

SOCIEDADE ABERTA E TRANSCONSTITUCIONALISMO:
UM DIÁLOGO POSSÍVEL
DIREITOS HUMANOS, SISTEMA INTERNACIONAL E (PÓS) MODERNIDADE¹

Gustavo Adolfo Menezes Vieira²

RESUMO

O presente artigo não privilegia a abordagem tradicional, estritamente descritivo-dogmática, acerca de aspectos puramente deontológicos do fenômeno jurídico tão exhaustivamente trabalhados na doutrina. Ao contrário, este trabalho busca identificar as variáveis que interagem no atual estágio de desenvolvimento e formação de consensos atinentes aos direitos humanos e fundamentais na política mundial da pós-modernidade. O artigo em tela propõe, portanto, diálogos entre os matizes teóricos internacionalistas vis-à-vis à Ciência do Direito, em especial a partir da noção de sociedade aberta de intérpretes da constituição de HÄBERLE (2002) e do paradigma transconstitucional (NEVES, 2009).

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos, sociedade aberta, transconstitucionalismo.

¹ Trabalho laureado no 6º Concurso de Artigos JusPODIVM de Direito Público realizado no I Internacional de Direito Público e X Congresso Brasileiro de Direito Constitucional Aplicado.

² Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, pesquisador do Laboratório de Análise Política Mundial (Labmundo), advogado.

Do ponto de vista metodológico, para os fins deste trabalho, a noção de direitos fundamentais remete à positivação de matriz constitucional da plataforma ético-jurídica dos direitos humanos situada em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos. Nesse orbe, o caráter plural dos direitos humanos leva à simultaneidade de sua problematização em face de uma diversidade de ordens normativas, cujo entrelaçamento resta insuscetível de redução a um horizonte estritamente estatal. Desse modo, a intercalação entre direitos humanos e fundamentais, ambos voltados à manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação, configura elemento central acerca da possibilidade de abertura transconstitucional da ordem jurídica na (pós) modernidade³.

Resta cediço que o campo epistemológico contemporâneo perpassa por uma crise sistêmica que vem reverberando por todas suas vertentes estruturais, inclusive sua base jurídico-gnosiológica. A certeza do conhecimento objetivo da realidade mediante o escrutínio da razão, a inevitabilidade do progresso da ciência enquanto veículo de libertação do ser humano, o domínio da racionalidade cognitivo-instrumental esgotaram-se. Em seu lugar surge um espaço de auto-reflexão, ductibilidade, fluidez. Na perspectiva do século XXI, o discurso da totalidade científica e as metanarrativas deram lugar a micro-discursos fragmentados e à proliferação de identidades coletivas parciais e truncadas. Esse contexto trouxe à tona as consequências nefastas e insuficiências teóricas de um solipsismo estatal eminentemente positivista, insensível às contingências sociais e castrador de um ideário de direitos humanos e fundamentais *across borders*⁴.

Deveras, o déficit de referência consubstanciado nesses paradigmas:

[...] revela completa opacidade à dominância da organização (das grandes organizações!) nacional, internacional, supranacional e dos atores coletivos normativos. Por outro lado, os esquemas comunicativos desses grupos, organizações e atores coletivos tendem a formar unidades autônomas na quais a tradicional semântica do poder surge como proposta ordenadora e integrativa manifestamente desajustada. (CANOTILHO, 2008, p. 121)

No Direito, a dogmática hermética dos direitos humanos não atende às especificidades das demandas originadas em uma sociedade de massas, complexa e conflituosa. Resta necessário, portanto, adequar os parâmetros hermenêuticos a corpos sociais pluralistas e em constante transformação, verdadeiros policontextos sociais, que tencionam a

³ Optou-se propositadamente pela utilização entre parênteses do prefixo, para realçar o dissenso em torno da superação ou aprofundamento da modernidade, que se reflete na diversidade terminológica adotada, *v.g.*: hipermodernidade (Lipovetsky), modernidade tardia (Giddens), modernidade reflexiva (Beck).

⁴ No sentido empregado por STEN (2002), pelo qual o senso de identidade vai para além da nacionalidade, ligando indivíduos através de afiliações outras, múltiplas e desterritorializadas.

hermenêutica constitucional de maneira transescalar. Nesse quadro de amplas perturbações epistemológicas, de multiplicidade fragmentária inerente à (pós) modernidade, a razão prática, erodida pela filosofia do sujeito, cede espaço a uma razão comunicativa voltada ao entendimento (HABERMAS, 2003); última racionalidade moderna ainda compatível com pretensões universalistas (CANOTILHO, 1993).

O ponto de partida dessa racionalidade é a força social integradora de processos de entendimento, através de relações comunicativas intersubjetivas mediadas pela interação linguística. Trata-se, pois, de uma razão dialógica e processual, validada em um processo argumentativo, com vistas à persuasão dos interlocutores envolvidos. Está-se diante de uma legitimidade procedimental inerente à democracia; legitimidade esta, considerada sinônimo de legalidade nas sociedades industriais sociais avançadas de acordo com a análise weberiana. As instituições jurídicas situam-se no centro das disputas de definição do exercício do poder legítimo, atuando, por conseguinte, enquanto *locus* privilegiado de ação política (ISRAËL, 2009).

Nesse contexto, a democracia não se desenvolve em um *modus operandi* de delegação de responsabilidades, mas “por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais” (HÄBERLE, 2002, p.36). Ora, resta notório que a interpretação jurídica de um texto normativo não enseja um único resultado dedutível. Embora haja um espaço do discursivamente impossível e do discursivamente necessário, há margem para o discursivamente crível (ALEXY, 2008). A norma jurídica deve ser integrada à realidade política diatópica e diacronicamente.

Nesses termos, direitos humanos e fundamentais possuem um conteúdo a ser necessariamente preenchido *a posteriori*. A interpretação é um ato artesanal, um desnudamento do invólucro textual, um exercício constitutivo, produtor de normas jurídicas através da concretização (interpretação/aplicação) do texto normativo a luz de um caso determinado (GRAU, 2002). Tomando emprestados conceitos de HÄBERLE (2002), podemos dizer que esse ato interpretativo, contudo, não é privilégio do Estado-juiz, devendo integrar a “sociedade aberta”, o corpo social em conjunto, máxime no que tange à temática de direitos humanos onde o espectro de interessados abrange todo o corpo social. Nesse cotejo, é imprescindível avançar, libertar da solidão algum tipo de juiz Hércules (HABERMAS, 2003); ou, em outros termos, ir além da noção de Constituição hercúlea e enfrentar problemas hidraconstitucionais (NEVES, 2009).

Desse modo, resta necessário compreender que, para além de um positivismo estrito, o fenómeno jurídico conforma-se no dia a dia, não apenas à letra da lei, mas se encontra inserido em um processo co-constitutivo de interações sociais complexas. Esse processo dialético, contudo, não se encontra adstrito a distinções obsoletas como a dicotomia *in/out* nas Relações Internacionais ou a categorizações estanques como a separação clássica monismo/dualismo na Ciência do Direito. Ambas as perspectivas encontram-se sujeitas aos aspectos transcendentais da mundialização, os quais encetam a diluição ontológica da própria categoria binária unidade-sistema no sistema-mundo, reproblematisando-a a partir de uma circularidade irreduzível a seus elementos constitutivos (BARTELSON, 2000).

Nesse contexto, o conteúdo dos direitos humanos em interface constitucional (direitos fundamentais) encontra-se inserido em um meio cultural (*ambiance*) que o promove; destarte, é possível deduzir a afluência de fatores metajurídicas em sua construção simbólico-normativa (CASTRO, 2010). Não se deve descurar que a Ciência do Direito assenta-se em um plexo de conexão multimodal subordinado a diretivas axiológicas, permeável a novas configurações do vivido (LARENZ, 1997). A abertura constitucional de um “Estado Cooperativo”, *leit motiv* do pensamento haberliano, implica justamente em uma receptividade a pautas ontológicas inerentes ao espírito pluralista democrático. Porém, esse processo conformativo-normativo no campo dos direitos humanos não se sujeita a uma territorialização formal, mas transpassa interações em um viés transfronteiras, incluindo ordens constitucionais diversas.

Essa abertura cognitiva não deriva da falência do modelo constitucional estatal, mas de seu redimensionamento necessário, enquanto condição funcional para prospecção de soluções adequadas a problemas jurídicos entrelaçados no plano normativo global. Nesse sentido pode-se aduzir que o fenómeno jurídico constitui-se unidade:

[...] não invariante, altamente complexa e múltipla, pois depende não apenas de uma pluralidade de observadores externos nos diferentes ambientes ou contextos do direito, mas também de uma multiplicidade de auto-observações e autodescrições [...] [cuja] polivalência das operações transjucionais pressupõe a bivalência dos códigos binários (lícito-ilícito) dos respectivos sistemas (NEVES, 2008, p.264-265)

À abertura solidário-cooperativa haberliana pode-se, destarte, cotejar uma transconstitucional enquanto modelo conectivo-estrutural entre esferas fragmentárias da sociedade mundial, resultado de uma exigência sistêmica de decidibilidade jurídica em face da multifacetada complexidade da contemporaneidade. Esse modelo de articulação

[*engagement model*] permite o estabelecimento de pontes de transição entre múltiplos *loci* constitucionais em uma rede de interlocução construtiva multiangular des-hierarquizada, um nexu circular hermenêutico multicêntrico. As discursividades em prol de ideários de direitos humanos no plano internacional permitem articulações intersubjetivas nas quais são oportunizados consensos legitimadores de posturas políticas e decisões jurídicas que impelem os entes estatais a aderir-los. Poder-se-ia dizer que Themis não se encontra totalmente a mercê de Leviatã; à suposta “monogamia” entre ambos no interior do fetiche do solipsismo soberano, abre-se a perspectiva de adequação sistêmica em um ambiente “poligâmico” a partir de acoplamentos estruturais com diversos subsistemas da sociedade mundial contemporânea (NEVES, 2008).

Não obstante, isso só é possível em um ambiente institucional complexo e interdependente que oportunize a construção de regimes jurídicos⁵. Nesse aspecto, através de múltiplos canais de comunicação e negociação informais, multifatoriais, instituições reduzem o risco de transações, geram expectativas, acenando com a possibilidade de ganhos mútuos crescentes. O entrelaçamento desses interesses impinge relações de poder pautadas em motivações mistas (KEOHANE, 2000), não exclusivamente “jogos de soma zero” (*zero-sum games*).

Nesses termos, o dilema do prisioneiro, alegoria clássica das relações internacionais é paulatinamente superado através de dinâmicas de interação cooperativa de jogos repetitivos, carreados por atores sociais e institucionais cristalizados pelo direito. No século XXI, tribunais constitucionais de diversos países aprofundam vínculos de associativismo de geometria variável e solidariedade transfronteiras, articulando-se em prol de determinadas causas como o avanço na proteção jurídica de direitos humanos e fundamentais⁶. Existe, por conseguinte, uma reterritorialização do espaço político do local (*urbi*) para o mundial (*orbi*). A figura antropomórfica do *princeps, legibus solutus* cede espaço, portanto, a uma integração axiológica paulatina da comunidade internacional enquanto *totus orbis*.

⁵ Entendidos como [...] *sets of implicit or explicit principles, norms, rules, and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations* (KRASNER, 1982, p. 185). “[...] conjuntos de princípios implícitos ou explícitos, normas, regras e procedimentos de tomada de decisão ao redor dos quais expectativas de atores convergem em uma dada área das relações internacionais”. Tradução própria.

⁶ Em que pese essa possibilidade de articulação ser limitada, sua aplicabilidade jurisprudencial não é desprezível. A discussão, inclusive, não é estranha ao Brasil, haja vista a participação do Supremo Tribunal Federal em numerosos órgãos transconstitucionais de cooperação, em especial a Comissão de Veneza (órgão de consulta constitucional da União Europeia), tendo recentemente, sediado a II Conferência Mundial de Cortes Constitucionais (Rio de Janeiro, janeiro de 2011).

Porém, a construção de consensos nesta matéria não se produz por mera liberalidade, mas resulta necessariamente da tensão entre conflito e compromisso através da confluência de múltiplos atores sociais, locais e transnacionais, (des) construindo horizontes normativos. Nesse ponto, não se pode olvidar que a construção social do universo simbólico transnacional de direitos humanos reflete lutas internas dentro de um jogo político, cujas forças encontram-se relacionadas à segmentação social do conhecimento e produção de ideologias (BERGER, 2007). Nesses termos, pode ser delineado um campo de poder em constante interação dialética, produtor de sentidos e lógicas de dominação (BOURDIEU, 1999). Essa construção social atua ao mesmo tempo em dois aspectos, de um lado enquanto veículo de integração axiológica e outro de divisão política. Nesse cotejo, as construções simbólicas são instrumentalizadas para garantir uma integração fictícia da sociedade, precipuamente tentando o estabelecimento de hierarquias e legitimações.

Nesse cotejo, as cortes constitucionais atuam enquanto significantes cujos significados correspondem a grupos políticos específicos atuando no campo de poder no sistema-mundo. Nesse campo que ocorre o entrecchoque entre interesses de *velhos* e *novos* atores⁷ internacionais confrontando o fetiche da soberania contra o plexo axiológico transconstitucional e aberto.

A outorga de validade cognoscitiva desenvolve-se primitivamente em aspectos teóricos rudimentares (adágios) ou expressões reducionistas como as que definem a comunidade política internacional como um “modelo de bolas de bilhar” (*billiard ball model*) ou uma “impressionante mesmice” (*striking sameness*), para usar expressões tão largamente utilizadas por autores internacionalistas realistas⁸. Seguindo para uma forma mais sofisticada de produção de conhecimentos, são concebidos corpos de especialistas em concorrência pelo monopólio da produção cultural legítima em espaços que embora “eufemizadas” são reflexos dessa dominação, como as universidades, *think tanks* e, principalmente, o *locus* jurídico por excelência: os tribunais.

Esses mecanismos encontram-se em permanente ebulição dentro do quadro de pluralismo da sociedade moderna, que permite a co-existência de diversos subuniversos

⁷ Essa dicotomia refere-se à contraposição entre o pensamento internacionalista clássico que pauta o monopólio da ação política internacional aos Estados (*velhos* atores) e o viés crítico da escola francesa que compreende o espaço mundial suscetível de relações de poder de atores não estatais (*novos* atores). Para maiores aprofundamentos vide DEVIN (2009).

⁸ Vertente teórica internacionalista, não se confundindo em absoluto com o realismo jurídico de Alf Ross.

simbólicos em constante atrito. Essa tensão é bastante visível nos regimes jurídicos internacionais de direitos humanos. Em geral, o discurso hegemônico de matiz neoliberal com uma hipertrofia do código-binário ter/não ter, impõe uma análise do direito através de uma perspectiva hierárquica “descendente” (*top-down*) (SANTOS, 1994). A alternativa epistemológica manejada neste estudo busca ampliar os horizontes científicos do espectro de atuação ‘emergente’, nos termos que Boaventura denomina de “legalidade subalterna cosmopolita” (*subaltern cosmopolitan legality*) através da prática de uma “hermenêutica de suspeição” em face de diversos pretensos universalismos arraigados em um positivismo degenerado (SANTOS, 2005).

Nesse contexto, o objetivo, segundo BECK (2007), seria balizar metodologicamente o estudo, levando em consideração o caleidoscópio de transformações transcendentais operadas pela globalização, através de uma “imaginação dialógica” (*dialogic imagination*), “desde dentro” (*with within*) das sociedades nacionais. Desse modo, a permeabilidade entre os âmbitos domésticos e externos impõe gradativamente a superação de um conservadorismo epistemológico que preceitua uma sociedade fechada de intérpretes. Nesse prisma, vale lembrar que a ‘sociedade aberta’, nos termos pioneiros de POPPER (1997) tem como desiderato pôr em liberdade as faculdades críticas do homem através de uma “mecânica social gradual”.

Destarte, busca-se o afastamento de qualquer essencialismo metodológico cuja defesa intransigente leva a um determinismo sectário totalmente incompatível com um sistema político democrático e plural. A necessidade de abertura cognitiva consiste, nesse ponto, em reflexo direto da própria estrutura de falseabilidade científica. Alicerçada em verdades provisórias, intrinsecamente sujeitas a refutação, a suposta certeza do conhecimento das ciências cede lugar à possibilidade de seu desenvolvimento sujeito aos múltiplos aportes do real. A abertura traduz assim a própria natureza de incompletude do conhecimento científico. Os “inimigos da sociedade aberta” para Popper, e pode-se trazer essa crítica ao Direito, encontram-se justamente no positivismo dogmático que renega outros padrões de racionalidade crítica. Nesse aspecto depreende-se que o objetivismo cientificista não se encontra apto para estabelecer um parâmetro prático-normativo. No campo das ciências hermenêuticas a interpretação não opera em um nível transcendental, mas no plano dos próprios “complexos vitais” (HABERMAS, 1992), em torno de uma verdadeira “materialidade constitucional vivida” (HÄBERLE, 2002).

A abertura transconstitucional permite estabelecer, dessa maneira, uma perspectiva metodológica pautada em uma dupla contingência complementar entre identidade (*ego*) e alteridade (*alter*). Este diálogo enriquecedor entre alteridade e identidade, contudo, restar-se-ia incompleto se, de um lado, houvesse uma abertura cognitiva além fronteiras, mas por outro, a manutenção de um fechamento estrutural interno da sociedade correspondente. Tal posicionamento seria um anacronismo tautológico: ao descurar do corpo social haberliano, a abertura transconstitucional mascararia um fechamento de segundo grau. Nessa seara, advoga-se que o conceito de sociedade aberta dos intérpretes da constituição deve ser enxergado sobre diferentes nuances derivadas do prisma da transconstitucionalismo. O âmbito normativo de abrangência e “pré-interpretação” nesse ponto deve forçosamente levar em consideração um imperativo de ordem cosmopolita, sob pena de macular sua legitimidade. A natureza dos direitos humanos diz respeito a toda a coletividade, de onde deriva a importância de ampliação do círculo de intérpretes e sua não sujeição à concepção de uma sociedade fechada aos juristas e magistrados ou, tampouco, à própria vinculação nacional. Nesses termos, todo aquele que vive os direitos humanos e fundamentais é seu legítimo intérprete, como os cidadãos, organizações não governamentais e movimentos sociais atuantes no Sistema Internacional *in totum*.

A (re) construção de ideários de direitos humanos na pós-modernidade, portanto, não deve ser limitada à esfera nacional, mas re-dimensionado em escala global. A abertura predicativa de um Estado Constitucional Cooperativo só se adquire quando se internacionaliza (HÄBERLE, 2007). Em paralelo, o pensamento transconstitucional deve levar em consideração elementos de alteridade institucional e jurisprudencial, as contradições e sublevações aportadas pela multiplicidade de arenas políticas do social, como elemento de superação do “ponto cego” de todo observador (NEVES, 2009).

Nesse orbe, a necessidade de integração da realidade ao processo jurídico-interpretativo dos direitos humanos e fundamentais na ordem mundial contemporânea engendra não apenas a possibilidade, mas poder-se-ia concluir, o vínculo necessário entre sociedade aberta e transconstitucionalismo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARTELSON, Jens. *Three concepts of globalization*. In: *International Sociology* [Journal of the International Sociological Association], v. 15, n. 2, junho de 2000. (p. 180-196)

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: EDUSP, 1995.

_____. *The Cosmopolitan Society and its Enemies*. In: *Theory, Culture & Society*, v. 19. Londres: SAGE, 2007.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. A construção social da realidade. Petrópolis: Vozes, 2007.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. Livraria Almedina: Coimbra, 1993.

_____. Estudos sobre direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DEVIN, Guillaume. Sociologia das relações internacionais. Salvador: EDUFBA, 2009.

DUPAS, Gilberto. Atores e poderes na nova ordem global: assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação. São Paulo: UNESP, 2005.

HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição.* Porto Alegre: Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I.* 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Conhecimento e Interesse.* Rio de Janeiro: Zahar, 1992.

ISRAËL, Liora. *L'arme du droit.* Paris: Presses de Sciences Po, 2009.

KEOHANE, Robert; NYE, Joseph. *Realism and complex interdependence.* In: LECHNER, Frank; BOLI, John. *The globalization reader.* Oxford (UK): Blackell, 2000. (p. 77-83)

KRASNER, Stephen. *Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables.* In: *International Organization*, v. 36, n. 2, primavera de 1982. (p. 185-205).

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã – uma relação difícil.* São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Transconstitucionalismo.* São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos.* São Paulo: EDUSP, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Law and globalization from below. Towards a cosmopolitan legality.* Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

_____. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade.* Porto: Afrontamento, 1994.

SEN, Amartya. *Justice across borders.* In: CRONIN, Ciaran; GREIFF, Pablo de. *Global justice and transnational politics: essays on the moral and political challenges of globalization.* New Baskerville: MIT Press, 2002. (p. 37-51).