V. 14 N. 3
SET-DEZ 2018

ISSN 2317-6172

Revista DIREITO GV

FGV DIREITO SP

Recebido: 04.07.2017
Aprovado: 04.04.2018

Repensar o ordenamento constitucional na era do pluralismo jurídico e do pluralismo ideológico

RETHINKING CONSTITUTIONAL ORDERING IN AN ERA OF LEGAL AND IDEOLOGICAL PLURALISM

Michel Rosenfeld[1]

Tradução do texto:
ROSENFELD, Michel. Repenser l'ordonnancement constitutionnel à l'ère du pluralisme juridique et du pluralisme idéologique. In: FABRI, Hélène Ruiz; ROSENFELD, Michel (Eds.). *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*. Paris: Société de Législation Comparée, 2011. Collection de L'UMR de Droit Comparé de Paris, v. 23.

Tradutor: *Marcelo Figueiredo*[2]

Resumo
Vivemos em um universo jurídica e ideologicamente cada vez mais pluralista. Os regimes jurídicos do tipo Estado-nação estão sendo atualmente suplantados por numerosos ordenamentos transnacionais e globais que desafiam qualquer hierarquia viável ou unidade convincente. Consequentemente, os vários regimes jurídicos aplicáveis são muitas vezes incompatíveis uns com os outros, e às vezes até mesmo contraditórios. Esse problema se desdobra em dois aspectos interligados, sendo um deles a proliferação de ideologias concorrentes e o outro o abismo cada vez mais profundo entre eles. Nesse contexto, parece quase impossível conciliar, dentro dos limites de uma ideologia compartilhada, todas as normas jurídicas às quais estamos submetidos e harmonizar a pluralidade atual dos regimes jurídicos. Com base na análise dos pluralismos jurídico e filosófico contemporâneos e das convergências entre os dois, este artigo pretende demonstrar que é possível reconciliar os pluralismos jurídico e ideológico, abandonando a ideia de uma hierarquia e deixando uma margem de existência às não conformidades que não são incompatibilidades, em um universo jurídico com vários níveis e segmentos.

Palavras-chave
Pluralismo jurídico; pluralismo ideológico; pluralismo filosófico; hierarquia; fontes do direito.

Abstract
We live in an increasingly pluralistic legal and ideological universe. Nation-state legal regimes are currently supplemented by numerous transnational and global orders that defy any workable hierarchy or cogent unity. As a consequence, the various applicable legal regimes are often inconsistent with one another and even, at

1 Benjamin N. Cardozo School of Law of Yeshiva University
Nova York – EUA
https://orcid.org/0000-0002-4885-0288

2 Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
https://orcid.org/0000-0002-8613-1217

BY-NC

times, mutually contradictory. This problem is compounded by the proliferation of competing ideologies and by the increasing rifts among them. This makes it seemingly impossible to reconcile all the legal norms to which one is subject or to harmonize the prevailing plurality of legal regimes within the confines of a commonly shared ideology. Based on an analysis of contemporary legal and philosophical pluralism and of the convergences among the two, the article argues that it is possible to reconcile legal and ideological pluralism by abandoning hierarchy and countenancing inconsistencies falling short of incompatibilities in a highly layered and segmented legal universe.

Keywords
Legal pluralism; ideological pluralism; philosophical pluralism; hierarchy; law sources.

Introdução

Enquanto a base do Estado-nação torna-se instável no caminho para a globalização, os atores jurídicos estão cada vez mais enfrentando uma pluralidade de regimes jurídicos. Por um lado, os sistemas jurídicos nacionais são suplantados por outros sistemas jurídicos tanto supranacionais como globais. Na Europa, por exemplo, um cidadão de um Estado-membro da União Europeia (UE) está sujeito ao regime jurídico do Estado-nação do qual ele é oriundo, ao da UE, e àquele decorrente da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos (CEDH) – tal como elaborado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos –, bem como a alguns regimes jurídicos globais, como o procedente da Organização Mundial do comércio. Por outro lado, a regulamentação jurídica dentro de uma variedade de áreas específicas, como a internet ou o comércio entre empresas multinacionais, que estão sujeitas às regras de uma *lex mercatoria* não apoiada em um Estado, remete à privatização. Essas áreas parecem atingir um grau de crescente importância e de independência em relação à regulamentação governamental, ou ao controle estatal, em escala tanto nacional como transnacional. Esses diferentes regimes estão em conflito uns com os outros, na medida em que não existe uma hierarquia estabelecida para resolver os conflitos inevitáveis. Vários tribunais constitucionais de países que são membros da União Europeia proclamaram seu direito de se recusar a reconhecer a superioridade do direito da UE quando esta for contrária à Constituição nacional (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1974), (CORTE CONSTITUCIONAL DA ITÁLIA, 1974). Na medida em que não há nenhuma perspectiva de emergência, em um futuro previsível, de um governo global que supervisione uma ordem mundial federal hierarquicamente

integrada, as soluções tradicionais – sempre moldadas dentro da perspectiva do Estado-nação wesfaliano – já não parecem viáveis.

Com nenhuma solução estrutural à vista, é tentador recorrer a alternativas ideológicas. A adoção, em escala mundial, de normas compartilhadas ou convergentes poderia permitir a superação dos impasses impermeáveis às soluções estruturais. É nesse sentido que Jürgen Habermas propõe a utilização do conceito de "patriotismo constitucional" (HABERMAS, 2000, p. 17-38). De acordo com Habermas, o "patriotismo", tradicionalmente conotando um apego pessoal profundo por um país, poderia ser redirecionado de modo a produzir uma sólida adesão intelectual e existencial ao ideal do constitucionalismo. Consequentemente, o patriotismo constitucional em escala mundial permitiria, por meio da aplicação das normas prescritas pelo constitucionalismo, uma resolução de princípio de dificuldades que poderiam permanecer intratáveis via abordagens estruturais.

O apelo ao patriotismo constitucional não é, todavia, mais suscetível de ser coroado de êxito do que um apelo aos ordenamentos estruturais tradicionais. A razão é, antes de tudo, que o pluralismo jurídico contemporâneo está acompanhado por um pluralismo ideológico igualmente diversificado e frequentemente irritável. Independentemente da questão de saber se o conceito de patriotismo constitucional é viável (o tipo de conexão emocional associado ao nacionalismo pode estar relacionado a um ideal abstrato como o constitucionalismo?), há atualmente uma ampla gama de diferentes concepções do bem e muitas vezes conflitantes, competindo tanto em nível nacional como em nível transnacional (HUNTINGTON, 1996). Em síntese, em um contexto em que um pluralismo jurídico em plena expansão está acompanhado por um pluralismo ideológico de longo alcance, o que estamos enfrentando é aquilo que Neil Walker qualifica como "desordem global dos sistemas normativos" (WALKER, 2000, p. 45-73).

Tomados em conjunto, o pluralismo jurídico e o pluralismo ideológico compõem o problema enfrentado pelo ordenamento constitucional. Contudo, se o pluralismo é o problema, eu sustento que ele também fornece a solução. A tese que aqui adianto, particularmente, é a seguinte: a adesão ao pluralismo enquanto uma questão normativa, ou ao "pluralismo como norma"[1] permite-nos ao menos conciliar o pluralismo jurídico e o pluralismo ideológico por meio de modos originais de ordenamento constitucional, mais bem adaptados à comunidade política pós-westfaliana, e assim realizar um "pluralismo ordenado" (DELMAS-MARTY, 2006).

Deve ser entendido desde o início que um ordenamento constitucional pluralista diferirá significativamente do sistema constitucional altamente unificado e hierarquizado do Estado-nação, que tem uma Constituição em sua plenitude jurídica, um tribunal constitucional

1 Distingue-se entre o "pluralismo como norma", o qual visa a realização do pluralismo sobre fundamentos normativos, e o "pluralismo de fato", o qual visa as sociedades marcadas pela coexistência de várias concepções do bem concorrentes e frequentemente antagonistas (ROSENFELD, 2001, p. 153-154).

(ou Corte Suprema) como seu intérprete e garantindo a uniformidade da sua interpretação e uma subordinação sistemática das normas infraconstitucionais às normas constitucionais.

Uma ordenação constitucional pluralista, ao contrário, é suscetível de envolver uma multiplicidade de conjuntos de normas que se cruzam e se sobrepõem, dividindo o terreno no qual se conectam preferencialmente horizontalmente do que verticalmente. Uma ordenação constitucional pluralista exigirá uma harmonização por meio da difusão de uma congruência normativa que intercala uma pluralidade de sistemas jurídicos e visões de mundo.

A fim de demonstrar essa tese, desenvolverei na primeira seção os principais tipos de regimes jurídicos que contribuem para as condições atuais de pluralismo jurídico. A segunda seção irá analisar as principais características do pluralismo filosófico, destacando o seu potencial como uma crítica contrafatual.[2] Essa seção indica soluções que dependem de uma renegociação entre uma pluralidade de concepções concorrentes do bem, muitas vezes contraditórias, e o fato, segundo a dinâmica por trás da relação entre o eu e o outro. A terceira seção define as condições dentro das quais o pluralismo poderia trazer a solução para os problemas colocados pela combinação do pluralismo jurídico com o pluralismo filosófico. Em particular algumas ferramentas existentes de ordenamento constitucional – como o federalismo, a proporcionalidade e o equilíbrio, a subsidiariedade, a "margem de apreciação", o sistema de "*millets*", a descentralização e os direitos constitucionalmente estruturados de secessão – parecem particularmente adequadas para contribuir com a moldagem de uma solução pluralista. Finalmente, a última seção sugere, concluindo, como um ordenamento constitucional pluralista poderia permitir a coordenação de níveis supranacionais, nacionais e infranacionais de formas que não são nem claramente hierárquicas, como é o caso no modelo constitucional kelseniano (KELSEN, 1997), ou unidirecionais.

1 O PLURALISMO JURÍDICO EM CONTEXTO: UMA DINÂMICA DE CONVERGÊNCIAS E DE DIVERGÊNCIAS

Uma das características mais notáveis do sistema constitucional tradicional do Estado-nação é a sua natureza hierárquica e a sua unidade de conjunto. Em qualquer democracia constitucional em pleno funcionamento, implantada no âmbito do Estado-nação, há um mecanismo institucional, hierarquicamente localizado, criado para garantir a ordem e a unidade.[3] Isso é condizente com a visão kelseniana da Constituição enquanto norma fundamental de

2 Um contrafatual é uma ferramenta heurística – uma ferramenta crítica suscetível de apontar as lacunas normativas e de sugerir possibilidades de melhoria, mas sem jamais oferecer uma solução definitiva (cf. WALTERS, 1967, p. 212).

3 O mecanismo institucional em questão pode variar de um contexto a outro, assim como o podem sua rapidez e sua eficácia, mas, no fim, é sempre garantido manter a ordem e a unidade exigidas. Caso não o faça, seguir-se-á

estruturação e legitimação do conjunto do sistema jurídico nacional que ela preside (KELSEN, 1997). Um ordenamento constitucional como esse não exclui uma regulamentação por normas vindas de fora, como as normas jurídicas decorrentes de tratados internacionais ou regras derivantes do direito internacional consuetudinário, mas então é necessário que elas sejam "internalizadas", em conformidade com os requisitos definidos e aplicados pela constituição nacional.

Em contraste marcante, nos ordenamentos transnacionais mais recentes, pode-se esperar que as normas externas sejam obrigatórias dentro do Estado-nação sem que precisem de mediação para isso ou reforma com base na Constituição. A regulamentação da União Europeia pode, assim, ter um efeito direto dentro dos Estados-membros da União Europeia sem que estes tenham que intervir previamente (CJCE, 1963), e as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos são impostas aos Estados-nações em litígio (JANIS; KAY; BRADLEY, 1995, p. 82-87), embora muitas vezes elas contradigam (e no sentido funcional, embora não formal, anulem) as decisões das cortes supremas dos Estados-nações envolvidos (MEESE, 1986-1987, p. 979-990). Além disso, certas obrigações jurídicas emanadas para além do Estado-nação podem estar em conflito com outras obrigações e, ao mesmo tempo, estar em contradição com aquelas emanadas do Estado-nação. As obrigações impostas, por exemplo, pela União Europeia aos seus Estados-membros podem estar em conflito com aquelas às quais estes últimos estão sujeitos sob a CESDH, colocando assim a CEDH, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (a mais alta corte da UE) e os tribunais constitucionais nacionais no rumo de uma colisão em potencial (GARLICKI, 2006, p. 205-228).

O pluralismo jurídico de vários níveis, como prevalece na União Europeia, cria divergências e, simultaneamente, convergências. Estas estão conectadas, na medida em que a força centrífuga liberada pelo pluralismo jurídico provoca tentativas de harmonização, com o risco de que as dissonâncias entre os diferentes regimes legais se tornem incontroláveis. Consequentemente, o maior desafio potencial para a supremacia do direito comunitário, como construído pela CJCE, lhe foi colocado pelos tribunais constitucionais dos seus Estados-membros (ROSENFELD, 2006a, p. 618, 633-634). Em sua famosa decisão *Solange I* (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1974), o Tribunal Constitucional alemão

• • •

um colapso da ordem constitucional. A Lei fundamental alemã, por exemplo, consagra a Corte constitucional como intérprete oficial da Constituição, v. Grundgesetz, art. 93. Não existe disposição comparável na Constituição norte-americana, mas a Corte Suprema dos Estados Unidos assumiu de fato o mesmo papel. V. Marbury v. Madison, 1803, 5 U.S. (1 Cranch) 137, e Cooper v. Aaron, 1958, 358 U.S. 1. A autoridade da Corte Suprema, tratando-se da interpretação da Constituição, foi pontualmente questionada, mas, de um ponto de vista prático, suas decisões foram sistematicamente seguidas. Cf. Meese, E. (1986-1987). Law of the Constitution. *Tulane Law Review* 61, p. 979-990.

marcou claramente sua posição a esse respeito: se o direito comunitário,[4] tal como interpretado pela CJCE, mostrava-se incompatível com a proteção dos direitos fundamentais garantida pela Lei fundamental alemã, então a Alemanha iria dar prioridade à sua própria Constituição e se recusaria a aplicar o direito comunitário com o qual esta esteja em conflito.

Seguindo a jurisprudência *Solange I*, a CJCE tentou por todos os meios incorporar os princípios do constitucionalismo e de respeito pelos direitos fundamentais dentro da sua interpretação do direito comunitário. A CJCE destacou em especial o seu compromisso e adesão ao "Estado de Direito", aos "princípios fundamentais" e às "tradições constitucionais comuns aos Estados-membros" da União Europeia (ROSENFELD, 2006a, p. 623-624). É significativo, neste contexto, que, quando o Tribunal Constitucional alemão foi novamente confrontado com a questão de um potencial conflito entre o direito comunitário e o direito constitucional alemão, doze anos mais tarde, na sua decisão *Solange II* (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1986, p. 35-36), ele considerara que a incompatibilidade entre o direito comunitário e os direitos fundamentais alemães não era mais realmente um problema, em razão da incorporação de normas constitucionais na interpretação do direito comunitário dada pela CJCE.

Os tribunais constitucionais da União Europeia não abandonaram o princípio segundo o qual a constituição de um Estado se sobrepõe, em caso de conflito com o direito comunitário.[5] Todavia, apesar dessa posição de princípio, conflitos reais foram evitados até o momento, em larga medida graças a interpretações judiciais contendo possibilidades de encontrar maneiras capazes de harmonizar o direito comunitário e as exigências constitucionais nacionais.

A dinâmica assim observada no espaço jurídico criado pela União Europeia igualmente opera em outros contextos nos quais há sobreposições entre regimes jurídicos. Considerado de um ponto de vista sistêmico, todos os diferentes regimes jurídicos que interagem de maneira significativa[6] se combinam a fim de estruturar o universo jurídico em um edifício agregado em vários escalões, englobando, ao mesmo tempo, normas globais, supranacionais, regionais e nacionais e uma vasta gama de áreas especificamente delimitadas, separadas e "autossuficientes",

4 Em 1974 a UE ainda não havia nascido, mas sua predecessora, a Comunidade Europeia (CE), já existia. Por comodidade, empregarei ao longo deste artigo a abreviação "UE" incluindo tratar-se de sua predecessora, a CE, e na medida em que a diferença entre as duas não for pertinente no caso.

5 A validade das obrigações da Alemanha resultante do Tratado de Maastricht de 1992 submete-se aos princípios do federalismo e da democracia impostos pela Lei fundamental (cf. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1993).

6 A expressão "que interagem de maneira significativa" é aqui empregada para marcar a diferença entre, por um lado, o modelo westfaliano, no qual cada Estado-nação tem seu próprio regime jurídico e no qual os diferentes regimes interagem somente de maneira intersticial e periférica, e, por outro lado, um mundo globalizado no qual cada ator jurídico é constantemente o sujeito de uma pluralidade de regimes jurídicos que interagem e se cruzam.

como a *lex mercatoria* e a autorregulação da internet. Além disso, as possibilidades de combinações e permutações entre esses ordenamentos em múltiplos níveis e essas áreas diferenciadas e segmentadas parecem quase infinitas. Se, como argumentam alguns, a Carta das Nações Unidas funciona como uma constituição mundial (FASSBENDER, 1998, p. 529), então ela está no topo de um ordenamento constitucional em múltiplos níveis que engloba o mundo inteiro e, sem dúvida, todos os regimes legais existentes em seu âmbito. Em contrapartida, o regime jurídico da OMC[7] também afirma ser global, embora continue segmentado, na medida em que é especialista no comércio, entre todas as outras atividades humanas que podem estar sujeitas à lei (OMC, 1994a, p. 1144; OMC, 1994b, p. 1199-1200).

Ordenamentos segmentados e em múltiplos níveis podem produzir sobreposições e cruzamentos, mas igualmente uma interferência mútua. Uma obrigação jurídica decorrente da OMC, por exemplo, pode estar em conflito com uma prescrição imposta pela Constituição de um Estado-nação. De modo mais geral, a pluralidade de sistemas jurídicos coexistindo e rivalizando parece estar se expandindo, multiplicando assim constantemente as possibilidades de divergências. Além disso, essas diferenças não se limitam àquelas passíveis de existir entre os níveis de regulamentação, ou entre os diferentes campos segmentados de regulamentação, ou entre os níveis e segmentos em colisão. Parece que, de fato, elas ocorrem também inevitavelmente *dentro do mesmo nível*, especialmente se ele for amplo. Assim, os direitos universais do homem tal como emergem da Declaração Universal dos Direitos humanos, das Nações Unidas, de 1948 (ONU, 1948), e dos numerosos instrumentos internacionais subsequentes[8] destinam-se a ser verdadeiramente globais em seu alcance e seu campo de aplicação, e são assim aceitos pela vasta maioria das comunidades políticas.[9] Contudo, fortes desacordos surgiram sobre a questão de saber *quais* direitos humanos deveriam ser implementados e *como*. Por exemplo, os defensores dos "valores asiáticos" contestaram as concepções individualistas ocidentais de direitos humanos internacionais por serem cultural e ideologicamente tendenciosos (BAUER; BELL, 1999). Existem, consequentemente, diferenças dentro dos níveis mais amplamente abrangentes de proteção dos direitos humanos fundamentais.

Todas essas divergências e muitas outras que parecem surgir inevitavelmente ao sabor da multiplicação simultânea dos regimes jurídicos (na medida em que a complexidade dos níveis de regulamentação aumenta) e da sua divisão (na medida em que a segmentação torna-se mais persistente e mais finamente ajustada) tornam crucial a necessidade de uma maior convergência.

• • •

7 Doravante "Acordo da OMC".

8 Vide por exemplo o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos [PIDCP], 16 de dezembro de 1966, 999 RTNU 171, e o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais [PIDESC], 16 de dezembro de 1966, 993 RTNU 3.

9 Em 2008, 161 e 158 nações haviam ratificado respectivamente o PIDCP e o PIDESC. Cf. ONU.

Na ausência de um movimento centrípeto capaz de contrariar as fortes tendências centrífugas associadas à globalização e à particularização, o mundo poderia estar envolvido em um caminho de guerra entre os regimes jurídicos, o que poderia culminar com a erosão do próprio Estado de direito.

A questão-chave diz respeito, portanto, ao tipo de relação entre convergência e divergência, necessárias para apoiar o Estado de direito em face da pluralidade de ordenamentos jurídicos que atualmente não podem ser incluídos, sem abalos, em uma hierarquia ou unidade jurídica operante. Antes de se envolver nessa questão, é necessário enfatizar que os modelos de convergência e divergência desempenham igualmente um papel vital para um sistema jurídico único, que é hierarquicamente delimitado por uma Constituição operacional dentro das fronteiras de um Estado-nação tradicional. De fato, uma democracia constitucional contemporânea dinâmica que opere dentro de um Estado-nação pode não ter uma pluralidade de sistemas jurídicos, mas deve, no entanto, adaptar-se ao pluralismo.

As Constituições, bem referidas na metáfora do contrato social frequentemente associada a elas (ROSENFELD, 2005, p. 316, 319-320), encarnam um compromisso entre constituintes com interesses e ideologias diferentes.[10] As leis, por sua vez, tratam o pluralismo dentro da comunidade política e a dinâmica entre convergência e divergência de duas maneiras distintas. Em primeiro lugar, uma lei democrática representa um compromisso político entre os partidários de interesses políticos divergentes. Esses adeptos concordaram em pôr de lado suas diferenças políticas sobre o tema da lei e convergir, pontualmente, em torno da legislação em causa.[11] Em segundo lugar, no que respeita à sua aplicação, as leis (incluindo as constitucionais) são igualmente submetidas a uma dinâmica entre a convergência e a divergência. Mesmo muito tempo depois que uma lei esteja bem estabelecida, todo ator jurídico em seu campo de atuação procurará promover a interpretação mais favorável aos seus próprios interesses e a menos favorável aos interesses de seus adversários.

Em comparação com essas divergências, as convergências no âmago da ordem constitucional do Estado-nação tradicional unificado se desdobram em dois níveis: a convergência em relação à lei que é objeto de interpretações divergentes, e a convergência resultante da

10 Para citar apenas um exemplo célebre, vide a Constituição norte-americana de 1787, que encarna um compromisso entre os Estados do Norte, contrários à escravidão, e os Estados do Sul, para os quais a preservação da escravidão era uma condição para seu consentimento a uma constituição comum (cf. FARBER; SHERRY, 2005, p. 214-217).

11 Por exemplo, se a comunidade política diverge quanto à questão de saber se é preciso ou não implementar um salário mínimo, a adoção de uma lei referente ao salário mínimo implica que se suspenda a divergência em questão enquanto todos os atores políticos pertinentes têm o sentimento de estarem legitimamente ligados pela lei. Para um desenvolvimento mais detalhado da relação entre o direito e a política, ver Rosenfeld (2001, p. 24-38, 76-82 e 179-182).

resolução judicial de um litígio sobre a lei em questão. No mínimo, o fato de que um determinado tema esteja regulamentado por uma lei especial cria um ponto de convergência em uma comunidade política pluralista, embora esse ponto de convergência seja às vezes puramente formal. Além disso, uma interpretação abalizada do significado e do alcance de uma lei dentro da unidade de um sistema jurídico, tal como traçada por uma constituição nacional, cria outro ponto de convergência, embora, mais uma vez, esse ponto de convergência possa ser exclusivamente formal em alguns casos.

De um ponto de vista puramente lógico, a existência de pontos de convergência estritamente formais poderia ser suficiente para sustentar a hierarquia e a unidade necessárias do sistema jurídico de uma democracia constitucional, operando na escala do Estado-nação. De um ponto de vista prático, no entanto, as convergências puramente formais são insuficientes para manter "agregada" uma comunidade política pluralista. Pensemos, por exemplo, na resistência veemente da Baviera às decisões do Tribunal Constitucional alemão, nas quais este considerou que a exposição de um crucifixo nas escolas públicas alemãs era inconstitucional (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1995; KOMMERS, 1997, p. 482-483), ou na resistência massiva contra a decisão do Supremo Tribunal norte-americano de exigir a dessegregação das escolas públicas nos Estados Unidos (WILHOIT, 1973).

Em última análise, o que é então necessário para preservar a coesão e a unidade em uma comunidade política pluralista é uma combinação de pontos de convergência formais e materiais.[12] Os pontos de convergência formais refletiriam uma aceitação da função do sistema jurídico e constitucional em vigor como uma ferramenta para lidar com os problemas a respeito dos quais nenhum acordo material entre a pluralidade de pontos de vista concorrentes dentro da comunidade política parece possível. Os pontos de convergência materiais, ao contrário, são resultado de uma forma de semelhança ou de pontos comuns, ou de uma sobreposição material que se estende a uma vasta maioria de perspectivas normativas dentro da comunidade política. Por exemplo, os seguidores de religiões divergentes podem chegar a um acordo a respeito do objetivo dos auxílios estatais para as religiões e da promoção da tolerância religiosa na esfera pública. Além disso, para qualquer comunidade política, os pontos de convergência formal ou material aceitos estão destinados a estar em relação uns com os outros e, no melhor dos casos, o enquadramento dessa relação deveria estar garantido por uma divisão de trabalho entre a Constituição e o campo do direito infraconstitucional.

Onde quer que as linhas sejam traçadas, o que parece essencial no caso de um Estado-nação é a combinação de dois fatores. O primeiro é a existência de um sistema constitucional/jurídico coeso, unificado e hierarquicamente ordenado, projetado para maximizar as

12 Sustentando que a adesão ao direito provém de uma combinação de submissão aos poderes coercitivos do Estado e da aceitação das normas jurídicas pertinentes como sendo válidas e legítimas (cf. HART, 2005, p. 215-217).

possíveis convergências formais. O segundo fator é a existência de um grau suficiente de semelhança ou de pontos comuns, ou de sobreposições percebidas entre os interesses concorrentes, para garantir uma convergência material suficiente, a fim de evitar que a legitimidade da lei seja desafiada de maneira abusiva ou muito perturbadora. Para que a convergência material seja conseguida por meio de uma identidade comum, de uma história comum, ou fortes ligações de patriotismo compartilhadas com a nação (ou, mais provavelmente, por meio de uma combinação dessas hipóteses), a existência e a preservação de um nível adequado de semelhança material entre os atores jurídicos e políticos dentro do Estado-nação são essenciais para o seu bom funcionamento enquanto democracia constitucional legítima e vibrante.

À primeira vista, os conflitos entre pluralidades de interesses em nível transnacional ou mundial não parecem diferentes dos que surgem exclusivamente dentro do Estado-nação. Evidentemente, existem diferenças quantitativas – por exemplo, existem mais religiões no mundo do que dentro dos limites de uma maioria predominante de Estados-nação individuais – assim como diferenças de escala. Todavia, resta que a dinâmica subjacente entre as ideologias e os interesses concorrentes parece ser essencialmente a mesma.

Entretanto, existem duas diferenças essenciais que já foram mencionadas, mas que poderiam ser novamente caracterizadas agora, favoravelmente, do ponto de vista da descrição anterior do Estado-nação pluralista. Primeiro, a ausência de uma ordem constitucional-jurídica supranacional, hierarquizada e unificada parece tornar infinitamente mais difícil a pesquisa de pontos formais de convergência, fazendo assim das divergências endêmicas e do colapso do Estado de direito perigos muito mais reais no mundo pós-westfaliano. E, em segundo lugar, enquanto a multiplicidade entre as ideologias e os interesses prolifera quando nos afastamos do Estado-nação e nos aproximamos do mundo como um todo, e quando as esferas da segurança que representam a identidade nacional, a história comum e o patriotismo nacional se soltam e diminuem, parece muito mais improvável que um número mínimo de pontos de convergência material possa ser realizado de maneira sistemática.

Uma análise mais minuciosa sugere, entretanto, que as tendências centrífugas liberadas pela globalização e pela privatização não são tão ameaçadoras para o Estado de direito quanto parecem ser à primeira vista. A razão principal é que as forças que pressionam para a globalização e a privatização não procuram agir em um vazio jurídico. Ao contrário, elas até detestariam tal vazio jurídico, na medida em que os atores que procuram se liberar das restrições jurídicas do Estado westfaliano precisam assim mesmo da mediação de um regime jurídico qualquer, ou de vários deles, embora prefiram um regime jurídico diferente daquele típico do Estado-nação. Assim, poderia ser vantajoso para uma sociedade multinacional escapar tanto quanto possível à regulação do país de sua incorporação inicial. Entretanto, a última coisa que ela desejaria seria ter que operar sem algum tipo de proteção jurídica. Talvez ela preferisse então a regulação jurídica de outro Estado-nação ou a regulação segmentar de uma *lex mercatoria* ajustada às suas necessidades e às de outras sociedades multinacionais similares.

Consequentemente, uma dinâmica centrípeta deve responder à dinâmica centrífuga da ordem pós-westfaliana. De certa forma – como foi evidenciado pelo acordo entre o Tribunal Constitucional alemão e a CJCE durante o período entre os casos *Solange I* e *Solange II* (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1974, 1986) –, a perda de pontos de convergência formal pode ser compensada forjando novos pontos de convergência material. Embora não exista nenhuma hierarquia jurídica ou unidade dominante que possa resolver o potencial conflito subjacente entre o Tribunal Constitucional alemão e o direito comunitário, quanto mais os dois dividirem as mesmas normas e valores fundamentais tanto mais inverossímil tornar-se-á a hipótese que venha a surgir um conflito real e verdadeiramente perturbador.

Dois outros pontos potenciais de convergência em um mundo pós-westfaliano giram em torno da segmentação do universo jurídico. Nesse mundo, o campo jurídico parece imediatamente comportar cada vez mais níveis e tornar-se mais e mais fragmentado. Ele comporta cada vez mais níveis ao longo do eixo vertical – a comunidade política constitucional alemã não pode ser integrada de maneira fluída e invisível na União Europeia da mesma forma que a Califórnia está integrada nos Estados Unidos – e torna-se cada vez mais fragmentado pela proliferação de regimes jurídicos únicos, segmentados, fechados sobre si mesmos e autorreferenciais, amontoados uns ao lado dos outros em uma série horizontal. Dentro desse novo esquema de ordenamento, os pontos de convergência podem ser ao mesmo tempo formais e materiais, assim como independentes uns dos outros ou mutuamente dependentes. Em um nível pode existir um acordo sobre os mecanismos formais, mesmo sem uma ferramenta de integração e de harmonização entre as diferentes camadas. Por exemplo, o processo formal de tomada de decisão jurídica na União Europeia pode ser legítimo de um ponto de vista comunitário, mesmo se tal não é o caso do ponto de vista de certos Estados-membros individuais. Por outro lado, dentro de um regime jurídico fechado sobre si, efetivamente delimitado e segmentado, é possível que exista um grau elevado de convergência material, frequentemente mais elevado que no âmbito do Estado-nação pluralista contemporâneo típico. Assim, as empresas que promovem um regime jurídico privatizado baseado na *lex mercatoria* pareceriam partilhar mais interesses e valores que os diversos atores jurídicos que interagem no âmbito das fronteiras de seu próprio Estado-nação. Além disso, em virtude dessa maior partilha de interesses e valores, os mecanismos formais de tomada de decisão em um regime jurídico moldado pela *lex mercatoria*, como a arbitragem entre empresas, são suscetíveis de ser investidos de maior legitimidade que seus equivalentes mais importantes nas comunidades políticas ordinárias dos Estados-nações com seus vários interesses.

Em suma, as tendências pós-westfalianas para a globalização e a privatização produzem claramente mudanças nos pontos de divergência e de convergência, simultaneamente no plano formal e material. A questão-chave não resolvida é a de saber se e como seria possível conciliar os diversos novos pontos de convergência e de divergência em um universo jurídico coerente, que englobaria todos os campos de interação jurídica contemporânea. A sobreposição dos níveis pode mitigar os efeitos do colapso da hierarquia, entretanto não fica claro

se ou como isso poderia servir à necessária conciliação ou harmonização entre os níveis. Da mesma maneira, a existência de regimes jurídicos separados e ajustados a um segmento particular pode reforçar os vínculos materiais internos, mas a segmentação por si só, assim como o grau de separação entre os segmentos que ela produz, deve ser legitimada. Desse modo, por exemplo, as sociedades multinacionais podem estar amplamente de acordo entre elas e partilhar uma cultura comum, embora tivessem sempre de tratar com funcionários e clientes que resistiriam em ser absorvidos por um regime jurídico segmentado e fechado sobre si mesmo, que parece estar erguido contra seus interesses. Consequentemente, a harmonia material intrassegmentos é suscetível de contrastar intensamente com as divergências materiais intersegmentos, sem que seja evidente, nessa etapa, de que maneira reduzir essa tensão.

Essa questão-chave será deixada de lado por enquanto para que nos concentremos mais especificamente nos principais polos de ordenamento jurídico nos quais se baseiam nosso universo jurídico pluralista contemporâneo. Voltarei a essa questão na terceira seção, a seguir, após ter esboçado mais detalhadamente o pluralismo jurídico e o pluralismo filosófico.

O universo jurídico pluralista contemporâneo, com vários níveis e segmentado, sem o menor conjunto de hierarquia ou unidade, é extremamente complexo. Ele é assim, em grande parte, porque a diferenciação entre níveis e segmentos tende a proliferar, resultando em modelos mutantes de agregação e desagregação e caminhos de convergência dinâmicos e em constante evolução. Por exemplo, os níveis do direito internacional, direito transnacional e direito nacional podem ser impermeáveis a qualquer possibilidade de unificação ou de harmonização aprofundada. Não obstante, eles podem ser interligados por grandes modelos de convergência, como é o caso para a União Europeia e as Constituições dos Estados-membros como esboçado acima (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1986, 1993). De maneira geral, se acrescentarmos a isso as afirmações segundo as quais o direito internacional se teria constitucionalizado (OMC, 1994a e 1994b) e o direito constitucional internacionalizado (DORSEN, 2003); que as redes privadas ou não governamentais, apropriando-se distintas esferas de autorregulação segmentada, teriam gerado seu próprio quadro constitucional interno (HAMANN; FABRI, 2011, p. 173-204); que esses diferentes quadros individualmente adotados têm muito em comum; e que as redes internacionais formais e informais entre profissionais de um mesmo setor, seja privado (como médicos ou especialistas do clima) ou governamental (como os Ministros da Economia ou do Meio Ambiente de diversos Estados-nações), dividiriam alguns valores e objetivos baseados em interesses profissionais comuns, enquanto parece inevitável que esses desenvolvimentos resultarão na consolidação de importantes caminhos de convergência. Além disso, as redes internacionais entre juízes que trabalham junto a órgãos judiciários nacionais, transnacionais e internacionais que tratam de questões de natureza constitucional de um ponto de vista formal ou funcional são, portanto, particularmente importantes. Essa tendência deu origem a um verdadeiro "diálogo de juízes" (SLAUGHTER, 1994, p. 99), abrindo caminhos de convergência particularmente importantes, como foi evidenciado pelas interações entre a CJCE e as jurisdições dos Estados-membros.

Existem também inúmeros novos caminhos que levam à divergência. Paradoxalmente, esses últimos decorrem não somente da sobreposição e da segmentação, mas também das tentativas de consolidar e de divulgar os recém-formados conjuntos de convergências. O exemplo mais marcante dessa última tendência está na divulgação das normas dos direitos humanos internacionais e transnacionais. Não é somente em âmbito mundial que aparecem divergências sobre o conteúdo legítimo dos direitos humanos universalmente aplicáveis (BAUER; BELL, 1999), mas também em ambientes culturais mais homogêneos, como as 47 nações europeias ligadas pela Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem (CESDH). Por exemplo, o Reino Unido baniu alegando ser indecente a mesma obra que os países nórdicos consideram estar protegida pela liberdade de expressão (CEDH, 1976). Além disso, a Corte Europeia dos Direitos Humanos institucionalizou essa divergência, considerando que os Estados individuais dispõem de uma "margem de apreciação" na implementação dos direitos da Convenção, como a liberdade de expressão (CEDH, 1976). Nesse caso, não obstante as ferramentas institucionais das quais dispõe para forjar uma hierarquia e uma unidade transnacionais com relação aos direitos humanos europeias, a Corte "constitucionalizou" a tolerância de certa medida de divergência dentro de um campo de convergência formalmente consagrado pelos Estados e baseado em um tratado.[13]

Outras hipóteses de interseções segmentares e de níveis múltiplos podem produzir conjuntos de divergências aparentemente muito mais intratáveis. Um exemplo revelador diz respeito às tentativas de conciliar o regime jurídico imposto pela OMC – que visa a ser mundial e, estando concentrado no comércio, pode ser considerado segmentar – com outros regimes jurídicos transnacionais e nacionais estreitamente interligados. Foi então mencionado que a implementação completa pela União Europeia da regulação do livre comércio da OMC levaria a uma "discriminação invertida" nos Estados-membros da UE, na medida em que certas tarifas aduaneiras deveriam ser aumentadas pelas mercadorias importadas, mas não para as mercadorias provenientes do mercado interno (BOGDANDY, 2011, p. 75-92). Outros casos ainda mais complexos levaram um autor a concluir "que não faz sentido tentar identificar o direito apropriado com noções bidimensionais de ordens jurídicas mutuamente exclusivas ou unilateralmente dominantes" (WALKER, 2000, p. 45-47).

Tudo isso compõe um mosaico complexo de campos de regulação ou de interações, em que inúmeros e diferentes regimes jurídicos se recortam e interagem. É difícil perceber, nessa etapa, como esse universo juridicamente pluralista pode elevar-se acima de contradições e incoerências muito importantes. Entretanto, antes de continuar com essa hipótese, é necessário examinar mais de perto certas características mais salientes do pluralismo filosófico.

13 Embora a "margem de apreciação" permita certa medida de divergência, ela tem outras capacidades compensatórias quando é apreciada do ponto de vista do pluralismo normativo, como será evidenciado na terceira seção.

2 A atração do pluralismo filosófico enquanto passarela contrafatual entre o eu e o outro

Em todos os âmbitos de interação humana que são de fato pluralistas, as relações intersubjetivas podem ser declinadas em conjuntos de relações entre o eu e o outro. Que um indivíduo seja confrontado a um grupo, uma cultura minoritária a uma cultura majoritária, ou os membros de um partido político a seus pares no partido oposto, todos parecem destinados a estar em relação uns com os outros enquanto "eu" confrontado a outro "eu". Isso também se estende, evidentemente, ao campo do Direito, na medida em que a criação do direito, a interpretação jurídica, a resolução das divergências e a implementação do direito são todas sujeitas à contestação em qualquer comunidade política dividida por ideologias e interesses.

No presente contexto, "eu" e "outro" devem ser entendidos em termos dinâmicos e relacionais em vez de essencialistas. Por exemplo, uma mesma pessoa pode ao mesmo tempo ser identificada a vários "eu". Uma feminista alemã católica possivelmente se enxergará como alemã e não como francesa ou irlandesa, católica por oposição a protestante e como feminista na sua luta pelos direitos das mulheres. Percebida dessa forma dinâmica, a relação entre eu e o outro cria relações complexas, entrelaçadas, mutantes e por vezes concorrentes em identidade e alteridade. Para voltar à nossa feminista alemã católica, na medida em que as crenças e práticas da Igreja Católica estão em conflito com os preceitos do feminismo – com a proibição de sacerdotes do sexo feminino, por exemplo – ela poderá ficar dividida entre sua identidade feminista e sua identidade religiosa. Ela poderá continuar a se identificar com sua comunidade religiosa católica e, ao mesmo tempo, sentir-se um pouco afastada dessa mesma comunidade. Ela poderá se tornar uma dissidente no seio de sua comunidade religiosa católica ou tentar aproximá-la mais de suas convicções feministas. Nesse caso, a nossa feminista católica pode, ao mesmo tempo, ser intercomunitariamente católica (por oposição a ateia, judia ou protestante) e intracomunitariamente ser uma "outra" (partidária de um catolicismo alternativo feminista que está em conflito com as crenças e práticas católicas oficialmente estabelecidas). Finalmente, pode haver também relações de identidade além das comunidades ou os "eu" intercomunitários. Por exemplo, quando os dirigentes religiosos de todas as principais religiões se unem para combater a laicidade na sua comunidade, eles se reúnem em torno de um eu único. Em outros aspectos, entretanto, eles permanecem destinados a estar em contato uns com os outros enquanto um diante do outro, da medida em que cada um acredita intimamente que sua religião é a única fé verdadeira, excluindo todas as demais.

Essas breves observações salientam a natureza dinâmica das relações entre o eu e o outro nas comunidades políticas pluralistas de fato e a abertura incentivada por tal natureza. Além disso, o advento da globalização e a grande aceleração da migração que o acompanha, as diferenças étnicas, culturais, linguísticas, ideológicas e religiosas proliferam consideravelmente, criando assim novas tensões e desafios inéditos. Basta pensar no grande afluxo de muçulmanos nos países da Europa Ocidental. Embora esses países tenham se ajustado ao pluralismo religioso tal como existe antes desse afluxo, eles lutam frequentemente hoje em dia para estender esses

modos pluralistas para acolher os muçulmanos. De modo geral, a expansão do pluralismo em uma comunidade política representa um desafio de peso à abertura. Por um lado, quanto mais um indivíduo for exposto a diferentes culturas, mais ele pode se tornar aberto ao pluralismo e à diversidade. Por outro lado, entretanto, quanto mais uma cultura for estranha à de um indivíduo, mais a aceitação ou a tolerância em relação a ela podem parecer representar uma ameaça à identidade desse indivíduo e ao seu sentimento de bem-estar e segurança.

Para entender melhor como o eu está equipado para tratar a dinâmica entre a identidade e a diferença ou a alteridade, é útil basear-se na distinção entre dois diferentes sentidos do eu. O primeiro é o do "eu" enquanto "identidade" e o segundo o do "eu" enquanto "individualidade" (RICOEUR, 1990, p. 11-15). No primeiro sentido, eu sou "eu" na medida em que sou a mesma pessoa, idêntica e igual a mim mesmo, ou na medida em que sou parte de um "eu" coletivo, o que significa que eu tenho laços fortes de identidade com aqueles com os quais eu me fundo em um "eu" coletivo (se, por exemplo, dividimos as mesmas crenças religiosas). Ao contrário, no segundo sentido, eu sou "eu" na medida em que me reconheço como tal, apesar de todas as mudanças que conheci com a passagem do tempo. Dessa maneira, eu não sou mais a criança ou o adolescente que fui, minha aparência mudou consideravelmente, assim como mudaram meus pensamentos e minhas relações. Mudei de ideia várias vezes, talvez até de religião e de partido político e, no entanto, durante todas essas diversas fases, eu mantive o mesmo sentido de individualidade, o de ser a mesma pessoa, que permanece sempre diferente de todas as outras pessoas. Do mesmo modo, em nível coletivo, um sentido de individualidade pode prevalecer apesar de inúmeras mudanças. Desse modo, os cidadãos dos Estados Unidos podem estar ligados por uma identidade comum, não obstante o fato de que durante mais de duzentos anos de história o país mudou consideravelmente, em termos de território, de população construída pelas ondas sucessivas de imigração e em certos aspectos constitucionais fundamentais, em particular a abolição da escravidão e a eliminação da segregação racial.[14]

Considerando a natureza complexa da identidade e da noção dinâmica e mutante da individualidade que prevalece no universo pós-westfaliano, é essencial que o pluralismo de fato seja encarado, frontalmente, de um ponto de vista normativo. Isso significa não somente do ponto de vista das normas jurídicas e constitucionais, mas também do ponto vista da ética, da política, da justiça e da igualdade entre os "eu" e os outros que interagem na comunidade política em questão. Minha afirmação normativa principal é que o pluralismo normativo é a melhor maneira de tratar o pluralismo de fato, e que suas qualidades são muito ampliadas, ao mesmo tempo que a pluralidade das ideologias aumenta, como ocorreu na era

14 A abolição da escravidão foi constitucionalmente imposta pela Décima-terceira Emenda (1865) à Constituição. A eliminação da segregação racial foi desencadeada pela decisão da Corte Suprema (SUPREMA CORTE DOS EUA, 1954).

da globalização. A essência dessa afirmação normativa é que, frente a várias concepções do bem, é melhor celebrar o pluralismo, incentivá-lo e moldar as instituições de modo que elas se acomodem da melhor maneira possível. Essa versão do pluralismo normativo, que eu chamo de "pluralismo abrangente" (ROSENFELD, 2001, p. 153-182), é uma concepção do bem que existe entre outras – concorrentes – e ela prescreve conciliar o eu e o outro tanto quanto possível por uma adaptação mútua, sem impor sacrifícios excessivos com relação à preservação e ao desenvolvimento da individualidade ou da identidade de uma pessoa.

Fica fora do alcance dessa empreitada tentar construir um argumento filosófico convincente e global em favor do pluralismo abrangente enquanto concepção do bem que deveria ser considerada como preferível às que lhe são concorrentes (pelo menos em circunstâncias de pluralismo de fato), e eu já fiz isso em outros textos (ROSENFELD, 2001, p. 153-182). Vou então presumir – para as necessidades da presente demonstração – as vantagens do pluralismo abrangente e me concentrar nas suas prescrições normativas sobre a maneira com a qual elas se comparam às de seus principais concorrentes contemporâneos e na razão por que e como ele é especialmente bem adaptado para tratar dos problemas colocados pelo pluralismo jurídico e dos processos de sobreposição e de segmentação que estão associados.

O pluralismo abrangente deve ser distinguido de inúmeras outras posições normativas que prescrevem uma forma de pluralismo limitado (*limited pluralism*). A primeira delas é o individualismo liberal, que tende a ser aberto ao pluralismo associado ao indivíduo, mas não ao que está ligado ao grupo.[15] O objetivo principal do pluralismo abrangente é de promover – tão amplamente quanto possível – a conciliação entre o eu e o outro ou, mais precisamente, entre a multiplicidade do eu e de outros interagindo dentro da comunidade política em questão. Isso deve ser feito com a consciência clara de que uma reconciliação plena e inteira nunca será realizável. De outra forma, a distinção entre o eu e o outro desmoronaria.

Consequentemente, o pluralismo abrangente exigirá que o eu e o outro se aceitem mutuamente e que aceitem compromissos e até mesmo sacrifícios. Por exemplo, em uma comunidade política que comporte duas religiões advogando maneiras de viver incompatíveis, o pluralismo abrangente exigiria construir uma base comum tão extensa quanto possível; desenvolver uma tolerância mútua tão grande quanto praticável, sem que isso sacrifique a substância da identidade de uma ou da outra; e até mesmo sacrificar alguns aspectos do que seria essencial à fé dos indivíduos de uma ou de outra das religiões, como as tentativas agressivas de proselitismo com relação aos que não aderem à mesma religião.

Duas outras importantes consequências decorrem dessas breves observações. Primeiro, na medida em que o eu e o outro nunca podem ser totalmente conciliados, e na medida em

15 O individualismo liberal considera os indivíduos como a medida normativa de todas as coisas e congrega teóricos como Nozick, Posner, Dworkin e Rawls (cf. ROSENFELD, 2001, p. 166-167).

que as relações entre o que constitui o eu e os outros estão em constante mudança, o resultado final desejado pelo pluralismo abrangente não pode ser nada além de um ideal. Portanto, o pluralismo abrangente encontra a sua maior utilidade como um ideal contrafatual. Além disso, uma vez que, em cada caso concreto, estão envolvidas diferentes lutas normativas entre os "eu" e os outros diferentemente constituídos, então os diferentes caminhos para o pluralismo abrangente, contrafatualmente traçados pelo pluralismo abrangente, sempre dependerão do contexto em que ocorrem.

A segunda consequência importante é que nenhuma concepção do bem, e, portanto, nenhum eu e outro, é suscetível de alcançar a plena realização ou satisfação se estiver sujeita às normas prescritas pelo pluralismo abrangente. De fato, enquanto existirem conflitos entre concepções concorrentes do bem, é altamente improvável (se não impossível na comunidade política pluralista típica) que a conformidade com as normas básicas de compreensão do pluralismo abrangente possa ser alcançada sem ajustes, concertações e sacrifícios por parte de todos os envolvidos na vida da comunidade política.

O pluralismo abrangente difere de outras concepções do bem em um ponto fundamental: ele é o parasita da existência e da busca de outras concepções do bem. Na medida em que o principal requisito do pluralismo abrangente é o dever de aceitar e acolher a pluralidade, o pluralismo abrangente nada mais teria a fazer se todos os indivíduos de uma comunidade aderissem a uma única concepção do bem.[16]

Por ser o parasita de uma pluralidade existente das concepções do bem, o universo normativo moldado pelo pluralismo abrangente necessariamente inclui duas diferentes ordens de normas. As normas de primeira ordem são as concepções do bem (exceto a sua própria) que o pluralismo abrangente procura acomodar. Se, em uma determinada comunidade política, o pluralismo abrangente viesse a reunir católicos e protestantes, então as normas prescritas pelo catolicismo e as ordenadas pelo protestantismo se qualificariam todas como normas de primeira ordem.

Idealmente, o pluralismo abrangente seria capaz de acomodar todas as normas de primeira ordem que têm adeptos dentro da comunidade. Entretanto, em qualquer comunidade contemporânea típica, que compreenda uma grande diversidade ideológica, incluindo um grande número de ideologias religiosas e laicas, o feminismo, os defensores do casamento homossexual e outros, é obviamente impossível acomodar imediatamente todas as normas de primeira ordem. Para tratar as reivindicações concorrentes de reconhecimento e adaptação entre os defensores de normas de primeira ordem mutuamente incompatíveis, o pluralismo

16 O liberalismo pode também acolher certa medida de pluralidade, mesmo ela não sendo um parasita. O liberalismo se manteria perfeitamente convincente e viável se todos os indivíduos no seio de uma comunidade aderissem a ele. Ao contrário, se todos fossem pluralistas, não haveria mais pluralidade de concepções do bem e o pluralismo abrangente perderia assim sua razão de ser.

abrangente deve basear-se nas normas que lhe são próprias, que chamarei de normas de segunda ordem.

As normas de segunda ordem do pluralismo abrangente requerem, acima de tudo, que seja acomodado o maior número possível de normas de primeira ordem prevalecentes dentro da comunidade política, na medida máxima possível, sem deixar de incentivar, tanto quanto possível, o reconhecimento e o respeito mútuos entre os defensores de conjuntos concorrentes de normas de primeira ordem. Nesse sentido, o pluralismo abrangente deve proceder através da implantação de dois tempos lógicos: o primeiro, negativo, seguido por um positivo.[17]

Em qualquer comunidade política pluralista de fato, algumas concepções do bem estão condenadas a ser institucionalmente reforçadas muito mais do que outras, em detrimento destas últimas. Em um país com uma grande maioria cristã, por exemplo, as religiões não cristãs poderiam ser apenas parcialmente acolhidas ou somente toleradas.[18] Em seu tempo negativo, o pluralismo abrangente requer a equalização de todos os privilégios consagrados, a fim de colocar todas as concepções do bem, que têm adeptos na comunidade política, em pé de igualdade. Além disso, em virtude de suas bases contrafatuais, o trabalho realizado pelo pluralismo abrangente em seu tempo negativo assumirá a forma de uma crítica: que instituições e práticas existentes deveriam ser modificadas ou desmanteladas, e que outras instituições ou práticas deveriam ser adotadas, para que todas as concepções do bem, existentes e concorrentes, sejam colocadas em pé de igualdade?

O momento negativo do pluralismo abrangente fornece uma ferramenta necessária, mas certamente não suficiente para estabelecer os requisitos normativos que permitirão a uma comunidade política respeitar o *ethos* pluralista. De fato, após a total equalização dos privilégios entre concepções do bem – a religião que prega a conversão forçada ou o assassinato de infiéis e a religião que prescreve o pacifismo e o amor de todos os seres humanos, o tolerante e o intolerante, e assim por diante – todas terão uma posição normativa igual e equivalente. Uma vez que o tempo negativo do pluralismo abrangente talvez não permita privilegiar uma das posições acima mencionadas antes das outras, o pluralismo como um todo estaria ameaçado se os adeptos da religião fanática em questão fossem deixados à própria sorte e pudessem então perseguir o que eles acreditam sinceramente ter sido divinamente ordenado. Nesse sentido o

• • •

17 "Lógico", por oposição a "histórico", a fim de assinalar a dimensão contrafatual e essencial do pluralismo abrangente. A discussão das normas de segunda ordem que se segue é uma versão concisa da análise muito mais detalhada fornecida em Rosenfeld (2001, p. 159-163).

18 Uma religião minoritária, bem entendido, poderia também ser perseguida ou até mesmo proibida. No entanto, parece cabível presumir que em qualquer autêntica democracia constitucional as religiões minoritárias obterão pelo menos um grau significativo de tolerância, contanto que não prescrevam transgressões das leis geralmente aplicáveis.

pluralismo está enfrentando um paradoxo que é semelhante ao que Karl Popper chamou de "o paradoxo da tolerância" (POPPER, 1979, p. 265). Segundo Popper, a tolerância com o intolerante pode permitir que este último leve a melhor e acabe com a tolerância. Da mesma maneira, incluindo na aba pluralista aqueles que querem pôr fim ao pluralismo, com o uso da violência se necessário, o pluralismo poderia abrir caminho para sua própria destruição.

Ao completar o tempo negativo do pluralismo abrangente com um tempo positivo, os riscos de autodestruição são minimizados. Em seu tempo positivo, o pluralismo abrangente condiciona o reconhecimento e a proteção, dentro da comunidade política, a todas as normas de primeira ordem (que anteriormente, no momento negativo, foram colocadas em pé de igualdade) pela exigência de que devem ser compatíveis com as suas próprias normas de segunda ordem. Nesse sentido, uma religião estritamente violenta seria simplesmente banida da comunidade política, enquanto outras religiões e ideologias seriam admitidas, não necessariamente nas suas próprias condições, mas nas condições que assegurariam a sua *compatibilidade* com as normas de segunda ordem do pluralismo abrangente.

É importante esclarecer que a "compatibilidade", na presente acepção, não pretende ser sinônimo de "conformidade". As normas de primeira ordem não devem se conformar às normas de segunda ordem enquanto estão em conformidade com a implementação de tais normas de segunda ordem. Por exemplo, uma religião intolerante que vive em paz com os seus vizinhos, mas interage minimamente com eles, é compatível com um funcionamento harmonioso das normas de segunda ordem do pluralismo abrangente. A intolerância do grupo religioso em questão não está em conformidade com o tipo de tolerância que faz parte das normas de segunda ordem prescritas pelo pluralismo abrangente. Não obstante, a tolerância da intolerância de uma comunidade religiosa não agressiva e fechada em si não interfere significativamente com a implantação da tolerância pluralista.[19]

Antes de analisar detalhadamente como o pluralismo abrangente pode ser útil para tratar os conflitos reais entre algumas normas específicas de primeira ordem, é necessário mencionar duas importantes implicações teóricas resultantes da discussão anterior. A primeira diz respeito às enormes virtudes potenciais de pluralismo abrangente em relação ao tipo de pluralismo jurídico retratado na primeira seção acima. A segunda implicação diz respeito às suas virtudes em relação aos seus principais concorrentes no contexto das comunidades políticas que são pluralistas de fato.

Como bem recordamos, um dos problemas mais difíceis enfrentados pela ordem jurídica pós-westfaliana é o aparente declínio do modelo kelseniano com base na hierarquia, na

• • •

19 Presumo, para os propósitos da presente discussão, que o grupo religioso em questão é coesivo e internamente unificado. Caso contrário, e se o grupo sofresse fortes dissidências a partir de seu interior, a tolerância de sua intolerância com relação a alguns de seus próprios membros poderia não ser compatível com a implementação das normas de segunda ordem do pluralismo.

unidade e na conformidade. Se a unidade pudesse ser substituída pela pluralidade e conformidade pelo padrão de compatibilidade do pluralismo abrangente, isso poderia resultar na abertura de novos caminhos promissores para a racionalização e a legitimação de um universo jurídico evolutivo, em vários níveis e segmentos. Além disso, se acrescentarmos o uso da conceptualização pelo pluralismo abrangente de todas as relações intersubjetivas em termos de confronto entre o eu e o outro, então as novas oportunidades poderiam expandir-se consideravelmente, até mesmo quando confrontadas a uma grande diversidade e a não conformidades muito claras.

Por exemplo, se um regime jurídico totalmente segmentado e autorregulado pudesse ser retratado de modo convincente como sendo o de um eu autossuficiente que vive em paz com poucas interações, ou até nenhuma, com os outros, então esse regime poderia ser considerado legítimo na medida em que seria compatível com a pluralidade existente de regimes jurídicos relevantes, embora possa ser em grande parte não conforme a muitos deles. Além disso, se um regime jurídico segmentado opera em uma área que não está completamente fechada sobre si mesma, então as relações relevantes entre o eu e o outro, ambos pertencentes àqueles envolvidos na área em questão, poderiam estar delimitadas e claramente definidas. Portanto, um alto grau de não conformidade poderia ser tolerável antes de produzir uma incompatibilidade. Por exemplo, se a aplicação da *lex mercatoria* levasse somente a resultados nulos entre as grandes empresas, então parece que pouca ou nenhuma importância seria dada para que operasse de acordo com as normas legais incompatíveis com as prevalecentes em todas as outras áreas. E, mesmo se a aplicação da *lex mercatoria* levasse a resultados nulos – exceto em termos de relações entre grandes empresas e seus funcionários – parece que é apenas em relação a este último que as não conformidades poderiam também revelar-se incompatíveis. Esse exemplo, embora altamente esquemático, ilustra as formas em que o pluralismo abrangente pode permitir uma interação muito mais sutil e flexível entre as não conformidades e incompatibilidades que poderiam produzir, por sua vez, fontes de legitimação inéditas e úteis dentro de um universo cada vez mais pluralista.

A segunda implicação teórica importante diz respeito à comparação entre o pluralismo abrangente e seus principais rivais normativos no contexto das comunidades políticas contemporâneas, que são pluralistas de fato. Esses rivais são o liberalismo, o comunitarismo e o republicanismo. Eu tentei, em outros textos, fornecer argumentos sólidos apoiando a superioridade do pluralismo abrangente com relação a essas três teorias rivais (ROSENFELD, 2001, p. 164-172). Portanto, vou limitar ao máximo meus argumentos e, em contrapartida, vou enfatizar por que a preferência pelo pluralismo abrangente é ainda mais convincente no contexto da tendência atual à globalização.

O liberalismo é caracterizado, sobretudo, pelo fato de que ele dá prioridade absoluta ao indivíduo e, por isso, submete os interesses e os direitos do grupo aos do indivíduo. O pluralismo abrangente, em contrapartida, não confere tal preferência. No contexto de uma democracia constitucional homogênea, liberal e individualista, as diferenças entre o pluralismo

abrangente e o liberalismo são suscetíveis de ser, em grande parte, teóricas. Na verdade, em uma comunidade política exclusiva e individualmente pluralista de fato, com diferenças individuais envolvendo valores e interesses, a resolução das diferenças de acordo com os princípios do liberalismo, ou do pluralismo abrangente pode, muito provavelmente, de um ponto de vista prático, levar a resultados virtualmente idênticos. Todavia, em um Estado multiétnico, em que os direitos dos grupos minoritários têm um peso importante, ou em um contexto transnacional em que o individualismo ocidental enfrenta culturas não ocidentais e voltadas para o grupo, o liberalismo pode surgir mais enviesado do que o pluralismo abrangente. Por conseguinte, parece que este último está em melhor posição para apontar para os resultados que seriam aceitos como legítimos por uma grande parte daqueles que devem interagir em uma arena jurídica e política extensa.

O comunitarismo, por outro lado, dá a máxima prioridade à solidariedade comunitária e, portanto, favorece os direitos comunitários do grupo perante os direitos individuais. Se o pluralismo abrangente é preferível ao liberalismo por causa de sua abertura aos direitos de grupo, também é uma escolha melhor do que comunitarismo, por causa de sua recusa de sacrificar e minimizar a importância dos direitos individuais. Na medida em que as arenas jurídicas e políticas se ampliam no contexto de globalização, há uma proliferação de comunidades e múltiplas oportunidades para que os indivíduos pertençam (pelo menos parcialmente) a várias comunidades. Isso leva a uma ampla variedade de relações inter e intracomunitárias, nas quais os interesses individuais e os interesses de grupo são levados a um confronto. Nessas circunstâncias, as vantagens do pluralismo abrangente em relação ao comunitarismo parecem ainda maiores.

O republicanismo recomenda a busca da realização e a autorrealização através do governo (*self-government*). Segundo o conceito de Rousseau de republicanismo, cada indivíduo como cidadão tem o direito e o dever de participar do governo (*self-government*) de sua comunidade política (ROUSSEAU, 2001). Os cidadãos devem unir-se e trabalhar para o bem público, conciliando, sempre que necessário, seus respectivos interesses particulares para o bem da sociedade.[20] A questão que permanece em aberto é saber em que medida um indivíduo deve, na visão republicana, comprometer seus objetivos e interesses para o bem comum, mas, em contrapartida, fica claro que a acomodação da pluralidade deve ser subordinada à busca do bem da comunidade política. O pluralismo abrangente rejeita essa subordinação, ainda que em uma pequena comunidade política, como na cidade-Estado, os ideais do republicanismo e do pluralismo podem, a partir de um ponto de vista prático, levar a resultados semelhantes. Tal seria o caso de um povo relativamente homogêneo, sem diferenças claras em termos de valores e visões, que acomodasse os interesses respectivos de acordo com relações

20 Rousseau afirma que os cidadãos devem buscar "a vontade geral", que ele caracteriza como "o acordo de todos os interesses" que "se forma por oposição ao de cada um" (ROUSSEAU, 2001, p. 69).

diretas, e obtivesse uma grande satisfação e respeito mútuo pela sua colaboração com o objetivo de traçar um destino comum.

As oportunidades abertas para uma pequena comunidade política não se estendem ao Estado-nação pluralista de fato, e muito menos a uma comunidade política transnacional ou global. Pensemos, por exemplo, na preocupação constante do "déficit democrático" da União Europeia e nas dificuldades que esta encontrou em suas tentativas para, ao invés da regra da unanimidade entre os Estados-membros, adotar a regra da maioria qualificada para as decisões de política comunitária (MANCINI, 2000; JOHNSTON, 1995, p. 245). Em suma, quanto mais a comunidade política se torna pluralista de fato e extensa, menor será a probabilidade de o governo (*self-government*) bastar para acomodar adequadamente os interesses e as visões concorrentes de seus cidadãos. Daí o aumento da atratividade do pluralismo abrangente em oposição ao republicanismo em um mundo que se move em direção à globalização.

Antes de examinar a forma como o pluralismo filosófico poderia se encaixar no pluralismo jurídico na terceira seção, a seguir, alguns comentários são necessários sobre a colisão entre as normas de primeira ordem e as aplicações da dinâmica entre o eu e o outro, a partir da perspectiva do pluralismo abrangente.

Como já observado, as normas de primeira ordem que são incompatíveis com as normas de segunda ordem do pluralismo abrangente não encontram um lugar legítimo em uma comunidade política pluralista. No entanto, questões mais delicadas são levantadas quando a coexistência de normas de primeira ordem conflitantes parece impossível de ser alcançada dentro de uma mesma comunidade política, embora nenhuma das normas envolvidas seja em si incompatível com as normas de segunda ordem do pluralismo. Além disso, a impossibilidade ora discutida pode ser atribuída ao fato de que as normas de primeira ordem conflitantes estão associadas a estruturas de apoio institucional mutuamente excludentes. Ou ainda, pode ser que a busca por objetivos associados a um dos conjuntos de normas de primeira ordem esteja competindo com a de outro para ter acesso aos mesmos recursos escassos.

O pluralismo abrangente pode abordar esses problemas e, em muitos casos, fornecer uma solução adequada. Pode fazê-lo por meio de uma combinação, em um primeiro momento, de um procedimento que possibilita a avaliação e a classificação por ordem de importância das normas de primeira ordem conflitantes, e utilizando de maneira construtiva as fronteiras flexíveis esboçadas pela relação dinâmica entre o eu e o outro. As normas de primeira ordem são habitualmente subsumidas em uma concepção do bem – por exemplo, a proibição do aborto proscrito por uma determinada religião. Além disso, um conflito entre as normas de primeira ordem está muitas vezes enraizado em um conflito mais amplo entre as concepções do bem. Supondo-se que todas elas têm o mesmo grau de compatibilidade com as normas de segunda ordem do pluralismo, isso quer dizer que os conflitos entre as normas de primeira ordem deveriam ser resolvidos de modo que afetassem minimamente o igual direito à integridade que têm todas essas concepções do bem em questão. Assim, uma norma de primeira ordem que é considerada mais essencial para uma concepção do bem deve ser

priorizada em detrimento de outra de menor importância para a concepção do bem concorrente à qual está associada. Isso pode ser exemplificado pelo acórdão da Suprema Corte do Canadá, que declarou que a proibição da pesca sazonal, que tinha sido criada para regular atividades esportivas de lazer, deveria ceder diante da necessidade concorrente de uma tribo indígena de pescar de acordo com seus costumes e tradições religiosas (SUPREMA CORTE DO CANADÁ, 1996).

Um problema mais difícil surge quando normas de primeira ordem de mesmo grau (ou concepções do bem em seu conjunto) são conflitantes sem que haja a menor aparência de ajustamento plausível. Suponhamos, por exemplo, uma comunidade política que está dividida ao meio, em dois grupos religiosos internamente homogêneos e ferozmente engajados. A religião do primeiro grupo preceitua que a monarquia é a única forma de governo divinamente autorizada, ao passo que a religião do segundo grupo também insiste firmemente que só a democracia é coerente com os seus mandamentos divinos. Nesse contexto, a comunidade política em questão, que pode ser considerada um "eu" (em relação a todas as outras comunidades políticas), está dividida ao meio, sem qualquer esperança de superar o impasse internamente, ao mesmo tempo que preserva a igualdade entre os dois grupos religiosos envolvidos. A melhor solução, se viável, seria dividir a comunidade política em dois, fazendo que cada comunidade religiosa se tornasse soberana dentro de sua própria comunidade política recém-formada. De acordo com essa solução, os dois grupos religiosos podem substituir as tensões insustentáveis que sofreram como um "outro" interior em um "eu" mais amplo e altamente atormentado pelas relações menos intensas e mais limitadas dos "outros" externos, enfrentando-se como comunidades políticas independentes e soberanas.

Em termos gerais, o pluralismo abrangente oferece uma gama flexível de soluções alternativas para os conflitos entre as normas de primeira ordem de grau comparável. Em alguns casos, compromissos aceitáveis serão encontrados, sem a necessidade de transformar "outros" internos em "outros" externos. Nos outros casos, a plasticidade da dinâmica entre o eu e o outro é muito vantajosa. Além da dialética entre o outro interno e o outro externo, existem muitas possibilidades de acomodação em termos de interação entre o eu e o outro. Em um mundo voltado para a globalização, a multiplicidade das relações eu-outro que cada pessoa, grupo ou organização pode manter é particularmente interessante. Algumas dessas relações são extensivas no âmbito de aplicação – por exemplo, estamos agora conscientes de que a humanidade como um todo constitui um eu único em termos de prevenção da extinção da vida no planeta causada pela destruição do meio ambiente – e outras são intensivas – por exemplo, a solidariedade e a vontade comum de sobrevivência de uma minoria nacional sitiada. Essas diferenças criam vínculos de individualidade mais fracos e mais fortes, com geralmente (mas não exclusivamente) uma maior necessidade e tolerância para os vínculos mais fracos entre os "eu" separados por grandes distâncias, e para os vínculos mais fortes com os "eu" densamente agrupados e estreitamente ligados. Cada ator social, político e jurídico contemporâneo pertence a múltiplos "eu", alguns intensos, outros menos, alguns muito extensos

e outros menos. Além disso, todos esses atores são inevitavelmente confrontados a outros, tanto internos como externos. Nessas circunstâncias, a plasticidade e a multiplicidade de possíveis relações entre o eu e o outro parecem oferecer ao pluralismo abrangente grandes oportunidades para legitimar o pluralismo jurídico, sem cair na busca inútil de uma forte hierarquia e uma unidade ordenada.

3 O pluralismo como solução: unir e separar os "eus" de múltiplos aspectos com os quais o pluralismo jurídico depara

Que cada indivíduo possa pertencer a mais de uma comunidade ou coletividade, podendo ser considerado um "eu" com relação a algum "outro", ou a alguns "outros", não constitui novidade. O indivíduo de Rousseau, em sua dupla habilidade como burguês e cidadão, deveria ser simultaneamente um "eu" privado singular perante a todos os outros indivíduos no âmbito da comunidade política, e um cidadão que faça parte do eu político, que dê vida à comunidade política rumo ao governo (*self-government*) e à realização pessoal. Da mesma maneira, os cidadãos no âmbito de uma federação podem pertencer, ao mesmo tempo, à coletividade que criou a federação e a uma das entidades federadas.[21]

O que é novo, na era contemporânea do pluralismo jurídico, é o crescimento exponencial do número e da diversidade de tipos de "pertencimentos" disponíveis para um indivíduo, e o considerável desgaste das estruturas tradicionais concebidas para preservar a hierarquia e para manter a unidade. Nessas circunstâncias, o pluralismo abrangente pode servir como um guia útil, sobretudo pelo caráter contrafatual, sugerindo, ao mesmo tempo, os instrumentos processuais e as normas materiais que indicarão as formas de observar legitimamente a conformidade sem, indevida e desnecessariamente, ofender a pluralidade em geral e o pluralismo jurídico em particular. Além disso, ainda que o pluralismo abrangente forneça o critério final de legitimidade, em parte ele deve considerar as abordagens normativas que partilha, até certo ponto, com outras concepções do bem. O pluralismo abrangente permite também uma redistribuição das estruturas e dos instrumentos constitucionais existentes, em conformidade com os requisitos de suas normas de segunda ordem e com as exigências decorrentes da pluralidade de interesses, de valores, de ideologias e de normas de primeira ordem em jogo no cenário intersubjetivo especial em questão. Visto que as soluções em conformidade com o pluralismo abrangente são fortemente dependentes do contexto, uma crítica contrafatual coerente com os requisitos deste último deve ser realizada em cada caso particular. No entanto, uma orientação de conjunto útil, de acordo com os requisitos do

21 Constituição dos Estados Unidos, XIVª Emenda: "Toda pessoa nascida ou naturalizada nos Estados Unidos… é cidadão dos Estados Unidos e do Estado no qual reside".

pluralismo abrangente, pode ser elaborada, o que está de acordo com as observações a respeito da situação pluralista atualmente difícil, como descrita na seção anterior.

No âmbito de Estado-nação westfaliano, o pluralismo abrangente permite a manifestação de normas emanadas respectivamente pelo liberalismo, pelo comunitarismo e pelo republicanismo (ROSENFELD, 2001, p. 166-171). Os empregos pluralistas das normas em questão variam na dimensão e na extensão da sua utilização no âmbito do enquadramento da concepção da moral particular da qual essas normas são provenientes. Como mencionado na segunda seção, o pluralismo somente acolhe as normas liberais, comunitárias e republicanas que estejam em conformidade com as suas normas de segunda ordem.[22]

O *ethos* pluralista da comunidade política pós-westfaliana, obviamente, deu lugar às normas liberais, comunitaristas e republicanas. No entanto, a manifestação dessas normas, sua dimensão, assim como sua extensão, estão condenadas a divergir consideravelmente nesse contexto em comparação àquele do Estado-nação tradicional. Dois fatores têm um papel-chave nessa transformação: as mudanças profundas na dialética entre as relações "internas" e "externas" entre o eu e os outros, e um crescimento massivo da pluralidade de pontos de vista com a qual deve lidar, tanto no âmbito do Estado-Nação como no âmbito dos cenários transnacionais e mundiais nos quais a interação política foi recentemente intensificada de maneira significativa.

No sentido mais amplo, o que uma pessoa sente como fazendo parte do "eu" ou do "nós" é interno, enquanto o que ela sente como fazendo parte do "eles" ou "deles" deve ser considerado como externo. Consequentemente, o eu é sempre "interno", seja individual ou coletivo. Por outro lado, enquanto o outro é evidentemente considerado externo, ele não é, contudo, necessariamente assim. Um outro eu é claramente "externo" ao primeiro eu, mas pode existir um "outro" no âmbito de "si mesmo". Isso é claramente demonstrado pelos "eu" coletivos, cujos dissidentes dentro do grupo são, com frequência, considerados outros internos.

A distinção entre um outro "interno" e um outro "externo" é especialmente importante para a nossa explicação, por duas razões principais. Primeiro, os agentes jurídicos e políticos tornam-se parte de um número cada vez mais importante do eu, e as hipóteses nas quais esses agentes encontram outros "internos" estão destinadas a se multiplicar consideravelmente. Em segundo lugar, e isso é essencial, as relações com os outros "internos" são significativamente distintas das relações com os outros "externos", o que acarreta profundas consequências normativas e institucionais. De fato, a relação paradigmática com outro "externo" é a relação típica predominante entre os Estados-nações westfalianos. Sem uma consciência perceptível e

22 Observemos que aqui se trata de estar "conforme", e não simplesmente "compatível", com as normas de segunda ordem do pluralismo. A razão para tal é que a presente discussão se concentra no próprio quadro institucional do pluralismo. Consequentemente, enquanto partidários de normas de primeira ordem, no seio de uma comunidade política pluralista, os liberais, comunitaristas e republicanos devem satisfazer apenas um padrão de compatibilidade e não de conformidade com as normas de segunda ordem do pluralismo.

amplamente partilhada de pertencimento a um eu jurídico/político transnacional, todos os Estados-nação, exceto o seu próprio, figuram como outros "externos". Nesse sentido, a forma convencional para criar relações construtivas entre Estados-nação é o tratado bilateral relativo às questões de relações estrangeiras – por exemplo, o pacifismo, a eliminação de taxas alfandegárias sobre importações e exportações etc. Além disso, no âmbito desse paradigma, o que é "interno" a um Estado-nação não deveria criar direitos ou obrigações para além dessa nação. Consequentemente, a fome em um Estado A não impõe nenhuma obrigação ao Estado B de abrir suas fronteiras para a imigração, e os maus-tratos infligidos aos próprios cidadãos em um Estado C não dão ao Estado D nenhum direito de intervenção humanitária nos assuntos internos do Estado C.

Em um paradigma westfaliano, em conformidade com o *ethos* pluralista, os Estados não têm nenhuma obrigação um com o outro, exceto a do pacifismo. Em nítida oposição a isso observamos que, no momento que outro é "interno" mais do que simplesmente "externo", este "outro" – em conjunto com todos aqueles com os quais ele partilha as mesmas relações transnacionais – deve, de certa maneira e em certa medida, fazer parte do mesmo eu (coletivo). Como consequência, os outros "internos" partilham mutuamente dos direitos e obrigações definidos de acordo com as disposições das normas de segunda ordem do pluralismo abrangente. E isso requer estender a mão e acolher a concepção do bem e dos interesses do outro "interno" com o qual compartilhamos certo grau de individualidade comum. Se, por exemplo, a adesão aos direitos humanos é universalmente aceita, então a humanidade no seu conjunto está ligada enquanto um eu único – cujo objetivo é certamente restrito – que partilha um vínculo comum na medida em que ela sustenta uma comunidade mundial com o objetivo de promover, manter e colocar em prática os direitos humanos. No âmbito dessa comunidade mundial dos direitos humanos, o *ethos* pluralista requer considerar e acolher diversos pontos de vista, como a perspectiva de valores asiáticos mencionada anteriormente. Além disso, o "eu" da comunidade mundial dos direitos humanos compreende ao mesmo tempo uma maior convergência e uma maior divergência do que o típico Estado-nação, multiétnico e multicultural. Na medida em que todos os membros desse "eu" coletivo dos direitos humanos se entendem sobre o programa fundamental dos direitos humanos internacionais, eles estão ligados por vínculos de convergência que parecem mais amplos e mais fortes do que a maior parte dos vínculos análogos que unem um "eu" coletivo diversificado e cujo fundamento é o Estado-nação. Por outro lado, na medida em que a diversidade cultural e ideológica, em nível mundial, é destinada a ser mais importante do que o seu equivalente na esfera do Estado-nação típico contemporâneo, parece lógico que exista uma divergência de opiniões mais importante no campo da comunidade mundial dos direitos humanos do que no âmbito do típico Estado-nação.

Um "eu com um objeto limitado", como a comunidade dos direitos humanos, deveria, se estiver engajado com o *ethos* pluralista, concentrar seus esforços normativos sobre os aspectos que ele partilha, e desenvolver esforços no sentido de uma resolução ou de uma gestão das

suas diferenças com relação ao objetivo definido em torno do qual seus membros estão reunidos. No campo dos direitos humanos isso significa que a atenção deveria estar centrada nesse último aspecto. No entanto, quando são analisados com mais atenção, os conflitos em matéria de direitos humanos envolvem em grande parte aquilo que é essencial ao "eu" do conjunto individual ou coletivo de uma pessoa, tal qual a religião, a cultura e os compromissos éticos e políticos fundamentais. Todavia, nas negociações sobre uma empresa comum com objeto limitado, tal qual direitos humanos, esta última deveria tratar do conjunto em primeiro plano, enquanto os outros vínculos mais profundos deveriam, sempre que possível, permanecer em segundo plano. Isso pode ser facilitado pela disponibilidade de meios de segmentação e de compartimentação. Uma pessoa deveria assim se preocupar menos sobre o fato de suas aspirações religiosas serem ignoradas ou mesmo moderadamente contrariadas no cenário universal dos direitos humanos se essas aspirações puderem ser satisfeitas em outros cenários disponíveis. E, evidentemente, tal compromisso dependeria da aceitação da ideia de que o *ethos* pluralista seja aplicável às relações intercomunitárias em geral.

Em contrapartida, na hipótese de um "eu com objeto ilimitado" – quer seja a pessoa individual propriamente dita ou a comunidade no âmbito da qual ela se sente plenamente integrada, mesmo que ela não concorde integralmente com todas as suas práticas e com todos os seus compromissos normativos –, é necessário encontrar pontos em comum em todos os cenários nos quais essa pessoa está envolvida. Em outras palavras, todos os temas estão em jogo nos contextos intracomunitários, e o *ethos* pluralista requer que tais temas sejam tratados de acordo com os dois tempos lógicos detalhados anteriormente. Além disso, em tais circunstâncias, as diferenças que emergem são provavelmente mais importantes do que aquelas que poderiam ocorrer em uma comunidade de objeto limitado. Contudo, porque o eu com objeto ilimitado se agrega normalmente em torno de vínculos de identidade muito mais fortes e tem um senso de individualidade muito mais intenso e definido, ele pode se apoiar sobre esses vínculos para lidar com as suas numerosas, e às vezes discutíveis, diferenças.[23]

O que se classifica como eu de objeto limitado ou como eu com objeto ilimitado é determinado em termos relacionais e depende, em última análise, do contexto. Tradicionalmente, a comunidade local de um indivíduo, seu grupo, seu grupo étnico ou religioso, sua região e até mesmo o seu país, eram os lugares mais prováveis para a manifestação do eu com objeto ilimitado de um indivíduo. Todavia, com o aumento do número de níveis e de segmentos que o mundo conhece – enquanto ele evolui para uma globalização cada vez mais importante – as possibilidades se multiplicam igualmente, e o eu com objeto ilimitado não deve mais ser confinado no âmbito das suas fronteiras tradicionais. Um indivíduo pode assim

23 Por exemplo, em um país religiosa e linguisticamente diversificado como a Suíça, as diferenças religiosas e linguísticas seriam muito mais suscetíveis de serem geradas com sucesso se o povo em seu conjunto compartilhasse fortes vínculos nacionalistas.

dedicar sua vida à proteção dos direitos humanos, em nível mundial tornar-se membro de uma ONG consagrada aos direitos humanos e subordinar todos os seus outros interesses e compromissos a esse objetivo único. Nesse caso, o indivíduo em questão se identificará perfeitamente com o programa de direitos humanos e analisará todas as questões normativas do ponto de vista do *ethos* dos direitos humanos. Em resumo, enquanto os cenários de interação política se expandem e se multiplicam, a rede de vínculos entre os "eu" com objeto limitado e os "eu" com objeto ilimitado, bem como aquela entre as relações intracomunitárias e intercomunitárias, tornam-se cada vez mais dinâmicas e complexas. Do ponto de vista do pluralismo abrangente, isso significa que a aplicação do *ethos* pluralista não pode estar limitada a um contexto global como o Estado-nação. É necessário, principalmente, que tal *ethos* seja aplicado, em particular, no âmbito de cada um dos níveis e de cada um dos segmentos de interação, assim como entre eles. Além disso, essas aplicações específicas deverão prestar uma especial atenção à perspectiva e à ordem de prioridade do *ethos* dos direitos humanos no âmbito do cenário internacional dos direitos humanos.

Antes de passar às implicações dessas observações para a ordem constitucional, resta um aspecto suplementar e essencial que deve ser sucintamente abordado: o das consequências da proliferação dos níveis sobrepostos e o das segmentações para a integridade de um eu único e distinto. Essa questão se coloca tanto para os "eu" individuais como coletivos, embora os problemas que ela coloca sejam, talvez, mais facilmente apreendidos do ponto de vista do eu individual. Um indivíduo típico contemporâneo forma uma identidade complexa constituída por uma agregação de vínculos com numerosos "eu" coletivos com os quais ele mantém relações de intensidade variada. Esses vínculos podem incluir ligações étnicas, religiosas, linguísticas, culturais, nacionais, profissionais, transnacionais (por exemplo, a União Europeia), mundiais (por exemplo, o aquecimento global) e ideológicas. Essas ligações produzirão, inevitavelmente, conflitos internos no âmbito do indivíduo, com os mencionados anteriormente, em que as convicções feministas de uma pessoa estavam em conflito com as exigências impostas pela sua religião (WALKER, 2000, p. 45-47; RICOEUR, 1990, p. 11-15).

Parecem existir duas formas principais de lidar com tais conflitos quando um indivíduo não pode nem resolvê-los nem evitá-los: seja relativizando-os, seja aprendendo a viver com um certo grau de dissonância, que permanece, no entanto, tolerável. Para ilustrar a relativização, um cidadão francês pode se sentir distante da União Europeia no que se refere a um conflito entre esta e a França e, no entanto, ao mesmo tempo, identificar-se com a União Europeia em se tratando da concorrência econômica entre esta e os Estados Unidos. Nesse exemplo a contradição será evitada permitindo a cada uma as identificações especificamente implicadas no seu contexto. Em outras circunstâncias, todavia, não é possível evitar a contradição relativizando uma identificação e devolvendo-a ao seu contexto. Assim, se as convicções feministas de uma pessoa estão em conflito com a sua religião, e se esses dois aspectos são uma parte importante da identidade dessa pessoa, é pouco provável que a relativização possa ser

eficaz. Nessa situação, a pessoa em questão deverá viver com as contradições com as quais ela é confrontada (incluindo a questão de forma intracomunitária a fim de minimizá-la) ou renunciar ao seu pertencimento a uma das duas comunidades em conflito. Se o conflito englobar tudo – por exemplo, se a religião em questão considera que o feminismo é um pecado mortal –, então a pessoa pareceria forçada a escolher um dos pertencimentos em detrimento do outro. Entretanto, se existe sobreposição suficiente entre as duas comunidades em conflito – presumamos, por exemplo, que a religião pregue o amor e a igualdade entre todos os seres humanos, mas proíba igualmente que as mulheres se tornem sacerdotes –, então o melhor caminho poderia ser aceitar a dissonância resultante das contradições parciais e permanecer um membro ativo e engajado nas duas comunidades.

É relevante que a relativização baseada no contexto e o fato de aprender a viver com um grau aceitável de dissonância pareçam ser respectivos análogos existenciais das duas principais disposições normativas do pluralismo abrangente. A primeira delas é adaptar as aplicações específicas das normas da segunda ordem à pluralidade de pontos de vista adversários no âmbito de determinado contexto, tornando assim aplicáveis as reivindicações normativas relativas ao seu contexto. A segunda prescrição é tolerar a busca de conceitos do bem que não estão em conformidade, sem ser incompatíveis, com as normas da segunda ordem, permitindo assim um certo grau de dissonância normativa.

A diferença principal entre esses análogos reside no nível de suas respectivas justificações. No nível existencial, a justificação é pragmática; no nível normativo, ela decorre da ideia do bem fomentada pelo pluralismo abrangente. Além disso, o fato que tanto as perspectivas pragmáticas quanto normativas exigem que uma atenção especial seja dada ao contexto, assim como a aceitação de certo grau de dissonância, reforça o argumento para um ordenamento constitucional e uma estrutura institucional pluralistas. Por outro lado isso indica o caminho para delinear tal ordenamento de modo a permitir o melhor tratamento possível aos desafios suscitados pelas atuais dificuldades jurídicas e ideológicas pluralistas.

Tratando-se agora da questão do ordenamento constitucional para o universo contemporâneo pluralista e pluralista de fato, o pluralismo abrangente requer uma divisão de base em três categorias distintas.[24] Além disso, essas três categorias são as mesmas, tanto na consideração do ordenamento constitucional no âmbito do Estado-nação ou no âmbito do cenário contemporâneo mais vasto que vai muito além do Estado-nação. As três categorias envolvidas são, em primeiro lugar, a execução da conformidade com as normas da segunda ordem do pluralismo; em segundo lugar, a definição de prioridades no âmbito das normas de primeira ordem concorrentes, considerando que o mais importante na perspectiva de um outro conjunto de normas de primeira ordem deveria ter a prioridade atribuída sobre o que é menos

• • •

24 Para uma discussão mais detalhada dessa divisão tripartite, ver Rosenfeld (2001, p. 131-132).

importante na perspectiva de um outro conjunto de normas; e, em terceiro lugar, a identificação dos conflitos relativos aos interesses e valores de categoria equivalente em se tratando dos seus respectivos conjuntos de normas de primeira ordem, ou, em outros termos, de importância equivalente com relação à ideia do bem particular à qual eles são vinculados.

As questões que incidem no campo da primeira categoria requerem uma constitucionalização. Esta consistiria, parcialmente, em impor normas materiais e, em parte, em fornecer mecanismos processuais com o objetivo de facilitar a resolução de conflitos entre normas de primeira ordem, em conformidade com as disposições impostas pelas normas da segunda ordem. Por exemplo, uma certa forma de tolerância constitucionalmente imposta – por meio da liberdade de expressão ou os direitos à vida privada – seria necessária a fim de conceder uma força jurídica às normas de segunda ordem concebidas para maximizar o espaço disponível para uma coexistência, nas condições de igualdade, da maior pluralidade possível de pontos de vista. Por outro lado, algumas garantias estruturais ou processuais – como o federalismo ou a existência, dentro de certos limites, de um grau de autonomia para os grupos – poderiam igualmente ser constitucionalizadas, a fim de atualizar e de consolidar a prioridade das normas de segunda ordem.

Tratando-se da segunda categoria, apenas os procedimentos que permitam uma comparação justa e adequada da importância relativa de reivindicações antagônicas relativas às respectivas normas de primeira ordem de onde emanam deveriam ser constitucionalizados. Um exemplo ilustrativo de um procedimento constitucional pertinente nesse contexto é o recurso à análise de proporcionalidade no litígio constitucional.[25] O que é fundamental em se tratando dessa segunda categoria é que, na ausência de procedimentos constitucionalmente aplicáveis, as comparações requeridas poderiam ser vítimas do desejo das maiorias ou de outros interesses poderosos.

É mais adequado, por outro lado, deixar as questões compreendidas na terceira categoria à resolução infraconstitucional, de preferência segundo um ideal republicano. De fato, na medida em que as normas de segunda ordem do pluralismo são satisfeitas na mesma proporção por cada uma das possíveis resoluções de conflitos entre normas de primeira ordem, então a busca de consenso ou de compromisso pela pretensão republicana do bem comum – ou pela submissão à vontade da maioria, na ausência de uma solução mutuamente acordada – parece estar mais em conformidade, nessas circunstâncias, com os ideais pluralistas. Efetivamente, se dois objetivos de primeira ordem são de igual importância, então, favorecer aquele que satisfaria um número maior de pessoas pareceria em plena conformidade com o igual respeito concedido aos respectivos pontos de vista no segundo plano das reivindicações antagônicas em questão.

• • •

25 Para uma discussão mais detalhada do princípio de proporcionalidade, ver Kelsen (1997) e Meese (1986-1987).

É evidente que essa divisão em três categorias se reflete no ordenamento constitucional típico no âmbito do Estado-nação. A maior parte das Constituições dos Estados-nações contemporâneos contém disposições materiais e processuais que são intocáveis pela política democrática ordinária, enquanto traçam um cenário jurídico e político atribuído à vontade das maiorias. Tais Constituições podem igualmente ser declinadas nessas três categorias sem comprometer a hierarquia ou a unidade que impõem. Por outro lado, enquanto as Constituições típicas do Estado-nação podem ser tudo exceto estar em conformidade com o *ethos* pluralista, torná-las assim conformes não afetaria a divisão do conjunto do trabalho entre as três categorias identificadas anteriormente. No máximo, transformar uma Constituição não conforme, do modelo Estado-nação, em uma Constituição em conformidade com as disposições do pluralismo abrangente implicaria substituir certas disposições materiais por outras, mais adequadas à promoção do pluralismo. Tais alterações incluiriam, por exemplo, um ajuste ou uma reorganização das garantias processuais e uma redefinição da fronteira entre o que deveria ser regulamentado em nível constitucional e o que deveria ser legado à esfera política. Além disso, porque as instituições pluralistas devem ser ajustadas com precisão para conciliar e acomodar ao máximo a diversidade de pontos de vista, de valores e de interesses com os quais elas deparam, o misto de normas e de questões constitucionais pluralistas, tanto materiais como processuais, que a constituição remete para o cenário político variariam em função da diversidade de fato de cada comunidade política.

No mundo pós-westfaliano, tanto a separação entre essas três categorias quanto a natureza contextual do ordenamento constitucional pluralista permanecem as mesmas. O que muda drasticamente, por outro lado, é a necessidade de uma vasta multiplicação de ordenamentos e a necessidade, ao menos em certa medida, de estabelecer relações constitucionais entre os ordenamentos distintos. Em outras palavras, enquanto o ordenamento constitucional moldado para o Estado-nação refere-se essencialmente a uma esfera única, o ordenamento constitucional pós-westfaliano deve estender-se sobre diversas esferas distintas, delimitadas pelo processo de sobreposição e de segmentação, e ele deve fornecer as formas de criar um certo grau de harmonização entre as esferas, a fim de evitar a hipótese de incompatibilidades intransponíveis e de contradições paralisantes.

O desafio principal com o qual depara o ordenamento constitucional pós-westfaliano é que cada esfera é constituída por suas próprias pluralidades distintas, e que as esferas envolvidas devem responder a necessidades constitucionais diferentes, conforme compreendam os "eu" com objeto ilimitado ou com objeto limitado. No segundo caso, o ordenamento constitucional seria mais amplo, mas relativamente superficial, na medida em que um eu integrante dessa esfera para um objetivo bem delimitado poderia potencialmente se voltar para outras esferas a fim de envolver mais plenamente sua pretensão de realização pessoal e de evolução. Do mesmo modo, o grau de dissonância que seria tolerável no âmbito de uma esfera assim como entre esferas variaria em função de diversos fatores contextuais.

Como são dinâmicas e contextuais, é inútil procurar estabelecer uma lista definitiva de questões e garantias constitucionais materiais – devendo ser remetidas para o cenário político

– que seriam mais adequadas para difundir o *ethos* pluralista em todo o mundo pós-westfaliano. O que é evidente, por outro lado, é que um ordenamento constitucional pluralista para o mundo pós-westfaliano não produziria nenhuma hierarquia ou unidade, mas conduziria, mais provavelmente, a uma agregação variada em que a congruência seria frágil. Por outro lado, tal congruência parece tanto poder surgir de uma dissociação dos segmentos contíguos como do entrelaçamento dos fios de identidade ou de convergência entre as esferas.

Embora não exista uma recomendação única para um ordenamento constitucional pluralista das esferas pós-westfalianas de interação jurídica e política, é possível sugerir certas direções gerais pelas quais tal ordenamento poderia evoluir. De fato, isso poderia ser realizado concentrando-se sobre o realinhamento das convergências e divergências (discutidas anteriormente) que normalmente acompanha a tendência para a globalização[26] e se questionando a respeito da maneira de tratá-las de acordo com o *ethos* pluralista. Poderíamos, particularmente, examinar como determinados processos e instrumentos tradicionais e emergentes do ordenamento constitucional seriam adaptados para criar a ordem constitucional pós-westfaliana necessária.

Todo o ordenamento constitucional, seja estrutural ou material, que exista no âmbito do Estado-nação ou no âmbito de uma maior comunidade política, demanda uma mediação entre o eu e o outro, ou, mais precisamente, entre numerosos "eu" e outros diversamente constituídos e engajados em uma variedade de interações jurídicas e políticas. Além disso, certos meios de ordenamento constitucional podem tanto unir o eu e o outro como dissociá-los. Consequentemente, as disposições constitucionais relativas à cidadania podem unir uma população que seria de outro modo multifacetada, enquanto uma federação pode dividir uma sociedade em várias subentidades distintas. Na realidade, em função do contexto específico no qual ele opera, o federalismo pode contribuir tanto para unir como para dividir. Nos Estados Unidos a federalização de Estados, no passado confederados, criou um impulso unificador, ligando mais estreitamente as entidades preexistentes. Na Bélgica, por outro lado, um processo de federalização foi utilizado para proceder a maior separação das comunidades Flamenga e Valona (DORSEN, 2003, p. 380-384).

Vários dos instrumentos de ordenamento constitucional utilizados com sucesso no âmbito do Estado-nação poderiam igualmente ser muito úteis no cenário constitucional abrangente pós-westfaliano, na condição de ajustes apropriados. De fato, enquanto os "eu" e os outros na cena pós-westfaliana diferem de seus equivalentes anteriores, como mencionado anteriormente, eles permanecem à espera de ligações e dissociações constitucionais a fim de poder atuar dentro dos limites do Estado de direito. Como consequência, os instrumentos tradicionais de ordenamento constitucional, combinados aos instrumentos mais recentemente

26 Cf. primeira seção.

criados, como o padrão da margem de avaliação empregado no espaço transnacional concebido pela Corte Europeia dos Direitos Humanos, poderiam favoravelmente se transformar e se unir, a fim de contribuir para criar uma ordem constitucional pós-westfaliana de acordo com o *ethos* pluralista.

O novo ordenamento constitucional deveria girar em torno de dois objetivos primordiais. O primeiro é o de permitir uma maior diferença e uma mais importante pluralidade no âmbito dos ambientes intracomunitários constitucionalmente pertinentes. O segundo é o de um número suficiente de laços de identidade ou de convergência entre esferas distintas de interação para assegurar que as relações intercomunitárias – tal como são consideradas de um ponto de vista constitucional – não levem a incompatibilidades insuperáveis.

Um certo número de instrumentos constitucionais existentes, sozinhos ou combinados com outros, parece se adequar particularmente bem a uma adaptação, de modo a servir melhor a dois objetivos. O principal deles é o federalismo, compreendido na sua acepção funcional mais ampla, enquanto instrumento de dissociação e unificação. Mais especificamente, no melhor dos casos, o processo de federalização poderia, simultaneamente, criar outros caminhos rumo à unificação e rumo à dissociação de tudo o que se situa no âmbito do mesmo cenário constitucional. Tal federalismo segmentaria, ou subdividiria, e uniria simultaneamente, como o faz o federalismo quando funciona no âmbito do Estado-nação, com exceção de uma diferença fundamental: enquanto no regime do Estado-nação o federalismo deve sempre impor uma hierarquia ou uma unidade,[27] no âmbito transnacional o seu sucesso dependeria da preservação da pluralidade e de manter distância de toda iniciativa de hierarquização. Consideremos, por exemplo, a estrutura atual da União Europeia, que não é, a rigor, nem federação nem confederada, mas sim uma configuração *sui generis* extraindo características tanto do federalismo quanto da confederação.[28] Além disso, as tensões entre as jurisdições da União Europeia e aquelas dos seus Estados-membros, mencionadas anteriormente (ROSENFELD, 2006a) são reveladoras da ausência de uma unidade ou de uma hierarquia constitucional real. Da perspectiva do Estado-nação, isso pareceria ser um defeito, enquanto a perspectiva de federalização pós-westfaliana a considera mais como uma virtude. Dando espaço a certo grau de supremacia

27 A maneira como são estruturadas essa hierarquia e essa unidade pode variar de um contexto a outro. Nos Estados Unidos, isso ocorre por meio da supremacia federal (Constituição dos Estados Unidos, art. IV); na Alemanha, por um princípio de cortesia que exige conciliar os interesses das entidades federadas, as da entidade federal e as da nação em seu conjunto (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1961). Tanto a supremacia quanto a cortesia colocam uma ordem de prioridade e um quadro de unidade.

28 O "efeito direto" da regulamentação comunitária é típico da estrutura federal (cf. CJCE, 1963). Ao contrário, o Conselho Europeu, que congrega os representantes dos governos dos Estados-membros para forjar os grandes eixos da política da União, com frequência segundo uma regra de unanimidade, parece operar principalmente como um órgão confederado (cf. PATRONO, 2004, p. 329-334).

estrutural entre os Estados-membros, a ordem constitucional que orienta a União Europeia permite a preservação da integridade de uma esfera importante da nova construção constitucional em múltiplos níveis. Enquanto essa prioridade dos Estados-membros é atenuada por relações compensatórias de unidade, como aquelas que são encorajadas e mantidas pelo diálogo entre a CJCE e as jurisdições nacionais dos Estados-membros, esse acordo constitucional, que desafia a hierarquia e a unidade tradicionais do Estado-nação, parece preferível. Ele está mais bem adaptado à necessidade de conciliar o eu e o outro em um cenário transnacional, sem suscitar sérias dificuldades ou até mesmo criar impasses que levem a incompatibilidades insuperáveis.

Um outro instrumento constitucional que, combinado à federalização e ajustado à esfera transnacional, poderia desempenhar um papel oportuno nos cenários pós-westfalianos é o princípio de subsidiariedade. Esse princípio implica que a regulamentação de uma área deveria ser atribuída ao nível de governo mais local onde ela poderia ser efetivamente regulamentada.[29] Esse princípio desempenhou um papel fundamental na promoção da política segundo a qual a União Europeia deveria se abster de regulamentar as áreas que poderiam ser tratadas de maneira idêntica ou até mesmo mais eficaz pelos Estados-membros (BERMANN, 1994, p. 332). Mais genericamente, a subsidiariedade – se ela é compreendida não somente em termos de eficácia, mas também em termos de oportunidade que representa para tratar justamente de todos os interesses envolvidos, e quando ela é conjugada com um sistema de federalização bem moldado – poderia otimizar a combinação de unificação e dissociação que corresponde às demandas do *ethos* pluralista. A eficácia pode nem sempre estar em correlação direta com a equidade, na medida em que a regulamentação local poderia naturalmente ser mais eficaz em certos casos nos quais os interesses mais distantes têm, contudo, uma certa legitimidade.[30] Todavia, se a eficácia e a equidade caminham juntas, então a pluralidade pertinente dos pontos de vista e dos interesses pode ser identificada e recebida sem os desvios que as considerações supérfluas representam.

Para completar o federalismo e a sobreposição dos níveis no universo pós-westfaliano, outros instrumentos para a distribuição do poder poderiam ser constitucionalizados. Estes incluem a transferência do poder político (*devolution*), recorrer ao sistema do "*millet*" que encontra sua origem no Império Otomano (KUCUKCAN, 2003, p. 480-485), e a constitucionalização

• • •

29 O princípio de subsidiariedade tem suas origens no pensamento social católico, que "afirma que nada que seja feito por uma organização mais ampla não poderia ser feito de forma tão boa por uma organização inferior ou menor" (DWYER, 1994, p. 927).

30 A regulamentação da pesca local, por exemplo, poderia ser mais eficazmente gerida pelo governo municipal do que pelo governo nacional e, no entanto, os membros da comunidade política localizada bem além da municipalidade em questão podem ter interesses enquanto consumidores ou partidários da preservação do meio ambiente, o que é preciso levar em conta em sua justa medida.

de um direito de secessão. Esses instrumentos fornecem os meios de gerir os conflitos e tensões que conduzem as ações judiciais intracomunitárias a uma rota de colisão com as ações judiciais intercomunitárias. Além disso, os três têm um forte potencial para o ordenamento constitucional, em especial onde aparecem de outras formas as incompatibilidades mútuas insolúveis entre conjuntos antagônicos de normas de primeira ordem que são igualmente legítimas perante as normas de segunda ordem. E, enfim, pelo menos nos casos de transferência do poder político e da secessão, esses meios de dissociação são, literalmente falando, muito mais autênticos enquanto instrumentos de ordenamento constitucional no contexto transnacional do que naquele tradicional do Estado-nação. Com efeito, uma ruptura convencionada como na antiga Checoslováquia seja, talvez, a mais bem qualificada de "divórcio constitucional" ou, em outros termos, como um processo constitucionalmente ordenado conduzindo à eliminação de ligações constitucionais entre as duas comunidades políticas recentemente criadas.[31] Em contraposição, decompor uma entidade federada em dois Estados no âmbito de uma república federal, ou criar um Estado-membro no âmbito de uma comunidade política transnacional constitucionalizada mais ampla, tal qual a União Europeia, não conduz somente à quebra dos laços constitucionais, mas, pelo contrário, à criação de um novo e diferente ordenamento constitucional entre as entidades daí resultantes.

De um ponto de vista pluralista, o inconveniente principal da transferência de poder político, do sistema do *millet* e da secessão é que todos eles têm a tendência de resolver um problema criando outro, igualmente incômodo. Todos os três transformam-se em instrumentos constitucionais atraentes para os pluralistas sempre que um conflito entre partidários de diferentes conceitos do bem tornam difícil a sua coexistência no âmbito do mesmo espaço político. Nessas circunstâncias, o pluralismo parece trabalhar melhor dividindo o espaço político em dois e permitindo a cada conjunto de normas de primeira ordem de prevalecer na esfera do seu próprio campo político. A transferência do poder político e a secessão podem ser adequados quando as comunidades em conflito são geograficamente separadas, tornando assim uma separação territorial viável. A transferência do poder político, tal qual ocorreu na Escócia (DORSEN, 2003, p. 392-394), não conduz à dissolução da comunidade política da qual o poder é transferido – o Reino Unido no exemplo escocês –, mas a um realinhamento de relações que funcionam de maneira intracomunitária, em oposição àquelas que se desenvolvem de maneira intercomunitária. Tais realinhamentos também podem ser suficientes para permitir uma maior satisfação de um maior número de conjuntos de normas de primeira ordem igualmente merecedoras.[32]

• • •

31 Para uma análise detalhada da secessão em direito internacional e em direito constitucional, ver Mancini (2003, p. 261-298).

32 Em certos casos, o conflito que pode ser resolvido pela transferência do poder político pode ser reduzido a uma questão de identidade. Por exemplo, uma entidade infranacional pode compartilhar a visão econômica

A secessão pareceria justificada de um ponto de vista pluralista em situações mais graves nas quais não existe espaço político comum viável que permita a duas comunidades heterogêneas fazer avançar suas visões e interesses respectivos sem interferir seriamente sobre os da outra. A secessão, enquanto divórcio constitucional final no mundo dos Estados-nações, atua nas frestas do direito internacional e do direito constitucional.[33] Por outro lado, em um contexto constitucional transnacional, as relações constitucionais entre entidades recentemente separadas perdurarão. Por exemplo, se a Catalunha se separasse da Espanha, as duas continuariam, contudo, ligadas no âmbito do campo constitucional mais amplo da União Europeia.

O sistema do *millet*, concebido com o objetivo de atribuir às comunidades religiosas uma autonomia em matéria de espiritualidade e de comunidade, pode servir de modelo nas situações nas quais os membros de uma comunidade específica não estão geograficamente agrupados. Nesse sistema, as comunidades religiosas continuam a fazer parte da comunidade política mais ampla e só usufruem de uma autonomia parcial. Essa autonomia, que abrange as questões religiosas e as relações comunitárias pessoais estreitamente ligadas às práticas religiosas – como o casamento e o divórcio – é, contudo, fundamental de um ponto de vista pluralista. Ela permite a cada comunidade religiosa levar adiante as normas de primeira ordem que ela considere da mais alta importância e que permaneceria, caso contrário, constantemente em conflito com aquelas de outras religiões ou da comunidade política no seu conjunto. Por outro lado – e isso parece extremamente compatível com o *ethos* pluralista – esse sistema admite que certas normas de primeira ordem, que são de menor importância para a religião em questão, sejam subordinadas a normas consideradas prioritárias nas esferas normativas da comunidade política no seu conjunto. Além disso, as normas de primeira ordem de uma religião que não são exclusivas passariam a competir, no sistema do *millet*, com todas as outras normas em grau de igualdade, mas procedentes de outras religiões. Em resumo, oferecendo a uma religião as maiores oportunidades de ser praticamente ilimitada em se tratando dos seus princípios fundamentais, exigindo sacrifícios menores para o bem da comunidade política no seu

• • •

e social da entidade nacional da qual ela procura se separar, mas não aderir a certas decisões tomadas em nível nacional no que elas iriam de encontro à sua integridade enquanto comunidade normativa distinta e autoconstituída.

33 Ver Mancini (2003) para um estudo pertinente desse fenômeno. De um ponto de vista processual, a secessão é um fenômeno constitucional se for efetuada segundo os padrões constitucionalmente prescritos (cf. SUPREMA CORTE DO CANADÁ, 1998). Após a secessão, entretanto, as relações das entidades resultantes entrarão na esfera do direito internacional. De um ponto de vista material, ao contrário, a secessão realizada com o propósito de justificar o direito de um povo à autodeterminação é uma questão de direito internacional, enquanto a secessão realizada com o intuito de preservar os direitos de uma minoria, quando outros meios são ineficazes, é uma questão de direito constitucional.

conjunto, o sistema do *millet* parece particularmente bem adaptado à promoção de um *ethos* pluralista no âmbito de comunidades políticas religiosas diversificadas.

Apesar de todas as suas virtudes potenciais, a transferência de poder político, o sistema de *millet* e a secessão têm em comum o mesmo defeito, um defeito capaz de anular todos os benefícios de seu desenvolvimento. Esse defeito é o seguinte: ao invés de resolver, ou pelo menos mitigar significativamente os litígios decorrentes de profundos conflitos nas relações intracomunitárias e intercomunitárias, eles pura e simplesmente os deslocam e os replicam para outros níveis, ou entre outros "eu" e para outros "outros". Por exemplo, se o Quebec se tornasse independente, sua minoria anglófona e sua população indígena – ambas com boas razões para contar com a proteção do governo federal canadense com relação à garantia de seus interesses intracomunitários[34] – estariam em uma situação muito semelhante à da maioria do Quebec dentro da federação canadense.

No contexto do sistema de *millet*, no entanto, a resolução de problemas entre as religiões e entre estes últimos e a comunidade política como um todo parece destinada a criar novas dificuldades com o mesmo grau de seriedade. Essas novas dificuldades são suscetíveis de envolver indivíduos ou grupos dissidentes que aderem às opiniões minoritárias de uma determinada religião, aqueles que não pertencem a nenhuma das religiões abrangidas e aqueles que procuram envolver-se em certas atividades inter-religiosas. Por exemplo, se as religiões conseguem obter um monopólio sobre a questão do casamento dentro de sua própria comunidade, e se cada uma delas proíbe o casamento inter-religioso, por consequência, o direito fundamental ao casamento sem entrave religioso, que deveria se estender a cada indivíduo dentro de uma democracia constitucional contemporânea, seria severamente reduzido.

Esses problemas, que podem ser graves dentro do Estado-nação, podem ser largamente atenuados no universo pós-westfaliano em vários níveis e segmentos. Como já indicado, em um contexto constitucional transnacional a secessão não leva a uma ruptura das relações constitucionais entre as entidades novamente separadas. Além disso, em um contexto transnacional, a transferência do poder político pode ser menos sensível na medida em que a distribuição do poder entre os três níveis – subnacional, nacional e transnacional – pode desativar conflitos potencialmente explosivos entre uma entidade subnacional e o Estado-nação em que ela está enraizada. Ainda nesse contexto, novas alianças podem ser forjadas, tanto dentro do mesmo nível como entre diferentes níveis, permitindo o estabelecimento de relações entrelaçadas construtivas entre os vários "eu" e os outros. Por exemplo, as tensões diretas entre o Reino Unido e a Escócia, e entre a Espanha e a Catalunha, poderiam ser efetivamente neutralizadas pela institucionalização de certas relações entre as entidades infranacionais dentro

34 Mais precisamente, os anglófonos quebequenses fazem parte da maioria linguística do Canadá e a secessão os transformaria em minoria linguística.

da União Europeia (KUCUKCAN, 2003, p. 475, 480-485). Isso oferece a possibilidade de superar um impasse decorrente em dois níveis, abrindo caminhos para novos horizontes para um terceiro nível e permitindo um ordenamento constitucional em três níveis que não seria nem nitidamente hierarquizado nem suscetível de ser bloqueado no quadro tradicional da unidade.

Os problemas decorrentes do sistema de *millet* poderiam igualmente ser mais bem tratados pelos meios mais poderosos e variados disponíveis no espaço constitucional estendido, sobreposto e segmentado pós-westfaliano. De uma perspectiva pluralista, um comunitarismo religioso fundado no sistema de *millet* deveria ser harmonizado, tanto quanto possível, com os – e, se necessário, limitado pelos – direitos individuais (liberais) relacionados com a liberdade de religião (tanto no sentido da liberdade de adesão como da não adesão). Enquanto isso poderia ser conseguido por meio de uma declaração de direitos tradicionais do Estado-nação, a existência de um regime internacional dos direitos humanos e uma busca concentrada, segmentada e concertada desses direitos aumentaria sensivelmente as chances de se aproximar mais do equilíbrio pluralista ideal. No mínimo o recurso a normas e instituições transnacionais deveria fornecer as melhores ferramentas para combater as tendências locais, fortemente enraizadas, em favor de determinadas religiões ou de outras concepções do bem. Para nomeá-las, essas ferramentas são o padrão para o critério de avaliação e análise da proporcionalidade, que inclui a ponderação judicial.[35]

O padrão da margem de avaliação utilizado pelo Tribunal Europeu dos direitos humanos consegue atingir um equilíbrio ideal entre a convergência e a divergência dentro de um contexto transnacional ou internacional. A CEDH cria entre os seus membros uma comunidade transnacional que pode ser vista como um eu com objeto limitado. A fim de preservar a coesão e evitar divergências suscetíveis de conduzir a diferenças irreconciliáveis que poderiam gerar uma ruptura interior dentro dessa comunidade recém-formada, é necessário se reunir em torno de objetivos comuns, mas sem sacrifícios excessivos que afetariam o coração da identidade de um indivíduo com objetivos múltiplos. O uso judicial do padrão da margem de avaliação fornece os meios para alcançá-lo e fazê-lo dentro dos limites da compreensão do pluralismo abrangente. Isto significa, em termos práticos, que a convergência é mantida no nível transnacional – todos os Estados-partes da CESDH concordam em ficarem igualmente vinculados por suas disposições –, enquanto cada Estado-nação envolvido mantenha, ao mesmo tempo, o direito de divergir de seus vizinhos, dentro do seu território, considerando que essa diferença não ultrapasse a margem de avaliação.

35 Tais ferramentas podem também servir ao legislador. Entretanto, em termos do ideal pluralista, os juízes são os mais capazes para hierarquizar e comparar as reivindicações concorrentes que nascem frequentemente de perspectivas concorrentes.

Por exemplo, no caso Handyside (CEDH, 1976), o livro que caía sob a proteção da liberdade de expressão na Escandinávia era considerado como uma expressão indecente e desprotegida no Reino Unido. A CEDH constatou que essa divergência estava contemplada no contexto da margem de avaliação. Na visão pluralista, a decisão do Tribunal poderia ser interpretada como uma autorização concedida aos Estados-nação para pressupostos de descumprimento, quando eles não forem incompatíveis com as disposições consagradas na CESDH.[36] Elevadas ao contexto transnacional, no qual as normas constitucionais estavam conforme os requisitos do pluralismo abrangente, as normas constitucionais partilhadas derivariam de normas de segunda ordem do pluralismo abrangente. Nesse contexto, a margem de avaliação requer uma análise dupla: em primeiro lugar, seria determinar se o desvio do Estado-nação é compatível com as normas de segunda ordem constitucionalmente consagradas. Em segundo lugar, é necessário saber se, considerando todas as diferenças culturais relevantes (aquelas compatíveis com as normas de segunda ordem do pluralismo), o direito em questão, conforme definido pelo Estado-nação "desviante", é o equivalente do seu homólogo nos outros Estados-nação "não desviantes". Portanto, no que diz respeito ao caso Handyside, se tanto o Reino Unido como os outros países sujeitos à CESDH concordassem com o valor da liberdade de expressão e traçassem a fronteira de expressão indecente, mas não se entendessem – com base em critérios culturais essencialmente compartilhados na escala de um país – sobre a localização específica de onde colocar o limite da indecência, então teria sido plenamente justificado conceder ao Reino Unido o benefício da margem de avaliação. Além disso, nesse contexto, uma ferramenta de ordenamento constitucional que acomodaria um grau significativo de dissonância e de não conformidades entre as partes constituintes de uma ordem constitucional transnacional sobreposta não seria somente aceitável: seria preferível, na realidade, tanto por razões pluralistas como por razões pragmáticas.

A análise da proporcionalidade e a ponderação judicial, que são amplamente utilizadas em níveis tanto nacional como transnacional (CJCE, 1979; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO, 1958, SUPREMA CORTE DO CANADÁ, 1986), também são ferramentas constitucionais interpretativas que parecem adaptadas ao objetivo de harmonização no contexto de um universo jurídico e político com múltiplos níveis e altamente segmentado. A proporcionalidade e a ponderação judicial parecem fazer a triagem dos interesses concorrentes com base nos seus "pesos" relativos e na busca de objetivos legítimos, prejudicando, o mínimo possível, a busca de outros objetivos. Portanto, a proporcionalidade e a ponderação judicial

36 A utilização pelo Tribunal da margem de apreciação foi severamente criticada por alguns no que ela teria de ineficaz e puramente político (cf. MAHONEY, 1998, p. 1). Mesmo que tais críticas sejam justificadas, a disponibilidade de tal ferramenta judiciária e seu potencial, se adequadamente empregada, apontam para um meio pluralista plausível para acomodar identidade e diferenças de maneira não hierárquica, em um contexto constitucional transnacional.

parecem particularmente bem adaptadas para avançar na implementação constitucional do *ethos* pluralista. A análise da proporcionalidade e o teste da ponderação judicial, que variam um pouco em sua formulação de um contexto constitucional a outro,[37] são reduzidos a dois requisitos fundamentais: que haja uma adequação dos recursos utilizados com o fim desejado, e que existe uma "ponderação" de interesses concorrentes em questão (ROSENFELD, 2006b, p. 2079-2150).

A proporcionalidade e a ponderação, enquanto ferramentas, podem contribuir para a harmonização e para a adaptação de convergências e de divergências (que são inerentes a um universo jurídico e político com diversos níveis e muito segmentado), principalmente de duas maneiras. Primeiro, recorrer ao mesmo teste em diferentes níveis e segmentos é susceptível de criar paralelos e uma mais robusta congruência. Em consequência, se as condições e as considerações práticas ligadas a um determinado assunto – ocorrido em um número considerável de entidades constitucionais – são essencialmente similares, submeter essa questão ao teste de proporcionalidade deveria conduzir a uma congruência geral dos resultados por meio de muitos sistemas constitucionais abrangidos. Por exemplo, se um grande número de juízes constitucionais determinasse que a atual "guerra contra o terrorismo" não justifica o recurso a poderes excepcionais ou de emergência (ou seus equivalentes funcionais) então outros juízes provavelmente seriam levados à mesma conclusão, na medida em que a norma constitucional se tornaria gradualmente a mesma dentro da maioria dos tribunais constitucionais (CÂMARA DOS LORDES DO PARLAMENTO INGLÊS, 2005, p. 99-101).[38]

A segunda principal maneira em que a proporcionalidade e a ponderação podem contribuir para isso é por meio da sua capacidade de serem utilizadas em todos os níveis e segmentos. Esse tipo de ponderação é muitas vezes realizado em repúblicas federais, como os Estados Unidos, onde os interesses federados são regularmente ponderados contra os interesses concorrentes do Estado.[39]

Proporcionalidade e ponderação podem, portanto, consolidar as congruências tanto horizontais como verticais, sem depender de uma hierarquia ou qualquer conciliação imposta por meio de entidades constitucionais. Além disso, pelo menos de um ponto de vista, o objetivo final de qualquer jurisdição constitucional deve ser o de submeter quaisquer controvérsias constitucionais à resolução, de acordo com as exigências do princípio da proporcionalidade (BEATTY, 2004, p. 159-188). Mesmo sem aderir a essa visão radical, a onipresença do

• • •

37 Comparemos, por exemplo, as diferenças de formulação (SUPREMA CORTE DO CANADÁ, 1986; SUPREMA CORTE DE ISRAEL, 2004).

38 Observando que o Reino Unido era o único país entre os então quarenta e seis Estados partes da CESDH a ter faltado com as obrigações que lhe incumbiam a tal respeito.

39 Cf. Suprema Corte dos EUA (1970) (balanço de um interesse legítimo de não discriminação de um dos Estados federados com relação ao encargo do livre curso do comércio nacional).

princípio da proporcionalidade garante a circulação de uma "moeda" processual comum a uma vasta maioria dos sistemas constitucionais contemporâneos. Finalmente, o resultado final da submissão de uma lei contestada a um procedimento de avaliação de sua adequação ao fim pretendido, e da ponderação, está destinado a depender de algumas variáveis externas ao padrão de proporcionalidade em si. Estes incluem, entre outros, os valores constitucionais, diferenças culturais, a prioridade dos interesses e compromissos ideológicos. Por exemplo, submetendo uma questão como o aborto a uma norma constitucional de proporcionalidade, o resultado final certamente mudaria se a pessoa morasse em um país como a Irlanda, onde existem objeções religiosas profundas contra o aborto, enraizadas na consciência nacional, ou em um país como o Japão, onde a atenção normativa dada à questão parece ser menor (BEATTY, 2004, p. 159-188). Submetendo essas variáveis materiais ao mesmo teste constitucional, o padrão de proporcionalidade evidencia tanto as semelhanças e as diferenças como a importância relativa às diferenças individuais dentro e através de sistemas constitucionais. Como já observado, isso não somente facilita a implementação de uma ordem constitucional adaptada ao *ethos* pluralista como também permite uma análise profunda e abrangente das identidades e das diferenças dentro e entre as esferas de regulamentação jurídica e constitucional.

Observações conclusivas: uma convergência não hierárquica entre o pluralismo jurídico e o pluralismo ideológico?

O estudo apresentado, apoiado tanto na hipótese da atração de um *nomos* pluralista como na exposição das vantagens pragmáticas de uma correspondência entre o pluralismo jurídico e político e seu equivalente ideológico, revelou que um ordenamento constitucional pluralista, para a comunidade política pós-westfaliana, não é apenas desejável, como também, a princípio, plausível. Tal ordenamento constitucional enfrenta complexidades assustadoras, que resultam de fenômenos de superposição e de segmentação em uma escala até então sem precedentes no âmbito do Estado-nação. Devemos também ter em mente que o pluralismo abrangente foi visto na discussão anterior como um ideal contrafatual expressivo. Como tal, o pluralismo abrangente sugere os tipos de mudanças necessários antes que um ordenamento constitucional apropriado possa ser colocado em prática. Essas mudanças exigidas podem realmente se materializar no futuro próximo? Ou a plausibilidade de princípio é, no final das contas, somente um lembrete contrafatual do caráter constitucionalmente intratável e incontrolável do impasse pós-westfaliano?

Tendo em mente que a plena realização do *ethos* pluralista deve permanecer um ideal, o que devemos almejar é uma aproximação razoável, que necessitaria de ainda mais tolerância para as dissonâncias e as não conformidades, do que foi argumentado acima. No entanto, mesmo com essas expectativas mais baixas, realizar o projeto de criar e manter um alinhamento aceitável entre o pluralismo jurídico e o pluralismo filosófico vai se revelar, no final das

contas, ser uma questão de sorte. Tal como foi salientado ao longo de todo este estudo, os requisitos de pluralismo sempre dependem do contexto. Além disso, embora a grande proliferação de sobreposições e segmentações crie múltiplas e novas áreas e arenas de ajuste mútuo, podem-se imaginar muitos cenários possíveis em que o empreendimento estaria condenado ao fracasso. Isso ocorreria se o alinhamento entre as variáveis fatuais conduzisse inevitavelmente a uma maximização das divergências, impedindo, desse modo, a existência de um mínimo de convergência necessário para projetos aceitáveis de ordenamento constitucional adequado. Ou, ainda, o fracasso seria provável se os compromissos normativos das várias partes contempladas permanecessem tão longe do *ethos* pluralista que lhes faltariam meios para fazer de um projeto de ordenamento constitucional aceitável de outra forma, o projeto deles.

Um desses cenários de fracasso seria a polarização da arena política mundial em uma luta intransigente entre jihadistas fanáticos e defensores de um mercado global livre, implementado de maneira agressiva. Isso impediria os liberais radicais contra os crentes de uma teocracia política generalizada, sem qualquer espaço para o ajuste ou a pluralidade. É claro que esse cenário é extremo. Entretanto, mesmo em cenários menos extremos, as ideologias e os interesses que qualquer ordenamento constitucional legítimo deveria levar em conta poderiam não produzir o nível mínimo de congruência requerido.

O segundo obstáculo possível – de natureza normativa – é diferente. Nesse caso a questão fundamental é a seguinte: o que pode manter a união dos projetos constitucionais transnacionais se rejeitarmos a viabilidade do patriotismo constitucional habermasiano? O que forneci, até aqui, é uma descrição pluralista de um sistema de ordenamento constitucional normativamente atraente, institucionalmente plausível, com múltiplas facetas e não hierárquico, projetado para uma comunidade política transnacional ou mundial. Contudo, quais benefícios incentivariam os indivíduos a se comprometer com tal sistema ou a dedicar sua energia para construí-lo e preservá-lo?

A última questão incomoda porque, exceto no caso de um pluralista militante, é difícil ver por qual motivo alguém estaria disposto a investir na arquitetura constitucional pluralista. Essa questão é colocada na proporção em que o pluralismo é concebido para permitir aos adeptos de outras concepções do bem persegui-las na medida do possível, encontrando o mínimo de obstáculos possível. Por consequência, de acordo com a preferência normativa do próprio pluralismo, cada ator jurídico e político abrangido, deveria se concentrar na busca dos níveis e dos segmentos mais adaptados para a continuidade da sua própria concepção do bem, independentemente de como o sistema como um todo se mantém e é mantido.

Para superar esse problema, é necessário que os que apoiam as várias concepções do bem, além do pluralismo, estejam convencidos de que a busca dos seus próprios objetivos será mais bem encorajada e apoiada dentro de um ordenamento constitucional pluralista. Enquanto não existir nenhum obstáculo fatual a isso – e quanto mais as sobreposições e segmentações forem importantes, e quanto menos o risco de tal obstáculo se tornar realmente um impedimento insuperável pareça provável – pode-se argumentar de modo convincente que um

modelo constitucional pluralista forneceria os melhores meios institucionais para alcançar os objetivos de primeira ordem de uma grande maioria dos atores da comunidade política.[40] Convencer os não pluralistas disso será uma questão de educação – não muito diferente, no fim das contas, da necessidade de educar o povo a respeito dos conceitos e valores do Iluminismo, a fim de criar o suporte necessário para constituições liberais concebidas para o Estado-nação westfaliano.

Se as pessoas pudessem ser assim educadas, a arena constitucional transnacional não teria necessidade de patriotismo constitucional habermasiano. A única exigência seria a de um compromisso intelectual, com base no interesse para com a arquitetura constitucional pluralista, junto com os mais intensos laços emocionais com alguns dos novos 'eu' e esferas criadas pela disposição constitucional de conjunto. Isso significa supostamente que haveria uma dissociação de um suporte normativo de atores jurídicos para a ordem constitucional pós-westfaliana: um suporte mais diluído, mais amplo, intelectual e fundado no interesse pelo modelo constitucional como um todo, associado a um compromisso mais profundo, mais intenso e sustentado com relação a determinadas áreas dentro do novo cenário constitucional. Nem todos os indivíduos em questão se engajariam ativamente em todas as áreas, mas o apoio cumulativo de todos os interessados se estenderia a todas as áreas. Então, não é surpreendente observar que isso refletiria o caráter não hierárquico e não unificado de uma ordem constitucional pluralista legítima.

Mesmo colocando a sorte do nosso lado, pode haver outros obstáculos para o sucesso de um modelo constitucional pós-westfaliano pluralista. O constitucionalismo não pode ter êxito sem a democracia e, como vimos, o pluralismo implica remeter certas decisões que afetam a comunidade política à deliberação republicana e às maiorias democráticas. Há pouca dúvida de que, no universo pós-westfaliano bastante expandido, a democracia deva ser repensada, novamente parametrizada e reimplantada. Tudo isso traz riscos e perigos que permanecem além do escopo deste estudo. Basta dizer, por enquanto, que a busca de uma ordem constitucional pluralista não hierárquica, unificada apenas intermitentemente, para o nosso universo jurídico e político pluralista de fato ampliado envolve muitos perigos e riscos. As probabilidades de sucesso podem ser um pouco incertas, mas não parece haver outra opção viável dado o impasse constitucional atual.

40 Isso é verdadeiro apoiando-se na suposição de que todo modelo constitucional contemporâneo autêntico concederia um mínimo de direitos fundamentais a cada ator jurídico no seio da comunidade política, de modo a, assim, impedir os indivíduos de simplesmente pisotear os outros que se opusessem à sua própria plenitude.

REFERÊNCIAS

BAUER, J. R.; BELL, D. A. (Eds.). *The East Asian challenge for Human Rights.* Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

BEATTY, V. D. *The ultimate rule of law.* New York: Oxford University Press, 2004.

BERMANN, G. A. Taking subsidiarity seriously: federalism in the European community and the United States. *Colum. L. Rev.*, v. 94, n. 2, p. 331-456, 1994.

BOGDANDY, V. A. Von. Pluralisme, effet direct et une ultime remarque sur les relations entre droit international et droit constitutionnel interne. In: FABRI, H. Ruiz; ROSENFELD, M. (Eds.). *Repenser le constitutionnalisme à l'ère de la mondialisation et de la privatisation*. Paris: Société de législation compare, 2011. p. 75-92.

CÂMARA DOS LORDES DO PARLAMENTO INGLÊS. Secretaria de Estado do Ministério do Interior v. AF (2004) UKHL 56 [2005] 2 A.C.68, p. 99-101.

CEDH, V. Handyside c. Royaume Uni, Req. n. 5493/72, 7 de dezembro de 1976 (série A).

CJCE, Van Gend en Laos c. Administration fiscale néerlandaise, aff. 26/62, 1963, ECR. 1.

_____. Liselolle Hauer c. Land Rheinland-Pfalz, aff. C-44-79, 13 de dezembro de 1979, E.C.R. 3727.

CORTE CONSTITUCIONAL DA ITÁLIA. Frontini v. Ministero delle Finanze, Cortecost., 1974, CMLR. 372, § 2i (it.).

DELMAS-MARTY, M. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Éditions du Seuil, 2006.

DORSEN, V. N. et al. *Comparative constitutionalism*: cases and materials. Saint Paul: West, 2003.

DWYER, J. A. *The new dictionary of catholic social thought*. Collegeville: Liturgical Press, 1994.

FARBER, V. D.; SHERRY, S. *A history of the American Constitution.* 3. ed. New York: Thomson West, 2005.

FASSBENDER, V. B. The United Nations charter as constitution of the international community. *Colum. J. Transnat'l L.*, v. 36, n. 3, p. 529-620, 1998.

GARLICKI, V. L. La coopération entre les cours: le rôle des juridictions supranationales en Europe. *Int'l J. Const. L.*, v. 4, p. 205-228, 2006.

HABERMAS, V. J. Citoyenneté et identité nationale. Réflexions sur l'avenir de l'Europe. In: LENOBLE, J.; DEWANDRE, N. (Dir.). *L'Europe au soir du siècle*. Identité et démocratie, Paris, Esprit, 1992 (Après l'Ètat-nation. Une nouvelle constellation politique. Paris: Fayard, 2000. p. 17-38).

HAMANN, V. A.; FABRI, H. Ruiz. Réseaux transnationaux et constitutionalisme. In: FABRI, H. Ruiz; ROSENFELD, M. (Eds.). *Repenser le constitutionnalisme à l'ère de la mondialisation et de la privatisation*. Paris: Société de législation comparée, 2011. p. 173-204.

HART, V. H. L. A. *Le concept de droit*. Trad. KERCHOYE, M. van de. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005.

HUNTINGTON, S. P. The clash of civilisation and the remaking of world order. Simon & Schuster: 1996.

JANIS, M.; KAY, R.; BRADLEY, A. *European Human Rights Law*: text and materials, Oxford: Oxford University Press, 1995.

JOHNSTON, R. J. The conflict over qualified majority voting in the European Union Council of Ministers: An analysis of the UK negotiating stance using power indices. *Brit. J. Pol. Sci.*, v. 25, n. 2, p. 245-254, 1995.

KELSEN, V. H. *Théorie générale du droit et de l'État*. Trad. FAURE, V. Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris: 1997.

KOMMERS, D. R. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 1997.

KUCUKCAN, V. T. State, Islam, and religious liberty in modem Turkey: reconfiguration of religion in the public sphere. *Brigham Young Univ. L. Rev.*, v. 2003, n. 2, p. 475-506, 2003.

MAHONEY, P. Marvelous richness of diversity or invidious cultural relativism? *Hum. Ris. L. J.*, v. 19, n. 1, p. 1-6, 1998.

MANCINI, S. Repenser les frontières de la sécession démocratique: libéralisme, nationalisme et droit des minorités à l'autodétermination. In: DORSEN, V. N. et al. *Comparative constitutionalism*: cases and materials. Saint Paul: West, 2003. p. 261-298.

MANCINI, V. G. F. *Democracy and constitutionalism in the European Union*: collected essays. Oxford: Hart Publishing, 2000.

MEESE, E. Law of the Constitution. *Tulane Law Review*, v. 61, p. 979-990, 1986-1987.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). Acordo de Marrakech que institui a Organização Mundial de Comércio, 15 de abril de 1994(a), 1867 RTNU 154, 33 I.L.M., p. 1144. Disponível em: <http://www.wto.org/french/docs_f/iegal_f/04-wto_f.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. Ata final retomando os resultados das Negociações comerciais multilaterais do Ciclo do Uruguai, 15 de abril de 1994(b), art. 3.2, 1867 RTNU 3, 33 I.L.M. 1125, p. 1199-1200. Disponível em: <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/03-fa_f.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração universal dos direitos do homem, GA Rés. 217(111), UN GAOR, 3ª Sessão, Supp. n. 3, Doc. A/810, 10 de dezembro de 1948.

_____. Alto Comissariado das Nações Unidas dos direitos humanos. Reservas e ratificações. Disponível em: <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>. Acesso em: 20 out. 2018.

PATRONO, V. M. The political unity of Europe: a dream, or a reality in the making? *Victoria Univ. Wellington. L. Rev.*, v. 35, p. 329-334, 2004.

POPPER, V. K. *La société ouverte et ses ennemis*. Trad. BERNARD, J. Ph. MONOT. Paris: Éditions du Seuil, 1979. t. 2, n. 4.

RICOEUR, V. P. *Soi-même comme un autre*. Paris: Éditions du Seuil, 1990.

ROSENFELD, V. M. *Les interprétations justes*. Bruxelles: Bruylant/Paris: LGDJ, 2001.

_____. Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U. S. Supreme Court. *Int'l J. Const. L.*, v. 4 n. 4, p. 618-651, 2006a.

_____. The European treat-constitution and constitutional identity: a view from America. *Int'l J. Const. L.*, v. 3, n. 2-3, p. 316-331, 2005.

_____. Judicial balancing in times of stress: comparing the American, British and Israeli approaches to the War on Terror. *Cardozo L. Rev.*, v. 27, n. 5, p. 2079-2150, 2006b.

ROUSSEAU, J. J. *Du contrat social* (1762). Paris: Flammarion, 2001.

SLAUGHTER, V. A. M. A typology of transjudicial communication. *U. Rich. L. Rev.*, v. 29, n. 1, p. 99--138, 1994.

SUPREMA CORTE DO CANADÁ. Corte Suprema canadense, Regina v. Oakes, 1986, 1 SCR 103.

_____. Regina v. Adams, 1996, 3 SCR 101.

_____. Reference re Secession of Quebec, 1998, 2 SCR 217.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Brown v. Secretaria de Educação, 547 U. S. 483 (1954).

_____. Caso Pike v. Bruce Church, Inc, 1970, 397 U. S. 137.

SUPREMA CORTE DE ISRAEL. Caso Conselho da Aldeia de Beit Sourik v. Governo de Israel, HCJ 2056/04, 2004, IsrSC 58(5) 807.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO. Bundesverfassungsgericht, *Solange I*, 29 de maio de 1974, 37 BVerfGE27.

_____.Bundesverfassungsgericht, *Solange I*, 29 de maio de 1974, 37 BVerfGE 271, § 24 (F.R.U.).

_____. Bundesverfassungsgericht, *Solange II*, 22 de outubro de 1986, 73 BVerfGE 339, p. 35-36.

_____. Bundesverfassungsgericht, Crucifixo na escola, 16 de maio de 1995, 93 BVerfSE 1.

_____. Bundesverfassungsgericht, Farmácias, 11 de junho de 1958, 7 BVerJGE 377.

_____. Caso Televisão I do Bundesverfassungsgericht, 28 de fevereiro de 1961, 12 BVerfGE 205.

_____. Caso Tratado de Maastricht do Bundesverfassungsgericht, 12 de outubro de 1993, 89 BVerfGE 155.

WALKER, V. N. Au-delà des conflits de compétence et des structures fondamentales: cartographie du désordre global des ordres normatifs. In: LENOBLE, J.; DEWANDRE, N. (Dir.). *L'Europe au soir du siècle*. Identité et démocratie. Paris: Esprit, 1992 (Après l'Ètat-nation. Une nouvelle constellation politique, Fayard, Paris: 2000. p. 45-73).

WALTERS, V. R. S. Contrary-to-fact conditional. In: EDWARDS, P. et al. (Eds.) *The encyclopedia of philosophy*. Macmillan, 1967. v. 2.

WILHOIT, F. *The politics of massive résistance*. New York: George Braziller, 1973.

Michel Rosenfeld

Professor de Direito e de Democracia Comparativa, Professor Ministro Sidney L. Robins de Direitos Humanos e Diretor do Programa sobre Teoria Constitucional Comparativa e Global na Escola de Direito Benjamin N. Cardozo da Universidade Yeshiva, Nova Iorque.

mrosnfld@yu.edu

Tradutor: *Marcelo Figueiredo*

Professor Associado de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), onde também foi Diretor do Curso de Direito. Advogado.

mfigueiredo@mfaa.com.br