

Transconstitucionalismo e a Tutela dos Direitos humanos: o conflito de decisões decorrentes da transcendência estatal/territorial de fronteiras no mundo Contemporâneo.

*Daniel Correia Fonseca

RESUMO

Na sociedade mundial atual, existem inúmeros órgãos com força autoritária e legitimada para promulgar sentenças dentro de seu âmbito jurídico. Essas sentenças, inevitavelmente, podem ser contraditórias. Neste caso, qual decisão deve prevalecer já que não existe uma hierarquia entre estes tribunais constitucionais? Foram criados vários centros de poder que decidem casos dentro da sua esfera de competência. Os choques de decisões são inevitáveis. Isso gera uma enorme insegurança jurídica. O presente artigo visa compreender melhor o tema transconstitucionalismo, observando os seus pontos frágeis bem como analisar a sua aplicabilidade junto aos direitos humanos e fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: Sistema; Globalização Princípio da igualdade, Transconstitucionalismo; Direitos humanos; Direitos fundamentais

RESUMEN

En la sociedad de la contemporaneidad, existen numerosas agencias con poder de autoridad con legitimidad para dictar sentencias dentro de su marco legal. Estas conclusiones poden ser contradictorias. En este caso, ¿qué decisión debe prevalecer, una vez que no hay una jerarquía entre estos tribunales constitucionales? Hemos creado varios centros de poder que deciden los casos dentro de su jurisdicción. Los choques son inevitables. Esto

*Iniciador científico do projeto de pesquisa e estudante da Universidade Salvador – Unifacs

crea una enorme inseguridad jurídica. Este artículo tiene como objetivo examinar el transconstitucionalismo, teniendo en cuenta sus debilidades y su aplicabilidad a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

PALAVRAS-CLAVE: Sistema; Globalización; Principio de igualdad, Transconstitucionalismo, Derechos Humanos, Derechos Fundamentales.

INTRODUÇÃO

A sociedade mundial é entendida doutrinariamente como um grande sistema composto de diversos grupos sociais e dotados de elementos comunicativos. Dentro de cada grupo social haveria sistemas funcionais. Entretanto, o conflito de interesses entre os tais sistemas funcionais inviabilizaria a convivência pacífica no Sistema social global. Deste modo, faz-se necessário a existência de um mecanismo regulador que torne viável esta convivência. No caso em questão, são as Constituições que irão harmonizar a convivência entre diferentes sistemas funcionais - a serem definidos em um momento posterior - e serão os Tribunais Constitucionais quem irão resolver os conflitos que vierem a existir. Todavia, nos dias hodiernos, o que se vê é uma pluralidade de ordens jurídicas com sua própria estrutura, normas e afins. Qual decisão, portanto, deve prevalecer num caso concreto de proteção aos direitos humanos, a ser julgado por mais de uma ordem jurídica com força autoritária, já que não existe hierarquia entre os Tribunais Constitucionais? É neste viés que surge o Transconstitucionalismo. O Transconstitucionalismo nada mais é do que uma proposta de solução para estes conflitos que começaram a surgir no mundo, principalmente após a Globalização.

1- Sistemas e os acoplamentos estruturais

Entende-se por sistema o conjunto de elementos que se relacionam entre si, a partir de uma série de regras. Estes elementos são dependentes uns

dos outros, constituindo conseqüentemente um todo organizado. Neste sistema, existiriam comunicações reproduzidas autopoieticamente, originando assim, uma Sociedade abrangente. Na visão de Nicklas Luhman:

A sociedade é o sistema social mais amplo de reprodução de comunicação através da comunicação. É um sistema autopoietico. Ela é um sistema fechado, auto-referencial, já que não existe nenhuma comunicação entre a sociedade e seu ambiente, por exemplo, entre a sociedade e pessoas que vivem individualmente. Toda comunicação é uma operação interna à sociedade, é produção de sociedade e se expõe como acontecimento empírico, não somente à continuação, mas também à observação através de outras comunicações. Neste sentido, a sociedade moderna alcança uma complexidade que lhe permite reproduzir múltiplas autodescrições, não passíveis de serem integradas, e, simultaneamente, observar através de descrições de descrições que isto acontece. Isso significa, ao mesmo tempo, que é preciso renunciar a única correta representação do sistema, no sistema da sociedade na sociedade. No lugar da exposição competente surge a rede recursiva das observações e descrições, e no lugar da verdade objetiva, que pode ser conhecida e autoritariamente preconizada, surge a sequência temporal das respectivas comunicações e um procedimento de seleção evolutiva daquilo que, sob condições de mudança, deve poder convencer. (LUHMAN, 1997)

A sociedade mundial é entendida doutrinariamente como um grande sistema que abarca diversos grupos sociais dotados de elementos comunicativos, que por sua vez produzem outras comunicações e, assim, geram um sistema comunicativo global. Dentro destes grupamentos sociais existem os “sistemas funcionais” que aparecem como ambiente uns para os outros. Como exemplo de sistemas funcionais temos o jurídico, o político, o econômico, o cultural, entre outros. O sistema jurídico representa o sistema imunológico das sociedades, preservando-as de conflitos surgidos entre seus membros no âmbito dos demais sistemas sociais - políticos, econômicos, familiares etc - (LUHMAN, 1998).

Todavia, a existência de diversos sistemas funcionais dentro de um todo organizado, seria inviável visto que iriam existir conflitos de interesses. Marcelo Neves entende que esta sociedade moderna multicêntrica, formada de uma pluralidade de esferas de comunicação, com pretensão de autonomia e conflitantes entre si, estaria condenada à própria autodestruição caso não desenvolvesse mecanismos capazes de viabilizar a existência de vínculos construtivos de aprendizado e influências recíprocas entre as diversas esferas sociais (NEVES, 2009, p. 34-35). É imprescindível, portanto, a existência de vínculos estruturais que possibilitem as inter-influências entre diversos ramos

autônomos de comunicação. A propriedade e o contrato, por exemplo, proporcionam a convivência pacífica entre dois grandes sistemas: o econômico e o jurídico. A universidade, no vínculo entre a educação e a ciência. Os diplomas e certificados, na relação entre economia e educação. Os atestados médicos, no relacionamento entre medicina e economia. E nessa perspectiva, a Constituição é o acoplamento estrutural entre a política e o direito (sistema jurídico). No entendimento de Luhmann, essa ambivalência da Constituição possibilita que ela possa ser vista tanto como instância do sistema político quanto como instituto do sistema jurídico”.(LUHMANN, 1998).

Willis Santiago Guerra Filho menciona um trecho em sua obra “Teoria dos sistemas”, acerca das Constituições. Para ele:

A Constituição, sem identificar-se com nenhuma das diversas concepções de mundo vigentes na sociedade, viabiliza a continuidade da diferenciação sistêmica e a intensificação das comunicações intra e intersistêmicas (GUERRA FILHO, 2009)

Isto significa uma pacífica existência entre diversos outros sistemas sociais, tanto dentro como fora do sistema, que iriam atuar, interferir e se comunicar, todos entre si, de uma maneira harmônica obtida através da Constituição. Nas palavras de Claude Lefort:

“O constitucionalismo relaciona-se com transformações estruturais que servem de base para o surgimento da sociedade moderna, tendo em vista que esta exige ampla diferenciação sistêmico-funcional, e não apenas a simples distinção entre direito, poder e saber, e muito menos somente com a obtenção de liberdade de expressão, religiosa e econômica.(LEFORT, 1987, p.53)”

Como visto, a Constituição, na perspectiva sistêmica, é o acoplamento que proporciona e possibilita a convivência pacífica destes sistemas funcionais – Sistemas funcionais “Política” e “Direito”. Este agrupamento estrutural se realiza e se concretiza mediante procedimentos pré-constituídos na Constituição que tratam de matérias judiciais, administrativas, legislativas-parlamentares, eleitorais, democráticas, entre outras.

Todavia, com o advento da globalização, alguns problemas começam a surgir na medida em que os interesses de diferentes núcleos sociais passam a se posicionar em rota de colisão. Isto pode gerar, por exemplo, a exclusão

social de pessoas ou grupos, de forma a macular o princípio constitucional da igualdade. Conseqüentemente, o acoplamento existente entre os sistemas passa a funcionar mal e os efeitos destrutivos de cada grupamento social tendem a inviabilizar uma sobrevivência mútua, ocasionando a autodestruição do sistema maior.

2- Globalização como aceleração do tempo das comunicações

A globalização pode ser entendida como uma crescente e acelerada transnacionalização das relações econômicas, financeiras, culturais, sociais, entre outras, que ocorreram e continuam a ocorrer do fim do século XX até os dias hodiernos. Para Napoleão Miranda:

“A globalização traduz-se, hoje, em uma crescente interdependência econômica das nações, materializada no fluxo do comércio, do capital, de pessoas e tecnologia entre elas[14].”(MIRANDA, 2004)

É indiscutível o fato de que a globalização aumentou a transcendência estatal/territorial de fronteiras ao redor do mundo. A velocidade de difusões bem como a quantidade de intercomunicações ganhou uma relevância indispensável para a sociedade mundial. Hodiernamente, não é mais possível imaginar um Estado desintegrado do mundo globalizado. Entretanto, esta nova Era tecnológica não trouxe apenas consequências positivas para a sociedade mundial.

Com o advento da globalização, começaram a surgir problemas de ordem internacional. A esse respeito é possível citar as políticas de segurança, o comércio mundial, o direito ambiental e, principalmente, os direitos humanos. Nesse contexto, as Constituições estatais são deixadas de lado em um momento e entrelaçam-se com organizações transnacionais em um outro momento. Este problemas advindos da globalização começam a minar a ideia da Constituição como acoplamento estrutural do Sistema.

Habermas chega a propor uma “política interna mundial sem um governo mundial” (HABERMAS, 2006). Isto seria uma espécie de Constituição para a sociedade mundial pluralista ou de uma Constituição cosmopolita sem

República mundial. Ele defende, ainda, a realização de uma ampla reforma em organizações internacionais, principalmente no âmbito da ONU, a fim de se construir uma política interna mundial capaz de promover uma cidadania global calcada na chamada consciência de solidariedade cosmopolita compulsória. Todavia, os conflitos geopolíticos existentes entre nações, desigualdades econômicas abismais, assimetrias de poder ou diversidades culturais parecem destruir os pilares de uma “Constituição cosmopolita sem República mundial”.

Alguns doutrinadores propõem o princípio constitucional da igualdade como solução a estes problemas oriundos da globalização. É o que veremos a seguir.

3 – Princípio da igualdade

Para Luhmann, a consistência jurídica e a adequação social do direito, respectivamente justiça constitucional interna e externa, dependem do princípio da igualdade, o próprio direito é compreendido como mecanismo do tratamento “igual/desigual” (LUHMAN, 1998). Marcelo Neves também explica esta questão da igualdade, como mostra o trecho:

“Embora o princípio jurídico da igualdade não implique nem se destine a uma igualdade de fato, nem mesmo a rigor, a uma igualdade de direitos concretos (há sempre assimetrias entre o pólo ativo e o pólo passivo das relações jurídicas), mas antes à imposição contrafactual do acesso igualitário a direitos e remédios jurídicos, não se pode negar que fortes assimetrias em outros campos sociais podem minar a igualdade jurídica. Nesse caso, as desigualdades abismais transitam imediatamente em detrimento do princípio da igualdade jurídica complexa. O direito perde a capacidade de imunizar diferenças decorrentes de outras esferas sociais, o que implica privilégios e discriminações juridicamente ilegítimos. Especialmente no caso das grandes desigualdades econômicas e de poder político, como também, no campo educacional, assimetrias abismais erodem a concretização do princípio da igualdade jurídica, levando a que alguns (sem dinheiro, sem poder, sem educação) tenham acesso limitado a direitos, enquanto outros contam com um acesso amplíssimo a direitos, mas frequentemente não se subordinam a imposições de deveres pelo sistema jurídico.” (NEVES, 2009, p. 68-69)

Nota-se, portanto, que o princípio constitucional da igualdade tem importância fundamental para a manutenção do Sistema maior, de forma pacífica e harmônica.

Mas como manter a igualdade em um sistema que é composto de tantas desigualdades, seja econômica, social ou política? Na visão de Aristóteles, observada a desigualdade em um contexto, deverá se corrigir tratando-se os desiguais de forma desigual na medida exata da sua desigualdade (ARISTÓTELES, 1988, Livro III, Capítulo V, 1280 a). Mas quem são os iguais e quem são os desiguais? Wilson Steinmetz, procurando fundamentos em Robert Alexy acaba por complementar o pensamento de Aristóteles conclui:

“Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual”; e “Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual” (STEINMETZ, Wilson, op. cit., p. 236-237)

Marcelo Neves também trabalha neste âmbito:

“Dada a sedimentação e cristalização de discriminações sociais e negativas que impedem ou dificultam o acesso a direitos fundamentais, impõe-se a discriminação jurídica positiva para que se afirme o princípio da igualdade.”(NEVES, 2009, p.69)

Nesse particular, os Tribunais Constitucionais assumem fundamental importância na resolução desses conflitos e na reestruturação do equilíbrio sistêmico, objetivando a proteção do princípio constitucional da igualdade no Sistema maior.

4- Os Tribunais Constitucionais

Os Tribunais Constitucionais são organizações excêntricas que estudam os problemas desencadeados no acoplamento estrutural de forma concreta e concentrada. Essas organizações assumem um papel de “filtro” de influências e irritações e servem ao bom funcionamento da Constituição. Marcelo Neves defende que os Tribunais Constitucionais são agentes fiscalizadores da legitimidade das passagens nos dois sentidos de uma ponte de transição, servindo à realização da racionalidade transversal nos casos constitucionais (NEVES, 2009). A subordinação de um sistema ao outro impediria a construção de uma Constituição transversal apta a promover o aprendizado e intercâmbio recíprocos. E os Tribunais Constitucionais visa evitar esta situação

de subordinação, buscando essencialmente o cumprimento dos preceitos previstos na Constituição.

Wolfgang Welsch considera a sociedade multicêntrica sob o ponto de vista da heterogeneidade dos jogos de linguagem. Ou seja, não haveria um discurso supraordenado imposto aos outros como regulador. A imposição de um dos campos de linguagem aos outros importaria a própria autodestruição da heterogeneidade das esferas discursivas e dos respectivos sistemas de comunicação (WELSH, 2002, p. 295).

Este discurso parece perfeito numa ótica interna. Entretanto, quando se passa a observar o mesmo discurso numa ótica externa, os problemas voltam a aparecer.

4.1- A pluralidade de órgãos com força cogente

Hodiernamente, em nível organizacional, o que existe é uma pluralidade de órgãos com força autoritária em diversos âmbitos como o judicial, executivo e legislativo. E dentro desta realidade, são criados diversas convenções e tratados que objetivam estabelecer parâmetros em diversos âmbitos como na esfera do direito econômico (destacando a OMC), constitucional ou dos direitos humanos (destacando a Convenção europeia de direitos humanos – CEDH). Em tese, cada nação deveria se submeter às normas de proteção respectiva, sendo proibido o uso da força e o caráter cogente deveria ser atribuído ao núcleo dos direitos humanos. Entretanto, alguns entraves ruem a prática de Constituições transversais em âmbito internacional. Segundo Teubner, existe uma pluralidade de ordens jurídicas, cada qual com seus próprios elementos ou operações, atos jurídicos, estruturas, normas jurídicas, processos e procedimentos jurídicos e reflexão da identidade dogmática jurídica (TEUBNER, 2006).

No caso do direito internacional público, existe uma certa subordinação à vontade e à política das grandes potências que, visando atender somente aos seus interesses particulares, acabam por “inclinam” as normas convencionadas a seu favor. Demais disso, existe uma dificuldade em determinar a competência orgânica para decidir e implementar a proteção dos direitos

humanos contra Estados ou organizações que venham a violar regras, definindo casos que impliquem infrações a direitos humanos ou não ou, ainda, a ausência de pressupostos e instrumentos que possibilitem uma proteção generalizada. Há ainda o uso indiscriminado da retórica dos direitos humanos por parte das grandes potências, a fim de impor determinadas condutas a nações menos favorecidas. Na última década, por exemplo, os EUA invadiram o Iraque alegando existir armamento nuclear ou mesmo condições de fabricação deste tipo de armamento, que poderiam colocar em risco vidas humanas. Recentemente, as últimas tropas americanas deixaram o território iraquiano sem encontrar nenhum vestígio de radiação nuclear. Para estes casos de “tribalismo” e “lei do mais forte”, Marcelo Neves aponta para a existência de uma incompatibilidade com a Constituição transversal (NEVES, 2009, p. 98).

5- O Transconstitucionalismo

Nesse diapasão, qual decisão deve prevalecer já que não existe hierarquia entre tribunais constitucionais? Foram criados vários centros de poder, sem subordinação entre si, que decidem casos dentro da sua esfera de competência, que muitas vezes é uma competência auto-atribuída. Deste modo, a possibilidade de haver choques de decisões é relevante e tribunais diversos, de níveis diferenciados de proteção, podem chegar a soluções opostas a respeito de um mesmo tema. Diante dessa inexistência de hierarquia, percebe-se claramente uma insegurança jurídica. O Transconstitucionalismo objetiva resolver este dilema, consoante se depreende do excerto do texto de Marcelo Neves, abaixo transcrito:

“...outrossim, o surgimento e a realização de uma Constituição supranacional como instituição capaz de servir à racionalidade transversal entre política e direito no plano regional pressupõem que os sistemas político e jurídico diferenciados territorialmente nos respectivos Estados-membros estejam vinculados construtivamente mediante constituições transversais”.(NEVES, 2009, p. 100)

Se cada Corte Suprema decidir resolver os problemas constitucionais de maneira isolada, os conflitos continuarão existindo até que o sistema se

autodestrua. Mister salientar, por oportuno, que o Transconstitucionalismo não tem a intenção de instituir uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial. Pretende-se, em verdade, o alcance de soluções possíveis para os problemas constitucionais que surgem dia-a-dia no contexto da sociedade mundial hoje existente. Nas palavras de Marcelo Neves:

“As ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais, consideradas como tipos específicos, são incapazes de oferecer, isoladamente, respostas complexamente adequadas para os problemas normativos da sociedade mundial. (...) O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial” (NEVES, 2009, p. 131)

A grande conclusão a que chega Marcelo Neves é a de que os Estados precisam estabelecer diálogos, ou seja, pôr-se na posição do outro e incorporar elementos de outras ordens atuando cooperativamente no sentido da manutenção da autonomia de todas elas. Deste modo, diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema constitucional buscariam formas transversais de articulação para a solução deste problema. Nas palavras de Boaventura de Souza Santos:

Tal incompletude não é vivível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a inspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside seu caráter dialtópico. (SANTOS, 2006, p. 447, 448)

Destarte, esta é a proposta do Transconstitucionalismo: articular as observações entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial através das Constituições transversais. Na prática, isto seria uma “conversação” ou “diálogo” (comunicações transversais que ultrapassam fronteiras entre ordens jurídicas) entre as mais diversas Cortes Supremas, já que elas pertencem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial. O surgimento de colisões é

inevitável, mas o real problema reside na incompatibilidade das possíveis soluções apresentadas (NEVES, 2009). Este ponto de vista já havia sido pensado por outro autor: o alemão Jürgen Habermas. Para Habermas, a legitimidade/moralidade não estaria ligada à manutenção de uma diferenciação sistêmica, como pensava Luhmann, mas sim em uma racionalidade comunicativa em que as pessoas se reconhecem reciprocamente como sujeitos autônomos (HABERMAS, 2006). Ou seja, na concepção habermasiana, existe um primado do diálogo sobre o monólogo onde a relação com o outro deve ser caracterizada por uma efetiva abertura. Ainda neste viés, Gunther Teubner afirma que esta moral refere-se ao dissenso estrutural, que se reproduz difusamente e que exige o intercâmbio e o respeito à pluralidade de perspectivas de observação e descrição da sociedade (TEUBNER, 2008, p. 32).

5.1- Aspectos à Teoria do Transconstitucionalismo

É neste viés que surge uma primeira questão à Teoria de Marcelo Neves. A dificuldade de aplicação dessa teoria será exatamente o estabelecimento desse diálogo entre as cortes supremas. Como convencer uma Corte Suprema, que já proferiu alguma posição, que “x” ou “y” decisão será melhor à luz dos Direitos humanos do que a sua? E se esta decisão não for política ou economicamente boa para os seus interesses nacionais, como fazê-los aceitá-la? Marcelo Neves reconhece que as decisões tomadas por instituições internacionais precisam de alguma forma ser levadas em conta pelas instituições estatais mas não traz uma solução aparente para o caso concreto. Apenas afirma a necessidade de construção de uma coordenação entre os sistemas sem um primado definitivo de uma das ordens e sem que nem mesmo o direito internacional se apresente como legítimo detentor da última ratio discursiva.

A teoria, trabalhada desta forma, seria utópica ao propor que os Estados abram mão de sua supremacia plena em prol dos Direitos Humanos. A possibilidade de aceitação por parte dessas grandes potências é bastante remota e o Direito internacional só funciona bem quando suas normas são

aceitas pelos Estados. A consequência disso seria o interesse de todos os Estados de fazer parte desses Tribunais Constitucionais fiscalizadores de modo a manipular suas decisões a favor de interesses próprios. E, em sendo os Tribunais Superiores Estatais órgãos eminentemente políticos, seus membros seriam fruto de indicações do Poder Executivo, como é o caso do Brasil. O Transconstitucionalismo não traz uma solução para a questão da Supremacia do interesse mundial sobre o interesse estatal individual.

Uma segunda questão gira em torno dos tipos de sanção para os que desobedecerem tais normas. Tais sanções são meramente políticas, o que é muito pouco para pressionar uma grande potência a fazer cumprir estas normas de interesse mundial. O Direito internacional ainda não dispõe de uma seção organizada, de um poder judiciário que possa valer suas decisões. A princípio, não há como impedir a prática de atos abusivos decorrentes da situação diferenciada de um país no cenário internacional. A ONU, por exemplo, ainda que possuindo o equivalente a um poder judiciário, que é o Tribunal internacional, com sede na Holanda –que julga conflitos entre países - não possui autoridade suficiente para exigir o cumprimento das decisões deste Tribunal, sendo praticamente voluntária a decisão de acatar ou não ao que foi sentenciado, ao contrário do que ocorre no direito interno. O máximo que existe hoje para se exigir o cumprimento destas normas é uma grande pressão dos Estados de todo o mundo pelo respeito aos Direitos Humanos e Fundamentais.

6- Direitos Humanos e Fundamentais

A noção de que os direitos humanos e os direitos fundamentais são sinônimos ainda é defendida por alguns indivíduos. É certo que existe um grau de semelhança entre as respectivas expressões mas esta semelhança tem um limite. Ambas visam estabelecer direitos ao ser humano, efetivando uma proteção individual e coletiva bem como garantindo-lhe uma vida digna, liberal e igualitária. Todavia, enquanto os direitos humanos abrangem toda uma universalidade de indivíduos, os direitos fundamentais abarcam um grupo seleto de pessoas.

6.1- Direitos humanos X Direitos fundamentais

Os direitos humanos, presentes na maioria das vezes em tratados internacionais, não dependem de uma vinculação do indivíduo a uma ordem constitucional estatal. Ele os adquire desde o seu nascimento com vida e por isso não sofrem interferência em razão do seu relacionamento com determinado Estado. Estes direitos humanos possui um aspecto internacional e teve como o marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinado em 1948. Nesta declaração existem direitos conferidos a todos os seres humanos.

Os direitos fundamentais são direitos já positivados num ordenamento jurídico de um determinado Estado. Consequentemente, são definidos no tempo e podem variar ideologias, valores e princípios de acordo com cada Constituição que tem como base. Portanto, cada Estado possui os seus direitos fundamentais e os indivíduos que estiverem vinculados ao referido ordenamento serão abrangidos por tais direitos.

Ingo Wolfgang salienta que:

“Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões ‘direitos humanos’ (ou direitos humanos fundamentais) e ‘direitos fundamentais’, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas. (WOLFGANG, 2006, p.42)”

Custa ainda considerar uma relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção dos direitos humanos bem como dos direitos fundamentais. A existência de instâncias judiciárias dotadas de poder nos Estado fazem com que os direitos fundamentais sejam exigidos e protegidos de uma forma mais eficaz. Isto não acontece em relação aos direitos humanos o que resulta em um menor grau de efetivação dos direitos.

Luhman defende que os direitos humanos estariam relacionados ao problemas da exclusão e, desta forma, deveria orientar para a inclusão do

homem como pessoa nos sistemas funcionais da sociedade, especialmente no direito (LUHMAN, 1998). Neste mesmo viés, Marcelo Neves propõe que os direitos humanos sejam definidos primariamente como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto subsistema social. Dessa forma, tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais dizem respeito à inclusão da pessoa e à diferenciação da sociedade. A diferença será que os direitos fundamentais irão valer para ordens constitucionais estatais enquanto que os direitos humanos irão valer para um sistema jurídico universal, abrangendo qualquer ordem jurídica existente na sociedade mundial (NEVES, 2009, p. 252-253).

É a partir daí que os problemas e colisões começam a surgir: diversas formas de interpretação dos direitos humanos podem surgir. As interpretações de um texto normativo podem levar a soluções diversas de casos. Além disso, as compreensões das diversas ordens normativas existentes são diversas das questões dos direitos humanos. O transconstitucionalismo, mais uma vez, tem papel fundamental neste momento, como salienta Marcelo Neves, quando “corta transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos, instigando, ao mesmo tempo, cooperação e colisões” (NEVES, 2009, p. 256). Essas colisões de difícil solução, “exige que haja uma conversação transconstitucional mediante pontes de transição que possibilitem aprendizados recíprocos entre as ordens envolvidas”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se cada Corte Suprema decidir resolver os problemas constitucionais de maneira isolada, os conflitos continuarão existindo até que o sistema se autodestrua. Deste modo, faz-se necessário a busca de um método que permita aos Tribunais Constitucionais julgarem os conflitos de forma a não criar colisões com outros julgamentos sobre um mesmo caso, assim como, não ferir a Direitos humanos e fundamentais. A proposta do Transconstitucionalismo nada mais é do que articular as observações entre as diversas ordens jurídicas

da sociedade mundial através das Constituições transversais. Na prática, isto seria uma “conversaçoão” ou “diálogo” (comunicações transversais que ultrapassam fronteiras entre ordens jurídicas) entre as mais diversas Cortes Supremas, já que elas pertencem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial. Deste modo, diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema constitucional buscariam formas transversais de articulação para a solução dos problemas, em prol dos Direitos Humanos. Por fim, a diferença entre os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais é que os direitos fundamentais irão valer para ordens constitucionais estatais enquanto que os direitos humanos irão valer para um sistema jurídico universal, abrangendo qualquer ordem jurídica existente na sociedade mundial. O Transconstitucionalismo, irá mais uma vez, prevenir a ocorrência de conflitos bem como buscará um respeito mútuo aos Direitos Humanos e Fundamentais na sociedade mundial.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Política. Tradução de Mário de Gama Kury. 2ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1988.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8º ed. São Paulo: Saraiva.(2008).

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12.ed. São Paulo:Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed., Coimbra, Editora Almeida, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. (Parte Primeira)

DWORKIN, Ronald (1991). *Taking Rights Seriously*. 6ª ed. Londres: Duckworth [trad. bras.: *Levando os direitos a serio*. São Paulo: Martins Fontes, 2002].

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo e Constitución: estudios de teoria constitucional de la sociedade abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *O ocidente dividido*. Tradução: Luciana Villas Boas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEFORT, Claude (1981). "Droit de l'homme et politique". In: Claude Lefort. *L'Invention Democratique: Les limites de la domination totalitaire*. Paris: Fayard, pp. 45-83 [trad. bras.: "Direitos do homem e politica". In: *A inven(ão) democnitica: os limites do totalitarismo*. 2~ ed. Sao Paulo: Brasiliense, 1987.

LUHMANN, N. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B. ; SAMIOS, E. M. B. (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed.UFRGS, 1997.

LUHMANN, Niklas (1995b). "Inklusian und Exklusian". In: N. Luh_mann. *SoziologischeAufkliirung 6: Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: WestdeutscherVerlag, pp. 237-64 [trad. esp.: "Inclusion y Exclusion". In: NiklasLuhmann. *Complejidad y modemidad: De launidad ala diferencia*. Madri: Trotta, 1998.

MIRANDA, Napoleão. Globalização, soberania nacional e direito internacional. REVISTA CEJ, V. 8 n. 27 out./dez. 2004. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/638> - acessado em 27/08/2012, às 15:32

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

NEVES, Marcelo (1994a): A Constitucionalização Simbólica, São Paulo: Acadêmica

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 4, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005MARCELO%20NEVES.pdf>>

SANTOS, Boaventura de Sousa. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006. v. 4.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____ (Org.). Reconhecer para libertar: caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 429|461.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 42.

SIEYÈS, Joseph Emmanuel. A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que Le Tiers-État. Tradução: Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

NEGRI, Antonio. O poder constituinte: ensaio sobre alternativas da modernidade. Tradução: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

STEINMETZ, Wilson. A Vinculação de Particulares a Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEUBNER, Gunther. Regime- KollisiurFragmentierungdesglobalenRechts.
Frankfurt sobreMeno: Suhkamp.(2006).

WELSCH, Wolfgang (1991). "Gesellschaft ohne Meta-Erzählung". In: Wolfgang
Zapf (arg.). Die ModernisierungmodemerGesellschaf_ten: Verhandlungen des
25. DeutschenSoziologentages in Frankfurt am Main 1990. Frankfurt sobre 0
Meno/Nova lorque: Campus