

# O FENÔMENO DO TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO INSTRUMENTO DE AMPLIAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA DO ESTADO NACIONAL SOBERANO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS DO CIDADÃO

**ALEXSANDRO COSTA RODRIGUES**

Estudante do Curso de Direito – Universidade Potiguar Laureate International Universities.  
E-mail: alexluigi2010@hotmail.com

**Envio em:** Fevereiro de 2013

**Aceite em:** Março de 2013

## Resumo

Partindo de uma perspectiva dialética, em que se busca elaborar um estudo acerca do fenômeno Transconstitucionalismo, também chamado por alguns estudiosos de “Interconstitucionalismo”, “Jurisdição Global” ou “Jurisdição Constitucional Internacional”, o presente trabalho visa a estabelecer um método lógico acerca de como integrar normas constitucionais de um Estado soberano a outro, sem, obviamente, ferir ou adentrar, abusivamente, na jurisdição constitucional de um deles. Partindo do pressuposto de que existem normas/direitos/princípios de proteção internacional, como é o caso dos direitos humanos que tutelam, universalmente, a proteção do Ser Humano em todas as suas dimensões, não se pode olvidar, ou simplesmente enrijecer, na aplicação - tão somente - de uma ordem jurídica interna, em detrimento de outras visões mais abrangentes e protetivas de tais direitos, mesmo que tais visões advenham de ordens jurídicas externas, isto é, de outros Países. Dessa forma, pode-se dizer que não está a norma externa sendo sobreposta à norma constitucional nacional, pelo contrário, o que passa a existir, a partir desse método de proteção do Homem (cidadão), é um diálogo entre fontes normativas diversas.

**Palavras-chaves:** Integração. Normas. Estado Soberano. Diálogo entre Fontes.

## THE PHENOMENON OF TRANSCONSTITUCIONALISMO AS AN INSTRUMENT FOR EXPANSION OF THE LAWS OF THE SOVEREIGN STATE NATIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL OF CITIZEN

### Abstract

Starting from a dialectic perspective, which searches to elaborate a study on the transconstitutionalism phenomenon, also called by some studios "inter-constitutionalism", "global jurisdiction" or international constitutional jurisdiction", this paper aims to stablish a logic method on how to integrate constitutional rules of a sovereign state into another, without, obviously, harming or abusively penetrating into the constitutional jurisdiction of one of them. Building it on the prerequisite that there are rules/rights/principles of international protection, as in the case of human rights, that universally defend the human being in all its dimensions, it can't be forgotten, or simply toughened, on the application -on itself- of an internal legal order, instead of other more extensive visions and protective of those rights, even if those visions follow external legal orders, which is, from different countries. That way, it can be said that the external regulations are not being superposed over the national constitutional law, on the contrary, what gets to exist from that method of protection of Man (citizen) is a dialogue between diverse regulation sources.

**Keywords:** Integration. State. Sovereign. Dialogue between sources.

## 1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Ao tentar discorrer sobre o tema proposto no presente trabalho, primeiro faz-se necessário que se traga à baila algumas noções acerca dos direitos fundamentais, como, também, dos direitos humanos que, necessariamente, ensejaram a criação e propagação do fenómeno, chamado pelo ilustre jurista Marcelo Neves de “Transconstitucionalismo” em sua obra intitulada com o mesmo nome.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS: A MESMA COISA?

Existem muitos equívocos, ao tentar conceituar os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos, por grande parte da classe académica; muitos acreditam ser ambos a mesma coisa, dando aos dois o mesmo conceito, no entanto, há de se diferenciar, substancialmente, suas origens e, conseqüentemente, seus conceitos.

Segundo Rolim (2002, p. 149), os chamados “Direitos Humanos” têm sua origem, relativamente, nova na história mundial. Efetivamente, pode-se dizer que seu surgimento, de forma positivada, deu-se com as declarações de direitos do final do século XVIII, especificamente a Declaração de Virgínia de 1776 e a Declaração Francesa de 1789, as quais trouxeram ao mundo um sentimento de inovação e altamente revolucionário a respeito da condição humana. Com o surgimento desse sentimento, a sociedade da época passou a não mais aceitar aquela condição de inércia e de anuência com aquele sistema vigente, no qual, não se vislumbrava o ser humano na condição de cidadão, detentor de direitos sociais, políticos, civis ou, simplesmente, humanos.

As lutas políticas e sociais desencadeadas na América e na França tornavam evidente a conquista de sociedades cada vez mais secularizadas onde os indivíduos já não podiam estar seguros de sua destinação perante Deus, nem podiam conforta-se diante dos regramentos oriundos de castas e estamentos definitivamente abalados (ROLIM, 2002, p. 149).

Partindo desse diapasão, fica claro que os direitos humanos são direitos reservados ao Homem em sua condição de Ser vivo, trazendo uma ideia de universalidade, prescindindo de positivação pelas diversas ordens constitucionais internas, isso porque não são direitos produzidos, exclusivamente, pela atividade legiferante de um determinado Estado Nacional (não que um de-

terminado Estado não possa produzir/criar direitos que, de per si, possam ser chamados de Direitos Humanos), pelo contrário, conforme aduz o mestre José de Souza Alves Neto:

[...] os direitos humanos, previstos nos tratados e convenções, por sua vez, resgatam a ideia de direitos naturais do ser humano, onde a lesão a um desses direitos inalienáveis merece a proteção não só da ordem interna, mas também no campo supra-estatal (ALVES NETO, 2011, p. 2).

Sendo assim, não se pode confundir direitos os quais detêm uma força suprapositiva em face dos mais distintos ordenamentos jurídicos - fala-se isso por ser já dominante a ideia de que até o Poder que estabelece uma nova ordem constitucional, que, em tese, é incondicionado e ilimitado, deve se ater aos princípios suprapositivos que tais direitos encerram em si mesmos – com outros que só se estabelecem no mundo dos fatos, após serem positivados pelas ordens constitucionais internas de cada Estado Soberano, intitulados de direitos fundamentais.

Lição mais que precisa sobre o conceito dos direitos fundamentais é trazida, em um artigo do professor José de Souza Alves Neto, no qual, o autor cita ensinamento sobre o tema de autoria do insigne professor Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] o termo *direitos fundamentais* acaba por possuir sentido mais preciso e restrito que a terminologia *direitos humanos*, vez que integram um feixe de direitos e liberdades que são institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, “tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito” (ALVES NETO apud SARLET, 2003, p. 35).

No que tange à origem dos direitos fundamentais, não há lição mais clara e, ao mesmo tempo, mais fundamentada do que aquela elaborada pelos renomados juristas Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (2010, p. 21-23), em seu livro “Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, segundo a qual “[...] para se poder falar em direitos fundamentais, deve-se constatar a presença de três elementos. a) Estado. [...] b) Indivíduo. [...] c) Texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos. [...]”. O Estado o qual é mencionado pelos ilustres professores é o Estado moderno.

Do ponto de vista das ideias políticas, o sur-

gimento do Estado se relaciona com análises político-filosóficas do século XVII em reação à estratificação e fragmentação medieval do poder político. Trata-se, em suma, do Estado “Leviatã” teoricamente desenvolvido e político-filosoficamente fundamentado na obra de Thomas Hobbes (DIMOULIS; MARTINS, 2010, p. 22).

Acredita-se que, a partir das premissas levantadas no presente trabalho, esclarecendo e conceituando as categorias dos direitos do Homem, os quais se podem nomear em Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, passa-se, então, a falar do Transconstitucionalismo propriamente dito.

### 3 CONTEÚDO DA EXPRESSÃO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Não é de agora, que os estudiosos do direito constitucional tentam encontrar métodos lógicos que se coadunem com a atual conjuntura da sociedade mundial, que, após o pós-guerra, passou a se constituir em comunidades de países, por isso, alguns autores intitulam as normas que regem essas comunidades de “Direito Comunitário”, exemplo mais que difundido foi a criação da União Europeia. Contudo, não se pode simplificar o Transconstitucionalismo como sendo uma “Jurisdição Constitucional Global”, nem tampouco uma “Jurisdição Internacional”, vez que a proposta produzida por ele não é a de criar uma constituição única para tais blocos ou comunidades de países, pelo contrário, o Transconstitucionalismo não tem pretensão em esvaziar as ordens constitucionais internos dos Estados, nem, ainda, romper com os modelos constitucionais vigentes.

No estudo desse fenômeno, o pesquisador verá que o Transconstitucionalismo tem como ideia central aquilo que o douto professor Marcelo Neves chama de “diálogo entre fontes”, “pontes de transição” ou, ainda, “conversação constitucional”, isto é, tendo em vista que, por várias vezes, surgem problemas/conflitos que, em razão da matéria, a competência para a apreciação e o julgamento dos mesmos é das Cortes ou Tribunais Constitucionais internos de cada Estado Nacional que, por sua vez, são soberanos, verifica-se, em boa parte - para não dizer “em sua maioria” - que tais conflitos, ao serem analisados pelo órgão com jurisdição constitucional nos limites espaciais/territoriais do referido Estado do qual faz parte, dizem respeito a direitos e garantias que transcendem a ordem constitucional daquele país, atingindo ou tendo reflexo em uma outra ordem, que possa ser

constitucional ou, simplesmente, uma ordem supranacional, ou até internacional. Com isso, não se pode, por “capricho”, deixar de buscar uma integração da norma interna (norma constitucional) com outra norma externa, que pode ser outra constituição, um tratado, uma convenção, uma declaração. Nesse caso, o que deve ser levado em conta é a busca por uma solução que mais se aproxime do sentido de justiça, com as ponderações feitas pela razoabilidade e proporcionalidade, adequando uma solução que tenha como receptor o ser humano em sua mais completa e profunda dimensão – alguns, ao falarem desse tema, dizem que quem é o receptor de tal integração entre normas é o cidadão e não o “Homem”, contudo, o vocábulo “cidadão” tem caráter muito restritivo, no que diz respeito aos direitos humanos, o mesmo já não se pode dizer quando se falar em direitos fundamentais, pois tal gama de direitos tem sua vinculação, em regra, a um sistema positivado de normas, em que sua aplicabilidade e efetivação estão ligadas ao exercício da cidadania.

Na busca de um maior aprofundamento acerca dessa interação entre ordens constitucionais diversas, necessário se faz abrihantar o presente trabalho com as palavras do professor doutor Marcelo Neves, em seu livro Transconstitucionalismo, segue:

Mas o peculiar ao transconstitucionalismo não é a existência desses entrelaçamentos entre ordens jurídicas, o chamado “transnacionalismo jurídico”. No caso do transconstitucionalismo, as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia. Trata-se de uma “conversação constitucional”, que é incompatível com um “constitucional diktat” de uma ordem em relação a outra (NEVES, 2009, p. 118).

Destarte, o transconstitucionalismo pode ser chamado de “conversação constitucional”, rompendo com aquela ideia já tão arraigada entre os Estados Democráticos Constitucionais de que tudo tem sua validade aferida na Constituição, em desprezo às normas e princípios internacionais, devido ser a constituição de um país sua norma suprema (modelo kelseniano), nela, tudo nasce e tudo se encerra, como sendo a ultima ratio de um povo. Nesse ponto, o renomado jurista, autor do livro Transconstitucionalismo, diz que, ao possibilitar esse diálogo entre as fontes, passa-se a existir uma reconstrução do sentido da própria fonte que vai ser recepcionada pela outra. Continua Marcelo Neves:

[...]. Ou seja, não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora. [...] que envolve uma certa desconstrução do outro e uma autodesconstrução [...] (NEVES, 2009, p. 118).

## 4 O TRANSCONSTITUCIONALISMO NÃO FERRE A SOBERANIA DO ESTADO NACIONAL

Quando alguém resolve falar em diálogos entre fontes/normas/constituições de Estados Nacionais Independentes, surge logo alguém que vai contestar tal ideia com fundamento no princípio da soberania nacional, dizendo que essa “conversação constitucional” acontecendo, conseqüentemente, estará ferindo a soberania nacional, pois não se coaduna com um Estado Independente a obediência a decisões que não sejam proferidas pelos entes públicos de direito interno, ou pelos seus órgãos jurisdicionais constitucionais. No entanto, a interpretação do que vem a ser soberania nacional, na atualidade, longe está daquela ideia restrita de um país fechado para as conseqüências externas que, de certo modo, dizem-lhe respeito também, passando a ser responsabilidade de toda a comunidade internacional. Nesse ponto, é preciso voltar a fazer menção aos direitos fundamentais e aos direitos humanos que, respectivamente, “valem dentro de uma ordem constitucional estatalmente determinada”, “pretendem valer para o sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, ou seja, para qualquer ordem jurídica existente na sociedade mundial” (ALVES NETO, 2011, p. 2).

Ainda a respeito de transconstitucionalismo versus soberania nacional, vale a pena colacionar, aqui, parte de uma entrevista dada pelo professor doutor Marcelo Neves ao blog *Os Constitucionalistas*, na noite de 10 de novembro de 2009, na biblioteca do Supremo Tribunal Federal, onde estava lançando seu livro, *Transconstitucionalismo*, editado pela WMF Martins Fontes.

**Os Constitucionalistas:** O julgamento da extradição do italiano Cesare Battisti pode ser considerado também um caso de transconstitucionalismo?

**Marcelo Neves:** Eu acho que também. É claro que esse caso dentro da tradição da discussão sobre extradição ele é muito a tradição constitucional brasileira antes do transconstitucionalismo, mas agora ele se torna muito mais impactante, ele se transforma em transconstitucional porque hoje a outra ordem cada vez mais ela toma, ela apresenta modelo de retaliação, de reagir a decisões

desse tipo. Eu acho que tende a se transformar num impasse, pelo menos inicialmente, num impasse transconstitucionalismo se houver uma decisão que não seja de harmonização e pode ser que nem sempre temos que nos subordinarmos à ordem do outro. Porque senão não seria um transconstitucionalismo, seria um colonialismo. É claro que o impasse pode surgir e, evidentemente, se a decisão for contrária, por exemplo, à extradição, vai haver reações, vai haver problemas de relacionamento entre os países. Agora tem que haver um aprendizado recíproco. Os italianos, a cultura italiana jurídico-constitucional, ela tem que estar disposta a aprender com nossa experiência e depois pode haver harmonizações futuras e adequações com novos modelos de tratados de regulação dessa matéria. Mas, sem dúvida, vai surgir um impasse transconstitucional especialmente se tivermos uma decisão contrária.

**Os Constitucionalistas:** Então no caso devem ser preservadas a soberania e a reciprocidade, é isso?

**Marcelo Neves:** Soberania não é negada aqui. Estou dizendo que a soberania não é mais no sentido antigo. A soberania é como algo absoluto sem responsabilidade. A soberania hoje implica muito mais a noção de responsabilização do que de autonomia do Estado. O Estado tem que ser responsável. Por exemplo, se o Brasil toma uma decisão ambiental, se, por exemplo, [o presidente] Lula e o Congresso decidissem criar um campo de golfe na Amazônia toda... Claro que eu acho que tinha que invadir o Brasil. Eu acho! Quer dizer, por quê? Um campo de golfe na Amazônia é o fim de toda a humanidade. É acabar com o pulmão da humanidade. Então nós temos essa responsabilidade com a humanidade. Então, eu acho, é claro, não é em qualquer besteirinha de Amazônia, uma política seja num sentido ou em outro, mas tem limites para a soberania, e esses limites para uma sociedade altamente integrada ambientalmente; é claro, se o Lula dissesse “Vamos criar um campo de golfe para a burguesia brasileira na Amazônia”, destruir a floresta, isso não teria nenhum fundamento com o princípio de soberania, isso teria um impacto em outros países e não só para o Brasil. Então, nesse sentido, a soberania tem que ser compatibilizada com responsabilização (OS CONSTITUCIONALISTAS, 2009).

Assim, não se pode negar que, hodiernamente, o Estado Constitucional Humanista de Direito vê-se, cada vez mais, internacionalizado ou interconstitucionalizado com as diversas convenções tratando de direitos humanos, passando a acolher (uns mais que outros), em seus ordenamentos internos, seus preceitos como normas de *jus cogens*. Exatamente por

isso existir, fala-se em transconstitucionalismo sem preocupação de se estar ferindo a soberania nacional, vez que os Estados adotam princípios de cooperação internacional, o que não exclui a aplicação do direito interno ou doméstico, pois o método lógico proposto pelo transconstitucionalismo visa, como já foi dito diversas vezes, a uma integração entre normas, de forma harmônica e integrada, sempre visando à proteção *pro homine*.

## 5 CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Tendo em vista a existência de normas de direito internacional, às quais os Estados signatários estão vinculados, por meio de instrumentos com força jurídica, não se pode negar a existência do fenômeno do Transconstitucionalismo na sua interpretação e aplicação, pois é cediço que, em algum momento, essas normas de direito internacional público irão conflitar com a ordem jurídica interna. Contudo, será no momento da existência desses conflitos de uma ordem constitucional com outra ordem constitucional - ou de uma ordem constitucional com um tratado, convenção - que as cortes constitucionais ou tribunais constitucionais terão a oportunidade de se abrirem para esse “diálogo entre fontes”, buscando uma integração e interação entre as diversas normas - não seria correto dizer que essa integração/interação se dá apenas entre diplomas positivados, pois, no Transconstitucionalismo, esse diálogo pode acontecer entre ordens que não adotem modelos constitucionais, podendo acontecer entre uma constituição e normas costumeiras de uma tribo indígena não integrada à civilização, por exemplo.

Quando se falou, no parágrafo anterior, sobre “se abrirem para”, falando em relação as Cortes e Tribunais Constitucionais, o pesquisador, autor dessa obra, teve a intenção de falar do modo de decisão por parte dos órgãos com competência constitucional na interpretação da ordem jurídica. O exemplo mais próximo seria o atual modo de decidir do Supremo Tribunal Federal, que, por ser a Corte Suprema do Estado brasileiro, guardião e intérprete da vigente Constituição Federal, depara-se, inúmeras vezes, com a necessidade de decidir questões que extrapolam o âmbito normativo interno, tornando-se indispensável buscar, nas normas de direitos internacionais, uma solução ou fundamentação que melhor possa contribuir para a decisão a ser tomada.

Os Tribunais Constitucionais e as Cortes Cons-

titucionais não têm mais como tomar decisões com base, estritamente, no direito constitucional doméstico, até porque as próprias constituições dos Estados democráticos trazem, em seu núcleo axiológico, uma gama de princípios de ordem mundial (internacional), permitindo, assim, que os juizes desses tribunais possam lançar mão daquilo que convencionaram chamar de “interdisciplinaridade”, buscando fundamentar seus votos com base no direito comparado, como, também, nos precedentes de outras cortes constitucionais, dando a essas fontes status de norma a ser seguida internamente, pois se adequam com os primados do ordenamento jurídico nacional.

Essa busca por fundamentação constitucional “lá de fora” é um fenômeno intitulado pelo magnífico constitucionalista português Canotilho de “Interjusfundamentalidade”, ou seja, a permissão de se colacionar jurisprudência/precedentes de ordens externas nos votos dos juizes que compõem as Cortes e Tribunais Constitucionais internos. A “interjusfundamentalidade” proposta pelo mestre português pode-se dizer que estaria abarcada pelo Transconstitucionalismo, e não o contrário. Abrangendo este último, ainda, o “interconstitucionalismo”, que vem a ser algo mais restrito, podendo dizer que se manifesta tão somente entre ordens constitucionais, que não é o caso do Transconstitucionalismo, como bem já foi estudado.

Essa contribuição das normas externas à ordem constitucional é, nas palavras do professor Dirley da Cunha, uma “relação transcendental permanente”, isto é, o contato do Direito com outros sistemas na busca de uma sintonia que vá além dos limites territoriais de um país. Ensina o mestre Marcelo Neves:

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. [...] A respeito desses novos fenômenos, a dimensão constitucional manifesta-se mais claramente quando estão envolvidos tribunais constitucionais no sentido amplo da expressão, ou seja, tribunais encarregados exclusiva ou principalmente de julgar questões jurídico-constitucionais (NEVES, 2009, p. 119).

Com essa “fertilização constitucional cruzada”, pode-se afirmar que a Constituição, ou o Estado de-

mocrático de direito, aproxima-se mais do conceito de uma real democracia, pois o povo (por meio dos tribunais e cortes constitucionais) passa a ter mais autonomia em relação ao próprio texto constitucional, vez que algumas cartas políticas são, exaustivamente, casuísticas e se excedem nos detalhes, como, por exemplo, a do Brasil. Isso, infelizmente, ao contrário do que muita gente pensa, não é tão bom assim, pois, nas palavras do mestre Daniel Sarmento (2010, p. 269), o povo precisa, a cada momento da história, realizar suas próprias conquistas. Destarte, o transconstitucionalismo mostra-se, mais uma vez, pertinente e necessário para que não fiquem as ordens constitucionais engessadas por constituições que têm a ambição de reger todas as condutas possíveis de um povo.

Importante frisar que essa abertura constitucional a outras fontes pode, a partir do “diálogo” proposto pelo transconstitucionalismo, contribuir para diminuir o excesso de constitucionalização do Direito, pois essa excessiva constitucionalização, para o professor Daniel Sarmento (2010, p. 269), “reveste-se, portanto, de um viés antidemocrático”.

Na verdade, o estudioso do direito constitucional moderno - ou pós-moderno, se tiver o transconstitucionalismo como um método de estudo futurista inevitável, de acordo com o atual caminhar da humanidade – deve, com muito esforço, tentar se desprender de todos os dogmas dominantes da ciência jurídica positivista e pós-positivista, pois, para se compreender o transconstitucionalismo, é imprescindível que exista uma desvinculação de todo o constitucionalismo clássico. Nas palavras do jurista Marcelo Neves:

[...] ou seja, de um conceito de Constituição associada exclusivamente a um determinado Estado, sem que daí seja necessário recorrer a outras “Constituições”. O constitucionalismo, vinculado originariamente ao Estado como organização territorial, surgiu para responder a duas questões: 1) como determinar coercitivamente os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos? 2) como limitar e controlar o poder estatal expansivo e, ao mesmo tempo, garantir a sua eficiência organizacional? A resposta veio com as constituições estatais, pois esses problemas normativos ainda tinham uma dimensão territorialmente delimitada. Com o tempo, o incremento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado. Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassaram fronteiras, de tal maneira que

o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas (NEVES, 2009, p. 121).

É tão importante essa desvinculação do constitucionalismo clássico para a compreensão do fenômeno do Transconstitucionalismo, que, para o professor Marcelo Neves (2009, p. 121), não interessa saber ou definir as constituições, nem tampouco reconhecê-las como privilégio do Estado. Para o insigne jurista, o fundamental “é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas”.

É nesse momento que surge o transconstitucionalismo como contraponto normativo básico e fundamental para a solução de conflitos de interesses que se sobrepõem aos limites territoriais de um Estado, pois, desde o surgimento da chamada era da globalização, nenhuma nação pode dizer que tem o “privilégio” de ter, sozinha, um problema, já que, nos dias atuais, a economia não é mais local e sim global, a tecnologia não cabe mais dentro das barreiras impostas pelos países, nem a ciência está limitada aos mesmos termos dos demais.

Na verdade, o que se tem visto, a cada dia, é o surgimento de um direito internacional constitucional público de caráter hegemônico ou, simplesmente, um direito hegemônico no âmbito da comunidade internacional, visando esta comunidade, ou comunidades, a depender do referencial utilizado, a uma maior fiscalização/interação/cooperação/solidariedade entre os países do bloco (comunidade), pois o interesse de um não é mais o que interessa, e sim o melhor interesse comum de todos os membros.

O que diz o professor doutor Marcelo Neves sobre essa abordagem supra, vejamos:

Nesse particular, o transconstitucionalismo, na perspectiva do sistema jurídico, serve como um modelo estrutural de conexão funcional entre esferas funcionais fragmentadas da sociedade mundial. Isso porque à mera fragmentação falta estrutura. Em primeiro lugar, o transconstitucionalismo, ao oferecer “pontes de transição” entre ordens jurídicas, em princípio fragmentadas, serve à estruturação do sistema jurídico, sem levar a uma unidade hierárquica última. Pode apresentar-se como a estrutura reflexiva do sistema jurídico mundial de níveis múltiplos (consistência). Além disso, ele pode contribuir para a capacidade do sistema jurídico de responder aos complexos problemas da sociedade mundial, oferecendo modelos normativos para

o tratamento das relações conflituosas entre os diversos sistemas sociais (complexidade adequada). Os meros fragmentos internos e externos ao sistema jurídico encontram no transconstitucionalismo, do ponto de vista parcial do direito, os elementos constitucionais que podem contribuir para a sua conexão estrutural, promovendo uma ordem diferenciada de comunicações (NEVES, 2009, p. 288-289).

Nesse norte, cabe argumentar que a utilização dessas “pontes de transição”, na solução das controvérsias que envolvem a aplicabilidade do direito constitucional, principalmente em seu viés humanitário, não pode ser uma prática aleatória nem desconexa, pelo contrário, o que deve haver é um método lógico e sistemático de utilização do direito estrangeiro e internacional pelas Cortes Constitucionais ou Supremas Cortes de cada país, formando o que se pode chamar, no dizer de Marcelo Neves (2009, p. 260), de “rede de conexão entre várias ordens jurídicas, para a solução de problemas comuns”.

## 6 JUSTIFICATIVA CONSTITUCIONAL PARA O TRANSCONSTITUCIONALISMO

O artigo 5º, em seu parágrafo 2º, da atual constituição federal traz, em seu bojo, a chamada “cláusula aberta” ou “cláusula de comunicação”, permitindo que seja integrado, ao sistema constitucional hodierno, direitos e garantias decorrentes de outros regimes que guardem identificação com os expressos e adotados por ela (CF/88), desmitificando o senso comum dominante a respeito da tese da suprallegalidade dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil anteriores à emenda constitucional 45.

Grande parte dos que estudam o direito constitucional, na hora de falar sobre o impasse que surgiu no STF a respeito de “onde alocar”, e sobre “que força tinham” esses tratados anteriores à EC/45 no ordenamento jurídico nacional, não tem resposta, chegando a dizer que foi algo inventado “do nada” pelos ministros do Supremo. Não obstante as críticas feitas em face da tese da suprallegalidade dos tratados internacionais que estabeleçam disposições acerca da proteção dos direitos humanos, é cristalino que essa tese, hoje dominante na nossa mais alta corte constitucional, foi fruto de um diálogo entre fontes, pois ver-se que, por tais tratados terem como objeto a proteção dos direitos humanos, parte considerável da doutrina já os colocava no plano hierárquico

igual ao das normas constitucionais, isso devido à possibilidade que a própria CF/88 estabeleceu, no parágrafo 2º do artigo 5º, passando a existir uma comunicação entre normas. Portanto, permitindo-se dizer que essa tese da suprallegalidade adveio do fenômeno do Transconstitucionalismo, na medida em que o Tribunal Constitucional (STF) aplicou uma norma inserida em um tratado internacional, em face de uma norma constitucional até hoje vigente, como é o caso da prisão civil do depositário infiel, que é norma constitucional vigente no Brasil, contudo, não tem sido aplicada em obediência ao artigo 7º, (nº 7 do *PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA*) que dispõe:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

[...]

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar (PACTO San José de Costa Rica, em 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil em 25.09.1992).

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso LXVII, dispõe em sentido contrário. Vejamos: “LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Essa é uma das maiores provas da existência benéfica e necessária do Transconstitucionalismo para sanar “defeitos” positivados em cartas políticas estatais, que não se coadunam (os defeitos) com o *jus cogens*. Verifica-se, nesse momento, que a Constituição não deixou de ser a norma máxima, por excelência, de um Estado constitucional, entretanto, já não mais se adequa aos ditames impostos pela sociedade da atualidade aquela ideia de que a constituição de um país está no topo do ordenamento jurídico, de forma intangível, “imexível”.

Posto que os diplomas internacionais sobre direitos humanos especificamente - para não falar de outros tantos que, na atualidade, vêm tendo relevância na ordem jurídica interna – encontram lugar garantido no ordenamento jurídico nacional, ou seja, pode-se dizer que eles estão abaixo da Constituição, porém, acima da legislação interna infraconstitucional, de forma que o status normativo suprallegal de tais tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitante.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caminhar da humanidade vem trazendo, a cada dia, novos e incontáveis desafios aos poderes constituídos, principalmente, ao Poder Judiciário, que, por sua vez, na inércia dos demais poderes, tem se tornado mais efetivo ou concretizador das “promessas” constitucionais. De forma que as tomadas de decisões pelas Cortes Constitucionais já não mais suportam o engessamento dos fundamentos de decidir atrelados tão somente às normas internas ou, até mesmo, unicamente, à Constituição.

Hoje, os problemas são globais, de níveis múltiplos, motivo pelo qual a proteção dos direitos humanos fundamentais encontra-se em foco nas pautas dos tribunais constitucionais de quase todos os países democráticos, exigindo dessas cortes um entrelaçamento doutrinário e jurisprudencial com outras cortes ou tribunais constitucionais que já tenham decidido questões idênticas ou, pelo menos, semelhantes com aquelas ora suscitadas na corte que buscou a “comparação” do caso.

Mesmo parecendo, pela grande maioria dos que ouvem falar de tal fenômeno, que o transconstitucionalismo é algo difícil de ser posto em prática, é cediço que ele já está inserido na prática forense das mais altas cortes constitucionais dos países ocidentais.

No Brasil, com o avanço veloz que se tem visto da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal,

o transconstitucionalismo tem sido, cada vez mais, utilizado como técnica de manipulação (na melhor acepção do vocábulo) dos diversos elementos plúrimos que estão afetos à decisão do órgão detentor da guarda e intérprete, por excelência, da Constituição Federal.

Portanto, quando os Ministros do Supremo buscam fundamentar seus votos em precedentes de outras cortes constitucionais; em teorias criadas por juristas internacionais, exemplo atual foi o uso da teoria do “domínio do fato”, de autoria do professor alemão Claus Roxin, que foi utilizada para definir a responsabilidade do mandante intelectual daquele que tinha de fato o poder de decisão dos atos impugnados na Ação Penal 470, conhecida, popularmente, por “mensalão petista”; quando os Ministros do STF julgam algum caso com base em um tratado internacional, que guarda consonância com os princípios democráticos elogiados pela Carta Política de 88; ou, até mesmo, quando, em razão de ser vedado ao juiz o *non liquet*, ele toma uma posição concretista em favor dos direitos fundamentais, passando a criar uma decisão, ou aplicar uma decisão de outro ordenamento, que garanta a efetivação de tais direitos essenciais ao mínimo existencial do Homem, estão esses Ministros (juizes) fazendo uso do transconstitucionalismo para que, em detrimento de qualquer limitação territorial fictícia, seja o Homem-Cidadão tutelado sob um prisma universal que lhe garanta melhor e maior proteção pelo Direito e não tão somente pelo Estado.

## REFERÊNCIAS

ALVES NETO, José de Souza Direitos fundamentais e controle de convencionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2899, 9 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19300>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 6. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LYRA, R. P. et al. **Direitos Humanos: os desafios do século XXI – uma abordagem interdisciplinar**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002.

MARTINS, L. **Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

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

OS CONTITUCIONALISTAS. **Marcelo Neves e o transconstitucionalismo**. Entrevista dada ao Blog. Brasília, 2 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/marcelo-neves-e-o-transconstitucionalismo>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

SARMENTO, D. **Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.