XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

VALTER MOURA DO CARMO

JAQUELINE MORETTI QUINTERO

DANIEL RIBEIRO PREVE

Copyright © 2022 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 - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
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 - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniel Ribeiro Preve; Jaqueline Moretti Quintero; Valter Moura do Carmo.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-640-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos humanos.

XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



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

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, ofereceu, por meio de seu XXIX Congresso Nacional realizado presencialmente entre os dias 07, 08 e 09 de dezembro na cidade de Balneário Camboriú – Santa Catarina, a externalização e manifestação de trabalhos oriundos de pesquisas relacionadas ao Direito e áreas afins.

Com enfoque na temática "CONSTITUCIONALISMO, DESENVOLVIMENTO, SUSTENTABILIDADE E SMART CITIES", o evento contou com Grupo de Trabalho (GT) em Direito Internacional dos Direitos Humanos II, coordenado por nós, sendo abordado assuntos relacionados à direitos humanos em tempo de guerra; Tribunal Penal Internacional e direitos humanos; desafios dos migrantes venezuelanos e haitianos na Região no Vale do Rio Itajaí; meio ambiente e sistema interamericano de direitos humanos; transconstitucionalismo e direitos transindividuais; Ministério Público e controle de convencionalidade na proteção dos direitos humanos; direito envolvendo deficientes auditivos como parte do processo de direitos humanos; terceiro setor como instrumento de defesa de direitos humanos; proteção de dados e informações pessoais e a Organização dos Estados Americanos – OEA; direitos dos povos indígenas; concepção humana e suas implicações na ordem jurídica dos efeitos registrais; e direitos humanos e crianças soldado.

Ao todo, foram treze artigos apresentados, ocupados com a pesquisa e desenvolvimento de reflexões e análises sobres os Direitos Humanos e as ações do Direito Internacional e do Direito Doméstico, para preservar e garantir os direitos já alcançados, como também, progredir para ampliar e alcançar um número ainda maior de sujeitos do direito.

A abordagem das temáticas desenvolvidas e os debates correlatos a estas, permitiu o debate e ponderações que foram ao encontro dos interesses e demandas dos assuntos mais atuais relacionados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Eis os trabalhos apresentados:

1. PRINCÍPIOS COMUNS APLICÁVEIS NA PROTEÇÃO DE DADOS E INFORMAÇÕES PESSOAIS NO SISTEMA BRASILEIRO E NO SISTEMA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Autoria de: Eneida Orbage De

Britto Taquary, Catharina Orbage De Britto Taquary Berino e Einstein Lincoln Borges Taquary.

2. DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE GUERRA – ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO. Autoria de: Maria Carolina Negrini, Rodrigo Campos Hasson Sayeg e Diogo Pacheco Gomes.

3. UMA ANÁLISE DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Autoria de: Luiz Fernando Kazmierczak, Carla Graia Correia e João Victor Nardo Andreassa.

4. O DESAFIO DO MIGRANTE HAITIANO E VENEZUELANO NA REGIÃO DO VALE DO ITAJAÍ: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS ATENDIMENTOS NO PROJETO DE EXTENSÃO NÚCLEO DE APOIO AO MIGRANTE – NAM UNIVALI. Autoria de: Julie Margot Miguel Villar de Sousa e Rafael Padilha dos Santos.

5. O MEIO AMBIENTE E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JURISDICIONAL INTERNO DE CONVENCIONALIDADE EM MATÉRIA AMBIENTAL. Autoria de: Ana Luisa Schmidt Ramos e Alexandre Morais da Rosa.

6. O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MÉTODO PROPOPULSOR DA CONCREÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. Autoria de: Adriano Weller Ribeiro e Marisa Rossignoli.

7. PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. Autoria de: Luciana Byanca Lopes Pontes.

8. PARIDADE DE TRATAMENTO EM RELAÇÃO AO EXERCÍCIO DO DIREITO ENVOLVENDO OS DEFICIENTES AUDITIVOS COMO PARTE NO PROCESSO JUDICIAL EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. Autoria de: Eli Maciel De Lima.

9. O DIREITO INTERNACIONAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS-SOLDADO. Autoria de: Ainna Vilares Ramos

10. O TERCEIRO SETOR COMO INSTRUMENTO DE DEFESA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS - O CASO DOS REFUGIADOS E DOS TRABALHADORES MARÍTIMOS. Autoria de: Sérgio Alexandre De Moraes Braga Junior.

11. PAZ, JUSTIÇA E INSTITUIÇÕES EFICAZES: SMART CITIES E O DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE. Autoria de: Catharina Orbage de Britto Taquary Berino, Eneida Orbage de Britto Taquary e Einstein Lincoln Borges Taquary.

12. AS REFORMAS CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA CONTRIBUÍRAM PARA O FORTALECIMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS?. Autoria de: Guilherme Masaiti Hirata Yendo, Dionata Luis Holdefer e Alexandre Cesar Toninelo.

13. A MULTIDISCIPLINAR TEMÁTICA NORMATIVA DA CONCEPÇÃO HUMANA E SUAS IMPLICAÇÕES NA ORDEM JURÍDICA DOS EFEITOS REGISTRAIS. Autoria de: Rodrigo Ichikawa Claro Silva, Guilherme Masaiti Hirata Yendo e Alexandre Cesar Toninelo.

Boa leitura!

Prof. Dr. Daniel Ribeiro Preve – UNESC

Profa. Dra. Jaqueline Moretti Quintero – UNIVALI

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UFERSA

O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MÉTODO PROPOPULSOR DA CONCREÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

TRANSCONSTITUTIONALISM AS A METHOD PROPOSING THE CONCRETION OF TRANSINDIVIDUAL RIGHTS

Adriano Weller Ribeiro [1]
Marisa Rossignoli [2]

Resumo

O presente trabalho investiga quais são as ferramentas que a teoria transconstitucionalista propõe para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, máxime dos denominados direitos de terceira geração. A pesquisa pertence a vertente teórico-metodológica jurídico-dogmática do tipo jurídico-descritivo, priorizou-se o raciocínio (método) hipotético-dedutivo e como estratégia metodológica (técnica) a pesquisa teórica. Inicialmente, antes de adentrar ao estudo do constitucionalismo, do transconstitucionalismo e de suas respetivas nuances, fez-se necessário um breve aparato contextualizador, fixando as bases e o conceito de Estado a partir de seus respetivos elementos clássicos: o território, o povo e a soberania. Na sequência, passa-se a uma abordagem dos Estados constitu¬cionais a partir do fenômeno do constitucionalismo, apresentando-se uma base conceitual, os alicerces desse fenômeno e procurando estudá-lo num corte histórico evolutivo. Para, ao final, analisar o transconstitucionalismo de Marcelo Neves, no cenário da crise dos diálogos cons¬titucionais, verificando sua aptidão para cooperar na solução de questões jurídicas que transcendem mais de um ordenamento jurídico, especialmente no que tange à concretização dos direitos transindividuais. Constatou-se, como resultado, a proposta de diálogo entre as fontes jurídicas constitucionais, pelo inter-relacionamento e não pela sobreposição, com o entrelaçamento de conhecimentos e aprendizado de forma recíproca, mantendo-se os Estados como soberanos.

Palavras-chave: Concretização, Direitos fundamentais, Direitos transindividuais, Efetividade, Transconstitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

The present work investigates which are the tools that the transconstitutionalist theory proposes to guarantee the effectiveness of fundamental rights, maximum of the so-called third generation rights. The research belongs to the legal-dogmatic theoretical-methodological aspect of the legal-descriptive type, prioritizing the hypothetical-deductive

[1] Mestre em Direito e Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito - Doutorado/Universidade de Marília. Coordenador e Professor do Curso de Graduação em Direito da Faculdade REGES de Realeza. Advogado.

[2] Mestre em Economia pela PUC-SP, Doutora em Educação (Política e Gestão) pela UNIMEP-Piracicaba. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Doutorado/Universidade de Marília. Economista.

reasoning (method) and theoretical research as a methodological (technical) strategy. Initially, before entering the study of constitutionalism, transconstitutionalism and their respective nuances, a brief contextualizing apparatus was necessary, establishing the bases and the concept of State from its respective classic elements: the territory, the people and the sovereignty. Afterwards, it moves on to an approach to constitutional States based on the phenomenon of constitutionalism, presenting a conceptual basis, the foundations of this phenomenon and seeking to study it in an evolutionary historical perspective. Finally, to analyze Marcelo Neves' transconstitutionalism, in the context of the crisis of constitutional dialogues, verifying his ability to cooperate in the solution of legal issues that transcend more than one legal system, especially with regard to the realization of transindividual rights. As a result, there was a proposal for dialogue between the constitutional legal sources, through the interrelationship and not through overlapping, with the intertwining of knowledge and learning in a reciprocal way, keeping the States as sovereign.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Concretization, Effectiveness, Fundamental rights, Trans-individual rights, Transconstitutionalism

INTRODUÇÃO

Com efeito, um dos grandes desafios dos Estados constitucionais modernos é entender e operacionalizar, à luz de suas respectivas Constituições, a realidade internacional vivenciada no século XXI, especialmente pelos desafios impostos pela transindividualidade dos direitos, característica de uma sociedade massificada.

No decorrer do presente trabalho pretende-se, pois, investigar as ferramentas que a teoria transconstitucionalista propõe para garantir a efetividade dos direitos fundamentais, máxime dos denominados direitos de terceira geração, dimensão ou família. E, sendo assim, o objetivo geral da pesquisa é analisar o transconstitucionalismo de Marcelo Neves, no cenário da crise dos diálogos constitucionais, verificando sua aptidão para cooperar na solução de questões jurídicas que transcendem mais de um ordenamento jurídico, especialmente no que tange à concretização dos direitos transindividuais.

Como cediço, hodiernamente, os limites territoriais já não parecem tão delimitados; o povo, a cada dia, mais cosmopolita, aparenta não carregar apenas uma única bandeira; a soberania, antes tida como um elemento insuperável do conceito de Estado, passa por uma profunda reanálise em seu suporte filosófico-jurídico.

Destarte, antes de adentrar ao estudo do transconstitucionalismo propriamente dito, fez-se uma abordagem, ainda que superficial, acerca do conceito de Estado a partir de seus respetivos elementos clássicos, bem como do fenômeno do constitucionalismo moderno e contemporâneo.

A pesquisa pertence a vertente teórico-metodológica jurídico-dogmática por trabalhar com elementos internos ao ordenamento jurídico, desenvolvendo investigações com vistas à compreensão das relações normativas. O que não significa, contudo, que deva estar voltada tão-somente ao interior do ordenamento jurídico, posto que tais relações devem, também, ser pensadas no mundo dos valores e relações da vida, de forma externa; em outras palavras, que a vertente jurídico-dogmática não deve necessariamente ser considerada autossuficiente.

É do tipo jurídico-descritivo ou jurídico-diagnóstico de investigação por tratar-se de uma abordagem preliminar de um problema jurídico, ressaltando características, percepções e descrições, sem preocupação com suas raízes explicativas.

Priorizou-se o raciocínio (método) hipotético-dedutivo e como estratégia metodológica (técnica) a pesquisa teórica, com a análise de conteúdo para compreensão da legislação e suas conexões contextuais, bem como de procedimentos de análise bibliográfica ou documental.

1 O ESTADO E SEUS ELEMENTOS FORMADORES

De proêmio, antes de adentrar ao estudo do constitucionalismo, do transconstitucionalismo e de suas respetivas nuances, entende-se necessário um breve aparato contextualizador acerca do Estado.

Deveras, fixar as bases, ainda que mínimas, e o conceito de Estado a partir de seus respetivos elementos clássicos – o território, o povo e a soberania – é imprescindível para a compreensão do fenômeno do constitucionalismo; posto que, conforme Miranda (2016, p. 14) "[...] a Constituição nesta acepção se afigura inerente ao conceito ou indissociável a existência do Estado [...]".

Especificamente no tocante às *notas características* (DALLARI, 2016, p. 78) do Estado Moderno – que muitos preferem denominar *elementos essenciais*, por serem fundamentais à existência do próprio Estado – há uma grande diversidade de concepções, tanto a respeito da identificação quanto ao número.

É certo, porém, que a grande maioria dos autores indica três elementos, embora não haja um consenso quanto a estes:

> De maneira geral, costuma-se mencionar a existência de dois elementos *materiais*, o território e o povo, havendo grande variedade de opiniões sobre o terceiro elemento, que muitos denominam *formal*. O mais comum é a identificação desse último elemento com o poder ou alguma de suas expressões, como autoridade, governo ou soberania. (DALLARI, 2016, p. 78)

Posto isso, seria absolutamente impossível elaborar um conceito de Estado que abarcasse todas as correntes doutrinárias. Sendo o Estado um ente complexo, e que pode ser observado sob uma infinidade de prismas, haverá tantos pontos de partida quantos forem os ângulos de observação.

Nesse sentido, para Maluf (2018, p. 37), a "[...] condição de Estado perfeito pressupõe a presença concomitante e conjugada desses três elementos, revestidos de características essenciais: população *homogênea*, território *certo e inalienável* e governo *independente* [...]"; sendo que a ausência ou desfiguração de qualquer dos elementos supracitados retira da *organização sócio-política* a plena qualidade de Estado. Podendo-se, pois, conceituar o Estado como uma estrutura juridicamente personalizada, que em um dado território exerce o poder político soberano, em nome de uma comunidade de cidadãos que ao mesmo se vincula.

A definição proposta acima é muito semelhante àquela apresentada por outros autores contemporâneos. Dallari (2016, p. 121) conceitua o Estado como "[...] a *ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território* [...]"; concentrando no referido conceito todos os elementos que compõem o Estado, e tão-somente esses elementos. Canotilho (2017, p. 89-90) contempla o Estado como "[...] uma forma histórica de organização jurídica de poder dotada de *qualidades* que a distinguem de outros 'poderes' e 'organizações de poder' [...]". E também Miranda (2016, p. 29-30), ao realizar uma abordagem histórica relacionando o Estado ao constitucionalismo, esclarece que qualquer tentativa de definição perpassa pelos três elementos formadores do Estado, isto é, povo, território e poder político.

Forçoso inferir-se, portanto, que nos conceitos trazidos a lume, o ponto convergente é justamente o elemento humano, físico e funcional.

O povo é o primeiro elemento formador do Estado, trata-se, pois, do elemento humano. E sem esse substrato humano não há que se cogitar a formação ou existência do Estado.

O conceito de povo nos é fornecido pelo direito, significando o conjunto de pessoas que detém o poder político, a soberania. Pode ser qualificado como expressão da cidadania. logo, tem significado preciso: visa determinar em um dado Estado o conjunto de pessoas titulares de direito político. Todavia, a expressão comporta vários sentidos. Em certas ocasiões, é empregada pela doutrina como sinônimo de nação; noutras, no sentido de agrupamento subordinado a uma mesma autoridade política.

Dada a múltipla significação exposta, cumpre não confundir os objetos. Primeiramente, povo não é sinônimo de população; esta é conceito abrangente, se comparado com povo, pois se preocupa com o aspecto econômico e demográfico. A população de determinado Estado é composta pelos nacionais e estrangeiros residentes. Já a noção de povo exclui os estrangeiros, porquanto não titulares de direitos políticos. Por seu turno, quem determina a titularidade de direitos políticos é a nacionalidade; sendo esta o vínculo jurídico estabelecido pela Constituição entre os cidadãos e o Estado.

Há, ainda, o conceito de nação, que aparece naturalmente na temática, e envolve o sentimento de determinado povo – sentido sociológico – e sua ligação étnico-cultural com o Estado.

Para Dallari (2016, p. 103), contudo, deve-se compreender como povo "o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano".

O território – segundo elemento formador – é a base física do Estado, onde ocorre a validade de sua norma jurídica (na perspectiva *kelseniana*). Pode-se dizer que o Estado moderno é rigorosamente territorial, pois modernamente não se concebe a figura do Estado sem um território.

Elemento geográfico do Estado, base delimitada de autoridade, instrumento de poder com vistas a dirigir o grupo social, todas são ideias pertinentes e correlacionadas ao conceito de território.

É sobre o território que o Estado exerce sua jurisdição, sendo que por território devemos entender:

> O espaço sobre o qual se desenvolvem as relações sociais próprias da vida do Estado é uma porção da superfície terrestre, projetada desde o subsolo até o espaço aéreo. Para que essa porção territorial e suas projeções adquiram significado político e jurídico, é preciso considerá-las como um local de assentamento do grupo humano que integra o Estado, como campo de atuação do poder político e como âmbito de validade das normas jurídicas. Desta forma, o território deixa de ser simples dado físico, e adquire importância para efeitos do nosso estudo. (MEJÍA, 1980, p. 37)

Com efeito, o território é formado pelo solo, subsolo, espaço aéreo águas territoriais e plataforma continental, prolongamento do solo coberto pelo mar. Os limites de delimitação do território são denominados fronteiras; e estas podem ser naturais e convencionais.

Observa-se, entretanto, que aspecto da autoridade estatal é o mais importante no estudo do território, pois dentro dele se desdobra a noção de territorialidade. O poder do Estado sobre seu território, conforme as regras do direito constitucional de cada Estado, bem como do direito internacional público, garante, de um lado, que toda pessoa que se encontra no território do Estado fica sujeita à autoridade do Estado; e, de outro lado, no âmbito do Estado, que não pode ser exercida autoridade que não derive dele próprio.

O terceiro, e último, elemento formador a ser tratado é a soberania. Pode-se dizer que a exata compreensão do conceito de soberania é pressuposto necessário para o entendimento do fenômeno estatal, visto que não há Estado sem soberania.

Para Maluf (2018, p. 43), a soberania "[...] é uma autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder [...]". Deveras, pode-se dizer que a soberania em sentido amplo significa o poder a autoridade em última instância, em uma sociedade política. A ideia de soberania, assim, está intimamente ligada em sua origem à força, no sentido de legitimação.

A soberania pode, também, ser estudada e analisada sob diversos ângulos; sendo que alguns autores a vislumbram como um fenômeno estritamente jurídico:

> Uma concepção puramente jurídica leva ao conceito de soberania como *o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas,* vale dizer, sobre a eficácia do direito. [...] Partindo do pressuposto de que todos os atos dos Estados são passíveis de enquadramento jurídico, tem-se como soberano o poder que decide qual a regra jurídica aplicável em cada caso, podendo, inclusive, negar a juridicidade da norma. Segundo essa concepção não há Estados mais fortes ou mais fracos, uma vez que para todos a noção de direito é a mesma. (DALLARI, 2016, p. 85)

Distingue-se, assim, a soberania *do* Estado em relação à soberania *no* Estado. A primeira entendida como independência de ação do Estado em sua ação, particularmente no âmbito do direito internacional público; e a segunda como supremacia sob o ângulo interno.

2 O CONSTITUCIONALISMO E OS ESTADOS CONSTITUCIONAIS MODERNOS

Na presente sessão, passa-se a uma abordagem dos Estados constitucionais a partir do fenômeno do constitucionalismo, apresentando-se uma base conceitual, os alicerces desse fenômeno e procurando estudá-lo num corte histórico evolutivo.

2.1 Considerações gerais sobre o fenômeno constitucionalista

Lato sensu, a expressão *constitucionalismo* é utilizada para designar a existência de uma constituição nos Estados, independentemente do momento histórico ou do regime político adotado. Para Novelino (2019, p. 49), em que pese a constituição, em sentido moderno, tenha surgido apenas a partir das Guerras Religiosas dos séculos XVI e XVII, todos os Estados, ainda que absolutistas ou totalitários, sempre possuíram uma norma básica, expressa ou tácita, responsável por legitimar o poder soberano. Nesse sentido, destaca o referido autor, que o constitucionalismo se confunde com a própria história das constituições.

Stricto sensu, no qual o termo é usualmente empregado, está associado a duas noções básicas que o identificam: o princípio da separação dos poderes, nas teorias desenvolvidas por Kant e Monstesquieu; e a garantia de direitos, utilizada como instrumento de limitação ao exercício do poder estatal para a proteção das liberdades fundamentais.

Nessa perspectiva, Canotilho (2017, p. 51) destaca que constitucionalismo "[...] é 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 [...]". E

complementa afirmando que tal fenômeno representará sempre uma técnica específica de limitação do poder com fins *garantísticos*.

Com efeito, o constitucionalismo – como força reativa equivalente aos movimentos absolutistas do período medieval, e como embrionário da concretização futura dos Estados Nacionais – surge em oposição ao caráter divino e/ou imperativo do monarca, na tentativa de impor limitação ao poder e seus desdobramentos negativos, como o autoritarismo e a censura.

É sob tal ótica, que Lazari (2019, p. 48) questiona a paradoxalidade do movimento constitucionalista, asseverando que:

> O evolucionismo do homem social está intrinsecamente ligado, por mais paradoxal que isso possa parecer, **tanto à sua liberdade abstrata para como os demais congêneres, como a sua submissão enquanto vinculado a um poder maior** que, historicamente, tanto pode ser identificado como o monarca, o senhor feudal, o déspota, o democrata etc. [...] É dizer: enquanto em posição de aparente equivalência para com seus símiles, tem o homem como denominador comum a existência de um poder dominador maior naturalmente supressor (*por tradição*) e excepcionalmente assegurador (contemporaneamente) de direitos. (LAZARI, 2019, *loc. cit*.)

Em suma, o que muda é a forma de submissão, e não sua existência de *per si*. Ademais, cronologicamente, o mesmo Estado que hoje consagra direitos sempre os suprimiu – inclusive, em uma primeira concepção, não havia que se falar em consagração, mas apenas em omissão de direitos (*status* passivo de Jellinek).

O Estado é, pois, uma construção da contemporaneidade com aplicação retroativa para fins históricos. Sequer era possível conceber um movimento constitucionalista se nem mesmo respeito adequado se dava às Constituições e estruturas tipicamente constitucionais – daí, a paradoxalidade do movimento constitucionalista alvo da explicação de Lazari.

É inegável, portanto, que foi justamente para evitar esse cenário de desproteção que o constitucionalismo emergiu em defesa dos direitos e das garantias fundamentais, da organização do Estado e da organização de mais de um Poder como forma de desconcentrá-lo da mão de um único agente, órgão ou instituição.

Permanece, assim, o entendimento segundo o qual a essência constitucionalista, ao menos para fins metodológicos, deve ser histórica, ou seja, de sobrepujamento de um ciclo por outro. E, apesar das diversas fases pelas quais o constitucionalismo passou, sempre lhes foram características comuns, em maior ou menor grau de intensidade, a limitação ao governo dos homens, a separação de funções e a garantia de direitos.

2.2 O constitucionalismo moderno, contemporâneo e do futuro

Na presente sessão secundária a ideia é tecer breves notas acerca do constitucionalismo moderno, do constitucionalismo contemporâneo, bem como daquilo que tem sido denominado constitucionalismo do futuro.

Em uma consideração preliminar, entretanto, cumpre registrar a divergência doutrinária em torno das fases constitucionalistas. Sendo possível extrair da doutrina quem entenda documentos como a Magna Carta de 1215, a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679, a *Bill of Rights* de 1689 e o *Act of Settlement* de 1701 como legítimos representantes do constitucionalismo clássico. Há que defenda, todavia, o pertencimento dos referidos documentos ao constitucionalismo antigo, justamente pela natureza embrionária e paradigmática a que serviram em prol do surgimento das primeiras constituições próximas do que se conhece atualmente, o que veio a ocorrer nos Estados Unidos da América, em 1787, e na França, em 1791; e, tais constituições, por conseguinte, é que inaugurariam a fase clássica do constitucionalismo.

O constitucionalismo moderno surge após a Primeira Guerra Mundial, notadamente com a Constituição mexicana, em 1917, e a Constituição alemã de Weimar, em 1919. Conforme Lazari (2019, p. 57), no referido período "[...] inicia-se a etapa mais curta – porém, não sem menor importância – do movimento constitucionalista, a saber o *constitucionalismo moderno (ou social)* [...]".

Na mesma linha de entendimento, Novelino (2019, p. 56) destaca que as profundas transformações operadas na estrutura dos direitos fundamentais e do Estado de direito foram determinantes para o surgimento, pouco antes do fim da Primeira Guerra, de um novo modelo de constituição:

> A igualdade formal conferida a patrões e empregados em suas relações contratuais, com total liberdade para estipular condições de trabalho, resultou no empobrecimento brutal das classes operárias. O agravamento das desigualdades sociais provocou a indignação dos trabalhadores assalariados, dos camponeses e das classes menos favorecidas que passaram a exigir dos poderes públicos não só o reconhecimento das liberdades individuais, mas também a garantia de direitos relacionados às relações de trabalho, à educação e posteriormente, à assistência aos hipossuficientes. (Novelino, 2019, *loc. cit*.)

Com efeito, a crise econômica contribuiu decisivamente para a crise do regime Liberal, pois este pressupõe, para uma competição justa e equilibrada, certa igualdade de acesso às oportunidades e bens essenciais. A impotência do Liberalismo diante das demandas sociais que abalaram o século XIX foi determinante para a ampliação do papel do direito que, além de

garantir a paz, a segurança e a justiça, passa também a promover o bem comum. O Estado abandona sua postura abstencionista para assumir um papel decisivo nas fases de produção e distribuição de bens, passando a intervir nas relações sociais, econômicas e laborais. Questões existenciais, antes restritas ao âmbito individual, passam a ser assumidas pelo Estado, que se transforma em um prestador de serviços. A busca da superação do antagonismo existente entre a igualdade política e a desigualdade social faz surgir a noção de Estado social.

Destacam-se, assim, como principais características do referido período: o positivismo jurídico, a segunda dimensão dos direitos fundamentais (igualdade) e as garantias institucionais.

O constitucionalismo contemporâneo, neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, surge após a Segunda Guerra Mundial, e teve por finalidade o resgate do conteúdo moral do direito e a reaproximação entre elementos do direito positivo e os elementos do direito natural.

Consoante bem pontua Lazari (2019, p. 59), o constitucionalismo moderno pouco durou, pois "[...] entre o final da década de 1930 e o primeiro lustro dos anos 1940, a ascensão da '*ditaduras aparentemente democráticas'* nazifascistas mergulhou o mundo em outra Grande Guerra. Ao seu fim surge o constitucionalismo contemporâneo [...]", que perdura até hoje.

De fato, os gravíssimos eventos ocorridos durante a Segunda Guerra, baseados no ideário positivista, máxime o extermínio de milhões de civis, em uma ideologia antissemita positivada no ordenamento do país que determinava tais atos, fez com que esse arcabouço teórico caísse por terra. Fez-se necessário, por conseguinte, um resgate do conteúdo moral do direito, explicitando que existem direitos inerentes ao homem que não podem ser violados.

Começa a ser superada a dicotomia entre direito natural e positivo, equacionando-se os valores justiça e segurança jurídica. Surge, também, a terceira dimensão de direitos fundamentais, ligada a fraternidade, e o Estado democrático de direito. Nota-se, ainda, a preocupação com a garantia da igualdade entre todos os seres humanos, repudiando todo e qualquer ideário racista.

Nesse diapasão, cumpre consignar, a título de complementação, a reflexão de Barroso (2013, p. 64) no sentido de que o constitucionalismo democrático, ao final da primeira década do século XXI, ainda se debatia com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais, entre "[...] governo da maioria e vida e em liberdade de todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade [...]". O que ainda continua a ser, ainda, um bom projeto para o milênio.

Por derradeiro, o constitucionalismo do futuro, constitucionalismo vindouro ou constitucionalismo porvir, consiste em uma projeção do que haveria depois do neoconstitucionalismo, analisando-se as mudanças da etapa atual, as críticas que lhe vem sendo

feitas e o sobrepujamento evolucionista natural do fenômeno constitucionalista. Sobre tal teoria, destacam-se as ideias do argentino José Roberto Dromi, que prevê um equilíbrio entre os atributos do constitucionalismo moderno e os excessos do constitucionalismo contemporâneo. Nesse sentido, para Dromi (1994, p. 253), as Constituições do futuro teriam sete valores fundamentais supremos: verdade (1), solidariedade (2), consenso (3), continuidade (4), participação da sociedade na política (5), integração (6) e universalização dos direitos fundamentais para todos os povos do mundo (7).

2.3 Do constitucionalismo transnacional ao constitucionalismo global

O *transnational constitutionalism* – em português, constitucionalismo transnacional ou supranacional – originário da doutrina constitucional europeia e americana, consiste, em síntese, na elaboração de uma só Constituição aplicável a vários Estados concomitantemente.

Conforme Martins (2020, p. 97), cada país abriria mão de uma parcela de autonomia, elegendo representantes que fariam parte de uma *Assembleia Legislativa Transnacional* e elaborariam uma constituição una; tratando-se, segundo o referido autor, de uma decorrência do processo de globalização, experimentado sobretudo na União Europeia.

Tradicionalmente o constitucionalismo sempre foi atrelado a um Estado específico, dotado de uma constituição escrita e estável. Por sua vez, o constitucionalismo transnacional tratar-se-ia uma realidade para além espaços do Estado, representando uma quebra do modelo social do Estado moderno, que não mais conseguia controlar ou intervir de forma eficiente na sua economia, já que a mesma se internacionalizou.

Segundo Martins (2004, p. 124), diferentemente do *constitucionalismo estadual*, o constitucionalismo transnacional tem as seguintes características: a) ultrapassa as fronteiras de cada um dos Estados, haja vista a criação de um direito comum; b) quanto ao âmbito de aplicação pessoal, aplica-se tanto aos Estados como aos indivíduos; c) no que tange à aplicação temporal, vigora ilimitadamente e para além da vontade de cada Estado, só podendo ser alteradas num quadro comum; d) coexistência de vários planos constitucionais que se complementam, vigorando pacificamente.

Nesse sentido, parte da doutrina entende que o Tratado da União Europeia deve ser compreendido sob a perspectiva de um constitucionalismo transnacional, isto é, de um constitucionalismo europeu, em que coexistem vários níveis constitucionais.

Outro tema bastante discutido nos Estados Unidos da América, Alemanha e Espanha, dentre outros países da Europa, o constitucionalismo global busca seu fundamento filosófico

em Kant e Habermas (2004): "[...] no passado, o Estado nacional guardou de forma quase neurótica suas fronteiras territoriais e sociais. Hoje em dia, processos supranacionais irrefreáveis malogram esses controles em diversos pontos [...]".

Trata-se de uma tentativa de se elaborar um arcabouço normativo único – formado por um ou mais textos –, de conteúdo materialmente constitucional; nas palavras de Martins (2020, p. 99), servindo de *guarda-chuva legal*, em superposição ao direito constitucional de cada país, a partir do qual é instituído um *constitucionalismo multinível*.

Em suma, esse novo movimento compreende diversas linhas de pensamento, que visam avançar do direito internacional para um direito constitucional global ou universal.

Canotilho (2017, p. 1369-1370), ao enfrentar o tema estabelece três traços caracterizadores para o constitucionalismo global: a) alicerçamento do sistema jurídico-político em relações entre Estado/povo, ou seja, não de relações horizontais entre Estados, mas sim com as populações dos próprios Estados; b) emergência, através das declarações e documentos internacionais, de um *jus cogens* internacional – a que incluiria um mínimo de proteção à vida, liberdade e segurança, no âmbito das liberdades pessoais, e o direito à autodeterminação como direito básico da democracia – legitimado em valores, princípios e regras universais; c) a dignidade humana fixada como pressuposto de todos os constitucionalismos. Compreendendo, assim, a transformação do Direito Internacional como um "[...] parâmetro de validade das próprias constituições nacionais cujas normas deveriam ser consideradas nulas se violassem as normas do *jus cogens* internacional [...]".

Nessa linha de entendimento, avolumam-se pelo mundo afora juristas defendendo que há um paulatino processo de constitucionalização global, alguns afirmando que a carta da ONU seria uma Constituição Mundial, com âmbito de aplicação, poder correspondente a mais alta autoridade e status no sistema jurídico internacional.

3 O TRANSCONSTITUCIONALISMO E SUA APLICAÇÃO AOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

A teoria do transconstitucionalista tem como percursor Marcelo Neves, professor da Universidade de Brasília, que materializa suas ideias em obra específica sobre o tema. Nas palavras do referido autor (2009, p. 1), transconstitucionalismo é "[...] o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional [...]". Referindo-se a um processo de convivência cooperativa entre as perspectivas jurídicas apresentadas por ordens jurídicas

constitucionais e internacionais, um diálogo jurídico e cultural entre várias instâncias decisórias, de maneira que casos comuns possam ser enfrentados conjuntamente.

Diverge, pois, do constitucionalismo global, pois reconhece a existência de ordens jurídicas diversas, não buscando a unificação mundial. De fato, o transconstitucionalismo não busca uma unificação normativa, mas uma combinação ou cooperação.

Para Novelino (2019, p. 61), o conceito de transconstitucionalismo proposto por Neves, está relacionado à existência de problemas jurídico-constitucionais que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas, posto que um "[...] problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais, e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de uma solução [...]".

Destarte, fazendo se uso do transconstitucionalismo, combinando as ordens jurídicas diversas, buscando a existência de normas e precedentes internacionais, supranacionais, pode-se chegar a uma melhor conclusão, amparando e tutelando diversos olvidados pelo ordenamento constitucional interno.

Forçoso reconhecer que a teoria supracitada se estrutura no diálogo e não na supremacia. Não há em seu bojo a defesa da existência de um Tribunal, órgão ou ordem que deverá prevalecer sobre outra. Pelo contrário, a grande base inovadora apresentada pelo autor é tentar superar as dificuldades da convivência de diversos ordenamentos apresentados pelos diferentes entes (estatais e supraestatais), considerando e fortalecendo a competência e as particularidades de cada um. A proposta consubstancia-se em harmonizar decisões, de forma que cada órgão de onde se emane algum ato decisório, possa se valer daquilo que outro órgão já experimentou, independentemente de instância ou mesmo limites estatais, para assim buscar uma solução que mais se aproxime de uma homogeneidade no plano internacional.

Infere-se, ainda, que o autor se vale dois pilares fundamentais para estruturar a viabilidade de sua teoria: as pontes de transição e a racionalidade transversal – a partir da ideia de acoplamento estrutural.

Ao explicar o que seria acoplamento estrutural, valendo-se do sistema teórico luhmanniano (2016, p. 589 e seg.), Neves o descreve como uma espécie de filtro de influências recíprocas entre os sistemas diversos e autônomos, que se alongam pelo tempo, de forma estável e concentrada, mas sem que cada um perca sua respetiva autonomia. Seria um concatenado de diversas interpenetrações duradouras entre os diferentes sistemas sociais, a fim de que na evolução de seus próprios filtros haja uma exclusão de certas influências e uma facilitação de outras.

A seu turno, a racionalidade transversal – que se apresentaria como Constituição transversal –, pode ser compreendida como uma forma aproximar ordens constitucionais no propósito de integração jurídica em patamar internacional, com a criação de laços jurídicos de diálogo entre os ordenamentos, sem afastar o necessário respeito (cultural e jurídico) de cada realidade.

No que tange à ponte de transição, seria ela uma imposição que advém da própria existência de ordens jurídicas diversas, onde cada uma delas abraçaria todas as características que lhes seriam úteis diante das especificidades próprias de cada Estado, inclusive no que tange ao exercício das funções estatais – nelas se incluindo a função jurisdicional dentro do seu espaço territorial. Seriam essas "pontes" que permitiria a influência – e a consequente utilização – de uma norma jurídica ou de uma *ratio decidendi* de um Estado pelo outro sem a necessidade de maiores trâmites legislativos.

Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, de maneira lenta e gradual, vem adotando práticas transconstitucionalistas na medida em que inúmeras vezes cita tratados e convenções internacionais não incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, bem como decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos, e também decisões de outros Tribunais Constitucionais. Obviamente, tais decisões e atos não têm o caráter de precedentes, mas de fundamentos cognitivos de embasamento:

> *HABEAS CORPUS*. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.
> [...] 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo.
> [...] 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações 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 consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.
> [...] 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (BRASIL, 2004)

É o que Neves (2009, p. 119) denomina *fertilização constitucional cruzada*, posto que "[...] as cortes constitucionais citam-se reciprocamente não como precedente, mas como autoridade persuasiva [...]"; por ser extremamente comum que "[...] 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 o aprendizado recíproco [...]" (Idem, p. 121).

Posto isso, e diante da grande dificuldade encontrada na implantação do constitucionalismo global, o transconstitucionalismo é uma saída imediata, colocada à disposição dos operadores do direito, para solucionar as questões jurídicas que transcendem mais de um ordenamento jurídico, especialmente no que tange à concretização dos direitos transindividuais.

Em síntese, direitos ou interesses transindividuais, supra-individuais, superindividuais ou metaindividuais, são direitos ou interesses massificados, que em seu aspecto subjetivo – referente à titularidade – se sobrepõem ao indivíduo, abrangendo uma coletividade de pessoas indeterminadas.

Acerca da compreensão conceitual dos direitos ou interesses transindividuais, Almeida (2008, p. 473) explica que:

> A transindividualidade é uma característica própria dos denominados "direitos de terceira dimensão". Foi a partir da *terceira dimensão* dos direitos fundamentais que se começou a construir uma nova teoria para os direitos, uma teoria dos direitos de dimensão coletiva, uma teoria da transindividualidade subjetiva (titularidade) e objetiva (objeto) dos novos *direitos das massas*. (ALMEIDA, 2008, *loc. cit*.)

Nesse sentido, Bonavides (2018, p. 583) assinala que, os direitos de terceira geração consolidam-se no final do século XX, "[...] enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado [...]". Ampliando, portanto, o catálogo de direitos fundamentais e acrescendo aos direitos de liberdade e de igualdade (primeira e segunda geração, respectivamente), os direitos de fraternidade (ou de solidariedade).

Dentre outros, engloba tal geração ou dimensão, os direitos ao desenvolvimento, ao progresso, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à autodeterminação dos povos, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à qualidade de vida, os direitos do consumidor e da infância e juventude. Direitos que não se ocupam da proteção a interesses

individuais, mas daqueles atribuídos genericamente a todas as formações sociais, pois buscam tutelar interesses de titularidade difusa e coletiva.

Com efeito, o sistema brasileiro adota uma classificação tripartida, prevista no parágrafo único do Art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, mais ampla conceitualmente e que flexibilizou a proteção dos interesses massificados. Assim, os denominados "interesses ou direitos coletivos" em sentido amplo, abrangem os interesses ou direitos difusos, os interesses ou direitos coletivos em sentido estrito e os interesses ou direitos individuais homogêneos.

Os direitos difusos e os direitos coletivos em sentido estrito são essencialmente transindividuais, pois, em relação ao objeto são indivisíveis. Já os direitos individuais homogêneos, pelo aspecto objetivo (e pelo caráter predominantemente individualizado) são divisíveis e distinguíveis entre seus titulares; contudo, são coletivos no plano processual, e recebem tal tratamento justamente em decorrência da origem comum que detém (aspecto origem).

Dessarte, não é simplesmente a natureza essencialmente coletiva do direito material que irá servir de paradigma absoluto para aferir que se trata de espécie de tutela jurisdicional coletiva:

> A presença de interesse social justifica a tutela jurisdicional coletiva dos direitos ou interesses individuais homogêneos, por intermédio de uma única [sic] ação coletiva, evitando-se decisões contraditórias e o acúmulo de muitas demandas individuais, com a mesma causa de pedir e pedido, além de garantir a efetividade desses direitos mesmo diante da dispersão das vítimas. (ALMEIDA, 2008, p. 475)

Pode-se, por conseguinte, afirmar que a transindividualidade dos direitos individuais homogêneos é artificial (por ficção legal) e instrumental, vez que ocorre no momento da propositura da ação coletiva e perdura até a liquidação do provimento jurisdicional ou sua execução pelos titulares individualizados ou seus sucessores.

Como consignado alhures, o transconstitucionalismo é utilizado na busca de interação e conversação de ordens jurídicas como método de resolução de conflitos. Cita-se como exemplo, o próprio processo de universalização dos direitos humanos – por meio de uma ordem jurídica supranacional balizada na dignidade da pessoa humana – frente aos sistemas normativos estatais que decorrem do pluralismo cultural e religioso presentes em países que permitem, *v. g.*, a mutilação da genital feminina (África e Oriente Médio), ou a aplicação da pena capital (Estados Unidos e a Indonésia). Ademais, há situações mais desafiadoras, como a questão do Estado Islâmico, composto por várias organizações terroristas, que aflige não apenas

o Iraque, mas toda a sociedade internacional – sobretudo, pela dificuldade da concreção de direitos, dentre eles, os coletivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente, são visíveis as transformações do cenário social mundial decorrentes especialmente da massificação e da globalização.

A conceituação clássica de Estado, com todos seus elementos – em especial a soberania –, não se mostra suficiente para solucionar questões atinentes aos direitos universais. É nesse panorama de alta complexidade que fica claro o desafio de se estabelecer o âmbito de validade das normas jurídicas, bem assim, que ordem jurídica regulamentará as relações.

A ideia de uma "Constituição global" – advinda dos movimentos constitucionais, como a escola de pensamento denominada *International Community School*, isto é, Escola da Comunidade Internacional –, traria como consequência, inexoravelmente, a (pseudo)existência de um "Estado mundial"; que traria a reboque todos seus elementos constitutivos – alguns deles já não mais suficientes – em uma infindável discussão acerca dos respetivos limites.

Tal situação abarcaria, inclusive, considerar a Carta da ONU como tal. Precoce, a propósito, mas indubitavelmente um primeiro passo no sentido de se estabelecer um direito constitucional global.

O transconstitucionalismo como um diálogo entre as constituições se mostra relevante para equalizar todas essas situações. Afastando, de plano, a existência de uma norma imperativa a todos os Estados, em especial no que tange a proteção dos direitos fundamentais – aqui inseridos os direitos transindividuais –, apresenta a ideia da comunicação entre as fontes jurídicas constitucionais, as quais devem se inter-relacionar e não se sobrepor.

Interessante observar que a teoria transconstitucionalista não se preocupa em estabelecer uma ordem prevalente ou *ultima ratio*. O operador do Direito valer-se-á, sem desrespeitar as especificidades do ordenamento que se encontra inserido, daquilo que já se verificou com sucesso em outro Estado.

Na perspectiva luhmanniana, notar-se-ia um acoplamento estrutural entre dois sistemas distintos. No contexto de comparação entre os sistemas, uma nota de similaridade é produzida, as medidas adotadas para resolver um problema sempre possuem um viés anticíclico, ou seja, para combater os problemas a medida que surgem e se acomodar no momento em que o *status quo* atinge o seu ponto de equilíbrio. A capacidade de irritação no plano da pressuposição recíproca é dado pelo desenvolvimento das expectativas na forma funcional do sistema,

produzindo, através de generalizações direcionadas a capacidade de reação, apresentação de soluções, decisões.

O transconstitucionalismo é, assim, fenômeno que reconhece a multiplicidade de ordens diferenciadas no interior do sistema jurídico, aplicável, *v. g.*, às questões que envolvem os interesses ou direitos coletivos em sentido amplo. O sistema jurídico observa que, por estar aberto às trocas comunicativas para atualizar-se, precisa informar-se/conhecer/compreender, realizando um circuito comunicativo, a fim de tomar decisões acertadas quanto à máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva.

A grande contribuição da teoria é, pois, a possibilidade de se manter os Estados como soberanos, de se perpetuar a existência e até mesmo da supremacia de suas constituições, mas com uma abertura de diálogo entre os componentes, em especial acerca de temas de interesse mundial, dentro da realidade de um universo juridicamente concatenado, tendo os direitos fundamentais como maior expoente, em especial os direitos coletivos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo*: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6028*: Informação e documentação: resumo, resenha e recensão: apresentação. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=467697>. Acesso em: 15 set. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191-A, p. 1, 05 out. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 176, p. 1, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 19 mar. 2004. *Diário de Justiça*, [S.L.], v. 02144-03, p. 00017, mar. 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 20. reimp. Coimbra: Almedina, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado.* 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DROMI, José Roberto. *Nuevo estado; nuevo derecho*: constitución para todos; consolidación de las leyes; códigos de la solidaridad. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argetina, 1994.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*: teoria e prática. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2004.

LAZARI, Rafael de. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2019.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 34. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Curso de direito constitucional da união europeia*. Coimbra: Almedina, 2004.

MARTINS, Flávio. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MEJÍA, Hugo Palácios. *Introducción a la teoria del estado*. Bogotá: Temis, 1980.

MIRANDA, Jorge. *Curso de direito constitucional*: estado e constitucionalismo, constituição, direitos fundamentais. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

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

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.