

# CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INTERNACIONALIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL EM PROL DOS DIREITOS HUMANOS: O TRANSCONSTITUCIONALISMO.

CONSIDERATIONS ABOUT INTERNATIONALITY OF CONSTITUTIONAL LAW IN SUPPORT OF HUMAN RIGHTS: THE TRANSCONSTITUCIONALISMO

Jeanne Simão Rieke<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo intenta fazer uma sucinta análise histórico-comparativa do surgimento e da consolidação da soberania estatal e da consolidação e bases do Estado Constitucional Moderno, bem como de suas transformações no contexto da globalização. Por meio de revisões bibliográficas, através do método dedutivo, procurou-se sublinhar o descompasso existente entre as teorias clássicas de Estado com a abertura do processo de interação econômica mundial, bem como, com a incorporação dos direitos humanos junto à ordem jurídica internacional. Neste contexto, apresenta-se a teoria da transconstitucionalidade, proposta por Marcelo Neves, como uma nova ordem que afasta da vinculação metafórica do termo constituição para se refletir uma nova ordem jurídica na sociedade contemporânea.

**PALAVRAS-CHAVE:** Globalização; Estado pós-moderno; Direitos humanos; Transconstitucionalismo.

## ABSTRACT

This article attempts to make a brief comparative-historical analysis of the emergence and consolidation of state sovereignty and consolidating bases and the Modern Constitutional State, as well as their transformations in the context of globalization. Through literature review, by deductive method, It seeks to give relief to the large gap between the classical theories of state and opening of the global economic interaction, as well, with the incorporation of human rights by the international legal order. In this context, we present the theory of transconstitucionalidade, proposed by Marcelo Neves, as a new order that departs from the metaphorical linking of the term constitution to reflect a new legal order in contemporary society.

**KEYWORDS:** Globalization; Post-modern state; Human rights; Transconstitucionalismo.

## INTRODUÇÃO

Neste novo século, tanto a globalização quanto os direitos humanos tornaram-se temas recorrentes nas agendas de preocupações políticas e nos círculos acadêmicos. O

---

<sup>1</sup> Advogada. Formada em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior, Campo Mourão, Paraná. Especialista em direito empresarial pela Universidade Estadual de Londrina, Paraná, Brasil. Especialista em Ministério Público – Estado democrático de Direito, pela UNOPAR, Londrina, Paraná, Brasil. E-mail: jeanne.rieko@hotmail.com

enfrentamento mais tradicional destes temas, no entanto, tem tomado um sentido que parece não abarcar toda a expressividade do importante fenômeno globalizacional e a vastidão de objetos e de interesses que permeiam os direitos humanos.

A complexidade do mundo contemporâneo tem redefinido o papel das instituições inspiradas no manto de racionalidades modernas e desafiado as formas de produzir legitimidade pela política e pelo direito.

Tendo presente a idéia de um reposicionamento do papel do Estado no contexto da sociedade global que atenda as exigências de funcionabilidade e aplicabilidade dos direitos do homem. Tais requisições crescem significativamente na medida em que a sociedade mundial atual hipercomplexa enfrenta o problema da integração social, ou seja, inclusão ou exclusão de pessoas.

Assim, a evolução da sociedade mundial passou a colocar em duvida a relação, aparentemente necessária, entre o ordenamento jurídico e a soberania nacional. Ou, ainda, se realmente há alguma justificativa para hoje considerar o direito como sinônimo de estado nacional.

Por isso, faz-se necessário estudos sobre as condições de possibilidade de se pensar um constitucionalismo para além do Estado e como tal modelo contribuiria para a solução dos problemas constitucionais. Em atenção a estes preceitos, o transconstitucionalismo apresenta-se como uma nova tendência que enfrenta a otimização de um dialogo universal em prol dos direitos humanos.

Para discussão deste tema, o presente texto dedica sua parte inicial para analisar resumidamente a formação histórica da soberania, do Estado Constitucional Moderno e sua relação com a afirmação do Estado Democrático de Direito. Em um segundo momento, evidencia-se a questão dos direitos humanos, sua dialética construção e a inclusão destes direitos segundo o ordenamento jurídico brasileiro, abrangendo a reforma judiciária que consolidou a Emenda Constitucional 45/2004. Por fim, apresenta-se o transconstitucionalismo como uma possível resposta de transformação, visando auferir algumas respostas e constatações referentes a defesa dos direitos humanos e a integração entre os Estados.

## RELATIVIZAÇÃO DA NOÇÃO DE ESTADO SOBERANO E A CRISE DO ESTADO MODERNO

Do ponto de vista jurídico a soberania se expressa como a condução permanente de qualquer manifestação de força social ao Estado, que adquire assim personalidade, é dizer, age como um sujeito, uma pessoa, com plena capacidade de assumir direitos e obrigações. Por isso a soberania constitui a dignidade estatal, compreendendo sua capacidade de autodeterminação interna e de independência de atuação na sociedade internacional.

Foi nos séculos XII e XIII que se tornou possível pensar na soberania como capacidade de criar e impor leis. Na verdade, é somente com esse sentido que pode ser associada ao surgimento do Estado Moderno, pois o poder de criação e imposição de leis por um legislador passou a transformar-se mais num atributo de uma formação de poder territorial específica, definida em termos cada vez mais leigos e independentes de normas e concepções divinas e universalistas.

O conceito de soberania, no dizer de Alarcón<sup>2</sup>, surgiu no século XIV e configura, contudo, uma característica do absolutismo. Deve-se a Jean Bodin a introdução e a elaboração de uma teoria orgânica e sistemática da soberania, atribuídas ao monarcas e com fundamentos teocráticos. Em sua obra *A República*, de 1576, Bodin entende a república como uma comunidade política, e não como uma forma de governo. A soberania é, segundo Bodin, o poder absoluto e perpetuo de uma república, sendo indivisível e ilimitada em poder, responsabilidade e tempo, cujo caráter principal da majestade soberana é poder absoluto que consiste em dar a lei aos súditos, em geral sem seu consentimento<sup>3</sup>.

Quase dois séculos mais tarde a idéia de soberania evoluiu. Rousseau transfere a titularidade da soberania da pessoa do governante para todo o povo. Criou-se a figura do contrato social, realizado entre todos os indivíduos que alienam todos os seus direito em favor de toda a comunidade. Esta é a teoria da soberania popular, sendo esta inalienável e indivisível. Inalienável porque a vontade geral não pode ser representada por quem quer que seja, e indivisível, pois a vontade é geral e, portanto, deve haver a participação do todo.

---

<sup>2</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. *Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p.70.

<sup>3</sup> BOBIN, Jean. *Los seis libros de la república*. Tradução de Pedro Bravo Gala. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 46.

Com a superação do Estado Absoluto e o conseqüente surgimento do Estado Constitucional Moderno, a soberania foi transferida a pessoa do soberano para a nação, seguindo a concepção racional e liberal defendida por Emanuel Joseph Sieyès, na qual o princípio da Soberania da Nação instrumentaliza a legitimação do Estado Constitucional Moderno.

Desta forma, ao considerar soberania como independência ante qualquer poder externo, torna-se uma manifestação característica e essencial do Estado Constitucional Moderno desde seu início. Com a consolidação do princípio democrático restou a reafirmação da Soberania com relação ao exterior, sendo proibida qualquer interferência nas decisões livres e internas da comunidade.

Como se percebe a soberania traduz um compromisso com as formas de participação popular nas decisões, isto é, com a democracia. Internamente a titularidade do povo soberano como soberania constitui um paradigma. Externamente, resta observar que os Estados e a soberania passou a ser um elemento de discussão no sentido de preservar o vigor, ou se, pelo contrário, tornou-se algo, na prática, sem possibilidade de preservação.

Diante o exposto, é notório que a noção de Estado Constitucional Moderno Soberano se transforma cada vez mais em uma peça de ficção. É um mero critério formal na caracterização do Estado. Vive-se, atualmente, o início do desaparecimento do Estado Constitucional Moderno e, em conseqüência, do próprio conceito de Soberania Moderna. Segundo Cruz<sup>4</sup>,

Definitivamente, a soberania no seu sentido clássico deixou de existir. Trata-se, agora, de uma soberania limitada, compartilhada ou parcial, coisa que é contraditória com sua própria definição. A noção de Estado Constitucional Moderno Soberano, desenvolvida nos séculos XVII e XVIII, se constitui um autêntico processo em comparação com a noção de feudalismo da Idade Média, mas hoje se converte num verdadeiro freio para questões vitais para a sobrevivência do mundo. Neste sentido, o Estado Constitucional Moderno tornou-se muito pequeno para os grandes problemas e demasiado grande para os pequenos problemas.

Isto porque um dos fatos característicos não somente da globalização tomada como manifestação social em si, mas da própria sociedade pós-moderna, é a velocidade e

---

<sup>4</sup> CRUZ, Paulo Marcio. A soberania e a superação do Estado Constitucional Moderno. *Jurídicas*. Manizales: Universidade de Caldas, vol. 4, num. 1, enero-julio, 2007, p.31.

intensidade da informação, reduzindo espaços e aproximando realidades como nunca se havia registrado na história humana anteriormente. Aspecto este que gera um sentimento capitalizado ou interpretado por alguns como sintomático em relação a uma eventual diminuição da importância das fronteiras físicas ou geográficas.

A nova ordem econômica globalizada repercute nos contornos do espaço público. A noção de espaço público perde a sua conotação de espaço físico, em virtude das novas tecnologias, dos diferentes meios de comunicação e do crescente número de atores sociais, o esta figura assume a configuração de “espaço assimétrico e fragmentado”, como o define Mello<sup>5</sup>.

Com a globalização o local não desaparece, mas a noção de espaço passa a ser compreendida mais social que territorialmente. Os processos globalizantes retiram poderes das nações e os transferem para o espaço global despolitizado. No entanto, como qualquer outro ambiente social, este novo espaço requer regulamentação.

Colabora Mello<sup>6</sup> ao constatar que atualmente, em nível internacional o direito vigente tem natureza consensual e costumeira, necessariamente envolve a composição entre interesses, sendo que as normas são discutidas por grupos seletos e apresentam reduzida participação democrática na sua elaboração. E ainda, a partir da constatação da necessidade de cooperação entre os povos, da afirmação transcultural dos direitos do homem e da ausência de regulamentação do espaço global, ressurgiu o ideal de um “Direito Cosmopolita”, originalmente concebido por Immanuel Kant, em sua obra “Paz Perpétua”.

Quanto a governabilidade, é possível constatar a existência de uma crise, tanto local, como internacional. Nesse quadro de idéias emerge a noção de *governança* incapaz de governança, conceito que se opõe a definição tradicional de governo. Este novo paradigma é concebido a partir da constatação que num mundo cada vez mais globalizado, o Estado mostra-se incapaz de estabelecer normas eficazes, a fim de atender às demandas sociais.

Giddens<sup>7</sup> defende que a expansão da democracia cosmopolita é condição inafastável para se regular a economia mundial, atacando desigualdades econômicas globais e

---

<sup>5</sup> MELLO, Christiane Abbud Rodrigues de. Globalização, Estado e cidadania. In: *Novos estudos de direito internacional contemporâneo*. Helena Aranda Barroso et al. Londrina: EDUEL, vol. 1, 2008, p. 309.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 309.

<sup>7</sup> Giddens, Anthony. *A terceira via*. Rio de Janeiro: Record, 2000, p.159.

controlando riscos ecológicos. O autor assevera que não há sentido em contestar o fundamentalismo do mercado a nível local e permitir que ele reine globalmente.

Na concepção de Pagliarini<sup>8</sup>,

Para que se estabeleça uma Democracia Internacional ou Transnacional, os dogmas que influenciam o Estado Moderno devem ser superados. Os conceitos de povo e de cidadania devem ser desvinculados do de nacionalidade. Caso contrário, não se encontrará fórmula capaz de promover inserções que superem as barreiras do Estado nacional e do próprio Direito Internacional Público em sua feição – até agora – pouco democrática.

Ao que se refere aos ideais de participação do todo e democracia, o conceito de cidadania não pode ser ignorado. De início, na Antiguidade Clássica, cidadão era aquele que tinha direitos face ao Estado. Com o passar do tempo, o conceito de cidadania aparece intimamente relacionado à nacionalidade, num momento subsequente, a cidadania passa a ser entendida como a titularidade de direitos políticos, e finalmente, passa a ser identificada como o poder de voto (mera representação passiva).

Contudo, para Mello<sup>9</sup> a idéia de cidadania avança, adquire nova dimensão, o homem passa a ser visto como um “cidadão do mundo”. Aspectos diversos interferem no processo de amadurecimento da noção de cidadania global: a) a coexistência de direitos, deveres e participação política dos indivíduos e da coletividade em nível global; b) a existência de fontes normativas diversas que não se excluem; c) a constatação de espaços de poder que se sobrepõe; d) o multiculturalismo; e) a consciência de que existem interesses comuns e um patrimônio comum da humanidade.

Para tanto, no que tange ao processo de construção do cidadão pós moderno, a educação ocupa papel fundamental para o exercício da cidadania. Situar a pessoa no centro de todo o processo de desenvolvimento, o que requer um espírito de maior solidariedade em cada sociedade nacional e a consciência de que a sorte de cada um está inexoravelmente ligada a sorte de todos.

Na atualidade é possível constatar que nenhum Estado sozinho está apto a garantir segurança e bem-estar de seus nacionais. O panorama mundial concorre para a reformulação

---

<sup>8</sup> PAGLIANI, Alexandre Coutinho. Democracia e direitos humanos na comunidade internacional, no estado nacional e na sociedade civil cosmopolita. In: *Novos estudos de direito internacional contemporâneo*. Helena Aranda Barroso et al. Londrina: EDUEL, vol. 1, 2008, p. 224.

<sup>9</sup> MELLO, *op. cit.*, p. 313.

dos fins do Estado e para a revisão dos contornos tradicionais da noção da soberania, esta ainda vinculada ao processo de *heterogeneização* e noções ultrapassadas de territorialismo.

Tendo em conta o panorama mundial e os traços característicos da nova ordem global, bem como, diante a crise do Estado Moderno, é necessário que o direito, cujo papel consiste na regulamentação da vida em sociedade, se adéqüe a edificação da nova mentalidade, e busque mecanismos aptos a conter os abusos e desmandos da ordem econômica das leis de mercado, vistos nas crescentes desigualdades, locais e globais.

## **PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA RELAÇÃO ENTRE ORDENS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DISTINTAS**

As mudanças de paradigmas internacionais, com o fim da bipolaridade e a ascensão de uma nova ordem mundial cuja dinâmica ainda é obscura e levanta acaloradas polêmicas no mundo acadêmico, acarretaram alterações em conceitos que até então pareciam imutáveis, mesmo sem apresentar os resultados esperados.

O conceito de desenvolvimento é um deles. Se houve um tempo que o desenvolvimento de um Estado esteve intrinsecamente relacionado ao seu crescimento econômico, e exclusivamente dependente deste crescimento, houve uma total ruptura deste valor. Pode-se traçar até mesmo um paralelo entre a evolução do conceito de desenvolvimento com a evolução da própria noção de direitos humanos. Portanto, existe um grande relacionamento entre a integração econômica e a proteção dos direitos humanos caso se pense que, em última análise, a segunda deve ser o fim que justifica a primeira.

Santos<sup>10</sup> aponta esta mudança de mentalidade em relação ao conceito de desenvolvimento, destacando que o tema é uma preocupação da ONU desde a sua criação. O que mudou foi que, enquanto até a década de 1960, desenvolvimento e crescimento econômico eram utilizados como sinônimos, até que tomou-se consciência de que um

---

<sup>10</sup> SANTOS, Rui da Silva. A busca pelo Direito ao Desenvolvimento e à Proteção aos Direitos Humanos nas Relações Internacionais do Brasil: Histórico e Desafios. In: *Direito Internacional e desenvolvimento*. Alberto do Amaral Junior. São Paulo, Manole, 2005, p. 114.

conceito de desenvolvimento mais eficaz deveria possibilitar aos Estados encontrar um caminho que chegar a um nível de vida digno, que se auto-sustentasse. Já na década de 70, houve uma reformulação profunda do conceito de desenvolvimento, com o reconhecimento de que, utilizado no sentido de crescimento econômico, mas mantendo situações de extrema desigualdade, o sistema era simplesmente ineficaz. Ainda segundo o autor, o termo desenvolvimento tomou um novo sentido: “Antes entendido como puramente econômico, ganha hoje conotações, pressupondo uma aproximação integrada (econômica e social) e uma ação global.”<sup>11</sup>

A internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos terrores cometidos pela era Hitler. Prevalencia a lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, cujo legado foi o extermínio de 11 milhões de pessoas, justificáveis pelo condicionamento da titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, a pertinência a determinada raça – a raça pura ariana. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea.

A idéia de direitos humanos é consolidada a partir do documento aprovado em 1948. A Declaração Universal dos Direitos Humanos surge como um conjunto de princípios e valores a serem observados pelo Estado-nação. O sistema de proteção idealizado pelas Nações Unidas implica necessariamente a adoção de medidas pelo Estado. Na mesma linha, foram elaborados posteriormente dois tratados: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sendo que em conjunto com a Declaração, batizou-se de Carta Internacional dos Direitos Humanos.

Alerta Mello<sup>12</sup>, que inicialmente

os princípios e valores referidos não detinham força obrigatória, uma vez que assumiram a forma de ‘declaração’. A proclamação e a subscrição da Declaração Universal dos Direitos Humanos pelos membros das Nações Unidas não acarretou o surgimento imediato de direitos subjetivos na esfera jurídica dos respectivos cidadãos.

---

<sup>11</sup> *Op. cit.*, p. 114.

<sup>12</sup> MELLO, *op. cit.*, p. 303.

Contudo, no que tange aos tratados, os Estados que os ratificaram obrigam-se a adequar as normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos com seu ordenamento jurídico interno. Nota-se assim, que a lógica do sistema no resguardo de tais direitos consiste na permanente interação entre o direito internacional e o direito doméstico.

No decorrer dos anos, verifica-se o alargamento do rol dos direitos humanos com o surgimento de diversas outras Cartas enunciando direitos novos e igualmente relevantes. Isto porque a idéia de direitos humanos não é fixa, mas sim dialética, sendo aprimorada historicamente na relação do homem com seu meio e realidade social.

Neste sentido, Arendt<sup>13</sup> ensina-nos que “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.”

No Brasil, tal processo de construção deu-se mais intensamente após 1985, com o refazimento do pacto político-social quebrado pelo regime de exceção do golpe militar de 1964. A promulgação da Constituição de 1988 foi um marco jurídico no reencontro da nação com a democracia. A partir daí, verifica-se o desabrochar de um processo cada vez mais intenso de ratificação, pelo Brasil, de inúmeros tratados internacionais globais e regionais (principalmente a nível Mercosul), visando a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, de tal sorte que estes direitos assumem extraordinário relevo na nova ordem constitucional, sem precedentes na história do constitucionalismo brasileiro.

Um ponto que merece destaque é o exame do § 2º do art. 5º da vigente Constituição Brasileira. O citado dispositivo estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Elucida Rocha<sup>14</sup> que

Deste preceito depreende-se, em primeiro lugar, ser possível a existência de outros direitos e garantias fundamentais não constantes do capítulo próprio, porém previstos em outras partes da Constituição. De segundo, os direitos

---

<sup>13</sup> ARENDT, Hannah. As origens do totalitarismo. apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, globalização Econômica e Integração Regional: desafios do Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 39-77.

<sup>14</sup> ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro após o advento da Emenda Constitucional 45/2004. *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 418.

garantidos nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte se inserem no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos §§ 1º e 2º do mencionado art. 5º da Carta Magna.

De outro modo, é correto afirmar que eram três as vertentes dos direitos fundamentais, no nosso texto constitucional, quais sejam: os expressos na Constituição, os implícitos (decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela) e os expressos nos tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil.

Bastos<sup>15</sup> asseverava não ser possível, a luz do dispositivo em análise, sustentar a tese dualista de que

os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos para os particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa. Doravante será, pois, possível a invocação de tratados e convenções, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade da edição pelo Legislativo de ato com força de lei voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais.

Contudo, é importante salientar que tal matéria, mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não encontrava-se pacificada. Havia a corrente majoritária que defendia a paridade hierárquica entre o tratado e a lei ordinária, existiam posições favoráveis ao status constitucional dos tratados de direitos humanos, bem como aqueles que se inclinavam em favor da hierarquia supralegal, embora infraconstitucional, destes tratados.<sup>16</sup>

Com o objetivo de conferir maior realce à proteção dos direitos humanos e de por fim às discussões travadas na doutrina e na jurisprudência relativas ao status dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, promoveu-se a reforma do Judiciário com a promulgação da Emenda Constitucional no 45/2004, que cuidou de acrescentar um § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, resultando a seguinte redação:

Os tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por

---

<sup>15</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários a constituição do Brasil, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, v.2, p. 423-424. apud ROCHA, *op. cit.*, p. 420.

<sup>16</sup> Cf. Rocha, *op. cit.*, p. 421.

três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Com pesar, o texto introduzido pela reforma não deixa dúvidas de que unicamente os atos normativos internacionais submetidos ao *quorum* privilegiado teriam a hierarquia das emendas constitucionais, enquanto os aprovados por maioria simples adquiririam apenas o *status* de lei ordinária, assim como aqueles chancelados anteriormente, os quais permaneceriam tendo paridade com a lei comum.

Neste contexto, Rocha<sup>17</sup> conclui que “a decisão do Congresso Nacional voltada, em princípio, para conferir maior relevância às normas internacionais de direitos humanos findou por comprometer seriamente a tese mais favorável à promoção dos direitos da pessoa humana.”

Para Sarlet<sup>18</sup>, ao que se refere às alegações de inconstitucionalidade, principalmente em face da redação do dispositivo (“os tratados que forem incorporados...”), que deixa dúvidas acerca da compulsoriedade ou não do procedimento mais rigoroso dado pela reforma, como se este pudesse se proceder de maneira opcional. Alerta ainda o autor<sup>19</sup>:

Tal argumento assume ainda maior relevo em se considerando que - sob o ponto de vista da forma - a incorporação dos tratados em matéria de direitos humanos – consoante já apontado - se tornou mais dificultada, o que, em princípio, poderia ser considerado como contraditório, considerando a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, e o princípio (fundamental) da prevalência dos direitos humanos no plano das relações internacionais do Brasil estabelecido no art. 4º da nossa Lei Fundamental.

Por sorte, há uma interpretação teleológica e sistemática que trabalha a favor da compulsoriedade do procedimento reforçado das emendas constitucionais, uma vez que, mesmo que remanescidos alguns problemas, a introdução do novo § 3º procurou sanar substancialmente a problemática acerca da hierarquia dos tratados relativos aos direitos humanos, que, devido à sua fundamentalidade, adquiriram um status jurídico diferenciado a

---

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 424.

<sup>18</sup> SARLET, Wolfgang Ingo. Algumas notas sobre os Direitos Fundamentais e os Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos. In: Direitos Humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997) / João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho, Ubiratan Cazetta, (Coords.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 162.

<sup>19</sup> *Idem.*

partir da EC 45, devendo a incorporação destes tratados ocorrer pelo processo mais rigoroso das reformas constitucionais.

Às alegações de que se estaria a dificultar a internalização dos tratados e convenções referentes aos direitos humanos, bem como aos que sustentam a dispensa de qualquer ato formal de incorporação para além da ratificação, posiciona-se Sarlet<sup>20</sup>:

A importância de uma reforçada legitimidade democrática debruça-se em mera formalidade legislativa, pois uma vez incorporados por via de emenda constitucional, os direitos (agora também formalmente) agregados ao catálogo constitucional não apenas reformam a própria Constituição, mas também assumem a condição – pelo menos é isso que se advoga – de limites materiais à própria reforma, sendo, após, insuscetíveis de supressão e esvaziamento, ainda que por nova emenda constitucional.

Como se vê, pela análise da última grande novidade legislativa em matéria de direitos humanos e integração internacional (Emenda Constitucional 45/2004), pouco preparado está o dito Estado Moderno brasileiro para o enfrentamento sério e consciente na defesa da sociedade cosmopolita e seus cidadãos.

## **INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO FACE AO TRANSCONSTITUCIONALISMO**

A obra “Transconstitucionalismo” de Marcelo Neves, apresenta à teoria constitucional brasileira um novo conceito. Trata-se de uma obra redigida entre os anos de 2008 e 2009, cujo texto final foi apresentado como tese para o concurso de professor titular de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em maio de 2009.

"Transconstitucionalismo" tem um significado específico para Marcelo Neves<sup>21</sup>. A princípio, tal termo poderia deixar a entender que o autor pernambucano defenderia a formação de uma constituição supranacional, ou seja, uma constituição que transbordasse das

---

<sup>20</sup> SARLET, *op. cit.*, p. 163.

<sup>21</sup> Cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

fronteiras dos Estados. No entanto, segundo sua visão, o termo deve ser entendido como uma proposta de compreensão do diálogo existente entre sistemas constitucionais.

A evolução da sociedade e o incremento de sua complexidade fez com que os diversos sistemas sociais ganhassem autonomia e, com isso, não há mais um centro privilegiado a partir do qual é possível observar e descrever as interações sociais. Como discutido no primeiro capítulo, este fenômeno ocorre mundialmente e, a partir do século XX, a sociedade passa a observar-se e descrever-se como mundial ou global.

A sociedade mundial multicêntrica é marcada, de um lado (estruturalmente) pela primazia do sistema econômico e, de outro (a nível semântico), pela intensificação dos meios de comunicação em massa. Nas palavras de Soliano<sup>22</sup>

A princípio esse cenário colocaria de lado a figura do Estado como ente (ainda) capaz de regular os comportamentos e atividades de indivíduos e demais entes. Contudo, não se tem observado, empiricamente, esta 'marginalização' total do Estado. Ele ainda se constitui como local privilegiado para a (re) produção da nova ordem normativa mundial. O que, de fato, ocorre é um entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos.

Trata-se de uma razão adequada a tempos pós-modernos através da qual não se impõe narrativas, mas antes possibilita pontes de transição entre heterogêneos. Ou seja, serve de mediação entre diferentes e possibilita o aprendizado e a influência entre eles. É a partir desse pressuposto teórico que a noção de transconstitucionalismo pode se desenvolver, articulando os entrelaçamentos entre as diversas ordens jurídicas de forma produtiva, e possibilitar que se vá além do constitucionalismo provinciano e autista.

Lira<sup>23</sup> ressalta que o modelo transconstitucional rompe com o dilema "monismo/pluralismo". Isto porque a pluralidade de ordens jurídicas desencadeia relação complementar entre identidade e alteridade. Explico. Quando se busca solucionar um problema constitucional específico, envolvem-se normas no plano de sua autofundamentação. Desta feita, torna-se possível a reconstrução contínua de sua identidade, rearticulando a

---

<sup>22</sup> SOLIANO, Vitor. Transconstitucionalismo, de Marcelo Neves. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Maria Garcia et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, vol. 81, out – dez, 2012, p. 432.

<sup>23</sup> LIRA, Bruno de Oliveira. O transconstitucionalismo como instrumento de diálogo entre o Secularismo e o Islã. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3048, 5 nov. 2011, p.2.

identidade a partir da alteridade, mediante o entrelaçamento transconstitucional. Conclui o doutrinador<sup>24</sup>:

Daí por que, em vez da busca de uma Constituição hercúlea, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfrentamento dos problemas hidraconstitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.

Nas palavras de Neves<sup>25</sup> o transconstitucionalismo promove o "entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional".

Isto porque várias ordens jurídicas enfrentam cotidianamente e concomitantemente uma mesma questão de natureza constitucional. No que tange aos direitos fundamentais (natureza constitucional) notória é a composição de um sistema social global, vez que direitos relativos a pessoa atingem à todos os Estados Nacionais. Estes, por sua vez, possuem vários outros sistemas (subsistemas) diferenciados entre si, onde se pode destacar o sistema jurídico. Ora, em um sistema de níveis múltiplos, que envolvem tantos personagens, é evidente a impossibilidade de que alguma destas ordens possa apresentar-se legitimamente como detentora da última *ratio* discursiva. Confirma Lira<sup>26</sup>:

Assim, a relação transconstitucional entre ordens jurídicas não resulta apenas das prestações recíprocas (relações de input e output), interpenetrações e interferências entre sistemas em geral, mas sobretudo de que as diversas ordens jurídicas pertencem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial, sistema que pretende reproduzir-se primariamente como base em um mesmo código binário, a diferença entre lícito e ilícito.

Desta feita, na busca da solução de um problema de ordem transconstitucional, com o entrelaçamento das ordens jurídicas, abre-se a possibilidade de convívio construtivo e engajado com a realidade do cidadão global.

No que tange à problemas de direitos fundamentais ou direitos humanos, o transconstitucionalismo relaciona-se em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, já que os direitos humanos pretendem valer para o sistema jurídico mundial de níveis múltiplos,

---

<sup>24</sup> LIRA, *op. cit.*, p. 2.

<sup>25</sup> NEVES, *op. cit.*, p. 1.

<sup>26</sup> LIRA, *op. cit.*, p. 3.

ou seja, qualquer ordem existente na sociedade mundial e não apenas para a ordem jurídica internacional.

São de conhecimento comum vários casos, reações e violações escandalosas dos direitos humanos, como por exemplo, o genocídio, a tortura e a falta de condições mínimas de sobrevivência para grande parte da população da sociedade mundial, principalmente em países subdesenvolvidos, vítimas do sistema econômico em vigor. Sendo assim, deve-se partir do princípio de que os direitos humanos e fundamentais devem ser vistos como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade multicêntrica e de acesso universal ao direito enquanto subsistência social.<sup>27</sup>

É nesse ponto que o transconstitucionalismo se torna especial, pois corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando, ao mesmo tempo, cooperação e colisões. Assim, excluindo-se o simples constitucionalismo imposto, implica uma certa capacidade de encontrar, dentro da ordem do outro, os elementos que possam servir para a sua autotransformação para um primeiro passo ao diálogo transconstitucional.

No direito brasileiro a referência ao direito estrangeiro em matéria de direitos humanos é preponderante. Tanto no julgamento do Habeas Corpus nº 82.424/RS em que o Pleno do STF caracterizou como crime de racismo a publicação de um livro com conteúdo assimétrico, usou farta jurisprudência estrangeira e foi citado inúmeros atos e normas de Direito Internacional Público, como em muitos outros julgamentos o STF apresentou a sua disposição para integrar-se em um diálogo transconstitucional no sistema de níveis múltiplos, no qual diversas ordens jurídicas são articuladas concomitantemente para a solução de problemas constitucionais de direitos humanos.

Ante a todos as experiências apresentadas, o caminho mais adequado em matéria de direitos humanos é o “modelo de articulação”, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas de maneira que todas sejam capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos humanos e fundamentais.

Nos exemplos apresentados a respeito do transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, corrobora a idéia de que, embora não se possa afastar o direito constitucional clássico do Estado, vinculado ao texto constitucional, o constitucionalismo

---

<sup>27</sup> NEVES, *op. cit.*, p.8.

abre-se para além dos Estados, porque surgem problemas constitucionais, principalmente os referentes aos direitos humanos, perpassam simultaneamente ordens jurídicas diversas, que atuam entrelaçadamente na busca de soluções.

Soliano<sup>28</sup> reza que

Para um entendimento adequado do transconstitucionalismo e para o seu funcionamento é preciso ir além do constitucionalismo clássico no sentido de relação necessário entre direito constitucional e Estado. As questões de direitos fundamentais e humanos, os efeitos das finanças e do comércio internacional, a criminalidade internacional, o meio ambiente etc., são de preocupação concomitante a diversas ordens jurídicas e, por isso, o direito constitucional estatal passou a ser uma instância limitada para suas resoluções. Sem abdicar das estruturas normativas internas, bem como a dogmática constitucional entre ordens jurídicas diversas possibilitando perspectivas diversas sobre casos-problemas tipicamente constitucionais. Essa é a postura que maior se adéqua à sociedade mundial multicêntrica da contemporaneidade.

Para Neves<sup>29</sup>, em um mundo com problemas constitucionais comuns para a pluralidade de ordens jurídicas, o método transconstitucional parece mais adequado à passagem de uma simples situação de fragmentação desestruturada para uma diferenciação construtiva entre ordens jurídicas no plano da autofundamentação do que métodos hierárquicos lineares definitivos, sejam esses internacionais, estatais, supranacionais, transnacionais ou jurídico-antropológicos locais.

Sendo assim, com base nos ensinamentos de Neves<sup>30</sup>, em uma metodologia do transconstitucionalismo cabe rejeitar tanto um modelo metódico hierárquico quanto a simples constatação da fragmentação do direito, sem horizonte metodológico. Em face da fragmentação, o método transconstitucional precisa desenvolver-se na busca em construir “pontes de transição” que possibilitem um relacionamento mais construtivo, ou menos destrutivo entre ordens jurídicas, mediante a articulação pluridimensional de seus princípios e regras em face de problemas jurídico-constitucionais comuns, dependentes de soluções suportáveis para todas as ordens envolvidas sem uma última instância decisória.

---

<sup>28</sup> SOLIANO, *op. cit.*, p. 434.

<sup>29</sup> NEVES, *op. cit.*, p. 276.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 277.

Ora, se o centro do sistema jurídico são os juízes e tribunais é correto afirmar que o sistema jurídico mundial é multicêntrico. O centro de um sistema jurídico estatal constitui uma periferia para o centro de outro sistema jurídico estatal. Esse cenário possibilita a observação mútua, o aprendizado e o intercâmbio entre esses sistemas sem que haja primazia de um sistema sobre o outro. Pode-se falar, assim, em conversação ou diálogo entre Cortes e juízes.

É preciso que juízes e Tribunais estejam abertos a alteridade representada por outras ordens jurídicas e seus centros. Isso não significa, contudo, uma negação à identidade constitucional de cada sistema jurídico. A identidade, embora fundamental, precisa estar em constante reconstrução em face do outro. Partindo de um problema jurídico constitucional concreto apresentado em mais de uma ordem jurídica o método do transconstitucionalismo deve ser um mecanismo de construção de pontes de transição entre os sistemas jurídicos envolvidos.

Neste diapasão, é de suma importância investigar quais as condições de possibilidade para que o diálogo constitucional entre juízes e Tribunais de ordens jurídicas distintas ocorra e quais os mecanismos e formas que devem ser adotados para tanto. Contudo, Marcelo Neves não aprofundou o assunto, sendo esta uma das questões abertas em sua obra que merece maior atenção.

O transconstitucionalismo afigura-se, nas palavras de Neves<sup>31</sup> como o “direito constitucional do futuro”, exigindo um maior grau de interdisciplinaridade. Para tanto, é fundamental a construção de uma metodologia específica para o transconstitucionalismo.

## CONCLUSÃO

Imprescindível à consolidação do Estado Moderno, o termo soberania pode inicialmente e em traços bastante genéricos, ser definido como o poder incontestável exercido nos limites de um determinado território, um poder que não admite contestação, seja na ordem interna seja na ordem internacional.

---

<sup>31</sup> *Op. cit.*, p. 269.

A consolidação de uma cultura global de direitos humanos permite que a soberania, situada na base da concepção democrática do Estado de Direito, seja transmutada da seara dos Estados nacionais para o âmbito de uma proposta estatal mundial, permitindo uma expansão espacial da democracia ao âmbito mundial.

A globalização deve prosseguir sua evolução de forma paralela aos direitos humanos. A evolução humana precisa estar ligada a determinados princípios e valores jurídicos que assegurem respeito ao ser humano na chamada sociedade informacional global. Reafirmar o valor da democracia, dos direitos e das liberdades fundamentais, e da tão necessária educação (verdadeiramente comprometida com a formação de novos cidadãos) é a melhor alternativa para construção de um mundo mais justo e igualitário no contexto democrático, no qual se promova a formação e o necessário ambiente participativo para a nova era do cidadão global soberano.

Em seara brasileira, a Emenda Constitucional 45/2004 foi o último grande marco referente a inclusão dos direitos humanos na ordem jurídica nacional. Entretanto, observou-se certa imaturidade do legislador, ainda restam diversas discussões quanto a hierarquia dos direitos humanos advindos de tratados internacionais. Isto porque, segundo Cruz<sup>32</sup> “é preciso convencer aqueles que passaram a vida toda tratando as coisas do Estado Constitucional Moderno, que ele já não é mais tão importante.”

Necessita-se, portanto, de um projeto teórico de transformação radical, e não de reforma, tanto política como cultural da sociedade em seu conjunto. E também do sistema econômico, gerador de valores que muitas vezes caminham em sentido contrário ao que se necessita para levar a termo o referido projeto.

Neste sentido, atentos às inovações e evoluções da sociedade mundial, buscou-se na fonte do transconstitucionalismo, idéias que vão além noção de Constituição como acoplamento estrutural entre direito e política. Para Marcelo Neves, esta pode ser uma instância de relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercambio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito. Assim, a Constituição (política e jurídica) age como mecanismo reflexivo para ambos os sistemas acarretando aprendizado e intercambio.

Ou seja, a idéia de transconstitucionalismo indica a superação de um paradigma nacional-estatal do constitucionalismo, bem como do direito internacional público clássico.

---

<sup>32</sup> CRUZ, *op. cit.*, p. 38.

Enfim, reconhece-se que os problemas nucleares do constitucionalismo são debatidos por diversas ordens jurídicas entrelaçadas, principalmente no interior das Cortes Constitucionais.

Esta teoria, entretanto, não pode ser entendida em sentido cartesiano, através do qual é possível a construção de verdades pelo uso correto de uma metodologia pré-definida.

Entretanto, no que tange aos direitos humanos, justamente por assumirem um caráter universal, suas concretizações são trabalhadas em diversas ordens jurídicas. É nesse momento do diálogo com os sistemas, que o transconstitucionalismo contribui de forma decisiva para a resposta juridicamente adequada. Isto porque existem diversas outras ordens legais deparando-se e decidindo acerca de problemas muito próximos. Assim deve ser entendido o transconstitucionalismo: como fonte de incontáveis perspectivas de investigação, uma vez que se trata de um novo e promissor enfoque, principalmente em prol dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. *Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

ALLE, Saulo Stefanone. Cooperação Jurídica Internacional e Interpretação do Direito Interno. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Maria Garcia et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, vol. 81, out – dez, 2012, p. 329-345.

BOBIN, Jean. *Los seis libros de la república*. Tradução de Pedro Bravo Gala. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1997.

CARAVIERI, Juliane. A justiça como fundamento do sistema jurídico internacional: um diálogo necessário. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Maria Garcia et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, vol. 81, out – dez, 2012, p. 369-401.

CERETTA, Bruno José Queiroz; LUCAS, Douglas Cesar. Globalização e Soberania: um Convite ao Diálogo sobre os Direitos Humanos e o Papel do Estado. *Direito em debate: Revista do departamento de estudos jurídicos da UNIJUÍ*. Ijuí: UNIJUÍ, ano XVIII, nº 32, jul-dez, 2010, p. 109-138.

CRUZ, Paulo Marcio. A soberania e a superação do Estado Constitucional Moderno. *Jurídicas*. Manizales: Universidade de caldas, vol. 4, num. 1, enero-julio, 2007, p. 17-40.

DIAS, Solange Gonçalves; MINHOTO, Laurindo Dias. Globalização e Estado nacional. *Integração*. São Paulo: USJT, ano XII, n. 44, jan./fev./mar, 2006, p. 33-40. Disponível em: <[ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/33\\_44.pdf](ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/33_44.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

LIRA, Bruno de Oliveira. O transconstitucionalismo como instrumento de diálogo entre o Secularismo e o Islã. *Jus Navigandi*, Teresina, [ano 16, n. 3048, 5 nov. 2011](#) . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20351>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista da Ajuris*, v. 32, n. 98, Porto Alegre, jun. 2005.

MELLO, Christiane Abbud Rodrigues de. Globalização, Estado e cidadania. In: *Novos estudos de direito internacional contemporâneo*. Helena Aranda Barroso et al. Londrina: EDUEL, vol. 1, 2008, p. 290 – 317.

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

PAGLIANI, Alexandre Coutinho. Democracia e direitos humanos na comunidade internacional, no estado nacional e na sociedade civil cosmopolita. In: *Novos estudos de direito internacional contemporâneo*. Helena Aranda Barroso et al. Londrina: EDUEL, vol. 1, 2008, p. 217-231.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil. *Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.* Brasília, ano 8, v. 15, jan./jun. 2000, p. 93-110. Disponível em: <[http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15\\_07.pdf](http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_07.pdf)>. Acesso em 27 ago. 2013.

REIS, Jair Teixeira dos. *Resumo de direito internacional e comunitário*. Niterói: Impetus, 2008.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro após o advento da Emenda Constitucional 45/2004. *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 411-433.

SANTOS, Rui da Silva. A busca pelo Direito ao Desenvolvimento e à Proteção aos Direitos Humanos nas Relações Internacionais do Brasil: Histórico e Desafios. In: *Direito Internacional e desenvolvimento*. Alberto do Amaral Junior. São Paulo, Manole, 2005, p. 99-121.

SARLET, Ingo Wolfgang. A reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: Algumas notas sobre o novo § 3º. do art. 5º da Constituição. In: *Depoimentos: Revista de Direito das Faculdades de Vitória*, n. 9, jan./dez., 2006. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/revista.pdf>>. Acesso em 27 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Algumas notas sobre os Direitos Fundamentais e os Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos. In: *Direitos Humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997) / João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho, Ubiratan Cazetta, (Coords.)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 153-185.

SOLIANO, Vitor. Transconstitucionalismo, Interconstitucionalidade e Heterorreflexividade: alternativas possíveis para a proteção dos Direitos Humanos na relação entre ordens jurídico-constitucionais distintas – primeiras incursões. *Revista Curso de Direito*. Salvador: UNIFACS, junho, 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2147/1585>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Transconstitucionalismo, de Marcelo Neves. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Maria Garcia et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, vol. 81, out – dez, 2012, p. 431-437.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 333-346.