V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS III

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES

OLGA DIAZ PEDEMONTE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito internacional dos direitos humanos III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Olga Diaz Pedemonte, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-237-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos Humanos. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

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

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS III

Apresentação

No Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos III, tivemos a apresentação de artigos com temas variados, atuais e relevantes para a questão dos Direitos Humanos na atualidade.

Como não poderia deixar de ser, pelo tema geral do Congresso, o foco principal das pesquisas foram as questões relativas aos Direitos Humanos na América Latina.

O primeiro artigo apresentado foi do autor Felipe Ignacio Paredes Paredes intitulado EL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DE UN MODELO INTEGRADO DE CONTROL Y DEFERENCIA, no qual busca uma compreensão mais sistemática sobre como a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem entendido o critério de proporcionalidade.

O outro artigo O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MECANISMO DE ARTICULAÇÃO CULTURAL ENTRE NAÇÕES, de Angela Jank Calixto, analisa a teoria do transconstitucionalismo para verificar como ela oferece respostas mais adequadas aos problemas constitucionais comuns que surgem entre os diferentes Estados.

Elaine Cler Alexandre Dos Santos, no artigo USO DA MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DA COMUNIDADE ACADÊMICA E ASSISTENCIAL QUE BUSCA A UCDB, busca verificar o uso da mediação como instrumento de solução de conflitos em casos de violência doméstica, frente ao novo código de processo civil.

No artigo intitulado A CONDENAÇÃO BRASILEIRA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”), Tainan Henrique Siqueira e Leandro Alvarenga Miranda tratam da análise da legalidade e vigência da lei brasileira de anistia em

conformidade à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que evidenciou a notória incompatibilidade da norma com o tratado assinado pelo Brasil, culminando com a condenação brasileira na corte interamericana.

Liziane Paixao Silva Oliveira e Ellen de Oliveira Fumagali no artigo sobre o VALOR JURÍDICO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM: NORMA JUS COGENS OU SOFT LAW?, se propõem a discorrer acercado valor jurídico da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), buscando delinear os principais posicionamentos doutrinários sobre o assunto, para, no final, concluir pela natureza jus congens da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No artigo intitulado ANÁLISE DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE GENOMA HUMANO E DIREITOS HUMANOS E SEUS IMPACTOS ATUAIS, Everton Silva Santos analisa os aspectos da proteção do Direitos Humanos em face as pesquisa sobre genoma humano e suas implicações para o progresso e melhoria da saúde de indivíduos e da humanidade.

Na mesma linha de raciocínio, Alexandre Pereira Bonna e Pastora Do Socorro Teixeira Leal no artigo PROTEÇÃO MULTINÍVEL DE DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS POR MEIO DO RECONHECIMENTO DOS NOVOS DANOS aprofundam o conceito de proteção multinível de direitos humanos, buscando compreender de que modo a proteção multinível de direitos humanos pode se expandir para o âmbito das relações privadas.

Na sequência Rui Decio Martins e Clara Magalhães Martins, investigam os temas da PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA E ASSISTÊNCIA CONSULAR COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS, no qual buscam demonstrar que esses dois temas não significam a mesma coisa e estão envoltos em uma temática maior, o do direito à nacionalidade.

No artigo intitulado O DIREITO DE IGUALDADE, A IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches e Matheus Felipe De Castro, buscam verificar se o Sistema Penal trata realmente a todos com igualdade, conforme Direito Fundamental previsto na Constituição.

Logo após, Eduardo Manuel Val e Emerson Affonso da Costa Moura escrevem sobre JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, DITADURA MILITAR E SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: OS PAPÉIS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS LATINO-AMERICANAS DIANTE DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE

DIREITOS HUMANOS SOBRE A ANISTIA. No artigo os autores investigam quais os papéis assumidos pelas cortes da Argentina, Chile, Peru, Uruguai e Brasil diante da política internacional de direitos humanos afirmada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange as leis de anistias pelos crimes cometidos durante os regimes militares na América Latina.

André de Paiva Toledo, em artigo intitulado EM BUSCA DA IMPARCIALIDADE DOS MEMBROS DO COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DO PACTO INTERNACIONAL RELATIVO AOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS COMO CONDIÇÃO DE EFICÁCIA NORMATIVA, enfrenta a questão da imparcialidade do Comitê, cuja solução passa pelo compromisso solene e a coletivização da tomada de decisões.

Por fim, Maria De Fatima Ribeiro e Lucas Pires Maciel contribuem com o artigo sobre DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE: UM OLHAR SOBRE O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO MERCOSULINO, no qual são apresentadas considerações sobre a proteção dos Direitos Fundamentais no Mercosul enfatizando a proteção constitucional do contribuinte considerando os acordos democráticos do bloco.

Cabe registrar que a UDELAR propiciou ao Congresso um ambiente perfeito para a reflexão, os debates e a integração dos participantes, pelo qual agradecemos de coração.

Boa leitura

Profa Dra Olga Diaz Pedemonte- Facultad de Derecho/UDELAR

Profa Dra Samyra H D F Naspolini – UNINOVE e UNIMAR

O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MECANISMO DE ARTICULAÇÃO CULTURAL ENTRE NAÇÕES

TRANSCONTITUTIONALISM AS A MECHANISM OF CULTURAL ARTICULATION BETWEEN NATIONS

Angela Jank Calixto [1]

Resumo

Ante a fragmentariedade cultural da sociedade global e a consequente divergência de interpretações conferidas aos direitos humanos, foi analisada a teoria do transconstitucionalismo, através de uma pesquisa exploratória, descritiva, bibliográfica e documental, para verificar como ela oferece respostas mais adequadas aos problemas constitucionais comuns que surgem entre os diferentes Estados. Efetuada uma análise das teses do universalismo e relativismo cultural e da proposta de estabelecimento de um diálogo intercultural, verificou-se que a teoria do transconstitucionalismo, hoje, se apresenta como meio mais propício ao estabelecimento de uma cooperação em matéria de direitos humanos, sem desconsiderar a legitimidade do direito local.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo, Diálogo intercultural, Universalismo, Relativismo cultural

Abstract/Resumen/Résumé

Given the cultural fragmentation of global society and the consequent divergence of interpretations conferred to human rights, the theory of transconstitutionalism was analyzed through an exploratory, descriptive, bibliographical and documentary research, to verify by which means it offers more adequate answers to common constitutional problems that arise between different States. After promoting an analysis of the universalism and cultural relativism theses and the proposal to establish an intercultural dialogue, it was found that the transconstitutionalism theory presents itself today as the most effective way to establish a cooperation in matter of human rights, without disregarding the legitimacy of local law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transconstitucionalism, Intercultural dialogue, Universalism, Cultural relativism

[1] Mestranda em Direitos Humanos pela UFMS. Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela UFMS. Assistente editorial Revista Direito UFMS.

INTRODUÇÃO

Desde a segunda metade do século XX, o cenário global tem passado por um processo permanente e acelerado de transformações, tanto nas relações sociais, culturais, políticas e econômicas, como nas relações jurídicas entre os Estados e Organismos Internacionais. Tais transformações se devem, sobretudo, ao processo de universalização dos direitos humanos e, mais recentemente, ao fenômeno da globalização, com a consequente ampliação do intercâmbio de idéias, pessoas e conhecimentos.

Em que pese a universalização dos direitos humanos, ante o fato de se entender que os direitos consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 não se atentam às diversidades culturais das diferentes sociedades, alguns países apresentam-se reticentes em aceitar a interpretação conferida por referida Declaração aos direitos humanos em geral. Desse modo, baseando-se na tese do relativismo cultural, defendem não haver uma moral universal, de modo que não poderia a comunidade internacional impor uma concepção única de direitos humanos para todos os países do globo.

Por muitos anos, o embate entre universalistas e relativistas foi preponderante no cenário internacional. Entretanto, diante da constatação da necessidade primordial de se proteger os direitos humanos e não apenas de fundamentá-los, foram surgindo novas teses, buscando conciliar aspectos tanto do universalismo dos direitos humanos como do relativismo cultural.

Nesse aspecto, vê-se o surgimento da proposta do estabelecimento de um diálogo intercultural entre nações como uma forma de articulação cultural e de aprendizado recíproco entre os povos, para se propiciar caminhos para uma proteção global dos direitos humanos, sem desconsiderar as diversidades culturais existentes entre os países do globo

No âmbito do constitucionalismo, também se evidencia o surgimento de teorias para fazer frente a essa nova realidade social, já que, com a globalização, as respostas a questões relacionadas à violação de direitos humanos e fundamentais perpassam o âmbito interno de cada Estado, levando a uma necessidade de reconstrução do constitucionalismo global. Dentre essas teorias, destaca-se a teoria do transconstitucionalismo, de Marcelo Neves, a qual, partindo de uma perspectiva da diversidade cultural, econômica e social entre as nações, pressupõe que apenas com o estabelecimento de um diálogo interconstitucional é possível o oferecimento de respostas adequadas aos problemas constitucionais comuns que se apresentam no contexto da sociedade mundial.

Desse modo, diante da fragmentariedade cultural e da intensificação das relações entre os diferentes povos, busca-se apresentar o transconstitucionalismo como meio de superação do embate entre universalismo e relativismo cultural e garantidor da devida observação e proteção dos direitos humanos em todos os países do globo.

Para tanto, será analisado, em um primeiro momento, a evolução da proteção conferida aos direitos humanos no cenário internacional e as discussões existentes acerca do universalismo e do relativismo desses direitos. Após, será apresentada a tese do diálogo intercultural, para que se possa entender como a articulação entre as diferentes culturas é capaz de garantir a consagração dos direitos humanos como universais e, ao mesmo tempo, a diversidade cultural de cada nação.

Por fim, adentrar-se-á mais especificamente no tema, visto que será analisada a teoria do transconstitucionalismo apresentada por Neves, sendo apresentadas suas características inerentes, para que se possa entender de que forma essa nova teoria do constitucionalismo é adequada para o estabelecimento de um diálogo entre as diferentes sociedades culturais e superar a fragmentariedade na interpretação dos direitos humanos.

Com relação ao procedimento metodológico, será realizada, quanto aos fins, uma pesquisa exploratória e descritiva, já que se buscará apresentar um panorama geral acerca das teses do universalismo, relativismo cultural e multiculturalismo, bem como acerca da teoria do transconstitucionalismo, buscando demonstrar como esta se apresenta como uma solução, no âmbito do direito constitucional, para o estabelecimento de um maior diálogo e aprendizado recíproco entre as diferentes culturas em matéria de direitos humanos. Quanto aos meios, será realizada uma pesquisa bibliográfica e documental, a partir de material coletado essencialmente de livros, artigos científicos, dissertações, teses de doutorado e revistas científicas e legislações.

1. As concepções universalista e relativista dos direitos humanos

No estudo da evolução da proteção conferida aos direitos humanos no cenário global, constata-se a historicidade desses direitos, na medida em que não são um dado, mas sim um construído, uma invenção humana, em um constante processo de construção e reconstrução (ARENDT, 1979). Como destacado por Bobbio (2004), os direitos humanos, decorrentes das constantes reivindicações sociais, nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem plena realização como direitos positivos universais.

No tocante à universalização dos direitos humanos, insta observar que o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, correspondem aos primeiros marcos desse processo, marcos estes que constituíram as primeiras expressões de que no plano internacional há limites à liberdade e à autonomia dos Estados, a soberania estatal devendo ser relativizada (PIOVESAN, 2013).

Aos poucos emerge a ideia no cenário internacional de que o direito internacional não deve servir para a proteção dos arranjos e concessões recíprocas entre os Estados, mas sim que é o indivíduo que deve ser tido como objeto de proteção. A afirmação dos direitos do homem deriva de uma inversão de perspectiva na sociedade, a relação política passando a ser encarada cada vez mais do ponto de vista dos direitos dos cidadãos e não mais segundo o ponto de vista do Estado soberano (BOBBIO, 2004).

Entretanto, é somente a partir da Segunda Guerra Mundial que a proteção dos direitos humanos passou a constituir uma das principais preocupações no cenário internacional, como resposta às atrocidades cometidas durante a guerra. Verifica-se, nesse cenário, a ocorrência de um processo de internacionalização desses direitos e de instituição de mecanismos de sua proteção, para a prevenção da ocorrência de novas atrocidades (PIOVESAN, 2013). Como ressalta Piovesan, a partir de então nasce

> [...] a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Sob esse prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional (PIOVESAN, 2013, p. 192).

O marco histórico decisivo para a internacionalização da temática dos direitos humanos foi a edição da Carta de São Francisco, em 1945, primeiro tratado de alcance universal que reconheceu os direitos fundamentais dos seres humanos e impôs o dever de os Estados assegurarem a dignidade e o valor de todos.

Com a adoção pelos Estados da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a partir da qual se definiu com precisão os direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos, implementou-se formalmente o universalismo dos direitos humanos, sendo estes reconhecidos pela comunidade internacional como princípios orientadores da atuação do Estado para com os indivíduos. Pela primeira vez o Estado se vê obrigado a garantir direitos básicos a todos sob a sua jurisdição, quer nacional ou estrangeiro (RAMOS, 2012).

Isso porque o Direito, em decorrência de sua evolução na sociedade, deixou de reger situações limitadas às fronteiras territoriais do Estado. Na medida em que os Estados se multiplicaram e cresceram os intercâmbios culturais, o Direito passou a transcender os limites territoriais da soberania estatal rumo à criação de um sistema de normas jurídicas universais capaz de coordenar interesses estatais simultâneos, para o alcance, pelos Estados, de suas finalidades e interesses recíprocos (MAZZUOLI, 2015).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos objetivou o estabelecimento de uma ordem mundial pautada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores universais básicos a serem seguidos pelos Estados. Essa corresponde à concepção contemporânea de direitos humanos, a partir da qual se fixa a ideia na comunidade de que os direitos humanos são universais e decorrentes da dignidade humana, e não das peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade (PIOVESAN, 2013).

Vê-se, portanto, que a universalização dos direitos humanos pressupõe a aceitação do conceito conferido aos direitos humanos pela comunidade global, apenas se permitindo variações culturais na interpretação desses direitos desde que, ainda assim, o Estado assegure a proteção dos direitos humanos e fundamentais básicos em todos os aspectos.

Diante do fato de não se levar em consideração as particularidades culturais de cada sociedade, essa concepção universal de direitos humanos demarcada pela Declaração Universal de Direitos Humanos passou a sofrer fortes resistências dos adeptos ao movimento do relativismo cultural.

Para os relativistas, o direito encontra-se estritamente atrelado ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade, de modo que cada cultura individual possui uma interpretação própria acerca dos direitos humanos e fundamentais, estes estando relacionados às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Desse modo, o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, o conceito de moral e de direito devendo ser compreendido levando-se em consideração o contexto cultural em que o indivíduo se situa (MAZZUOLI, 2015).

Como defendido, em razão de não ser possível identificar os laços de aproximação entre os direitos tidos como universais e as diferentes culturas, não há como se reconhecer a fundamentação universal dos direitos humanos, já que cada cultura possui sua moralidade específica (LUCAS, 2008).

Essa concepção, ao contrário do universalismo, que possui o indivíduo como foco central de proteção, privilegia o coletivismo, o indivíduo apenas sendo concebido como parte desse coletivo (PIOVESAN, 2013). As reivindicações morais, portanto, derivam do contexto

cultural em que se encontra o indivíduo, contexto este que é fonte de validade das reivindicações morais de cada pessoa. Como ressalta R.J. Vincent, citado por Piovesan:

> Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas e, neste sentido, buscar uma universalidade, ou até mesmo o princípio de universalidade clamado por Kant, como critério para toda a moralidade, é uma versão imperialista de tentar fazer com que valores de uma determinada cultura sejam gerais (VICENT *apud* PIOVESAN, 2013, p. 212).

Na análise dos relativistas, a proteção conferida aos direitos humanos a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos é um produto do pensamento ocidental, o qual deixa de levar em consideração as peculiaridades existentes em outras sociedades (MAZZUOLI, 2015). Defende-se, pois, que os ocidentais procuram universalizar suas próprias crenças, o que induziria a destruição da diversidade cultural.

Como bem ressalta Érica de Souza Pessanha Peixoto, as críticas a essa concepção universal de direitos humanos podem ser resumidas nos seguintes aspectos:

> [...] a) a noção de "direitos" inerentes aos direitos humanos contrapõem-se a noção de "deveres" proclamada por muitos povos; b) o conceito de direitos humanos é fundado numa visão antropocêntrica do mundo, que não é compartilhada por todas as culturas; c) a visão universal de direitos humanos nada mais é do que uma visão ocidental que se pretende geral, traduzindo, portanto, certa forma de imperialismo; d) o universalismo analisa um homem descontextualizado, sendo que o homem se define por seus particularismos (língua, cultura, costumes, valores...); e) a falta de adesão formal por parte de muitos Estados dos tratados de direitos humanos e/ou a falta de políticas comprometidas com tais direitos são indicativos da impossibilidade de universalismo; f) a proteção de direitos humanos acaba sendo muito mais um discurso utilizado como elemento da política de relações exteriores do que, efetivamente, algo que esteja desvinculado de interesses políticos e econômicos particulares; g) é preciso um grande desenvolvimento econômico para efetivamente proteger e implementar direitos humanos, e essa realidade não se atesta em muitos países "subdesenvolvidos", o que faz fracassar o discurso universal dos direitos humanos frente às disparidades e impossibilidades econômicas (PEIXOTO, 2007, p. 258).

Por outro lado, a partir do universalismo defende-se que qualquer afronta ao "mínimo ético irredutível" consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e que comprometa a dignidade de qualquer indivíduo, importa em violação aos direitos humanos. Assim, ainda que referida Declaração assegure o direito à cultura, nenhuma concessão é feita às peculiaridades culturais quando houver risco de que demais direitos humanos fundamentais sejam violados.

Nesse sentido, defende Höffe (2000), para quem a aceitação dos antagonismos do relativismo cultural, que entende que o direito à cultura deve ser protegido de forma incondicional, contraria a própria ideia de uma moralidade jurídica, isto é, de uma igualdade de tratamento entre todas as pessoas, pressuposto este de toda a perspectiva ética da teoria dos direitos humanos.

Os universalistas rebatem as críticas dos relativistas ao asseverarem que essa "posição relativista revela o esforço de justificar graves casos de violações dos direitos humanos que, com base no sofisticado argumento do relativismo cultural, ficariam imunes ao controle da comunidade internacional" (PIOVESAN, 2013, p. 2013).

Apesar do debate entre relativistas e universalistas, observa-se que os instrumentos internacionais têm adotado a tese do forte universalismo e do fraco relativismo cultural. Tal faro resta evidenciado, em especial, através da análise da Declaração de Viena de 1993, a qual prevê, em seu item 5, tanto a universalidade dos direitos humanos como que as particularidades nacionais e regionais, bem como as bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas. Ao mesmo tempo, entretanto, estabelece que ainda que referidas particularidades devam ser observadas, constitui obrigação primordial dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

O item 5 acima referido foi instituído em razão de se privilegiar, atualmente, o indivíduo, independentemente do meio em que se encontra, sendo a ele assegurada a proteção da sua dignidade como pessoa humana, nos moldes preconizados pela Declaração Universal de Direitos Humanos. Desse modo, como previsto na Declaração de Viena, permitem-se, em um grau limitado, variações culturais na interpretação dos direitos humanos, entretanto defende-se a universalidade moral e fundamental desses direitos.

Isso porque o conflito entre as culturas é de qualquer modo travado, hoje, no contexto de uma sociedade global, na qual os diversos atores sociais precisam buscar um entendimento comum acerca dos direitos tidos como merecedores de maior atenção e proteção, independentemente das suas diferentes tradições culturais. Como destaca Habermas:

> [...] na situação atual do mundo, o isolamento autárquico contra influências externas já não constitui opção possível. No mais, o pluralismo cosmopolita desabrocha também no interior das sociedades ainda fortemente marcadas pelas tradições. Até mesmo em sociedades que comparativamente são culturalmente homogêneas, torna-se cada vez mais inevitável uma transformação reflexiva de tradições dogmáticas predominantes que se apresentam com pretensões à exclusividade (HABERMAS, 2003, p. 81/82).

É dentro desse contexto que surge a proposta do estabelecimento de um diálogo intercultural, a qual será estudada no próximo tópico, a partir da qual se defende que, ainda que se entenda pela universalização dos direitos humanos, é necessária a abertura do diálogo entre as diversas culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como meio de se assegurar a legitimidade do processo de construção de parâmetros internacionais mínimos voltados à proteção desses direitos.

2. O diálogo intercultural entre as diferentes comunidades

O conceito de direitos humanos encontra-se assentado em um conjunto de pressupostos tipicamente ocidentais, facilmente distinguíveis de outras concepções de dignidade humana defendidos por outras culturas, sobretudo ante o fato de se pregar o universalismo desses direitos e concebê-los como superiores àqueles defendidos em outras realidades. Conforme esclarece Boaventura de Sousa Santos:

> A marca ocidental, ou melhor, ocidental liberal do discurso dominante dos direitos humanos, pode ser facilmente identificada em muitos outros exemplos: na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo, no reconhecimento exclusivo de direitos individuais, com a única exceção do direito coletivo à autodeterminação, o qual, no entanto, foi restringido aos povos subjugados pelo colonialismo europeu; na prioridade concedida aos direitos civis e políticos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais; e no reconhecimento do direito de propriedade como o primeiro e, durante muitos anos, o único direito econômico (SANTOS, 2003, p. 439-440).

Diante de tal fato, relativistas passaram a questionar esse universalismo dos direitos humanos, como visto no tópico anterior, por entenderem que estes não levam em consideração as peculiaridades inerentes a cada sistema cultural diversificado.

Em que pese o embate entre universalistas e relativistas, surge no cenário global a proposta do estabelecimento de um diálogo intercultural (interculturalismo) entre as diferentes comunidades, como meio de transformação das relações entre culturas e povos, propiciando caminhos para uma proteção dos direitos humanos sem desconsiderar as diversidades culturais existentes entre os países do globo. Referida proposta pressupõe, pois, a não aceitação do exclusivismo das teses da universalidade ou da relatividade dos direitos humanos.

O interculturalismo remete à noção de reciprocidade, interface e articulação coletiva entre diferentes culturas (KROHLING, 2008). Por um lado, deve ser entendido como uma

expressão que registra a existência de uma multiplicidade de culturas e, por outro lado, como um valor, que exige o reconhecimento da existência de outras culturas e de que todas elas possuem igual valor (GALINDO, 2004).

Conforme conceito apresentado por Vera Candau, o interculturalismo

> [...] supõe a deliberada inter-relação entre diferentes culturas. O prefixo inter indica uma relação entre vários elementos: marca uma reciprocidade (interação, intercâmbio, ruptura do isolamento) e, ao mesmo tempo uma separação ou disjuntiva (interdição, interposição, diferença) este prefixo [...] se refere a um processo dinâmico marcado pela reciprocidade de perspectivas (CANDAU, 2000, p. 03).

Partindo da premissa da equivalência entre culturas e povos e do pluralismo cultural, o interculturalismo estabelece a necessidade do estabelecimento de um encontro, um diálogo, entre as diferentes culturas, para um contínuo aprendizado, sobretudo em matéria de direitos humanos, para se assegurar eficazmente a proteção a todos os indivíduos no cenário global.

Isso porque, na sociedade contemporânea, na qual as inúmeras culturas postulam o reconhecimento e tratamento particular, o estabelecimento de um diálogo é necessário para que referidas culturas se obriguem mutuamente a participar de um projeto comum de reconhecimento de suas responsabilidades no mundo global (LUCAS, 2008).

Nota-se, nesse aspecto, a preponderância conferida pelo interculturalismo à necessidade de assegurar a proteção aos direitos humanos, ao invés de privilegiar o debate acerca da universalidade ou relativismo desses direitos. Isso porque, atualmente, em que pese a importância do debate acerca do fundamento dos direitos humanos, a maior preocupação não consiste mais em fundamentar esses direitos, mas sim de protegê-los (BOBBIO, 2003).

É importante destacar que a defesa do diálogo intercultural surge no contexto da globalização tecnológica, econômica e financeira, a qual tem provocado profundas modificações na conjuntura mundial. Corresponde a um dos frutos da crise da modernidade, a partir da qual o universalismo e o monoculturalismo ocidentais são desconstruídos (KROHLING, 2008).

Esta globalização, contudo, deve ser compreendida em diversas acepções. Conforme ensina Boaventura de Sousa Santos (2003), aquilo que se designa atualmente de globalização, na realidade, corresponde a conjuntos diferenciadores das relações sociais, não existindo uma única globalização, mas sim globalizações, definição esta mais sensível às dimensões sociais, políticas e culturais.

Diante das assimetrias do processo de globalização, esta deve sempre ser considerada no plural, havendo quatro modos distintos de produção da globalização, quais sejam, o localismo globalizado, o globalismo localizado, o cosmopolitismo e o patrimônio comum da humanidade.

O localismo globalizado consiste no processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso, enquanto o globalismo localizado consiste no impacto de práticas e imperativos transnacionais nas condições locais, as quais acabam, desse modo, sendo desestruturadas e reestruturadas de modo a responder a esses imperativos. Tratam-se de formas de globalização de cima para baixo ou globalização hegemônica, já que o que se verifica atualmente é que os países centrais especializam-se em localismos globalizados e os periféricos em globalismos localizados (SANTOS, 2003).

Entretanto, a intensificação das relações globais pressupõe duas outras formas de globalização: o cosmopolitismo e o patrimônio comum da humanidade, caracterizadoras de outra forma de globalização, denominada por Santos (2003) de globalização de baixo para cima ou globalização contra-hegemônica.

O patrimônio comum da humanidade surge diante de temas que, pela sua natureza, são globais, como, por exemplo, temas ambientais. Já o cosmopolitismo surge diante do fato de as formas predominantes de dominação não excluírem a possibilidade de os Estados-nação ou grupos sociais subordinados se organizarem transnacionalmente na defesa de interesses comuns (SANTOS, 2003).

Tal diferenciação entre as diferentes formas de globalização é importante ante o fato de a complexidade dos direitos humanos residir justamente no fato de eles poderem ser concebidos ora como forma de globalização hegemônica, ora como forma de globalização contra-hegemônica.

Enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, sem levar em consideração as peculiaridades de cada povo, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado, ou seja, como uma forma de globalização de cima para baixo, sendo obtida à custa da legitimação local (SANTOS, 2003).

Diante de tal fato, para os direitos humanos operarem de baixo para cima, como uma forma de cosmopolitismo, eles têm que ser reconhecidos como multiculturais, constituindo tal reconhecimento uma condição prévia para a instituição de uma política contra-hegemônica de direitos humanos (SANTOS, 2003). Exige-se, portanto, um reconhecimento público das diferenças entre as diferentes culturas, como condição para a própria sobrevivência das sociedades, tal reconhecimento sendo uma necessidade vital (TAYLOR, 1998).

O interculturalismo, ao partir da premissa de que todas as culturas possuem concepções diferentes de dignidade humana, bem como de que todas elas são incompletas na sua própria concepção de dignidade humana, permite o estabelecimento de um diálogo entre as diferentes sociedades acerca da dignidade humana, possibilitando a formação de uma concepção mista de direitos humanos, a qual, ao invés de recorrer a falsos universalismos, se organiza em uma amplitude de sentidos locais.

A instituição de referido diálogo intercultural entre as diferentes nações, como pressuposto do cosmopolitismo, se desenvolve a partir de uma hermenêutica diatópica, a qual parte do pressuposto da incompletude de todas as culturas, propondo um diferente processo de produção do conhecimento, a partir da ação coletiva, interativa, intersubjetiva e reticular. Como esclarece Krohling

> A hermenêutica diatópica se fundamenta na ideia de que os *topoi* de uma cultura nunca são completos. A incompletude de uma dada cultura poderá ser complementada com os *topoi* de outra cultura através do diálogo intercultural, que significa reciprocidade, respeitando o Outro como ele é e não sob a ótica do Poder e da imposição de padrões culturais de superioridade, mas no mesmo nível de aprendizagem dialogada (KRÖLING, 2008, p. 19).

Entende-se que os valores defendidos por uma determinada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a cultura em si mesma, incompletude esta, entretanto, que não é visível pelos integrantes daquela sociedade, somente sendo evidenciada a partir do intercâmbio entre diferentes culturas. Ressalta Santos (2003), no entanto, que

> [...] o objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu caráter diatópico (SANTOS, 2003, p. 444).

Dessa forma, esta consciência da incompletude e da imprescindibilidade do diálogo intercultural acaba por justificar uma política progressista dos direitos humanos em âmbito global, sem, entretanto, desconsiderar a legitimidade desses direitos em âmbito local.

Neste aspecto, sob a bandeira do interculturalismo, surgem inúmeros movimentos emancipatórios de defesa de direitos humanos, da preservação da diversidade cultural contra a supressão das identidades culturais pela globalização, como os movimentos de preservação de tradições e de culturas indígenas, e de inclusão social sem a destruição da cultura diversa (GALINDO, 2004).

Como ressaltado por Galindo (2004), o estabelecimento de um diálogo permanente entre culturas distintas é necessário para se assegurar o cosmopolitismo, fomentando o reconhecimento das limitações de cada cultura e a aproximação entre elas para pensarem em seu próprio desenvolvimento através de contribuições recíprocas.

Entretanto, o que se verifica atualmente é que há uma tendência de reduzir as microculturas a uma assimilação pela macrocultura dominante, o que poderia ensejar uma aniquilação do multiculturalismo e uma incorporação autoritária das minorias culturais, acarretando sua supressão enquanto comunidades culturais autônomas (CANOTILHO, 2000).

A partir do interculturalismo fornece-se a possibilidade de compreensão e diálogo na pluralidade constitucional, ou seja, de um diálogo entre as diversas culturas, partindo da ideia de que todas elas possuem uma incompletude intrínseca, sendo as relações dialógicas entre as diversas constituições culturais fundamentais ao seu aprimoramento (GALINDO, 2004).

Permite-se, pois, uma flexibilidade, a qual possibilita o diálogo entre as culturas constitucionais, sem que se intente, com isso, submeter o constitucionalismo de uma localidade a outro constitucionalismo, considerado mais avançado.

É preciso notar, como destaca Amartya Sen (2000), que na realidade atual há mais inter-relações e mais influências culturais mútuas no mundo do que aqueles que se alarmam com a perspectiva da subversão cultural normalmente reconhecem. Apesar de se vislumbrar frequentemente a fragilidade de determinadas sociedades com culturas diferenciadas, não se deve subestimar nosso poder de aprender coisas com diferentes culturas sem sermos assoberbados pela experiência e sem impormos nossa própria concepção cultural a outras nações.

Dessa forma, a abordagem intercultural, tal como apresentada, possibilita a abertura para um diálogo entre culturas diversificadas, contribuindo à superação do embate entre universalistas e relativistas e possibilitando a sobrevivência das sociedades multiculturais, a partir do entendimento e consequente respeito a suas identidades culturais.

3. Transconstitucionalismo: um mecanismo de articulação cultural

No âmbito da sociedade atual mundial, complexa e globalizada surgiu significativa preocupação com os novos desafios do direito constitucional, já que com a globalização e a consequente internacionalização dos direitos, caminha-se a uma nova dimensão do constitucionalismo, a qual perpassa os limites internos dos Estados. Como destaca Häberle,

> Hoje o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto. O direito constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. Também é válido o contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional (HÄBERLE, 2007, p. 11-12).

O impacto da globalização no Direito Constitucional leva inevitavelmente a uma reconstrução do constitucionalismo (FERNANDES, 2010), o qual passa a possuir como cerne a proteção dos direitos humanos. Surgem, pois, novas teorias relativas ao constitucionalismo, destacando-se a teoria do transconstitucionalismo de Marcelo Neves, esta desenvolvida a partir da utilização do conceito de interconstitucionalidade de J.J. Gomes Canotilho.

A proposta trazida por Canotilho enfrenta o problema da articulação entre constituições, a partir do estudo das relações interconstitucionais, ou seja, a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes em um mesmo espaço político, diante do pluralismo de ordenamentos e normatividades (CANOTILHO, 2000).

Visando inserir referido conceito no âmbito da América Latina, Marcelo Neves, em 2009, introduz no Brasil sua própria teoria do constitucionalismo contemporâneo, denominada "transconstitucionalismo". Esta se apresenta como uma forma de atenuar o problema do relativismo cultural e de estabelecer mecanismos para a efetivação do diálogo intercultural na América Latina, seja em nível global, supranacional, regional ou local.

Segundo Neves (2009), no direito contemporâneo há um constante diálogo e intercâmbio entre ordens jurídicas distintas, de modo que o Direito Constitucional transpõe as fronteiras do Estado, havendo uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas comuns de diferentes nações, como no caso de violações a direitos humanos.

Tais problemas, ante a integração da sociedade mundial, tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território, sendo eles relevantes para mais de uma ordem jurídica, simultaneamente. Isso porque os direitos humanos consagram-se como universais, pretendendo valer para todo o sistema jurídico mundial, ou seja, para qualquer ordem jurídica existente na sociedade mundial.

Como os direitos humanos perpassam as fronteiras internas do Estado, a constituição estatal passa a ser vista como uma instituição limitada para enfrentar tais problemas. Assim, embora o direito constitucional tenha sua base no Estado, dele se emancipa, passando a considerar as soluções dadas aos mesmos problemas por outras ordens jurídicas (NEVES, 2009).

No entanto, insta salientar que, como destacado no primeiro tópico deste trabalho, as condições para o surgimento dos direitos humanos na sociedade moderna estão relacionadas a um dissenso estrutural, diante da pluralidade social e cultural e a consequente hetorogeneidade de interesses e valores defendidos por cada sociedade.

Desse modo, o estudo dos direitos humanos e da interpretação a eles conferida em cada sociedade é altamente complexo, as controvérsias surgindo justamente diante da possibilidade de uma pluralidade conflituosa de interpretações desses direitos, bem como diante do fato de algumas ordens normativas serem inclusive avessas à ideia de direitos humanos como direitos universais.

Diante desse cenário é que Neves defende ser necessária a instituição de um transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, a partir do qual se exige uma conversação entre os diversos ordenamentos jurídicos, mediante o estabelecimento de "pontes de transição" entre os diferentes sistemas jurídicos, que possibilitem aprendizados recíprocos entre as ordens envolvidas (NEVES, 2009).

Referida conversação é essencial, como defendido por Neves (2009), sobretudo ante o fato de cada sociedade ter uma visão incompleta da questão, todo observador possuindo um limite de visão no "ponto cego", que corresponde àquele que o observador não pode ver em virtude de sua posição ou perspectiva de observação, mas que pode ser visto pelo outro.

Para a defesa do transconstitucionalismo como mecanismo mais eficiente de se assegurar o aprendizado recíproco e evitar a imposição hegemônica de uma concepção de direitos humanos em detrimento das outras, Neves (2009) recorre ao conceito de "razão transversal" de Wolfgang Welsch (1996).

Segundo referido autor, a atividade da razão humana não leva a um consenso, mas sim a uma articulação de dissensos basais, ante a impossibilidade de um acordo último entre as diferentes sociedades. Desse modo, devido a essa impossibilidade, a justiça serviria apenas para manter a pluralidade do todo, ou seja, para manter as diferenças em um mundo complexamente heterogêneo (WELSCH, 1996).

Como destacado pelo teórico, "as diversas concepções não devem ser medidas, desacreditadas ou coativamente unidas em nome de um super modelo – que, na verdade, só poderia ser um modelo parcial (correspondente a uma narrativa particular)", já que caso assim fosse feito, haveríamos uma modalidade de justiça sem consenso (WELSCH, 2002, p. 227).

No mesmo aspecto, Neves (2009) ressalta que em razão das diversas diferenças, as

> [...] pretensões de autonomia e autodescrições da sociedade encontram-se em relações recíprocas muito distintas, a ideia de uma razão abrangente e de um respectivo metadiscurso torna-se sem sentido para os domínios diferenciados de comunicações. Todo âmbito de comunicações, ao pôr-se em conexão com o outro, pode desenvolver seus próprios mecanismos estáveis de aprendizado e influência mútuos (NEVES, 2009, p. 42).

Assim, Neves (2009) analisa os limites e possibilidades da existência de racionalidades transversais parciais ("pontes de transição") tanto entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais (Constituições transversais) quanto entre ordens jurídicas no interior do direito como sistema funcional da sociedade mundial, propondo um modelo de articulação, ou seja, de um entrelaçamento transversal promotor de uma interlocução construtiva entre as diversas ordens jurídicas.

A articulação se mostra necessária à própria sobrevivência do constitucionalismo, visto que os compromissos axiológicos assumidos pelos Estados nacionais reclamam empenhos supranacionais para sua solução. Nesse sentido discorre Duarte, para quem

> [...] a via do cosmopolitismo constitucional não pode manifestar-se apenas na redução da pluralidade em uma homogeneidade artificial e forçada. Não se trata, portanto, de suprimir os complexos ordenamentos jurídicos estatais, mas sim de articular mecanismos válidos de interpretação e interdependência. Diante da velha e ultrapassada imagem da Constituição como ápice de um ordenamento jurídico autárquico e autossuficiente, reivindica-se a Constituição como elemento articulador de complexas redes de normas interdependentes, capaz de evitar que as exigências fáticas dos mutantes fluxos normativos transnacionais vulnerem as exigências normativas dos valores constitucionais. Um modelo de Constituição baseado na interdependência, e não sobre a autarquia do sistema jurídico, e que recupere os espaços públicos para a cidadania mediante reformas institucionais que façam efetiva a vigência do princípio democrático (DUARTE, 2014, p. 157).

Do mesmo modo, defende Galindo (2004), o qual ressalta a necessidade de uma abertura dos Estados ao pluralismo cultural, como forma de assegurar o respeito às culturas de todos os povos, sejam estes de outros Estados, seja dentro do próprio território nacional (indígenas, por exemplo). Ao tratar da teoria intercultural da Constituição, estabelece ser

> [...] necessária uma abertura da teoria da constituição ao que denominamos aqui de interculturalismo constitucional, ou seja, a discussão dos postulados teóricos de cada uma das diferentes culturas constitucionais (clássicas e insurgentes, nacionais, sistêmicas e ideológicas) para que se construa uma teoria intercultural da constituição que possa perceber os pontos de simetria entre os diversos modelos constitucionais e organizá-los epistemologicamente naquilo que convergem, deixando variáveis e flexíveis

> as assimetrias necessárias à consideração dos particularismos culturais relevantes a uma caracterização própria de cada uma das constituições (GALINDO, 2004, p. 190/191).

Adota-se, pois, uma teoria interculturalista da Constituição, a partir da qual se entende que a norma suprema do Estado, assim com as demais normas jurídicas, não se limita a um conjunto de textos jurídicos ou ao compêndio de regras normativas, mas sim constitui uma expressão de determinado grau de desenvolvimento cultural, um meio de autorrepresentação de um povo, espelho de seu legado cultural (HÄBERLE, 2000).

Dessa forma, como cada constituição nacional possui um fundamento cultural que a diferencia das demais constituições estatais, os direitos em cada sociedade também acabam sendo interpretados de forma diversificada, razão pela qual muitas vezes há uma contrariedade de entendimentos com relação à interpretação conferida aos direitos humanos.

Diante de tal fato é que a teoria do transconstitucionalismo pressupõe uma relação de observação mútua, já que somente assim se torna possível o desenvolvimento de formas de aprendizado e intercâmbio, sem que haja o primado de uma das ordens sobre as outras, como uma *ultima ratio* jurídica. Busca-se uma conversação, um diálogo, como uma forma de solucionar as disputas entre as diversas interpretações conferidas aos direitos, sem uma imposição *top down* na relação entre essas ordens (NEVES, 2009). Não se fala, portanto, em uma estrutura hierárquica entre as ordens, havendo uma incorporação recíproca de conteúdos, a partir da observação mútua entre os Estados.

Assim, para que o diálogo seja realizado de forma efetiva, é necessário que os Estados não conheçam somente sua própria realidade histórica, cultural, social e jurídica, mas também se inteirem sobre a realidade de outros Estados, para identificar as similitudes existentes entre si e buscar promover uma cooperação para a concretização de soluções para o caso em comum (MARÇAL; FREITAS, 2014).

O transconstitucionalismo é contrário a um modelo de identidade cega de uma ordem jurídica determinada, defendendo a necessidade de que, caso duas ou mais ordens jurídicas se confrontem com problemas comuns, especialmente no âmbito dos direitos humanos, seja observada a alteridade. Como esclarece Neves:

> [...] é fundamental, na construção de uma metodologia do transconstitucionalismo, que se considere ser indispensável a reconstrução permanente da "identidade constitucional" por força de uma consideração permanente da alteridade. Isso não significa a negação da identidade conforme um modelo inocente de pura convergência, e sim a prontidão para uma abertura não apenas cognitiva, mas também normativa para outra(s) ordem(ns) entrelaçada(s) em casos concretos. [...] só mediante essa

> disposição é possível absorver o dissenso originário. O caminho contrário leva ao bloqueio recíproco na solução de relevantes problemas constitucionais, tanto no plano dos direitos humanos e fundamentais quanto no âmbito da organização (controle e limitação) do poder (NEVES, 2009, p. 272/273).

Assim, a partir da teoria de Neves, busca-se uma convivência cooperativa e não destrutiva entre as diferentes ordens jurídicas, propondo uma abertura dessas ordens aos entendimentos de outras ordens jurídicas, sem, entretanto, negar a identidade constitucional de cada Estado. Essa alteridade, que consiste na busca de uma permanente possibilidade de alteração da identidade em face do outro, deve ser interpretada no contexto da pluralidade cultural e consequente pluralidade de interpretações conferidas aos direitos humanos, de modo a ser entendida, pois, como uma forma de superar as constantes diversidades de entendimento.

Como mecanismo de promoção do diálogo intercultural, o transconstitucionalismo é apresentado como uma solução para superação das dificuldades encontradas na resolução de problemas ligados aos direitos humanos, justamente pelo fato de proporcionar a junção de perspectivas de diferentes comunidades e, assim, diminuir a possibilidade de contingência e o risco do estabelecimento de uma cognição superficial das interações sistêmicas. Como pressupõe um reajuste de foco, levando-se em consideração a interpretação conferida por outros Estados, trata-se do "primeiro passo para a construção conjunta de uma lente comum para a observação da realidade, ampliando as possibilidades dimensionais de compreensão em uma somatória de perspectivas limitadas, mas complementares" (NOGUEIRA JR., 2009).

Nesse sentido, o papel da Constituição Transversal consiste eminentemente no estabelecimento de uma relação dinâmica e duradoura de aprendizado mútuo, para a resolução conjunta de conflitos relacionados a violações de direitos humanos, sem que cada sistema perca, nesse processo, sua autonomia (NOGUEIRA JR., 2009).

Assim, a teoria de Neves, a partir da promoção do entrelaçamento de experiências acumuladas por múltiplas comunidades nacionais, determina a complementaridade entre as racionalidades parciais de cada Estado, possibilitando, pois, a produção conjunta de decisões mais satisfatórias para os problemas constitucionais comuns, o que pode evitar, inclusive, o surgimento de novos conflitos relacionados à mesma temática no futuro.

O diálogo acaba por propiciar a identificação, pelos Estados, tanto de suas potencialidades como de suas debilidades, o intercâmbio cultural servindo para o refinamento do sistema constitucional (MARÇAL; FREITAS, 2014).

Assim, o fenômeno do transconstitucionalismo se mostra adequado em um cenário em que "as decisões dos Estados têm cada vez mais efeitos extraterritoriais, em virtude das interdependências globais. Consequentemente, acabam por vincular, de forma crescente, pessoas diferentes daquelas que participaram na recolha dos titulares da decisão" (CANOTILHO, 2008, p. 291).

Dessa forma, permite-se a manutenção da identidade das constituições nacionais e se evita a ação isolada dos Estados na resolução de problemas ligados aos direitos humanos, já que passam a fazer parte de um sistema de hermenêutica jurídica, a partir do diálogo entre cortes constitucionais.

É certo que esse modelo de constitucionalismo possui limites, mormente ante o fato de existirem ordens jurídicas que não estão abertas ao diálogo transconstitucional. Não obstante, como ressalta Neves:

> [...] em um mundo de problemas constitucionais comuns para uma pluralidade de ordens jurídicas, o método transconstitucional parece mais adequado à passagem de uma simples condição de fragmentação desestruturada para uma diferenciação construtiva entre ordens jurídicas, no plano de suas respectivas autofundamentações, do que métodos hierárquicos lineares definitivos, sejam esses internacionais, estatais, supranacionais, transnacionais ou, inclusive, jurídico antropológicos locais (NEVES, 2009, p. 276).

Desse modo, em face da fragmentação, o transconstitucionalismo prevê a possibilidade de instituição de pontes de transição, que possibilitem um relacionamento mais construtivo, ou menos destrutivo, entre as diferentes ordens jurídicas, mediante uma articulação pluridimensional dos valores, princípios e regras consagrados nas Constituições nacionais em face de problemas constitucionais comuns, sem levar ao estabelecimento de uma hierarquia entre estas ordens jurídicas (NEVES, 2009).

O transconstitucionalismo aparece, portanto, como um mecanismo eficaz de conferir respostas adequadas aos problemas constitucionais que aparecem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial multicêntrica, sobretudo em matéria de direitos humanos, possibilitando um diálogo entre as diferentes sociedades culturais e, possivelmente, a superação da fragmentariedade na interpretação dos direitos humanos.

CONCLUSÃO

Os instrumentos normativos internacionais, ao consagrarem valores universais básicos a serem seguidos por todos os Estados, evidenciam que a comunidade internacional, atualmente, tem dada preferência à tese do universalismo dos direitos humanos. Apenas se permite variações culturais na interpretação desses direitos, desde que ainda assim se assegure a proteção dos direitos humanos e fundamentais básicos em todos os aspectos.

Os defensores da tese do relativismo cultural não aceitam a imposição dessa ordem universal dos direitos humanos, por considerarem ser esta decorrente de uma imposição dos valores ocidentais. Assim, acabam por fechar-se ao diálogo com diferentes culturas, deixando de promover uma maior cooperação internacional para a proteção dos direitos humanos.

Entretanto, diante do fato de se observar, hoje, que o conflito entre culturas é travado, de qualquer modo, no contexto de uma sociedade global, na qual os diversos Estados necessitam buscar comunicações recíprocas para a solução de problemas em comum, denota-se a necessidade de uma maior articulação e diálogo entre os Estados, independentemente de suas diferentes tradições culturais.

Nesse contexto, a proposta do estabelecimento de um diálogo intercultural surge para fazer frente a essa nova realidade social, já que ao partir das premissas da equivalência entre as culturas e povos e do pluralismo cultural, prevê a necessidade para uma articulação coletiva entre as diferentes culturas, para que somente assim seja possível se concretizar uma concepção mista de direitos humanos, a qual, ao invés de recorrer a falsos universalismos, se organiza em uma amplitude de sentidos locais. O diálogo intercultural é visto, pois, como forma de se avançar mais ainda na proteção dos direitos humanos no cenário global sem, entretanto, desconsiderar a legitimidade desses direitos no âmbito local.

Como meio de efetivação do diálogo intercultural no âmbito do Direito Constitucional, defende-se que a teoria do transconstitucionalismo, de Marcelo Neves, se apresenta como a mais adequada para possibilitar a interação e o aprendizado recíproco entre nações no tocante à resolução de problemas relacionados à violação dos direitos humanos.

A teoria, ao pressupor a existência de um ponto cego em cada cultura, a inexistência de uma estrutura hierárquica entre as diversas ordens jurídicas, e a necessidade da alteridade e o estabelecimento de pontes de transição para fazer frente à fragmentariendade na interpretação dos direitos, consagra-se como a mais eficiente para promover uma articulação entre as diversas ordens jurídicas.

Apesar de se verificar que muitas vezes os Estados estão fechados à promoção de uma maior cooperação, é certo que o transconstitucionalismo possibilita um relacionamento mais construtivo entre as diversas sociedades e culturas, sendo um mecanismo eficaz de oferecer respostas mais adequadas aos problemas constitucionais comuns que aparecem diante das diversas comunidades, sobretudo em matéria de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo.** Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro, Documentário, 1979.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elvisier, 2004.

CANDAU, Vera M. Interculturalidade e educação escolar. In: _____ (org.). **Reinventar a escola**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 47-60.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **"Brancosos" e interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Alverina, 2000.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Entre constitucionalismo cosmopolita e pluriversalismo internacional:** neoconstitucionalismo e ordem mundial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FERNANDES, B. G. Globalização, direito constitucional, democracia e sociedade: uma "breve reflexão" no "pano de fundo" da modernidade ou da pós-modernidade? Do estado nacional ou pós-nacional? **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, n. 56, p. 63-100, jan.-jun. 2010.

GALINDO, Bruno César Machado Torres. **Constituição e integração interestatal:** defesa de uma teoria intercultural da constituição. 2004. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Teoría de la Constituición como ciencia de La cultura.** Tradução de Emilio Micunda. Madrid: Tecnos, 2000.

HÖFFE, Otfried. **Derecho intercultural**. Tradução de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e Legitimidade.** São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 67-82.

KROHLING, Aloísio. Os direitos humanos na perspectiva da antropologia cultural. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 3, p. 155-182, jul.-dez. 2008.

LUCAS, Douglas César. **Direitos humanos e interculturalidade:** um diálogo entre a igualdade e a diferença. 2008. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.

MARÇAL, Júlia Dambrós; FREITAS, Riva Sobrado de. O transconstitucionalismo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a necessidade de (re)pensar a América Latina. **Cadernos de Direito**. Piracicaba, v. 14, p. 127-146, jan.-jun. 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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

NOGUEIRA JR., Wellington Barbosa. **Do pluralismo jurídico ao diálogo transconstitucional:** uma proposta para a relação entre ordens jurídicas indígenas e estatais nos Estados da América Latina. 2009. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PEIXOTO, Érica de Souza Pessanha. Universalismo e relativismo cultural. **Revista da Faculdade de Direito de Campos.** Campos, n. 10, p. 255/281, jun. 2007

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos:** análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2012.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____ (org.). **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 427-462.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo:** examinando a Política de Reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

WELSCH, Wolfgang. **Unsere postmoderne Moderne.** 6 ed. Berlim: Akademie Verlang, 2002.

_____. **Vernunft:** Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalem vernunft. Frankfurt: Suhrkamp, 1996.