

**O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MÉTODO
PROPAGADOR DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DOS
DIREITOS COLETIVOS**

**THE TRANSCONSTITUCIONALISM AS A SPREAD METHOD OF
HUMAN RIGHTS RELATED TO COLLECTIVE RIGHTS**

Hermes Wagner Betete Serrano¹

Henrique Parisi Pazeto²

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o transconstitucionalismo como método propulsor dos direitos humanos no âmbito do sistema jurídico mundial em uma perspectiva coletiva. Busca-se averiguar a problemática especialmente levantada pelo ilustre Prof. Marcelo Neves, que instituiu o termo Transconstitucionalismo com o objetivo de delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas, ou seja, o desenvolvimento de formas de aprendizado recíproco e intercâmbio existente em cada caso concreto, principalmente no que tange a impasses atinentes a direitos humanos, visto que tal questão se revela atual e pertinente dentro de uma perspectiva global cada vez mais calcada na conversação e entrelaçamento das ordens jurídicas. A análise será feita na perspectiva dos direitos coletivos, uma vez que existem casos específicos de direitos humanos que abrangem inúmeras pessoas ou uma certa coletividade alcançada por mais de uma ordem jurídica. Tais casos necessitam de uma solução jurídica e o transconstitucionalismo vem para formular um método a fim de instrumentalizá-la.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo. Direitos humanos. Direitos coletivos.

ABSTRACT

The present work deals with transconstitucionalism as the propelling method of human rights within the global legal system in a collective perspective. Furthermore, this work seeks to investigate the issue raised by the distinguished Prof. Marcelo Neves, who introduced the term Transconstitucionalism, aiming to outline the forms of relationship between different legal regimes, for example, the development of of forms of mutual learning and the exchange in each case study, especially with regard to impasses relating to human rights since such a question reveals current and relevant matter in a global perspective increasingly grounded in conversation and interweaving of legal system. The analysis will be done from the perspective of collective rights, since there are specific cases of human rights that include a certain number of people or a community reached by more than one legal system. Such cases require a legal solution and transconstitucionalism comes to formulate a method to instrumentalize it.

¹ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania, pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Graduado no curso de Direito pelo Instituto Presbiteriano Mackenzie - MACK/SP. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - UNIDERP/LFG. Tabelião e Registrador do município de Uchoa da comarca de São José do Rio Preto/SP.

² Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania, pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Especialista em Direito Processual Civil pela UNAERP. Procurador do Município de Ribeirão Preto/SP.

Keywords: Transconstitucionalism. Human rights. Collective rights.

1 INTRODUÇÃO

Diante da emergência de casos jurídicos concretos transterritorializados relevantes para diversas ordens jurídicas envolvendo, inclusive, direitos humanos, invoca-se o conceito de transconstitucionalismo. Neste diapasão, nota-se a importância de um estudo aprofundado da matéria, tendo em vista, principalmente, o inevitável surgimento de colisões nessas relações. Assim, realizaremos uma análise com fulcro em casos atuais e intrigantes envolvendo ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, buscando demonstrar a necessidade de pontes de transição para o entrelaçamento das ordens jurídicas, a fim de atingir um aprendizado recíproco notadamente revestido de dinamicidade, bem como de soluções para cada caso concreto. Para isso, é salutar a ausência de bloqueio ou destruição à ordem jurídica concorrente ou cooperadora. Outrossim, deve-se caminhar de forma a buscar um aprimoramento, estimulando-se o intercâmbio em futuros “encontros” para o enfrentamento de casos comuns.

Desta forma, resta evidenciado o interesse geral na matéria, por se tratar de relevante método propulsor de consensualismo e na resolução de problemáticas coletivas, como são as questões de direitos humanos.

2 TRANSCONSTITUCIONALISMO

No transconstitucionalismo, o problema consiste em delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas. Ou seja, dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna, o direito, proliferam ordens jurídicas diferenciadas, subordinadas ao mesmo código binário, isto é, “lícito/ilícito”, mas com diversos programas e critérios. Cada uma, portanto, com seus próprios atos jurídicos, normas jurídicas, procedimentos jurídicos e dogmática jurídica. Essa diferenciação entre ordens jurídicas ocorre em diversos “níveis”, ou seja, consistentes em ordens jurídicas estatais, supranacionais, internacionais e transnacionais. Tais ordens jurídicas não são isoladas, uma vez que elas se encontram entrelaçadas. Assim, existem diversas “pontes de transição” entre ordens jurídicas. Os juízes e tribunais têm papel importante nessas pontes de transição, uma vez que atuam como o centro de uma ordem jurídica em relação a outras (periferias), principalmente no que importa às relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma vez que a análise se dá em cada caso

I CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

concreto.

Daí, pode-se falar em diálogos ou conversação entre cortes, que podem se desenvolver em vários níveis: por exemplo, entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (supranacional) e os tribunais dos Estados-membros, entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (internacional) e as cortes nacionais ou o TJCE, entre cortes nacionais, etc. Essa conversação consiste em comunicações transversais perpassando fronteiras entre ordens jurídicas. O maior problema reside nas disputas e conflitos entre as cortes. O consensualismo na conversação, encontra-se plasmado na incorporação recíproca de conteúdos em que implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora. Trata-se de uma conversação constitucional.

O conceito clássico de Constitucionalismo enseja uma visão de determinar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos em um território delimitado. Com o tempo, o incremento das relações transterritoriais com implicações normativas fundamentais levou à necessidade de abertura do constitucionalismo para além do Estado e daí surge o transconstitucionalismo.

Assim, a questão fundamental do transconstitucionalismo é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas. Assim, um mesmo problema de direitos humanos pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco. Inclusive no caso das ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, que envolvem atores privados e quase públicos, é indiscutível que questões de direitos humanos surgem perante elas.

Evidente que o transconstitucionalismo não é capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial, mas sim de levar em conta um diálogo e uma conversação transconstitucional. Assim, da emergência de casos jurídicos transterritorializados relevantes para diversas ordens jurídicas (envolvendo, inclusive, direitos humanos), faz surgir o conceito de transconstitucionalismo. Na análise do problema, a resposta das ordens jurídicas deve ser dada com base no mesmo código binário (lícito/ilícito), mas de acordo com critérios normativos originariamente diversos. Tais critérios influenciarão na resposta de cada ordem jurídica, no que se refere ao fato ser lícito ou ilícito. Cada ordem jurídica irá invocar os seus modelos de construção de critérios e programas para a resolução dos casos. Sem dúvida, a tendência é o surgimento de colisões. Daí ser necessário buscar as pontes de transição para o entrelaçamento das ordens jurídicas. Tal busca de aprendizado recíproco encontra-se revestido de dinamicidade e a solução para cada caso deve ser adequada à sociedade, sem bloquear ou destruir a ordem concorrente ou cooperadora, mas sim de forma a estimular o intercâmbio em futuros “encontros” para o enfrentamento de casos comuns.

I CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

É essencial que nas respectivas ordens envolvidas, estejam presentes princípios e regras de organização que levem a sério os problemas básicos do constitucionalismo. Ordens jurídicas que desconhecem os direitos humanos, o transconstitucionalismo funciona de forma muito limitada. A mesma coisa acontece com ordens jurídicas arcaicas que apenas impõem unilateralmente tais direitos. O grande desafio do transconstitucionalismo será de construir uma teoria e uma dogmática própria. Para isso, serão precisos novos aportes metodológicos a serem desenvolvidos em face de uma casuística complexa. Assim, de acordo com Marcelo Neves, um diálogo entre órgãos judicantes da comunidade mundial não seria composto de cortes específica, nem de tribunais internacionais, mas simplesmente de entidades judicantes comprometidas em resolver litígios, interpretando e aplicando o direito da melhor maneira que elas possam.

3 CONCLUSÃO

Assim, cabe observar que as diversas ordens transnacionais se envolvem simultaneamente, ou seja, com pluralidade de ordens de tipos diferentes: estatais, internacionais, supranacionais e locais, envolvendo até ordens de caráter informal. Desta forma é que se dá o sistema mundial de níveis múltiplos entrelaçados. O transconstitucionalismo, portanto, também tende ao envolvimento de mais de duas ordens jurídicas, sejam elas da mesma espécie ou de tipos diversos. Essas situações complexas apontam para um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, no qual ocorre um transconstitucionalismo pluridimensional, que resulta da relevância simultânea de um mesmo problema jurídico-constitucional para uma diversidade de ordens jurídicas.

Diante disso, por envolverem casos específicos de direitos humanos entrelaçados em ordens jurídicas diversas, ou seja, incidentes sobre uma coletividade ou pessoas de modo determinado ou indeterminado, acaba sendo de vital importância analisar o transconstitucionalismo na seara dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos sob uma perspectiva internacional.

Portanto, o ponto de partida não deve ser uma determinada ordem jurídica, mas sim os problemas humanísticos de direitos coletivos em um caso específico que se apresentam enredando as diversas ordens, de modo a permitir uma relação entre princípios e regras de ordens jurídicas diversas em face de tais problemas, sempre dependentes de soluções suportáveis para todas as ordens envolvidas, sem uma última instância decisória.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

I CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011.