

Reflexos do Transconstitucionalismo e a Eficácia dos Direitos Fundamentais: Recentes Decisões

Reflexes of the Transconstitutionalism and Effectiveness of Fundamental Rights: Recent Decisions

THIAGO SILVA NOGUEIRA¹

Resumo

O presente trabalho é um estudo da aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais no âmbito da teoria do Transconstitucionalismo. Objetivando analisar a problemática de tal teoria, uma vez que as questões constitucionais se transformaram em problemas para além do Estado, cabendo a ordem jurídica buscar respostas para resolução de conflitos em decisões de cortes e tribunais no mundo. Para adentrar na dimensão do Transconstitucionalismo, realizou-se pesquisa bibliográfica buscando, primeiramente, observar a evolução do constitucionalismo até os dias atuais, para por fim analisar a teoria transconstitucional e a sua eficácia. Conclusivamente, tratamos nesse estudo de alguns casos práticos no qual o fenômeno dos problemas constitucionais transfronteirísticos encontraram soluções harmônicas e equilibradas.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Transconstitucionalismo; Eficácia dos direitos fundamentais.

Abstract

This paper is a study of the applicability and effectiveness of fundamental rights within the framework of the Transconstitutional Theory. The study aims to analyze the problems of such theory, once the constitutional issues became problems beyond the State, forcing the legal system to seek answers to solve conflicts in decisions of courts around the world. In order to enter in the subject of Transconstitutionalism, it has been done literature research, primarily observing the evolution of constitutionalism to the present day, so it can be finally analyzed the transconstitutional theory and its effectiveness. Conclusively, this study approaches some practical cases in which the phenomenon of transbordering constitutional problems finds harmonic and balanced solutions.

Key words: Constitutionalism; Transconstitutionalism; Effectiveness of fundamental rights.

¹ Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas, menção em Direito Fiscal, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

Introdução

O presente trabalho buscou retratar algumas nuances da tese do constitucionalista brasileiro Marcelo Neves sobre o Transconstitucionalismo no âmbito da eficácia dos direitos fundamentais. Porém, antes mesmo de entender o fenômeno do Transconstitucionalismo em si é necessário remeter à evolução histórica do Constitucionalismo, assim, faremos um breve recorte sobre o tema para, então, adentrarmos no mote central do Transconstitucionalismo e, por fim, tratar da eficácia dos direitos fundamentais por meio da análise de decisões de alguns tribunais.

O Constitucionalismo foi o movimento que surgiu quando as constituições estatais deixaram seu papel secundário e vieram a ocupar o papel principal, ou seja, centro dos ordenamentos jurídicos dos Estados, tornando-se indispensável para a limitação, a organização do poder e trazendo a positivação dos direitos fundamentais.

Porém, o Constitucionalismo não consegue ir além dos problemas internos de cada Estado, as questões de ordem mundial não são tratadas, principalmente a questão da eficácia de direitos fundamentais que deixou de ser, em muitos casos, um problema que se remete a um único Estado.

Assim, refletindo no ordenamento global, Marcelo Neves (2009), introduz a ideia do Transconstitucionalismo, que tem por objetivo promover “conversações constitucionais” através de entrelaçamentos de diversas ordens jurídicas, sejam elas estatais; supranacionais; locais; transnacionais e internacionais, todas, tidas como meio de promoção do debate e harmonização em questões de direitos fundamentais e humanos ou de controle e limitação do poder.

Como um dos pressupostos teóricos para a elaboração da sua tese, Marcelo Neves se utilizou do conceito de Interconstitucionalidade trazida na obra de J.J. Gomes Canotilho (2006), o qual se baseou em Lucas Pires, que não pode deixar de ser citado, aqui, pela aproximação de seu tema com o de Neves, uma vez que a Interconstitucionalidade abrange a interação entre os Tratados e as normas nacionais, porém, em contraponto ao defendido por Neves, existe uma restrição que se manifesta através da “mera” análise do sistema europeu, enquanto que o Transconstitucionalismo abrange uma dimensão global.

Passaremos, então, a enfrentar o tema central da eficácia dos direitos fundamentais no contexto do Transconstitucionalismo, uma vez que o mesmo possui relação com as ordens jurídicas, que podem tratar conjuntamente de problemas constitucionais de maneira transversalmente racional, ou seja, para Marcelo Neves (2009), sem atuar de forma destrutiva

ou bloqueante em relação a outras ordens jurídicas envolvidas na questão.

Tentando, então, resolver a questão principal do trabalho: o Transconstitucionalismo é ou não uma forma de eficácia dos direitos fundamentais? E para chegar a tal resposta, analisaremos alguns casos concretos, os quais envolvem diversas ordens jurídicas com problemas de efetividade de direitos fundamentais.

1. O paradigma do constitucionalismo: Bases históricas para a construção do conceito atual

Começamos, assim, a diferenciar Constituição de Constitucionalismo. Pela conceituação dada por J. Weiler e M. Wind (2001), o constitucionalismo seria um compilado de valores, às vezes não escrito, porém, que dão sentido aos enunciados materiais e institucionais em uma constituição específica. De maneira que em uma situação de integração, como é o caso da União Europeia, torna-se possível a distinção entre constitucionalismo e constituição, pois, independentemente de cada Estado-membro possuir uma constituição particular, também possuem carga axiológica e certa linguagem comum que propicia o diálogo constitucional.

Nesse sentido, O Constitucionalismo surgiu com a outorga da Magna Carta inglesa de 1215, na qual o rei da Inglaterra, conhecido como João sem Terra, majorou excessivamente os tributos e foi atingido pela insatisfação da população e pressionado pelos barões ingleses, o rei fez um acordo, sendo obrigado a assinar um documento, no qual lhe era imputado restrições na elaboração de leis e majoração dos tributos.

Assim, formalmente o constitucionalismo surge em 1787 com a Constituição norte-americana, mas foi se desenvolvendo com a ideia do estado democrático de direito, ou seja, há uma necessidade de algo superior para reger todo o ordenamento jurídico, uma norma fundamental.

A Constituição, como norma fundamental, que deve não só para obrigar o legislativo, executivo e judiciário a julgar de acordo com a Constituição, mas também uma Carta que traga uma declaração de direitos e garantias individuais para a proteção do cidadão para com o Estado.

Direitos e garantias, esses, que não estavam expressos na Constituição norte-americana de 1787, sendo uma contribuição da Revolução Francesa e sua Constituição, outorgada em 1791, ao constitucionalismo dos Estados Unidos, trazendo como consequência as dez primeiras emendas à essa Constituição, ou seja, para Jorge Miranda (1976, p. 237), *sentiu-se a necessidade, e também a possibilidade, de defesa dos direitos, liberdades e*

garantias fundamentais dos indivíduos, das pessoas, contra os arbítrios de poder, em quaisquer regimes económicos, sociais e políticos.

É importante salientar que na Carta francesa de 1791 houve um caráter universal, pois destinava-se ao gênero humano e não apenas a algumas classes privilegiadas da sociedade, como é aduzido por Cunha (2009, p. 29)

Ora o que é singular e interessantíssimo no Constitucionalismo moderno é que ele tem a generosa aspiração de constituir um constitucionalismo universal, e cada constituição ou declaração de direitos é feita para a Humanidade, e ainda, preferivelmente, para a eternidade, ou quase.

Suzana Tavares da Silva (2011) explica que, após a segunda metade do século XX, com o início dos processos de democratização dos Estados atrelado à fragmentariedade imposta pela *global law* e à desarticulação interna do projeto social fundamental, num momento em que houve uma perda significativa de receitas fiscais dos Estados, consequência da interculturalidade e da globalização econômica, conduzem à crise do constitucionalismo e a Constituição passa a ser vista como um documento desprovido de força executiva e de efetividade recuperando-se no pior sentido o conceito de constituição aberta.

No princípio do Constitucionalismo se buscava primordialmente estabelecer normas em que o Estado se enquadraria naquilo que ele não devia fazer, em normas que evidenciavam o repúdio pelo modelo absolutista.

O pensamento do Estado Constitucional se desenvolve a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, principalmente na Itália e na Alemanha, com a decadência do positivismo associado ao fim do movimento fascista e nazista, tendo como prevalência a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida, não só formal, mas também moral².

² *A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a II Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. Esse novo constitucionalismo europeu caracterizou-se pelo reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se tornar a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinado às circunstâncias do Parlamento e da Administração. (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva editora, 2009, pp. 245 e 246).*

Assim, segundo Maria Benedita Urbano (2010), as ações do Estado identificou-se o surgimento de um novo paradigma de Estado, o Estado Garantidor, em que o Estado permanece vinculado a suprir, minimamente, as necessidades básicas dos cidadãos, entretanto, concede o dever de prestar essas atividades às entidades privadas por meio de acordos e contraprestações. Há, com efeito, uma alteração estrutural na “prestação do bem comum”, tornando-se a “responsabilidade da prestação”, antes, uma “responsabilidade de garantia.”.

Assim, temos o que hoje se caracteriza o Constitucionalismo, o qual consiste em uma Constituição que obrigatoriamente tem normas para tornar independentes e harmônicos os poderes legislativo, executivo e judiciário, seja no parlamentarismo ou no presidencialismo, que, também, organiza a própria forma de Estado e de Governo, bem como, que traga uma declaração de direitos, pois não existe Constituição sem que haja tal declaração.

Normas de compatibilização da relação Estado-indivíduo, como ideia fundamental do Constitucionalismo, só foram possíveis a partir do entendimento de que toda norma constitucional tem supremacia em relação ao ordenamento jurídico de um país, ou seja, o Constitucionalismo, para Canotilho (2010), só existe com a supremacia das normas constitucionais. Assim, a superioridade das normas constitucionais significa dizer que nenhum ato normativo, nenhum ato de autoridade ou nenhuma lei infraconstitucional pode ser incompatível com a Constituição.

Para Lucas Pires (1997), a história do Constitucionalismo é se assemelha a história do Estado-moderno democrático. Este tem uma ligação para a vida e para a morte com suas tábuas da lei. A Constituição é a sua fundação, seu fundamento e seu fundamental, portanto ambos são inseparáveis.

A ideia de supremacia da Constituição faz surgir em substituição ao Estado Democrático de Direito, a figura do Estado Constitucional, ou seja, uma verdadeira democracia que vige o princípio da legalidade, só poderá ser chamado de Estado Democrático de Direito se for um Estado Constitucional.

Segundo Marcelo Neves (2009), as Constituições em sentido moderno são normativas, não simplesmente porque se compõem de normas jurídicas, mas, especificamente, para apontarem para a diferenciação funcional entre direito e política, implicando a vinculação jurídica do poder, o que possibilita o seu limite e controle pelo direito.

O autor ainda explica que as Constituições modernas são constituintes de poder no âmbito de validade ou na dimensão temporal, na medida em que instituem uma nova estrutura política, renovando-lhe a fundamentação normativa, positivada juridicamente.

Por sua vez, Suzana Tavares da Silva (2011), aduz que as Constituições desempenharam uma importante função ao longo do tempo abrigando diversos projetos políticos, nos quais os Estados passaram a ter identidade própria perante organismos internacionais e os indivíduos identificavam-se com o seu projeto de comunidade política e social.

Neste azo, surge o neoconstitucionalismo, havendo a busca de uma efetiva alteração das normas constitucionais, o Estado continua com seu poder limitado por uma Constituição, porém, essa Constituição se torna mais eficaz, sobretudo no âmbito dos direitos sociais e fundamentais, no sentido de que o Estado passou a garantir tais direitos.

1.1. A Constituição no cenário para além do Estado

No mundo globalizado de hoje não há mais espaço para o conceito tradicional de constituições, ou seja, elaboradas de maneira rígida, passando por uma grave crise de efetivação dos direitos consagrados em seus artigos, pondo em xeque, principalmente, o princípio da soberania estatal.

Marcelo Neves (2009) explica que, embora as Constituições estatais modernas já tenham surgido como mecanismos estruturais da racionalidade transversal entre direito e política, a semântica do constitucionalismo transversal tornou-se significativa em decorrência dos novos problemas com os quais a atual ordem internacional e as emergentes ordens supranacionais³ e transnacionais⁴ estão confrontadas cada vez mais intensamente.

Canotilho (2008) entende que o surgimento de reflexões relacionadas com o papel da Constituição com a intensificação do processo de integração europeia, sendo conhecido como o fenômeno da interconstitucionalidade, que estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político, manifestada no diálogo entre Tratados europeus e as Constituições dos Estados-membros, bem como, Neves (2009) aduz que a questão envolvia maior complexidade, tratando-se de um sistema multinível de leis

³ O supranacionalismo não se confunde com o transnacionalismo, uma vez que aquele se relaciona com normas, diretrizes e decisões respaldadas por um Tratado cujos efeitos vinculam cidadãos e respectivos Estados-membros, à exemplo da União Europeia.

⁴ O transnacionalismo, por sua vez, defende que ordens normativas privadas ou quase públicas surgem e desenvolvem-se dentro e fora das fronteiras dos Estados, formando uma verdadeira *global administrative law*.

fundamentais, denominando de constitucionalismo multinível.

Canotilho (2008) aduz que o problema central do constitucionalismo moderno é, porém, o de se poder transformar numa aporia científica e numa ilusão política-constitucional pelo facto de assentar viver de pressupostos estatais que o Estado não pode garantir. Para Luhmann as constituições dos Estados deixarão de desempenhar a sua função quando não conseguirem estabilizar as expectativas normativas.

Deve a Constituição, enfim, ficar imperfeita e incompleta, porque a vida que ela quer ordenar, é a vida histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. Essa alterabilidade caracteriza, em medida especial as condições de vida reguladas pela Constituição.

Por isso, para Konrad Hesse (1998), o Direito Constitucional, só em medida limitada e só pelo preço de modificações constitucionais frequentes, deixa-se especificar, tornar evidente e calculável de antemão. Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente aberto para dentro do tempo.

2. O Transconstitucionalismo: Conceitos gerais

O transconstitucionalismo, para Neves (2009), consiste em delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas, ou seja, dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna, o direito, proliferam ordens jurídicas diferenciadas, subordinadas ao mesmo código binário, isto é, “lícito/ilícito”, mas com diversos programas e critérios.

Portanto, o que o Transconstitucionalismo propõe, para George Marmelstein (2010), é que os diversos níveis de proteção dos direitos, ao invés de disputarem espaços por poder, tentem dialogar uns com os outros, num processo constante de aprendizagem recíproca. Não deve haver, portanto, uma relação de subordinação ou de hierarquia vertical entre as instâncias decisórias, mas um intercâmbio em que todos possam enriquecer com as perspectivas alheias e, com isso, possam proferir decisões melhores a fim de atingirem os objetivos comuns⁵.

Assim, o Transconstitucionalismo visa promover a abertura dos constitucionalismos estatais para outras ordens jurídicas, sejam elas também estatais ou não. Não se trata, aqui, da formação de um constitucionalismo global, no sentido hierarquizante do

⁵MAMELSEIN, Geoge. *O Transconstitucionalismo e a Jurisdição Global dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2010/08/18/o-transconstitucionalismo-e-a-jurisdicao-global-dos-direitos-humanos/>. Último acesso em 04/05/2014.

termo, mas sim de uma visão de um sistema jurídico global através de Cortes nacionais a fim de aplicar da melhor forma o direito.

2.1. A Interconstitucionalidade, a Rede e o *Judicial dialogue*, como pressupostos teóricos do conceito de Transconstitucionalismo

Lucas Pires (1997) nos trouxe a ideia de interconstitucionalidade, baseada no diálogo entre as normas de cunho nacional e comunitário em âmbitos regionais, à exemplo da União Europeia, as duas esferas, comunitária e nacional são autónomas e multinível, podendo ser olhadas conciliadoramente, através do que já se chamou uma jurisprudência de sistemas. Podem ter zonas de sobreposição e concorrência em áreas menos definidas e ainda mal arbitradas pelo princípio da subsidiariedade e pelos critérios de atribuição de competências, mas não são, em princípio, contraditórias ou, sequer, competitivas, em relação ao mesmo objecto.

É de sobremaneira importante trazer a teoria da interconstitucionalidade, ideia inicialmente utilizada por Francisco Lucas Pires, nas palavras de Canotilho (2008, p. 267) ao apresentar sua conceituação e fundamentação, explanando que essa teoria é responsável pelo estudo das *relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e poderes constituintes no mesmo espaço político*.

Entretanto, é latente que a teoria da interconstitucionalidade encontra-se, atualmente, com uma forte problemática ao trazer a articulação entre constituições e seus poderes trazidos em seu escopo com diferentes fontes e legitimidades⁶.

Nesse ponto, adentraremos nos elementos fundamentais da teoria aqui explorada: autodescrição e autossuficiência das cartas magnas nacionais, bem como, um texto interorganizativo.

Segundo Canotilho (2008) é importante expor sobre dois, aparentemente, distintos conceitos que podem ser dados às autodescrições no âmbito da interconstitucionalidade. Primeiramente, adota-se a autodescrição como identificador dos povos, ao trazer os textos constitucionais dos estados como uma identificação nacional ao refletir a memória e

⁶ Canotilho traz a especificidade quanto a associação europeia dos estados soberanos, trazendo os seguintes tópicos: (i) *existência de uma rede de constituições de estados soberanos*; (ii) *turbulência produzida na organização constitucional dos estados soberanos pelas organizações políticas supranacionais*; (iii) *recombinação das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de natureza superior*; (iv) *articulação da coerência constitucional estatal com a diversidade de constituições inseridas na rede interconstitucional*; (v) *criação de esquemas jurídico-políticos caracterizados por um grau suficiente de confiança condicionada entre as várias constituições imbricadas na rede e entre essas constituições e a constituição revelada pela organização política de grandeza superior*. (CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 267).

identidade política e, quando inseridas numa rede interconstitucional, assumem-se sempre como *autoreferência*. Ainda reflexo, mas outra ideia de interconstitucionalidade diz respeito à “rede”, ou seja, os Estados estão relativizando princípios inerentes à sua estruturação e equilíbrio, como a soberania, e se ligando não somente às normas de suas constituições, mas também às normas europeias constitucionais ou que possuem valor constitucional, porém mantendo suas funções identificadoras, como antes citado.

O autor ainda explica que, no que diz respeito ao texto interorganizativo, trazemos, então, a interconstitucionalidade como uma expressão dessa interorganização para adentrarmos, então, na outra vertente da autodescrição. Aqui, aponta-se uma *necessidade autodescritiva da organização superior* (concretamente, a União Europeia). Discute-se se nessa autodescrição existe a necessidade de um legítimo texto constitucional ou se pode se manifestar, meramente, através de convenções entre os estados.

O fato é que, como explica Canotilho (2008), diante do exposto, o que percebe-se, atualmente, é que a autodescrição possui defesa nos dois sentidos expostos. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tem trazido tratados, ou princípios aludidos nos mesmos, como “Constituição europeia”. Enquanto isso, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia traz os textos constitucionais como *autoreferência* dos sistemas nacionais, porém inserido na rede interorganizativa.

Contudo, Canotilho traz, ainda, a teoria da interconstitucionalidade como uma teoria da interculturalidade constitucional, nos remetendo a ideia de uma *partilha de cultura*. A cultura aqui é trazida como o contexto dos textos constitucionais, observando-se, também, o conceito de Häberle de cultura constitucional, o qual reside no *conjunto de atitudes, ideias, experiências, padrões de valores, de expectativas de ações e comportamentos objetivos dos cidadãos e dos grupos plurais e, bem assim, dos órgãos do Estado referentes à Constituição entendida como processo público* (CANOTILHO, 2008, p. 273).

Ou seja, o autor ainda frisa aqui esse conceito para ditar que a interconstitucionalidade irá pressupor a interculturalidade constitucional, a qual encontra seu na própria constituição cultural. Portanto, o que a cultura interconstitucional traz são partilhas, comunicações e trocas entre as distintas constituições, intercambiando conhecimentos, valores e ideias.

Importante, ainda, trazer brevemente o contexto da União Europeia e a importância das constituições dos seus países integrantes, convertendo-se em instrumentos de grande relevância para uma hermenêutica europeia, a qual busca reconhecer uma identidade cultural

da Europa com base nessa identificação nacional, importando num discurso e práticas residentes em um contexto cultural pluralista.

Dessa forma, o entendimento de interconstitucionalidade acima explanado em muito se assemelha ao de Neves sobre o Transconstitucionalismo, no âmbito da interação entre os Tratados e as normas nacionais, contudo, dela se difere ao passo que se restringe a análise, exclusivamente, do caso europeu, enquanto que o transconstitucionalismo abrange as mais variadas ordens em uma dimensão global.

Por sua vez, o doutrinador François Ost (2002) traz em sua obra, “A pirâmide em rede”, a análise de uma significativa alteração de paradigmas no que concerne ao Estado e ao direito, ao relatar a crise do modelo piramidal e da necessidade de um modelo diferente, mas sem abrir mão do primeiro, esta, então, é “a rede” idealizada por Ost.

A rede de Ost (2002, p. 14) não trabalha mais com o Estado como única entidade soberana e nem restringe a outros entes públicos, atingindo, pois, também, o poder privado, nesse ponto, Ost trata inclusive da própria justiça que, inicialmente, *no modelo piramidal reconhecia uma hierarquia de valores fixados na lei e agora admite o balanceamento de interesses.*

O autor ainda explica que, no modelo da rede compreende a relativização de diversos postulados da hierarquia piramidal clássica tais como, coerência, estabilidade, obediência e segurança em face da rede, a qual impõe valores de criatividade pluralidade, flexibilidade e aprendizado constante. Entende-se a rede como um modelo mais maleável na atual realidade, na qual é possível a coexistência de valores diferenciados.

Nesse sentido, se podem trazer os juízos de outros doutrinadores. Neves (2009) traz o entendimento de Anne Marie Slaughter das redes governamentais em uma ordem mundial desagregada, nas quais fariam parte redes horizontais e redes verticais, bem como, redes que coletassem e partilhassem informações variadas, para a existência de uma coordenação política, cooperação, assistência e treinamento técnico e até, talvez, para a produção de normas. Segundo, Slaughter, elas seriam bilaterais, plurilaterais, regionais ou globais. Tomadas em conjunto, forneceriam o esqueleto ou a infraestrutura da governança global.

O pensador alemão Gunther Teubner, idealizador do constitucionalismo societário sem Estado⁷, traz à baila o direito na era da globalização e as relações de conflito e a

⁷ Nesse constitucionalismo e com o panorama da globalização, foi possível identificar a formação de ordens jurídicas globais que não centravam sua regulação na figura estatal, porém conferindo legitimidade a essas ordens. Ver SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A constitucionalidade da Constituição em Niklas Luhmann: paradoxo e contingência do direito constitucional na sociedade globalizada**, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, RDCI/ 68, Minas Gerais: Ed. Malheiros, 2009, pp. 329 e ss.

concorrência existente entre as normas legisladas e aquelas criadas à margem do Estado, a qual traz um enfraquecimento das Constituições diante do soft law criado por entes transnacionais, encontrado, pois, a necessidade de deixar de lado as “ordens jurídicas hierárquicas tradicionais” e substituí-las por ordens hierárquicas compatíveis com as redes globais⁸.

Dessa forma, Neves (2009, p. 34) expõe que:

Sem desconhecer da emergência de novos atores, sistemas, regimes ou redes globais com pretensão de tomar decisões coletivamente vinculantes e produzir normas jurídicas, leve em conta que o Estado ainda é o foco fundamental da reprodução da nova ordem normativa mundial [...] Antes, o que tem ocorrido é um entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial.

É relevante abordar a teoria do *judicial dialogue* por tratar-se de um fenômeno atual e que tem crescido progressivamente, no qual mesmo aqueles que o entendem como errado, admitem que nele reside o futuro.

Nesse processo, aduz Tavares da Silva (2011, p. 60), que estende suas fronteiras para além da União Europeia, formando um concatenado global, onde faz-se premente esse diálogo, influência e posterior interferência de decisões estrangeiras nas decisões dos Tribunais, principalmente os Tribunais Constitucionais e os Tribunais supremos dos estados-membros) de diversos países, utilizando-se de um *método de direito comparado, bem como, de usar precedentes de jurisprudência estrangeira ou exemplos de direito estrangeiro como factos relevantes para fundamentar suas decisões.*

O que Tavares da Silva (2011) entende, em pensamento não coadunante ao de Neves, é que o *judicial dialogue* deve ser visto como um fenômeno de imbricação global e não bipolar como a trazida pelo brasileiro, o qual expõe algumas perspectivas daquelas que considera as principais interações, a exemplo a relação de influência entre o direito internacional público e o direito estatal. Porém, ambos concordam que a criação de uma nova metodologia que abarque a atual realidade jurídica-constitucional entre países trata-se de um grande desafio para esse século.

Dessa forma, o Transconstitucionalismo, ao que nos parece, muito se assemelha ao conceito do *judicial dialogue*, uma vez que os tribunais se utilizam da influência das decisões estrangeiras para compor os seus entendimentos para garantir os direitos fundamentais.

⁸Ver: SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A constitucionalidade da Constituição em Niklas Luhmann: paradoxo e contingência do direito constitucional na sociedade globalizada**, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, RDCI/ 68, Minas Gerais: Ed. Malheiros, 2009, pp. 329 e ss.

2.2. O Transconstitucionalismo e a eficácia dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais deixaram a muito tempo de serem questões de ordem interna do Estado soberano, uma vez que com a desfronteirização do direito, surge a proteção multinível de direitos, que nada mais é do que questões de direitos fundamentais e humanos, bem como de limitação e controle de poder analisadas por várias instâncias decisórias.

O modelo de articulação, trazido por Neves (2009), é a melhor forma de resolver conflitos no âmbito dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, modelo esse que faz com que haja um entrelaçamento transversal entre os ordenamentos jurídicos de Estados que se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente pelo aprendizado com experiências vivenciadas por outras ordens jurídicas que apresentem interesse em solver os mesmos tipos de problemas constitucionais.

Essa expansão do Direito em si, que caminha com propensão a compartilhar decisões resolutorias de conflitos, divididas por cortes e tribunais ao redor do mundo, principalmente no âmbito do Direito Constitucional, uma vez que este é o garantidor dos princípios e direitos fundamenais.

Assim, o papel do transconstitucionalismo, segundo Neves (2009), se torna fundamental para dar uma resposta ao Estado contemporâneo de resoluções de conflitos de direitos humanos, pois uma ordem jurídica não possui muitas vezes condições para oferecer uma respota ao problema, tendo como solução outros ordenamentos.

Nesse sentido, Lênio Streck (1999) aduz que existem os reflexos negativos da economia neoliberal no que diz respeito a concretude dos direitos fundamentais num Estado Social, uma vez que os direitos fundamentais tem custos para que haja uma correta concretização, assim, o Estado necessita ter suporte econômico para garanti-los. “O paradigma de que o Estado deve enxugar cada vez mais”, leva-nos a crer que o Estado deixou de ser o, nas palavras de Paulo Rangel (2012), “referente exclusivo da efetivação dos materiais constitucionais”.

Portanto, o transconstitucionalismo, no pensamento de Marcelo Neves é o entrelaçamento transversal dentre os ordenamentos distintos, com objetivo mediar a resolução de conflitos no âmbito constitucional, (direitos fundamentais ou controle e limitação de poder), se utilizando das experiências vividas por estes ordenamentos.

Além disso, para Nunes Pereira (2012), pode-se dizer que tem como foco, também, *aproximar ordens constitucionais com o propósito sinérgico de proteção dos direitos*

*humanos em patamar internacional, criando-se laços de diálogo entre países sem olvidar o respeito cultural e jurídico de cada realidade*⁹.

Assim, notamos que a problemática da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito da teoria transconstitucional é alvo de intensas investigações para os juristas na atualidade, uma vez que a proteção dos direitos fundamentais é prioridade nos contextos interno e externo.

No âmbito da União Europeia é possível visualizar com facilidade o diálogo entre as cortes e a sua importância, pois aqui os países que participam desse bloco econômico gozam de alguns privilégios entre si, tendo os magistrados que respeitarem a aplicação do direito comunitário.

Nesse azo, Gustavo Zagrebelsky (2007) destaca a importância do diálogo constitucional entre as Cortes de Justiça, mesmo quando pertencentes a sistemas totalmente diferentes. Afirma ainda que os Juizes domésticos estão interligados por via da internet, de conferências, programas de capacitação da atividade jurisdicional por todo o mundo, visando identificar novas abordagens para solução de problemas comuns. No âmbito da UE, isso se torna mais plausível uma vez que os Juizes nacionais têm que zelar pela aplicação do direito comunitário em seu território. E é interessante perceber que essas trocas de informações e identidades culturais, não raras às vezes, modificam a maneira de enxergar o mundo, traduzindo-se em resultados concretos nas decisões.

Dessa forma, os juizes na análise dos casos concretos devem buscar a jurisprudência derivada de outras ordens jurídicas do mundo democrático, tendo como escopo a máxima proteção a matérias que versam sobre direitos fundamentais. E assim trazendo decisões mais equilibradas e equânimes.

2.3. Breves análises de recentes decisões

O Transconstitucionalismo não deve ser confundido com uma mera convergência entre direito interno e direito internacional, o que pode ser observado no caso *Roper v. Simmons* julgado pela Corte norte-americana em 1º de março de 2005, no qual houve uma controvérsia em aplicar ou não a pena de morte a um rapaz, conhecido como Christopher Simmons, que, quando menor, com dezessete anos, assassinou de maneira chocante e cruel Shirley Crook. O rapaz foi levado a júri por homicídio de primeiro grau, que dá ensejo a prisão perpétua ou pena de morte nos Estados Unidos.

⁹ Pereira, Ricardo Diego Nunes. **O transconstitucionalismo: atualidades constitucionais.** In Revista Jus Navigandi, 2012, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/21398/o-transconstitucionalismo-atualidadesconstitucionais>. Último acesso 20/04/2014.

No caso, foi enfatizado o modo que os Estados Unidos estavam sendo vistos pelo resto do mundo no que tange a pena de morte para menores, pois os norte-americanos estavam “sós” em um mundo que se voltou contra esse tipo de prática.

Porém, em sentido contrário, o juiz da causa acusou a Corte de querer utilizar uma convergência com o direito de outras nações, onde as constituições são vistas como locais para a implementação de direito internacional ou para o desenvolvimento de normas transnacionais e assim propôs-se uma resistência da constituição norte-americana diante das influências externas.

Assim, o modelo de articulação, onde há um entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas servindo de pontes de matérias em nível de direito constitucional, serve de interação com outras ordens jurídicas e constituem um ponto positivo de tal entrelaçamento, mas só sendo possível porque não há um modelo de convergência e sim momentos de conflito de direitos que necessitam que haja uma sobreposição de uma ordem jurídica constitucional em detrimento de outra.

O jurista Marcelo Neves (2009), para fundamentar sua tese, invoca o “ponto cego”, expressando que todo observador tem uma limitação no alcance de sua visão, há sempre um lado, uma razão, que o alter ego não consegue enxergar, para tanto, ele utiliza-se da alteridade, do “ponto cego”, como forma de explicar que a conversação constitucional é imprescindível para o deslinde de questões conflitantes, pois, no embate, um consegue perceber o que o outro não vê. Dessa forma a identidade é rearticulada a partir da alteridade.

Por outro lado, é possível observar o caso brasileiro que se desenvolveu no âmbito do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 82.424/RS, em 17 de novembro de 2003, por indeferimento unânime da ação, o Pleno caracterizou como crime racial a publicação de livro contendo uma negação a existência do holocausto, sustentando a imprescritibilidade do crime, bem como jurisprudência constitucional estrangeira, como a Câmara dos Lordes da Inglaterra, a Suprema Corte norte-americana e a Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos, a qual foi fundamental para o indeferimento da ação, pois as Cortes dos Estados de direito democrático adotavam em seu ordenamento jurídico punições para delitos que estimulem e propaguem a segregação racial.

Outro momento em que podemos observar o Transconstitucionalismo na prática é o caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai, sentenciado em 17 de junho de 2006, onde no julgamento houve normas e precedentes de outras ordens jurídicas sendo utilizadas de maneira transversal e com força vinculante na decisão com o objetivo de tutelar os direitos fundamentais.

O caso versou sobre o direito de propriedade supostamente pertencente às comunidades indígenas Yakye Axa e Sawhoyamaxa no Paraguai. Assim, a CIDH sentenciou em sentido contrário ao estabelecido na Constituição paraguaia no que tange ao direito de propriedade por entender que as comunidades indígenas detinham uma “propriedade ancestral” sobre os tais territórios.

Dessa forma, a CIDH passou a não aplicar ao caso o direito constitucional paraguaio, no que versa ao direito de propriedade privada, para favorecer o direito pertencente aos indígenas, objetivando tutelar os direitos humanos resguardados na órbita internacional.

Após o Brasil tornar-se signatário do Pacto de São José da Costa Rica, no qual ficou estabelecido a proibição da prisão do depositário infiel por dívidas, que era legalizada pela Constituição brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF) publicou decisão no acórdão de nº HC 87.585/TO79, no qual declarou que Tratados que versem sobre direitos humanos possuem hierarquia suprallegal, ou seja, que tais Tratados estariam acima das normas ordinárias que dispusessem o contrário. Portanto, evitou-se a colisão da norma constitucional brasileira com o Tratado que fora assinado pelo país promovendo uma ponte de transição com o diálogo entre os mesmos.

Caso em que se evidenciam questões envolvendo direitos fundamentais e as questões ambientais é o *Awas Tingni v. Nicarágua*, julgado pela CIDH, em ação proposta contra a empresa Sol Del Caribe S/A, a qual ganhara uma concessão do governo nicaraguano para a exploração das florestas tradicionalmente ocupadas pela tribo Awas Tingni.

Alega-se na ação que o governo daquele país havia violado os direitos à cultura, religião, igualdade de tratamento e participação no governo. Assim, no julgamento, a Corte entendeu que a Nicarágua violara a Convenção Americana por não ter demarcado o território daquela comunidade e requerendo uma compensação de direitos aos indígenas, bem como que o Estado havia violado o direito à proteção judicial e o direito à propriedade, determinando que aquele país adotasse normas para demarcar o território das populações indígenas que lá vivem e, como forma de reparação, obrigar o Estado a investir uma quantia de US\$ 50.000 (cinquenta mil dólares) em serviços públicos que beneficiem os Awas Tingni.

Conclusão

Objetivando estudar a aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais no âmbito da teoria do Transconstitucionalismo, a pesquisa aqui apresentada construiu, mesmo que de modo breve, a evolução do constitucionalismo, uma vez que para se chegar a um

entendimento do fenômeno do transconstitucionalismo é necessário remeter a evolução histórica do Constitucionalismo, sendo, portanto, designado como Constitucionalismo tanto o movimento jurídico e político, quanto a ideologia que se entende indispensável para a limitação e a organização do poder por intermédio de normas jurídicas.

No decorrer do trabalho verifica-se os conceitos e entendimentos de interconstitucionalidade, rede e judicial dialogue para a construção do entendimento de transconstitucionalismo e a similaridade de algumas ideias.

Uma reflexão a se fazer é que mesmo que a ordem jurídica positive a efetivação dos direitos fundamentais, é um desafio do Estado a concretização desses direitos, e nem sempre o Poder Judiciário poderar intervir, pensemos por exemplo na crise econômica que a Europa vive.

Porém, mesmo esse desafio da crise, que pode ter longos percursos para a resolução do equilíbrio da garantia dos direitos fundamentais e a economia, o Transconstitucionalismo é um provável instrumento para harmonizar e buscar a efetividade na aplicação de direitos fundamentais.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo Contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, São Paulo: Saraiva editora, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**, Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Geografia Constitucional**. Sistemas Juspolíticos e Globalização, Lisboa: Quid Juris, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

LUCAS PIRES, Francisco. **Introdução ao Direito Constitucional Europeu**, Coimbra: Almedina, 1997.

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

MAMELSEIN, Geoge. **O Transconstitucionalismo e a Jurisdição Global dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2010/08/18/o->

transconstitucionalismo-e-a-jurisdicao-global-dos-direitos-humanos/>, (acesso em 04/05/2014).

OST, François e KERCHOVE, Michel van de. **De La pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique Du droit.** In *Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles*, n°. 94, 2002.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. **O transconstitucionalismo: atualidades constitucionais...**, In *Revista eletrônica Jus navigandi*, 2012, disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21398/o-transconstitucionalismo-atualidades-constitucionais>> (Acesso em 15/04/2014).

RANGEL, Paulo. **Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade.** In *Tribunal Constitucional – 35º aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 151-174.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direitos Fundamentais na Arena Global**, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A constitucionalidade da Constituição em Niklas Luhmann: paradoxo e contingência do direito constitucional na sociedade globalizada**, In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, RDCI/ 68, Minas Gerais: Ed. Malheiros, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999.

URBANO, Maria Benedita. **Globalização: Os direitos fundamentais sob stress.** In *Stydia Iuridica 101, AD Honorem – 5*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

WEILER, Joseph. H.H. e WIND, Marlene. **European Constitutionalism Beyond the State**, Cambridge University Press, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Cinquante ans d'activité de La Cour constitutionnelle italienne.** In *Revue Du Droit Public*, n° 1, 2007.