograficamente, dos formatos territoriais das antigas províncias portuguesas. Também essa versão do federalismo, centrífuga ou por desagregação, é, em nossa perspectiva, estratégia para colmatação de diferenças regionais, de acomodação de pluralidades em um único projeto constitucional republicano.⁴⁴

Dessa retomada histórica, resta que o movimento (con)federado é propício para o desenvolvimento de sistemas multiníveis⁴⁵ no que tange ao próprio direito público interno, com pluralidade de fontes legislativas, executivas e judiciárias fomentadas pela repartição constitucional de competências. É, pois, relevante nossa tese de que a (con)federação é instituição jurídica que representa a abertura do direito à pluralidade no tempo, no espaço e na constituição. Um relevante exemplo contemporâneo é a distribuição territorial de poder na União Europeia e seus Estados-Membros, que, paradoxalmente, desafia as classificações das

⁴³E mantida nas demais constituições brasileiras. Na Carta de 1988, lê-se “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (...)”. Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. [PDF]. Brasília: Supremo Tribunal Federal – Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023.

⁴⁴ SMITH, David Brooks. Federalism in the United States. *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, v. 43, n. 4., p. 519 - 538, 2005 ; ABRUCIO, Fernando Luiz. Federalismo brasileiro e projeto nacional: os desafios da democracia e da desigualdade. *Revista USP*, São Paulo, n. 134, p. 127-142, jul./set. 2022.

⁴⁵ Cf. LÉPINE, Frédéric. A Journey through the History of Federalism: Is Multilevel Governance a Form of Federalism? *L'Europe en formation*, Nice, n. 363, p. 49, 2012: “The position of this article is to consider that the only approach that could reconcile the different dimensions of federal arrangements is the multilevel governance, and that it has the potential for a renewal of the federalist theory in the ‘post-modern epoch’.”

formas de Estado justamente por reunir e, ao mesmo tempo, respeitar identidades nacionais plurais por meio de ficções jurídicas.⁴⁶

Referimo-nos às alegações de alguns de que faltaria à União Europeia um elemento agregador orgânico das vinte e sete nações que, mantendo sua “soberania”, são vinculadas a essa entidade supranacional por transposições de institutos de direito público interno, como a nacionalidade, para uma seara eminentemente de direito internacional, por meio de estratégias jurídicas consolidadas em tratados e convenções. Voltamo-nos especificamente às discussões sobre a “cidadania europeia”⁴⁷, que é um vínculo direto e automático de qualquer nacional de Estado-Membro com a própria União Europeia. O mais curioso, nesse exemplo, é que não há um critério uniforme na União para a concessão de nacionalidade, sendo a matéria reservada a direito público interno.

Percebe-se, pois, que a União Europeia contorna debates típicos da dicotomia (con)federação por meio de estratégias de acolhimento de diferenças. No caso da “cidadania europeia”, acirradas desconfianças sobre a cessão de soberania por parte dos Estados-Membros – que são próprias do movimento confederado – são contornadas por mecanismos de “delegação” de manifestações típicas de poder soberano de nível nacional para o nível central. Isto é, paralelamente à distribuição de competências, concordamos que existem institutos e instituições supranacionais – da União Europeia – que correspondem ou reproduzem outros de direito público interno dos Estados-Membros. Se não basta o elemento legitimador e democrático⁴⁸ da “cidadania europeia”, que contorna, embora não enfrente, a visão kelseniana⁴⁹ de que cidadania é equivalente de nacionalidade; existem também um parlamento, uma corte

⁴⁶ Cf. SIDJANSKI, Dusan. *The Federal Approach to the European Union (or the Quest for an Unprecedented European Federalism)*. Trad. Chamouni Stone. Notre Europe Research and Policy Paper No. 14, [p. 28 do PDF], jul. 2001: “For the first time in history a new political community is being built on the basis of free association of independent states and not by force and conquest. In contrast to the Confederation and the Federation which, in spite of the difference in their structures and methods, are both characterised by their global political approach, the European Communities and the European Union practise inverted federalism and proceed by sectoral approaches. For pragmatic reasons, preference was given to a sector by sector approach which should lead to a European federation rather than the establishment of a political community mandated with both internal and external competences.”

⁴⁷ No Tratado da União Europeia, lê-se: “Artigo 9.º Em todas as suas atividades, a União respeita o princípio da igualdade dos seus cidadãos, que beneficiam de igual atenção por parte das suas instituições, órgãos e organismos. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui”. Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia (versão consolidada)*. Jornal Oficial da União Europeia, ed. C 202, p. 15-45, 7 jun. 2016.

⁴⁸ A “cidadania europeia” confere vários direitos a nível da União Europeia, como os direitos de votar e ser votado. Cf. LEHNING, Percy B. *European Citizenship: Towards a European Identity? Law and Philosophy*, Charlottesville, v. 20, n. 3, p. 239-282, 2001; YEONG, Loke Hoe. *EU citizenship, Citizenship and identity beyond national borders*. EU Centre Singapore Background Brief No. 10, [PDF], out. 2013. [Policy Paper].

⁴⁹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 336: “a cidadania ou nacionalidade é um status pessoal, a aquisição e a perda do qual são reguladas pelo Direito nacional e pelo internacional”.

de justiça, um tribunal de contas e um banco central “europeus” que mimetizam correspondentes nacionais, buscando os pontos que mais se reproduzem nos Estados-Membros e projetando-os em âmbito da União. Novamente, há uma superação de individualidades por meio de um enfoque na pluralidade.⁵⁰

Todas essas circunstâncias decorrem de uma política de convergência, estruturada por um movimento típico de direito constitucional – o de organização do exercício do poder. Embora não seja um Estado, mas mais propriamente uma entidade supranacional *sui generis*, a União Europeia adota estratégias federalistas em sentido amplo para agregar, atualmente, vinte e sete Estados-Membros.⁵¹ Ora, aquela vinculação de nacionais à União por meio da “cidadania europeia” e os direitos políticos que dela emanam, bem como as entidades acima arroladas, são apenas alguns feixes de um projeto de vocação federal centrípeta. Na estruturação constitucional da União, o princípio da subsidiariedade⁵²; o princípio da primazia do direito comunitário⁵³; e a delegação de competências dos Estados-Membros demonstram uma clara intenção de agregação, de acolhimento de diversos níveis de direito público em torno de uma única estrutura (multi)nível, que se reporta, inclusive, às diversas estruturas nacionais de cada Estado-Membro.⁵⁴

⁵⁰ BÖRZEL, Tanja A. What can federalism teach us about the European Union? The German experience. *Regional & Federal Studies*, Abingdon, v. 15, n. 2, p. 245-257, 2005.

⁵¹ Cf. OSTROM, Vincent. *The Meaning of American Federalism: Constituting a Self-Governing Society*. São Francisco: ICS Press, 1991, p. 7: “All federal systems have reference to multiple units of government, each of which has an autonomous existence. A two-tier arrangement might thus qualify as a federal system. It is entirely possible, however, for a state to draw upon the concept of a federal system in constituting its own internal system of governance as did the California constitutional convention in 1879.”

⁵² No Artigo 5.º, parágrafo 3, do Tratado da União Europeia, lê-se: “Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União”. Cf. UNIÃO EUROPEIA, *Tratado da União Europeia (versão consolidada)*, cit.

⁵³ Cf. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão do Tribunal de 15 de Julho de 1964 (Flaminio Costa v E.N.E.L)*. European Court Reports, Portuguese special edition, p. 549, 1964: “[a] integração, no direito de cada Estado-membro, de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais geralmente, os termos e o espírito do Tratado têm por corolário a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhe pode opor. Com efeito, a eficácia do direito comunitário não pode variar de um Estado para outro em função de legislação interna posterior, sem colocar em perigo a realização dos objectivos do Tratado referida no artigo 5.º, segundo parágrafo, e sem provocar uma discriminação proibida pelo artigo 7.º.”

⁵⁴ Cf. MORAVCSIK, Andrew. Federalism in the European Union: Rhetoric and Reality. In: NICOLAIDIS, Kalypso; HOWSE, Robert (Eds.). *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 176: “Why did the EU evolve as a multi-level political body narrower, weaker and more diffuse than anything found at the national level? Three circumstances account for these differences: the essential irrelevance of military force, the absence of a common identity, and the prior existence of comprehensive national bureaucracies. In each of these respects, the history of the EU differs from that of modern nation-states.”

6 Considerações finais

Embora elementos de matiz essencialmente confederado ainda persistam, como a retenção de soberania pelos Estados-Membros e a possibilidade de secessão ou abandono do ente central por parte dos entes nacionais⁵⁵, não há que se questionar a pertinência da federação em sentido amplo⁵⁶ como lentes de análise da semântica jurídica plural da União Europeia. Isso porque, já em Jellinek a soberania deixa de ser um elemento essencial de Estado, figurando antes disso uma categoria histórica e relativa de sua compreensão.⁵⁷ Além disso, contemporaneamente é possível repensar a confederação, por suas próprias fragilidades institucionais e o insucesso das tentativas de sua implementação (como a estadunidense, a alemã e a suíça⁵⁸), como uma fase preceptora da federação, sendo aquela inerente e não oposta a esta.

Não defendemos, com isso, que a União Europeia seja um Estado ou uma federação, mas sim que ela toma emprestado movimentos constitucionalistas, em especial a organização do Estado na modalidade federada e a organização do exercício do poder dentro dos estândares do Estado de Direito, como mecanismo jurídico de aproximação de pluralidades no tempo e no espaço. Ainda assim, tais argumentos soam deveras artificiais para contemplar, de fato, a complexidade de relações econômicas e políticas por trás daquela União. Afinal, a vivência histórica, ateadada pela proximidade geográfica, é, sem dúvidas, fator que contribui para uma convergência, embora não necessariamente identidade de propósito dos Estados que compõem a União Europeia.

Em última instância, a livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais é a manifestação mais tangente do propósito comum que promoveu, gradualmente, a aproximação de diversas realidades nacionais. A sociedade civil é, pois, um liame entre o poder (soberano) e forças econômicas, que envolve as iniciativas privada e pública no que contemporaneamente se denomina União Europeia.⁵⁹ Isso se coaduna com evoluções ou visões mais recentes sobre a

⁵⁵ No artigo 50, parágrafo 1, do Tratado da União Europeia, lê-se: “Qualquer Estado-Membro pode decidir, em conformidade com as respetivas normas constitucionais, retirar-se da União”. Cf. UNIÃO EUROPEIA, *Tratado da União Europeia (versão consolidada)*, cit. Como exemplo recente, cf. UNIÃO EUROPEIA. *Acordo sobre a saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atômica (2019/C 384 I/01)*. Jornal Oficial da União Europeia, ed. C 384 I, p. 1-177, 12 nov. 2019.

⁵⁶ A alcançar, em nossa opinião, quaisquer movimentos plurais, em oposição ao Estado unitário.

⁵⁷ Cf. JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Cidade do México: FCE, 2000, p. 432.

⁵⁸ Cf. SIDJANSKI, *The Federal Approach to the European Union (or the Quest for an Unprecedented European Federalism)*, cit., [p. 18 do PDF]: “An analysis of federal states leads to different types of federation: presidential federalism in the United States, parliamentary federalism in Germany, the collegiate structure of federalism in Switzerland and a variation of this in Belgium. These numerous examples do not exhaust all the variations of federalism. However, these distinct institutional structures exert a group of functions and apply a collectivity of federal principles.”

⁵⁹ No mesmo sentido, cf. COEURÉ, Benoît. *The Single Market as cornerstone of European sovereignty*. Keynote speech by Benoît Coeuré, President of the Autorité de la concurrence, at the Academic Conference on the 30th anniversary of the Single Market. Praga, 7 dez. 2022.

dicotomia entre federação e confederação, ou mesmo quanto ao papel dos direitos sociais e fundamentais na tecitura institucional. Ademais, esta análise permite compreender que o constitucionalismo é preceptor de distintas formas de regulamentação normativa em Estados atuais e é capaz de adaptar-se a contextos globais, em que pese estarmos a observar uma adaptação ainda em andamento e que revela vários desafios.

A experiência da União Europeia tem sido a de construção, a partir da linguagem do direito constitucional, de arranjos institucionais multiníveis de diversos matizes, com soluções para demandas de integração de diferentes instâncias e focos de poder na coprodução das diretrizes (em geral, normativas) de organização do complexo político europeu, inclusive com participação da sociedade civil e iniciativa privada na definição e implementação da agenda política. Fica a pergunta sobre até que ponto o constitucionalismo – nesse processo de, ao mesmo tempo, de um lado adaptar-se à nova realidade pluri e transnacional, e de outro lado servir de guia, de linguagem de organização do complexo arranjo europeu – conseguirá manter sua mais profunda razão-de-ser: dotar os direitos fundamentais da condição de critério e pauta principal dos esforços do poder público.

Referências Bibliográficas

- ABRUCIO, Fernando Luiz. Federalismo brasileiro e projeto nacional: os desafios da democracia e da desigualdade. *Revista USP*, São Paulo, n. 134, p. 127-142, jul./set. 2022.
- BARBOSA, Gilmara Maria de Oliveira. Anomia, direito e pós-modernidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, n. 9, p. 9043-9081, 2013.
- BAZEZEW, Maru. Constitutionalism. *Mizan Law Review*, Adis Abeba, v. 3, n. 2, p. 358-369, set. 2009.
- BÖRZEL, Tanja A. What can federalism teach us about the European Union? The German experience. *Regional & Federal Studies*, Abingdon, v. 15, n. 2, p. 245-257, 2005.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. [PDF]. Brasília: Supremo Tribunal Federal – Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 MC/DF*. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 29 abr. 2004. Publicado no Diário de Justiça da União em 4 maio 2004.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 91.352/SP*. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 28 fev. 2008. Publicado no Diário de Justiça eletrônico em 18 abr. 2008.
- CARVALHO, Diógenes Faria; SILVA, Frederico Oliveira. Superendividamento e mínimo existencial: teoria do *reste à vivre*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 118, p. 363-386, jul./ago. 2018.
- CHOWDHURY, Nupur; WESSEL, Ramses A. Conceptualising Multilevel Regulation in the EU: A Legal Translation of Multilevel Governance? *European Law Journal*, Oxford, v. 18, n. 3, p. 335–357, maio 2012.
- COEURÉ, Benoît. *The Single Market as cornerstone of European sovereignty*. Keynote speech by Benoît Coeuré, President of the Autorité de la concurrence, at the Academic Conference on the 30th anniversary of the Single Market. Praga, 7 dez. 2022. Disponível em: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2022-12/discours-prague.pdf>. Acesso em 24 ago. 2023.
- DOMARADZKI, Spasimir; KHVOSTOVA, Margaryta; PUPOVAC, David. Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse. *Human Rights Review*, Piscataway, n. 20, p. 423–443, 2019.
- FUENMAYOR, Ronald Chacín; ROMERO, Lorayne Finol. Neoconstitucionalismo y el constitucionalismo positivista: un debate no concluido en el Derecho. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 389-421, maio/ago. 2022.
- GIDDENS, Anthony. *O Estado-Nação e a violência: segundo volume de uma crítica contemporânea ao materialismo histórico*. Trad. Beatriz Guimarães. São Paulo: USP, 2008.
- GRISEL, Florian. Transnational Arbitration Law. In: ZUMBANSEN, Peer (Ed.). *The Oxford Handbook of Transnational Law*. Nova York: Oxford University Press, 2021.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo* [Parte I]. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Coleção Pensamento Humano. 15ª ed. São Paulo: Vozes, 2005.
- HENNIGEN, Inês. A contemporaneidade e as novas perspectivas para a produção de conhecimentos. *Cadernos de Educação*, Pelotas, n. 29, p. 191-208, jul./dez. 2007.
- HOOGHE, Liesbet; MARKS, Gary; SCHAKEL. Multilevel governance. In: CARAMANI, Daniele (Ed.). *Comparative Politics*. Oxford: Oxford University Press, p. 193-210, 2020.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Cidade do México: FCE, 2000.
- JESSUP, Philip C. Transnational Law. In: TIETJE, Christian; BROUDER, Alan; NOWROT, Karsten (Eds.). *Philip C. Jessup's Transnational Law Revisited – On the Occasion of the*

- 50th Anniversary of its Publication. Essays in Transnational Economic Law [n. 50]. Halle (Saale): Faculdade de Direito da Universidade Martinho Lutero de Halle-Wittenberg, 2006, p. 45-55.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KENNEDY, Duncan. Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro (Ed.). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 19-73.
- LEHNING, Percy B. European Citizenship: Towards a European Identity? *Law and Philosophy*, Charlottesville, v. 20, n. 3, p. 239–282, 2001.
- LÉPINE, Frédéric. A Journey through the History of Federalism: Is Multilevel Governance a Form of Federalism? *L'Europe en formation*, Nice, n. 363, p. 21-62, 2012.
- MORAVCSIK, Andrew. Federalism in the European Union: Rhetoric and Reality. In: NICOLAIDIS, Kalypso; HOWSE, Robert (Eds.). *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 161-187.
- OSTROM, Vincent. *The Meaning of American Federalism: Constituting a Self-Governing Society*. São Francisco: ICS Press, 1991.
- PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe. *European Constitutional Law Review*, Cambridge, v. 11, p. 541–562, 2015.
- PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, Haia, v. 19, n. 3, p. 579–610, 2006.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- RENDÓN, Raymundo Gil. El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Quid Iuris*, Chihuahua, v. 12, p. 43-62, 2011.
- RODRIGUES, Ricardo José Pereira. Mudança e continuidade na regulamentação do lobby nos Estados Unidos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 196, p. 83-93, out./dez. 2012.
- RUBIM, Antonio Albino Canelas. Cultura, conexão, contemporaneidade. *Comunicação, Mídia e Consumo*, São Paulo, v. 4, n. 9, p. 107-125, mar. 2007.
- SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. *The American Political Science Review*, Washington, v. 56, n. 4, p. 853-864, dez. 1962.
- SCALCON, Raquel Lima. Avaliação de impacto legislativo: A prática europeia e suas lições para o Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 214, p. 113-130, abr./jun. 2017.
- SHAFFER, Gregory; COYE, Carlos. From International Law to Jessup's Transnational Law, from Transnational Law to Transnational Legal Orders. In: ZUMBANSEN, Peer (Ed.). *The Many Lives of Transnational Law: Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 126-152.
- SIDJANSKI, Dusan. *The Federal Approach to the European Union (or the Quest for an Unprecedented European Federalism)*. Trad. Chamouni Stone. Notre Europe Research and Policy Paper No. 14, [PDF], jul. 2001. [Policy Paper]. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.283652>. Acesso em 23 ago. 2023.
- SMITH, David Brooks. Federalism in the United States. *Duquesne Law Review*, Pitsburgo, v. 43, n. 4., p. 519 -538, 2005.
- STURM, Douglas. Constitutionalism: A Critical Appreciation and an Extension of the Political Theory of C.H. McIlwain. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 54, p. 215-244, 1969.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

- UNIÃO EUROPEIA. *Acordo sobre a saída do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte da União Europeia e da Comunidade Europeia da Energia Atómica (2019/C 384 I/01)*. Jornal Oficial da União Europeia, ed. C 384 I, p. 1-177, 12 nov. 2019.
- UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia (versão consolidada)*. Jornal Oficial da União Europeia, ed. C 202, p. 15-45, 7 jun. 2016.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Acórdão do Tribunal de 15 de Julho de 1964 (Flaminio Costa v E.N.E.L.)*. European Court Reports, Portuguese special edition, p. 549, 1964.
- VIEHWEG, Theodor. *Topica y filosofia del derecho*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Barcelona: Gedisa, 1991.
- WALKER, Neil. Beyond the Holistic Constitution? In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Eds.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 291-308.
- WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Org. Hans H. Herth e C. Wrights Mills. Trad. Waltensir Dutra. 5ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.
- YEONG, Loke Hoe. *EU citizenship, Citizenship and identity beyond national borders*. EU Centre Singapore Background Brief No. 10, [PDF], out. 2013. [Policy Paper]. Disponível em: <http://aei.pitt.edu/63479/>. Acesso em 23 ago. 2023.
- ZUMBANSEN, Peer. Transnational Law, with and beyond Jessup. In: ZUMBANSEN, Peer (Ed.). *The Many Lives of Transnational Law: Critical Engagements with Jessup's Bold Proposal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 1-54.
- ZUMBANSEN, Peer. Transnational Law. In: SMITS, Jan M. (Ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing: 2006, p. 738-754.

Como citar este artigo: SILVA, Frederico Oliveira; COELHO, Saulo Pinto;. A semântica jurídica transnacional e confederada do sistema multinível da União Europeia. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 8, n. 2, p. 1–22, 2023.

Recebido em 05.09.2023

Publicado em 31.12.2023



Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional