

TAIS PASSOS GUEDES

**DO CONSTITUCIONALISMO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO NO
BRASIL**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2018

TAIS PASSOS GUEDES

**DO CONSTITUCIONALISMO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO NO
BRASIL**

Projeto de monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do professor Alessandro Gonçalves da Paixão.

ANÁPOLIS – 2018

TAIS PASSOS GUEDES

**DO CONSTITUCIONALISMO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO NO
BRASIL.**

Anápolis, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar a evolução e desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, incluindo as adequações às novas ordens jurídicas internacionais por meio do transconstitucionalismo. A metodologia utilizada é a de compilação bibliográfica e estudo de posicionamento jurisprudencial dos tribunais superiores. Está dividido didaticamente em três capítulos. Inicialmente concentra-se no constitucionalismo e soberania, abordando, em linhas gerais os principais aspectos do movimento do constitucionalismo contemporâneo e seus elementos com atenção à concepção de soberania. O segundo capítulo aborda a teoria do transconstitucionalismo e suas vertentes, bem como sua aplicação nos tribunais superiores. Finalmente, o terceiro capítulo se ocupa em tratar dos limites e efetividade da aplicação do transconstitucionalismo e vislumbrando o futuro do movimento do constitucionalismo.

.

Palavras chave: Constitucionalismo, Soberania, Tribunais Superiores, Transconstitucionalismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – CONSTITUCIONALISMO E SOBERANIA	03
1.1 Constitucionalismo e Democracia	03
1.2 Da evolução Político-Constitucional	05
1.3 Da supremacia das Normas Constitucionais	12
1.4 Da soberania e a Constituição	14
CAPÍTULO II – O TRANSCONSTITUCIONALISMO E SUA APLICAÇÃO	16
2.1 Do Transconstitucionalismo	16
2.2 Do Transconstitucionalismo e os Direitos Humanos	20
2.3 Do Transconstitucionalismo na Jurisprudência do STF	24
CAPÍTULO III – OS LIMITES DO TRANSCONSTITUCIONALISMO	30
3.1 Do Transconstitucionalismo e Assimetria das formas do direito	30
3.2 Da vinculação das decisões externas	32
3.3 O constitucionalismo do futuro	33
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo analisar a evolução e desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, incluindo as adequações às novas ordens jurídicas internacionais por meio do transconstitucionalismo.

Enfatizam-se pesquisas realizadas, por meio de compilação bibliográfica, bem como jurisprudências e normas do sistema jurídico brasileiro. Assim sendo, pondera-se que, este trabalho foi sistematizado de forma didática, em três partes.

O primeiro capítulo trata da análise do movimento do constitucionalismo moderno e seus elementos, numa abordagem doutrinária, englobando o desenvolvimento político-constitucional nacional a fim de compreender a concepção de soberania de acordo com o movimento e como se apresenta no cenário globalizado.

O segundo capítulo se ocupa com a definição do fenômeno do transconstitucionalismo e suas vertentes no plano jurídico pátrio, abarcando a sua definição e principal âmbito de atuação, bem como sua aplicação nos tribunais superiores brasileiros, partindo da premissa de existência de conflitos constitucionais que ultrapassam os limites territoriais onde o Estado exerce soberania e da necessidade de uma alternativa aos conflitos entre jurisdições internacionais.

Por conseguinte, o terceiro capítulo aborda os limites da aplicação do transconstitucionalismo, vez que representa um grande avanço no âmbito do Direito Constitucional e Internacional e por ter essa característica revolucionária, não está livre de limitações. O constitucionalismo, historicamente, já assumiu diversas formas,

o que se verifica que o fenômeno é mutável conforme o tempo e sociedade sendo possível um vislumbre do futuro do constitucionalismo, considerando o contexto da sociedade global atual, como é abordado também no último capítulo deste trabalho.

Dessa forma, a aplicação do transconstitucionalismo no plano jurídico brasileiro exige estudo cuidadoso para melhor compreensão, justificando-se pela relevância atual do tema no cenário jurídico nacional e internacional, considerando os aspectos da sociedade globalizada e do pluralismo jurídico.

A pesquisa desenvolvida espera colaborar, mesmo que de forma modesta, para a melhor compreensão da questão proposta, indicando observações emergentes de fontes secundárias, tais como posições doutrinárias e jurisprudenciais relevantes, a fim de serem aplicadas quando do confronto judicial com o tema.

CAPÍTULO I – CONSTITUCIONALISMO E SOBERANIA

Segundo Marcelo Vicente de Alkmim Pimenta (2007), a soberania constitui um dos elementos do Estado, de modo que, não existe Estado se ausente a soberania. Essa concepção de soberania permanece no Estado moderno consolidando-se no movimento do constitucionalismo que prega a soberania estatal e a supremacia de suas normas. Neste capítulo serão abordados os principais aspectos do movimento do constitucionalismo moderno e seus elementos.

1.1 Constitucionalismo e Democracia.

Os governos democráticos pregam, principalmente, o respeito à vontade da maioria e, por isso, tudo aquilo que contraria tal linha tende a não resistir, sendo suprimidos os direitos das minorias. Nesse ponto, surge o constitucionalismo, que tem como objetivo proteger direitos fundamentais e garantir a separação e independência dos poderes, limitando a soberania popular e impedindo a política majoritária em desfavor dos interesses das minorias (GUASQUE; OLIVEIRA NETO, 2014).

Com a ideia moderna do Estado Democrático de Direito, eis que surge um dilema, qual seja a vontade do povo traduzida na democracia e a organização da sociedade em um consenso popular, apresentando-se oposta à ideia de limitações por normas de difícil alteração (GAVIÃO, 2013).

Nesse ponto, questiona-se a compatibilidade do constitucionalismo com os preceitos democráticos, vez que a democracia, no seu sentido mais difundido, dita a prerrogativa do povo para decidir questões políticas, inclusive a própria

constituição, seja limitada por essa mesma constituição que a criou (GUASQUE; OLIVEIRA NETO, 2014).

O constitucionalismo é definido por José Joaquim Gomes Canotilho (2003) como o movimento de finalidade garantista que limita o governo de modo que este não pode anular ou comprometer os direitos individuais que foram estabelecidos na organização político-social de um povo.

A contenção do poder dos governantes, por meio da separação dos poderes; a garantia dos direitos individuais e a necessidade de legitimação do governo pela aquiescência dos governados por via democrática são os pilares do constitucionalismo moderno (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014).

A presunção de incompatibilidade dessas duas ideologias se dissolve ao considerar que o papel do constitucionalismo no Estado Democrático de direito é, na verdade, preservar a democracia, vez que limita os poderes da maioria visando garantir os direitos fundamentais de um povo.

Desse modo, pode se afirmar que, não existe um ponto de equilíbrio passível de ser apontado entre a democracia e o constitucionalismo, pois ambos são elementos constitutivos do Direito, não havendo primazia de um sobre o outro (GAVIÃO, 2013).

Acerca da relação entre o constitucionalismo e democracia, nesse mesmo sentido, explana Roberto Gargarella:

[...] da insanável e produtiva tensão entre democracia e constitucionalismo, uma alternativa a ser explorada é a de percorrer um caminho comum às duas noções, de tal forma a ressaltar as peculiaridades e qualidades do constitucionalismo e da democracia, isto é, o fato de que um é constitutivo do outro, sem que isso signifique necessariamente o fim da tensão ou um certo apaziguamento ingênuo entre ambos. Esse caminho comum pode ser encontrado no princípio da igualdade (2004, p. 77 *apud* CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 168).

No Brasil, a ligação direta entre o constitucionalismo e democracia torna-se óbvia e concreta quando, a própria Constituição, em seu primeiro artigo, afirma categoricamente que a República Federativa do Brasil é constituída em Estado

Democrático de Direito, não prometendo de organizar tal Estado, mas já o funda e assim o proclama, por meio do próprio documento (SILVA, 2013).

1.2. Da evolução Político-Constitucional

A ideia de Constituição como conhecemos nos dias de hoje, é produto da modernidade, advindo do iluminismo e das revoluções burguesas nos séculos XXVII e XVII e está associada ao constitucionalismo moderno que prega a limitação do poder dos governantes em prol de garantir os direitos dos governados (SARMENTO, SOUZA NETO, 2014).

Segundo Canotilho (2003) não pode se falar do Constitucionalismo como único, mas sim vários constitucionalismos, pois houve variações ao longo do tempo, influenciadas pelas mudanças políticas, sociais e econômicas ao longo do tempo. Com a concepção de Constituição, por lhe ser subjacente, não foi diferente.

Em vista disso, historicamente, haveria inúmeras Constituições sendo classificadas analisando-se a concordância de suas normas com a realidade do processo de governo: constituições de Estados Capitalistas, socialistas com subdivisões em liberais, social-democratas ou constituições do Estado-Social e ainda, com outros contornos, como autoritário-facistas e compromissórias (MIRANDA, 2011).

No Brasil, houve várias constituições, oito precisamente, editadas em 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e, a atual, em 1988. Nem todas foram embasadas na concepção de Constituição moderna, a que nos traz a ideia de Estado Democrático De Direito, no entanto, é inquestionável que nossos diversos textos constitucionais, nos seus contextos sociopolíticos e a suas interações com a realidade subjacente fizeram um avanço considerável em relação ao passado.

Acerca da concepção de constituição moderna, assevera José Joaquim Gomes Canotilho:

Por Constituição moderna, entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no

qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam o poder político. Podemos desdobrar esse conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: a ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia e organização do poder político segundo esquemas tendentes á torná-lo um poder limitado e moderado (2003, p. 52).

Proclamada a Independência do Brasil, em 1822, surge a necessidade de se estruturar um poder centralizador e uma organização nacional a fim de desconstruir os poderes que dominavam o país efetivamente, de modo a manter a unidade nacional. Tal teoria era embasada no constitucionalismo e se realizaria por meio de uma constituição escrita, assegurando os direitos dos homens e um sistema de divisão dos poderes (SILVA, 2013).

Em 1823, o Imperador Dom Pedro I, chegou até a convocar uma Assembleia Constituinte a fim de discutir a primeira Constituição do Brasil. No entanto, os constituintes estavam criando uma Constituição que não lhe agradava, restringindo os seus poderes e deixando a proposta da criação do Poder Moderador de lado, sendo assim, o monarca determinou a dissolução forçada da Assembleia Constituinte (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014)

No ano seguinte em 1824, então, foi outorgada pelo imperador, influenciada pela Constituição da França de 1814, a Constituição Política do Império do Brasil, criando mecanismos institucionais que concretizaram a proposta de um governo forte, centralizador e onde o monarca era ao mesmo tempo chefe de Estado e Chefe de Governo.

Com a consagração do unitarismo, a Constituição de 1824, dividiu o País em vinte províncias completamente subordinadas ao poder central, e dirigidas por Presidentes eleitos e nomeados pelo próprio imperador. Foram criados, também, os chamados Conselhos Gerais das Províncias, um esboço do que mais tarde se tornaria o Poder Legislativo, no entanto com atribuições mínimas (MASCARENHAS, 2010).

Dessa forma, nessa constituição, todo sistema político estava voltado para o Poder Moderador, controlado unicamente pelo Imperador, fazendo jus ao nome de Constituição Imperial.

Acerca do tema, explica o autor José Afonso da Silva:

Mas a chave de toda a organização política estava efetivamente no Poder Moderador, concentrado na pessoa do Imperador. [...] Como Poder Moderador, ele age sobre o Poder Legislativo pelo direito de dissolução da Câmara, pelo direito de adiamento e de convocação, pelo direito de escolha, na lista tríplice dos senadores. Ele atua sobre o Poder Judiciário pelo direito de suspender os magistrados. Ele influi sobre o Poder Executivo pelo direito de escolher livremente seus ministros de Estado e livremente demiti-los. Ele influi sobre a autonomia das províncias. [...] Aqui, o Rei reinava, governava e administrava, como dissera Itaboraí, ao contrário do sistema inglês, onde vigia e vige o princípio de que o Rei reina, mas não governa (2011. p. 78).

Com a promulgação da Constituição da “República dos Estados Unidos do Brasil”, em 1891, estabeleceu-se a forma federalista de estado, com separação entre a União e seus Estados-membros consagrando o federalismo dualista, como princípio constitucional de estruturação do Estado (BULOS, 2011).

Nessa constituição, na forma de governo republicana, optou-se pelo presidencialismo como na América do Norte. Com o princípio dos freios e contrapesos, equilibravam-se os poderes. Foi rompida então a divisão quadripartite vigente no Império inspirada por Benjamim Constant, para dar lugar a ideia de tripartição dos poderes pensada por Montesquieu, estabelecendo a harmonia e independência entre si dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (SILVA, 2013).

Acerca da Constituição de 1891, explana o historiador José Maria Bello:

Com a Constituinte de 1891, realizava o Brasil, enfim, os seus sonhos republicanos e federalistas. O projeto apresentado pelo Governo modelava-se pela Constituição dos Estados Unidos. Vivas eram as influências argentinas, e muito mais atenuadas as da Confederação suíça. Em vez dos doutrinadores franceses e ingleses de outrora, os publicistas norte-americanos. Como os homens de 1824, os de 1891 acreditavam religiosamente nas fórmulas do liberalismo político. Embutia-se o Brasil no molde norte-americano, como, outrora, o tinham enquadrado no constitucionalismo francês. Da extrema centralização para o mais largo federalismo, eis o salto que ele ia dar (1954. p. 83).

Gradualmente, os ideais e eficácia jurídica da Constituição 1891, ainda que essencialmente de caráter democrático e liberal, foi ruindo, e o federalismo, na prática, ficou desmoralizado (MASCARENHAS, 2010).

Em 1926 foi efetuada uma reforma constitucional, de modo a tentar amenizar as inúmeras contestações sociais que assolavam o País, mas sem êxito, mesmo porque algumas das reformas introduzidas tinham conteúdo claramente autoritário e centralizador (BULOS, 2011).

Já a constituição de 1891 perdurou até a Revolução de 1930, que pôs fim ao regime da denominada República Velha.

Em 1932, em São Paulo, se deu a denominada Revolução Constitucionalista, o Brasil regredindo em face às normas constitucionais. Uma assembleia constituinte havia sido convocada pelo governo central dois meses antes dessa revolução e como fruto dela, nasce a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 (SILVA, 2013).

A Constituição de 1934, influenciada pela Constituição alemã de Weimar, veio com a concepção da intervenção do Estado na economia, substituindo a ideia liberal de Estado, implantou a política do *new deal* estadunidense e o planejamento nos países socialistas.

Com a ruptura da concepção liberalista, a Carta Constitucional de 1934 demonstrou grande preocupação e compromisso com a questão social, traduzida pelas desproporções existentes entre os setores produtivos (BULOS, 2011).

Não tão bem estruturada como a constituição anterior, a nova Constituição trouxera conteúdo novo e também manteve conteúdo da anterior. A divisão tripartite dos poderes, o presidencialismo e regime representativo permaneceram. (SILVA, 2013).

Entre outras mudanças, ampliou os poderes da união, enumerou alguns poderes dos Estados, dispôs sobre poderes concorrentes entre a União e os Estados-membros. Foram aumentados os poderes do Executivo e rompido o bicameralismo rígido, o Poder Legislativo foi atribuído apenas a Câmara dos Deputados, tornando o Senado Federal mero colaborador. Implantou-se um modelo de federalismo cooperativo, acabando com a rígida estabelecida pela constituição anterior (PINHO, 2008).

Além disso, a constituição de 1934 garantiu, finalmente, o voto feminino e previu os direitos sociais, também chamados direitos de segunda dimensão, que eram exigidos por meio de reclamação direta do povo:

Trouxe, por conseguinte, a Constituição de 1934 a admirável marca social dos direitos do homem. Posto que efêmera foi a confirmação, mais uma vez, de nossa capacidade de transplantar para o direito público brasileiro princípios e instituições já abonados pela experiência política de outros povos. (BONAVIDES, 1991, p. 325).

A constituição de 1934, perdurou por pouco mais de três anos, sendo substituída por a de 1937 outorgada por Getúlio Vargas após o golpe militar que permitiu que ele assumisse o poder. Assim, se implantou a nova ordem conhecida como Estado Novo, instituído-se em um regime ditatorial.

O Estado Novo apresentou-se vinculado ao fascismo, propunha um Estado rijo, interventor, centralizador, propulsor de políticas públicas cujo fundamento era criar condições necessárias para o crescimento econômico, desenvolvimento do país e racionalização do Estado (LIMA, 2008).

A Constituição de 1937, chamada de polaca, pois Vargas, revestido na discrepância da democracia, se inspirou na Constituição ditatorial da Polônia de 1935, teve como principal objetivo fortalecer o Poder Executivo, visto a época de avanço dos regimes totalitários ao redor do mundo.

Acerca da outorga dessa Constituição explica Paulo Bonavides:

A própria denominação pejorativa de 'polaca' à Constituição de 1937, transmitia o conhecimento de conteúdo e de ideologia do texto aurido na Carta polonesa, de origem totalitária e fascista, construída por Pilsudski. [...] O conceito político da democracia não era mais adequado aos novos ideais da vida. A liberdade individual e suas garantias não resolviam o problema do homem. Eram ideais negativos, que não garantiam ao indivíduo nenhum bem concreto, seja no domínio econômico, seja no domínio moral, seja no domínio intelectual e político (1991, p. 345-346).

Sob sua vigência, o Brasil era considerado Estado Federal somente na forma, sendo disvirtuada a prática federalista proposta nas Cartas anteriores. Além disso, os direitos e garantias individuais foram reduzidos, introduzindo a

desconstitucionalização do mandado de segurança e da ação popular (BULOS, 2011).

A Carta Magna de 1937, no entanto, não teve aplicação regular, vários de seus dispositivos permaneceram sem aplicação. Houve, claramente, regime ditatorial puro e simples, vez que todo o Poder executivo e Legislativo concentrava-se nas mãos do Presidente, que legislava por meio de decretos-leis somente para serem aplicados por ele próprio, como órgão do Executivo (SILVA, 2013).

Em 1945, ocorre a queda de Getúlio Vargas, e, com o propósito de por fim ao Estado autoritário é que em 1946, é promulgada a Constituição de 1946, proveniente da redemocratização e reconstitucionalização do Brasil.

A Carta Constitucional, de 1946, com o fim da Segunda Guerra Mundial, surgiu em ambiente internacional a ela favorável. No mundo pós-guerra, houve grande retomada dos princípios constitucionais abandonados, modificando e criando constituições como foi na Itália, França, Alemanha, Iugoslávia, Polônia, etc. (BULOS, 2011).

Acerca da promulgação da Carta Magna de 1946, explana José Afonso da Silva:

[...] a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18.9.46, ao contrário das outras, não foi elaborada com base em um projeto preordenado, que se oferecesse à discussão da Assembleia Constituinte. Serviu-se para sua formação as Constituições de 1891 e 1934. Voltou-se assim, às fontes formais do passado, quem nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente, Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu (SILVA, 2013, p. 87).

A Constituição do Brasil, assim chamada pelo próprio legislador constituinte, foi promulgada em janeiro de 1967. No exercício da Presidência, o Marechal Castelo Branco, pretendia dar a nação uma constituição que representasse a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução de forma uniforme e harmônica (BULOS, 2011).

A nova Carta Constitucional preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional. Conferiu poderes mais amplos à União e ao Presidente da República nas funções legislativa e judicial; modificou o sistema tributário; retornou à aplicação do federalismo cooperativo, dando-lhe maior amplitude; interferiu na autonomia dos municípios; limitou a iniciativa parlamentar em detrimento ao Poder Legislativo e por fim, reduziu a autonomia individual permitindo ação de suspensão de direitos individuais e políticos (SILVA, 2013).

Nota-se que o conteúdo dos dispositivos se apresenta distante da ideia que pregada pelo constitucionalismo moderno ao passo que, ao contrário de garantir os direitos individuais e políticos, acabam por permitir suspendê-los.

Em outubro de 1969, foi imposta a Emenda Constitucional n. 1, determinando o poder das juntas militares no Brasil, mantendo em vigor os atos institucionais, aumentando o mandato presidencial para cinco anos com eleição na forma indireta (PINHO, 2008).

Os doutrinadores Paulo Bonavides (1991) e José Afonso da Silva (2013) consideram que, tecnicamente, em face de seu conteúdo, a Emenda Constitucional n. 1 não se trata de emenda e sem de nova constituição, pois se promulgou texto reformulado em sua integralidade.

Eis que se verifica divergência doutrinária a respeito da natureza da chamada Emenda, assim dita Uadi Lammêgo Bulos:

Para nós, a descomensurada Emenda Constitucional n. 1/69, que abarcou o Texto de 1967 quase por inteiro, não foi suficiente para dar ao Brasil a sua 'sétima Constituição'. Inexistiu o poder legítimo do poder constituinte originário, mas tão só, o uso anômalo da competência reformadora, que se revestiu na roupagem de uma emenda constitucional hiperampliativa (2011, p. 488).

A oitava e atual Constituição Brasileira, foi promulgada em 5 de outubro de 1988, é fruto de um poder constituinte originário, que teve origem em um processo de transição pacífica do regime militar para o regime democrático, a maior evidência disso, embora tenha sido convocada por emenda constitucional, foi a

realização de um plebiscito em que o povo pôde escolher a forma de governo a ser adotada pelo sistema brasileiro (PINHO, 2008).

A Carta Magna de 1988 foi chamada por seu idealizador, Ulysses Guimarães, de Cidadã, em razão do seu caráter democrático de seu texto e a restituição da ampla cidadania e dos direitos humanos fundamentais, após duas décadas de restrições e cerceamentos nos exercícios destes (PINHO, 2008).

Diferenciada em sua estrutura, a chamada Constituição Cidadã compreende: 245 artigos permanentes, ficando assinalada sua prolixidade, e mais 73 na parte transitória de normas, distribuídos em nove títulos que tratam: dos princípios fundamentais; dos direitos e garantias fundamentais; da organização do Estado; da organização dos poderes; da defesa do Estado e das instituições democráticas; da tributação e do orçamento; da ordem econômica e financeira; da ordem social; das disposições gerais e por fim, o ato das Disposições Transitórias.

Nesse sentido, explana Paulo Bonavides:

A promulgação da Carta, tendo-se em vista a amplitude de seu conteúdo e o que ainda resta elaborar com respeito a regras auxiliares e integrativas de legislação complementar e ordinária sobre matéria constitucional, representa apenas o encerramento de uma fase, digna sem dúvida de festejar-se mas que de modo algum preenche toda tarefa formuladora do nosso ordenamento, assentado sobre as bases do Estado de Direito (1991, p. 498).

A Constituição Federal de 1988 constitui um documento de grande importância para o constitucionalismo moderno, em caráter nacional e até mesmo internacional, nele conseguimos identificar linhas que constituem o movimento verificando a existência do Estado Democrático de Direito.

1.3. Da supremacia das Normas Constitucionais

Segundo Kelsen (2001), uma norma, para ser válida, precisa buscar fundamento e validade em uma norma superior, e assim sucessivamente, até que a validade todas as normas sejam conduzidas por uma mesma norma fundamental, formando uma ordem normativa.

A partir da rigidez constitucional que caracteriza a Constituição Pátria, está presente o princípio da supremacia constitucional, pois este é o vínculo de subordinação dos atos públicos e privados á constituição de um Estado (BULOS, 2011).

Acerca da supremacia constitucional, assevera Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

A constituição, como lei fundamental de um ordenamento jurídico, é representada por um conjunto de normas que organizam o Estado, determinam as funções e competências dos órgãos que exercem o poder público, as formas e os limites desse exercício, bem como os direitos e garantias fundamentais de seu cidadão, e, assim entendida, é o documento supremo do Estado e da Sociedade, proporcionando uma interação necessária (2016, p. 40).

A Constituição como norma, com seu caráter fundacional e de primazia normativa, apresenta superioridade na posição hierárquico-normativa em relação às outras normas do ordenamento Jurídico. Sendo assim, a superioridade das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a constituição (CANOTILHO, 2003).

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro reconhece de modo inequívoco a supremacia constitucional, de modo que tem seguido esta linha de pensamento:

Sabemos que a supremacia da ordem constitucional da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que se revestem as normas inscritas no estatuto fundamental. Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal – que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia –, nenhum ato de Governo poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica (STF - ADI: 2215 PE, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 17/04/2001, Data de Publicação: DJ 26/04/2001 PP-00004 RTJ VOL-00200-03 PP-01404).

A supremacia constitucional se sujeita ao influxo da força normativa da constituição, a energia vital que lhe confere efetividade e eficácia social, que por sua vez, se encontra ao elemento subjetivo pelo qual a força normativa se concretiza, denominada vontade de constituição (BULOS, 2011).

A partir da concepção que as normas constitucionais são supremas na estrutura hierárquico-normativa, temos a ideia de constitucionalidade e inconstitucionalidade dos atos, norteando assim o controle de constitucionalidade do Judiciário.

Dessa forma, a compatibilização constitucional das leis no ordenamento jurídico pátrio, se dá mediante análise do princípio da supremacia da constituição via controle de constitucionalidade.

1.4. Da Soberania e a Constituição.

A soberania, um dos elementos essenciais do Estado, consiste no poder que o estado exerce sobre todos aqueles que deles fazem parte. Conhecido como o teórico da soberania, Bodin, a define como o poder absoluto e perpétuo que é próprio do Estado. Sendo, de caráter absoluto, não admite outro poder que lhe seja superior ou mesmo concorrente dentro de um mesmo território (BOBBIO, 1988).

De início, é importante ressaltar que a soberania não se confunde com poder de Estado, como afirma Anderson de Menezes ao citar Miguel Reale:

O emprego do termo soberania nessa acepção genérica apresenta graves inconvenientes e conduz a uma confusão muito frequente entre o fato geral do poder e a forma especialíssima que o poder assume no Estado Moderno. Uma coisa é a soberania – que não é só supremacia de um poder, mas que em é síntese de supremacia e independência, o que pressupõe a coexistência de uma pluralidade de Estados igualmente supremos no que diz respeito aos interesses próprios, e independentes relativamente aos interesses comuns – e outra coisa é o *imperium*, o poder mais alto de governo, a simples detenção da coação incondicionada (REALE, s/d, *apud*, MENEZES, 2002, p. 152).

Segundo a concepção normativista de Kelsen, a soberania é expressão da unidade de uma ordem, dessa forma, a soberania do Estado manifesta-se através da função legislativa do Estado, isto é no poder de emanar normas jurídicas (FERRARI, 2016).

A soberania do Estado é exercida em dois âmbitos: interno e externo. A interna é o poder no qual é autônomo para cumprir seus fins, ditando suas próprias

leis, estabelecendo a ordem e a paz social, unificação política etc. Já a externa, consiste no poder o qual o Estado participa na comunidade internacional e dispõe de suas relações diplomáticas em nível de igualdade com os demais Estados.

Quanto à titularidade da soberania, essa é uma questão de cunho político. Resta saber, dentro de um Estado, como a soberania é praticada e qual agente a aciona ou a desempenha. No Estado Democrático de Direito o titular da soberania é o povo, exercitando-a politicamente (MENEZES, 2002).

A soberania assumida pelo Estado se exprime, materialmente, direta e imediatamente por meio da constituição, que é o organismo vivo, delimitador da organização estrutural do Estado, da forma de Governo, da garantia das liberdades públicas e do modo de aquisição e exercício do poder soberano. (BULOS, 2011).

No mundo atual, marcado por tensões internamente e externamente nos Estados, em que a globalização transforma os Estados em membros de Blocos econômicos, o conceito de soberania construído por Bodin, e também por Hobbes, Rousseau e Hegel se dissipa, conforme explica Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

Neste final de século a interligação jurídica entre os diversos Estados é tão intensa que se pode afirmar que hoje não sobreviveriam no isolamento, ocasionando a alteração do conceito político de Estado e o desmanche do tabu da soberania absoluta, visto a dificuldade de conciliá-la com a ordem internacional atual; soberania entendida como o poder de declarar e atualizar o direito que deve valer em uma determinada comunidade estatal, isto é, o poder de decidir sobre o direito positivo em geral, posto que determinados setores da atividade da vida do Estado, bem como a proteção dos direitos humanos, passam a extrapolar e transcender o domínio de um Estado, com a criação de parâmetros globais de ação, aos quais devem conformar-se, sob pena de responsabilidade internacional, independente da nacionalidade das vítimas de tais violações (FERRARI, 2016, p. 44-45).

Dentro do cenário globalizado, o constitucionalismo contemporâneo tem sido impactado e de certa forma, a imagem tradicional da ordem jurídica estatal como uma pirâmide, cujo no vértice se localizaria a Constituição soberana do Estado nacional, perde parte do sentido. Nesse contexto, chega-se a ideia da pluralidade das normas jurídicas, em que haveria restrição significativa do papel da Constituição Estatal (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014).

CAPÍTULO II – O TRANSCONSTITUCIONALISMO E SUA APLICAÇÃO

Como consequência das interações exteriores na sociedade globalizada, o transconstitucionalismo, reconhecendo a existência de conflitos constitucionais que ultrapassam limites territoriais onde o Estado exerce sua soberania, apresenta-se como alternativa aos conflitos entre as jurisdições estatais e internacionais. Este capítulo abordará o fenômeno transconstitucionalismo e suas vertentes no plano jurídico brasileiro e como ele vem sendo aplicado nos tribunais superiores.

2.1 Do Transconstitucionalismo

Na era do constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, marcada pela existência de documentos constitucionais amplos, analíticos, extensos, a exemplo da Constituição Brasileira de 1988, apresenta, como uma de suas vertentes, o fenômeno do transconstitucionalismo pelo qual ordens jurídicas de Estados diversos ou de um mesmo, se entrelaçam para solucionar problemas de nuance constitucional (BULOS, 2011).

Com a realidade da globalização, é inevitável o surgimento de conflitos de diversas ordens, principalmente no âmbito dos direitos humanos. Com a limitação de poder dos tribunais de ordens diferentes, surge o questionamento sobre quem resolverá tais conflitos, ou seja, sobre quem dará a última decisão a respeito de determinado problema apresentado (TEÓFILO, 2013).

Nesse sentido, tem-se o fenômeno do transconstitucionalismo que entrelaça ordens jurídicas diversas, sendo elas estatais, transnacionais,

internacionais e supranacionais, para a resolução de conflitos de natureza constitucional (NEVES, 2009).

O entrelaçamento entre ordenamentos de países distintos, entretanto, não é novidade, vez que as relações de interpenetração entre ordenamentos já existiam anteriormente na forma de pactos, a exemplo do Tratado de Westfália de 1648, em que o direito internacional clássico e o direito estatal já se conectavam. A novidade está no modo com são feitas as conversações entre os atores do cenário estatal no âmbito internacional (BULOS, 2011).

Com a globalização, houve a mundialização do direito. Os sistemas nacionais e internacionais não constituem unidades separadas, mas integradas, criando-se assim uma rede de Estados nacionais politicamente integrados. Essa relação é caracterizada pelo entrelaçamento do direito internacional e supranacional com o direito interno dos Estados, formando um sistema político de múltiplos níveis que em caso de conflito entre direito interno e direito supranacional vai-se impor o direito supranacional, mas para todo o resto o direito interno é conservado, nunca perdendo sua validade (SANTOS, 2016).

Dessa forma, é visível que o transconstitucionalismo decorre do caráter multicêntrico dos sistemas jurídicos mundiais, onde o diálogo ocorre em vários níveis que se integram, formando um bloco de comunicação e cooperação entre Estados diversos.

Um dos pressupostos teóricos do Transconstitucionalismo é a sociedade moderna multicêntrica, como bem explana Marcelo Neves:

O incremento da complexidade social levou ao impasse da formação social diferenciada hierarquicamente da pré-modernidade, fazendo emergir a pretensão crescente de autonomia das esferas de comunicação, em termos de sistemas diferenciados funcionalmente na sociedade moderna. Há não só um desintricamento de lei, poder e saber, [...] mas um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional. Mediante esse processo, a sociedade torna-se 'multicêntrica' ou 'policontextual'. Isso significa, em primeiro lugar que a diferença entre sistema e ambiente desenvolve-se em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirmam distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica. E, em segundo lugar, na medida em toda diferença se torna 'centro do mundo', a policontextualidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades parciais

conflitantes. Falta, então, uma diferença última, suprema, que possa impor-se contra todas as outras diferenças (2009, p. 23-24).

Este sistema de níveis múltiplos faz desenvolver sucessivos conflitos jurídicos que envolvem os diversos tipos de ordens jurídicas, que vêm se tornando cada vez mais frequentes. Tais conflitos implicam a resolução e a interferência de tribunais estatais, internacionais e supranacionais, cujo objetivo é o de esclarecer e especificar as relações do direito internacional e supranacional face ao direito interno dos Estados, potenciando então um constitucionalismo multinível (SANTOS, 2016).

Os detentores do poder de ordenamentos jurídicos distintos abrem mão do tom de disputa de suas conversações com o objetivo de solucionarem problemas constitucionais. Há então um superentrelaçamento de níveis múltiplos, abrindo-se espaço para o entendimento, a cooperação, a conversa e a criatividade entre os atores do cenário estatal podendo-se dizer que o transconstitucionalismo é um constitucionalismo de níveis múltiplos, ou multiplex (BULOS, 2011).

Esse superentrelaçamento é explanado com maestria por Douglas R. Hofstadter:

Como, sem dúvida, você já percebeu, não há nada que nos impeça de fazer o 'impossível' – ou seja, entrelaçar o nível I e o nível E, tornando as próprias convenções de interpretação sujeitas à revisão, de acordo com a situação no tabuleiro de xadrez. Mas, para levar a cabo este 'superentrelaçado', você teria de estar de acordo com seu adversário quanto a convenções ulteriores para ligar os dois níveis – e o ato de fazê-lo criaria um novo nível, um novo tipo de nível inviolável, acima do nível 'superentrelaçado' (ou abaixo dele, se você preferir) (1979, s/p *apud* BULLOS, 2011, p. 90-91).

Nos entrelaçamentos entre uma pluralidade de ordens jurídicas na sociedade globalizada atual, sua independência das formas de intermediação política mediante tratados internacionais e legislação estatal é relativa. Multiplicam-se as formas em que ocorrem relacionamentos formais e informais entre os sujeitos, governamentais e não governamentais, no âmbito do direito, o que ganha relevância, considerando-se o fato de que, em sua grande parte, as conversações entre ordens jurídicas distintas, ocorrem a partir de dos seus respectivos centros, ou seja, juízes e tribunais (NEVES, 2009).

Nessas conversações entre ordens jurídicas distintas, é ausente a hierarquia entre elas, ao passo que, cada uma possui particularidades próprias. O que existe na realidade, é uma fertilização constitucional cruzada, pois um determinado órgão de cada Estado, toma como base os trabalhos e técnicas de outros órgãos, para que possa demonstrar efetivamente o acerto de suas teses (BULOS, 2011).

O fenômeno do entrelaçamento entre ordenamentos distintos, como já foi dito, não é algo novo. No entanto apenas no fim do século XX, os estudiosos do Direito Constitucional começaram a falar sobre o assunto reconhecendo a necessidade de nomear esse fenômeno de tendência global.

Uma importante teoria, que embasa o estudo do Transconstitucionalismo, é a desenvolvida pelo constitucionalista português José Gomes Canotilho, que para designar o entrelaçamento da União Europeia com as respectivas ordens jurídicas parciais, refere-se ao fenômeno denominado interconstitucionalidade:

A teoria da interconstitucionalidade estuda as relações interconstitucionais, ou seja, a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político. [...] O que há de especificamente novo é: (1) a existência de uma rede de constituições de estados soberanos; (2) as turbulências produzidas na organização constitucional dos estados constitucionais por outras organizações políticas (ex.: comunidades políticas supranacionais); (3) recombinações das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de natureza superior; (4) a articulação da coerência constitucional estadual com a diversidade de constituições inseridas na rede interconstitucional; (5) a criação de um esquema jurídico-político caracterizado por um grau suficiente de confiança entre as várias constituições imbricadas na rede e entre a constituição revelada pela organização política de grandeza superior. (1997, p. 1425).

É visível então, a semelhança da proposta da interconstitucionalidade com o transconstitucionalismo, pois nos dá um indicador acerca do diálogo entre os Tratados Europeus e as Constituições dos Estados membros, entretanto, se diferencia tendo em vista que seu âmbito de abrangência restringe-se ao caso da União Europeia não incluindo no quadro as relações entre entidades das mais variadas naturezas no contexto global, tal como é dito no discurso do transconstitucionalismo (GADOTTI, 2013).

Ademais, ao se tratar do Transconstitucionalismo, deve-se observar que à terminologia é atribuído um sentido restrito e outro amplo.

Em sentido restrito, o transconstitucionalismo opera entre ordens jurídicas de Estados diferentes. Sem prejuízo de outras denominações, é o transconstitucionalismo propriamente dito, onde diferentes ordenamentos unem esforços para resolverem casos constitucionais de complexidade. Já em sentido amplo, o transconstitucionalismo ocorre entre duas ordens jurídicas de um mesmo ordenamento, a exemplo do verificado nas federações (BULOS, 2011).

2.2 Do Transconstitucionalismo e os direitos humanos.

O reconhecimento e garantia dos direitos do homem são o alicerce das Constituições democráticas modernas, tendo a paz como pressuposto necessário para a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional (BOBBIO, 2004).

Os direitos humanos exprimem valores substanciais, que são tratados nas Constituições ou nos tratados internacionais de forma explícita implícita, tendo em comum, apesar das diferenças em relação ao conteúdo as marcas distintivas de universalidade, essencialidade, superioridade normativa e reciprocidade (RAMOS, 2014).

Ao constituir tema de legítima relevância internacional, os direitos humanos transcendem o domínio reservado do Estado e sua competência exclusiva. Parâmetros de níveis globais de ação do Estado são instituídos compondo um código comum de ação, ao qual os Estados devem resignar-se, no concerne à garantia e proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2015).

Em decorrência dos horrores cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos constituem um dos temas principais do direito internacional contemporâneo, sendo que, normatividade internacional dos direitos humanos foi alcançada, tão somente, por meio de constantes lutas históricas, e consubstanciadas em inúmeros tratados com esse objetivo, de forma lenta e gradual

no processo de internacionalização e universalização desses mesmos direitos (MAZZUOLI, 2009).

Nesse sentido, afirma Flávia Piovesan ao citar Thomas Buergenthal:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos na era de Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas de um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse (BUERGENTHAL, s/d, p.17, *apud*, 2015, p. 195).

A proteção internacional dos direitos humanos se estruturou em dois sistemas de proteção: o global e os regionais. O sistema global foi o institucionalizado pela Organização das Nações Unidas (ONU), após a Segunda Guerra Mundial, tendo como instrumentos normativos, dentre outros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Já os sistemas regionais, foram estruturados pelas organizações continentais, sendo o interamericano, o africano e o europeu os principais sistemas de proteção regional dos direitos humanos (REZENDE, 2015).

Uma vez que ambos esses sistemas operam a fim de proteger um mesmo objeto, devem ser compreendidos de forma coordenada, como assim explana Valério de Oliveira Mazzuoli:

Todos esses sistemas de proteção dos direitos humanos (o global e os regionais) devem ser entendidos como coexistentes e complementares uns dos outros, uma vez que direitos idênticos são protegidos por vários desses sistemas ao mesmo tempo, cabendo então ao indivíduo escolher qual o aparato mais favorável deseja utilizar a fim de vindicar, no plano internacional, seus direitos violados. [...] Tanto o sistema global (sistema das Nações Unidas) com os sistemas regionais têm entre si uma característica primordial, típica da pós-modernidade jurídica, que é a capacidade de extrair valores e compatibilizar ideias provenientes de fontes de produção diferentes, com o fim de reuni-los em prol da salvaguarda da pessoa humana (2009, p. 747).

A premissa básica desse ramo do Direito Internacional é de que a proteção dos direitos da pessoa humana não deve limitar-se à competência exclusiva dos Estados, ou à sua jurisdição doméstica privada, mas deve a atuação

deve ser ampliada a instituições internacionais e a própria sociedade civil global. Essa concepção implica a relativização da soberania estatal em prol de um bem maior que são os direitos humanos (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014).

Dessa forma, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder se tornam concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, que são compelidas a oferecer respostas para a solução. Isto implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais (SANTOS, 2016).

De consectário, é inegável que os assuntos de concernentes aos Direitos Humanos, que constantemente acarretam em litígios globais, isto é, os que envolvem conflitos de interesses entre vários Estados, ultrapassaram fronteiras territoriais e passaram a influenciar o direito constitucional dos estados.

Nesse sentido, assevera Marcelo Neves:

Os 'litígios globais' levam, então, ao surgimento da 'comitas judicial', que 'fornece as estrutura e as regras básicas para um diálogo global entre juízes no contexto de casos específicos', ao 'julgamento' de juízes por juízes e à 'negociação judicial' (2009, p.13).

Nesse cenário, o diálogo global jurisdicional ocorre de diversas maneiras, com atores e direções diversas. As redes horizontais, sendo componentes de uma ordem mundial desagregada, a qual inclui agentes encarregados da proteção e aplicação dos direitos humanos, são redes que operam sem hierarquia e sem vinculação jurídica formal. Os juízes dialogam com as razões produzidas pelos outros componentes integrantes da rede e as acolhem ou rejeitam com base em seus próprios entendimentos do sentido da lei e da justiça (DIAS; MOHALLEM, 2014).

A partir disso, vê-se a presença do fenômeno do transconstitucionalismo nas relações internacionais dos estados no âmbito dos direitos humanos.

A confluência de valores oferecida pela modernidade, muitas vezes coloca a pessoa no centro de um turbilhão de interesses aparentemente díspares, exigindo que o jurista encontre soluções mais maleáveis e fluidas para a solução de

antinomias em um caso concreto. Essa maleabilidade é típica dos sistemas internacionais dos direitos humanos, os quais “dialogam” entre si em prol da garantia a resguardo dos direitos da pessoa humana (MAZZUOLI, 2009).

E é exatamente esta a proposta do Transconstitucionalismo, ao pregar a articulação das observações entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial através das Constituições transversais. Na prática, isto seria uma “conversação” ou “diálogo” entre as mais diversas Cortes Supremas, já que elas pertencem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial (FONSECA, 2013).

No constitucionalismo contemporâneo, todas as formas em que pode se apresentar o transconstitucionalismo, este, aplicado ao direito internacional dos direitos humanos, ganha sua forma mais significativa ao fortalecer o sistema de proteção desses mesmos direitos.

Nesse sentido, assevera Marcelo Neves:

A questão dos direitos humanos, que surgiu como um problema jurídico-constitucional no âmbito dos Estados, perpassa hoje todos os tipos de ordens jurídicas no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos: ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais. Constitui uma questão central do transconstitucionalismo. As controvérsias sobre os direitos humanos decorrem da possibilidade de leituras diversas do conceito, da pluralidade conflituosa de interpretações/concretizações das normas e da incongruência prática dos diferentes tipos de direitos humanos. [...] A invocação a uma espécie de direitos humanos pode implicar colisão com a pretensão de fazer valer outro tipo. [...] É nesse contexto que toma significado especial o transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, que corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando ao mesmo tempo cooperações e colisões (2009, p. 256).

O protótipo envolto ao Transconstitucionalismo nos faz pensar no que José Gomes Canotilho define como “pluralismo legislativo”. Esse conceito soluciona a discussão constitucional atrelada ao debate monismo versus pluralismo por entender que não existe predominância de uma decisão à outra, ou seja, o interrelacionamento harmônico entre os sistemas, interagindo na formulação do reconhecimento a partir de um constructo dinâmico dos Direitos Humanos (TEÓFILO, 2013).

2.3. Do Transconstitucionalismo na Jurisprudência do STF

Na sociedade mundial, o direito interno tornou-se insuficiente para legitimar as decisões dos Juízes, sobretudo nos casos de cunho constitucional de complexidade. Os Juízes passaram a recorrer à força persuasiva de decisões proferidas por Tribunais que ultrapassam as fronteiras Estatais, ênfase para a Suprema Corte americana e o Tribunal Constitucional alemão, a fim de construir as melhores soluções para casos concretos. Constatadas as limitações do jusnaturalismo, positivismo jurídico, e realismo jurídico, passou-se a crer no transconstitucionalismo como um novo discurso jurídico com chance maior de convencer o "auditório universal". Trata-se de um novo discurso jurídico, mas com velhos objetivos (ARAÚJO, 2015).

Em matéria de ordens jurídicas internacionais e ordens jurídicas estatais, são visíveis, as cada vez mais frequentes, questões constitucionais conflitantes concernentes a essas duas ordens que exige uma solução mais adequada.

Nesse sentido, Marcelo Neves explica:

São situações em que é invocado mais de um tribunal para a solução do caso, sem que, necessariamente, existam normas de solução de conflitos de competência ou, em havendo essas, sem que haja convergência em torno delas por parte dos respectivos tribunais. [...] Do ponto de vista da ordem estatal, o crescente envolvimento dos tribunais constitucionais nessas questões, nas quais o modelo clássico de ratificação vem paulatinamente perdendo significado, fortifica-lhes o caráter de problemas constitucionais referentes a direitos humanos ou fundamentais ou concernentes à questão de limitação e controle do poder, envolvendo pretensões que ultrapassam o âmbito da validade específico da ordem interna. Do ponto de vista da ordem internacional, isso significa a incorporação das questões constitucionais no âmbito de competência de seus tribunais, que passam a levantar a pretensão de decidir com caráter vinculatório imediato para agentes e cidadãos dos Estados (2009, p. 132 e 133).

Ao redor do globo, em decisões nas soluções de conflitos de nuance constitucional, a presença do transconstitucionalismo vem se tornando cada vez mais frequente. Não sendo diferente no Brasil, existem alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que evidenciam a presença do transconstitucionalismo na ordem jurídica brasileira.

Em experiências mais recentes, nota-se que o transconstitucionalismo com outras ordens jurídicas vem se desenvolvendo no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em decisões de grande relevância no âmbito dos direitos fundamentais, observa-se que a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira tem se revelado não apenas nos votos individuais dos ministros, mas se expressa nas também nas Ementas e Acórdãos, como parte da *ratio decidendi* (CÂNDIDO VITÓRIO; VITÓRIO, 2014).

Em julgamento recente no Supremo Tribunal Federal, (STF), a corte foi instada a se manifestar sobre a inconstitucionalidade da interpretação da nº 11.343/2006 (Lei de Drogas). A lei entendia se tratar de crime de apologia ao uso de drogas entorpecentes a participação em manifestações públicas, a exemplo das chamadas “marchas da maconha”. Ao proferir seu voto, objetivando decidir se manifestações coletivas em favor da descriminalização das drogas constituem infração penal ou mero exercício de liberdades constitucionais, o relator utilizou de decisões da Corte de Ontário, no Canadá, e da Suprema Corte dos Estados Unidos da América para então, concluir que assim como nas ordens jurídicas consultadas, o direito de reunião protegido pela Constituição Brasileira autoriza manifestações ou debates de forma pública ainda sobre drogas e seu uso (DIAS, MOHALLEM, 2014).

Vê aqui presente o transconstitucionalismo a o passo que, ao fundamentar a decisão o relator utilizou a consulta à constituição de ordenamento estrangeiro além da nossa própria para decidir sobre o assunto de cunho constitucional sem haver imposição hierárquica entre as ordens, tornando a decisão mais rica.

Em julgamento do HC 82.424/R, julgado em 2003, o supremo, em sua composição plenária, considerou crime de racismo a publicação de obra em que foi negada a existência do holocausto. O cerne do julgamento foi decidir amplitude de alcance da concepção de racismo e utilizou-se do direito estrangeiro para fundamentar essa decisão.

Nesse julgado, houve autêntica manifestação do transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humano ao passo que, ao fazer inúmeras referências

ao direito estrangeiro, ocorreu então um diálogo transconstitucional de níveis múltiplos, em que a ordem jurídica brasileira se articulou com a experiência de um ordenamento jurídico estrangeiro a fim de solucionar conflito de matéria de direitos humanos (ARAÚJO, 2015).

Eis um trecho do julgamento em que Maurício Correa, um dos ministros julgadores do feito, valeu-se do transconstitucionalismo para fundamentação de seu voto:

No âmbito dos Tribunais, é importante anotar que questão semelhante foi enfrentada pela Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos em agosto de 1999. No caso *United States versus Lemrick Nelson*, decidiu-se que, embora o povo judeu não seja hoje tido como uma raça, tal não o retira da proteção da Emenda 13, que proíbe qualquer forma de discriminação racial, pois a Suprema Corte com firmeza declara que os judeus 'são considerados uma raça para certos direitos fundamentais estabelecidos pelo Congresso com base na Emenda 13'.[...] A Suprema Corte norte-americana decidiu em 1987, por unanimidade, seguindo o voto do Justice White, que os judeus estavam tutelados pela legislação norte-americana contra a discriminação racial (1982). Afirmou a Corte que, com base na estrutura da lei de 1982, árabes e judeus estavam entre os que, na época, eram tidos como raças distintas, estando por ela protegidos. O fato interessante é que a defesa dos réus, responsáveis por pichar uma sinagoga com mensagens anti-semitas, foi exatamente de que não sendo os judeus uma raça distinta, não estariam protegidos pela lei. [...] Também emblemático julgamento proferido pela Câmara dos Lordes na Inglaterra em 1983. No caso '*Mandla and another versus Dowell Lee and another*', debateu-se a existência de discriminação racial pelo fato de uma escola haver proibido um jovem 'sikh' de usar o tradicional turbante de sua religião. A defesa alegou que os 'sikhs' constituíam essencialmente um grupo religioso e não uma etnia para fins de aplicação da lei inglesa. Decidiu a Corte britânica que o ato era discriminatório para os fins do 'Race Relations Act', uma vez que os 'sikhs' são um grupo racial em face de suas origens étnicas (Relator:Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Diário de Justiça, [S.L.], v. 02144-03, p. 573-580, mar. 2004).

O Ministro Gilmar Mendes por em seu voto, por sua vez, também utiliza do transconstitucionalismo ao analisar a questão levantada acerca do conteúdo do livro, qual seja a negativa da ocorrência do holocausto ser ou não considerada conduta criminosa, citando o entendimento das cortes Europeias:

Que, em tese, é possível o livro ser instrumento de crime de discriminação racial, não parece haver dúvida. As decisões de Cortes Europeias a propósito da criminalização do 'Holocaust Denial' confirmam-no de forma inequívoca (Cf. Boyle, *Hate Speech*, cit., p.

498). É certo, outrossim, que a história confirma o efeito deletério que o discurso de intolerância pode produzir, valendo-se dos mais diversos meios ou instrumentos (Habeas Corpus nº 82.424. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Diário de Justiça, [S.L.], v. 02144-03, p. 655, mar. 2004).

Essas foram algumas, dentre outras, referências na referida decisão que evidenciam o uso do transconstitucionalismo para fundamentar os votos no caso em tela. Ademais, a evidente presença do transconstitucionalismo não ficou caracterizada apenas nos votos dos ministros, mas também na ementa do julgamento, o que enseja dizer que o julgamento foi essencialmente transconstitucional.

HABEAS CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. [...] 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, 'negrofobia', 'islamafobia' e o anti-semitismo. [...] 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo (*Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antisemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Denunciante: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Diário de Justiça, [S.L.], v. 02144-03, p. 00017, mar. 2004).

Em 2013, na polêmica Ação Penal nº 470/MG, verificou-se também a presença do transconstitucionalismo na quanto a divergência no que concerne o duplo grau de jurisdição, que se deu desde o recebimento da denúncia, fazendo com que considerável parte dos denunciados solicitassem o desmembramento do processo, diante da justificativa que a prerrogativa de foro privilegiado não lhes cabia e, portanto deveriam submeter-se ao procedimento comum, não o de ações penais originárias, diretamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Resistindo ao prosseguimento do julgamento em única instância para todos os acusados, alguns destes recorreram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, alegando que somente três dos quarenta acusados teriam prerrogativa de foro privilegiado e requereram novo julgamento, apoiando sua causa alegando desrespeito do direito ao duplo grau de jurisdição, preconizado no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O ilustre Min. Celso de Mello, ao se manifestar, fundamentou o seu entendimento no transconstitucionalismo, e inseriu em seu voto conexão com outra ordem jurídica, fazendo alusão ao Pacto San José da Costa Rica, especificamente à previsão do duplo grau de jurisdição:

De outro lado, há a considerar, ainda, um outro aspecto que tenho por pertinente no exame da controvérsia ora em julgamento e que se refere ao fato de que a regra consubstanciada no art. 333, inciso I, do RISTF busca permitir, ainda que de modo incompleto, a concretização, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no contexto das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, que visaria amparar o direito consagrado na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que realiza, embora insuficientemente, a cláusula convencional da proteção judicial efetiva (Pacto de São José da Costa Rica, Art. 8º, n. 2, alínea "h") (AP nº 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 de setembro de 2013. Diário da Justiça, n. 074, p. 25, abr. 2013).

Na AP 470/MG, o Min. Celso de Mello, explicou que a admissibilidade dos embargos infringentes propiciaria um "duplo exame", e não "duplo grau de jurisdição". Sua Excelência procurou, com a decisão, aproximar-se do preceito contido no Pacto e essa tentativa de aproximação com dispositivo do tratado internacional foi uma das principais justificativas para a sua decisão, o que mostra estar-se diante de caso em que o diálogo transconstitucional, integrou a razão decisória (ARAÚJO, 2015).

Em análise desses julgados, o que se nota é a existência de uma conversação constitucional visto que as decisões do Supremo Tribunal Federal "importaram" o conhecimento advindo de ordenamentos de planos distintos para o nosso.

Dessa forma, ocorrência do fenômeno não se dá apenas mediante

citações jurisprudenciais, mas deflui da observância atenta da prática jurídica de outros países amoldando à realidade brasileira. Substituir o diálogo transconstitucional pelo palavreado desprovido de maior significado é desperdiçar os benefícios que a troca de conhecimento pode possibilitar (BULOS, 2011).

CAPÍTULO III - OS LIMITES DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

O transconstitucionalismo representa um grande passo no âmbito do Direito Constitucional e Internacional. Trata-se de uma visão que pretende demonstrar como, no contexto da “sociedade mundial”, se desenvolvem novos sistemas de troca de conhecimentos constitucionais, seja em nível nacional ou internacional. Entretanto, o instituto não está livre de limitações. Neste capítulo serão abordados os limites da aplicação do transconstitucionalismo, vislumbrando o futuro do Constitucionalismo.

3.1 Do Transconstitucionalismo e assimetria das formas do Direito

O transconstitucionalismo em si, carrega uma dimensão positiva e outra negativa. A primeira se configura no desenvolvimento da racionalidade transversal entre as ordens jurídicas e a segunda nas relações bloqueadoras e destrutivas entre elas. Portanto, os limites não são delimitados apenas a partir do exterior do sistema jurídico, mediante a sobreposição de ordens jurídicas por sistemas sociais que instrumentalizam o direito. O transconstitucionalismo é autobloqueado pelas assimetrias das formas do direito, embora estas estejam condicionadas por fatores externos (NEVES, 2009).

A interação dos Estados se baseia no princípio do equilíbrio de poder, que assume diferentes configurações conforme a distribuição de poder entre os Estados ao redor do globo. Tal distribuição assimétrica configura certa hierarquia e outras distinções indubitáveis entre os Estados, refletindo diretamente nos meios de condução de suas políticas externas e projeção no sistema internacional (RINALDI, 2014).

Nesse sentido, ensina Marcelo Neves:

Mediante as assimetrias das formas de direito o transconstitucionalismo é obstaculizado ou prejudicado em virtude do fato de que, em determinados contextos, uma delas apresenta-se demasiadamente forte em relação a uma outra, desconsiderando-lhe as pretensões e exigências. Essa maneira de sobreposição de uma forma de direito a uma outra não implica a formação de uma ordem ou organização hierárquica no sentido tradicional de uma estrutura escalonada, mas, antes, conduz a mecanismos difusos de opressão ou negação da autonomia de formas de direitos por outras (2009, p. 280).

O Estado, integrando a sociedade internacional, iguala-se aos outros Estados, dessa forma, as relações configuram-se como uma estrutura anárquica, na qual não há monopólio de força, estando o poder concentrado nas mãos de cada Estado separadamente (COLOMBO, 2010).

Os sistemas jurídicos Estatais coexistem com outros sistemas jurídicos, sejam eles, internacionais, supranacionais ou transnacionais, ou seja, como já foi dito, a sociedade mundial é multicêntrica e assim sendo, na visão do centro judiciário de uma ordem jurídica, constitui uma periferia o centro de uma outra (ELMAUER, 2013).

Todavia, no campo das relações internacionais, expansão do código do poder em detrimento do código jurídico, associa-se à imunização das ordens jurídicas das ditas grandes potências perante o direito internacional público. Um aspecto relevante disso está na impotência das organizações internacionais para realizar o controle da prática jurídicas desses Estados, e impor-lhes as devidas sanções (NEVES, 2009).

A título de exemplo dos Estados Unidos (EUA), no que engloba a competência jurisdicional, os tribunais americanos não admitem reconhecimento generalizado de competência das cortes internacionais para julgar casos em que pretensões do direito internacional público se apresentam contra o Estado e em função disso, a ação transconstitucional é debilitada.

Essa resistência vem da concepção realista de Estado, que ao contrário da escola idealista, que recai em uma comunidade ideológica do sistema

internacional, sua ênfase está no seu potencial conflitivo valendo-se do argumento de ausência de um poder soberano e imperativo nas relações internacionais (MAGNOLI, 2003).

Nesse sentido, verifica-se que formas de direito fortes sobrepõem-se de maneira a oprimir formas de direito frágeis no sistema mundial multiplex. Desse modo, as formas estatais de direito das “grandes potências” permanecem inalcançáveis e imunes perante o direito internacional público. Daí então, infere-se o seguinte: não há possibilidade da aplicação do transconstitucionalismo sem relativa simetria das formas de direito (NEVES, 2009).

3.2 Da vinculação das decisões externas

A consolidação dos direitos inalienáveis da pessoa humana na esfera internacional, principalmente após o fim da Segunda Guerra Mundial e com o advento da Organização das Nações Unidas (ONU), ocasionou o surgimento de uma preocupação com a sistematização das normas jurídicas voltadas à garantia e proteção de direitos humanos (OLIVEIRA, 2011).

Como já dito preteritamente, essa proteção no plano internacional dos direitos humanos se estruturou em dois sistemas, qual sejam o global, institucionalizado pela ONU e baseando-se em instrumentos normativos internacionais, e os regionais, estruturados por organizações continentais atuando juridicamente por meio dos tribunais de suas respectivas organizações.

As decisões que nascem da função contenciosa da Corte Internacional, ao condenar um Estado pela prática de ato violador de direitos humanos, almejam o restabelecimento da situação anterior ao fato violador, reparação das consequências do ato com a garantia de não reincidência e o pagamento de indenização pecuniária como compensação pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, podendo ainda se consubstanciar em obrigações de fazer especificamente relacionadas com as ações ou omissões apuradas e condenadas (OLIVEIRA, 2011).

Resta apurar então, qual a efetividade dessas decisões no plano jurídico de cada Estado.

Ensina Valério Mazuolli de Oliveira ao analisar o art. 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça:

[...] que se evidencia da leitura do art. 59 do mesmo Estatuto, segundo o qual as decisões da Corte só serão obrigatórias 'para as partes litigantes e a respeito do caso em questão'. Este último dispositivo, segundo alguns autores, tem por finalidade 'conferir às decisões da Corte a autoridade de *res judicata*'. Ocorre que, como explica Virally, não somente as decisões da Corte são capazes de criar regras particulares de Direito Internacional, o mesmo ocorrendo com 'as decisões de qualquer tribunal internacional, sem importar sua formação, sendo irrelevante se dito fenômeno foi ou não expressamente estipulado em tratados pelos quais tribunais foram estabelecidos'. [...] o objetivo do art. 59 é simplesmente de evitar que princípios jurídicos reconhecidos por um tribunal num caso concreto sejam vinculativos para outros Estados em outros litígios (2009, p. 117).

Sendo assim, conclui-se que a vinculação de decisões externas ocorre para as partes litigantes e a respeito do caso em questão, não se estendendo á outros Estados ou litígios, podendo-se dizer que os efeitos da sentença serão *inter partes*.

É indubitável então que ocorra a condenação do Estado brasileiro (como já ocorreu) por atos ou omissões praticados pelos seus agentes em tribunais ditos internacionais. O exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos é um deles, porém não o único, pois outros tribunais internacionais possuem a aceitação de sua jurisdição pelo Brasil, tal como a Corte Internacional de Justiça, o órgão judicial da ONU, sediado em Haia, o qual processa demandas judiciais entre Estados soberanos a respeito da observância do Direito Internacional, desde que aceitem previamente sua jurisdição, seja através da declaração de compulsoriedade a qualquer caso submetido, seja uma declaração especial sobre um caso específico (MAZUOLLI, 2009; OLIVEIRA, 2011).

3.3 Do constitucionalismo do futuro

Com o fim do constitucionalismo moderno, surge o constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, que perdura até hoje. O discurso desse movimento, como já foi dito, é no sentido de superar a dicotomia entre o direito natural e o direito positivo, solidificando-se a superioridade constitucional e os

desdobramentos deste fenômeno, como a filtragem constitucional, a ideia de constitucionalização do direito, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e o fortalecimento do Poder Judiciário (LAZARI, 2011).

Em elaborado artigo para uma obra coletiva resultante de diversas conferências realizadas sobre as perspectivas do direito público nos fins do século XX, o constitucionalista José Roberto Dromi vislumbrou quais os valores fundamentais marcantes das constituições do futuro. O dito artigo é constantemente citado por outros autores em textos de matéria constitucional.

Em linhas gerais, o chamado “constitucionalismo do futuro” consiste em uma projeção do que haveria depois do neoconstitucionalismo, baseando-se na análise das mudanças dessa etapa atual e a superação evolucionista natural do movimento constitucionalista. Também chamado de “constitucionalismo vindouro”, ou de “constitucionalismo por vir”, sua concepção parte da esperança de dias melhores, numa etapa vindoura da evolução humana e também da sociedade (BULOS, 2011; LAZARI, 2011).

O constitucionalismo do futuro continuará a propagar a concepção de proteção aos direitos de fraternidade e solidariedade, ou seja, os direitos de terceira geração, como assim como na fase atual em que nos encontramos, qual seja, a do constitucionalismo globalizado:

O constitucionalismo do futuro sem dúvida terá de consolidar os chamados direitos humano de terceira dimensão, à ideia de constitucionalismo social os valores do constitucionalismo fraternal e de solidariedade, avançando e estabelecendo um equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e alguns excessos do contemporâneo (LENZA, 2014, p. 70).

Para que esta nova fase do constitucionalismo seja alcançada, os depositários do poder constituinte originário deverão superar os ciclos de atraso, agindo com engajamento e ideal. As mudanças acontecerão de forma lenta, gradual que não serão percebidas a princípio, mas aos poucos se fortalecerão (BULOS, 2011).

O jurista argentino prevê que o futuro do constitucionalismo está no equilíbrio entre as concepções do constitucionalismo moderno e os excessos

praticados no constitucionalismo contemporâneo, sendo as constituições influenciadas por valores fundamentais, sete precisamente, sendo eles: a veracidade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalização (NOVELINO, 2014).

No que tange a veracidade, as constituições não mais conterão promessas impossíveis de realização. Não se consagrarão utopias. Serão documentos verdadeiros e íntegros, superando as que tiveram vigência no século XX. Os constituintes deverão ponderar o que realmente se necessita, se deseja e se pode constitucionalizar (BULOS, 2011).

Quando ao valor fundamental da solidariedade, as constituições futuras se aproximarão de uma nova perspectiva de igualdade, consolidada na solidariedade entre os povos, com atenção à dignidade do homem e à justiça social e, além disso, deverá ser fruto de consenso democrático (CARVALHO, 2015; NOVELINO, 2011).

As reformas constitucionais ocorrerão com ponderação e equilíbrio, respeitando o valor da continuidade. Ao se reformar a Constituição, não se destruirão os seus principais fundamentos e darão continuidade ao caminho traçado, ou seja, a ruptura não pode deixar de considerar os avanços já conquistados adaptando-a as exigências do progresso (BULOS, 2011).

A democracia participativa implica responsável implica o valor da participatividade nas constituições do “por vir”. O povo, “corpos intermediários da sociedade” será convocado a participar de forma ativa, integral e equilibrada nos negócios do Estado, consagrando a noção de Estado Democrático de Direito (BULOS, 2011; NOVELINO, 2011).

No tocante a integracionalidade, o valor remete à previsão de órgãos supranacionais para o efetivo implemento de integração moral, espiritual, ética e institucional entre os povos, no plano interno e externo, visando o desenvolvimento dos Estados e para isso, as constituições futuras conterão dispositivos prevendo tais órgãos, delegando poderes por meio de tratados gerais de integração (NOVELINO, 2011).

A universalização como a última premissa da teoria do Constitucionalismo do “por vir” dita que as constituições futuras trarão consigo a consagração dos direitos fundamentais internacionais, sedimentando o primado universal do princípio da dignidade da pessoa humana de maneira universal banindo qualquer forma de desumanização (BULOS, 2011).

O transconstitucionalismo, no plano atual de constitucionalismo globalizado já traz consigo as concepções de integração entre os povos, por meio do diálogo global jurisdicional e também prega a universalização dos direitos humanos e fundamentais, porquanto é sua principal área de atuação. Vê-se então, que o Constitucionalismo do futuro, pretende tornar sólido e constante o movimento, que nos últimos tempos, nos parece revolucionário.

Inúmeros fatores tendem a influenciar o ato de feitura das constituições do futuro e é necessário que estas encontrem de fato o ponto de equilíbrio entre as concepções antigas do constitucionalismo moderno e as exceções do neoconstitucionalismo.

Assim assevera Uadi Lammêgo Bulos:

Em nome do sentimento de equidade, é vital a conscientização de todos perante os bens da vida, algo muito maior do que a tutela dos interesses individuais e metaindividuais. Se os limites da liberdade individual e a intervenção do Estado na economia já se postam como temas superados no colóquio dos especialistas contemporâneos, mais exato ainda é que o primado da segurança jurídica pode submeter-se a uma reavaliação profunda, sob pena de continuar no desuso, como tem sido em nossos dias (2011, p.98).

A partir disso, discute-se a viabilidade da premissa da universalização dos direitos fundamentais, pois essa ideia tem encontrado resistências e críticas por parte dos defensores do relativismo cultural, para o quais veem como algo impossível a universalização da dignidade (SOARES; RIGOLDI, 2013).

A autora Flávia Piovesan afirma:

[...] para os relativistas, a noção de direito está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Sob esse prisma, cada cultura

possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade (2015, p.227).

Neste sentido, a doutrina relativista acredita que o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, sendo necessário o respeito às diferenças culturais de cada sociedade, banindo a possibilidade de um constitucionalismo universal, em vista do relativismo cultural acusar na universalização dos direitos fundamentais a repreensível ocidentalização da humanidade, por meio do qual a cultura europeia e norte-americana passa a se sobrepor sobre as demais culturas (SOARES; RIGOLDI, 2013).

Nessa mesma linha, o autor Rafael José Nadim de Lazari, em recente artigo, conclui a inviabilidade da universalização:

Ora, é ululante a impossibilidade de se conviver com uma Constituição mundial dotada de completude de essência, tão menos com uma gama estendida de direitos fundamentais. Uma Constituição mundial seria mera proposição teórica, desprovida de aplicabilidade, ou é de se acreditar que a Coreia do Norte respeitaria o direito à liberdade de expressão? Que a China deixaria de ser uma grande poluidora?[...] Disso infere-se que esta sétima premissa do “constitucionalismo vindouro” estaria ferindo a primeira, a saber, a verdade, já que, mais uma vez, e como de costume, o “constituente mundial” estaria tentando consubstanciar uma proposição ilógica e desprovida de concretude. Enfim, por estas razões acima aduzidas, conclui-se não haver um “constitucionalismo por vir” viável ao modelo constitucional brasileiro, nos moldes propostos por Dromi (2011, p. 108-109).

A fim de não se descartar de pronto a viabilidade da universalização, têm-se estudado a possibilidade de um diálogo intercultural.

A ideia do diálogo intercultural torna-se possível a partir do momento em que se aceita que a proteção a direitos fundamentais não corresponde a um mero exercício retórico, mas a uma prática e entrega moral (SOARES; RIGOLDI, 2013).

Boaventura de Souza Santos ensina que os pontos comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura de uma cultura, os chamados *topoi*, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Desse modo, é cabível a aplicação de hermenêutica diatópica a fim de

se instalar a consciência mútua dessa incompletude por meio do diálogo intercultural que se promove entre uma cultura e outra. Diz o autor:

Partindo do pressuposto de que não é uma tarefa impossível, proponho, para levar a cabo, uma hermenêutica diatópica, um procedimento hermenêutico que julgo adequado para nos guiar nas dificuldades a enfrentar, ainda que não necessariamente para superá-las inteiramente. [...] Na área dos Direitos Humanos e da Dignidade Humana, a mobilização pessoal e social para as possibilidades e exigências emancipatórias que eles contêm só será concretizável na medida em que tais possibilidades e exigências forem apropriadas e absorvidas pelo contexto cultural local (SANTOS, 2003, p. 443).

Neste sentido, afastando-se a dicotomia universalismo/relativismo cultural, conclui-se pela necessidade de se respeitar a dignidade humana qualquer que seja sua definição cultural, sendo o diálogo intercultural, por meio da hermenêutica diatópica, ser uma solução na medida em que apresenta amplo campo de possibilidades para debates nas diferentes regiões e culturas mundiais, na construção dessa nova fase vindoura do Constitucionalismo, considerando-se inclusive a concepção, que no momento parece utópica, de universalidade constitucional (SOARES; RIGOLDI, 2013).

Na perspectiva global atual, em que se presencia o sofrimento da humanidade, a violência social, a descrença no poder da razão, as crises de valores, a fome, as doenças que dizimam milhões, o avançado desenvolvimento tecnológico e científico, os inúmeros recursos da comunicação, bem como a má distribuição de recursos que resulta na desigualdade social, extrema em alguns lugares do mundo, é perceptível o que ensejaria o ato da feitura das constituições do futuro (BULOS, 2011).

Em vista das possibilidades e limitações, resta saber se a realização dos mencionados valores nas futuras constituições será uma realidade ou apenas mais um desses erros de futurologia, mas isso somente o tempo dirá (NOVELINO, 2011).

CONCLUSÃO

O presente estudo teve com destinação análise do constitucionalismo ao transconstitucionalismo no cenário brasileiro. O primeiro que tem como principal elemento a soberania estatal e soberania de suas normas e o segundo que reconhecendo a existência de conflitos de cunho constitucional apresenta-se como alternativa aos conflitos entre duas ou mais ordens distintas. Para o alcance desse objetivo geral foram traçados objetivos específicos, bem como elencadas algumas perguntas que seriam respondidas no decorrer do texto.

A confecção do presente trabalho foi de suma importância em razão da relevância do tema no cenário atual jurídico e internacional. Discutir os aspectos aos impactos do transconstitucionalismo no plano jurídico brasileiro é essencial para a compreensão desse novo instituto, sua aplicação e o que ele acrescenta e significa para o direito brasileiro.

É visível que estado brasileiro percorreu um longo caminho em sua trajetória político-constitucional até que fossem aparentes os princípios do constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo. No que tange a soberania, esta também teve de se flexibilizar em vista das transformações de outro elemento essencial do Estado: o povo.

Em razão disso, partindo-se da premissa de que na sociedade mundial, o que se observa é que o direito interno tornou-se insuficiente para legitimar as decisões dos juízes, especialmente nos casos constitucionais complexos, e sendo assim aderiu-se à aplicação do transconstitucionalismo, o que trouxe às decisões

das cortes brasileiras conteúdo mais rico e peso persuasivo, instalando novo discurso jurídico que só tem a somar à efetividade da aplicação da norma constitucional, como verificado em recentes decisões do supremo tribunal federal.

No presente estudo, verificou-se ainda, que a aplicação desse instituto possui algumas limitações, não sendo possível elencar todas, ao passo que o instituto ainda está em fase de crescimento. A aplicação do transconstitucionalismo depende principalmente de simetria das formas do direito, o que ensejaria uma certa uniformização constitucional, talvez não tão de forma tão utópica como sonhou Dromi, mas de forma suficiente a aplicação desse instituto que só tem fortalecido o sistema internacional de Direitos Humanos e garantia dos direitos fundamentais, o que deveria superar qualquer outro objetivo de um Estado.

Em sede conclusiva, a partir dos conteúdos desenvolvidos nessa pesquisa, que ainda é incipiente, nota-se que o instituto do transconstitucionalismo, suas linhas de aplicações e principalmente suas limitações ensejam novas linhas de pesquisa sobre o mesmo tema, devida a sua relevância no cenário político-constitucional atua. Dada a mundialização do direito, a melhor compreensão desse instituto é, indubitavelmente, essencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

ARAÚJO, Victor Costa de. **Transconstitucionalismo na jurisprudência do supremo tribunal federal**: uma análise sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais. 2015. Dissertação (Pós-Graduação strictu sensu em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17705>> Acesso em 14 fev. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 1-38, jul. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47562/44776>> Acesso em: 12 nov. 2017.

BELLO, José Maria. **História das Repúblicas**. Rio de Janeiro: Simões, 1954.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 2215 PE**. Relator: Min. Celso de Mello. 17 de abril de 2001. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14821398/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2215-pe-stf>> Acesso em: 16 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. AP nº 470/MG. Duplo grau de jurisdição na constituição brasileira e no pacto de São José da Costa Rica. In:_____. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 de Setembro de 2013. **Diário da Justiça**, n. 074, p. 25, abr. 2013. [Voto do Ministro Celso de Mello]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_470EI__Voto.pdf>. Acesso em 15 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424**. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. **Diário de Justiça**, [S.L.], v. 02144-03, n., p. 00017, mar. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em 15 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424**. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Rio Grande do Sul, 19 de março de 2004. Diário de Justiça, [S.L.], v. 02144-03, p. 573-580, mar. 2004. [Voto do Ministro Maurício Corrêa]. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>.
 Acesso em 15 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424**. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Diário de Justiça, [S.L.], v. 02144-03, p. 617-634, mar. 2004. [Voto do Ministro Celso de Melo]. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>.
 Acesso em 15 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424**. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. Diário de Justiça, [S.L.], v. 02144-03, p. 634-655, mar. 2004. [Voto do Ministro Gilmar Mendes]. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>.
 Acesso em 15 fev. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **A Teoria das Formas de Governo**. 5 ed. Brasília, UnB, 1998.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÂNDITO VITÓRIO; Teodolina Batista da Silva; SILVA VITÓRIO, Lorena. **O transconstitucionalismo no supremo tribunal federal: a inclusão da perspectiva dos direitos humanos nas decisões nacionais**, 2013. Disponível em <
<http://www.fadivale.com.br/portal/revista/#1505129150988-2fabac35-886c>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

CARVALHO, Kildares Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. 21. ed. São Paulo: Del Rey, 2015.

COLOMBO, Silvana. Estado, soberania e poder: uma visão a partir da sociedade

internacional. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 61-74, Jul. 2010. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1891/959>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DELLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. 1ed. Brasília: **Gazeta Jurídica**, 2016, v. 1, p. 230-265. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/19000?show=full>>. Acesso em 23 fev. 2018.

ELMAUER, Douglas. Transconstitucionalismo: Do acoplamento estrutural à racionalidade transversal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 108, p. 855-864, nov. 2013. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68006/70863>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FONSECA, Daniel Correa. Transconstitucionalismo e a tutela dos direitos humanos: o conflito de decisões decorrentes da transcendência estatal/territorial de fronteiras no mundo contemporâneo. **Revista Direito UNIFACS**, nº 158, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2720>> Acesso em: 23 de fev. 2018.

GADOTTI, Gisele Araújo. **Do constitucionalismo ao transconstitucionalismo: considerações sobre o(s) sentido(s) do constitucionalismo na contemporaneidade com especial referência aos direitos fundamentais**, 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/34748>> Acesso em 20 fev de 2018.

GAVIÃO, Vanessa Cristina. **A relação entre o constitucionalismo e da democracia: uma análise da nova lei de cotas sociais**, 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p237> Acesso em: 13 nov. 2017.

GUASQUE, Bárbara; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. Constitucionalismo e Democracia. Ensaio: o acesso à justiça e os direitos fundamentais em debate, **Umuarama: Universidade Paranaense – UNIPAR**, v 01, p. 77-92, 2014. Disponível em: <http://pos.unipar.br/files/publicacao_academica/acesso_justica_e_direitos_fundamentais_s_em_debate_l_versao_final_1.pdf> Acesso em: 15 nov. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LAZARI, Rafael José Nadim de. Reflexões críticas sobre a viabilidade de um “constitucionalismo do futuro” no Brasil: exegese valorativa. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v.9, n.9, p.91-112, jan/jun. 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Wesley de. Da evolução constitucional brasileira. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 49, jan 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4037>. Acesso em 13 nov. 2018.

MAGNOLIO, Demétrio. **Relações Internacionais: teoria e história**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de direito constitucional**. Salvador, 2010. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/12503235/paulo-mascarenhas-manual-de-direito-constitucional>> Acesso em 13 nov. 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2009.

MENEZES, Andrade de. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. Aplicação das Sentenças de Cortes Internacionais no Brasil: a busca pela efetividade das decisões da corte interamericana de direitos humanos. **Revista Constituição e Garantias de Direito**. UFRN, Natal, v. 04, n. 2, 2011.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. **Teoria da constituição**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do estado, dos poderes e histórico das constituições**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

REZENDE, Augusto César Leite de. **A tutela do direito humano ao meio ambiente sadio perante a corte interamericana de direitos humanos**. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RIGOLDI, Vivianne; SOARES, Andréa Antico. O Constitucionalismo Do Futuro De José Roberto Dromi: questões acerca da viabilidade de um constitucionalismo universal. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 12, jan. 2014. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/411>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

RINALDI, Patrícia Nogueira. A Assimetria Nas Relações Internacionais: Uma análise comparativa do conceito para Aron, Bull e Waltz. **Revista de Iniciação Científica da FFC**. São Paulo, v.14, n.1, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para Libertar**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Lorena Taveira dos Santos. **Democracia cosmopolita e transconstitucionalismo**: Desafios, realidades e horizontes globais para o constitucionalismo atual, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Universidade do Porto, Porto. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/90268>> Acesso em 23 fev. 2018.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36 ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2013.

TEÓFILO, Anna Mayra Araújo. **Transconstitucionalismo, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa**: breves considerações. **Funjab**, v. XXII, p. 461-475, 2013. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=05c41063331401f5>> Acesso em 21 fev. 2018.