

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

DAVI BREMGARTNER DA FROTA

**ANÁLISE TRANSCONSTITUCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A POSIÇÃO
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 153/DF**

**CURITIBA
2018**

DAVI BREMGARTNER DA FROTA

**ANÁLISE TRANSCONSTITUCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A POSIÇÃO
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 153/DF**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.

Orientador: Prof. MSc. Roosevelt Arraes

**CURITIBA
2018**

DAVI BREMGARTNER DA FROTA

**ANÁLISE TRANSCONSTITUCIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A POSIÇÃO
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 153/DF**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Professor Membro da banca

Curitiba, de de 2018.

A todas e todos aqueles que
contribuíram para a realização desse trabalho:
Um inestimável obrigado!

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar a aplicabilidade ou a possível existência da teoria do Transconstitucionalismo desenvolvida por Marcelo Neves nas decisões da Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal – STF, mais precisamente tomando como paradigma o caso da ADPF 153/DF relacionado com o Caso *Julia Gomes Lund* da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tem-se como objetivo saber se o STF e a CIDH promoveram diálogos constitucionais, a fim de se criar pontes de transição entre as cortes e chegar a denominadores comuns capazes de garantir uma maior efetividade para a consolidação dos direitos humanos em um sistema mundial cada vez mais descentralizado. Para tanto, discorre-se sobre os movimentos do constitucionalismo, definição teórica do transconstitucionalismo, passando pela formação de uma sociedade moderna mundial de níveis e finalmente conceitos e perspectivas dos direitos humanos em tal sociedade.

Palavras Chave: Transconstitucionalismo, ADPF 153/DF, Caso *Gomes Lund*, Direitos Humanos na sociedade mundial.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the applicability or possible existence of the theory of Transconstitutionalism developed by Marcelo Neves in the decisions of the Brazilian Constitutional Court, the Federal Supreme Court (FSC), more precisely taking as a paradigm the case of ADPF 153/DF related to the Julia Gomes Lund Case of the Inter-American Court of Human Rights. The purpose is to know whether the FSC and the IACHR have promoted constitutional dialogues in order to create bridges between the courts and reach common denominators capable of ensuring greater effectiveness for the consolidation of human rights in an ever-changing world system more decentralized. In order to do so, we discuss the movements of constitutionalism, the theoretical definition of Transconstitutionalism, the formation of a modern world-wide society of levels, and finally concepts and perspectives of human rights in such society.

Keywords: *Transconstitutionalism, ADPF 153/DF, Gomes Lund Case, Human Rights in a world-wide society.*

LISTA DE SIGLAS

ADI	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
AI	- Ato Institucional
ADPF	- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ARENA	- Aliança Renovadora Nacional
BverfGE	- <i>Bundesverfassungsgerichts</i> – Tribunal Constitucional Federal Alemão
CADH	- Convenção Americana de Direitos Humanos
CIDH	- Corte Interamericana de Direitos Humanos
CRFB/88	- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
FIFA	- <i>Fédération Internationale de Football Association</i> – Federação Internacional de Futebol
HC	- <i>Habeas Corpus</i>
MDB	- Movimento Democrático Brasileiro
NCPC/15	- Novo Código de Processo Civil de 2015
OEA	- Organização dos Estados Americanos
ONU	- Organização das Nações Unidas
PTB	- Partido Trabalhista Brasileiro
RE	- Recurso Extraordinário
STF	- Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

RESUMO	5
ABSTRACT	6
LISTA DE SIGLAS	7
1 INTRODUÇÃO	8
2 CONCEITOS PRELIMINARES	10
2.1 HISTÓRICO DO CONSTITUCIONALISMO	10
2.2 A SOCIEDADE MULTICÊNTRICA, TRANSNORMATIVISMO E PLURINACIONALISMO	15
2.3 DOS ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS À CONSTITUIÇÃO TRANSVERSAL	21
3 TRANSCONSTITUCIONALISMO	32
3.1 CONCEITO	32
3.2 ESPÉCIES DE TRANSCONSTITUCIONALISMO	34
3.2.1 Transconstitucionalismo entre Direito Internacional Público e Direito Estatual	34
3.2.2 Transconstitucionalismo entre Ordens Jurídicas Estatais.....	38
3.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS ENVOLVIDOS. .	41
4 ADPF Nº 153/DF – REVISÃO DA LEI DE ANISTIA DE 1979 E CASO JULIA GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) – ANÁLISE TRANSCONSTITUCIONAL	46
4.1 A GUIA DE INTRODUÇÃO: A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH.....	46
4.2 HISTÓRICO DO CASO	47
4.3 ANÁLISE TRANSCONSTITUCIONAL DO CASO EM TELA E A PRESENÇA DE DIÁLOGOS ENTRE AS ORDENS JURÍDICAS ENVOLVIDAS.....	54
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico das comunicações sociais e o advento do fenômeno da globalização, ao final do século XX até os dias atuais, trouxeram para a humanidade diversos motivos para uma reestruturação nos seus sistemas sociais. Dentre esses sistemas que compõem uma sociedade, as organizações jurídicas vislumbraram uma necessidade de mudança, a fim de possibilitar uma melhor ordenação na capacidade de agir da comunidade. Antes, conflitos jurídicos eram gerados dentro de uma perspectiva local ou estatal, entretanto este conceito cada vez mais é mitigado frente a novas perspectivas globais, na qual conflitos perpassam os meros limites territoriais e, conseqüentemente, de ordens jurídicas diversas.

No âmbito jurídico, conflitos entre ordens jurídicas distintas acontecem porque os Estados, deparando-se com questões constitucionais de interesse comum a toda uma sociedade globalizada, tratam de forma particular as suas possíveis resoluções, não se preocupando, e.g., com responsabilidades perante outras ordens jurídicas presentes nos mesmos casos decididos. O Direito Internacional se expandiu de tal forma que possibilitou a criação de ordens jurídicas plurais, enquanto o Direito Nacional se torna cada vez mais fragmentado.

É diante da existência destes embates que a presente pesquisa monográfica se torna relevante. Muitos juristas, cientistas políticos e sociólogos pretendem apontar para a formação de um constitucionalismo voltado para o plano mundial, que ultrapassou fronteiras dos respectivos Estados e tornou-se relevante para diversas ordens jurídicas. Nesta pesquisa, o objetivo será analisar tal fenômeno dentro da perspectiva do Transconstitucionalismo, teoria abordada por Marcelo Neves, em que destaca a tendência de existir, na sociedade mundial, questões que importam a uma variedade de ordens jurídicas, como locais, regionais, internacionais e transnacionais, sendo, portanto, necessária a criação de “pontes de transição” ou “conversações constitucionais” para o fortalecimento dos entrelaçamentos e possíveis soluções de tais problemas.

Para possibilitar uma melhor visualização de problemas desta ordem, cabe fazer uma análise da posição do Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional do país, frente a casos que discutam questões de direitos humanos e

que envolvam outras ordens jurídicas. Por isso, se fará uma análise transconstitucional da ADPF 153/DF relacionada com o Caso Julia Gomes Lund.

Para isso, no segundo capítulo, faz-se necessária a análise histórica e sociológica do Constitucionalismo, como movimento que possibilitou a diferenciação dos sistemas da política e do direito, separando também o poder estatal dos direitos fundamentais de liberdade individual, passando por uma reformulação e incluindo os direitos sociais de segunda geração e chegando até os direitos de terceira geração pautados no princípio da fraternidade. Ainda, explica-se a formação de uma sociedade multicêntrica mundial nos dias de hoje, a tendência de um Transnormativismo entre Direito Internacional e direito interno, bem como a tendência latino-americana de criar uma Constituição Plurinacional no âmbito interno dos Estados. Após, parte-se para os conceitos sociológicos de “acoplamento estrutural” e “Constituição transversal”.

Em seguida, no terceiro capítulo, será explicado o conceito teórico de Transconstitucionalismo, apontando também as espécies que importam para a presente pesquisa quais sejam: o entrelaçamento entre ordem jurídica internacional e a estatal; e o entrelaçamento entre ordens estatais. Após, apontará a definição dos direitos humanos na sociedade mundial e a sua importância como conteúdo dos conflitos evidenciados pelo transconstitucionalismo, já que estes direitos importam a uma grande variedade de ordens jurídicas.

Por fim, no quarto e último capítulo, o objeto de estudo será o caso da ADPF 153/DF no Supremo Tribunal Federal relacionado com o Caso Gomes Lund. Iniciará uma breve explicação do funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e na relação de ambos os casos, observará se a teoria transconstitucionalista tem a possibilidade de existir perante a racionalidade decisória do STF e se é possível enxergar uma conversação constitucional com a CIDH.

2 CONCEITOS PRELIMINARES

A pretensão deste capítulo será de apresentar a formação de uma sociedade cujos parâmetros de normatização já não se baseiam mais em limites preestabelecidos, quer seja eles unicamente territoriais, sociais, econômicos, políticos etc. Assim, se fará uma breve apresentação de como a sociedade (tendo como marco histórico o surgimento do constitucionalismo) se tornou complexa e multicêntrica, passando a ser chamada de sociedade mundial. Logo em seguida, serão apresentados os conceitos de acoplamento estrutural e racionalidade transversal como mecanismos necessários para que haja vínculos construtivos de aprendizado nos sistemas que compõem a sociedade multicêntrica e como as Constituições podem influenciar na produção de “pontes de transição” entre diversas ordens jurídicas conflitantes. Essas considerações iniciais serão construídas com base nos conceitos que Marcelo Neves traz acerca deles para que posteriormente se possa adentrar no conceito de Transconstitucionalismo, sem, por óbvio, deixar de falar sobre as considerações contemporâneas de uma “constitucionalização do Direito Internacional” evidenciada por muitos outros autores.

2.1 HISTÓRICO DO CONSTITUCIONALISMO

Com a criação de uma Constituição escrita e rígida nos Estados Unidos em 1787¹, e na França em 1791², a ideia de uma organização política e do Estado baseado em limitação do poder e garantia de direitos fundamentais passou a servir de modelo para todos os outros países cujo povo insurgia-se contra um Estado Absolutista.

¹ Texto discutido e aprovado pela Convenção Constitucional de Filadélfia, em 17 de setembro de 1787.

² Fruto da Revolução Francesa de 1789 cria-se então a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Com ideais liberais, os burgueses, comandantes das revoluções, pretendiam ser a classe política dominante, tomando para si a necessidade de limitação do poder do governante, estabelecendo, assim, o Estado de Direito.

Surge então, a partir das experiências históricas das revoluções do final do Século XVIII, o constitucionalismo, que inicialmente é marcado pela criação de uma carta cuja semântica se encontra tanto no âmbito político quanto no âmbito jurídico³. Consequentemente, esse novo paradigma alcançou o plano estrutural da sociedade a tal ponto de se poder dizer que o constitucionalismo é, dentro de uma perspectiva histórica e nas palavras de Canotilho, “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.”⁴

Para Marcelo Neves, apesar de essa nova perspectiva ter se iniciado no campo político-jurídico, ela mesma foi fundamental para a diferenciação (no plano sistêmico e funcional) entre os sistemas da política e do direito⁵, isso porque era necessário romper com a velha ordem de poder marcada pela sociedade pré-moderna hierarquizada, em que os sistemas sociais (política e direito, principalmente) eram indiferenciados, compostos por uma estrutura política absoluta de dominação, legitimados pelo discurso da moral-religiosa para justificar a existência de estamentos sociais pré-determinados⁶.

Esse pensamento adentra em uma perspectiva sociológica que serve aos propósitos deste trabalho. Desse modo, Neves atesta para o surgimento de um constitucionalismo atípico nos séculos XIX e XX em que:

O constitucionalismo relaciona-se com transformações estruturais que engendraram as bases para o surgimento da sociedade moderna. O incremento da complexidade social levou ao impasse da formação social diferenciada hierarquicamente da pré-modernidade, fazendo emergir a pretensão crescente de autonomia das esferas de comunicação, em termos de sistemas diferenciados funcionalmente na sociedade moderna. Há não só um desintrincamento de lei, poder e saber, nem apenas a obtenção da liberdade religiosa e econômica pelo homem, mas um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional.⁷

³ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 47.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 51.

⁵ NEVES, 2009. p. 48.

⁶ Ibid., p. 6-7.

⁷ Ibid., p. 20, 21.

Ou seja, as revoluções liberais desencadearam o início de um processo de fragmentação da hierarquia que antes se delimitava com base em princípios metajurídicos do jusnaturalismo considerados imutáveis. As esferas comunicativas antes eram indiferenciadas, pois a legitimação de uma sociedade organizada hierarquicamente passava pela diferença entre poder superior e inferior como sinônimos de bem e mal (para a justificação moral) e transcendente e imanente (para a justificação religiosa): A nobreza era vista como detentora do bem e merecedora daquilo que transcende, sendo constituída como a parte superior da camada social enquanto a plebe era vista como detentora do mal e portadora do mero imanente, constituída como a parte inferior do estamento.⁸ Com a quebra desse paradigma pelo constitucionalismo, garantindo às diversas esferas de comunicação a autonomia que antes não podiam ser realizadas por haver um poder dito absoluto em contraposição a tudo que era diverso a ele, foi que paulatinamente construiu-se o que se denomina como sociedade moderna.

O desintrincamento de lei, poder e saber significa para Neves que o conhecimento, antes sendo adquirido por uma pequena parcela da sociedade (a nobreza e clero), agora passa a ter sua dispersão para todas as outras camadas do estamento. Com o conhecimento adquirido por todos, a linguagem argumentativa e a construção de ideias passa então a ser produzida por vários grupos sistêmicos e logo o poder também se dispersa.

Com a quebra de toda a estrutura anteriormente construída, o Estado agora age por intermédio dos seus agentes que encontram limites frente a uma Constituição. Os grupos sociais agora se multiplicam e cria-se aquilo chamado pelo autor de “sistemas diferenciados funcionalmente”, pois cada grupo social encontrará fundamentos e maneiras diferentes de se determinarem frente à realidade.

Necessário se faz também adentrar na perspectiva histórica do constitucionalismo em que a concepção de um Estado de Direito foi aos poucos sendo modificados.

As revoluções liberais foram a resposta dada ao arbítrio que o Estado Absolutista exercia sobre o povo. Com isso, o Estado passa a ter como paradigma orientações liberais ligadas ao ideal de liberdade (primeira geração dos direitos fundamentais), daí se falar em Estado Liberal e constitucionalismo clássico.

⁸ NEVES, 2009. p. 6.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial e a crise do Liberalismo⁹, o modelo clássico começa a ser questionado dando origem ao constitucionalismo moderno ou social. Dessa forma, o Estado passa a intervir no corpo social a fim de corrigir as desigualdades existentes, garantindo assim a igualdade não só formal, mas também substancial (surge a segunda fase dos direitos fundamentais pautado no ideal de igualdade).

Entretanto, com a exacerbação do pensamento positivista e o surgimento de regimes estatais autoritários no início do Século XX (Nazismo, Fascismo etc.), muitas atrocidades foram feitas pelo próprio Estado em nome do estrito cumprimento do ordenamento jurídico que o legitimara. Foi no final da Segunda Guerra Mundial que a partir dessa experiência histórica, o direito deveria passar a ser visto não apenas como forma, mas também detentor de conteúdos morais e éticos para ser válido.

Assim, pelo ponto de vista dogmático, o constitucionalismo nessa época também sofre mudanças, como menciona Barroso:

No constitucionalismo europeu – e na maior parte do mundo, que vivia sob sua influência – prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais não seriam propriamente normas jurídicas, que comportassem tutela judicial quando descumprida, mas sim diretivas políticas endereçadas sobretudo ao legislador. A superação dessa perspectiva ganhou impulso no segundo pós-guerra, com a perda de prestígio do positivismo jurídico e da própria lei e com a ascensão dos princípios constitucionais concebidos como uma reserva de justiça na relação entre o poder político e os indivíduos, especialmente as minorias. Essa mudança, uma verdadeira revolução silenciosa, tornou-se possível graças à disseminação da jurisdição constitucional, com a criação de inúmeros tribunais constitucionais pelo mundo afora.¹⁰

Dessa forma, o mundo mudaria sua forma de ver o constitucionalismo como algo inteiramente subjugado à soberania de um determinado país ou a um positivismo estrito. A criação de tribunais constitucionais agora passa a tratar de questões constitucionais de interesse que não são apenas regionalizados, mas que importam também para todos aqueles países que se preocupam com o mesmo tema

⁹ No início do Século XX, o fim da I Grande Guerra e a Crise de 1929 trouxe um esgotamento do pensamento liberal. Várias consequências traumáticas se instalaram nessa época com a aniquilação do capital e o surgimento de milhões de desempregados. A resposta para a retomada do crescimento econômico, pelo menos nos Estados Unidos, foi a criação do New Deal na qual o Estado acompanhava de perto toda a movimentação da economia e implantava programas sociais para diminuição do desemprego e proteção dos trabalhadores.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.108.

abordado. Com a experiência advinda do Pós-Segunda Guerra Mundial, a constitucionalização dos direitos fundamentais, a atribuição de normatividade aos princípios e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional se tornam algo inteiramente necessário para preservar a dignidade assegurada, agora pela Constituição, contra os abusos de um poder estatal.

A retomada de conceitos humanistas e éticos ao Direito ensejou em uma verdadeira revolução para o pensamento jurídico-dogmático da modernidade, a confluência de conceitos jusnaturalistas modernos com conceitos positivistas resultou no pós-positivismo. O próprio direito se tornou complexo e uma única forma de determiná-lo já não é suficiente. Esses fenômenos no âmbito jusfilosófico também evidenciam o rumo pela qual a sociedade moderna (ou como dita atualmente, contemporânea) e as Constituições estão caminhando. Ainda, essas tendências da sociedade atingem também o próprio espaço territorial que os ordenamentos jurídicos estão limitados, como nas próprias palavras de Barroso abaixo transcritas:

A essas questões se soma, ainda, a crise da própria ideia tradicional de soberania estatal, num tempo em que é nítida a tendência para a formação de blocos políticos e econômicos de integração. A tradicional percepção da Constituição como documento supremo, expressa na imagem do vértice de uma pirâmide, enfrenta o desafio doutrinário de um mundo onde convivem inúmeras fontes normativas superiores. Todas aspiram à primazia ou, no mínimo, à igualdade hierárquica, e dentre elas se incluem, além do próprio direito constitucional, também o direito internacional e o direito comunitário.¹¹

Assim, uma breve apresentação da história do constitucionalismo evidencia de certa forma a evolução de uma sociedade inserida em seus moldes, desde sua formação pré-moderna hierarquizada até os dias atuais na qual ela é chamada de sociedade mundial¹² por Marcelo Neves.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110.

¹² A este termo, Neves aponta para uma assimetria da própria sociedade, dividindo-a entre países-centrais e países-periféricos. Ambos possuem um sistema estatal consolidado e corporificado em seus respectivos territórios a ponto de se poder dizer que se vive uma sociedade mundial multicêntrica. Entretanto, não se deve negligenciar que o surgimento da sociedade moderna foi acompanhado por uma forte desigualdade no desenvolvimento inter-regional, com consequências significativas para a reprodução de todos os sistemas sociais, principalmente para o direito e a política enquanto sistemas estatalmente organizados. Nesse contexto, o modelo do transconstitucionalismo é afastado frente a esses casos. Para uma leitura mais abrangente do tema ver: NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Os Estados no centro e os Estados na periferia: Alguns

O surgimento de uma sociedade moderna ocidental com base no histórico do constitucionalismo nos permite dizer que a tendência para uma sociedade cada vez mais globalizada influencia no modo como devemos enxergar o próprio direito, uma vez que a proteção dos direitos humanos não devem se restringir à atuação única do Estado, mas sim se revela como legítimo interesse internacional. Assim, na medida em que a formação social se desvincula das organizações territoriais, a dimensão normativa do direito também deve seguir o mesmo rumo.

No próximo tópico, será discorrido como a sociedade moderna dita aqui é vista como sociedade mundial, partindo da perspectiva de sociedade multicêntrica, conceito teórico-sistêmico que Marcelo Neves traz.

2.2 A SOCIEDADE MULTICÊNTRICA, TRANSNORMATIVISMO E PLURINACIONALISMO

Como foi dito acima, as Constituições foram o epicentro para que houvesse a diferenciação entre os sistemas da política e do direito. Isso quer dizer, em linhas gerais, que tanto a política quanto o direito possuem sistemas de fundamentação próprios, possuindo graus de relevância iguais.

Esse fenômeno contribuiu para a formação da sociedade moderna multicêntrica, Neves define assim o que é essa multicentricidade:

Mediante esse processo, a sociedade torna-se “multicêntrica” ou “policontextural”. Isso significa, em primeiro lugar, que a diferença entre sistema e ambiente desenvolve-se em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirmam distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica. E, em segundo lugar, na medida em que toda diferença se torna “centro do mundo”, a policontexturalidade implica uma pluralidade de auto-descrições da sociedade, levando a formação de diversas racionalidades parciais conflitantes.¹³

problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 206, p. 111-136, abr./jun. 2015.

¹³ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 21.

Ou seja, com a dispersão do poder (antes concentrado nas mãos do Estado Absolutista), surgem diversos centros de comunicação que pretendem descrever a vida e o mundo mediante suas próprias percepções e buscam para si formas de se autolegitimarem. Cada sistema agora reclama autonomia frente a todas as outras. Uma sociedade, nesse sentido, apresenta diferentes esferas de ver o mundo e todas elas com a pretensão de serem verdadeiras. Em consequência, as esferas sociais entram em conflito, mas o que se pode perceber é que não há um sistema social¹⁴ que está no centro, como *ultima ratio*, determinante de todos os outros, daí que se encontra o caráter “multicêntrico” da sociedade.

O próprio autor também adverte que a “diferenciação não significa isolamento, mas antes importa uma intensa capacidade cognitiva perante o entorno.”¹⁵. Assim, não se pode, ao compreender o entorno, utilizar apenas um dos pontos de vista, declarando a sua prevalência perante os demais. Isso fica claro quando Neves afirma que nem a política deve ser vista como o centro da formação societária, e mais ainda, que nem a própria teoria da sociedade pode ser colocada como primazia entre os outros sistemas, pois esta apenas apresenta observações gerais pelo ponto de vista científico sociológico¹⁶.

Essa característica da sociedade moderna é tratada, no plano teórico-sistêmico, como sociedade mundial, pois segundo Neves:

[...] a sociedade moderna nasce como sociedade mundial, apresentando-se como uma formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais, embora estas, na forma de Estados, constituam uma das dimensões fundamentais à sua reprodução. Ela implica, em princípio, que o horizonte das comunicações ultrapassa as fronteiras territoriais do Estado. Formulando com maior abrangência, tornam-se cada vez mais regulares e intensas a confluência de comunicações e a estabilização de expectativas além de identidades nacionais ou culturais e fronteiras político-jurídicas.¹⁷

Isso quer dizer, basicamente, que a sociedade mundial é o conjunto unitário dessa pluralidade de âmbitos de comunicação (quer seja elas o direito, a política, a religião, a educação, a economia, o esporte etc.). Esse conjunto permite que os

¹⁴ NEVES, 2009, p. 21. Para Neves, um sistema social é o conjunto de regras e programas que identificam elementos em comum e ordenam seus posicionamentos dentro de um sistema lógico de comunicação binária. Assim, para o sistema da política, e.g., as regras serão definidas de acordo com o código poder/não-poder (ou governo/oposição, nos dias atuais). No direito, na economia e na ciência são vistos, respectivamente, os códigos lícito/ilícito; ter/não-ter e verdadeiro/falso.

¹⁵ Ibid., p. 22.

¹⁶ Ibid., p. 22.

¹⁷ Ibid., p. 23.

sistemas sociais convivam entre si, apesar de serem autônomos. Trata-se aqui de uma *unitas multiplex*¹⁸.

Insta salientar que a pluralidade desses âmbitos de comunicação não quer dizer pluralidade de Estados, pois essas comunicações se reproduzem independentemente de organizações territoriais jurídico-estatais. Essa pluralidade se refere ao conceito de sociedade multicêntrica em que existem vários núcleos dentro de uma mesma sociedade.

Um exemplo claro de manifestação da sociedade mundial são os eventos da Copa do Mundo FIFA, nesses casos, os países (Estados) são vistos como suportes territoriais para a sede do evento, mas não necessariamente são os atores principais para que o evento se reproduza, existem outros atores que também concorrem com esse protagonismo: a nível institucional, tem-se a própria Federação Internacional de Futebol (FIFA), que trava diálogos com o país-sede a fim de organizar o evento; e também participa desse entrelaçamento as diversas pessoas do mundo que estão ligadas por conta de um vínculo (comemorativo, esportivo, competitivo) em comum.

São desses entrelaçamentos que a sociedade mundial se constitui. Entretanto, insta salientar que essa perspectiva se amolda em uma visão sociológica que, apesar de ser pertinente para o presente trabalho, não descreve a sociedade mundial por meio de outras perspectivas. Nesse sentido, Wagner Menezes nos traz novas perspectivas desses entrelaçamentos a partir do direito internacional contemporâneo influenciado pela globalização, conhecida por produzir um sentimento global de cosmopolitismo entre os povos.

O Direito deve se amoldar às novas realidades globalizantes. Por conta disso, o Direito Internacional vem tentando delinear os problemas criados por esta revolução globalizante, levando em conta as constantes relações entre Estados, povos, empresas e capitais, construindo um espaço próprio na vasta gama do Direito como ciência. Além disso, com a dinamização das relações interestatais e a evolução da própria concepção de Estado soberano, as regras e normas jurídicas passaram a abordar novos mecanismos para suas aplicações, ampliando as fontes de produção normativa no plano internacional. A grande influência do Direito Internacional no direito interno ensejou em um deslocamento das discussões

¹⁸ Ibid., p. 23. Com base nesse termo, Neves pretende dizer que devemos partir de um pensamento transversal, ou seja, conseguiremos perceber a diversidade e heterogeneidade das partes quando compreendermos o todo que é uno e homogêneo. A sociedade mundial é o todo e enquanto nos depararmos com ela estaremos compreendendo as diversas partes da qual ela é formada.

jurídicas para foros internacionais, despertando uma maior preocupação doutrinária cujos paradigmas já não se encaixam mais nos moldes das doutrinas dualista e monista do direito internacional.¹⁹

A partir disso, W. Menezes identificou que a sociedade internacional contemporânea é justamente marcada por uma interpenetração cada vez mais profunda entre os ordenamentos jurídicos. A diversificação dos mecanismos do Direito Internacional para a resolução de conflitos enseja em um movimento de “deslocalização de produção de normas jurídicas”, na qual

[...] os Estados acabam por reproduzir, literalmente, textos de normas produzidas no plano externo e incorporando-os legislativamente (sem qualquer tipo de mecanismo constitucional ou legislativo específico) em seu ordenamento como se normas nacionais em essência fossem, mas não são!²⁰

A essas dinamizações na interação normativa que transpassam as fronteiras estatais, propiciadoras de uma relação jurídica entre o internacional e o local, acabam produzindo o que o autor denomina de Transnormatividade entre Direito Internacional e direito interno.

Assim, a globalização propicia uma intensificação das interações transnacionais, entre o local e o global, enquanto os mecanismos e instrumentos jurídicos produzem fissuras e fragmentam limites delineados por fronteiras normativas.

Vale ressaltar que segundo as concepções de Marcelo Neves, é bastante comum confundir o termo “sociedade mundial” com “globalização”, isso porque essa última além de carregar em si uma discussão ideologicamente prescritiva, ainda se refere a transformações da sociedade e suas relações partindo do pressuposto que a sociedade é centrada no Estado Nacional²¹. A globalização não poderia ser aqui vista como ideologia, na realidade ela descreve um fenômeno contemporâneo inevitável.

¹⁹ LINO, Wagner Luiz Menezes. O direito internacional contemporâneo e a teoria da Transnormatividade. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado et al. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao prof. Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar Editora, 2008. p. 961-1001.

²⁰ Ibid., p. 988.

²¹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 24.

Quanto à questão da influência capitalista, esta engendrou um espaço mundial unificado e um só tempo mundial (ainda que se possa ver a formação de estados-centrais e estados-periféricos, não podemos deixar de lado que o estágio urbano-industrial e tecnológico existe praticamente em toda a superfície terrestre).²² No contexto da policontexturalidade da sociedade, a economia é vista apenas como mais um dos sistemas sociais formadores dessa complexidade.

Outra questão pertinente que se afigura na sociedade mundial, no que diz respeito ao Direito Constitucional dos dias de hoje, é o nascimento de um Constitucionalismo Plurinacional nascido nos países da América Latina, evidenciados por autores como Bernardo Gonçalves Fernandes.

O Constitucionalismo Plurinacional parte da perspectiva de que o modelo de Estado nacional homogêneo está em xeque e, portanto, defende a ideia de um constitucionalismo voltado para a cultura, ciência, economia, política que, juntos, constroem toda a diversidade de uma constitucionalização contraposta com o modelo homogêneo uniformizador europeu. Com o processo de descolonização europeia e norte americana nos países latinos, percebe-se a tendência de respeitar às singularidades, grupos e etnias latinas originais mediante uma ênfase na diversidade e no seu reconhecimento constitucional.²³ Essa nova tendência de se criar um modelo a partir da diversidade enfraquece o constitucionalismo tradicional nacionalista ao reconhecer o direito de povos anteriormente esquecidos ou sub-representados.

Aparece com mais enfoque esse novo tipo de constitucionalismo (dialógico) nas Constituições da Bolívia, de 2009, e do Equador, de 2008, caracterizando-se como um movimento relativamente recente. Na constituição boliviana, há a definição de 36 novos povos originários (antes da colonização europeia) na qual passaram a participar do parlamento sobre tomada de decisões do Estado e na economia, tendo também propriedades exclusivas sobre recursos hídricos e florestais. Percebe-se

²² VESENTINI, José William. **Nova Ordem, Imperialismo e Geopolítica Global**. Campinas: Papirus, 2003. p. 20.

²³ FERNANDES, Bernardes Gonçalves. A teoria da Constituição à luz dos movimentos do Constitucionalismo (Moderno), do Neoconstitucionalismo (Contemporâneo), do Transconstitucionalismo e do Constitucionalismo (Latino-Americano) Plurinacional. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães. **Novo Constitucionalismo Latino-Americano: O debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juizes**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 37-64.

não apenas um reconhecimento de diferenças, mas também uma efetivação da diversidade e os respectivos direitos.²⁴

Outra faceta dessa sociedade mundial é o surgimento de diversas interações entre órgãos governamentais a fim de tanto tomar decisões coletivamente vinculantes quanto também estabilizar expectativas normativas e regulações jurídicas de comportamento²⁵. Robert Owen Keohane, em seu livro “After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy”, analisa as instituições governamentais Pós-Segunda Guerra a fim de identificar a evolução de um possível regime internacional (nova ordem mundial) cuja hegemonia Norte Americana cada vez mais é erodida pelo princípio da cooperação entre Estados. A cooperação não seria vista como um fraco substituto para uma governança global, mas uma ferramenta fundamental para facilitar a descentralização da hegemonia marcada por vontades egoístas de Estados-Centrais.²⁶ A esse respeito, Marcelo Neves aponta também para essa mesma formação de uma “nova ordem mundial” na qual, frente à emergência de problemas que vão além das fronteiras dos respectivos Estados, criam-se redes de cooperação e administração como solução de conflitos entre diversos agentes estatais.

Mas para Neves, essas redes de cooperações ainda são insuficientes para descrever a abrangência da sociedade mundial. O modelo da “nova ordem mundial” dita acima não leva em consideração entes privados ou não-governamentais, cujos interesses em muitos momentos podem expressar lucros ou paixões individuais, opostos, portanto, aos anseios, pelo menos idealmente, das entidades governamentais como representante do público²⁷.

É dessa forma que Neves explica o ponto inicial do transconstitucionalismo partindo das consequências trazidas pelo próprio surgimento da sociedade mundial:

[...] A diminuição da capacidade regulatória do Estado com a emergência de novos problemas globais relaciona-se, paradoxalmente, com o incremento das tarefas do Estado que se lhe apresentam em face dos novos desafios da sociedade mundial. Nesse sentido, parece-me mais frutífera uma análise que, sem desconhecer a emergência de novos atores, sistemas, “regimes” ou “redes” globais com pretensão de tomar decisões coletivamente vinculantes e produzir normas jurídicas, leve em conta que o Estado ainda é

²⁴ Id. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. p. 103.

²⁵ NEVES, 2009. p. 28.

²⁶ KEOHANE, Robert Owen. **After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2005.

²⁷ NEVES, 2009. pp. 29-30.

um foco fundamental da reprodução da nova ordem normativa mundial. [...] também se me afigura problemática a ideia de fronteiras nítidas entre redes governamentais e redes privadas ou quase-públicas de atores globais. Antes, o que tem ocorrido é um entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial.²⁸

Assim, o transconstitucionalismo seria a referência adequada para descrever os conflitos entre diversas ordens jurídicas trazidas pelos desafios da sociedade mundial. Quer dizer, o transconstitucionalismo além de conseguir enxergar os conflitos existentes, ele aponta para um movimento normativo constitucional global por meio desses mesmos conflitos, qual seja, a interpenetração das ordens existentes no âmbito do sistema jurídico mundial que transpõe os limites territoriais.

Após essa breve explicação acerca da importância de compreender o significado de sociedade mundial para delimitar o âmbito em que o transconstitucionalismo atua, agora cabe explicar porque as Constituições (no sentido de limitar o poder estatal e garantir os direitos humanos) é o objeto capaz de fazer com que os sistemas sociais da política e do direito, que compõem a sociedade mundial, se comuniquem entre si a fim de encontrar possíveis soluções para os referidos conflitos.

No próximo tópico será visto o conceito de “acoplamento estrutural”²⁹ e “racionalidade transversal”³⁰ como conceitos-chave para a compreensão do objeto do transconstitucionalismo.

2.3 DOS ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS À CONSTITUIÇÃO TRANSVERSAL

²⁸ Ibid., p. 30.

²⁹ NEVES, 2009. p. 31. O acoplamento estrutural seria o mecanismo necessário para que os diversos sistemas sociais se comuniquem entre si. Em outras palavras, ao mesmo tempo em que se constituem como diversos filtros que excluem certas interferências entre sistemas sociais é também o que irá propiciar a comunicação entre eles.

³⁰ Ibid., p. 33. Uma vez estabelecidos os acoplamentos estruturais nos diversos sistemas sociais, cada um deles construirá intercâmbios construtivos de aprendizado a fim de se autoproduzirem na sociedade moderna, este fenômeno de aprendizagens recíprocas entre sistemas sociais é o cerne principal para compreensão da racionalidade transversal.

A concepção de uma sociedade moderna multicêntrica por si só constitui um conceito ainda incompleto, necessitando da existência de um mecanismo que possibilite a estruturação das esferas sociais em vínculos construtivos de aprendizado, com operações em que os diversos âmbitos de comunicação estejam inter-relacionados.

É com base nessa necessidade que Marcelo Neves utiliza o conceito de “acoplamento estrutural” emprestado da teoria sistêmica social de Niklas Luhmann. A esse respeito, Luhmann se baseou em conceitos da biologia de Humberto Maturana e Francisco Varela³¹ para definir o que seria um acoplamento estrutural dentro da perspectiva sociológica³².

Em termos gerais, todos os sistemas sociais comunicativos (ciência, política, economia, direito etc.), ainda que reivindiquem autonomia perante os demais, não conseguiriam se autodeterminar se não fosse pelo contato com outras esferas sociais. Entretanto, o contato adquirido entre as referidas esferas não significa harmonia recíproca ou uma previsibilidade do que um sistema adquirirá do outro, são fenômenos que surgem aleatoriamente, capazes de manter a própria lógica da respectiva esfera social.

Neves esclarece melhor no trecho:

Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa.³³

Luhmann buscou exemplos concretos na elaboração de sua teoria tendo como o principal deles a relação entre sociedade e consciência. Nesse sentido, a linguagem comunicacional seria o acoplamento estrutural entre os dois sistemas mencionados, na medida em que a linguagem se torna o meio pela qual os

³¹ Biólogos do Século XX, cujo pensamento sistêmico proposto por ambos faz contraposição ao pensamento reducionista-mecanicista de Descartes e Francis Bacon, por exemplo. Para aprofundamento quanto ao tema, ver: GONÇALVES, Guilherme Leite e FILHO, Orlando Villas Bôas. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 35-50.

³² NEVES, 2009. p. 31

³³ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 31.

“conteúdos externos da sociedade sejam percebidos no interior da consciência, dando-se, porém, uma comutação interna de sentido”.³⁴

Neves cita outros exemplos como, na relação entre economia e direito, a propriedade e o contrato são apresentados como acoplamentos estruturais entre os sistemas econômico e jurídico. Isso porque, na economia, o desenvolvimento das atividades produtivas requer um espaço territorial como propriedade, e as relações de troca e dinâmica financeira se dão essencialmente pelo contrato de cunho econômico. Para o direito, propriedade é um direito fundamental constitucionalmente garantido, enquanto os pressupostos para validade, existência e eficácia de um contrato são regulados pelo próprio ordenamento jurídico.

Nota-se, no exemplo acima mencionado, que o acoplamento estrutural se torna essencial para a manutenção das esferas sociais, uma vez que, não considerando a importância da influência de um sobre o outro, poderia haver uma corrupção sistêmica dos códigos orientadores de um para com o outro (por exemplo: em nome do lucro de uma das partes ou de ambas, ocultar-se-ia a invalidade de uma cláusula ilícita).

Como última exemplificação – e este é necessário para os fins que o presente trabalho almeja – o autor cita a própria Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito. Essa perspectiva se falará mais adiante.

Assim como no conceito de “acoplamento estrutural”, Neves recorre a Wolfgang Welsch para explicar o sentido de “razão transversal”, entretanto, Neves reconstrói as bases desse conceito para garantir sua adequação na teorização que pretende apresentar.

Para Welsch, a sociedade, por ser multicêntrica, não admite a existência de um discurso que se sobressai hierarquicamente como único poder regulador perante os outros discursos. Essa perspectiva linguística pressupõe que todos os sistemas sociais possuem seus discursos dentro de uma mesma linha de horizontalidade, mantendo a heterogeneidade das esferas discursivas. Porém, mesmo na era pós-moderna, ainda se pode encontrar “um metadiscurso ou uma metanarrativa que sirva de referência orientadora dos discursos particulares, especialmente nas relações entre si.”³⁵

³⁴ Ibid., p. 32.

³⁵ NEVES, 2009. p.34.

O paradoxo entre a ideia de horizontalidade dos discursos e ao mesmo tempo a existência de um discurso orientador aos demais é apenas aparente, isso porque a presença de uma metanarrativa nos dias hodiernos é o que Welsch chama de uma racionalidade transversal, na qual jamais se contrapõe ou destrói a heterogeneidade das esferas sociais e seus respectivos discursos. Diante dessa ideia, o trecho abaixo é esclarecedor:

Nessa perspectiva, Welsch propõe o conceito de “razão transversal”, que não tem o *status* de um hiperintelecto, mas sim, precisamente, o status de razão – o status de uma faculdade não de impor decretos, senão de fazer transições. Ou seja, trata-se de uma razão que não é outorgada aos jogos de linguagem particulares, mas ao contrário, está envolvida com entrelaçamentos que lhe servem como “pontes de transição” entre heterogêneos.³⁶

A construção de uma racionalidade transversal é admitida como a única metanarrativa verossímil, pois é vazia de conteúdo prescritivo típico de narrativas particulares. Antes, os metadiscursos eram, na realidade, discursos de classes específicas que se transformavam em uma ordem orientadora para as demais. Mas na pós-modernidade essa metanarrativa agora ultrapassa a perspectiva de selecionar quais posições de fala são as mais apropriadas para justamente afirmar que todas estão em um plano horizontal. Essa metanarrativa seria vazia de conteúdo, abarcando duas perspectivas: uma descritiva e outra normativa. Na descritiva, sugere-se que há distintas formas de vida, sistemas de orientação, tipos de discursos etc. com diferenças basais. Na normativa, as diversas concepções não devem ser descreditadas ou coativamente unidas em nome de um supermodelo.³⁷

Neves toma como base a existência da racionalidade transversal, mas admite que se for levada radicalmente, a teoria não conseguiria se adequar propriamente em uma sociedade multicêntrica com os acoplamentos estruturais como mecanismo de filtragem de influências, isso porque um discurso generalizador não abarcaria as peculiaridades de diferentes autodescrições da sociedade. Portanto, como bem justifica:

Tendo em vista que diversas diferenças, pretensões de autonomia e autodescrições da sociedade encontram-se em relações recíprocas muito distintas, a ideia de uma razão abrangente e de um respectivo metadiscorso

³⁶ Ibid., p.34.

³⁷ NEVES, 2009. p. 34.

torna-se sem sentido para os domínios diferenciados de comunicações. Todo âmbito de comunicações, ao pôr-se em conexão com um outro, pode desenvolver seus próprios mecanismos estáveis de aprendizado e influência mútuos. Então, cabe falar de racionalidades parciais, que podem servir à relação construtiva entre as racionalidades particulares dos sistemas ou jogos de linguagem que se encontram em confronto. Cada racionalidade transversal parcial está vinculada estruturalmente às correspondentes racionalidades particulares, para atuar como uma “ponte de transição” específica entre elas.³⁸

Nesse sentido, a racionalidade transversal não teria seu papel metanarrativo próprio de Welsch, ou seja, não seria um discurso único presente em todos os sistemas sociais como condição de possibilidade de relações entre eles, mas, especificamente, o seu papel surgiria a partir da necessidade particular de diálogos entre diferentes ordens sociais. Com base nessa perspectiva é que se forma verdadeiras pontes de transição entre sistemas sociais, na medida em que se cria aprendizado e intercâmbio recíproco de racionalidades parciais.

Adverte-se que o aprendizado recíproco não é sempre formação de consenso e perda de diferenças, mas ao contrário, o diálogo travado começa com a comunicação entre os sistemas sociais na medida em que se forma o dissenso. Assim, o aprendizado começa quando ambos admitem haver dissenso sobre o conteúdo que está em discussão, esse primeiro “consenso sobre o dissenso” forma, então, os primeiros traços transversais de um diálogo.

Naturalmente, tanto os acoplamentos estruturais como as racionalidades transversais possuem seu lado negativo. Quanto ao primeiro, o perigo de uma corrupção sistêmica pode sabotar o código binário de um sistema para a promoção do outro. Como exemplo, Neves cita a “compra de sentença, de um indiciamento policial ou de uma denúncia do Ministério Público”³⁹ constituindo uma corrupção do direito pela economia, uma vez que o código binário ter/não-ter (economia) se sobrepõe ao código lícito/ilícito (direito) e este último não reage contra a pretensa desmedida.

No âmbito da razão transversal, o seu lado negativo pode vir tanto pela “atomização” quanto pela “expansão imperialista”. Na atomização, ocorre uma excessiva especialização de uma racionalidade sobre a outra. A consequência nefasta disso é a cristalização do saber recíproco: aquela que é mais considerada acaba se tornando algo absoluto, impossibilitando a construção de entrelaçamentos

³⁸ NEVES, 2009 p. 37.

³⁹ Ibid., p.37.

de racionalidades. Na expansão imperialista, a fragilização de um sistema social ocorre mediante outro sistema que se expandiu ao ponto de não reconhecer a importância da racionalidade particular daquele que se tornou frágil, impedindo as trocas comunicativas entre sistemas. Nessas condições, as formas de aprendizado que se tornaram expansivas tendem a produzir, pelos seus próprios meios, uma sociedade boa, mas conseguem apenas produzir respostas parciais para seu campo, são exemplos: uma “economicização”, uma “juridicização” ou uma “politização” das esferas sociais.⁴⁰

Portanto, o que se tem a título de síntese do pensamento são condições de possibilidade do discurso baseados em três premissas: 1º) Admissão de um dissenso basal comum pelas esferas comunicativas envolvidas; 2º) Existência da possibilidade de discurso com base no reconhecimento do conteúdo que se está discutindo; 3º) Reconhecimento de uma “equidade” discursiva que impede a “atomização” e a “expansão imperialista” das esferas comunicativas.

Hodiernamente, a percepção transversal de uma racionalidade pela outra ainda é pouco vista em vários aspectos da sociedade mundial nas suas diferentes esferas sociais de que é composta, seja porque os agentes políticos estatais, locais, supranacionais, internacionais etc., ainda poucos são sensíveis quanto à racionalidade aqui apresentada, ou, em alguns casos, desconsideram-na completamente.

No entanto, a emergência da sociedade mundial implica necessariamente na existência de acoplamentos estruturais atuando como filtros seletivos e na existência de uma racionalidade transversal como meio capaz de formular verdadeiras “pontes de transição” e formação de diálogos entre as esferas sociais. Eis a importância conceitual destes termos para o transconstitucionalismo, na medida em que se toma a Constituição como instrumento hábil a criar entrelaçamentos entre ordens jurídicas e fontes de racionalidades parciais, pois sua formação é decorrente do acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito.⁴¹

A Constituição, além de historicamente ter possibilitado a diferenciação entre os sistemas político e jurídico, também permitiu a influência de um sobre o outro, atuando como regulador de tais influências recíprocas. Essa dependência dos sistemas por meio de uma Carta político-jurídica fez com que a relação de direito e

⁴⁰ NEVES, 2009. p. 41-42.

⁴¹ Ibid., p.50.

política (ou melhor, do lícito/ilícito e do governo/oposição) sejam vistas dentro de uma perspectiva horizontal. Essa relação é bem descrita por Neves:

Evidentemente, a relação estabelecida pela Constituição enquanto acoplamento estrutural não é de harmonia, mas sim uma relação paradoxal de complementação e tensão recíprocas. Estado de direito e direitos fundamentais sem democracia não encontram qualquer garantia de realização, pois todo modelo de exclusão política põe em xeque os princípios jurídicos da legalidade e da igualdade, inerentes, respectivamente, ao Estado de direito e aos direitos fundamentais. Por seu turno, a democracia sem Estado de direito e direitos fundamentais descaracteriza-se como ditadura da maioria. Essas são as dimensões de complementariedade. De outro lado, o fato de que leis deliberadas democraticamente e aprovadas majoritariamente sejam declaradas inconstitucionais, por ofenderem o Estado de direito e os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, aponta para a tensão permanente entre política democrática e direito positivo no Estado constitucional. Esta tensão também se apresenta, no caso-limite, quando irrompe o poder constituinte democrático como impulso político para a reconstrução geral e refundamentação do sistema jurídico estatal.⁴²

O surgimento desse novo paradigma como modelo de regulação do poder através do direito positivo, como dito nos tópicos anteriores, foi fator e produto para uma nova semântica: o constitucionalismo. Essa semântica de regulação positiva, ainda que com todas as suas modificações históricas a partir das primeiras cartas de liberdade, paulatinamente se consolidou nos Estados da modernidade central (em contraposição aos estados-periféricos).

Mas a Constituição não serve apenas como acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política, é também o instrumento pela qual os referidos sistemas se relacionam reciprocamente, entrelaçando-se com as respectivas racionalidades particulares, produzindo aprendizagem duradoura e tensões como verdadeiras pontes de transição.

Nesses casos, a conexão constitucional entre as racionalidades particulares do direito e da política como sistemas ensejam naquilo que Neves denominou de Constituição transversal. No âmbito do direito, seria o princípio constitucional da igualdade a adequação necessária para o entrelaçamento constitucional com a política. No âmbito da política, seria a própria política democrática capaz de se entrelaçar com o direito.

⁴² NEVES, 2009. p.51.

A igualdade se refere não apenas a um tratamento igualitário perante a lei e na lei, mas também ao acesso igualitário a direitos e remédios jurídicos⁴³. Como produto de uma racionalidade do campo jurídico, a igualdade passa de uma simbologia ideal para ser vista como norma, tanto como parâmetro interpretativo quanto para ações afirmativas/programáticas. Quanto à democracia, sua atuação nos planos decisórios é legitimada pelo próprio povo constitucional. Assim, o processo de tomada de decisões coletivamente vinculantes se torna justificado no momento em que o público se torna o povo como unidade procedimental construída constitucionalmente, eis aí o motivo pela qual a vontade de todos se torna a vontade geral.⁴⁴

A Constituição transversal possibilita a inserção da igualdade juridicamente concebida como norma no sistema democrático por meio das pontes de transição que facilitam o aprendizado entre a esfera política e jurídica. Como Neves bem explica:

Sem cidadãos com direitos políticos iguais, a democracia não tem qualquer sentido. Sem o voto igual, desvinculado de outras posições e papéis sociais do eleitor, falta a racionalidade política da democracia. [...] também é fundamental considerar que a igualdade dos direitos de cidadania tem uma função imunizadora ou neutralizadora do sistema democrático contra a atuação de diferenças politicamente ilegítimas, especialmente quando assimétricas, no interior dos procedimentos político-constitucionais.⁴⁵

Essa perspectiva é assentada na influência do direito sobre a política. No sentido inverso, ou seja, na influência da política em relação ao direito, temos que a garantia dos princípios constitucionais (e sua conseqüente concretização) depende de procedimentos democraticamente legítimos, ou seja, que os atos legislativos, a eleição, o voto, o plebiscito, a democracia direta etc., sejam realizados por uma maioria democrática que respeite, primeiramente, os limites principiológicos da isonomia. A política democrática, portanto, exige que, com a influência da igualdade jurídica, os seus procedimentos, ainda que legitimados pela vontade geral, respeitem também os direitos iguais das minorias e diminua a diferença entre governo/oposição em relação ao sistema jurídico. Esse pensamento democrático igualitário só pode ser determinante nas práticas políticas, isso porque, nos casos

⁴³ NEVES, 2009. p. 60-61.

⁴⁴ Ibid., p. 62-63.

⁴⁵ Ibid., p. 65-66.

exclusivamente jurídicos, a presença de diferenças é até mesmo necessária para o funcionamento do sistema, como por exemplo, a diferença autor e réu, credor e devedor, empregador e empregado.⁴⁶

Como forma de materialização das racionalidades transversais entre esses sistemas, tem-se também os próprios tribunais constitucionais, uma vez que se tornam fiscalizadores dos conteúdos que legitimam a transição das racionalidades parciais entre direito e política nos casos constitucionais. Ainda que contribuam para o funcionamento e controle da transversalidade constitucional, muitas vezes podem contribuir para uma irracionalidade no sistema entrelaçado, na medida em que se tomam decisões juridicamente ativistas ou, ainda, decisões politizantes.⁴⁷

A estas pontes de transição mediante uma Constituição transversal devem ser consideradas dentro de um contexto em que a relação direito-política esteja vinculada a uma noção de igualdade jurídica e política democrática. Não se pode falar em pontes de transição e aprendizados recíprocos se o sistema social e a formação estatal estiverem comprometidos por conta da falta de inclusões sociais das mais amplas, pois isso comprometeria a própria racionalidade aqui apresentada.

Essa discrepância, que pode vir a acontecer, se intensifica ainda mais quando levada para o âmbito internacional. Nesses casos, a assimetria geopolítica global impede a concepção de uma racionalidade horizontal⁴⁸, isso porque os diferentes tipos de desenvolvimento e os conflitos geopolíticos criam uma relação de poder inferior/superior presente em estruturas hierárquicas de dominação nas relações internacionais. Fora isso, tem-se uma pluralidade de tribunais constituídos internacionalmente, cuja hierarquia ou poder coercitivo não existem.

Mas a ideia de uma Constituição transversal se intensifica a partir do surgimento de problemas cujas ordens internacionais, supranacionais e transnacionais (sendo elas compatíveis) comumente tentam enfrentar. Neves exemplifica, como forma de questões que importam a uma variedade de ordens, os âmbitos da política de segurança, do comércio mundial, do direito ambiental e dos direitos humanos. Nesses casos, a Constituição estatal atua em segundo plano, mas

⁴⁶ Ibid., p. 67.

⁴⁷ Ibid., p. 68-69.

⁴⁸ Existe uma aparente contradição entre o discurso horizontal e a racionalidade horizontal. O primeiro se situa no campo dialógico, em que uma metanarrativa coloca os discursos em um plano não hierárquico. No segundo termo, a racionalidade horizontal pressupõe equidade discursiva nas relações entre esferas sociais que produzem a racionalidade transversal.

em um determinado momento, entrelaça-se novamente com as constelações internacionais, supranacionais e transnacionais.⁴⁹

A questão que se segue, então, é como construir empiricamente a possibilidade de uma ordem constitucional global em uma sociedade hipercomplexa e na ausência de um povo constitucional ou um equivalente funcional no nível da sociedade mundial. Alguns teóricos tentam propor retratos para a construção de uma constitucionalidade internacional que vão desde “modelos de Estado mundial, passando por concepções de política interna mundial, até a caracterização da Carta da ONU como Constituição da comunidade internacional.”⁵⁰

Há também proposições que se baseiam na própria teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, como Gunther Teubner, sociólogo que segue a linha de Luhmann de forma bastante heterodoxa, sendo influenciado também por pensadores como Jürgen Habermas, Philippe Nonet e Philip Selznick⁵¹. Nesse contexto, Teubner reconhece a heterogeneidade dos sistemas sociais e sua intensificação no plano internacional:

Quando se trata de constituições já bem desenvolvidas dos Estados Nacionais, seguramente é procedente afirmar que só se pode falar de uma constituição em sentido pleno quando normas constitucionais buscam moldar o espectro político comum de modo abrangente. Mas, na discrepância existente entre sistemas sociais parciais estabelecidos ao redor do mundo e a política que permanece acuada no plano interestatal, rompe-se justamente a totalidade constitucional, que só pode ser removida por uma fragmentação constitucional.⁵²

Muitos teóricos possuem o mesmo estilo de pensamento, mas ainda que este reconhecimento produza um desejo de romper com uma constituição ainda “provinciana” para abarcar diferentes contornos sociais múltiplos, a maioria das perspectivas de pensamento ainda se encontra em fase de desenvolvimento ou não são identificadas facilmente no plano empírico.

No caso, Teubner trará a ideia da criação de “constituições civis transnacionais”⁵³, tratando-se de um modelo distinto daquele apresentado por

⁴⁹ Ibid., p. 74.

⁵⁰ NEVES, 2009. p. 76.

⁵¹ ARNAUD, André-Jean; LOPES Jr., Dalmir (orgs). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2004. pp. 109-143.

⁵² Id., **Série IDP – Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. pp. 106-107.

⁵³ Cf. Id., **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

Marcelo Neves. Jürgen Habermas também apontará a ONU como possível órgão deliberativo internacional que poderia construir uma política interna mundial com base na ética do discurso politicamente democrático.

Canotilho, na célebre obra “Brançosos e Interconstitucionalidade”⁵⁴, aponta para a reviravolta paradigmática do constitucionalismo no final do Século XX, com a entrada de Portugal na União Europeia como exemplo, em que tais tendências globalizantes de um direito constitucional seriam vistos em diversos pontos do globo. Tal fenômeno teria a pretensão de desenvolver a tese de um Direito Constitucional Internacional, relativizando vários princípios de estabilidade racional (como o da soberania, por exemplo).

Em suma, diversas são as pretensões de tentar sintetizar um modelo concreto para a formação de uma racionalidade que transponha os limites territoriais e locais de sua formação no que se refere a problemas constitucionais da sociedade mundial, sendo objeto de discussões acaloradas entre juristas, sociólogos e cientistas políticos. Para Marcelo Neves, portanto, se afigura mais frutífero incorporar esses conflitos de ordens múltiplas à rede de entrelaçamentos no âmbito do transconstitucionalismo, motivo pelo qual o presente trabalho dará enfoque nas suas possibilidades empíricas e a sua possível existência na Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal – STF.

⁵⁴ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. “**Brançosos**” e **Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.

3 TRANSCONSTITUCIONALISMO

3.1 CONCEITO

A sociedade mundial multicêntrica se desenvolve a partir de mecanismos de interpenetração de seus diversos sistemas sociais, possibilitando aprendizados recíprocos conforme a racionalidade transversal presente nas relações entre si. No âmbito normativo-constitucional, essa complexidade é vislumbrada no momento em que a proteção dos direitos fundamentais e as instituições e procedimentos estruturais da organização política para o controle do poder já não são passíveis de serem tratados apenas em âmbito nacional.

Marcelo Neves, portanto, trará o conceito de transconstitucionalismo como fenômeno capaz de delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas, uma vez que, no contexto da sociedade mundial, problemas jurídicos em comum são enfrentados em diversas ordens jurídicas que se entrelaçam. Assim, Neves elucida:

[...] dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna, o direito, proliferam ordens jurídicas diferenciadas, subordinadas ao mesmo código binário, isto é, "lícito/ilícito", mas com diversos programas e critérios. Verifica-se, dessa maneira, uma pluralidade de ordens jurídicas, cada uma das quais com seus próprios elementos ou operações (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão da identidade (dogmática jurídica).⁵⁵

Em outras palavras, Neves evidencia que diferentes ordens jurídicas são formadas com base em diferentes elementos, estruturas e processos, mas que possuem como referência o mesmo código de orientação sistemática, qual seja o código binário lícito/ilícito do direito. Não é possível, portanto, saber qual deve prevalecer, pois todas possuem validade e autonomia próprias. O que há é uma pluralidade de ordens jurídicas não implicando necessariamente isolamento recíproco, isso porque muitas das relações de entrelaçamentos já possuem certa

⁵⁵ NEVES, 2009. pp. 101-102.

regulação, como o Tratado de Westfália de 1648 que estipulou certa conexão entre direito internacional clássico e direito estatal ao estabelecer o instituto da ratificação para o direito interno e a representatividade estatal no âmbito internacional como exemplos.

Portanto, como Neves explica, a novidade na conexão transconstitucional está na “relativa independência das formas de intermediação política mediante tratados jurídico-internacionais e legislação estatal” e também nos “relacionamentos formais e informais entre atores governamentais e não governamentais”⁵⁶ que se multiplicam no âmbito do direito numa sociedade mundial contemporânea. Eis aí a funcionalidade de uma Constituição transversal além do Estado-nação: uma racionalidade transversal pode ser originada a partir dos mais diversos tipos de Constituição, tanto estatais como extra estatais.

Mas estas relações podem ser encontradas com maior intensidade no âmbito jurídico-constitucional dos países. Dentro dessa perspectiva, pode-se concluir que tanto a sociedade mundial quanto o seu próprio sistema jurídico são multicêntricos, “de tal maneira que, na perspectiva do centro (judiciário) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui uma periferia.”⁵⁷. Essas relações de reconhecimento importam em uma complexa construção de diálogos e conversações principalmente no âmbito central do judiciário, a saber, os tribunais e os juízes.

Em um campo mais prático, Neves assim disserta:

O transconstitucionalismo faz emergir, por um lado, uma “fertilização constitucional cruzada”. As cortes constitucionais citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva. Em termos de racionalidade transversal, as cortes dispõem-se a um aprendizado construtivo com outras cortes e vinculam-se às decisões dessas. Por outro lado, há uma combinação de cooperação ativa e conflito vigoroso entre cortes nacionais envolvidas em litígios transnacionais entre partes privadas além das fronteiras. Os “litígios globais” levam, então, ao surgimento da “*comitas* judicial”, que “fornece a estrutura e as regras básicas para um diálogo global entre juízes no contexto de casos específicos”, ao “julgamento” de juízes por juízes e à “negociação judicial”.⁵⁸

Insta salientar que estes fenômenos são mais bem identificados em tribunais encarregados de julgar questões constitucionais no sentido amplo. Também é

⁵⁶ Neves, 2009. p.102.

⁵⁷ Ibid., p. 103.

⁵⁸ Ibid., p. 104-105.

importante informar que os conflitos existentes entre ordens jurídicas estatais, regionais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais são inevitavelmente produzidos na sociedade mundial hodierna, fazendo com que a indiferença perante esses casos não se constitua como solução, nem mesmo a pretensão de uma ordem jurídica de se sobrepor perante as demais é vista como solução, sob pena de uma “expansão imperialista” ocorrer.

Cabe, agora, identificar alguns tipos de relações entre ordens jurídicas importantes para essa pesquisa, que podem ser criados a partir da racionalidade transversal, bem como se os tribunais e juízes estão abertos para essa possibilidade de entrelaçamentos a partir de casos nacionais já decididos.

3.2 ESPÉCIES DE TRANSCONSTITUCIONALISMO

A par do conceito de transconstitucionalismo, cabe agora apontar algumas de suas espécies, especificando o espaço de incidência de cada uma delas. Sabe-se que as ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais são incapazes de isoladamente oferecer respostas adequadas para os problemas normativos da sociedade mundial, exigindo-se um entrelaçamento entre suas racionalidades. Dessa maneira, diversas composições surgem em relação a interações entre as ordens jurídicas conflitantes, podendo haver diversas combinações não apenas de forma bidimensional (como entre ordem estatal e ordem internacional pública), mas também de forma pluridimensional.

Nessa perspectiva, cabe serem apresentadas aquelas configurações transconstitucionais que melhor se enquadram para a presente pesquisa, quais sejam: conflitos entre a ordem internacional pública e direito estatal; conflitos entre uma ordem estatal e outra de mesmo nível.

3.2.1 Transconstitucionalismo entre Direito Internacional Público e Direito Estatal

A ordem jurídica internacional pública transcende o plano de um Estado, pressupondo acordos entre dois ou mais destes por meio de tratados ou convenções internacionais. O direito internacional público é ordem jurídica autônoma, onde se ordenam as relações entre Estados soberanos, repousando-se sobre o consentimento. É onde a coordenação é o princípio que preside a convivência organizada de tantas soberanias.⁵⁹

Nesse sentido, as regras de conduta só podem ser aceitas pelos Estados, não sendo possível o seu cumprimento através de imposições hierarquicamente superiores. Essa sistematização horizontal coloca os Estados, ao menos idealmente, num mesmo patamar no cenário internacional, como bem explica Cláudio Finkelstein:

[...] para o direito internacional a obrigatoriedade do cumprimento das normas não vêm revestida de uma executoriedade coercitiva, a obediência a tais normas deriva ou de uma consciência moral, tornando-se uma regra de conduta humana não coercitiva, ou de uma imposição da opinião pública, seja interna seja externa. Esta regra, então, se aplica pela vontade política dos Estados em anuir voluntariamente com tal norma, e não pela existência de uma ordem jurídica compelidora de tal conduta. Seria coativa, e não coercitiva.⁶⁰

Daí surgir os embates acerca das teorias monistas⁶¹ e dualistas⁶² quanto à aplicabilidade e compatibilização do direito externo com o interno. Mas o modelo transconstitucional rompe com o dilema monismo/dualismo, pois uma pluralidade de

⁵⁹ REZEK, José Francisco. **Direito internacional** público: curso elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. pp. 24-25.

⁶⁰ FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das normas no direito internacional: *jus cogens* e metaconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp.34-35.

⁶¹ Teoria jusfilosófica de Kelsen e Verdross na qual entende existir um só sistema jurídico, tendo sua justificativa filosófica na superioridade da norma de direito internacional, no sistema jurídico ou em princípios e valores de direito natural, os quais, por serem superiores ou anteriores ao direito positivo, determinam a existência de uma só ordem jurídica. A base é a convivência, num só sistema jurídico, de normas internas e externas. Daí que o sistema de recepção das normas é prevalente, em que o Estado reconhece as normas de direito internacional sem modificá-las, podendo haver a necessidade de publicação como condição necessária de eficácia. Cf. BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. 1. ed. Coleção Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2008. pp. 40-41.

⁶² Elaboração teórica de Heinrich Triepel, seguida por Dionisio Anzilotti na qual denota a existência de duas ou mais ordens jurídicas, distintas, separadas e com diversidade de fontes, destinatários e mecanismos de garantia, não havendo relação de sistematização entre elas. Nesse sentido o sistema de incorporação de normas internacionais é prevalente, em que tais normas serão adaptadas para o contexto interno estatal. Cf. BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. 1. ed. Coleção Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2008. pp. 41-42.

ordens jurídicas implica, nesse sentido, em uma relação complementar entre identidade e alteridade nas diversas ordens jurídicas.⁶³

Portanto, o transconstitucionalismo entre ordem internacional e estatal surge em situações que são invocados mais de um tribunal para a solução do caso, sem que necessariamente existam normas de solução de conflitos de competência ou, existindo essas, sem que encontre convergências em torno das mesmas por parte dos tribunais envolvidos. Esse tipo de situação é percebido em dois momentos: do ponto de vista estatal, os tribunais constitucionais perdem o modelo clássico de ratificação para tentar solucionar questões envolvendo direitos humanos ou fundamentais que ultrapassam o âmbito específico de validade da ordem interna. Do ponto de vista da ordem internacional, as questões constitucionais, outrora concernentes ao âmbito específico interno, passam a fazer parte da competência de seus tribunais, levantando a pretensão de decidir com caráter vinculatório para os agentes e cidadãos dos Estados.⁶⁴

Nesse sentido, os tribunais constitucionais nacionais encontram certo “impedimento” ao pretender decidir exclusivamente com base em critérios internos sob o motivo da soberania estatal, pois a noção da soberania cada vez mais possui uma concepção de “responsabilidade política regional”, de modo que se passa a cooperar não por força de cortesia internacional (*comitas gentium*), mas em decorrência do dever de integração ao mundo, com todas as consequências daí decorrentes, não podendo ser ignoradas em relação ao exterior⁶⁵.

Em suma, o transconstitucionalismo específico entre ordem internacional e estatal, como Neves disserta, implica na formação de uma Constituição em que se engatam a responsabilidade estatal perante o contexto social interno e a sua respectiva responsabilidade interestatal, esse entrelaçamento de responsabilidades adquire uma relevância simultânea das ordens em questão: não só o provincianismo estatal deve ser rejeitado, mas também a exacerbação do universalismo internacional que, de certa forma, não passa de uma visão provinciana para solução dos problemas constitucionais.

⁶³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp 86-87.

⁶⁴ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. pp. 116-117.

⁶⁵ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Paul Casella G.E do Nascimento. **Manual de direito internacional público**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 235.

Como exemplo desse entrelaçamento e de conflito entre essas duas ordens jurídicas, Neves nos dá o caso do depositário infiel no Brasil. Existia colisão entre o artigo 7º, nº 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos⁶⁶, e o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal Brasileira⁶⁷. Enquanto o primeiro proibia a prisão civil do depositário infiel, a última o permitia. Essa discussão ensejou um debate acerca da incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro, mais especificamente encontrado nos RE 349703/RS, RE 466343/SP e HC 87585/TO. Em uma posição mais vanguardista, o Ministro Celso de Mello⁶⁸ votou pela inconstitucionalidade da prisão, pois os tratados que versam sobre direitos humanos integram o ordenamento jurídico como norma de caráter constitucional, conforme interpretação do artigo 5º, § 2º da CRFB/88⁶⁹. Também, em uma interpretação restritiva (posição do Ministro Gilmar Mendes⁷⁰), poder-se-ia dizer que a Constituição admitiu apenas a prisão do depositário infiel, sendo que o direito infraconstitucional poderia proibir ou permitir a referida prisão. No caso, o pacto internacional possui natureza infraconstitucional, mas supralegal, portanto, tendo primazia perante o Código Civil e proibindo a prisão por dívida, exceto a de caráter alimentar.

Marcelo Neves, nesse caso, diz: “parece claro ter sido colocado no primeiro plano o esforço com vista à formação de uma racionalidade transversal, que se

⁶⁶ Seu art. 7º, nº 7, diz: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”. Cf. **Convenção Americana de Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁶⁷ Seu art. 5, inc. LXVII, diz: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2017

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v.02363, n. 104, p.1.228-1.229, jun. 2009. [Voto do Ministro Celso de Mello].

⁶⁹ Seu art. 5º, §2º, diz: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Cf. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2017

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v.02363, n. 104, p.1.191, jun. 2009. [Voto do Ministro Gilmar Mendes].

mostre suportável para ambas as ordens jurídicas envolvidas”⁷¹. Assim, evidencia que a discussão travada requereria um esforço da Corte Constitucional brasileira para conciliar o tratado internacional com o ordenamento constitucional brasileiro.

3.2.2 Transconstitucionalismo entre Ordens Jurídicas Estatais

O transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais pressupõe que os tribunais e juízes estatais, em consequência ao desenvolvimento dos problemas da sociedade mundial que transcendem o territorialismo, passaram a recorrer à força persuasiva de decisões de casos paradigmáticos proferidas por Tribunais além-fronteiras.

A quebra da espacialidade das decisões judiciais para alcançar argumentos com base em decisões que remontam uma conversação constitucional entre ordens jurídicas estatais enseja no seu respectivo entrelaçamento com base na perspectiva da racionalidade transversal. Nesse ponto, as referências recíprocas entre as ordens jurídicas faz com que as ideias constitucionais migrem de uma para outra ordem, criando verdadeiros diálogos constitucionais no nível jurisdicional. Não se trata aqui de evidenciar que decisões de uma ordem jurídica influenciam outras ordens e tem efeitos sobre cidadãos de outro Estado. O transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais pressupõe que, em casos constitucionais, as cortes superiores de um determinado Estado invoquem decisões de uma corte constitucional de outro Estado “não só como *obiter dictum*, mas como elementos construtores da *ratio decidendi*.”⁷²

A *ratio decidendi*, segundo Luiz Guilherme Marinoni citando Rupert Cross, seria aquela regra de direito implícita ou explícita encontrada nos casos precedentes, sendo tratada pelo juiz como o passo necessário para alcançar a conclusão do caso que se quer decidir⁷³. Seria, portanto, o fundamento necessário

⁷¹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 129.

⁷² NEVES, 2009. pp. 146-147.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; et al. **A Força dos Precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Bahia: Editora Jus Podivm, 2010. pp. 272-273.

para chegar à decisão; é aquela regra de direito que foi posta como direto fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso⁷⁴. Por outro lado, a *obiter dictum* seria todas aquelas afirmações e argumentações que apesar de estarem contidas na decisão e serem úteis à argumentação do caso precedente, ela não constitui a parte integrante do fundamento jurídico da decisão presente e, portanto, não tendo eficácia condicionadora para futuras decisões.⁷⁵

A Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, usado em alguns casos pelo Supremo Tribunal Federal⁷⁶ atualmente, também se tornou forte instrumento para incentivar a abertura vinculativa nas decisões, no momento em que essa teoria diz que é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão (parte dispositiva), mas igualmente às razões de decidir.⁷⁷

Em se tratando de transconstitucionalismo, seriam as decisões de tribunais estrangeiros que teriam certa força de convencimento quando consideradas precedentes nos casos internos das cortes constitucionais estatais, aplicando os respectivos elementos de persuasão construtores da *ratio decidendi* em seu conteúdo. Essa tendência globalizante de decidir um caso com base na racionalidade transversal entre ordens jurídicas estatais é maior identificada quando os casos constitucionais tratam de questões sobre direitos humanos, isso porque a experiência de uma nação pode inspirar e informar outras nações ou regiões quanto ao comprometimento de evoluir nas questões universais de direito a partir de casos semelhantes. Essa perspectiva reflexiva consegue tanto manter a consistência jurídica interna de uma nação quanto alcançar uma abertura ao aprendizado

⁷⁴ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a 3, n. 2, jul-dez./2014. p. 6. Disponível em <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 29 out. 2017.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁶ Antes da vigência do NCPC/15, o STF não adotava a Teoria da Transcendência, porém, atualmente o STF vem modificando aos poucos seu entendimento, tendo utilizado a referida teoria nos julgamentos dos casos das ADI's 3406/RJ e 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017 (Informativo 886).

⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 238-239.

recíproco com a experiência das outras cortes, significando entrelaçamentos múltiplos e principalmente a criação de diálogos.⁷⁸

Esse modo de decidir vem ganhando ampla repercussão no cenário global do direito. Mais especificamente, pode-se identificar no Brasil um caso paradigmático acerca dessa tendência no HC nº 82.424/RS, impetrado em 12 de dezembro de 2002 e julgado pelo Plenário do STF em 17 de setembro de 2003, que tratava da discussão acerca da caracterização de crime de racismo quanto à publicação de livros antissemitas (negação do holocausto). A discussão inicial era em torno do reconhecimento da comunidade judaica como uma raça. O Ministro Relator Moreira Alves se apoiou em interpretação histórica, argumentando que a tutela constitucional pretende punir o racismo praticado contra negros em especial, e não contra judeus, árabes ou palestinos.⁷⁹ Essa interpretação reducionista logo foi vencida pela maioria do pleno ao considerarem que a divisão dos seres humanos em raça resulta de um processo político-social, desse resultando o racismo e a discriminação segregacionista como, por exemplo, o pensamento nacional-socialista nazista de que judeus são inferiores à raça ariana.⁸⁰

No caso em discussão, a jurisprudência constitucional estrangeira foi fundamental para a construção do caminho percorrido para chegar à conclusão de que a prática antissemita constitui crime de racismo. Tanto a sua importância que a *ratio decidendi* das decisões estrangeiras para formação da decisão interna estatal foi citada na própria ementa do caso, tendo a jurisprudência nacional sido pouco significativo para o caso⁸¹. Nesse sentido, pode-se claramente identificar o transconstitucionalismo entre ordens estatais no caso.

⁷⁸ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 149-151.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS. Denunciante: Ministério Público. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de Março de 2004. **Diário da Justiça**, v. 02144-03, p. 608-610, mar. 2004. [Voto do Ministro Moreira Alves].

⁸⁰ A nona consideração do ementário do STF diz: "Direito Comparado. A exemplo do Brasil a legislação de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.". Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS. Denunciante: Ministério Público. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de Março de 2004. **Diário da Justiça**, v. 02144-03, p. 524-526, mar.2004. [Ementário nº 2144-3].

⁸¹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 158.

3.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS ENVOLVIDOS.

Uma questão que surge é saber quais os direitos envolvidos em casos transconstitucionais. Nesse contexto, fora explicado anteriormente que o surgimento das constituições, inicialmente liberais, teve como finalidade a limitação do poder estatal em garantia aos direitos fundamentais (ver tópico 2.1).

Antes, conflitos jurídicos eram gerados dentro de uma perspectiva local ou estatal, entretanto este conceito cada vez mais é mitigado frente a novas perspectivas globais, na qual conflitos perpassam os meros limites territoriais e, conseqüentemente, de ordens jurídicas diversas. Os problemas envolvendo direitos fundamentais e direitos humanos não foram diferentes: ultrapassaram fronteiras, e o direito constitucional estatal se encontrou impossibilitado de tentar solucioná-los sozinho.

Como Neves explica:

Assim, um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco.⁸²

Mas ao que interessa para o conceito transconstitucionalista são os problemas constitucionais que exigem soluções fundadas no entrelaçamento das diversas ordens jurídicas, não se importando, portanto, em que ordem se encontra uma Constituição, nem mesmo defini-la como privilégio do Estado.

Tais problemas constitucionais, na medida em que não importa a posição constitucional em que se encontra, podem ser tanto de direitos fundamentais quanto relacionados com problemas de Direitos Humanos. Nesse sentido cabe fazer a distinção entre um e outro.

Carlos Henrique Bezerra Leite é bastante elucidativo ao explicar a diferença:

⁸² NEVES, 2009. p. 106.

[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Já a expressão “direitos humanos” diz respeito aos direitos solenemente proclamados nos documentos de direito internacional, por referir-se às posições jurídicas reconhecidas ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação a determinado Estado e, nessa perspectiva, assumem um caráter supranacional e aspiram validade universal para todos os povos e em todos os tempos.”⁸³

Entretanto, os problemas envolvendo direitos humanos parecem ter um peso diferenciado quando se trata de conflitos existentes entre ordens jurídicas diversas no âmbito do transconstitucionalismo. Tanto os direitos fundamentais quanto os direitos humanos são expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade, mas a diferença reside no fato de que os direitos fundamentais são reconhecidos em uma ordem constitucionalmente determinada, enquanto os direitos humanos, como ensina Marcelo Neves, “pretendem valer para o sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, ou seja, para qualquer ordem jurídica existente na sociedade mundial (não apenas para a ordem jurídica internacional).”⁸⁴

Desse modo, é inegável que a necessidade de efetivação dos direitos humanos cresce significativamente à medida que a sociedade mundial enfrenta questões transterritoriais, mas a solução para isso não estaria na positivação genérica e vaga dos direitos humanos na esfera internacional, mas na constituição de um diálogo das fontes que permitam uma real construção de valores universais. Diante de questões referentes a direitos constitucionais fundamentais, tribunais ou mesmo juízes poderão dialogar com outras ordens constitucionais a partir da maneira pela qual se tem decidido problemas semelhantes no cenário mundial.

Também insta salientar que esse processo de universalização dos direitos humanos levou a formação de um sistema de proteção internacional de tais direitos por meio de tratados internacionais cuja essência reflete, sobretudo, uma consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na qual esse consenso internacional teria a intenção de salvaguardar parâmetros protetivos mínimos irredutíveis. O que se tem, em última instância, é uma possível projeção de

⁸³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33.

⁸⁴ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 226.

um constitucionalismo global⁸⁵, vocacionado a proteger direitos fundamentais, amparado em princípios abertos dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana.⁸⁶

Nesse sentido, Neves explica que os direitos humanos não devem ser vistos apenas como “modelo de convergência”, que vê as constituições nacionais como locais para a implementação de direito internacional ou um berço para a criação de normas transnacionais, e nem mesmo esses direitos devem ser vistos como “modelo de resistência” na qual as constituições nacionais serviriam como base de resistência às pressões da globalização econômica. Seria mais apropriado para o transconstitucionalismo que os direitos humanos sejam reconhecidos como um “modelo de articulação”, sendo os direitos humanos um *locus* de articulação entre direito interno e as práticas e fontes jurídicas internacionais ou estrangeiras. Isso redundaria em um modelo de entrelaçamento transversal ocorrendo em níveis constitucionais. Os intérpretes não irão ver as matérias internacionais ou estrangeiras como matéria vinculante, mas também não poderão excluir as fontes de direito internacional sem antes tentar compreender as próprias tradições internas ao examiná-las na reflexão das outras.⁸⁷

Essa “dialética” do transconstitucionalismo aponta para uma característica presente no moderno conceito de *jus gentium*, na qual os juristas se referem reciprocamente ao conhecimento de seus pares em outras partes do mundo, promovendo uma verdadeira acumulação de saberes. Tal acumulação não seria aquela pura soma de informações, mas no sentido de superação, elaboração mútua, sofisticação, bem como revisões e checagens de resultados.⁸⁸

Essa perspectiva dialética reflete certa ordem pública internacional que inspira a interpretação e a aplicação das normas jurídicas e que reflete também a *opinio juris* encontrada na base da formação do direito. Há princípios que são fundamentais do direito, que se identifica com os próprios fundamentos do sistema jurídico, que, como dito acima, alcançam um patamar mínimo irredutível de humanidade. Quando

⁸⁵ Deve-se entender como constitucionalismo global não um intuito de se criar um Estado Mundial, mas a perspectiva de que o conteúdo valorativo/normativo de uma Constituição moderna se desloca para o plano internacional.

⁸⁶ PIOVESAN, Flavia Cristina. Direitos Humanos: Desafios da ordem internacional contemporânea. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado et al. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo**: estudos em homenagem ao prof. Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar Editora, 2008. p. 665-687.

⁸⁷ NEVES, 2009. p. 230-231.

⁸⁸ Ibid., p. 232.

se reconhecem tais princípios fundamentais que conformam o substrato da ordem jurídica em si, entra-se no domínio daquilo que diversos doutrinadores como Cançado Trindade e Cláudio Finkelstein apontam como *jus cogens*.⁸⁹

Para o transconstitucionalismo, a dificuldade não está na implementação do *jus cogens*, pois esse é colocado em um plano de direitos humanos considerados *fortes*⁹⁰, “cuja positivação e mesmo a implementação processual encontram-se no horizonte do próprio sistema jurídico mundial de níveis”.⁹¹ O que se torna preocupante é a existência de direitos humanos considerados *frágeis*⁹², ou seja, precários em sua institucionalização e difíceis em sua implementação processual que resultam inevitavelmente numa extensão mundial pouco influente.

Por fim, um exemplo claro de transconstitucionalismo na seara dos direitos humanos é o caso nacional Brasileiro sobre o porte de arma de fogo discutido na ADI 3112-1/DF. Trata-se de ação declarando inconstitucionais os artigos 14, 15 e 21 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) na qual versavam sobre a proibição de concessão de liberdade, mediante pagamento de fiança, no caso de porte ilegal de arma de fogo (14) e disparo de arma de fogo (15), bem como a impossibilidade de liberdade provisória para os crimes previstos nos artigos 16, 17 e 18, mostrando-se uma medida desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, bem como o texto magno não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.⁹³

O relevante nesse caso para a análise transconstitucional é o fato de que alguns ministros se utilizaram de jurisprudência estrangeira para o embasamento das decisões, como forma reflexiva de ver o ordenamento jurídico interno através

⁸⁹ FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das normas no direito internacional: *jus cogens* e metaconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 208-209.

⁹⁰ Exemplo de “direitos humanos fortes” seriam as regras que se revestem de efeitos vinculantes, como o princípio “*pacta sunt servanda*” no direito internacional público ou a proibição de crimes contra a humanidade.

⁹¹ NEVES, 2009. p. 225.

⁹² Exemplo de “direitos humanos frágeis” seriam os direitos sociais e grande parte dos direitos humanos de terceira geração, isso porque a pouca capacidade prestacional de um Estado e a omissão das forças sociais dominantes acabam por institucionalizá-las fragilmente.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112-1/DF. Inconstitucionalidade dos artigos 14, 15 e 21 do Estatuto do Desarmamento. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro. Requerido: Congresso Nacional, Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 de maio de 2007. **Diário da Justiça**, v.02295, n. 003, pp. 386-388, out. 2007.

das decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha⁹⁴. O ministro Relator Ricardo Lewandowski além de citar o “Programa de Ação para Prevenir, Combater e Erradicar o Comércio Ilícito de Armas de Pequeno Porte e Armamentos Leves em todos os seus Aspectos” da ONU, também citou jurisprudência alemã⁹⁵ no sentido de dizer que o direito a propriedade emerge o dever de respeito do Estado de garantir a não intervenção abusiva sobre o indivíduo, tornando-se inconstitucional a proibição de estabelecimento de fiança para os crimes de “porte ilegal de arma de fogo de uso permitido” e de “disparo de arma de fogo”. Acompanharam totalmente o voto do Relator os Ministros Eros Grau, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Ellen Gracie. Abriam dissidência os Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence.

Eis a presença de um tipo de ponto de vista a favor de uma abertura dialógica para outros posicionamentos diversos daqueles constituídos por uma constituição ainda “provinciana”. Nesse caso, percebe-se a presença de discursos orientadores para uma construção de uma racionalidade transversal no que se refere às questões de direitos humanos dentro de uma perspectiva globalizante. Neste caso, a citação à outra corte constitucional como fundamento da decisão interna se torna exemplo concreto da tendência de que tribunais constitucionais já não podem agir sozinhos, tendo inevitavelmente que conviver com os entrelaçamentos que se emergem e que reivindicam soluções cada vez mais reflexivas.

⁹⁴ Segundo Neves, as jurisprudências dos casos alemães são: BverfGE 88, 203, 1993; BverfGE 50, 290; BverfGE 77, 170; BverfGE 39, 210; BverfGE 90, 145, 1994 (Caso Cannabis); BverfGE 7, 377, 1958.

⁹⁵ Para aprofundamento do Caso Cannabis, ver decisão BverfGE 90, 145, 1994. Disponível em: <<http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintText&Name=bv090145>>. Acesso em 24 mar. 2018.

4 ADPF Nº 153/DF – REVISÃO DA LEI DE ANISTIA DE 1979 E CASO JULIA GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) – ANÁLISE TRANSCONSTITUCIONAL

4.1 A GUIA DE INTRODUÇÃO: A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é órgão jurisdicional do sistema regional americano para proteção dos direitos humanos. É composta por sete juízes nacionais de Estados Membros da OEA, eleitos a título pessoal pelos Estados-partes da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A sua competência no plano regional se divide em consultiva e contenciosa. No plano consultivo, qualquer membro da OEA pode solicitar um parecer produzido pela Corte referente à interpretação da Convenção e seus dispositivos, bem como tratados de direitos humanos que se aplicam a qualquer Estado americano. Já no plano contencioso, limita-se aos Estados partes da Convenção que reconheceram a jurisdição da referida corte.⁹⁶ Sua jurisdição abarca os casos que envolvam a denúncia de que um Estado-parte violou direito protegido pela Convenção Americana.⁹⁷

O que se torna relevante é saber se as decisões daquela Corte são vinculativas. Nesse contexto, Cançado Trindade afirma:

Os Tribunais internacionais de direitos humanos existentes – as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos – não substituem os Tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de

⁹⁶ Na Convenção Americana, em seu Artigo 62, nº 3, dispõe: “A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.” Cf. **Convenção Americana de Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 148-152.

cassação de decisões dos Tribunais internos. Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais, quando se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos.⁹⁸

É necessário que o Estado primeiramente reconheça a jurisdição da Corte, mas mesmo assim, a falta de mecanismos específicos para supervisionar o cumprimento das decisões da Corte ou da Comissão enseja em escassez de eficácia dessas decisões no que toca a uma completa reparação dos danos causados. O que se tem é uma Corte que exerce “motu próprio a supervisão da execução de suas sentenças”, sendo que a supervisão da fiel execução das sentenças e decisões da Corte “é uma tarefa que recai sobre o conjunto dos Estados-partes da Convenção.”⁹⁹

Em suma, apesar do sistema interamericano e a sua Corte terem assumido extraordinária relevância nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, contribuindo sistematicamente para a construção de um espaço extraterritorial de relevância jurídica, ainda percebe-se que sua eficácia e reconhecimento de suas decisões perante os Estados-partes ainda precisam ser consolidados mais fortemente, com o incentivo de uma maior judicialização do sistema; exigibilidade de cumprimento das decisões; maior democratização do sistema, permitindo acesso direto do indivíduo à Corte Interamericana e o aperfeiçoamento das medidas nacionais de internalização das decisões. Entretanto, essas medidas requerem uma postura de abertura reflexiva dos Estados e sua consequente aceitação.

Agora, insta adentrar no caso da ADPF 153/DF e o caso Julia Gomes Lund e seus contextos históricos, a fim de saber os posicionamentos das decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a possibilidade de identificação do transconstitucionalismo.

4.2 HISTÓRICO DO CASO

⁹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, v. 46, n. 182, p. 27-54, jul./dez. 1993. p. 33.

⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 168.

As diversas alterações constitucionais e mudanças políticas marcantes do período do Século XX no Brasil ensejaram em uma crise política naquele período em que as opiniões de massa favoreceram a intervenção militar em 1ª de abril de 1964. Esse golpe de Estado pôs fim ao governo do presidente João Goulart (Jango) que havia sido, de forma democrática, eleito vice-presidente pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Em suma, o processo que acarretou o Regime Militar também foi composto por uma série de atos mal calculados do governo Jango. Todos os atos como desapropriações de terra subutilizadas para fins de reforma agrária, o reajuste salarial das classes trabalhadoras culminando na hiperinflação da época etc, contribuíram para a formação de um receio generalizado da direita, dos conservadores moderados e da classe média. A crise nos diversos ramos sociais serviu de justificação para a necessidade de uma intervenção antes que o “caos” se instalasse.

O grupo militar viu nessa situação a oportunidade de instalar o Regime Militar que perdurou de 1964 até 1985 tendo como primeiro militar no poder o Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco. Os militares tomaram o poder, rompendo com o regime democrático anterior sendo necessário criar um Poder Constituinte Originário para compatibilizar com o regime ditatorial. Assim, baixou-se os diversos Atos Institucionais que modificaram radicalmente a conjuntura sistemática do poder político na época, dentre eles: suspensão de direitos políticos dos cidadãos, das imunidades parlamentares, da estabilidade dos servidores públicos; dissolução dos partidos políticos e criação das agremiações políticas Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), reunindo as oposições consentidas; fechamento do Congresso Nacional com o AI-4; e finalmente o AI-5 inaugurando a total obscuridade pública estabelecendo um regime de tortura e violência, com fortes casos de violação de direitos humanos e desrespeito aos princípios democráticos previstos na Constituição de 1946.¹⁰⁰

O período de transição democrática se deu graças a perda de prestígio que os militares gozavam junto a parte da sociedade brasileira ao longo do tempo. As denúncias de violações a direitos humanos no âmbito internacional e a volta de uma inflação exagerada no sistema econômico contribuíram para o desgaste do regime

¹⁰⁰ BAGNOLI, Vicente et al. **Introdução à História do Direito**. São Paulo: Atlas S.A., 2014. pp. 174-179.

militar. A redemocratização também foi marcado pelo movimento “Diretas Já”, contando com o apoio de diversos membros da sociedade em que, por meio de um sistema eleitoral do regime militar, seriam realizadas eleições para a presidência. Daí se perceber que a redemocratização foi coordenada pelos próprios militares, efetuando liberalizações lentas e graduais. Essa alternativa evitaria o que chamavam de “revanchismo”, na qual não teria uma transição segura e equilibrada.

Nesse contexto é que se dá o início aos debates sobre a elaboração de uma lei que representasse um grande pacto de reconciliação nacional, contemplando interesses de civis e militares e agradando governo e oposição. Essa lei ficou conhecida como a Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79) dispondo logo no seu artigo 1º e §1º a anistia aos crimes políticos, eleitorais e todos a estes conexos, ou seja, para os efeitos da lei, aqueles de qualquer natureza relacionada com crimes políticos ou praticados por motivação política.¹⁰¹

A Lei da Anistia evidentemente foi importante para uma transição mais célere para a democracia, contribuindo fortemente para o acerto das negociações em torno da situação que o país sofria. Entretanto, nos dias hodiernos, em plena era de democracia, com as instituições políticas definidas e os direitos e liberdades individuais sendo ao menos respeitado pelo Estado, cresce-se um legítimo desejo de rever os “acordos” legais quanto ao perdão dos crimes ocorridos no passado. Os países vizinhos latino-americanos que também passaram por ditaduras e que reviram as suas respectivas leis de anistias também influenciou nesse desejo de querer ver efetivados os seus direitos à justiça, à verdade e à memória. Ainda, o impacto do sistema interamericano no contexto sul-americano se demonstrou como instrumento importante e eficaz para desestabilizar os regimes ditatoriais e fortalecer as instituições democráticas no combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.¹⁰²

¹⁰¹ O artigo 1º e seu §1º, confere a seguinte redação: “*É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares; § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.*” Cf. **Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 3 nov. 2017.

¹⁰² PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 625-627.

São com base nesses pressupostos que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 – Distrito Federal, em 21 de outubro de 2008, com o intuito de declarar o não recebimento do art.1º, § 1º da Lei 6.683/79 pela nova ordem constitucional, por estar evidente a violação aos princípios democráticos e republicanos que a Constituição consagra, bem como ao dever do Poder Público de não ocultar a verdade. Assim, não se consideraria válida a interpretação segundo a qual se anistiar os agentes públicos responsáveis pelas práticas de crimes de homicídios, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor. Anistiar os agentes pelos crimes comuns seria uma tentativa de violação ao direito à verdade e à justiça, garantindo a impunidade.¹⁰³

A ADPF nº 153/DF contou com a participação ampla de órgãos interessados e de autoridades indicadas no polo passivo da ação, dentre eles: o Ministério Público Federal para vistas da arguição; a Câmara dos Deputados que prestou informações de como se deu o processo legislativo da lei de anistia; o Senado Federal que alegou inépcia da inicial; a Advocacia-Geral da União que encaminhou manifestações da Secretaria Especial de Direitos Humanos - SEDH, da Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil – SAJ-CC, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça, do Ministério da Defesa e da Consultoria-Geral da União. Ainda, ingressaram no feito a Associação dos Juízes para a Democracia (AJD), o Centro de Justiça e Direito Internacional (CEJIL) e a Associação Brasil de Anistiados Políticos (ADNAM) na condição de *amicus curiae*.¹⁰⁴

Em 29 de abril de 2010 foi prolatado o acórdão na qual foi julgada improcedente a arguição no sentido de afirmar que, com base no voto do Ministro Relator Eros Grau, a Lei de Anistia de 1979 consistia em uma “via de mão dupla”, uma vez que concede anistia para ambos os lados, sendo que a procedência em determinar a não recepção da referida lei ao ordenamento constitucional vigente poderia negar essa bilateralidade e tormentosas e insuportáveis consequências para os anistiados que receberam indenizações do Estado poderiam ocorrer. Entretanto, o direito à memória das vítimas foi assegurado na ADPF, na medida em que se

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, ago. 2010, pp. 6.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 7-8.

impôs o desembaraço dos mecanismos que dificultam o conhecimento dos fatos. Os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia e Marco Aurélio seguiram o voto do Ministro Relator.¹⁰⁵

Os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, dando parcial procedência à ação, restaram vencidos. Na fundamentação, citaram o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo a qual os Estados-Partes têm o dever de investigar, ajuizarem e punir os responsáveis por violações de direitos protegidos no pacto internacional, de modo que a sua não observância gera responsabilidade internacional. Além disso, pelo instituto da recepção, a lei da anistia fora promulgada anteriormente à vigência de uma nova Constituição, não podendo entrar em colisão com o novo texto constitucional.¹⁰⁶

Diante desse julgado, cabe destacar também o surgimento de um movimento de guerrilha contra a ditadura entre os anos 1967 e 1974 conhecido como Guerrilha do Araguaia por ter acontecido nas proximidades do rio Araguaia. Inspirado na experiência cubana e chinesa, a intenção era de iniciar um combate armado para implementação do sistema socialista no país o que ocasionou a morte e desaparecimento de muitos envolvidos. O desaparecimento incentivou familiares e conhecidos das vítimas a buscarem informações sobre onde estariam ao menos os restos mortais dos guerrilheiros.

Embalados nesse sentimento, as famílias das vítimas ajuizaram Ação Ordinária para Prestação de Fato nº 82.00.24682-5, na 1ª Vara Federal do Distrito Federal, em fevereiro de 1982, com intuito de obter maiores informações a respeito do desaparecimento forçado das vítimas. Em suma, após sete anos, o processo foi julgado extinto sem resolução do mérito por impossibilidade jurídica do pedido e porque a discussão já havia sido superada pela Lei da Anistia. Após vários recursos nas instâncias superiores, o processo voltou para a primeira instância para análise do mérito e no ano de 2000 foi determinado que o Estado juntasse aos autos todo o relatório descritivo das operações militares do Araguaia. Em resposta, o Ministério da Defesa informou que desconhecia sobre a existência de relatórios quanto aos fatos. Diante dessas informações, finalmente em 2003 o juiz da 1ª Vara Federal do

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, ago. 2010, pp. 12-46. [Voto do Ministro Eros Grau].

¹⁰⁶ Ibid., pp. 99-130 [Voto do Ministro Ricardo Lewandowski]; e pp. 134-146 [Voto do Ministro Ayres Britto].

Distrito Federal sentenciou, julgando procedente o pedido do autor, determinando diversas obrigações à União como o prazo de cento e vinte dias para informar o lugar de sepultura dos restos mortais dos desaparecidos e a elaboração de quadro detalhado das operações militares contra a Guerrilha do Araguaia. Em virtude da morosidade do judiciário brasileiro e do descumprimento das obrigações constantes na sentença condenatória, os familiares da vítima recorreram ao sistema regional de proteção aos direitos humanos.¹⁰⁷

O caso no plano internacional começa em agosto de 1995 com uma petição à Comissão Interamericana. O fato primordial para a causa foi a aprovação, pela Comissão, do Relatório de Mérito nº 91 no ano de 2008, havendo a recomendação para que a Lei de Anistia não impedisse a reparação dos danos causados às vítimas e familiares. O Brasil, após dois períodos de prorrogação, apresentou o Relatório Parcial de Cumprimento da Obrigação. No entanto, foi entendido que esse relatório não apresentava uma implementação satisfatória das recomendações. Conseqüentemente, em março de 2009, a Comissão decidiu submeter o caso para a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em resposta, o Estado contestou arguindo a falta de competência da Corte por motivo temporal, tendo em vista os fatos ocorridos serem de 1998. A Corte, em contrapartida, aduziu que a violação se apresenta como continuada e permanente, uma vez que ainda não se tem notícias do desaparecimento das vítimas, além disso, a Corte Interamericana levantou o argumento de que a presença da Lei de Anistia brasileira permite a impunidade dos culpados pelos massacres sofridos pelas vítimas.¹⁰⁸

Mas o forte argumento apresentado pelo Brasil foi de que a controvérsia já havia sido discutida na ADPF nº 153/DF reconhecendo, ao final, a conformidade da Lei da Anistia com a Constituição de 1988. Não obstante, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil em novembro de 2010, responsabilizando-o pela violação aos direitos de personalidade jurídica, vida, integridade e liberdade pessoal, bem como à liberdade de pensamento e expressão, às garantias e proteções judiciais, à justiça, à verdade e à informação¹⁰⁹, todos da Convenção

¹⁰⁷ Os detalhes procedimentais do caso Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) é bem contado por GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 157-160.

¹⁰⁸ Ibid., pp. 162-164.

¹⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de Noviembre de 2010. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Série C, nº 219. p. 4. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2017.

Americana, em detrimento das 70 vítimas desaparecidas. Assim, determinou-se que o Estado faça a investigação penal dos fatos ocorridos; aponte o paradeiro das vítimas desaparecidas; identifique e entregue os restos mortais aos familiares das vítimas; tipifique o crime de desaparecimento forçado de pessoas; promova medidas de reparação dos danos e satisfação das obrigações, bem como a garantia de não repetição dos atos para evitar reincidência.¹¹⁰

Desde o período em que foi publicada a decisão da Corte Interamericana, o Brasil vem apresentando relatórios parciais de cumprimento de sentença do caso Gomes Lund (escritos com informações entre setembro de 2011 a fevereiro de 2014), entretanto, em uma análise mais detida, a CIDH observa que são medidas empreendidas de forma parcialmente insuficiente e que pouco possui efetividade, como o caso em que o Ministério Público Federal, no Município de Marabá/PA, apresentou denúncia contra um Coronel do Exército pelo delito de “sequestro qualificado por maus-tratos”, mas foi logo rejeitada pelo Judiciário, considerando impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista expressa vedação da Lei de Anistia.¹¹¹

Insta salientar que, com a edição da Convenção Interamericana de Direitos Humanos no contexto da América Latina, cria-se o Pacto de São José da Costa Rica que sistematizou regras e medidas para formar um amplo aparato de defesa contra violações a direitos humanos, inclusive com a criação de um Tribunal Regional Especializado – a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse contexto, o Brasil está submetido à jurisdição da CIDH desde 1998¹¹², tendo como base normativa a Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificado em 1992 pelo Brasil).¹¹³

¹¹⁰ Ibid., pp.113-114.

¹¹¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Resolução da CIDH – Supervisão de Cumprimento de Sentença. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Notas de 17 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14_por.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2017.

¹¹² O reconhecimento de competência realizou-se em 10 de dezembro de 1998 e indica que “[o] Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração”. Cf. **B-32: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 4. Brasil. Reconhecimento da competência da Corte.** Disponível em <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em: 07 nov. 2017.

¹¹³ LINO, Wagner Luiz Menezes. **Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 188-189.

Em suma, depreende-se dos casos acima relatados a existência de um conflito entre ordens jurídicas diversas, uma vez que a posição da Corte Constitucional Brasileira é de extrema relutância quanto ao cumprimento total da decisão da Corte Interamericana, e esta, por sua vez, acaba por desconsiderar as peculiaridades brasileiras quanto ao período de redemocratização no país. Desse modo, é evidente a presença de um problema transconstitucional entre as diversas ordens jurídicas presentes no caso, análise que será feito no próximo tópico.

4.3 ANÁLISE TRANSCONSTITUCIONAL DO CASO EM TELA E A PRESENÇA DE DIÁLOGOS ENTRE AS ORDENS JURÍDICAS ENVOLVIDAS

O transconstitucionalismo rejeita as soluções baseadas em critérios hierárquicos para os problemas entre ordens jurídicas, somente dessa maneira que se permitem verdadeiras pontes de transição e diálogos constitucionais. Essa peculiar racionalidade se torna mais fácil de ser entendida quando os órgãos jurisdicionais não possuem nenhum tipo de subordinação, como é o caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em que a aceitabilidade das decisões é garantida a partir de diálogos travados entre si.

No caso citado, é possível identificar um entrelaçamento de ordens jurídicas ensejando em, pelo menos, dois tipos de transconstitucionalismo: entre ordem jurídica internacional pública e ordem estatal (caso *Gomes Lund*); e entre ordens estatais recíprocas (a ADPF nº 153/DF).

Embora os julgados tenham decidido de forma distinta (STF decidiu pela validade da Lei da Anistia e a CIDH pela sua incompatibilidade com o sistema interamericano), ainda assim se vislumbra um diálogo, interno aos tribunais, no sentido de que estes referenciam decisões estrangeiras para constituir a racionalidade desejada para o julgamento. De início, tem-se o STF, na qual os votos de alguns Ministros na ADPF nº 153/DF evidenciam uma posição dialógica (ainda que insatisfatória) com a jurisprudência da CIDH.

Toma-se como exemplo o voto do Ministro Ricardo Lewandowski (voto vencido), em que menciona a obrigação dos Estados Partes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos¹¹⁴. Ainda, menciona que os crimes cometidos no período ditatorial não apenas ofende a jurisdição penal nacional, mas também constituem crimes de lesa-humanidade, chamando atenção para a jurisdição penal internacional e a jurisdição penal nacional universal¹¹⁵. Com base nesses pronunciamentos, percebe-se a existência de uma racionalidade que atravessa o simples campo nacional soberano, constituindo-se como legítimo comprometimento global quanto às questões de direitos universais. Entretanto, o transconstitucionalismo não pode simplesmente se basear em uma única ordem jurídica, devendo também atender para as normas vigentes da outra. É nesse sentido que o Ministro Lewandowski chama a atenção para a jurisprudência constante do STF em casos de extradição por crimes comuns conexos a crimes políticos: resolve-se pelo critério da preponderância do crime comum para efeito de deferimento de extradição, apontando para uma abordagem caso a caso segundo o critério da atrocidade dos meios¹¹⁶. Em suma, a solução indicada seria declarar a parcial inconformidade da Lei de Anistia com o ordenamento constitucional, e que, no momento da análise do caso, seja feito nos moldes da jurisprudência do STF para diferenciar crimes comuns de crimes políticos (*case by case approach*), sendo apenas estes últimos anistiados.

Ainda que essa decisão expresse em sua racionalidade uma perspectiva transconstitucional protetora dos direitos humanos, também se encontra a teoria transconstitucionalista no sentido de negar procedência ao pedido do caso em questão (como uma espécie de transconstitucionalismo ao revés). Por exemplo, as citações no voto (vencedor) do Ministro Relator Eros Grau indicam, em diversas partes, um diálogo com ordens jurídicas internacionais apontando, por meio de tratados e legislações de países vizinhos, que a experiência no exterior em revogar suas respectivas leis de anistia se deu em contextos de justiça de transição

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, ago. 2010, p.115.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 128-129.

¹¹⁶ *Ibid.*, p.121-122.

diferentes do Brasil, não podendo, portanto, serem postos como direto fundamento da decisão da ADPF:

Há quem sustente que o Brasil tem uma concepção particular de lei, diferente, por exemplo, do Chile, da Argentina e do Uruguai, cujas leis de anistia acompanharam as mudanças do tempo e da sociedade. Esse acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá contudo ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo. Insisto em que ao Supremo Tribunal Federal não incumbe legislar sobre a matéria.¹¹⁷

O Ministro Relator continua explicando como se deu o processo de revisão das leis de anistia no Chile, na Argentina e no Uruguai, justificando de que o mesmo resultado poderia ser alcançado pelo Brasil caso obedecesse aos mesmos apontamentos feitos por aqueles Estados, qual seja, a revisão da referida lei por meio do Poder Legislativo. Desta feita, percebe-se que a menção aos casos dos países estrangeiros faz parte da *obiter dictum* da decisão, mas que nem por isso foi desconsiderado a importância para determinar, pelo menos, uma possibilidade de solução que contemple, ao mesmo tempo, o respeito aos direitos humanos e a importante concepção histórica da Lei de Anistia brasileira.

No voto (vencedor) do Ministro Celso de Mello também se encontra momentos de conversação com a ordem jurídica internacional, reconhecendo que em diversos julgamentos da CIDH – nos casos contra o Peru e o Chile¹¹⁸, proclamou-se a incompatibilidade das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais – as denominadas “leis de auto anistia”¹¹⁹. As referidas menções no voto do Ministro Mello tiveram importância no sentido de dizer que o reconhecimento de incompatibilidade da lei de anistia naqueles países só foi possível graças à natureza unilateral que elas possuíam, enquanto que, no caso brasileiro, contou com as participações da sociedade civil e da oposição militante, em contexto inteiramente distinto do Peru e Chile.¹²⁰

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, ago. 2010, p. 39.

¹¹⁸ Caso “*Barrios Altos*”, em 2001 e “*Loayza Tamayo*”, em 1998, no Peru; e Caso “*Almonacid Arellano e outros*”, em 2006, no Chile.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, ago. 2010, p. 183.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 184.

Quanto ao transconstitucionalismo no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou perante a decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que:

[a Comissão Interamericana] não pretende revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal, decisão que nem sequer havia sido emitida quando aquele órgão apresentou sua demanda perante a Corte Interamericana, mas que se estabeleça se o Estado violou determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana, em prejuízo das supostas vítimas, inclusive, *inter alia*, o direito de não ser submetido a um desaparecimento forçado decorrente dos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana, o direito à proteção judicial e às garantias judiciais relativos ao esclarecimento dos fatos e à determinação das responsabilidades individuais por esses mesmos fatos, decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana.¹²¹

Está-se diante de um posicionamento tipicamente transconstitucional, na medida em que se reconheceu a validade da sentença prolatada pelo STF – por ser superveniente a demanda – e delimitou as atribuições da Corte apenas no sentido de apontar as violações das obrigações internacionais pelo Estado brasileiro. Ainda, considerou também que a aplicação de leis de anistia a perpetradores de graves violações de direitos humanos é contrária às obrigações estabelecidas na Convenção e que a decisão se constitui “o maior obstáculo à garantia dos direitos humanos e para a investigação dos fatos”.¹²²

Desse modo, a racionalidade transconstitucional presente no posicionamento da CIDH não poderia ser diferente: respeitou à decisão da ordem jurídica estatal brasileira e, ao mesmo tempo, responsabilizou internacionalmente o referido Estado. Entretanto, a decisão da CIDH pela condenação não parece ser cumprida em sua totalidade pelo Brasil, provocando a inadimplência internacional deste, sujeito também ao possível embaraço político perante outras ordens jurídicas estrangeiras. Se junta a isso o fato de que o Brasil se comunica com menos frequência do que a Argentina e Chile, por exemplo, para reportar-se à CIDH sobre o cumprimento de medidas reparadoras e é o país da Corte com menor número de medidas de solução amistosa cumpridas, ainda que tais medidas não tenham caráter vinculante.¹²³

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de Noviembre de 2010. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Série C, nº 219. p. 20. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2017.

¹²² *Ibid.*, p. 48.

¹²³ RAMOS, André de Carvalho de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 175 et seq.

Aponta-se, por fim, um transconstitucionalismo agora mais abrangente: Se as decisões das diferentes Cortes são conflitantes e elas não possuem hierarquia, qual deve prevalecer?

Esses conflitos de ordens jurídicas refletem a complexidade dos casos como o apresentado neste trabalho, ainda mais quando se tenta compatibilizar as duas decisões dentro da perspectiva transconstitucional. Exige-se uma posição de forte alteridade dos agentes envolvidos, e deve-se demonstrar a importância de conhecer a si mesmo e o outro como fator decisivo para o desenvolvimento construtivo do diálogo por meio da racionalidade transversal da lógica transconstitucionalista. O caso *Gomes Lund* (relacionado com a ADPF nº 153/DF) é um forte indício de que, tanto a ordem jurídica brasileira quanto a ordem jurídica internacional da CIDH ainda não conseguiram criar fortes interações recíprocas para um diálogo constitucional, isso porque, ainda que na ADPF tenham citados casos estrangeiros e na CIDH tenha reconhecido a autoridade decisória do STF, estes argumentos não produziram uma concreta efetividade na conciliação entre direitos humanos universais e soberania estatal, motivo pelo qual basta concluir que tanto uma racionalidade transversal como também uma constituição transversal são produtos escassos da realidade consolidada entre as ordens jurídicas mencionadas.

Nesse contexto marcado por um mundo globalizado, as exigências de uma posição dialógica entre os diversos sistemas jurídicos se tornam cada vez mais importantes. Portanto, para que se possa conceber uma solução ao problema jurídico-constitucional apresentado, teria, como pressupostos essenciais, que permitir uma abertura racional e um compartilhamento de ideias entre as respectivas ordens. Conseqüentemente, haveria a exclusão do pensamento provincianista constitucional que tanto as cortes estatais persistem em conservar. Ao mesmo tempo, haveria também a exclusão do pensamento pseudouniversalista internacional. Em suma, admite-se que a solução esteja no meio termo entre ambos os pensamentos, obtido por meio de constantes diálogos e intercâmbios de ideias, em um ambiente predisposto ao engajamento para construção de um projeto comum.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do processo de pesquisa dedicado ao presente trabalho, pode-se perceber que a sociedade mundial, nos tempos da contemporaneidade, se descentralizou de tal maneira que hoje não se pode mais sustentar a ideia de que resoluções de conflitos que importam a uma variedade de ordens sociais possam ser resolvidas a partir de uma única vertente provinciana de pensamento. No âmbito jurídico, isso se revela quando surge uma pluralidade de ordens jurídicas com questões em comum.

O surgimento do constitucionalismo ensejou na diferenciação funcional entre direito e política, mas ao mesmo tempo, ao sugerir um modelo constitucional para a regulação das condutas tanto dos indivíduos como do Estado, acabou por conectar essas duas esferas sociais em um instrumento comum: a Constituição. Entretanto, o que se pôde observar é que a sociedade multicêntrica carece de um equivalente constitucional no plano mundial. As próprias assimetrias geopolíticas dos Estados-Periféricos em relação aos Estados-Centrais dificulta a formulação de um povo constitucional no âmbito da sociedade mundial. Os direitos humanos (lidos aqui como direitos que garantem um patamar irreduzível mínimo de humanidade), ainda que se faça valer para um plano mundial de níveis e são reconhecidos por uma variedade de ordens jurídicas, ainda precisa de uma consolidação institucional mais séria.

Diante dessas perspectivas, o transconstitucionalismo evidencia as questões comuns entre ordens jurídicas das mais diversas e tenta apresentar um modelo dialógico e de alteridade em relação às esferas conflitantes, a fim de se chegar à conversações constitucionais. A questão é que, em se tratando do contexto jurídico-constitucional brasileiro, em especial o Supremo Tribunal Federal, essa perspectiva não é encontrada tão facilmente nas decisões da Corte Constitucional quando se trata de direitos humanos. Assim, apesar de algumas decisões citarem entendimentos de outras ordens jurídicas como fundamento da decisão (evidenciando um transconstitucionalismo), muitas das vezes essas menções são apenas para reforçar decisões já determinadas anteriormente em certo sentido, o que pode caracterizar como uma decisão meramente simbólica ou decorativa.

Quanto ao problema primeiramente formulado, qual seja o de saber se a Corte Constitucional brasileira possui uma postura de abertura transconstitucional acerca de problemas de direitos humanos, tem-se a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal não possui ainda mecanismos dialógicos concretizados para a construção de uma conversação constitucional baseada em uma racionalidade transversal capaz de criar pontes de transição em relação a outras ordens jurídicas. Mais especificamente, na ADPF 153/DF analisada conjuntamente com o Caso Julia Gomes Lund da Corte Interamericana de Direitos Humanos, esse modelo de alteridade discursiva é produto escasso nas decisões da maioria dos ministros votantes. Apresenta-se certa resistência, de componente extrajurídico, que moldaria a opinião jurídica acerca da não aceitação da decisão da Corte Interamericana.

Aparentemente, essa irresignação é demonstrada quando o STF não se permite cumprir inteiramente a decisão da CIDH, ou, quando cumpre, é certamente um cumprimento parcial ou insatisfatório para a efetivação de direitos humanos. O que se poderia concluir é que essa resistência partiria de um receio de que as decisões do STF poderiam ser modificadas inteira ou parcialmente por um órgão cuja hierarquia vinculante no sistema regional não existe. Isso, aos olhos dos ministros, implicaria na perda da possibilidade da Corte nacional de decidir por último, como se fosse uma redução da jurisdição constitucional do país. Entretanto, o transconstitucionalismo afasta essas premissas que no mais são consideradas falaciosas.

Não se trata de uma perda de soberania, ou muito menos da mitigação da última instância nacional. O que se trata é de uma justaposição dialógica entre conflitos que importam a ambas as ordens jurídicas. O direito de ver efetivada a justiça daqueles que foram vítimas do massacre do Araguaia deve ser respeitado na medida em que essa decisão representa um marco consolatório para as democracias dos países latino-americanos, enquanto que representa, em âmbito nacional, uma predisposição reflexiva das Cortes e Tribunais na busca de efetivar os direitos humanos em um plano mundial. É exercício da soberania de um país ter de fazer concessões em certas ocasiões, para garantir maior efetividade e reconhecimento dos seus cidadãos no que toca a seus direitos individuais, e uma vez que esses direitos estão em processo de “deslocalização” para um plano internacional, o mais apropriado seria construir mecanismos de entrelaçamentos

locais, regionais, internacionais e supranacionais a fim de ver efetivados tais direitos em todas as suas formas.

Em síntese, o transconstitucionalismo é uma teoria voltada para o saber reflexivo em questões de conflitos entre ordens jurídicas. A Corte Constitucional brasileira, no caso da ADPF 153/DF X Caso Julia Gomes Lund da CIDH, demonstraram ambas uma dificuldade dialética em encontrar certos entrelaçamentos de conhecimento para uma melhor decisão do caso. Isso demonstra que apesar do Estado ter deixado de ser um *locus* privilegiado para resoluções de conflitos, a busca de um mecanismo eficiente e concreto para a resolução de problemas descentralizados ainda deve ser construído. Marcelo Neves, em seus capítulos finais, nos propõe uma reflexão acerca da alteridade, afirmando que todo observador tem um limite de visão no “ponto cego”, isso porque o observador não pode ver em virtude da sua atual posição ou perspectiva de observação.¹²⁴ Mas cabe ressaltar que o tal “ponto cego” o outro pode ver, e é dessa maneira de pensar que o transconstitucionalismo implica reconhecer os limites de uma determinada ordem, admitindo a alteridade de que o outro pode ver aquilo que pela minha posição eu não consigo enxergar.

¹²⁴ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 265.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Paul Casella G.E do Nascimento. **Manual de direito internacional público**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ARNAUD, André-Jean; LOPES Jr., Dalmir (orgs). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2004.

_____. **Série IDP – Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

_____. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

B-32: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **4. Brasil. Reconhecimento da competência da Corte**. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm> Acesso em: 07 nov. 2017.

BAGNOLI, Vicente et al. **Introdução à História do Direito**. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O direito internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. 1. ed. Coleção Gilmar Mendes. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2017

BRASIL. Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 28 ago. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 3 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112-1/DF. Inconstitucionalidade dos artigos 14, 15 e 21 do Estatuto do Desarmamento. Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro. Requerido: Congresso Nacional,

Presidente da República. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 de maio de 2007. **Diário da Justiça**, v.02295, n. 003, out. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS. Crime de racismo em publicações antissemitas. Denunciante: Ministério Público. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de Março de 2004. **Diário da Justiça**, v. 02144-03, mar.2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v.02363, n. 104, jun. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**Brançosos**” e **Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. **Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 28 out. 2017.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Sentencia de 24 de Noviembre de 2010. **Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Série C, nº 219**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2017.

_____. Resolução da CIDH – Supervisão de Cumprimento de Sentença. Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. **Notas de 17 de outubro de 2014**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14_por.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2017.

FERNANDES, Bernardes Gonçalves. A teoria da Constituição à luz dos movimentos do Constitucionalismo (Moderno), do Neoconstitucionalismo (Contemporâneo), do Transconstitucionalismo e do Constitucionalismo (Latino-Americano) Plurinacional.

In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BARROS, Flaviane de Magalhães. **Novo Constitucionalismo Latino-Americano: O debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juizes**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 37-64.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das normas no direito internacional: *jus cogens* e metaconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Guilherme Leite e FILHO, Orlando Villas Bôas. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERRA, Sidney. **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

KEOHANE, Robert Owen. **After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LINO, Wagner Luiz Menezes. O direito internacional contemporâneo e a teoria da Transnormatividade. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado et al. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao prof. Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar Editora, 2008. p. 961-1001.

_____. **Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; et al. **A Força dos Precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. Bahia: Editora Jus Podivm, 2010.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Os Estados no centro e os Estados na periferia: Alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 206, p. 111-136, abr./jun. 2015.

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

PIOVESAN, Flavia Cristina. Direitos Humanos: Desafios da ordem internacional contemporânea. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado et al. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo**: estudos em homenagem ao prof. Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar Editora, 2008. p. 665-687.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho de. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a 3, n. 2, jul-dez./2014. p. 6. Disponível em <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 29 out. 2017.

TRIBUNAL Constitucional Federal Alemão – Caso Cannabis. **BverfGE. 90, 145, 1994**. Disponível em: <<http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintText&Name=bv090145>>. Acesso em 24 mar. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, v. 46, n. 182, p. 27-54, jul./dez. 1993.

VESENTINI, José William. **Nova Ordem, Imperialismo e Geopolítica Global**. Campinas: Papyrus, 2003.