

TRANSCONSTITUCIONALISMO: LIMITES E POSSIBILIDADES PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

TRANSCONSTITUTIONALISM: LIMITS AND POSIBILITIES FOR EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS

Álef Augusto Pereira Correia 1
Eduardo Chagas Oliveira 2

Resumo: O presente artigo explora os limites e as possibilidades de aplicação do transconstitucionalismo – teoria de Marcelo Neves - às controvérsias que versam sobre direitos humanos fundamentais. Através de uma metodologia prevalentemente qualitativa e analítica, aborda-se os processos que levaram à internacionalização dos direitos fundamentais e interiorização dos direitos humanos. Investiga-se as formas múltiplas de interação entre direitos humanos e direitos fundamentais na teoria do transconstitucionalismo. E por fim, estuda-se as possibilidades de ampliação do círculo dialógico formuladas por Marcelo Neves, esboçados na transdemocracia. Os resultados apontam para o reconhecimento de limitações práticas para implantação do modelo, bem como possibilidades de abertura do diálogo com críticas às instituições internacionais como última ratio argumentativa.

Palavras-chave: Internacionalização. Entrelaçamento. Transdemocracia.

Abstract: This paper shall explore the limits and possibilities of applying transconstitucionalism - Marcelo Neves' theory - to the controversies that deal with fundamental human rights. Therefore, through a predominantly qualitative and analytical methodology, the processes that led to the internationalization of fundamental rights and the internalization of human rights are addressed. Thus, it investigates the multiple forms of interaction between human rights and fundamental rights in the theory of transconstitucionalism. Finally, are studied the possibilities for expanding the dialogic circle formulated by Marcelo Neves, outlined in the transdemocracy. The results point to the recognition of practical limitations for the implementation of the model, as well as possibilities of opening dialogue in the face of criticism of international institutions as the last argumentative ratio.

Keywords: Internationalization. Interlacing. Transdemocracy.

Graduando, Universidade Estadual de Feira de Santana. Lattes: **1**
<http://lattes.cnpq.br/9754921185468669>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6677-8910>. E-mail: alefcorreiafsa@gmail.com

Doutor, Universidade Estadual de Feira de Santana. Lattes: **2**
<http://lattes.cnpq.br/5851510523670778>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5198-0753>. E-mail: echagas@uefs.br

Introdução

Com a universalização do direito estatal, os direitos fundamentais ganharam *status* internacional, passando a colidir com sistemas mundiais de Direitos Humanos que, eventualmente, entram em choque com aqueles. Estas mudanças tornaram concepções teóricas modernas insuficientes para lidar com os problemas de um direito globalizado inaugurando formas de se pensar soluções para desacordos jurídicos.

Mutações como estas levaram às concepções de uma jurisdição entrelaçada, onde fatos que antes estavam vinculados exclusivamente às questões constitucionais ganharam importância em outras jurisdições, sobretudo na ordem dos direitos humanos. São situações que ultrapassam o âmbito meramente constitucional, resultando em problemas tidos como (trans/inter)constitucionais.

A relevância deste problema está centrada na internacionalização dos direitos fundamentais e a internalização dos direitos humanos, gerando uma disputa jurisdicional em conflitos que se concentram nesta ordem. Momentos há em que os direitos humanos (universais) se confundem com os direitos fundamentais de determinado Estado, gerando uma espécie de “monolito” denominado direitos humanos fundamentais. Em cenário como esse, um tribunal estatal pode decidir a lide de certa forma, ao passo que a corte de direitos humanos toma uma decisão manifestamente contrária. Este conflito transconstitucional gera uma dificuldade de exequibilidade.

A temática reveste-se de especial emergência, visto que dois órgãos em uma mesma posição de poder e de vinculação - heterárquia - podem determinar ordens distintas, fazendo com que o caso fica sem solução na prática. Busca-se compreender limites e possibilidades teóricas para a efetivação de direitos humanos fundamentais através do transconstitucionalismo, acepção que propõe um diálogo entre as duas esferas, visando um consenso entre os órgãos jurisdicionais envolvidos na lide.

A internacionalização dos sistemas jurídicos

As organizações regionais estão cada vez mais envolvidas na solução de problema constitucionais locais, gerando uma verdadeira transnacionalização dos Direitos Humanos Fundamentais. É neste jaez que TUSHNET (2008) sugere uma inevitável globalização do direito constitucional, apontando para uma “convergência entre o sistema constitucional nacional e a proteção dos direitos humanos fundamentais” (2008, p. 987).

A concepção da internacionalização dos sistemas sociais foi endossada pela declaração universal dos direitos humanos e pelos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, que postularam a ideia de que estes direitos (outrora colimados aos direitos fundamentais - relativista) deveriam ser tutelados sob uma perspectiva internacional - universalista.

Por conseguinte, como assinalada Ingolf Pernice:

o uso da frase ‘Nós, os povos das Nações Unidas’ foi profético na época em que a Declaração de Direitos Humanos foi constituída e claramente indicativo de onde o poder se origina. Isso porque entende-se que em uma sociedade democrática, a autoridade pública com efeito direto sobre o indivíduo não pode ser estabelecida, exceto por acordo entre os indivíduos afetados (2012, p. 16).

Essa noção revela desafios nas concepções acerca do entrelaçamento de ordens jurídicas que versem sobre direitos humanos. Encontra-se frequente o estudo dos conflitos jurisdicionais que se originam a partir destas novas configurações fáticas. Com a universalização dos direitos, problemas hidraconstitucionais (NEVES, 2014d) de direitos fundamentais ganharam *status* internacional, e passaram a colidir com sistemas mundiais. Os direitos humanos passaram a interagir com o comércio mundial (Organização Mundial do Comércio e *Lex Mercatoria*), com forças esportivas (*Lex Sportiva* e FIFA), bem como gigantes do mundo digital (Google, Microsoft, Apple, etc.) (NEVES, 2009).

Estas mudanças, levaram às atuais concepções de jurisdição transversal. Nestes casos, fatos que antes estavam vinculados apenas às questões constitucionais ganharam importâncias em outras jurisdições, detendo um *status* de constituição (NEVES, 2009). Estes fatos transcendem a ordem constitucional, provocando entraves jurídicos cada vez mais complexos e transversais. São situações, portanto, não apenas constitucionais, mas (trans)constitucionais.

Estas discussões podem ser vistas quando um mesmo litígio é discutido no âmbito de mais de uma corte, quer seja constitucional, internacional, supranacional ou até mesmo arbitral. A experiência jurídica é repleta de situações em que uma corte supranacional julga o mesmo caso julgado por uma corte constitucional, prevalecendo a corte supranacional (Olmedo Bustos e outros v. Chile), casos em que prevalece a decisão da corte constitucional (Gomes Lund e outros v. Brasil). Outros casos, ainda, determinações de cortes arbitrais prevalecem em face de decisões de cortes constitucionais (Real Federação Espanhola de Ciclismo).

Para além de uma análise de problemas constitucionais que inter-relacionem ordens constitucionais diversas, é imperioso reconhecer que existem problemas que apesar de estarem relacionados com a ordem constitucional, ultrapassam o próprio Estado, confundindo-se com os sistemas de direitos humanos. Neste sentido, a tese desenvolvida por Marcelo Neves aponta para os desafios de um direito constitucional que ultrapassou as fronteiras (NEVES, 2010) dos respectivos Estados e tornou-se diretamente relevante para outras jurídicas, inclusive não estatais (NEVES, 2009).

Constitucionalismo e Direitos Humanos

Inicialmente, Marcelo Neves argumenta a necessidade de uma delimitação semântica da noção de constituição. Isso porque, as experiências que marcaram a final do século XX e início do século XIX, apontam para um esvaziamento do sentido de Constituição. Observa-se a utilização do termo constituição em ordenamentos jurídicos de empresas estatais, não estatais e/ou transnacionais (NEVES, 2014c). Esses ordenamentos, em regra, realizam uma estruturação do poder dentro das empresas, mas não estão relacionadas com nenhum fator de legitimação política.

Por outro lado, o termo constituição passou a ser empregado também em ordens regionais como na união europeia (TEUBNER, 2018; NEVES, 2017b) bem como em uma pretensão de constituição global (CANOTILHO, 2000; TEUBNER, 2018). Estas atribuições chamam a atenção para a necessidade de uma localização histórica da ideia de constituição na modernidade bem como delimitação semântica (NEVES, 2009), com o fito de evitar falácias de ambiguidade¹.

A evolução das insurgências constitucionais a partir do direito medieval² é essencial para a compreensão desse fenômeno, uma vez que, apesar da pluralidade jurídica³, nesse sistema havia manifesta integração sistêmica pautada em uma estrutura política de dominação em uma relação de dependência entre as esferas de comunicação. Por outro lado, a integração social apresentava relações de inclusão/exclusão, vinculando a relação de pessoas com os sistemas de comunicação. Tratava-se do direito sacro fortemente fundamentado na moral e na religião (NEVES, 2009, 2016b).

A ruptura com modelos nesta ordem teve início com o período de transição onde os pactos de poder e as cartas de liberdade (Magna Carta, Habeas Corpus Act, Bill of Rights) passaram a regular o poder político através do direito. Após a implantação do modelo constitucional contemporâneo, a ascensão da economia - pós revolução industrial, a um nível global foi responsável por conferir maior autonomia das esferas sociais, gerando elevados níveis de complexidade social (NEVES, 2009).

¹ Ocorrem em argumentos cujas formulações contêm palavras ou frases ambíguas cujos significados variam, mudam de maneira, mais ou menos sutil durante o argumento e, por conseguinte, tornam-no falaz. Cf.: COPI, 1978, p. 91.

² Ao referir-se ao direito medieval, falamos da ordem jurídica tradicional e de natureza não sistemática em que o direito está imerso no conjunto de práticas e representações religiosas e costumeiras que se desenvolveu – sobretudo – entre os séculos XI e XII. Cf.: BERMAN, 2006.

³ Que não se confunde, neste caos, com acepção da(s) Teoria(s) Crítica(s) do Direito. A esse respeito cf. WOLKMAN, FAGUNDES, 2011.

É justamente nesses âmbitos da sociedade setecentista que “os novos tipos de leitura - e de visão e audição - criaram novas experiências individuais - empatia, que por sua vez tornaram possíveis novos conceitos sociais e políticos - os direitos humanos” (HUNT, 2009, p. 32). Desta forma, as transformações sociais e políticas que impulsionaram a concepção de direitos humanos ocorre porque “por meio de interações entre indivíduos e com suas leituras e visões, eles realmente criaram um novo contexto social” (HUNT, 2009, p. 33).

Contudo, “a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, arquivada junto com a Constituição de 1790, não havia impedido a supressão do dissenso e a execução de todos aqueles vistos como inimigos” (HUNT, 2009, p. 179). De acordo com a historiadora Lynn Hunt (2009, p. 178), “o sentimento nacional oferecia a força emocional que faltava àqueles ‘pedaços miseráveis de papel borrado’ ridicularizados por Burke”. Deste modo, os direitos humanos tornaram-se cada vez mais dependentes da autodeterminação nacional, gerando uma imbricação dos dois âmbitos.

Neste sentido, Marcelo Neves postula que o modelo de acoplamentos estruturais proposto por Niklas Luhmann (2003; 2007) já não dá conta das complexidades sociais que - muitas vezes - demandam a interação de mais de dois sistemas sociais - a exemplo da constituição e dos direitos humanos em processo de globalização: direito, política e economia. Assim, Marcelo Neves recorre a concepção de razão transversal que estabelece uma ideia de razão que não tem o *status* de hiperintelecto - acima do bem e do mal, mas sim um “*status* da faculdade de fazer pontes de transição” (NEVES, 2009, p. 39).

Esta inserção faz-se necessária uma vez que nos estados periféricos (NEVES, 2018), o direito não completou uma adequada diferenciação para com sistema político, gerando uma situação de permanente desdiferenciação ou corrupção sistêmica das constituições ante ao sistema político. Este cenário seria responsável pelas situações de politização do direito e de judicialização da política (NEVES, 2009)⁴.

Como consequência, uma proposta transconstitucional rejeita tanto o provincianismo (ACKERMAN, 1997) - que privilegia o olhar estatal - como também o internacionalismo - que entende ser a instância internacional a última *ratio*. Também abandona a noção de monismo e dualismo. Isso porque, na visão de Marcelo Neves:

(...) todo monismo leva a um construtivismo extremo, autista, incapaz de oferecer elementos frutíferos para uma teoria do sistema jurídico multicêntrico da sociedade mundial, no âmbito do qual diversas ordens jurídicas relacionam-se ortogonal e horizontalmente, em uma pluralidade de núcleos de autofundamentação, enfrentando os mesmos problemas constitucionais (2009, p. 124-125).

Por outro lado, no pluralismo do direito mundial o conceito de Constituição é semanticamente ampliado de maneira significativa. Isso porque ele se estende a vínculos a racionalidades de sistemas mundiais que independem da democracia em sua reprodução. Isso vai de encontro à teoria de Luhmann - base para delimitação da Constituição em sentido moderno - que “restringe o conceito de Constituição a um tipo específico de vínculo entre dois sistemas: jurídico e político” (NEVES, 2009, p. 109-110).

Transconstitucionalismo

O transconstitucionalismo não contempla uma hierarquização das ordens jurídicas envolvidas na solução de problemas de direitos humanos. Antes, aponta para uma ideia de “heterarquia” (HOFSTADTER, 2001, p. 144; NEVES, 2006, p. 283), onde as diversas ordens não

4 Essa concepção - que já havia sido defendida em outras obras do autor - sofreu críticas, inclusive do próprio Luhmann na apresentação de uma obra de Marcelo Neves na Alemanha. Na obra, Luhmann aponta que a noção de sistemas sociais não pode ser analisada a partir de localismo, mas sim em uma perspectiva global (RIBEIRO, 2003). Neste sentido, o sistema jurídico não poderia ser reduzido a um direito local de determinado país, mas sim a uma unidade global que corresponderia a um sistema jurídico. Contudo, Luhmann concebeu a possibilidade leituras e aberturas de sua teoria para inserção em outras realidades (RIBEIRO, 2003).

se sobrepõem umas às outras, mas se entrelaçam em esferas distintas de poder.

É neste particular que a estrutura do transconstitucionalismo é esboçada, como um inter-relacionamento de ordens jurídicas no plano reflexivo de suas estruturas normativas. Este momento reflexivo - duas (ou mais) ordens se encontram - é chamado pelo autor de “conversação constitucional” (NEVES, 2009, p. 118). Não se trata de um mero entrelaçamento entre ordens jurídicas - o chamado “transnacionalismo jurídico” (NEVES, 2009, p. 118). Por essa razão, apresenta-se uma incorporação recíproca de conteúdos pautado na releitura de sentido(s) à luz da ordem receptora e não uma estrutura hierárquica entre ordens (NEVES, 2009, p. 118).

O transconstitucionalismo é um modelo de análise retórica dos problemas jurídicos que preconiza uma construção argumentativa pautada no (con)vencimento. Entende-se que o conhecimento é uma construção mútua e os indivíduos devem construir o conhecimento através da observação mútua de premissas visando a construção do saber (NEVES, 2009).

Ao fim deste procedimento, os investigadores chegariam a uma convicção, um epílogo que encerraria a análise. Neste diapasão, Marcelo Neves postula uma conversação (ou diálogo) que objetive imbricar os conhecimentos díspares, com o fito de resolver os problemas entre as diferentes ordens jurídicas (NEVES, 2009).

A ideia de diálogo é muito importante na teoria do transconstitucionalismo. Esse diálogo trata-se de formas de comunicação orientada para absorção do dissenso (NEVES, 2013; 2014a; 2014b), tendo como pressuposto “observações recíprocas entre ego e alter na interação de sistemas sociais” (NEVES, 2009, p. 270). Não deve ser entendido como um discurso orientado para o entendimento ou consenso, conforme esboçado na teoria de Habermas (NEVES, 2012).

É possível analisar as formas de relacionar problemas constitucionais entre a ordem estatal, entre a ordem internacional, entre a ordem transnacional, entre a ordem local, entre a ordem estatal e internacional, internacional e supranacional, transnacional e estatal, internacional e transnacional, transnacional e local, transnacional e supranacional supranacional e local como também entre a ordem supranacional *stricto sensu* (NEVES, 2016a).

Entrelaçamentos ocorrem em razão da constante intersecção entre essas diversas ordens jurídicas e os problemas constitucionais, assim como ocorrem com os problemas de “direitos humanos fundamentais” (THUSHNET, 2009, p. 987). Esta intersecção é apresentada por Marcelo Neves (2017a) através da seguinte imagem:

Figura 1. Entrelaçamento de ordens jurídicas

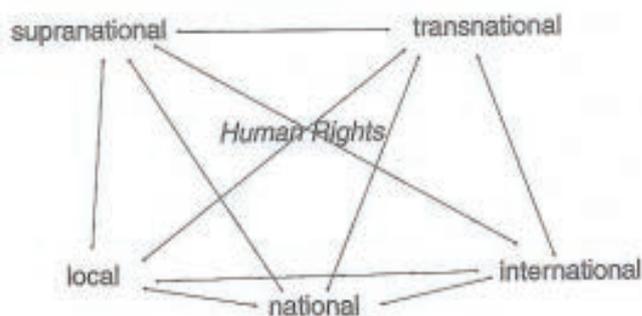


Figure 8.2 Transversal Network of Human Rights

Fonte: NEVES (2017a).

Essa imagem aponta para a forma como direitos humanos fundamentais estão no centro de discussões e problemas eminentemente constitucionais. Estas formas de intersecções, demonstram a dificuldade existente em lidar com situações em que um mesmo problema é relevante para mais de uma ordem jurídica, abrindo margem para situações de colisões de direitos fundamentais/humanos (SILVA, 2010).

Tal situação leva a discutir as possibilidades de um constitucionalismo além do Estado.

Estas ideias estão fortemente vinculadas ao problema de um direito transnacional (JESSUP, 1953) e de uma constituição supranacional global - como muitas vezes se referem à carta da Organização das Nações Unidas (PERNICE, 2012). Frequentemente, o próprio Tribunal Europeu “menciona os acordos e tratados firmados pela comunidade europeia como ‘carta constitucional’” (GRIMM, 2006, p. 230).

Abre-se margem às discussões relativas a uma constituição supranacional e às constituições civis transnacionais. A ideia de uma constituição supranacional regional esboçada a partir de uma pretensão de constituição europeia encontra fundamento em uma evolução do direito interno europeu que aproximou relações de identidade cultural fundadas em uma coletividade ética (NEVES, 2017a; 2017b). Contudo, essa experiência “carece do elemento legitimador democrático” (NEVES, 2009, p. 100), sobretudo, após a França e os Países Baixos não ratificarem o texto da proposta de constituição europeia.

Se pensarmos no Mercosul, em que pese a possibilidade de atuação do Mercosul como bloco que defenda de forma mais eficaz os interesses os países sul-americanos (NEVES, 2008), ocorre ausência de legitimação democrática onde é necessário colocar em pauta a transição que as constituições dos países integrantes sofreram nos últimos anos. Eles passaram de uma constituição nominalista para uma constituição normativa há pouco tempo (BRUNKHORST *et al*, 2007) o que “prejudica a formação de um direito interno sul-americano” (NEVES, 2009, p. 101).

As possibilidades de constituições para além do Estado referem-se às possibilidades de constituições civis transnacionais, que regulam e legitimam juridicamente setores da sociedade mundial como a *lex mercatoria*, a *lex sportiva* e a *lex digitalis* (NEVES, 2009). Estas ordens, fundadas em uma noção de pluralismo de jurídico, serão modelos de racionalidade empregados na noção de um constitucionalismo transnacional (TEUBNER, 2018).

A diversidade nas formas de transconstitucionalismo

Transconstitucionalismo entre ordens estatais

Considerando as diversas possibilidades de transconstitucionalismo, Marcelo Neves destaca as diferentes formas de integrações entre as ordens jurídicas (NEVES, 2009).

Inicialmente, o transconstitucionalismo se manifesta entre ordens jurídicas estatais. Aponta para situações em que as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de um determinado Estado como elementos construtores de futuros precedentes (*ratio decidendi*), e não só como um acessório à fundamentação (*obiter dicta*) (NEVES, 2009, p. 167). Não se trata, neste caso, de uma mera influência do direito de uma nação sobre outras.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF⁵, que tratou da necessidade de autorização dos biografados para a publicação de biografias, ao confrontar a Liberdade de Expressão e o Direito à Intimidade se tornou emblemática para essa discussão, nos limites do nosso ordenamento. A força motriz do problema consiste em avaliar a necessidade de autorização dos biografados para a publicação de biografias. Assim, de um lado apresentaram-se os argumentos contrários a publicações de biografias não-autorizadas, tendo em vista a proteção do direito à privacidade (Cf. art. 5º, X, CFRB).

Do outro lado, posicionaram-se aqueles que aderem ao entendimento da Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL, segundo os quais o “pretenso propósito do legislador de proteger a vida privada e a intimidade das pessoas, o alcance e a extensão dos comandos extraíveis da literalidade dos artigos 20 e 21 do Código Civil, ao não preverem qualquer exceção que contemple as obras biográficas, acabam por violar as liberdades de manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (CF, art. 5º, IV e IX), além do direito difuso da cidadania à informação” (art. 5º, XIV).

Neste julgamento, a relatora utiliza como fundamento de sua construção argumentati-

5 STF. ADI 4815, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

va o caso Lüth (BVerfGE 7, 198) julgado pela Corte Constitucional Federal Alemã (Bundesverfassungsgericht) em 1958, que aborda o direito à liberdade de expressão do peticionário em emitir sua opinião contrária à distribuição de filme dirigido por Veit Harlan⁶. A Corte decidiu a favor de Lüth, determinando ter sido o seu direito violado, o que foi fundamental no desfecho do caso das biografias não autorizadas no Brasil, onde prevaleceu a liberdade de expressão.

Em 2002, no caso Ellwanger (HC 82424/RS), o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que “só existe uma raça: a espécie humana”, motivo pelo qual decidiu que era cabível a aplicação do termo “racismo” à discriminação contra judeus.

Nessa sessão, o STF deixou afixado na ementa do julgamento o entendimento de uma corte estrangeira, o referir que:

a exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizam a prática de racismo.⁷

Transconstitucionalismo entre ordens estatais e internacionais

Relações transconstitucionais também se desenvolvem entre a ordem internacional e estatal. Neves destaca o caso Carolina Von Hannover vs Alemanha, onde a princesa Carolina do condado de Mônaco estava de férias na Alemanha quando foi fotografada em momentos de privacidade (em uma piscina privada, andando a cavalo e num restaurante) por jornalistas, tendo suas imagens divulgadas na imprensa local.

Os príncipes entraram com ação nos tribunais locais, tendo o Bundesverfassungsgericht entendido que a liberdade de imprensa deveria prevalecer sobre a privacidade da princesa. O caso foi à Corte Europeia de Direitos Humanos, tendo este entendido que “a privacidade da princesa deveria prevalecer, visto que as fotos não contribuem em nada para a história social” (NEVES, 2009, p. 138).

Após o Estado alemão ser condenado pela Corte Europeia de Direitos Humanos a garantir o direito à privacidade da Princesa Carolina, “o Bundesverfassungsgericht entendeu que a Alemanha não iria cumprir a decisão da Corte tendo em vista que a decisão era manifestamente contrária à Lei Fundamental Alemã” (NEVES, 2009, p. 139), não havendo um transconstitucionalismo.

Transconstitucionalismo entre ordens estatais e transnacionais

Esta interação também pode ocorrer entre ordens estatais e transnacionais. Apesar de frequentemente ter seus casos envolvidos em matérias de ordem constitucional (sobretudo no que concerne ao direito à ampla defesa):

[...] o mais alto tribunal transnacional do direito esportivo, o Tribunal Arbitral do Esporte (TAS), com sede em Lausane, na Suíça, tem apontado, em suas decisões, uma distinção clara de sua jurisdição material em face da jurisdição dos tribunais estatais (NEVES, 2009, p. 197).

6 STF. ADI 4815, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

7 STF. HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004.

Em seus julgamentos, o Tribunal Arbitral de Esporte tem sido peremptório na “afirmação da autonomia do direito esportivo transnacional em face das ordens estatais” (NEVES, 2009, p. 198).

Mas o que torna o transconstitucionalismo especial em relação a outras ordens é a possibilidade de “diálogo” com ordens jurídicas com tendências desconstitucionalizantes. O fato de grupos extremistas serem tratados pelo governo americano como Estados soberanos:

[...] enseja relações transconstitucionais entre a ordem jurídica norte-americana e a ordem transnacional da Al-Qaeda, esta com pretensão autorregulatória, embora se trate do lado negativo do transconstitucionalismo (NEVES, 2009, p. 214).

Exemplo disso foi o caso da prisão de Guantánamo que teve de ser enfrentado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, decidindo pelo acesso ao judiciário estadunidense “(garantia do habeas corpus) dos que se encontravam detidos naquela prisão, sob suspeita de terem participado ou contribuído para as atividades terroristas da Al-Qaeda (NEVES, 2009, p. 215).”

Apesar de não haver um necessário diálogo ou conversação entre a ordem jurídica americana e a Al-Qaeda, o autor defende que este caso aponta para o fato de que o transconstitucionalismo pode emergir também positivamente. Até mesmo nos casos de negação das pretensões constitucionais onde se entrelaçam a “ordem jurídica estatal e ordem transnacional “quase-jurídica” ou “antijurídica”, como normalmente caracterizam a Al-Qaeda” (NEVES, 2009, p. 216).

Transconstitucionalismo entre ordens estatais e locais

Um caso importante é quando as ordens jurídicas estatais perpassam problemas locais, sobretudo de os povos isolados ou em vias de integração⁸. Trata-se, na verdade, de problemas transconstitucionais entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extra estatais, uma vez que as questões que entrelaçam o problema possuem conteúdo de direitos humanos fundamentais.

Exemplo disto, é o caso das tribos indígenas que praticavam o “infanticídio”, onde “o direito à vida foi amplamente debatido em audiência pública da Comissão de Direitos Humanos da Câmara de Deputados” (NEVES, 2009, p. 223-224). As tribos Suruahá, Yanomami e Yawanawá têm em sua cultura a possibilidade de matar as crianças com defeitos físicos (as duas primeiras) e um dos filhos no caso de nascimento de gêmeos (a última). Estas práticas, em regra, são realizadas quando a mãe deixa o filho na floresta sem que seja recepcionado pela comunidade. O projeto de Lei 1.057/2007 pretendia a criminalização dessas práticas, contudo, não foi acatado uma vez que a comissão reconheceu o conflito existente na noção de “vida” entre as comunidades indígenas e o direito brasileiro.

A dificuldade de lidar com problemas como estes está na ausência de um reconhecimento das cosmovisões indígenas nos debates atuais. Souza Filho (2009, p. 157) também enfatiza essa questão apontando que “a Constituição Brasileira foi tímida em não reconhecer seu Estado como Multiétnico ou Plurinacional”, apresentando, ao contrário, um texto obscuro acerca da diversidade cultural e étnica no Brasil.

Esta positivação apenas tangencia alguns aspectos das comunidades, mas não garante a hegemonia desses povos de forma expressa pelo poder constituinte. A exclusão esconde um alijamento dos saberes não-colonizadores, onde as elites de matriz europeia impõem seu modelo de pensar e agir cometendo verdadeiro “epistemicídio” em face das cosmovisões indígenas (SANTOS, 2009, p. 10).

Esse problema “não se restringe ao dilema entre relativismo ético (da cultura particulares) e universalismo moral (do direito do ser humano), antes aponta para o convívio de ordens jurídicas que partem de experiências históricas diversas” (NEVES, 2009, p. 228). Isso exige por parte do Estado constitucional “uma postura de moderação relativamente a uma pretensão de

⁸ BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6001.htm. Acesso em: 15 mai. 2020.

concretizar suas normas específicas, quando entram em colisão com normas de comunidade nativa” (NEVES, 2009, p. 228).

Transconstitucionalismo multiangular

Um outro modelo de transconstitucionalismo que contempla ordens jurídicas diversas é o transconstitucionalismo multiangular dentro de um sistema mundial de níveis múltiplos. Ao recorrer-se à expressão “sistema jurídico mundial de níveis múltiplos”, contudo, “busca-se ressaltar uma pluralidade de ordens cujos tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de autocompreensão e modos de concretização são fortemente diversos e peculiares” (NEVES, 2009, p. 236). Esta multiplicidade é a fonte “da qual resultam entrelaçamentos nos quais nenhuma das ordens pode apresentar-se legitimamente como detentora da última ratio discursiva” (NEVES, 2009, p. 236-237).

Do Transconstitucionalismo à Transdemocracia

Um problema latente no Transconstitucionalismo é a significativa “assimetria das formas de direito” (NEVES, 2009, p. 279). Nestes casos, “os entrelaçamentos transconstitucionais não ocorrem em termos normativamente idealizados na sociedade mundial profundamente assimétrica em que vivemos” (NEVES, 2015, p. 4). Essa assimetria pode ser entendida ao estabelecermos duas formas jurídicas. De um lado, existem “formas de direito que mediante acoplamentos estruturais fortemente consolidados com outras esferas parciais da sociedade tornam-se dominantes e constituem formas de direito fortes da sociedade mundial” (2015, p. 6). Em outras áreas, contudo, “os acoplamentos não conseguem obter a sua concretização por conta de bloqueios que os fazem permanecer no plano operativo ou, quando se estendem para o nível estrutural, são muito fracos” (NEVES, 2015, p. 6).

Neste sentido:

[...] um entrelaçamento de ordens jurídicas de caráter simétrico é incompatível tanto com um cosmopolitismo eurocêntrico ou ocidental de contrariedade à Constituição ou ao Estado de Direito, mas também quanto com um pós-colonialismo vinculado a identidades culturais não “contamináveis” por nenhum fluxo constitucional (NEVES, 2017b, p. 1104).

Isso porque não há transconstitucionalismo sem uma relativa simetria das formas de direito. No plano dos estudos do direito humanos e das ordens jurídicas transnacionais, “tem-se tornado lugar comum a utilização do termo “fragmentação” para designar a falta de unidade do direito na sociedade mundial” (NEVES, 2009, p. 286). Contudo, segundo Luhmann, é possível integrar esses fragmentos em uma “ordem diferenciada de comunicação”, construindo relações de interdependência entre os fragmentos (NEVES, 2009, p. 287). Assim, na visão de Neves, “a sociedade mundial precisaria de uma maior integração sistêmica, para que a mera fragmentação não leve a estilhaços como restos sem sentido funcional” (NEVES, 2009, p. 288).

Contudo, constitui-se um paradoxo, pois:

[...] quanto a maior integração sistêmica (maior grau de liberdade em relação aos sistemas), menor será a integração social (mais inclusão). Isso porque enquanto os setores incluídos estão superintegrados (são hiperdependentes dos sistemas), os setores sobreincluídos, especialmente na modernidade periférica, ao terem acesso aos benefícios dos sistemas sociais, mas não dependerem de suas restrições, atuam de maneira desintegradora (NEVES, 2009, p. 292).

Neste sentido, é necessário destacar que o transconstitucionalismo é pensado como possibilidade dentro do atual modelo de economia política amplamente difundida do mundo: o capitalismo. Assim, considerando que o atual modelo gera disparidades e assimetrias, o transconstitucionalismo se erige como uma “arte do possível” dentro de uma sociedade mundial assimétrica. Contudo, é possível pensar outros caminhos para a solução de controvérsias transconstitucionais que careceriam de mudanças mais profundas nas linhas de governança global⁹.

Uma perspectiva defendida por Marcelo Neves é o surgimento de uma perspectiva pós-constitucional no âmbito da sociedade mundial. Trata-se de que “transcendência do constitucionalismo, engajando-se em uma forma de pós-constitucionalismo” (NEVES, 2017c, p. 389). Esse modelo implica um deslocamento do foco para as estruturas econômicas contrárias à autonomia do direito e da política e da inclusão político-jurídica (NEVES, 2017b, 1108).

Um modelo como este:

[...] demandaria uma reorientação do foco na autonomia e na diferença ao funcional para uma ênfase na diferença ‘inclusão/exclusão’, que implica um problema normativo da sociedade mundial, envolvendo não apenas os “direitos humanos como direitos dos estranhos”, mas também a ainda não concretizada realização do constitucionalismo no sentido da inclusão universal (NEVES, 2017b, p. 1108).

Embora deva ser levada a sério, o próprio autor considera essa alternativa “um tanto utópica” (NEVES, 2017b, p. 1108).

A segunda alternativa é a ideia de uma transdemocracia. Essa posição indica que o constitucionalismo e a democracia apresentavam-se como um conjunto de arranjos para a inclusão dos cidadãos europeus brancos - e, mais tarde, dos norte-americanos - (HUNT, 2009) enquanto “formadores de um povo como totalidade de pessoas isolada, sem qualquer compromisso com aqueles que trabalhavam na periferia para incrementar o bem-estar nos países centrais” (NEVES, 2017b, p. 1111).

Por conta disso, cada vez mais, o refluxo do “lixo” tem retomado sem qualquer reciclagem (NEVES, 2017b). Nas palavras de Neves:

Os países mais poderosos jogam bombas, impõem governos corruptos, obstaculizam o desenvolvimento econômico nos países fracos e deformam as relações internacionais, mas não têm condições de evitar a poluição humana e social que resulta de tudo isso. O lixo retoma não apenas na forma da onda de terrorismo e de criminalidade global, mas também e sobretudo mediante a incontrolável avalanche de exclusão causada por guerras, fome e opressão (2017b, p. 1112).

Tal situação demonstra a necessidade de pensar um os direitos humanos fundamentais a partir da nova democracia. Este modelo não importaria em observar apenas “nós o povo” (ACKERMAN, 2015, p. 25), mas também “os outros, os povos” (NEVES, 2017b, p. 1113).

⁹ Neste contexto surgiram modelos que tentaram explicar as novas configurações do constitucionalismo em um sistema global de direitos humanos, a exemplo (entre outras) da Internconstitucionalidade de Joaquim Canotilho (2000), a Constelação Pós-nacional de Jürgen Habermas (2001), o Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häbele (2007), a Globalização do Direito Constitucional de Mark Tushnet (2008), o Constitucionalismo em Níveis Múltiplos Mundial de Ingolf Pernice (2012) e a Constitucionalização do Sistema de Poder Mundial de Gunther Teubner (2018).

Considerações Finais

Uma proposta de enfrentamento de problemas relativos aos direitos humanos fundamentais como o transconstitucionalismo encontra, decerto, limitações. Essas limitações estão fundadas na teoria de Marcelo Neves ao esboçar a dificuldade de atingir o diálogo em formas assimétricas de direito. Ou seja, quanto maior for diferença social entre os órgãos aplicadores do direito, mais difícil será estabelecer o diálogo. Isso porque existe forte tendência de os países centrais imporem suas decisões sobre nações periféricas, fechando o processo dialógico.

Ademais, o transconstitucionalismo também encontra limites na própria estrutura política mundial, que escalona e hierarquiza instituições como sendo a última ratio argumentativa, alijando do processo decisório toda tentativa de intervenção. Por vezes, uma decisão oriunda de um Tribunal de Direitos Humanos pode ser mais prejudicial à organização política e social de um Estado do que a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional. Deste modo, um diálogo entre as cortes poderia atingir melhor a finalidade dos Direitos Humanos Fundamentais, mas ocorre um bloqueio operativo pelas hierarquizações impostas pelas potências mundiais. Situação como esta, aponta para o uso político da retórica dos Direitos Humanos para fins de imposição de interesses de países centrais, tratando-se, paradoxalmente, de certo “imperialismo dos direitos humanos” (NEVES, 2005, p. 23).

Na esteira, o transconstitucionalismo também se mostra limitado pela excessiva aposta nas instituições jurídicas, em detrimento de um olhar mais atento ao cidadão global. Consiste, em verdade, numa aposta em órgãos jurisdicionais sem necessariamente valorizar as cosmovisões dos cidadãos jurisdicionados, como fazer outras tentativas de analisar problemas nesta ordem¹⁰.

Por outro lado, o transconstitucionalismo revela uma possibilidade de promover o diálogo em detrimento do uso da força (PERELMAN, 2014). Essa concepção alarga os horizontes de contemplação (CORETH, 1973) para solução de controvérsias que relacionem direitos humanos fundamentais. Assim, Marcelo Neves sustenta a necessidade de enfrentamento de soluções judiciais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas (NEVES, 2009).

Neste procedimento, é necessário que, pelo menos, uma das partes na lide reconheça que seu horizonte de contemplação não é suficiente para a solução do conflito, solução esta que só pode ser sanada pelo conhecimento que é trazido a partir do olhar do outro. Quando os Tribunais buscam uma solução dialógica para casos que envolvam direitos humanos fundamentais, atentam-se para as consequências de suas decisões. Além disso, evitam os extremos do provincianismo ou, do internacionalismo.

Referências

ACKERMAN, B. The rise of the world constitutionalism. In: **Virginia Law Review**. Charlottesville(VA): Virginia Law Review Association, n. 83, p. 771-97, 1997.

ACKERMAN, B. **We the people I**: fundamentos de la historia constitucional estadounidense. Quito: Instituto de altos estudios nacionales de Ecuador, 2015.

BERMAN, H. **Direito e revolução**: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo (RS): Editora Unisinos, 2006.

BRUNKHORST, H. (Org.); GRÖZINGER, G. (Org.); MATIASKE, W. (Org.); NEVES, M. (Org.). **The European Union as a Model for the Development of MERCOSUR?** Mering: Verlar Rainer Hampp, 2007.

CANOTILHO, J. J. G. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

¹⁰ Cf. Pernice (2012) e Ackerman (2015).

- COPI, I. M. **Introdução à Lógica**. Rio de Janeiro: Mestre Jou, 1978.
- CORETH, E. **Questões Fundamentais de Hermenêutica**. São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, 1973.
- GRIMM, D. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Dei Rey, 2006.
- HÄBELLE, P. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HABERMAS, J. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HOFSTADTER, D. R. **Gödel. Escher, Bach: Um entrelaçamento de gênios brilhantes**. Brasília: UNB/São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.
- HUNT, L. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- JESSUP, P. **Transnational Law**. New Haven: Yale University Press, 1956.
- LUHMANN, N. **El derecho de la sociedad**. Herder/Universidad Iberoamericana, 2003.
- LUHMANN, N. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2007.
- NEVES, M. A força simbólica dos Direitos Humanos. **Revista eletrônica de Direito do Estado**, nº 4/2005. IDPB, Salvador, 2005.
- NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NEVES, M. A concepção de Estado de Direito e sua vigência prática na América do Sul, com especial referência à força normativa de um direito supranacional. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out. 2008.
- NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- NEVES, M. (coord.). **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- NEVES, M. Del diálogo entre las cortes supremas y la corte interamericana de derechos humanos al transconstitucionalismo en américa latina. In: George Rodrigo Bandeira Galindo; René Urueña; Aida Torres Pérez. (Org.). DHES. **Red de Derechos Humanos y Educación Superior - Protección Multinivel de Derechos Humanos**. Manual. 1ed.Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, v. 1, p. 275-302, 2013.
- NEVES, M. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Transconstitucionalismo na América Latina. In: Galindo, George Rodrigo Bandeira; Urueña, René; Pérez, Aida Torres (eds). (Org.). DHES - **Rede Direitos Humanos e Educação Superior: Proteção Multinível de Direitos Humanos**. 1ed.Barcelona: UPF- Universitat Pompeu Fabra - Comissão Europeia, v. 1, p. 258-88, 2014a.
- NEVES, M. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, Ano 51, n. 201, jan.-mar. 2014b.

NEVES, M. (Não) solucionando problemas constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões. São Paulo: **Lua Nova**, n. 93, p. 201-32, 2014c.

NEVES, M. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014d.

NEVES, M. *Constitucionalismo - Del Estado a la Sociedad Mundial - Classe I*. Santiago: Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, novembro de 2014e. Disponível em: https://youtu.be/v_U15p5stV4. Acesso em: 30 jul. 2018.

NEVES, M. Comparando Transconstitucionalismo em uma Sociedade Mundial Assimétrica: pressupostos conceituais e ponderações autocríticas. In: **Revista da AGU**. Belo Horizonte, ano 14, n. 3, jul.-set. 2015.

NEVES, M. (Dis)Solving constitutional problems: transconstitutionalism beyond collisions. In: Kerstin Blome; Andreas Fischer-Lescano; Hannah Franzki; Nora Markard and Stefan Oeter. (Org.). **Contested Regime Collisions: Norm Fragmentation in World Society**. Cambridge: Cambridge University Press, v. 1, p. 169-97, 2016a.

NEVES, M. Paradoxes of Transconstitutionalism in Latin America. In: Alberto Febbrajo and Giancarlo Corsi. (Org.). **Sociology of Constitutions - a paradoxical perspective**. Londres e Nova Iorque: Routledge - Taylor & Francis Group, v. 1, p. 229-58, 2016b.

NEVES, M. From Constitutionalism to Transconstitutionalism: Beyond Constitutional Nationalism, Cosmopolitan Constitutional Unity and Fragmentary Constitutional Pluralism. In: PAUL BLOKKER, C H R I S THORNHILL. (Org.). **Sociological Constitutionalism**. Cambridge: University Printing House, Cambridge, v. 1, p. 267-312, 2017a.

NEVES, M. Do transconstitucionalismo à transdemocracia. In: BUENO, Roberto (organizador). **Democracia: da crise a ruptura, jogos de armar: reflexões para a ação**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017b, cap. 30.

NEVES, M. From transconstitutionalism to transdemocracy. **European Law Journal**, v. 23, p. 380-394, 2017c.

NEVES, M. **Constituição e direito na modernidade periférica** - uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

PERNICE, I. La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel: Una respuesta legal a los desafíos de la globalización. **Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales**. Madrid: CEU Ediciones, n. 61, p. 5-29, 2012.

RIBEIRO, P. H.. Luhmann “fora do lugar”? Como a “condição periférica” da América Latina impulsionou deslocamentos na teoria dos sistemas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Vol. 28 n° 83 out., 2013.

SANTOS, B. de S.; MENESES, M. P. (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Biblioteca Nacional de Portugal, 2009.

SILVA, V. A. da. Colisão de direitos fundamentais entre a ordem nacional e transnacional. in: NEVES, Marcelo (Org.). **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre**

ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010: 101-112.

SOUZA FILHO, C, F. M. **O Renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá Editora, 2009.

TEUBNER, G. Reflexões sobre a constitucionalização do sistema de poder mundial. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 5, n. 1, p. 4-23, jan.-abr. 2018.

TUSHNET, M. The inevitable globalization of constitutional law. **Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series**, [S.l.], n. 9-6. p. 1-22, dec. 2008. Disponível em: <http://andersonteixeira.com/data/documents/Article-TUSHNET-The-Inevitable-Globalization-of-Constitutional-Law.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2020.

Recebido em 29 de julho de 2020.
Aceito em 09 de outubro de 2020.