XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

MARCOS LEITE GARCIA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

C755

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-982-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU
(2: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I reúne onze textos elaborados, submetidos e posteriormente aprovados por professores que integram o banco de avaliadores do CONPEDI. Todos os textos foram selecionados a partir de um processo de avaliação cega por pares, o que garante a seriedade do mecanismo de análise das contribuições acadêmicas. Os textos selecionados abordam temas os mais diversos dentro da temática Constituição, Teoria Constitucional e Democracia. Em todos eles observamos a criatividade e empenho dos pesquisadores no sentido de abordarem de forma criativa, racional e crítica as temáticas objeto de suas investigações, a exemplo dos impactos da constituição sobre a administração; globalização e constituição; comissões parlamentares de inquérito; proteção das diferenças pelo Supremo Tribunal Federal; estado de coisas inconstitucional; precedentes; direitos humanos e direitos fundamentais; reforma da constituição e constitucionalismo na América Latina.

Todos os artigos suscitam debates e contribuem para o avanço das discussões a partir das investigações realizadas, mantendo vivo o processo de compreensão dos institutos jurídicos não somente vigentes no Brasil como também em organismo internacionais cujas decisões impactam na dinâmica da sociedade brasileira.

Por tudo isso, recomendamos a leitura dos artigos que integram esta coletânea.

Boa leitura.

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia -UNIVALI

Prof. Titular Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA

LIMITES DO TRANSCONSTITUCIONALISMO NA RELAÇÃO ENTRE CORTES INTERNACIONAIS E LOCAIS: A SEMÂNTICA E A PROTEÇÃO PLURIDIMENSIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

LIMITS OF TRANS-CONSTITUTIONALISM IN THE RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL AND LOCAL COURTS: THE SEMANTICS AND MULTIDIMENSIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Luiz Felipe Fleury Calaça [1]
Roberta Amanajas monteiro [2]

Resumo

Uma característica central da sociedade multicêntrica globalizada é a proliferação e transcendentalização dos problemas de natureza constitucional além dos Estados. Neste contexto, o artigo analisa as relações sob a égide do transconstitucionalismo no sistema pluridimensional de proteção aos direitos humanos, focando na interação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito dos Estados, com ênfase no Poder Judiciário local. O estudo investiga como o sistema pluridimensional de proteção dos direitos humanos pode provocar mudanças nas ordens jurídicas locais, com especial atenção à realidade brasileira. Utiliza-se dos conceitos de transconstitucionalismo, direitos humanos e litígio estratégico para demonstrar as possibilidades de alterações objetivas nas ordens jurídicas locais através da proteção pluridimensional. Conclui-se que é possível haver mudanças pela introdução da semântica dos direitos humanos nos Estados, mas tais mudanças estão intrinsecamente ligadas às dificuldades empíricas inerentes à sociedade mundial e ao transconstitucionalismo.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo, Direitos humanos, Poder judiciário, Litígio estratégico, Proteção pluridimensional

Abstract/Resumen/Résumé

A central feature of the global multicentric society is the proliferation and transcendence of constitutional issues beyond state borders. In this context, this article analyzes the relationships developed under the aegis of transconstitutionalism within the multidimensional system of human rights protection, focusing on the interplay between international human rights law and state law, particularly through the lens of the local judiciary. It examines how the multidimensional human rights protection system can bring about changes in local legal orders, with a focus on the Brazilian context. The study employs the concepts of transconstitutionalism, human rights, and strategic litigation to demonstrate the potential for objective changes in local legal orders through multidimensional protection. The conclusion

[1] Mestre em Direito Constitucional no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

[2] Doutora em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

highlights the possibility of changes through the introduction of human rights semantics in states but recognizes the empirical difficulties inherent in the global society and transconstitutionalism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transconstitutionalism, Human rights, Judiciary, Strategic litigation, Multidimensional protection

1 INTRODUÇÃO

As constituições modernas são marcadas pela semântica do constitucionalismo, focadas na limitação do poder estatal e no estabelecimento de direitos fundamentais. Elas fazem parte de um contexto multicêntrico em que direito e política buscam se diferenciar cada vez mais, uma demanda da própria sociedade mundial.

Nesse contexto, verifica-se a emergência de regimes constitucionais globais relacionados a problemas constitucionais que afetam toda a sociedade. Assim, exige-se dos sistemas jurídicos uma nova articulação para enfrentar esses problemas comuns.

A questão torna-se especialmente relevante quando analisada sob a perspectiva dos direitos humanos. Considerando seu caráter multifacetado, o grande desafio é uma aplicação articulada e não hierarquizada, que deixe de lado desigualdades estruturais para afastar o aspecto colonizador desses direitos.

No que se refere aos direitos humanos, observa-se uma proliferação de ordens jurídicas centradas em diversas cortes, cujos objetos centrais são exatamente esses direitos. Cada vez mais, exige-se dos Estados um posicionamento no sistema de proteção dos direitos humanos, que compreende não apenas constituições locais, mas também textos da comunidade internacional que incidem sobre formas de vida historicamente marginalizadas.

O transconstitucionalismo, nesse sentido, apresenta-se como uma resposta para a demanda de articulação das diversas ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns, sem a imposição de uma ordem mais forte sobre uma mais fraca.

Diante de propostas não hierarquizantes para soluções de conflitos jurídicos, como reagem as ordens jurídicas nacionais por meio de seus órgãos centralizados? De que forma o sistema pluridimensional de proteção aos direitos humanos pode impactar objetivamente as ordens jurídicas nacionais?

Portanto, este artigo tem como objeto de análise as relações desenvolvidas sob a égide do transconstitucionalismo no sistema pluridimensional de proteção aos direitos humanos entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito dos Estados. Especificamente, busca enfrentar a questão de como o transconstitucionalismo pode implicar mudanças objetivas em ordens constitucionais e como o judiciário pode lidar com essas proposições.

Em um primeiro momento, realizou-se um estudo acerca dos limites do próprio transconstitucionalismo, denominados pressupostos negativos. Esses pressupostos devem fazer

parte de qualquer análise deste fenômeno, uma vez que o transconstitucionalismo existe no mundo e carrega consigo dificuldades ligadas à assimetria da sociedade mundial.

Em um segundo momento, estudou-se a chamada proteção pluridimensional dos direitos humanos, explorando o porquê dessa nomenclatura e as implicações dessa construção jurídica para o enfrentamento dos problemas constitucionais ligados aos direitos fundamentais.

Em seguida, analisou-se a atuação das cortes internacionais na promoção e proteção dos direitos humanos. Nesse ponto, destacou-se o litígio estratégico em direitos humanos e como o uso multinível dessa proteção pode fazer circular a semântica dos direitos fundamentais para promover mudanças objetivas na sociedade mundial.

Por fim, fez-se uma análise sobre as relações que podem se estabelecer entre o judiciário local e o sistema pluridimensional de proteção aos direitos humanos para formar uma proteção transconstitucional a esses direitos.

Espera-se formar um panorama sobre as relações estabelecidas no transconstitucionalismo entre ordens jurídicas internacionais e nacionais a partir do sistema pluridimensional de proteção aos direitos humanos. Nesse contexto, pretende-se revelar os limites e possibilidades de mudanças objetivas em ordens jurídicas locais a partir de ordens jurídicas internacionais entrelaçadas em torno de problemas constitucionais comuns.

2 LIMITES DO TRANSCONSTITUCIONALISMO: A CIRCULAÇÃO DA COMUNICAÇÃO DO DIREITO

A constituição na sociedade mundial é marcada pela difusão do constitucionalismo, definido como a associação entre a limitação do poder e a proteção dos direitos fundamentais em contextos políticos orientados pela racionalidade democrática. A constituição moderna, fruto do constitucionalismo, reflete uma pressão estrutural para a diferenciação funcional entre direito e política na sociedade multicêntrica (NEVES, 2009, p. 53), prevenindo arbitrariedades e tornando o exercício do poder eficiente, ao mesmo tempo em que busca uma definição sobre direitos fundamentais (NEVES, 2017, p. 276).

É exatamente a constituição moderna que permite a diferenciação entre direito e política no âmbito estatal (NEVES, 2009, p. 56), surgindo como uma ponte de transição entre política e direito para o desenvolvimento de uma racionalidade transversal que promove o aprendizado e o intercâmbio recíprocos entre os sistemas político e jurídico (NEVES, 2009, p. 76).

Nesse contexto, se o constitucionalismo surgiu para determinar os direitos fundamentais e limitar o poder estatal, garantindo sua organização, e a constituição estatal é fruto desse intento, esses mesmos problemas constitucionais não se restringem na sociedade mundial aos limites territoriais do Estado. Ou seja, o tratamento desses problemas constitucionais deixou de ser exclusivo do Estado, passando a ser enfrentado por diversas ordens jurídicas, que devem lidar com as problemáticas antes privilégio do direito constitucional (NEVES, 2009, p. 120).

É a partir dessa constatação que o constitucionalismo excede ao próprio Estado, e o transconstitucionalismo surge como forma de enfrentamento desses casos ou problemas constitucionais comuns a partir do entrelaçamento de duas ou mais ordens jurídicas (NEVES, 2017, p. 293). Importante ressaltar que essa articulação entre ordens jurídicas em uma "conversa constitucional" visa afastar a imposição de uma solução jurídica a um problema constitucional por uma ordem jurídica central (NEVES, 2009, p. 117–118), possibilitando um diálogo construtivo para a formação de uma racionalidade transversal.

Não obstante, o transconstitucionalismo apresenta limites decorrentes da própria assimetria da sociedade mundial. Ou seja, o transconstitucionalismo não prescinde de condições empíricas para sua realização, de modo que a constatação dessa assimetria na sociedade mundial significa explicitar os desafios para um diálogo constitucional entre ordens jurídicas, sem que uma ordem periférica seja negada por uma central.

Nesse ponto, constatadas as assimetrias das formas de direito, constitui um obstáculo ao transconstitucionalismo o fato de que uma ordem jurídica se apresenta como forte em relação a outra em um contexto de entrelaçamento, fazendo com que aquela desconsidere as pretensões desta e, verdadeiramente, negue sua autonomia (NEVES, 2009, p. 280).

Tal fato é especialmente evidente ao perceber que, se por um lado a constituição do constitucionalismo teve um relativo sucesso nos centros da sociedade mundial, por outro, no contexto periférico, marcado pela distinção entre sub-integrados e sobre-integrados, o texto constitucional serve de fachada simbólica quanto aos direitos fundamentais e limitação do poder ou é afastado pela emergência de regimes autocráticos (NEVES, 2017, p. 285). Nesse contexto, Neves constata que (2017, p. 287):

> O constitucionalismo emergiu nos centros da sociedade mundial, mas corresponde às expectativas normativas de inclusão jurídica e política que se espalharam na sociedade mundial, apesar dos pontos críticos de resistência e realizações limitadas. No entanto, sua expansão depende da redução das assimetrias estruturais da sociedade mundial entre países

> que constituem ilhas privilegiadas de riqueza e numerosas regiões em que dominam a pobreza e a exclusão estrutural. (2017, p. 287).

A assimetria referida é especialmente evidente no contexto de bloqueio do fluxo de comunicação transconstitucional para a corrupção de ordens jurídicas por uma linguagem inconstitucional, que negue as premissas da constituição moderna. O trans-anticonstitucionalismo, ou seja, o bloqueio da comunicação transconstitucional (PALMA, 2021, p. 143), é ilustrativo das limitações do transconstitucionalismo por fatores internos e de ambiente ligados à própria assimetria da sociedade mundial. Palma aponta, sobre o fluxo de comunicação anti-transconstitucional, que essa modalidade de comunicação advinda do centro global tem exatamente o condão de exercer forte impacto em regimes legais cujas estruturas normativas são frágeis (2021, p. 156).

Assim, essa assimetria estende-se à sociedade mundial na qual a semântica da globalização reflete essas particularidades. Não obstante, o transconstitucionalismo ainda é uma alternativa, para o enfrentamento da emergência de problemas constitucionais que excedam as fronteiras dos Estados e envolvam diversas ordens jurídicas. No caso ilustrativo dos direitos humanos, o transconstitucionalismo envolve uma rede transversal de expectativas normativas, as quais englobam tanto a inclusão na sociedade global quanto o isolamento de sociedades nativas em face do imperialismo dos direitos humanos (NEVES, 2009, p. 252–253, 2014a, p. 224, 2017, p. 294).

Dentro desse cenário, a questão que se coloca é sobre em que medida o transconstitucionalismo é aplicável na defesa dos direitos humanos, de modo a, por um lado, garantir autonomia a esses direitos fundamentais, sem, por outro, desconsiderar a assimetria inerente à sociedade mundial.

3 TRANSCONSTITUCIONALISMO E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O transconstitucionalismo descreve com precisão o fenômeno de entrelaçamento entre ordens jurídicas diversas em torno de um problema constitucional comum. No contexto da sociedade mundial, os entrelaçamentos entre múltiplas ordens jurídicas são mais comuns do que entre apenas duas. Neves aponta que, no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, ocorre o chamado transconstitucionalismo pluridimensional, resultante do entrelaçamento de inúmeras ordens jurídicas em torno de um problema constitucional comum (2009, p. 235).

Esse cenário é exemplificado na proteção dos direitos humanos. Definidos como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda pessoa na sociedade e de acesso ao direito

como subsistema social (NEVES, 2009, p. 252–253), os direitos humanos se encaixam na definição de problema constitucional comum, transcendendo as fronteiras estatais e expandindo sua semântica universalizante para diversas ordens jurídicas, em um verdadeiro entrelaçamento transconstitucional multinível.

A semântica dos direitos humanos também é influenciada pela característica assimétrica da sociedade mundial, que permeia o próprio direito. Esses direitos podem ser instrumentos de uma utilização *top-down* de sua semântica para a imposição de uma ordem jurídica mais forte sobre uma mais fraca.

Esse uso da semântica dos direitos humanos para violentar formas jurídicas mais fracas é explorado por Neves no caso de homicídios de crianças cometidos pela comunidade indígena Suruahá no Brasil (2014a, p. 216). Nesse caso, a criminalização da conduta culturalmente consolidada, como pretendida por membros do parlamento brasileiro, exemplifica a imposição de uma ordem jurídica mais forte (a constitucional brasileira) sobre uma mais fraca (a da comunidade Suruahá), subvertendo o transconstitucionalismo para "destruição de mentes e corpos" (NEVES, 2014a, p. 216).

A constatação desse uso impositivo e violento da semântica dos direitos humanos leva Koskenniemi a concluir que esses direitos se tornaram um vocábulo vazio, sem valor normativo real, ajustado à pretensão de quem os utiliza (2014). No âmbito internacional, isso se evidencia quando posições substancialistas no direito internacional implicam uma escolha política sobre a concepção da comunidade global em que se inserem os direitos humanos (KOSKENNIEMI, 2018, p. 24–25).

Esse caráter simbólico dos direitos humanos é reconhecido por Neves, que ressalva que a dimensão simbólica do normativo pode servir à "superação de situações concretas de negação dos direitos" (2005, p. 5). Contudo, a semântica dos direitos humanos no contexto do transconstitucionalismo pluridimensional parece sofrer da assimetria inerente à sociedade mundial no que tange às formas jurídicas, embora possua um aspecto simbólico fundamental para superar essas assimetrias estruturais que legitimam violações de direitos.

No âmbito da sociedade mundial, os direitos humanos se inserem no contexto da governança global, em íntima relação entre o espaço internacional, estatal e quase-estatal, dada a natureza das problemáticas que suscita. Nesse sentido, conceitua-se governança como o modo pelo qual o conjunto das instituições é mobilizado para a gestão de assuntos humanos (KALDOR, 2000).

Identificadas por Torelly (2016a) etapas para a formação da governança global, destaca-se que, no que concerne às cortes internacionais de direitos humanos e seus usos, após o fim da Guerra Fria, é possível verificar a construção de um modelo judicial de tomada de decisão no cenário internacional (2016b, p. 32). Dessa forma, o cenário internacional passa a ser marcado por litígios estratégicos, dando maior centralidade, para além dos Estados e organizações internacionais, às cortes de justiça internacional e aos atores que orbitam esse sistema (TORELLY, 2016b, p. 32). Segundo Marcelo Torelly:

> "As cortes e órgãos análogos, na qualidade de espaços capazes de conectar racionalidades e produzir decisões vinculantes em algum dos regimes ou ordens jurídicas implicados no problema legal em apreço, ganham especial relevância, podendo funcionar como espaços institucionais que possibilitam comunicações entre regimes que, de outra maneira, seguem operando em uma lógica fechada."(2016a, p. 41)

Outro aspecto desse momento da sociedade global que merece destaque é a emergência do ser humano enquanto sujeito de direito internacional, notadamente a partir de órgãos de proteção aos direitos humanos, nos quais a vítima progressivamente alcança um papel de relevância (CALABRIA, 2018).

Por conseguinte, é possível perceber a formação progressiva de uma governança global em vários regimes auto-continentes na comunidade internacional, tal qual o sistema de proteção aos direitos humanos. Essa conversa constitucional aponta para a formação de racionalidades transversais entre diversos sistemas sociais de modo a absorver complexidades e estabilizar expectativas (NEVES, 2009). O transconstitucionalismo, portanto, apresenta-se como uma forma de articular ordens jurídicas diversas, no contexto da governança global, para resolver problemas comuns de forma não hierárquica e que compreenda a pluralidade (TORELLY, 2016b).

Portanto, o transconstitucionalismo, ao articular ordens jurídicas diversas em torno de problemas comuns de direitos humanos, permite a formação de uma governança global que absorve complexidades e estabiliza expectativas de maneira não hierárquica. Esse processo envolve a cooperação entre diversas ordens jurídicas e a superação de assimetrias estruturais, promovendo uma abordagem mais inclusiva e eficaz para a proteção dos direitos humanos no contexto internacional. As cortes internacionais e a litigância estratégica desempenham um papel crucial na promoção dessa governança global, facilitando a conexão entre racionalidades jurídicas diversas e a produção de decisões vinculantes que reforçam os direitos humanos a nível global.

4 CORTES INTERNACIONAIS E LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA MULTINÍVEL NO TRANSCONSTITUCIONALISMO

O panorama que se forma é de um sistema pluridimensional de proteção aos direitos humanos, em um verdadeiro entrelaçamento entre diversas ordens jurídicas para lidar com problemas constitucionais que transcendem os limites da constituição nacional.

Nesse contexto, a profusão de ordens jurídicas capazes de dialogar sobre direitos humanos, sem deter a palavra final, aumenta a complexidade do sistema jurídico mundial. Embora o direito tenda a absorver as complexidades da sociedade mundial, essa miscelânea, na qual não há um ator com a resposta correta, leva a múltiplas possibilidades de decisão no sistema jurídico.

O aspecto simbólico dos direitos humanos deve ser sublinhado, pois a existência de textos constitucionais, internacionais e locais que tratam desses direitos, disseminando-os por vezes de forma impositiva, abre espaço para a litigância estratégica multinível, utilizando o aspecto simbólico dos direitos humanos para superar sua ineficácia.

Consequentemente, o Estado-nação é confrontado por juízes internacionais na construção de uma rede internacional de proteção aos direitos humanos. A maneira como o judiciário local reage a esse panorama será melhor explorada no tópico seguinte. Todavia, merece destaque o papel que a mobilização de atores pelos sistemas transnacionais desempenha, causando alterações significativas no Estado no que concerne aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, Koch destaca que, analisando o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), o cenário internacional é marcado por redes de *advocacy* internacional compostas pelos mais diversos atores, que visam a uma decisão de um mecanismo internacional de proteção de direitos humanos que sirva como instrumento de pressão interna para alterar um contexto de violações. A essa atuação, denomina-se litígio estratégico (2017, p. 88–89).

As cortes internacionais, dessa forma, passam a alterar a política e o direito locais, incluindo a semântica dos direitos humanos nos Estados, respondendo a demandas específicas de uma população que sofre violência. Karen Alter observa esse novo papel que as Cortes Internacionais assumem após o fim da Guerra Fria. Segundo a autora, a possibilidade de as Cortes Internacionais reproduzirem o direito a partir de um discurso de poder e influenciar governos a alterar seu comportamento é comparável ao milagre de Davi que venceu o gigante Golias (2014, p. 25–26). Assim, utilizando sistemas internacionais, grupos e indivíduos podem

atuar estrategicamente para fazer valer sua pretensão de inclusão na sociedade mundial pela semântica dos direitos humanos.

No contexto em que esses direitos podem ser evocados para o reconhecimento de diversas formas de vida, a governança global em direitos humanos assume uma feição claramente judicial, com o poder judiciário ou órgãos de características judiciais atuando de modo a possibilitar essa maior inclusão sem o filtro dos governos. Torelly assim afirma:

> "Assim, gradualmente, o papel mediador das cortes ganha relevo. Não porque a produção de tipo 'legislativo' do direito internacional deixe de existir, em que pese a pluralização das fontes, nem porque as agências executivas deixem de produzir políticas públicas, em que pese a emergência de projetos privados com características de políticas públicas, mas simplesmente porque a soma desses dois processos e a fragmentação das instituições de governança produz conflitos que demandam soluções 'neutras' e 'eficientes' caracteristicamente associadas com aquelas produzidas por cortes de justiça."(2016b, p. 45–46)

Nesse novo modelo, pela emergência de uma ordem constitucional global, as normas constitucionais domésticas passam a refletir textos materialmente constitucionais da comunidade internacional, fazendo com que a própria origem do direito, antes exclusivamente legislativa e baseada na soberania popular, passe a ter como base processos transnacionais (THORNHILL; CALABRIA, 2020, p. 155–156).

O poder judiciário, portanto, assume um novo papel, manejando a semântica dos direitos humanos para a inclusão de novas formas de vida na sociedade mundial, permitindo o reconhecimento pelos Estados das pretensões de grupos sistemicamente excluídos pela via da judicialização, que passa a ser um processo transnacional.

O transconstitucionalismo possibilita o reconhecimento desses problemas constitucionais e suas respectivas resoluções ou apaziguamento sem a imposição de uma ordem jurídica sobre a outra, mas a partir da articulação para conferir maior proteção ao ser humano. No contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), Neves confirma:

> "Não se trata simplesmente da imposição de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), criada e estruturada pelo Capítulo VIII aos tribunais nacionais com competências constitucionais. Esses também reveem a sua jurisprudência à luz das decisões da Corte. Tanto do lado da Corte quanto da parte das cortes estatais tem havido uma disposição de 'diálogo' em questões constitucionais comuns referentes à proteção dos direitos humanos, de tal maneira que se amplia a aplicação do direito convencional pelos tribunais domésticos."(2014b, p. 194–195)

No âmbito da doutrina nacional para o direito internacional dos direitos humanos, Mazzuoli traduz na dogmática jurídica, aplicada à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), a proposta pela articulação de ordens jurídicas diversas para a resolução de

problemas constitucionais que envolvem os direitos humanos/fundamentais. Para o autor, o controle de convencionalidade é um instrumento teórico-dogmático que o direito possui para sua aplicação que melhor satisfaça a proteção aos direitos humanos (princípio *pro homine*) (2018).

Assim, o transconstitucionalismo oferece uma alternativa a modelos hierárquicos de solução de conflitos, reposicionando o problema dos direitos fundamentais sem recorrer à precedência exclusiva do direito constitucional estatal, mas também afastando o argumento da precedência absoluta do direito internacional dos direitos humanos (TORELLY, 2016b, p. 16).

Portanto, o transconstitucionalismo, ao permitir o entrelaçamento de diversas ordens jurídicas, promove a proteção dos direitos humanos em um contexto pluridimensional. As cortes internacionais e a litigância estratégica desempenham um papel fundamental na construção de uma rede internacional de proteção aos direitos humanos, influenciando políticas e direito locais através da inclusão da semântica dos direitos humanos. Essa dinâmica transforma o poder judiciário em um ator central, capaz de manejar essa semântica para incluir novas formas de vida na sociedade mundial e reconhecer as pretensões de grupos sistemicamente excluídos. O poder judiciário tende a reagir a esse entrelaçamento de duas maneiras: fomentando o diálogo transversal ou fechando os canais de comunicação.

5 ABSORÇÃO DAS COMPLEXIDADES: O JUDICIÁRIO LOCAL E O SISTEMA PLURIDIMENSIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O transconstitucionalismo é, portanto, um fenômeno que permite a articulação de ordens jurídicas diversas sobre problemas de natureza constitucional comuns, afastando a imposição de soluções unilaterais. No âmbito dos direitos humanos, essa articulação não impositiva fortalece esses direitos, pois busca evitar sua faceta dominadora.

Como já visto, o transconstitucionalismo é um fenômeno também ligado às assimetrias da sociedade mundial, razão pela qual não é possível falar em uma plena transconstitucionalização. A assimetria intrínseca à sociedade mundial afeta os problemas jurídicos, permitindo a imposição unilateral de soluções.

Nesse contexto, podem-se antever dois cenários de transconstitucionalização nos Estados nacionais. O primeiro é de uma ordem jurídica aberta ao transconstitucionalismo, que busca minimizar as diferenças estruturais entre diversas ordens jurídicas para sua articulação em torno de um problema comum, especialmente quando se trata de direitos humanos. O segundo é de rejeição objetiva ao transconstitucionalismo, com um Estado hostil a essa

pretensão da sociedade mundial, fortalecendo sua ordem jurídica nacional pela imposição em relação a outras ordens, mais fortes ou mais fracas, reforçando a assimetria estrutural da sociedade multicêntrica.

Neves reconhece essas ordens avessas ao transconstitucionalismo, que rejeitam a noção de direitos fundamentais e limitação de poder (2009, p. 129–130). Segundo o autor, o transconstitucionalismo funciona de forma limitada em face dessas ordens: "irritações, influências e pressões transconstitucionais podem levar a transformações da ordem anticonstitucional. A alternativa ao transconstitucionalismo é assumir uma postura bélica contra a ordem inimiga do transconstitucionalismo, cujos efeitos colaterais a tornam normativamente não recomendável" (NEVES, 2009, p. 130).

Em contextos estatais com constituição transversal baseada na semântica do constitucionalismo, o transconstitucionalismo tem impactos variados conforme suas próprias limitações. Na sociedade mundial, não há um contexto jurídico livre dos pressupostos negativos, e nenhuma ordem jurídica escapa à distinção entre centro e periferias mundiais.

Palma (2021) e Grujic (2019) analisam o impacto destrutivo de uma semântica anticonstitucional para o direito e a política, especialmente em relação aos governos. No judiciário, esses discursos podem ser igualmente destrutivos, dependendo do grau de abertura ao transconstitucionalismo.

O caso do Estado da Colômbia, por sua vez, conforme analisado por Thornhill e Calabria (2020), é ilustrativo da situação na qual o poder judiciário pode promover mudanças objetivas na sociedade a partir de uma aplicação não hierarquizada do direito, que privilegie a própria proteção do ser humano. Nesse ponto, os autores concluem que o Estado colombiano é um exemplo do que chamam de *transnational judicial constitution*, a qual prevê uma série de normas de responsabilidade global como limitadoras do próprio agir político-democrático do Estado (2020, p. 179).

Assim, o que chama a atenção na Colômbia é exatamente o fato de que:

> A Constituição colombiana, de fato, criou uma base para o surgimento de um padrão distinto de democracia, no qual os direitos jurídicos globais estimulam a formação de múltiplas linhas de articulação entre o sistema político e a sociedade. Nesse sentido, o litígio aparece como uma fonte importante de normas com nível constitucional de fato, e o litígio desencadeia o surgimento de novos padrões de cidadania. Como resultado, a Constituição precisa ser vista como um documento que facilita muito o exercício da agência política participativa, travando o sistema político em seu ambiente social, abrindo múltiplos processos de engajamento sociopolítico e construção de normas, e

> até mesmo materializando novos sujeitos políticos[1].(THORNHILL; CALABRIA, 2020, p. 179)

O litígio estratégico promove maior inclusão democrática, reconhecendo a ordem jurídica internacional como estimulante da democracia e deslocando a legitimidade democrática do parlamento para outras formas de exercício da cidadania. Contudo, Neves analisa que a assimetria da sociedade mundial pode impedir a consolidação da articulação constitucional pretendida, citando a impotência das organizações internacionais em controlar os atos dos Estados Unidos e impor sanções, fomentando práticas anticonstitucionais que minam o transconstitucionalismo (2009, p. 280–281).

No Brasil, há uma abertura crescente ao transconstitucionalismo, exemplificada pela incorporação da jurisprudência internacional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria de direitos fundamentais (NEVES, 2009, p. 179). Contudo, o STF ainda não adotou plenamente uma forma de decidir não hierárquica que privilegie a proteção ao ser humano. O julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, em 2008, ilustra essa "tolerância" ao utilizar uma solução hierarquizante para afastar a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, colocando tratados internacionais em nível supralegal sem negar a centralidade da constituição brasileira (BRASIL, 2008).

No julgamento da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental 153, em 2010, o STF decidiu pela não aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos ao caso, adotando uma postura centralizadora para manter a legislação combatida (BRASIL, 2010).

Há pontos de irritação transconstitucional na Constituição brasileira, como os §§2º, 3º e 4º do art. 5º, que preveem a inclusão de normativas internacionais no texto constitucional. Contudo, esses dispositivos não afastam posturas centralizadoras do judiciário brasileiro, resultando em uma "tolerância" ao transconstitucionalismo - uma manifestação favorável crescente, com a inclusão da semântica dos direitos humanos, mas hesitante devido a tendências centralizadoras e hierarquizantes.

---

[1] Livre tradução de: “the distinctive global-legal form of the constitutional order only contradicts norms of democratic legitimacy if democracy is under- stood in sociologically unreflected categories. The Colombian Constitution has in fact created a foundation for the emergence of a distinctive pattern of democracy, in which global legal rights stimulate the formation of multiple lines of articulation between the political system and society. In this respect, litigation appears as an important source of norms with de facto constitutional rank, and litigation triggers the emergence of new patterns of citizenship. As a result, the Constitution needs to be seen as a document that greatly facilitates the exercise of participatory political agency, locking the political system into its societal environment by opening up multiple processes of socio-political engagement and norm construction, and even materializing new political subjects”.

Essas relações são complexas, pois o posicionamento do STF não afasta a atuação dos juízes singulares. As ordens jurídicas não fogem à distinção entre centro e periferia e reagem de maneiras diversas ao transconstitucionalismo, dependendo da conjuntura jurídica como um todo. O transconstitucionalismo causa modificações objetivas no cenário jurídico e democrático, mas sua análise e aplicação adequada dependem do reconhecimento das dificuldades relacionadas à sua própria assimetria.

6 CONCLUSÃO

A crescente diferenciação entre direito e política no âmbito da sociedade mundial, com cada sistema pretendendo autonomia e novos problemas assumindo características globais, impõe novos desafios à aplicação do direito. Este deve conhecer os limites de sua aplicação ao mesmo tempo em que se articula com diversas ordens jurídicas para solucionar problemas constitucionais comuns.

Essa problemática é particularmente relevante quando aplicada aos direitos humanos. Uma aplicação impositiva, seja do direito internacional seja do direito local, pode implicar em sua própria violação. A imposição de uma ordem jurídica sobre outra em matéria de direitos fundamentais nega a autonomia de uma ordem jurídica mais fraca e pode levar a uma potencial violação de direitos humanos.

O presente artigo buscou analisar as relações desenvolvidas entre ordens jurídicas sob a égide do transconstitucionalismo no sistema pluridimensional dos direitos humanos e como esse transconstitucionalismo pode levar a mudanças objetivas nas ordens jurídicas constitucionais envolvidas.

Conclui-se que essas relações são desenvolvidas de forma caótica e complexa, resultando em extremos na observância do transconstitucionalismo (uma ordem jurídica que o rejeite e outra aberta a ele) e, principalmente, em graus de observância e tolerância segundo seus próprios limites.

Portanto, não é possível dissociar uma análise do transconstitucionalismo desconsiderando os limites impostos pela assimetria na sociedade mundial. As desigualdades estruturais entre formas jurídicas diversas impedem sua difusão pela articulação não hierárquica, pois ordens jurídicas mais fortes podem se impor sobre outras mais fracas, negando-lhes autonomia.

No âmbito dos direitos humanos, esses limites têm um efeito destrutivo especial, já que a negação de autonomia a uma forma jurídica mais fraca pode significar sua destruição e uma violência contra os indivíduos que constituem essas ordens jurídicas, subvertendo a lógica dos direitos humanos e do transconstitucionalismo.

Além disso, não é possível desvincular a análise do simbólico associado aos direitos humanos. Se, enquanto pretensão normativa, encontram dificuldades para sua plena eficácia, seu aspecto simbólico permite a luta de sub-integrados pela inclusão na sociedade mundial.

Esse aspecto simbólico é especialmente relevante na governança global em direitos humanos para a formação de uma racionalidade transversal do constitucionalismo e no uso da litigância estratégica por atores sociais para a circulação da semântica dos direitos humanos em diversos ambientes.

O transconstitucionalismo permite a solução de conflitos envolvendo direitos humanos sem o recurso exclusivo ao direito constitucional dos Estados ou ao direito internacional dos direitos humanos, buscando uma alternativa à hierarquia através de uma conversa constitucional entre ordens jurídicas.

A litigância estratégica é a maneira como integrantes da sociedade civil, atuando nas diversas ordens jurídicas, inserem no debate local e internacional suas demandas específicas para maior inclusão na sociedade mundial.

Para os Estados, a circulação da semântica dos direitos humanos depende de fatores internos e externos associados à assimetria da sociedade mundial. Embora possamos visualizar extremos de abertura e fechamento em relação às ordens jurídicas estatais, o que se percebe é a existência de graus de receptividade ao transconstitucionalismo aplicado aos direitos humanos.

Esses graus de receptividade, analisados sob a ótica das dificuldades enfrentadas pelo transconstitucionalismo, determinam as mudanças objetivas por ele ocasionadas. O caso colombiano é ilustrativo, mostrando como o direito global pode formar novos padrões de cidadania e inclusão democrática através do poder judiciário e da litigância estratégica.

Todavia, nas demais democracias, observa-se graus de tolerância ao direito internacional dos direitos humanos. O caso do Brasil exemplifica essa hipótese, com sua suprema corte adotando soluções hierárquicas para dar vazão aos direitos fundamentais globais enquanto afasta sua aplicação para problemas constitucionais que acredita não haver possibilidade de abertura normativa.

As mudanças objetivas causadas pelo transconstitucionalismo são possíveis apenas se diminuídas as assimetrias da sociedade mundial para uma maior abertura sistêmica dos Estados ao sistema pluridimensional de proteção aos direitos humanos (NEVES, 2017, p. 287). Até esse ponto, as limitações empíricas ao transconstitucionalismo sempre consagrarão barreiras a uma maior proteção a esses direitos.

REFERÊNCIAS

ALTER, K. J. **The new terrain of international law : courts, politics, rights**. Oxfordshire: Princeton University Press, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**, Distrito Federal. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 29 abr. 2010. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf. Acesso em: 15 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343**, São Paulo. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 03 dez. 2008. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444. Acesso em: 15 jun. 2024.

CALABRIA, C. R. DE A. **The efficacy of the Inter-American Court of Human Rights: A Socio-legal study based on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights concerning Amnesty Laws, Indigenous Rights, and Rights of Detainees**. Doctorate—Manchester: University of Manchester, 2018.

GRUJIĆ, V. The Balance between Human Rights and Efficacy. Em: **Evidence-Based Work with Violent Extremists: International Implications of French Terrorist Attacks and Responses**. 1. ed. Lanham, Maryland: Lexington Books, 2019.

KALDOR, M. Governance, Legitimacy, and Security: three scenarios for the Twenty First Century. Em: **Principled World Politics: the challenge of normative international relations**. 1. ed. Lanham: Rowman & Littlefield, 2000.

KOCH, C. DE O. **Critérios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

KOSKENNIEMI, M. **Human Rights - So 90's**. Oxford Martin School, 4 mar. 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9hFdZRYZhkg>. Acesso em: 23 nov. 2021

KOSKENNIEMI, M. Entre a apologia e a utopia: a política do Direito Internacional. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 1, 27 abr. 2018.

MAZZUOLI, V. DE O. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NEVES, M. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. **Instituto de Direito Público da Bahia**, 4. n. 1, p. 1–35, dez. 2005.

NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
NEVES, M. (Não) Solucionando problemas constitucionais : transconstitucionalismo além de colisões. **Lua nova**, v. 93, n. 1, p. 201–232, 2014a.

NEVES, M. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, p. 193–214, mar. 2014b.

NEVES, M. From Constitutionalism to Transconstitutionalism : Beyond Constitutional Nationalism, Cosmopolitan Constitutional Unity and Fragmentary Constitutional Pluralism. Em: BLOKKER, P.; THORNHILL, C. (Eds.). **Sociological Constitutionalism**. 1. ed. [s.l.] Cambridge University Press, 2017. p. 267–312.

PALMA, M. Trans-anticonstitutionalism. Em: NOGUEIRA DE BRITO, M.; CALABRIA, C.; PORTELA L. ALMEIDA, F. (Eds.). **Law as Passion**. Cham: Springer International Publishing, 2021. p. 137–161.

THORNHILL, C.; CALABRIA, C. R. DE A. Global Constitutionalism and Democracy: the Case of Colombia. **Jus Cogens**, v. 2, n. 2, p. 155–183, set. 2020.

TORELLY, M. Do direito internacional à governança global: mudanças estruturais do espaço transnacional. **Revista de Direito Brasileiro**, 6. v. 15, p. 20–46, dez. 2016a.

TORELLY, M. D. **Governança transversal dos direitos fundamentais : experiências Latino-Americanas**. Doctorate—Brasília: Universidade de Brasília, 29 mar. 2016b.