

HIPERCOMPLEXIDADE, SOCIEDADE E DEMOCRACIA: O PLURALISMO POLÍTICO ESTATAL E SUA INFLUÊNCIA NO TRANSCONSTITUCIONALISMO

HYPERCOMPLEXITY, SOCIETY AND DEMOCRACY: STATE POLITICAL PLURALISM AND ITS INFLUENCE ON TRANSCONSTITUCIONALISM

Autor (a): Caroline Alves Montenegro¹ Coautor: João Paulo Allain Teixeira²

Grupo Temático14: Direito Internacional dos Direitos Humanos

RESUMO

O presente estudo tem o fim de abordar tanto a formação e evolução dos Estados Nacionais, quanto à importância da democracia na sociedade mundial multicêntrica, para que se possa viver em harmonia em uma sociedade plural, supercomplexa. A sociedade democrática aberta deve ser apresentada com preponderância, através da promoção do pluralismo na organização política estatal, pois para que haja harmonia entre os povos é preciso uma maior abertura e uma participação política adequada seja através do voto, ou mesmo, de uma associação de classe, representação popular dentre outros, que são elementos necessários para manter a sociedade mais participativa e atuante no processo democrático. O transconstitucionalismo é abordado como uma forma de buscar uma maior racionalidade nas decisões relacionadas aos direitos humanos e direitos constitucionais entre ordens jurídicas estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e extraestatais em razão dos mesmos problemas constitucionais.

Palavras-chave: Estados Nacionais; Sociedade Supercomplexa; Transconstitucionalismo.

ABSTRACT

The present study is aimed at explaining the formation and evolution of national states, as well as, the importance of democracy at world scheme, in a multicentric society, so we can

¹ Aluna do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

² Professor Ajuato do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco (CCJ/UFPE), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE), Professor da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Professor do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Líder do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional, Democracia e Constitucionalização de Direitos. (UNICAP/CNPq).

live in harmony in a plural and supercomplex society. The open democratic society should be presented with preponderance through the promotion of pluralism in the political state, because for that there is harmony between peoples there must be an openness and political participation through voting is appropriate, or even an association class, popular representation among others, these elements that are needed to keep society more participatory and active in the democratic process. Transconstitutionalism is referred as a way of searching for a better rationalization in decisions related to human rights and constitutional rights among the state's juridical, international, supranational, transnational, and extranational orders in reason of common constitutional problems.

Key Words: National States; Supercomplex; Transconstitutionalism.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como escopo desenvolver um estudo a partir do pluralismo político, decorrente da evolução das entidades estatais da modernidade, sobre a nova percepção constitucional do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas especializadas em diversos sistemas sociais autônomos e *autopiéticos*³.

Por isso, diante de uma sociedade hipercomplexa, em que tanto os avanços quanto os problemas são repercutidos ao redor do mundo, o modelo jurídico-político do Estado democrático de direito é considerado o mais adequado para manter a população inserida e interagindo ativamente ou passivamente, por meio de representantes, e com tendências de extensão participativa no ambiente social, político e jurídico, os quais são considerados cada vez mais multicêntricos.

Dessa maneira, em razão de uma maior interação entre as diversas entidades, que se organizam de forma plural e almejam igualdade simétrica em uma estrutura heterogênea, o constitucionalismo moderno identifica-se através de uma Constituição Jurídica com as seguintes características: universalização dos direitos, liberdades e garantias e as técnicas de limitação do poder político.

Esse atributo de uma maior unidade em torno da sociedade resultou no estado democrático de direito no conceito de cidadania, na idade moderna, fazendo com que povos de diferentes etnias, religiões, raças e culturas se unissem, pois possuíam tanto uma nação ou um estado, que evoluiu para um Estado Nacional.

³ Autopoieses – vem da biologia e foi desenvolvido pelo biólogo Maturana. Significa que o sistema não apenas produz suas próprias estruturas, como também os seus elementos constitutivos. É utilizada pela teoria sistêmica de Luhmann.

A partir de tais requisitos, observa-se um grande avanço em torno do constitucionalismo que se tornou mais divulgado, por tanto se configura de uma forma mais abrangente em seu processo de interpretação, já que um de seus principais focos tornou-se tanto uma ampliação do conhecimento jurídico, quanto uma luta por seu reconhecimento com base no princípio da paridade de armas e da proporcionalidade.

Nesse norte, no cenário atual o Estado possui um importante papel, pois atua com o escopo de garantir os direitos fundamentais para todos os cidadãos. Por outro lado, a sociedade com capacidade ativa através de associações, movimentos sociais, conselhos de direitos, dentre outros, tem a função de defender a implementação e efetiva realização de tais direitos.

A igualdade como pressuposto para se alcançar a justiça é um dos pontos basilares dessa nova estrutura constitucional moderna. Não se admite a exclusão, nem tampouco, formas de discriminação, uma vez que, um dos requisitos da sociedade democrática atual consiste na promoção da igualdade na heterogeneidade, diversidade, dissenso.

Associada a tais avanços, surge a necessidade de um aprimoramento no estudo jurídico constitucional na solução de questões relacionadas a problemas de direitos fundamentais e de direitos humanos, que se apresentam simultaneamente em diversas ordens.

Por isso, vem se desenvolvendo o transtitucionalismo considerado como um entrelaçamento de ordens jurídicas diversas em razão de problemas constitucionais comuns. As ordens jurídicas continuam autônomas, sem ocorrer uma imposição de uma sobre a outra, já que o seu objetivo corresponde a um diálogo entre si, implicando cooperações e conflitos, e exigindo um aprendizado recíproco. (Neves, 2009)

O transconstitucionalismo, portanto, permite uma série de inovações na análise das controvérsias, uma vez que permite uma convergência nos assuntos constitucionais, os quais possuem o mesmo código binário, mas são constituídos por programas e critérios distintos. Há um intercâmbio entre tais ordens, sem ocorrer uma *ultima ratio jurídica*. (Neves, 2009)

Ressalta-se ainda que, os casos de torturas e homicídios praticados por policiais civis e militares decididos na CrIDH e no STF⁴ foram selecionados para demonstrar situações de transtitucionalismo, pois, apesar de toda ascensão da sociedade mundial em vários aspectos, incluindo o Brasil, ainda é crescente os desrespeitos a integridade e a dignidade

⁴ CrIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos e STF – Supremo Tribunal Federal do Brasil.

humana. Ademais, este padrão não se coaduna com nenhuma forma democrática de Estado Nacional.

Enfim, nosso país é signatário de: acordos e tratados internacionais, de escopo regional, bilateral e de atuação mundial, assim como, a Convenção Internacional e Interamericana contra a tortura. Por isso, não é admissível que a polícia adote mecanismos inerentes a sua proteção profissional como prática injustificada em qualquer situação, sem critérios e limites, pois só é permitido o uso da força em situações legalmente definidas.

1 FORMAÇÃO E EVOLUÇÃO DO ESTADO NACIONAL

Sustenta Habermas que, o Estado Nacional, um importante ente da racionalidade moderna, formado do século XV ao XVII, não surgiu em princípio uniforme, pois possuiu duas grandes vertentes em seu processo de formação e evolução. Nesse sentido, na região norte e oeste da Europa existiam Estados Nacionais, constituídos através da Paz de Westfália de 1648, que deram origem aos Estados Nações. Por outro lado, as formas estatais da Europa Central e Oriental surgiram por meio das nações preexistentes em face de vestígios de uma consciência nacional precipitada e disseminada com recurso de propaganda. (Habermas, 2002)

No primeiro processo de formação dos Estados Nacionais, os povos vencedores na Paz de Westfália tiveram primazia sobre o processo de formação geopolítica destas entidades. Assim, a população existente dos Estados divergentes e diferentes se constituiu como membros de um mesmo Estado Nacional. Existia o sentido jurídico de Estado (povo), mas não o sociológico (nação). Por isso que, nesta fase, os Estados criados não tinham a vontade expressa de nação criada por instrumentos jurídicos. Havia a distensão em alguns conceitos de nacionalismo, como os de: pátria e dever de defesa da cidadania, para que os povos desses Estados admitissem e apoiassem suas iniciativas de ordem política interna e externa, as quais muitas vezes levaram às guerras, revoltas e comoções internas. (Habermas, 2002)

A nacionalidade se baseia nos princípios de nação, que é um conceito sociológico e respalda-se em estruturas de comunidades, onde existem os elementos de parentesco, vizinhança e interesses comuns. Enquanto, nacionalismo se inspira no conceito de povo, um dos elementos constitutivos do Estado Nacional, enfocando sentimentos de pátria, e deveres e direitos de cidadania.

Já no segundo caso, o Estado é conhecido por alguns doutrinadores como nações organizadas, as quais possuíam tradições culturais comuns. Convém ressaltar, as formações estatais estabelecidas por eruditos e intelectuais, que através de unidades mais ou menos imaginária de nações culturais, por via diplomático-militar deram origem aos Estados nacionais.⁵ (Habermas, 2002)

Com a I Guerra Mundial houve a extinção do império Otomano, do Austro-Húngaro e o processo de descolonização. Após a II Guerra Mundial acelera-se a descolonização na Ásia e África e mais recentemente ocorreu o desmembramento da URSS e superação da bipolaridade entre URSS e EUA, criando-se na Europa uma estrutura geopolítica que conta com o resurgimento de antigos Estados-Nações, a exemplo, a dissolução da Confederação Iugoslava e as Repúblicas da Ex-URSS.

Sendo assim, mesmo com todas as transformações decorrente do processo de globalização econômico, científico tecnológico, político, social e ambiental, o Estado Nacional, que foi consolidado com a Revolução Francesa e a Norte Americana, continua como um importante ator na organização política das sociedades mundiais, com soberania interna (monopolista, uma e indivisível) e representação externa.

Atualmente, constatamos que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um caso típico de uma entidade regional do sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos, constituído por relações interestatais, ao contrário da Comunidade Econômica Europeia, que é uma entidade supranacional, por isso, não falar neste último caso na soberania de cada Estado membro, como na CrIDH, mas na possibilidade de uma soberania da cúpula que a representam, a qual pode resolver até mesmo, a presidência de um Estado membro, como foi o caso, recentemente, da Itália.

Convém ressaltar que, o poder político de um Estado Nacional é instituído por meio da soberania, que leva o Estado no âmbito interno possuir poder superior em relação a

⁵ Como formação de Estado a partir de nações pode-se ressaltar o caso do Estado de Israel. Os povos de nacionalidades diferentes, dispersos ao redor do mundo, formaram um Estado a partir de uma tradição religiosa comum e com um objetivo de retornar a terra prometida.

A formação do mundo árabe é considerada uma criação de Estados Nacionais a partir de nações divergentes e diferenciadas, que se convergem pelo mesmo idioma e predomínio de religião muçumana.

Outro exemplo, citado por Habermas: Alemanha, que se desenvolveu a partir da ideia de uma “nação cultural”, de inspiração romântica e cultivada pela burguesia letrada. (HABERMAS, 2002, p.265)

qualquer vontade e no âmbito externo colocar o país em situação de igualdade em relação aos demais, para que possa ser reconhecido pelas outras nações.

O Estado Nacional historicamente vem recebendo as seguintes formas de governo: 1- Estado Monárquico (absolutista e Parlamentar); 2- Estado Republicano (Parlamentarista e Presidencialista). O Estado Absolutista foi aquele cujo poder era centralizado e único nas mãos de um monarca, que não errava, tornando para si próprio os poderes (*King no Wrong*). Os povos eram denominados súditos, os grupos sociais eram constituídos pela aristocracia e plebeus e o poderio constitucional bélico comandado pelo exército. Essa forma de Estado transformou-se em uma monarquia constitucional, compatível com o presidencialismo e parlamentarismo, que possui como importantes representações a Grã-Bretanha e a Suécia.

O Estado Republicano, que é laico, surgiu com a Revolução Inglesa e a Americana, é um regime de governo com as seguintes características: eletividade e transitoriedade do mandato. Por isso, ele determina como atinge o poder e quanto tempo se permanece nele. Ele tende a ser federal. O Estado Federal é formado por unidas central (União) e periféricas (Estados). É indissolúvel, pois não são tolerados os movimentos separatistas.

Quanto à organização do território, os Estados podem ser: 1- Estados Unitários - centralizado em uma única forma de jurisdição e quanto ao exercício podem ser: simples, desconcentrado e descentralizado. 1.1- O Estado unitário simples é aquele que não possui divisão interna em regiões administrativas. Não há esta forma no sistema mundial contemporâneo. 1.2- Estado unitário desconcentrado é o que possui representação do poder central, sem representações do poder decisório. Exemplos: Vaticano, Mônaco, Andorra Velha, Liechtenstein. 1.3- Estado Unitário descentralizado são os constituídos por entes territoriais autônomos, com personalidade jurídica própria e com poder decisório sobre algumas questões sem interferência do poder central. Exemplo: França.

Quanto às tendências políticas econômicas os Estados Nacionais se subdividem em: 1- Estado Liberal; 2- Estado Social que pode ser: 2.1 - Estado social democrático de regime capitalista e 2.2- Estado social de regime de produção estatal e 3- Estado Nacionalista.

O Estado Liberal, também conhecido como *Laissez-faire, laissez-passer*, ou melhor, o Estado guardião, não interfere na livre iniciativa, assegura a liberdade de comércio e o exercício das profissões, por isso a conhecida denominação profissional liberal.

Para Menelick, com a organização dos direitos de 1º geração, ou seja, os de proteção dos direitos individuais, a atuação do Estado liberal passou a ser mínima, o ordenamento jurídico geral e abstrato tornou-se a forma de consagração de tais direitos, em oposição a qualquer organização corporativa. (Menelick, 2004)

Por outro lado, o Estado Social é formado de duas formas: a social democracia de regime capitalista e o socialismo de regime de produção estatal. O Estado de social democracia (regulador ou complementar) assegura a produção privada, estabelece sistemas regulatórios e intervém na atividade econômica, quando necessário. Esta classificação estatal formatou sistemas de previdência e seguridade social e organizou o processo de relações sociais de trabalho (legislação trabalhista).

No Estado Socialista ou socialismo de regime estatal, os bens de produção, pertencem à nação, eles são administrados pelo governo que representa o Estado. Nesta classificação do Estado social foi abolida a propriedade privada dos meios de produção, que foi incorporada ao Estado.

Como sustenta Menelick, houve um enfraquecimento do paradigma liberal com os movimentos socialistas, comunistas e anarquistas, que foram responsáveis pelo fortalecimento dos direitos sociais coletivos, tais como: os de greve, aquisição de um salário mínimo, jornada máxima de trabalho, educação, acesso ao lazer, dentre outros. (Menelick, 2004) Assim, os casos de nacionalismos se constataram nos Estados ditatoriais populistas, a exemplo, das ditaduras jurídicas do nazismo e do fascismo.

Ressalta ainda, o doutrinador citado acima que, com a crise do Estado Social, após a II Guerra Mundial, formou-se o Estado dito empresário, em razão da formação hipercomplexa da sociedade que deu origem aos direitos de 3º geração ou universais, tais como: os do consumidor e do meio ambiente. Além disso, os direitos de 1º geração, ou, individuais, adquirem uma característica processual, passaram a executar uma democracia mais participativa, de caráter plural e aberto. (Menelick, 2004)

Assim, em razão da sociedade estatal nacional apresentar-se em sua grande maioria de forma democrática, não há como desconsiderar uma estrutura de organização política estatal plural, pois para que haja harmonia entre os cidadãos, deve buscar-se uma maior cooperação e integração entre os povos. A abertura e uma participação política adequada seja

através do voto, ou mesmo, de uma associação de classe, representação popular etc. são necessários para manter a sociedade mais participativa e atuante no processo democrático.

Para Galuppo, o pluralismo é entendido da seguinte forma:

[...], os homens se unirão em projetos comuns, mas já não é mais a identidade e a unidade que constituem a vida social, mas a diferença e a diversidade, Não há mais lugar, nas sociedades modernas, para a homogeneidade, pois cada um estipula para si o que é a vida boa e como atingi-la. (Galuppo, 2008, p.50)

Portanto, uma das formas de evolução do Estado Nacional consiste em uma maior abertura da sociedade nos assuntos de interpretação jurídica, que devem ser realizados com uma participação dos cidadãos, entidades de classes, organizações comunitárias dentre outras e não apenas por meio dos juristas e aplicadores do Direito.

O Estado liberal democrático de direito é considerado o mais adequado para a estrutura da sociedade mundial, plural e hipercomplexa. Afinal, não se cabe mais entender a cidadania apenas através de uma atitude contemplativa, pois democracia apenas representativa não mais persiste. O indivíduo que exerce a cidadania é dotado de personalidade, por isso, é preciso acreditar nela, para que este momento de valorização da democracia semidireta no Brasil e no mundo se consolide e aperfeiçoe em prol de um mundo melhor e mais igual.

2 ESTADOS DEMOCRÁTICOS DIANTE DE UMA SOCIEDADE PLURAL E HIPERCOMPLEXA

As formas plurais existem antes da formação do Estado Nacional, na Idade Antiga e no período Medieval através dos burgos. Da Idade Média para a Moderna o Estado surgiu em razão de um processo de agregação ou desmembramento (Holanda – várias nações desagregaram), Itália (união de várias Cidades-Estados – Veneza, Florença e Nápoles).

Diante das transformações, que paulatinamente modificaram os cenários dos Estados nacionais nas sociedades mundiais, ocorreram às ideias de cidadania, nacionalismo, republicanism, Estado Constitucional Democrático de Direito, políticas internacionais, maiores preocupações com assuntos relacionados aos direitos humanos, sociais e ao pluralismo político.

Argumenta João Paulo Allain Teixeira, a saber:

Com efeito a ideia de cidadania representa um eficiente meio para permitir a convivência entre diferentes: permitindo a separação do âmbito privado (onde as pessoas podem ser diferentes em suas crenças, convicções, etc.), do âmbito público (onde as pessoas devem ser iguais, já que cidadãos); a ideia de cidadania representou um meio relativamente eficiente de lidar com a diferença. (Teixeira, 2006, p.329)

Discorre Habermas que, os cidadãos, membros dos Estados nacionais, passaram a ter uma maior participação no exercício da autoridade política, para que houvesse a formação de uma entidade estatal democrática. Além disso, houve também uma maior abrangência no sentido da liberdade, inspirado nos argumentos Kantianos, pois os povos de diferentes nações puderam firmar acordos cooperativos entre si, através de alianças em prol da paz, (Habermas, 2002).

Em meio a uma maior integração e interdependência das sociedades estatais mundiais multicêntricas e hipercomplexas, surgem alguns posicionamentos essenciais na formação de Estados democráticos, tais como: uma maior transparência nos assuntos políticos administrativos; maior participação ativa da população, através da consulta popular, opinião pública, referendo ou plebiscito; igualdade de direitos entre povos e propriedade privada, desde que cumpra a função social.

Não é demais ressaltar que, uma das formas de se alcançar uma efetividade jurídica em uma sociedade democrática consiste em um maior envolvimento da população em assuntos políticos, assim, Habermas menciona que *“as discussões sobre uma concepção comum do que seja bom e sobre qual forma de vida desejada e reconhecida como autêntica”*, (Habermas, 2002, p. 246).

Para este doutrinador alemão, uma crescente participação da população em assuntos políticos em um Estado democrático era indispensável, por isso, ele defendia a representação através de associações de classes, sindicatos, organizações de determinadas pessoas em prol de determinados assuntos específicos, como formas representativas da democracia participativa/ ativa da população, (Habermas, 2002).

Habermas, que é considerado um construtivista, que acredita na possibilidade do consenso, seres pensantes sentam em uma mesa e cumprem um acordo. Ele propõe sua teoria

da racionalidade argumentativa no contexto europeu, justificado pelo fato das pessoas não aceitarem o retorno ao estado das coisas antes da II Guerra Mundial do século passado. (Saavedra, 2006).

Esse filósofo e sociólogo alemão citado acima a partir de sua teoria comunicativa pretende provocar um diálogo, com o escopo de se afastar da teoria realista, que não acreditava nas possibilidades de mudanças, mas sim em um estado de desconfiança de Hobbes, em que “o homem é o lobo do próprio homem”. A teoria habermasiana é considerada participativa e busca uma ampla interação entre as pessoas, seja através de associações, grupos de classes, dentre outros, (Saavedra, 2006).

A teoria da interpretação construtivista, por sua vez, dar primazia ao discurso, que pode ser absorvido através da linguagem. A linguagem é reconhecida como uma construção, portanto, refere-se aquela que cada povo dar de si próprio para compor os seus valores, a sua história. Por isso, o lema do construtivismo é considerar que o mundo é construído de uma determinada maneira, mas pode ser alterado, assim, há a possibilidade de um novo mundo, (Menelick *et al*, 2011).

Ressalta Menelick:

[...] como em Thoms Kuhn, Dworkin sugere que, ao final, a interpretação criativa construtivamente enfocada nos permite compreender melhor a tarefa de interpretação em qualquer campo do saber, pois “toda interpretação tenta tornar um objeto melhor possível”, [...] (Menelick *et al*, 2011, p.79)

Luhmann não acreditava na bondade da ação comunicativa, pois entendia que podia existir uma comunicação racional, mas apenas sistêmica, ou, sistema/meio, excluindo assim, a participação subjetiva. Por isso, sua teoria ser conhecida como uma referência ao mundo real, assumindo assim, a responsabilidade de prová-la diante da realidade. (Saavedra, 2006)

Segundo Saavedra:

Habermas se preocupa em sustentar uma teoria adequada aos pressupostos da legitimação democrática do direito. Nesse sentido, sua teoria transcende os objetivos daquela de Luhmann. Essa distinção de pretensão se reflete na forma como Habermas analisa a jurisdição constitucional.[...] (Saavedra,2006,p.144)

Para Marcelo Neves:

[...] uma esfera pública pluralista, caracterizada pela heterogeneidade de valores, interesses e discursos, os procedimentos do Estado democrático de direito legitimam-se (heterolegitimação) e servem à promoção da justiça com igualdade. [...] (Neves, 2001, p. 351)

Convém ressaltar, o que Habermas entende por soberania popular em um Estado democrático:

[...] Uma soberania popular, mesmo que se tenha tornado anônima, só se obriga no processo democrático e na implementação jurídica de seus pressupostos comunicacionais, bastante exigentes por sinal, caso tenha por finalidade conferir validação a si mesmo enquanto poder gerado por via comunicativa. Sendo mais exato, essa validação provém das interações entre a formação da vontade institucionalizada de maneira jurídico-estatal e as opiniões públicas culturalmente mobilizadas, que de sua parte encontram uma base nas associações de uma sociedade civil igualmente distante do Estado e da economia, (Habermas, 2002, p.283).

A igualdade de direitos é uma característica que deve ser apresentada em uma sociedade democrática de fato, onde a vontade da maioria dos povos não pode obscurecer à das minorias, promovendo uma inclusão social. É preciso que haja um acordo entre a vontade da maioria com respeito ao posicionamento da minoria, ou melhor, um consenso.⁶

Assim, para Zagrebelsky, o pluralismo político é aquele apresentado em uma sociedade democrática de direito, que apesar de predominar a vontade da maioria, não impede a participação ativa da minoria nos acessos públicos, pois pode acontecer que tal grupo minoritário se torne hegemônico, ocorrendo assim, uma alternância do poder político, (Zagrebelsky, 2009).

Nesse sentido, afirma Galuppo:

[...] O pluralismo não é de fato, uma mera coexistência de concepções divergentes, mas uma convivência desses projetos, realizados e atualizados da melhor forma exequível. Se um projeto não puder ser realizado de forma alguma, por limitações impostas pelo grupo que assume o poder central,

⁶ Partido Verde Ecológico ou que apoiam as questões ambientais (década de 70) – já foi minoria, a questão ambiental universalizou-se envolvendo todo o mundo, quem sabe um dia pode configurar uma alternância do poder político convertendo a minoria em grande representação ou maioria. Recentemente, o Brasil criou o partido ecológico nacional (PEN) tendo por escopo a luta pela sustentabilidade.

então os projetos minoritários estão fadados a desaparecerem, e com eles o próprio pluralismo. [...] (Galuppo, 2008, p.53)

Por conseguinte, convém ressaltar o posicionamento de Marcelo Neves, a saber:

[...] No que diz respeito aos procedimentos democráticos, isso significa que a maioria democrática eventual não pode suspender ou destruir o princípio constitucional da isonomia, sob pena não só de destruir a própria justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico, mas também de impossibilitar o apoio político generalizado em uma sociedade complexa e heterogênea, ao negar os direitos políticos iguais. [...] (Neves, 2009, p.75)

Nesse sentido, falar-se que os procedimentos no Estado de direito nem sempre são resultantes de um consenso, pois o dissenso também é uma atividade funcional da democracia plural da atualidade. Por isso, não se admite a exclusão, nem tampouco, formas de discriminação. Afinal, a sociedade democrática mundial consiste na promoção da igualdade na heterogeneidade, diversidade, dissenso.

Por conseguinte, entende Neves:

[...], o Estado democrático de direito legitima-se enquanto seus procedimentos absorvem sistematicamente o dissenso e, ao mesmo tempo, possibilitam, intermediam e mesmo fomentam a sua emergência na esfera pública. Como modelo jurídico-político, ele legitima-se enquanto é capaz de intermediar o consenso procedimental e dissenso contencioso e, dessa maneira, viabilizar e promover o respeito das diferenças na sociedade global supercomplexa da contemporaneidade, (Neves, 2001, p.353).

Sendo assim, o Brasil, a partir da Constituição pluralista e cidadã de 1988, tem sido considerado um Estado mais democrático. No entanto, observa-se que o poder Judiciário continua com uma concentração e hegemonia na resolução de suas decisões, levando a uma ausência da atuação dos povos nesses processos, o que resulta em uma forma de crise e descrédito nas soluções justas nas lides jurídicas.

Ademais, não apenas se tem questionado o formalismo de toda a estrutura da Justiça brasileira, assim como, a carência de efetividade e eficiência nas suas atividades, as quais deveriam ser mais transparentes e com maior participação da população, o que dificulta o acesso igualitário a todos os cidadãos.

Afinal, o direito visando um ideal de justiça deve dispor de mecanismos necessários à tutela jurisdicional adequada. Cada vez mais se busca um processo mais seguro, dispondo ao jurisdicionado o que ele tem direito de fato a obter, em detrimento a incerteza e a lentidão.

É oportuno mencionar o posicionamento de Menelick, quanto à necessidade da formação de um novo paradigma no Estado Democrático de Direito em prol de uma decisão justa, a saber:

Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é preciso requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e as regras constitutivos do direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade de decisão às particularidades do caso concreto. (Menelick, 2004, p, 245)

Por isso, a responsabilidade e o papel do magistrado na sociedade como pacificador ficou mais em evidência, devendo este procurar todas as formas possíveis para tornar o processo mais simples e assim, menos formal e burocrático. Pois vivemos em um mundo que nos exige a cada dia mais perfeição, efetividade, celeridade, no entanto, não podemos alcançar nossos ideais passando por cima dos outros, se quisermos viver em paz em uma sociedade dita democrática de direito.

4 O NOVO MÉTODO PARA SOLUCIONAR PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS COMUNS ENTRE ORDENS JURÍDICAS DISTINTAS

O mundo jurídico atual complexo está centrado no desenvolvimento de sistemas que são responsáveis pela evolução social. O sistema jurídico é considerado *autopéitico*, uma vez que ele reproduz autonomamente suas estruturas e elementos que o compõem, por isso, eles são considerados autônomos tanto no plano estrutural quanto no operativo, daí ser conhecido por um sistema fechado, porém dividido em subsistemas especializados, (Cademartori *et al*, 2011).

Como o direito é um sistema constituído por um fechamento operacional o meio é indiferente em relação aos seus elementos determinantes. Por conseguinte, falar-se que a relação interna do sistema não interessa os elementos do meio, pois o intercâmbio é realizado pelo próprio sistema, sem a interferência daquele. (Luhmann, 2010)

O sistema social jurídico de Luhmann, por ser autopoietico, não precisa de nenhum elemento para se autolegitimar-se, analisa o seu interior a partir do seu próprio código, que seria uma reentrada da forma na forma, ou *re-entry*. Ademais, devido à auto referência do sistema jurídico em consequência do fechamento operacional e *re-entry*, o direito precisa criar assimetrias na circularidade dos sistemas para evitar o curto-circuito da auto referência, (Saavedra,2006).

Luhmann ressalta que “o esquema input/output se dirige em contrapartida, a relação mais específica entre sistemas e sistemas-no-meio” (Luhmann, 2010, p.63). Essa forma de fechamento operacional serve para que não haja uma confusão na construção da identidade do sistema em relação ao meio, em razão da complexidade da estrutura social.

O sistema social Luhmanniano tem seu processo evolutivo a partir do processo social de comunicação, por isso, para este sociólogo existe uma comunicabilidade não apenas internamente, assim como, com o ambiente ou meio exterior. Nesse sentido, apesar do fechamento operacional há uma abertura cognitiva ou heterorreferência permitindo uma capacidade de aprendizagem e reciclagem com o meio. (Neves, 2011)

Por conseguinte, observa-se a partir da teoria sistêmica de Luhmann, uma necessidade de maior comunicação entre os sistemas sociais, que seriam relativamente autônomos em relação ao meio, formados a partir de códigos binários e no caso do sistema de direito constituído através de programas *inputs*, que possuem informações para responder decisões pré-definidas,(Luhmann, 2010).

Para Giovanni Agostini Saavedra:

[...] contrariamente a Habermas e a outros autores, Luhmann defende uma autonomia comunicativa própria e característica do direito. Luhmann não considera que há relações diretas do sistema com o entorno e, pelo contrário, entende que o direito na modernidade atua na forma de um sistema *autopoietico*, ou seja, o direito passa a autoproduzir-se e a produzir sua própria legitimidade, (Saavedra, 2006, p.33).

Luhmann não concorda com a racionalidade argumentativa, de Habermas, nem a teoria da ação, da seguinte forma:

[...] O reparo é excessivo, pois pode ser aplicado a absolutamente a tudo: à racionalidade do consenso, já que sempre se teria de pressupor que há áreas

de consenso que não foram alcançadas; ou pessoas com as quais ainda não se obteve o acordo, sobretudo quando as condições mudam mais rápido do que a habilidade para obtê-lo. Em todos os modelos, a transcendência (o mais além do atual) desempenha um papel fundamental; mas exatamente por isso, a Teoria dos Sistemas está mais bem equipada tecnicamente do que a teoria da ação, ou a do entendimento comunicativo. (Luhmann, 2010, p.199)

Para Garcia Amado, o sistema social realiza suas próprias comunicações, por isso, ser autônomo e fechado, mas não significa que ele se isole em relação aos demais, pois precisa ocorrer a comunicação entre os demais sistemas, não se delimitando apenas ao seu ambiente interno, para a formação da sociedade. (Garcia Amado, 2004)

Em razão da formação complexa da sociedade mundial, surge a necessidade de um maior entrecruzamento entre diversas ordens nas soluções jurídicas constitucionais, que possuindo o mesmo código, são constituídos por programas e critérios distintos. Assim, surgem os métodos transconstitucionais, que conforme o entendimento de Neves permite que haja um diálogo constitucional entre ordens distintas, proporcionando um verdadeiro intercâmbio constitucional, sem a imposição de uma ordem sobre a outra. (Neves, 2009)

Não é demais ressaltar, que diante de um sistema jurídico multicêntrico da sociedade mundial atual surge uma pluralidade de interpretações do sistema do direito, em diversas ordens jurídicas tanto internacionais, quanto nacionais, ou mesmo, regionais e transnacionais. A solução para tais questões, que interessa essas diversas ordens, seria o entrelaçamento entre elas, (Neves, 2009).

Visualiza-se o entrelaçamento entre ordens constitucionais na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CrIDH), instituída pela Convenção Americana⁷ sobre os Direitos Humanos, e as ordens constitucionais dos Estados signatários, que reconheceram a jurisdição desta Corte Constitucional regional, como o Brasil, em relação a questões constitucionais comuns relacionadas à proteção dos Direitos Humano, com o objetivo de uma melhor interpretação destas decisões nas Cortes estatais. (Neves, 2009)

⁷ A Convenção foi adotada em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

No entanto, ao se constar um assunto de ordem regional que não foi solucionado no Brasil, por exemplo, país membro da OEA⁸, deve-se inicialmente encaminhar para a discussão nas comissões interamericanas para verificar se resulta em alguma solução, caso contrário, observando-se os requisitos de admissibilidade do Regimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, encaminha-se uma petição para ser analisada e decidida por esta Corte Regional.

Um caso de modificação legislativa a partir de uma denúncia e discussão nas comissões da OEA, sem a necessidade de um encaminhamento a julgamento na CrIDH, ocorreu com o homicídio da paraibana Márcia Barbosa, praticado, por seu amante, então deputado estadual a época, Aécio Pereira. Esse caso resultou em alterações da imunidade parlamentar com a entrada em vigor da Emenda Constitucional 35/2001.

Sendo assim, afetar a vida, a liberdade, a segurança e a integridade da pessoa consistem em se indispor contra os direitos e garantias fundamentais que os protegem, enquanto pessoa vivendo em sociedades de âmbito multicultural e em estágios de desenvolvimentos distintos.

Ressalta-se também que, os direitos fundamentais do ser humano não pertencem a um determinado Estado, assim, justifica-se a sua proteção universal. Apesar de, alguns estudiosos defenderem o relativismo dos direitos humanos. Ademais, alguns casos de torturas e homicídios⁹ praticados por policiais civis e militares de corporações brasileiras servem como uma das formas de verificar um intercâmbio de experiências constitucionais, por meio das jurisprudências da Corte Suprema do Brasil e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse norte, por meio de decisões do STF e da Corte Interamericana almeja-se uma maneira de reconhecer a necessidade da internacionalização do direito constitucional, pois restrito as fronteiras dos Estados, não são mais suficientes para afirmar a proteção dos direitos humanos.

Esse novo método constitucional refere-se a um diálogo relacionado aos problemas constitucionais/convencionais comuns entre cortes jurídicas de ordens diversas, a partir de

⁸ Organização dos Estados Americanos (OEA) é uma organização internacional criada em 1948, com sede em Washington.

⁹ O Brasil ratificou a Convenção Interamericana para prevenir e sancionar a tortura no dia 20 de julho de 1989.

uma perspectiva constitucional pluralista, aberta a outras identidades e costumes, reconhecendo a legitimidade jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Procura-se constatar se existe por parte do Brasil, a utilização da jurisprudência regional como forma de intercâmbio de experiências. Salienta-se que a Constituição Federal do Brasil possui cláusulas abertas aos direitos e garantias previstos em Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, que complementam o texto constitucional: (art.5º CF/88). Sugere-se, nesse sentido, que ao interpretar a Constituição, a Corte Suprema do nosso país não busque o predomínio do Direito Constitucional ou do Direito Internacional na solução de casos de violações de Direitos Humanos, mas procurem relações conjuntas para solucionar essas questões.

Destacam-se os casos de tortura praticados por policiais civis e militares brasileiros, chegando ao homicídio, algumas vezes, que chegaram como petição de admissibilidade na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a saber:

Adão Pereira de Souza (Informe nº41/10), Petição P -999-06, que foi preso arbitrariamente por policiais civis no Distrito Policial de São Félix do Xingu, Pará, sofreu tortura e em seguida morreu. O crime configurou-se, pois a vítima foi confundida com uma pessoa que tinha ameaçado o sobrinho do chefe do polícia local. Esse fato foi levado a Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão da demora nos trâmites procedimentais e processuais, além da impunidade, demonstrando um caso de descaso com relação à proteção dos direitos humanos no Brasil. A petição foi aceita por preencher os requisitos de admissibilidade e encontra-se na fase de análise dos fatos.

José do Egito Romão Diniz (Informe nº 6/10), Petição P-262-05, que foi levado ao Distrito de Polícia nº134, na cidade de Campos dos Goytacazes/Rio de Janeiro, pelo oficial de polícia civil Rogério Gomes Pontes para ser confrontado com outra testemunha. O oficial de polícia ameaçou verbalmente a vítima para forçar uma confissão, batendo, espancando e empurrando-a sua cabeça na parede. Constatou-se mais uma vez um caso de impunidade pela autoridade brasileira, o que levou a admissibilidade desta petição na CrIDH.

Hildebrando Silva de Freitas, (Informe nº146/11), Petição 405-07, foi detido arbitrariamente por policiais civis e militares na cidade de Belém, Estado do Pará, pois queriam fechar o seu estabelecimento, o clube noturno, “Casa de Samba Cadência” por considerar que estava sem permissão para o uso. No período de um dia de detenção, os

policiais golpearam a parte superior da cabeça da vítima, e, ao levarem a sela deram em sua caixa torácica, olho esquerdo, peito e cintura, comprovados por laudos realizados no Instituto Médico legal. No dia seguinte concederam a liberdade com o pagamento de fiança. A CrIDH comprovou a veracidade das alegações, constatou a violação do art.5º da Convenção Americana, além das violações da Convenção Interamericana para prevenir e sancionar a tortura.

Silas Abel da Conceição, (Informe nº 62/09), Petição 1173-05, foi torturado e em seguida executado sumariamente, na época tinha 18anos, por policiais civis de Minas Gerais. A vítima foi detida e torturada junto com Pedro de Almeida, que na época tinha 20 anos. O policial Onofre Mauricio Vasconcelos, Fernando Costa de Souza e Álvaro José Viana colocaram o cadáver de Pedro de Almeida em uma bolsa e levaram a um bosque obrigando Silas Abel a enterrá-lo, portanto, este passou a ser a única testemunha do delito. Posteriormente, os três funcionários policiais citados sequestraram Silas e o executou com um tiro na nuca. Por passar mais de 20 anos sem uma sentença definitiva na Corte Judiciária do Brasil foi enviada esta petição para CrIDH, que constatou os requisitos de admissibilidade e está em fase de análise dos fatos.

Nesse contexto, de um modo geral, as pessoas que são submetidas a tratamentos torturantes, são aquelas mais vulneráveis na sociedade, ou melhor, os negros, pardos, miseráveis, pobres e analfabetos, as pessoas que são habitantes dos morros e favelas. Essas classes desprezadas possuem características semelhantes no contexto histórico internacional, sendo, por isso, consideradas como classes perigosas, sendo a tortura uma maneira de inibir ou prevenir condutas que possam causar alto risco para a sociedade.

Após a II Guerra Mundial do século passado na Europa e posteriormente no resto do mundo foram celebrados e ratificados tratados internacionais no ambiente doméstico desses países. Este fato resultou em uma relativização da soberania do Estado, em prol de uma maior proteção do indivíduo como ser humano, que se encontre com algum direito fundamental seu violado, onde quer que ele esteja e possa assim, ter condições de solicitar as providências jurídicas cabíveis.

Em tempo de globalização jurídica, momento em que se almeja uma rede global de proteção de direitos, torna-se essencial compreender adequadamente o entrelaçamento entre o Supremo Tribunal do Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos para encontrar

respostas mais compatíveis com as necessidades da sociedade multicêntrica, plural e hipercomplexa.

CONCLUSÕES

Depois do desenvolvimento do presente trabalho, podem-se destacar as seguintes conclusões:

1- Com as mudanças ocorridas no mundo, sobretudo a partir do século XX, os assuntos relacionados às políticas internacionais passaram a ser abordados, aplicados e disseminados com as seguintes ideais: cidadania, nacionalismo, republicanismo, Estado Constitucional Democrático de Direito, política internacional, maiores preocupações com assuntos relacionados aos direitos humanos, sociais e ao pluralismo político e jurídico.

2- Em razão dessa maior integração e interdependência das sociedades estatais mundiais multicêntricas e hipercomplexas, surgem alguns posicionamentos essenciais na formação de Estados democráticos, tais como: uma maior transparência nos assuntos políticos administrativos; maior participação ativa da população, através da consulta popular, opinião pública, referendo ou plebiscito; igualdade de direitos entre povos e propriedade privada, desde que cumpra a função social.

3- Para se adaptar a essas novas estruturas mundiais, que buscam alcançar a justiça, não se admite a exclusão, nem tampouco, formas de discriminação, uma vez que, um dos requisitos da sociedade democrática atual consiste na promoção da igualdade na heterogeneidade, diversidade, dissenso.

4- A sociedade atual constitui uma nova configuração na estrutura de novos métodos de interpretação nas decisões constitucionais comuns entre diversas ordens, tais como: O Supremo Tribunal Federal do Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos de torturas e/ou homicídios praticados por policiais civis e militares de corporações brasileiras, como objeto da demonstração essa nova teoria constitucional de grande importância para o aprimoramento do direito constitucional, exigindo um elevado grau de interdisciplinaridade.

5- Através do transconstitucionalismo entre as decisões do STF e da Corte Interamericana almeja-se uma maneira de reconhecer a necessidade da internacionalização do direito constitucional, pois restrito as fronteiras dos Estados, não são mais suficientes para afirmar a proteção dos direitos humanos.

6- O método do diálogo constitucional não surgiu para diminuir ou extinguir a independência do Judiciário nacional, mas teve a intenção de fazer repensar o seu papel a partir de jurisprudências consolidadas por Cortes Interamericanas de Direitos Humanos, no caso desta pesquisa, relacionadas às torturas e/ou homicídios praticados por policiais civis e militares de corporações brasileiras.

7- O transconstitucionalismo, na solução de um problema de direitos fundamentais ou Humanos, cria um centro de poder, sem subordinação, solucionando a questão através de um intercâmbio, a fim de atingir objetivos comuns (proteção dos direitos humanos) e que sejam mais eficazes.

8- Enfim, salienta-se que a Constituição Federal do Brasil possui cláusulas abertas aos direitos e garantias previstos em Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, que complementam o texto constitucional: (art.5º CF/88). Sugere-se, nesse sentido, que ao interpretar a Constituição, a Corte Suprema do nosso país não busque o predomínio do Direito Constitucional ou do Direito Internacional na solução de casos de violações de Direitos Humanos, mas procurem relações conjuntas para solucionar essas questões.

REFERÊNCIAS:

AMADO, Juan Antonio Garcia **A Sociedade e o Direito na Obra de Niklas Luhmann**. In: ARNAUD, André- Jean *et al.* Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart *et al.* **A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: Uma proposta ao Fechamento Operacional e à Abertura Cognitiva da Decisão Judicial**. Sequencia, n.62, p323-359, jul.2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira “Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio da teoria da

interpretação enquanto teoria discursiva de argumentação jurídica de aplicação”. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 (p.233-250).

_____ *et al* Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito – **A produtividade das tensões principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GALLUPPO, Marcelo Campos. **Hermenêutica Constitucional e Pluralismo**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2002.

HAGEN, Acácia Maria Maduro. **O Trabalho Policial: Estudo da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas: Aulas Publicadas por Javier Torres Nafarrate; tradução de Ana Cristina Arantes Nasser**. 2 ed. Petrópolis, RJ: 2010.

NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea*. Brasília: UnB, 2001.

_____ **A Constitucionalização Simbólica**. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____ **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e Democracia – Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das Decisões Judiciais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **Pluralismo Político e Integração Social: Entre consenso e Disenso**: In: NETO, Manoel Severo (org.) *Direito, Cidadania & Processo*. V.3 Recife: Fasa, 2006 (p.325-341 – V.3).

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Del Estado de Derecho al Estado Constitucional*. In:

_____. *El Derecho Ductil*. Madrid, Trotta, 199, p.21-45.