

# **Transconstitucionalismo, Interconstitucionalidade e Heterorreflexividade: alternativas possíveis para a proteção dos Direitos Humanos na relação entre ordens jurídico-constitucionais distintas – primeiras incursões<sup>1</sup>**

*Vitor Soliano<sup>2</sup>*

## **1. INTRODUÇÃO**

O mundo contemporâneo em muito se difere daquele que propiciou o surgimento do Estado Constitucional. É lugar comum afirmar que a globalização encurtou distâncias, aproximou as pessoas, aumentou as possibilidades de comunicação e informação.

Ao mesmo tempo, e por outro lado, a globalização vem causando problemas às culturas locais, diminuindo seu valor e importância, conduzindo o mundo a uma espécie de homogeneização cultural. A quebra das fronteiras culturais, embora favoreça aprendizados, pode causar a perda de núcleos de sentidos importantes. Além disso, a globalização e o caminho para uma sociedade global requer/contribui o/para o aumento da força do sistema econômico que pode acabar corrompendo outros sistemas sociais (políticos e jurídico, por exemplo).

Nesse ambiente de dúvidas e incertezas é extremamente problemático oferecer uma opinião concreta sobre os diversos aspectos que rondam o surgimento de uma sociedade global. Uma coisa, contudo, é certa (e esse será o tema desenvolvido no presente texto): o sistema jurídico, ou melhor, o constitucionalismo, também recebe influências, sofre alterações e apresenta novas possibilidades. E tal fato não é perceptível apenas nas legislações, mas também no ambiente decisório (judicial).

---

<sup>1</sup> O presente texto foi premiado com a segunda colocação no 6º Concurso de Artigos de Direito Público promovido durante o X Fórum Internacional de Direito Público e 10º Congresso Brasileiro de Direito Constitucional Aplicado, realizado entre os dias 26 e 28 de maio de 2011 em Salvador-BA e organizado pela Múltipla e pelo JusPodivm. Essa versão foi revisada e pontualmente alterada.

<sup>2</sup> Pós-graduando (*lato sensu*) em Direito Público (JusPodivm/Faculdade Baiana de Direito). Bacharel em Direito (Universidade Salvador). Foi membro do Instituto de Estudos Jurídicos (2010/2011), bolsista em iniciação científica pelo CNPq (2009/2010) e monitor da matéria Introdução ao Estado do direito (2009). Advogado.

Assim, é papel da ciência do direito explorar e esmiuçar esse fenômeno, afim de dar-lhe maior precisão e extrair as contribuições mais valiosas.

A intenção do presente artigo é analisar como, porque e de que forma as ordens jurídicas podem/devem se entrelaçar para resolução de problemas que passaram a ter relevância global e não apenas restrito ao território nacional. Nesse espeque, a questão dos direitos humanos será ambiente privilegiado para a investigação.

Para tanto, nos percorreremos brevemente o caminho que o constitucionalismo traçou até hoje e porque os direitos humanos, altamente vinculados à idéia de constitucionalismo, passaram a ser preocupação global. Em seguida, nos dedicaremos ao conceito de transconstitucionalismo e no que ele pode contribuir para essa sociedade global. Por fim, nos filiaremos a um paradigma hermenêutico para apresentar as formas existenciais e epistemológicas que devem ser incorporadas a fim de maximizar as contribuições que o transconstitucionalismo tem a oferecer, sempre tendo a preocupação com respostas certas em direito.

## **2. CONSTITUCIONALISMO, DIREITOS HUMANOS E O CAMINHO PARA UMA SOCIEDADE MUNDIAL. UMA BREVE ANÁLISE**

Segundo Marcelo Neves<sup>3</sup> o termo Constituição, ao qual se relacionam os termos constitucionalismo e constitucionalização, vem sendo usado de forma inflacionária, o que acarreta o desvirtuamento de seu sentido preciso. Contudo, a Constituição e o constitucionalismo, surgem em um contexto bem delimitado e com propostas nucleares.

O constitucionalismo surge, como informam Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes<sup>4</sup>, a partir do momento que uma classe de pujança econômica pretende tomar também o poder político, protegendo-se dos abusos do Estado através de um instrumento normativo (Constituição).

Desde o seu nascimento, a Constituição e o constitucionalismo têm um ideal básico, bem retratado no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Ou seja, consagrava-se

---

<sup>3</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 1.

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.

como núcleo do constitucionalismo a divisão de poderes e a garantia de direitos fundamentais<sup>5</sup>. Dito de outra forma, o constitucionalismo pode ser entendido como uma

teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social da comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*<sup>6</sup>

O ideário constitucionalista se espalhou pelo mundo ocidental no decorrer dos séculos XVIII, XIX e XX. Percebe-se a “universalização” desse ideário principalmente quando observamos o desenvolvimento que o discurso dos direitos humanos vem tomando no último século. Os direitos fundamentais se desprendem de uma concepção meramente estatal, e transformam-se em exigências globais. Como afirma Flávia Piovesan, “fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional”<sup>7</sup>.

A autora ainda destaca que o surgimento do movimento de internacionalização dos direitos fundamentais é decorrência do 2º pós-guerra e consagra a unificação dos direitos liberais e políticos com os direitos sociais, culturais e econômicos<sup>8</sup>.

Assim, diversas ordens jurídico-constitucionais passam a dividir problemas semelhantes. E as soluções para esses problemas muitas vezes são dadas através do centro da ordem jurídica, ou seja, as cortes constitucionais.

Dessa forma, no cenário do mundo globalizado, da sociedade mundial, “a existência de um diálogo entre as diversas ordens jurídicas (nacionais e supranacionais) e o reconhecimento da necessidade de considerável dose de harmonização entre os ordenamentos dos diversos Estados (...), constituem demandas prioritárias”<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> “*Constitucionalismo* significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5).

<sup>6</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 51, destaque do original.

<sup>7</sup> PIOVESAN, Flávia. *Declaração Universal dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas*. In: *Direitos Humanos e Democracia na era Global*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol. 1º n. 7. Belo Horizonte: IHJ, 2009, p. 14.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em Matéria de Direitos Humanos: Revisitando a Discussão em Torno dos Parágrafos 2º e 3º do Art. 5º da Constituição Federal de*

A contribuição das decisões das cortes constitucionais e dos juízes singulares dentro de um Estado é enorme, uma vez que são esses os responsáveis, em inúmeras situações, pela identificação do problema específico e pela concretização dos direitos humanos. Através deles, é possível vislumbrar uma saída para a mera “promessa” dos direitos humanos.

Sem querer excluir ou anular o fundamental e indispensável papel que as outras esferas de poder (Legislativo e Executivo) desempenham na afirmação dos direitos humanos, é necessário pensar nas formas e mecanismos que possam garantir ao Judiciário um papel nessa empreitada.

Pode-se afirmar, para arrematar esse tópico, que a evolução da sociedade (mundial) passou a colocar em dúvida a relação, aparentemente necessária, entre ordenamento jurídico e soberania nacional. Ou, ainda, se realmente há alguma justificativa para, hoje, considerar o direito como sinônimo de Estado nacional. Por isso, faz-se necessário estudos sobre as condições de possibilidade de se pensar um constitucionalismo para além do Estado e como tal modelo contribuiria para a solução dos problemas constitucionais<sup>10</sup>. Buscaremos explorar esses estudos no tópico seguinte.

## **2. O CONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS JURÍDICAS: TRANSCONSTITUCIONALISMO E INTERCONSTITUCIONALIDADE (OU OS CAMINHOS ABERTOS POR MARCELO NEVES E J. J. GOMES CANOTILHO)**

Vimos no tópico anterior, ainda que de forma breve, que o constitucionalismo tem um núcleo essencial constituído pela garantia de direitos fundamentais (ou humanos) e pela separação de poderes. Esse núcleo acompanha a idéia de constitucionalismo desde a sua formulação moderna, decorrente das lutas revolucionárias do século XVIII.

Ainda, observamos que o discurso dos direitos humanos, que tem sua base idéia de proteção de direitos básicos, se espalhou pelo mundo ocidental e passou a fazer parte das ordens jurídico-estatais que assumem o modelo constitucionalista.

---

1988. In NEVES, Marcelo (org.). *Transnacionalidade do Direito. Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 73.

<sup>10</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org.) *Hermenêutica e Epistemologia. 50 Anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 145-146.

Por fim constatamos que, principalmente a partir do último século, passou a se poder falar de uma sociedade mundial, o que nos leva a procurar soluções comuns, preferindo um pensamento cosmopolita e não provinciano.

É nesse contexto que Marcelo Neves introduz, no Brasil, o conceito de Transconstitucionalismo. O autor, um dos principais expoentes da teoria sistêmica (Niklas Luhmann) em *terrae brasiliis*, traz para o debate nacional a idéia de entrelaçamentos entre ordens jurídicas constitucionais para a solução de problemas comuns.

Como sinaliza o autor, o conceito não se refere a algum tipo de internacionalidade ou transnacionalidade do direito constitucional. Antes “aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas”.<sup>11</sup>

Ou seja, a idéia de Transconstitucionalismo indica a superação de um paradigma nacional-estatal do constitucionalismo, bem como do direito internacional público clássico. Enfim, reconhece-se que os problemas nucleares do constitucionalismo são debatidos por diversas ordens jurídicas entrelaçadas, principalmente (mas não só) no interior das Cortes Constitucionais<sup>12</sup>.

A obra de Marcelo Neves, entretanto, parece não querer introduzir uma idéia nova a ser perseguida ou um modelo alternativo para a compreensão do constitucionalismo na sociedade mundial. Ao contrário, parte da percepção de que os relacionamentos transconstitucionais já existem e, por isso, precisam ser trabalhados para que se dê maior coerência e amplie possibilidades de execução.

O primeiro ponto que vale ser destacado é que os entrelaçamentos entre as ordens jurídico-constitucionais da sociedade mundial não dependem, necessariamente, de tratados internacionais. Funcionam, principalmente, a partir do centro das ordens jurídicas, ou seja, dos tribunais e juízes<sup>13</sup>.

Os relacionamentos entre as decisões dessas cortes é possível pois, como foi dito alhures, o constitucionalismo tem um núcleo basilar, consistente na separação de poderes e na garantia de direitos fundamentais. “O fundamental é precisar que os

---

<sup>11</sup> NEVES, Marcelo, op. cit., p. XXI-XXII

<sup>12</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 71.

<sup>13</sup> NEVES, Marcelo, op. cit., p. 116-117.

problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas”.<sup>14</sup>

Dessa maneira é possível se falar em uma espécie de conversação, de diálogo entre os centros das ordens jurídicas<sup>15</sup>. Assim, os entrelaçamentos não funcionam de forma hierárquica ou impositiva. Ao invés disso, as ordens jurídicas se reconstróem permanentemente ao observarem a forma que se tem tratado determinada matéria constitucional, seja ela de garantida ou de controle de poder. Há, aqui, flagrante construção reflexiva de identidade<sup>16</sup>.

O interessante é que a autonomia das ordens jurídicas não fica comprometida uma vez que o transconstitucionalismo visa uma integração antes de uma submissão. Contudo, não apóia um constitucionalismo provinciano, tendo-o como incompatível com a atual situação da sociedade mundial. Considera o Estado nacional uma instituição importante, mas não mais o único lugar para resolução de problemas constitucionais<sup>17</sup>.

Nesse cenário ganha importância fundamental a questão dos direitos humanos, entendidos como decorrentes do núcleo do constitucionalismo que protege direitos fundamentais<sup>18</sup>. Como afirma José Luis Bolzan de Moraes a questão dos direitos humanos impõe uma reflexão renovada sobre sua aplicação, mormente no interior do Estado nacional<sup>19</sup>.

Uma vez que a questão dos direitos humanos extrapola, hoje, para todos os tipos de ordens jurídicas, passa a ser um problema central do transconstitucionalismo. A maior contribuição que o constitucionalismo para além do Estado pode dar à problemática dos direitos humanos refere-se ao momento de aplicação.

Sem dúvida os direitos humanos causam dificuldades que muitas vezes parecem intransponíveis, situação causada pela possibilidade de diversas leituras sobre eles, pelo pouco consenso que há em torno do que eles realmente garantem (se apenas direitos de primeira dimensão ou se também de segunda e terceira) e, mais gravemente,

---

<sup>14</sup> Ibidem, p. 121.

<sup>15</sup> Ibidem, p.117.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 297.

<sup>18</sup> Pelos limites objetivos desse texto não cabe a discussão da diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. Adotaremos aqui uma diferença Estatal-Universal.

<sup>19</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional*. In MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne (Org.). *Diálogos Constitucionais. Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 242.

pela constatação de que as diversas ordens jurídicas do cenário mundial compreendem os direitos humanos de forma assimétrica, questionando, inclusive, se seriam aplicados a qualquer ser humano<sup>20</sup>.

Essa situação problemática apresenta-se como terreno fértil para as contribuições do transconstitucionalismo. Diante de um problema concreto que envolva uma questão de direitos humanos, um tribunal constitucional ou um juiz poderá dialogar com outras ordens constitucionais a partir da forma através da qual se tem decidido problemas semelhantes no cenário mundial. Um diálogo construtivo gerará, fatalmente, aprendizado e reconstrução do que se entende sobre aquele direito humano concretamente questionado.

Como referido anteriormente, esse entrelaçamento não pode ser confundido com uma convergência entre ordens jurídicas<sup>21</sup>. Antes, e sempre, deve-se entender o diálogo e a conversação entre ordens constitucionais, mormente quando se fala em direitos humanos, como mecanismo de aprendizado e evolução.

Afinal, olhar para e através do outro é fundamental porque não podemos ver tudo. Há sempre, como afirma Marcelo Neves<sup>22</sup>, um ponto cego que não enxergamos. Sobre as questões de direitos humanos, das mais controvertidas, sempre há algo que, embora ainda não enxerguemos, outro talvez já tenha visto.

J. J. Gomes Canotilho também apresenta, embora de forma mais sucinta, contribuição relevante para a compreensão das relações constitucionais entre ordens jurídicas distintas. Seu objeto de análise, contudo, parece ser o contexto europeu (União Européia) e não o constitucionalismo ocidental como um todo<sup>23</sup>.

O autor recorre ao conceito de Interconstitucionalidade que, segundo ele, indica para o estudo das “relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”<sup>24</sup>.

Da mesma forma que Marcelo Neves, Canotilho afirma que a existência de conexões constitucionais entre mais de uma ordem jurídica não desconfigura a formatação de suas individualidades. Contudo, a rede que se forma entre elas exige uma

---

<sup>20</sup> NEVES, Marcelo, op. cit., p. 256.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 258.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 295-298.

<sup>23</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade*. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2.ed. Almedina, 2008, p. 265-266.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 266.

relativização dos princípios estruturantes da estabilidade estatal como hierarquia e competência, sem dissolver o tipo de Estado Constitucional<sup>25</sup>.

Interessante notar que Canotilho atribui importância à existência de textos constitucionais em choque para poder falar da interconstitucionalidade, relevância essa deixada de lado por Marcelo Neves que parece estar mais preocupados com problemas constitucionais e decisões das cortes e juízes para falar de transconstitucionalismo.

A grande contribuição de Canotilho para os limites desse trabalho é o apontamento que ele faz sobre a relação entre interconstitucionalidade e interculturalidade. Nesse sentido afirma que a partilha de cultura é importante para uma interconstitucionalidade proveitosa e aduz que o papel integrador das constituições deve possibilitar, também, mecanismos de comunicação entre as diversas culturas para que essa partilha possa ocorrer<sup>26</sup>.

Por fim, e entendendo cultura como a união de tradição, desenvolvimento e manifestação cultural<sup>27</sup> (2008, p. 272), afirma que a cultura constitucional “forma o contexto dos textos constitucionais”<sup>28</sup>. Assim, para que o conteúdo jurídico seja aproveitado pelas diversas ordens constitucionais é preciso haver, além do diálogo sobre as decisões, um aprendizado cultural.

No tópico seguinte, ao falarmos do modelo epistemológico adequado ao constitucionalismo entre ordens jurídicas, daremos maior atenção à proposta de Marcelo Neves tendo em mente, contudo, a advertência de Canotilho.

### **3. COMPREENSÃO E HETERORREFLEXIVIDADE: O FECHAMENTO SISTÊMICO PELA HERMENÊUTICA EM UM CONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS JURÍDICAS**

Uma vez determinada a existência e as possibilidades abertas por um constitucionalismo para além do Estado é preciso, ainda, investigar de que forma essas conquistas podem ser trabalhadas frente a um caso concreto. Ou seja, é preciso indagar pelas condições epistemológicas adequadas para, em um caso específico, colocar em funcionamento o diálogo e o aprendizado advindo da experiência transconstitucional.

---

<sup>25</sup> Idem. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Almedina, 2011, p. 1426.

<sup>26</sup> Idem. “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade*. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2.ed. Almedina, 2008, p. 271.

<sup>27</sup> Ibidem. p. 272.

<sup>28</sup> Ibidem. p. 272-273.



Enfim, tentar entender *como* um julgador pode/deve se valer do transconstitucionalismo ao analisar um caso posto sob sua análise. Como afirma o próprio Marcelo Neves “Antes do que autoridade, o transconstitucionalismo *precisa de método*”<sup>29</sup>.

O “método” do transconstitucionalismo, entretanto, não pode ser entendido em sentido cartesiano, através do qual é possível a construção de verdades pelo uso correto de uma metodologia pré-definida. Devemos recorrer, antes, a um paradigma epistemológico que esteja em conformidade com a evolução do pensamento filosófico e que não abra espaço para a subjetividade do intérprete, o que não é alcançado por uma mera metodologia.

Nesta toada merece destaque o paradigma filosófico inaugurado por Martin Heidegger e continuado por Hans-Georg Gadamer no século passado: a (filosofia) hermenêutica (filosófica). Esse paradigma insere-se no contexto do giro lingüístico e passa a compreender a linguagem não como um objeto manipulável pelo homem, mas sim o momento necessário e essencial para a própria compreensão do mundo.

Como ensina Lenio Streck, precursor da imbricação entre hermenêutica filosófica e teoria do direito no Brasil, esse novo paradigma força o ingresso do mundo prático na filosofia e descortina o fato de que, antes de qualquer raciocínio lógico-analítico há uma dimensão prático-pragmática que nos conecta ao mundo<sup>30</sup>. Ou seja, antes de argumentarmos e discutirmos, já compreendemos<sup>31</sup>.

Isso significa que todo contato com fenômenos, e o fenômeno jurídico não foge a essa regra, já faz despertar algum sentido sobre ele, antes mesmo que se questione qual a melhor resposta para ele e, mesmo, qual o método correto para se aplicar. Trata-se do caráter pré-compreensivo de toda compreensão.

O reconhecimento da linguagem enquanto fundadora de mundo implica, necessariamente, no reconhecimento da alteridade de todos os sentidos. Ou seja, se a linguagem é a casa dos sentidos das coisas, esses sentidos não pertencem ao intérprete, uma vez que a linguagem é, sempre, compartilhada.

Esse cenário pode parecer problemático para o reconhecimento da possibilidade da existência de respostas corretas ou mesmo viáveis em direito. Contudo,

---

<sup>29</sup> NEVES, Marcelo, op. cit., p. 277, destaque nosso.

<sup>30</sup> *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 14.

<sup>31</sup> “nós somos, enquanto seres humanos, entes que já sempre se compreendem a si mesmos e, assim, o compreender é um existencial da própria condição humana, portanto, faz também parte da dimensão ontológica”. Ibidem, p. 15.

é justamente o caráter intersubjetivo dos sentidos que nos impele a acreditar em respostas corretas. Afinal, ainda que minimamente, compartilhamos sentidos.

Qualquer tipo de epistemologia que se pense dentro desse paradigma terá que assumir sua condição de secundária em relação ao fenômeno existencial da compreensão. Dentro de um contexto jurídico, o diálogo será o melhor caminho para essa epistemologia<sup>32</sup>. O diálogo é, por excelência, comunicação com o *outro* e, por isso, a ele cabe um papel secundário no sentido de que não é por ele que se chega à verdade, mas é através dele que a “melhor” verdade pode ser desvelada. O diálogo, no paradigma aqui adotado, será responsável por mostrar àquele que compreende algo que ainda não se viu, embora já fosse possível ver<sup>33</sup>.

Aposta-se no diálogo pois, além de ser ele o responsável por novas compreensões sobre o mesmo fenômeno, pretende-se fugir da dissimulação e por estar ele “historialmente” legitimado, uma vez que a tradição democrática se impõe autenticamente nas sociedades ocidentais constitucionalizadas<sup>34</sup>.

O diálogo entrará em curso como mecanismo *reflexivo* e, por ser realizado através e com o *outro*<sup>35</sup> (o *alter*), a hermenêutica aqui adotada será *Heterorreflexiva*.

Transportar esse paradigma para a compreensão do direito exige que, em primeiro lugar, se entenda o direito não de forma existencial, ainda que ele busque fundamento na existencialidade, uma vez que co-originariamente ligado à moral. O direito é, antes, uma artificialidade política e sistêmica que seleciona condutas *intersubjetivamente* relevantes para a regulação do convívio em sociedade<sup>36</sup>.

Desenvolveremos o modelo epistemológico tendo em vista a nossa proposta inicial que é trabalhar com os direitos humanos, ligando essa problemática ao transconstitucionalismo.

A primeira preocupação do intérprete quando de frente para um problema que exige uma resposta jurídico-constitucional é não se voltar imediatamente com a

---

<sup>32</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva*. Uma teoria Dialógica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>34</sup> “A opção pelo diálogo e a necessária relação entre ele e a busca por *repostas corretas* em direito não é uma necessidade *a priori* para que se obtenha o conhecimento válido, mas uma marca da história que nos atropela na contramão de um movimento que se inicia com uma tentativa de ultrapassar os nossos limites” *Ibidem*, p. 127.

<sup>35</sup> Cf. NEVES, Marcelo, *op. cit.*, p. 295-298.

<sup>36</sup> CARNEIRO, Wálber Araújo. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org.) *Hermenêutica e Epistemologia*. 50 Anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 147.

possível resposta que o sistema pode oferecer. Se fizer isso, encobrirá sentidos possíveis, uma vez que os sentidos morais-práticos do problema não foram trabalhados. Deve-se inverter a polaridade que comumente se atribui ao direito: da relação *norma-fato* para a relação *fato-norma*<sup>37</sup>.

O objetivo do intérprete, portanto, é mapear a fundo o problema contrastivamente, a fim de desvelar o máximo de sentidos que envolvem o dissenso e promover a redução da complexidade<sup>38</sup>. É nesse ambiente contratextual que poder-se-ia resolver a questão colocada por Canotilho em relação ao problema da interculturalidade. Aqui, como não se está pensando o sistema, é possível jogar com as questões culturais em jogo num diálogo transconstitucional.

Uma vez mapeado o dissenso e esgotado o desvelamento das questões morais-práticas do problema, passa-se a enfrentar o sistema<sup>39</sup>. Aqui, como estamos tratando de uma preocupação para além do Estado, devemos incorporar ao que se entende por sistema as normas que são divididas pelas diversas ordens jurídicas em constante tensão<sup>40</sup>.

É nesse momento de diálogo com o sistema que o transconstitucionalismo contribui de forma decisiva para a resposta juridicamente adequada. Os direitos humanos, como vimos, assumem um caráter universal e suas concretizações são, por isso, trabalhadas por diversas ordens jurídicas. Ou seja, existem diversos *outros* enxergando e decidindo acerca de problemas muito próximos. Afinal, o constitucionalismo tem um núcleo fundamental.

Assim, uma vez entendido que a compreensão nunca se dá “do nada” e que qualquer esforço epistemológico deve ser necessariamente *reflexivo* e nunca constitutivo, o diálogo e o aprendizado possibilitado pelo transconstitucionalismo

<sup>37</sup> Sobre a importância de se concentrar primariamente com o problema assim se posiciona Marcelo Neves: “o método do transconstitucionalismo não pode ter como ponto de partida uma determinada ordem jurídica, muito menos as ordens dos mais poderosos, mas sim os problemas constitucionais que se apresentam enredando as diversas ordens. Da desconexão inicial entre ordens presas em suas respectivas identidades, o transconstitucionalismo viabiliza a articulação recíproca de regras e princípios em face do caso” (Op. cit., p. 275).

<sup>38</sup> CARNEIRO, Wálber Araújo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva*. Uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 252-253.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 254.

<sup>40</sup> O “segundo tempo reflexivo” frente ao sistema envolve camadas que vão do momento mais abstrato do sistema, os princípios (ligam o problema ao *fundamento* existencial do direito), passa pelas regras, pela compreensão que a doutrina (pode) atribui(r) àquele caso e encerra com o confronto com a jurisprudência. Esses quatro momentos funcionam como instância reflexiva e aproximam a decisão de uma resposta correta (CARNEIRO, Wálber Araújo. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico, p. 148-150). Pelos limites objetivos desse texto, nos focaremos nas possibilidades conquistadas pelo transconstitucionalismo.

inserem-se na dimensão reflexiva da compreensão e possibilitam soluções mais adequadas no que toca os direitos humanos. A solução de um problema por um tribunal constitucional de direitos humanos, por exemplo, pode contribuir na compreensão que o STF tem a respeito de demandas que tratam de problemas similares, sem que se configure uma situação de hierarquia ou de sobreposição. O diálogo e o aprendizado, possibilitados por uma racionalidade reflexiva, apontam para soluções mais consistentes e próximas, ainda que não seja possível estabilizar soluções de tipos de caso ao redor do globo. Afinal, ainda que se admita que o transconstitucionalismo heterorreflexivo busca, constantemente, a rearticulação da identidade em face do outro, há uma assimetria insuperável nas formas jurídicas da sociedade mundial<sup>41</sup>.

#### 4. CONCLUSÕES

Três hipóteses básicas guiaram a produção desse texto: 1) o constitucionalismo surge do ideário revolucionário do fim do século XVIII propagando a idéia de garantia de direitos fundamentais e controle de poder, originalmente ligado à concepção de Estado-nacional, mas ampliado, principalmente no último século, para além dos limites territoriais do Estado, alcançando a sociedade mundial; 2) nesse contexto passam a surgir conexões entre diversas ordens jurídicas preocupadas em resolver problemas comuns o que gera a possibilidade de intercâmbio de idéias e soluções sobre o constitucionalismo e; 3) para aproveitar ao máximo o potencial emancipatório dessa “evolução” do constitucionalismo é preciso de um modelo epistemológico que dê as bases para que o intérprete possa compreender e resolver uma situação concreta de forma transconstitucional.

Se é verdade que as questões de direitos humanos transbordam os limites do Estado-nacional, não é menos verdade que ainda precisamos dele para superarmos os enormes déficits sociais presentes em diversas partes do globo, mormente em países de modernidade tardia (periféricos).

Ainda assim, a comunhão de problemas aponta para a possível comunhão de soluções, o que passa a exigir uma atenção redobrada às alternativas de interconexão entre as diversas ordens jurídico-constitucionais na sociedade mundial. Todos os

---

<sup>41</sup> NEVES, Marcelo, op. cit., p. 276.

sistemas jurídicos preocupados com o constitucionalismo podem dialogar e aprender entre si as formas de concretização dos direitos humanos.

Para que, diante de uma situação concreta, o intérprete possa usufruir desse potencial, é preciso que esteja atento aos limites existenciais e (por que não?) culturais da sua compreensão sobre o que significa direitos humanos e, em um momento reflexivo, olhe para *outra* ordem jurídica com o intuito de aprendizado e apontamento para algum lugar que ainda não se viu. Dessa forma, ao mesmo tempo que se garante a autonomia do direito interno, já que a reflexividade atuará de forma não autoritária, solidifica-se uma decisão cosmopolita, preocupada com as relações (produtivas) que ocorrem na sociedade mundial.

## 6. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional*. In MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne (Org.). *Diálogos Constitucionais. Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. *O Ativismo Judiciário: entre o nacionalismo, a globalização e a pobreza*. In MOURA, Lenice S. Moreira de (Org.). *O novo constitucionalismo na era pós-positivista*. Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade*. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2.ed. Almedina, 2008.

CARNEIRO, Wálber Araujo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva*. Uma teoria Dialógica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org.) *Hermenêutica e Epistemologia*. 50 Anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

PIOVESAN, Flávia. *Declaração Universal dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas*. In: Direitos Humanos e Democracia na era Global. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica vol. 1º n. 7. Belo Horizonte: IHJ, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Tratados Internacionais em Matéria de Direitos Humanos: Revisitando a Discussão em Torno dos Parágrafos 2º e 3º do Art. 5º da Constituição Federal de 1988*. In NEVES, Marcelo (org.). *Transnacionalidade do Direito. Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.