

Transconstitucionalismo: um passo para uma Constituição global

Emanuelle Almeida Evangelista¹

Yuri Castro Carneiro²

Resumo. Analisando as conjunturas de relações interpessoais, e em uma perspectiva macro, Inter Estados, ou as relações jurídicas Estado-cidadão, é de fácil constatação o início da influência exercida pela globalização nos mais diversos segmentos, ditando, por diversas vezes, o andamento e a resolução de possíveis conflitos a níveis nacionais e internacionais. Levando em consideração que a maior parte dos vínculos que podemos identificar como significativamente relevantes podem apresentar, também, consideráveis consequências, é importante observar que estas, provavelmente, terão repercussão extranacional, podendo abranger faticamente países diferentes, com ordenamentos jurídicos distintos, e com posições diversas a respeito de mesmo fato. Portanto, busca-se agregar a essa consequência natural do crescimento econômico, uma maior gama de precedentes jurídicos, a qual pode ser estabelecida tanto através do diálogo entre cortes de distintas localidades e hierarquia, como mediante junção de textos constitucionais diversos, a fim de regulamentar com maior segurança jurídica, e em conformidade com princípios e garantias fundamentais, para objetivar a melhor condição de vida do homem pós moderno.

Palavras-chave: Globalização, extranacional, ordenamento, princípios.

1 INTRODUÇÃO

A pós modernidade – período histórico no qual estamos inseridos – detém características bem definidas. No entanto, a que possui maior relevância para a contextualização do presente artigo é a globalização e a conseqüente integração entre povos, instituições e países. Gilmar Mendes define a constituição em dois sentidos, quais sejam, material, como “Conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos órgãos do Estado, disciplinando interação e controle entre esses órgãos.” (MENDES, 2016, p. 55) e formal, “documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaborada por processo constituinte específico.” (MENDES, 2016, p. 55).

Temos, portanto, um documento que representa a autoridade máxima presente no ordenamento jurídico, sendo este, também, o direcionador das relações humanas

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS) – Feira de Santana/BA. E-mail: almeidaaemanuelle@gmail.com

² Graduando em Direito pela Faculdade Nobre (FAN) – Feira de Santana/BA. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Penal da Faculdade Nobre – Direito Penal e democracia. E-mail: yccastro004@gmail.com.

naquele território que delimita, a máxima interferência nas condições interpessoais de relacionamento, além de organizar o convívio entre todas as outras instituições que foram agregadas nesse arranjo jurídico.

Quanto à constituição e o seu processo de elaboração, é necessário compreender que todo texto constitucional é resultado direto de valores sociais estabelecidos antes de sua existência, tendo em vista que podemos regulamentar e indicar caminhos apenas acerca do que já temos fixado em nosso interior, em padrões que foram estabelecidos de diversas formas sobre nossos comportamentos.

Por conseguinte, somente tratamos de regras que já estão presentes e disseminadas sobre aquela conjuntura social, regras e valores estes que, como Durkheim nos induz a enxergar, agem como fato social perante a nós, sendo exteriores, coercitivos e gerais, conseqüentemente, introduzindo-os no texto constitucional. Outra justificativa que pode confirmar algo que irá ser de extrema importância no decorrer desse texto – a presença de valoração moral diretamente ligada ao ordenamento jurídico – é a ideia de Superestrutura de Marx, que declara o direito como o exemplo de uma, pois seria a justificativa lógica para a manutenção e desenvolvimento de determinados sistemas, nesse caso em específico, o sistema capitalista, ou seja, o direito à consequência de como agimos e pensamos os atos em sociedade.

O objetivo de esclarecer a predominância de fatores tão subjetivos na criação das nossas normas e princípios regulamentadores é justamente entender que não deveríamos nos submeter a tal subjetividade, não que possamos deduzir da lógica positivista métodos científicos para prever e organizar os modos de relacionamento e as melhores soluções para os problemas, mas sim que podemos deduzir através de lógica e racionalidade o que deve ser pregado como fundamental em todo ordenamento jurídico, não apenas de maneira nacional, mas global, e buscar analisar como o transconstitucionalismo vem ajudando a essa ideia a tornar-se pouco mais palpável.

2 O TRANSCONSTITUCIONALISMO E SUAS CARACTERÍSTICAS

O transconstitucionalismo é uma tese do professor da Universidade de Brasília, Marcelo Neves, a qual surge no fim do século XX, tratando sobre problemas de

natureza constitucional concomitantemente relevantes para diferentes ordens jurídicas, lidando com problemas de direitos humanos fundamentais que ultrapassam as fronteiras do texto constitucional de certo país, ou até mesmo transnacionais, como por exemplo, os tribunais do esporte, que por sua vez, enfrentam essas colisões.

O Autor supracitado articula que tais conflitos possam ser solucionados mediante diálogo entre essas ordens jurídicas e não condições vinculantes ou ligadas a hierarquia, pois não haveria como tratarmos de hierarquia nesse plano, mas sim de determinado aprendizado constitucional.

Ao abordarmos a tese transconstitucionalista é de substancial importância compreender os motivos do seu nascimento, para que, então, possam ser vislumbrados seus possíveis desdobramentos. A modernidade que nos é oferecida do período do surgimento do transconstitucionalismo até aqui muito influencia no desenvolvimento da presente tese. O aumento contínuo do fluxo de relações extranacionais; troca de informações a nível mundial; informações midiáticas internacionais; todos trazem à tona o que talvez seja a maior característica do século XXI: a globalização. E também, portanto, a globalização do próprio direito constitucional, sendo mais facilmente influenciado e modificado através das interferências externas.

Além disso, pelo fato do texto constitucional ser mais facilmente identificado por grande parcela da população mundial, e ter seu objetivo reconhecido como de valor moral positivo, que é o de regulação de diversos ordenamentos, inicia-se um fenômeno que Marcelo Neves classifica como inflação constitucional, deixando o termo vago, e aumentando seu uso em diversas instituições reguladoras, detentoras, também, de poder político e influência internacional.

É a partir desse aumento de instituições com teor constitucional, aliado à globalização, que Marcelo Neves vê surgir o aumento de relações transversais entre diversos sistemas jurídicos que buscam solucionar os mesmos transtornos constitucionais simultaneamente. Sendo assim, ao começar a olhar as decisões internacionais, supranacionais, mesmo que apenas para confirmar as próprias teses, o direito constitucional que antes estava preso ao Estado nacional dele se liberta, funcionando, agora, como ponte de transição entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais, conceito retirado da “razão transversal” de Wolfgang Welsch (1996; 2002, pp. 295-318). Consoante Marcelo Neves (2014, p. 208.):

O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida. Rejeita tanto o estatalismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de “pontes de transição”, da promoção de “conversações constitucionais”, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas.

Pluralidade de ordem jurídicas; possibilidade de um diálogo constitucional; avanço normativo e principiológico através dos contrastes enfrentados; mudança da identidade constitucional; rearticulação a partir das situações problema aqui enfrentadas, transformam a essência da Carta Magna em questão, e têm o poder de alterar os caminhos que serão tomados em novas decisões constitucionais, se enfrentados estes mesmos embates. Segundo Marcelo Neves (2014, p. 211.):

Daí por que, em vez da busca de uma Constituição hercúlea, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfrentamento dos problemas-hidra constitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.

Para entendermos a importância do que foi apontado preliminarmente, é necessário explicar a analogia que Marcelo Neves traz ao comparar os problemas de ordem constitucional com o mito de Hércules x Hidra, “Onde recorre à narrativa referente ao segundo trabalho de Hércules, entre os doze realizados a serviço do seu primo Euristeu, rei de Micenas, em que aquele teve de enfrentar a Hidra de Lerna” (NEVES, 2012, p.3), colocando Hércules (o herói, o principal da resolução do conflito) como as regras, a melhor tomada de decisão quanto exposto a alguma situação de embate com os princípios que lhe rodeiam, estes princípios representados pela Hidra, como o próprio explicou numa entrevista recente, e sendo esta relação entre princípios e regras a principal abordagem deste artigo.

Ao contrário dos autores que procuram ver nos princípios o fechamento da cadeia argumentativa, o caráter hercúleo, discorremos que o caráter hercúleo está nas regras, visto que elas fecham a cadeia argumentativa. Os princípios se mostram de maneira a enriquecê-la, de modo a promover uma verdadeira adequação social do direito.

Nesse sentido, a relação entre princípios e regras é uma relação produtiva que leva ao processamento permanente do paradoxo da justiça no qual implica a conexão entre consistência jurídica e adequação social do direito. Como superar este paradoxo é exatamente, em cada caso, com a articulação com princípios e regras. O

processo de aplicação do direito figura-se, de certa forma, como análogo à situação em apreço, de maneira que o juiz articula-se, é provocado pela Hidra dos princípios, no entanto necessita libertar-se deste para encontrar a regra adequada a fim de atribuir solução ao caso concreto.

O manejo entre princípios e regras, que Marcelo Neves diz que seria realizada pelo juiz Iolau, é a função do transconstitucionalismo, enquanto o caráter hercúleo das regras tentaria com todas as forças dissipar o conflito com a Hidra dos princípios, o magistrado tentaria cicatrizar e cessar a regeneração das feridas causadas na hidra, fazendo com que as regras pudessem ser aplicadas perfeitamente, através dos princípios corretamente afetados e tomados como base para qualquer decisão.

Nesse ínterim, de acordo com Marcelo Neves (2014, p. 213):

Isso significa que as colisões não são enfrentadas na mera fragmentação, mas nas pontes transversais entre as unidades constitutivas de ordem diferenciada de comunicação.

O transconstitucionalismo não trata necessariamente da construção de um diálogo através dessas pontes para soluções através de consenso, mas, antes, para a percepção de que as normas devem absorver o dissenso, até porque, é muito mais importante do ponto de vista transconstitucional o aprendizado recíproco durante o conflito.

2.1 TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDEM NORMATIVA ESTATAL E EXTRAESTATAL

O embate mais paradoxal discutido na tese de Marcelo Neves, e que traz a maior responsabilidade sobre o debate do referido tema, é uma situação-problema entre essas ordens normativas distintas, e que ele faz referência ao caso de uma tribo indígena dos Suruahá no Estado do Amazonas.

Esse tipo de coletividade extraestatal, não compatibiliza com os valores constitucionais do Estado pós moderno por não dispor de regras secundárias de organização, de limitações de poder ou defesa e garantia de direitos fundamentais, o que não as enquadra em nosso modelo reflexivo constitucional e, portanto, inviabiliza um transconstitucionalismo bilateral. Fazendo parte tão somente dessa unilateralidade constitucional que deve ser capaz de tolerar os valores antropológicos previamente presentes no ordenamento em questão, tendo em vista que a simples

imposição unilateral seria de uma afronta aos conceitos da tese, além de se envolver em conversações constitucionais que, de certa forma, também entram em contraste com o transconstitucionalismo, ao passo em que abre diálogo com quem está a margem de um padrão constitucional.

O caso dos índios Suruahá trouxe à tona uma grande polêmica dentro do direito transconstitucional, um conflito entre direito a autonomia cultural e direito a vida, pois conforme o direito consuetudinário dos Suruahá, é obrigatório o homicídio dos recém-nascidos quando tenham alguma deficiência física ou de saúde em geral. Foi proposto acerca desse tema um Projeto de Lei nº 1.057, de 2007, pelo deputado federal Henrique Afonso – Ac, como uma tentativa de criminalizar este tipo de prática, e apesar de não ter obtido sucesso de acordo com Marcelo Neves (2014, p. 213):

O contexto em que foi elaborado e a discussão que engendrou apontam para um caso singular de “diálogo” e colisão transconstitucional entre ordem jurídica estatal e ordens normativas locais das comunidades indígenas. Pois essa postura unilateral pela imposição dos direitos individuais em detrimento da autonomia cultural das comunidades não pareceu adequada para os que se manifestaram em torno do problema em uma perspectiva antropológica mais abrangente.

O maior problema sobre a autonomia cultural dessas comunidades é tentar lidar de maneira razoável com seus frequentes abusos a esses direitos individuais e a preservação das tradições de um povo, ondem tentam achar de maneira equivocada ao meu ver, qual seria a linha tênue que poderia reger as duas espécies normativas sem tantos conflitos, até onde seria adequado aturar essas atitudes?

3 RELATIVISMO ÉTICO X UNIVERSALISMO MORAL

Ao abordar o caso da tribo indígena e do conflito entre ordens constitucionais analisados anteriormente, Marcelo Neves tenta não se prender ao conflito entre relativismo ético e universalismo moral, pois constata ser necessário o convívio de ordens jurídicas mesmo com perspectivas históricas diferentes, objetivando construir relações menos conflituosas com a ordem indígena, por exemplo, o que devemos discordar formalmente.

Ao excluir a universalidade da ética, relativizando-a e tentando propor uma uniformidade moral através da conversação jurídica com autoridades normativas distintas, Marcelo Neves deixa em aberto o fato de culturas particulares irem de encontro a direitos e garantias fundamentais, o que deve sim ser amplamente

combatido. Apesar das primeiras constituições terem sido as de “João Sem Terra” na Inglaterra, e também de grande relevância a constituição da Ilha de Córsega – citada por Rousseau em sua obra *O contrato social* – a grande fundamentação dos princípios liberais de preservação dos direitos individuais tem suas raízes impregnadas na Revolução Francesa de 1789, sendo as constituições democráticas pós modernas a tendo como parâmetro. E se uma das maiores conquistas da humanidade em termos de defesa dos direitos do indivíduo tem suas raízes fincadas numa constituição, além de não haver justificativas éticas para ir de encontro a tais garantias, também não há fundamentação histórica coerente que justifique a preservação de ordens normativas que violem esses preceitos.

A crítica feita à possibilidade de garantir a jurisdição ou foro étnico para que cada ordem normativa não constitucional, indígena, por exemplo, resolva seus próprios conflitos existe porquê a capacidade de autonomia do outro deve sim existir e não questiona-se tal fato, mas o que afetar a autonomia do outro não pode ser considerado constitucional ou passível de diálogo.

A relatividade dos valores morais de determinadas sociedades dentro do que podemos entender como princípios constitucionais não deve ser aceito, porquanto infringe as deduções lógicas sobre direitos naturais realizadas através da ética argumentativa de Hans Herman Hoppe.

Hoppe assevera que ao argumentarmos, nós exercemos três dos nossos direitos naturais, um não configura necessariamente o que poderíamos considerar algo a ser violado, pois trata de axioma da ação, seria a obrigatoriedade de qualquer ação buscar a felicidade, entretanto considera dedutivo outros dois, o direito natural a propriedade e a liberdade, pois seria argumentando, como seres qualificados racionalmente para tal, que consolidaríamos tais direitos, sendo impossível argumentar contra eles sem utiliza-los previamente.

Portanto, sendo esses os dois únicos direitos naturais estabelecidos racionalmente e sendo conseqüentemente universais, devem ser apenas baseados neles qualquer tipo de aparato normativo que tenha o objetivo de regular as ações dentro de qualquer conjuntura social. Ao estabelecer direitos novos, direitos que não são naturais, e isso serve para qualquer texto constitucional, temos duas opções como consequência direta dessa ação. Pode, por exemplo, de maneira expressa violar o direito à liberdade e propriedade ao mesmo tempo, criminalizando o uso de maconha ou de exercício de determinada profissão por considerar tais atos como

contrários a expressão de valores morais daquela sociedade, entretanto, sem prévio consentimento do restringido, esse tipo de atitude nada mais é do que uma clara violação de garantias previstas pelo simples fato de vivermos, sendo contrário a ética filosófica da vida tais normas, e portanto impossíveis de defender a sua existência sem entrar em contradição semântica.

4 CONSTITUIÇÃO GLOBAL E SEUS FINS

Como já supra aludido, a necessidade de princípios universais para regulamentar o convívio em sociedade é latente do ponto de vista filosófico e deve utilizar-se do transconstitucionalismo como primeiro passo, a integração entre ordens normativas distintas é o início da conscientização popular sobre como nenhuma parte micro da comunidade global está perfeitamente apta a gerir todos os problemas existentes.

E assim, Habermas destaca “que numa sociedade pluralista a cultura política precisa “desacoplar-se do plano das subculturas e de suas identidades, cunhadas de uma maneira anterior à política” (HABERMAS, 2002, p.135). Além de Habermas e Kant, que ainda trataremos aqui, quem também nos fala sobre a ideia de uma constituição global é José Gomes Canotilho, e é dele que retiramos os três traços caracterizadores desse “projeto”. De acordo com José Canotilho (2017, p.95) “O sustentáculo do sistema jurídico político em relações entre Estado/povo, emergência, através das declarações de um *jus cogens* internacional, a dignidade humana fixada como pressuposto de todos os constitucionalismos. Assim, compreende a transformação do Direito Internacional como um “parâmetro de validade das próprias constituições nacionais cujas normas deveriam ser consideradas nulas se violassem as normas do *jus cogens* internacional” (CANOTILHO, 2008, p.1370-1371).

O processo que pode nos levar à instauração de uma constituição global sinaliza a reconstrução do direito, e o remodelamento das instituições para se adaptarem às características do *jus cogen* internacional, ultrapassando os limites conceituais traçados pelas constituições estatais para alcançar também o direito internacional.

Assim, Kant desenvolveu a ideia do direito cosmopolita à luz dos conceitos do direito racional, estabelecendo: “(a) a cessação e proibição definitiva e perpétua da guerra entre as nações (fim imediato), a qual exige a (b) forma jurídica de uma aliança

entre as nações (verdadeiro objetivo) para a (c) efetivação da ideia de condição cosmopolita alicerçada na finalidade da natureza (solução histórico-filosófica do problema)” (HABERMAS, 2007, p.194).

Destarte, pretende-se propor um sistema misto entre Habermas e Kant, Habermas entende que a compreensão republicana de constituição oferece a vantagem de proporcionar uma base de legitimação que supera certa tensão jurídica causada por micro sistemas isolados, porém para Habermas a tensão seria justificada pelo modelo liberal das constituições pós modernas, e baseio-me no oposto, apenas o modelo Kantiano de racionalidade através dos institutos liberais poderiam garantir a preservação dos direitos e garantias fundamentais já conhecidos, através sempre da manutenção dos direitos naturais, consolidando os princípios éticos universais e realizando a transição entre os diálogos transconstitucionais e a fixação da normatização global.

5 CONCLUSÃO

A pós modernidade e o subsequente globalismo que envolve as relações interpessoais é o fator preponderante para a alteração, ou ao menos o pensamento sobre as possíveis alterações que podem ser feitas no ordenamento jurídico nacional para que sejam integradas de maneira bilateral nos ordenamentos jurídicos internacionais, não de maneira expressa, com normas sendo integradas, mas com diálogo sobre os princípios e a tentativa de anular a maior parte dos dissensos constitucionais, tudo isso através do transconstitucionalismo.

Entretanto, não consideramos plausível que apenas o já referido movimento seja suficiente para melhor aproveitamento dos textos normativos a nível mundial, e é por isso que o movimento deve fazer parte de um processo de transição para uma constituição global regada com princípios universais, será o transconstitucionalismo, experiência prática que tem o papel de introduzir a sociedade nas discussões extranacionais dos conflitos constitucionais e entender a gravidade das lesões aos direitos e garantias fundamentais.

Isto posto, segundo Habermas, para que a comunidade cosmopolita seja socialmente integrada basta que os cidadãos do mundo expressem de forma unânime “la indignación moral ante las masivas violaciones de los derechos humanos y las vulneraciones evidentes de la proibición de las agresiones militares”

(HABERMAS, 2009b, p.139), o que seria o objetivo momentaneamente ideal no que tange a respeito das liberdades e direitos individuais.

6 REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim . Direito Constitucional. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2008.

Cfr. entrevista in Crítica Constitucional, 11 de abril de 2013, disponível em <http://www.criticaconstitucional.com/entrevista-marcelo-neves-entre-hidra-e-hercules/> , último acesso em 6.10.2018

Entre a hidra e a hércules. <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/marcelo-neves-entre-hidra-e-hercules>> *Acesso em: 8 out. 2018.*

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

NEVES, Marcelo. (Não)Solucionando problemas constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>> *Acesso em: 7 out. 2018.*