XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

GILMAR ANTONIO BEDIN

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

OSMAR VERONESE

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin; Vladmir Oliveira da Silveira; Osmar Veronese. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-710-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

UNISINOS

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

Os direitos humanos têm se constituído num dos temas centrais da agenda política das últimas décadas das sociedades democráticas nas diversas regiões do mundo. Essa centralidade é impulsionada por uma divergência essencial sobre as contribuições dos direitos humanos para a conformação de um mundo melhor e para o fortalecimento do processo civilizatório. O intenso debate existente envolve estudiosos das diversas correntes teóricas sobre os direitos humanos e representantes (militantes) dos diversos grupos sociais.

Dessa forma, fica evidente que é uma preocupação transversal (que envolve questões teóricas e práticas de defesa dos direitos humanos) e que as possibilidades de construção de eventuais consensos são pouco prováveis. Nesse contexto, um primeiro debate que ganha forma é o que se pergunta sobre o fato dos direitos humanos representarem ou não valores universais. Essa indagação reflete uma das questões centrais do mundo atual (globalização) e se interroga sobre o sentido mais profundo dos direitos humanos. Isto é, se os direitos humanos são verdadeiramente uma conquista civilizatória ou são apenas valores do Ocidente que estão sendo impostos unilateralmente ao resto do mundo. Esse quadro fica ainda mais problemático na medida que são acrescidas questões geopolíticas ou geoestratégicas fundamentais.

Além desse fato, um segundo debate importante pode ser identificado na luta estabelecida entre o predomínio do direito à igualdade (típico de um cenário de modernidade sólida) e o predomínio do direito à diferença (típico de um cenário de modernidade líquida). Essa tensão desencadeia um debate virtuoso sobre a questão da identidade e do reconhecimento nas atuais sociedades complexas. Mas, pode levar também a fragmentação da luta pelos direitos humanos e ao fortalecimento de determinados préconceitos dos grupos sociais mais conservadores. Ademais, alguns teóricos importantes lembram que a luta pelo reconhecimento da diferença foi historicamente uma reivindicação política dos setores políticos ultraconservadores e que, portanto, a afirmação das diferenças pode ser uma verdadeira cilada (pois traz consigo a ideia de superioridade).

Um terceiro debate importante é a questão da proteção nacional verso proteção internacional dos direitos humanos. Nesse sentido, pergunta-se: é importante essa duplicidade? Qual é a esfera político-jurídica mais apta a proteger os direitos humanos? Como se passa de um âmbito de proteção para outro? Quais são os requisitos a serem cumpridos? É possível o

controle de convencionalidade? São todas questões importantes e que em relação a muitas delas, ainda não é possível uma resposta única. O importante é que as questões estão colocadas e os pesquisadores do tema estão indagando sobre os diversas respostas possíveis e suas consequências para os direitos humanos.

Três debates, como se pode ver, muito importantes sobre os direitos humanos e sobre as quais, na atualidade, é quase impossível chegar a um acordo entre os participantes do debates. Mas, porque, então, chamar a atenção para a existências dos mesmos? Pelo fato que muitos dos artigos que integram a presente obra se aproximam, de uma forma ou de outra, dos mesmos (o que é essencial). Contudo, é importante alertar que os textos não possuem a pretensão de adotarem, em nenhuma hipótese, um posicionamento definitivo e muito menos excluírem os outros possíveis olhares legítimos sobre o aspecto em discussão. Ao contrário, colocam-se à disposição para diálogo franco, aberto e construtivo e para o enriquecimento teórico mútuo.

Os títulos dos artigos que compõe essa obra são os seguintes: Os Conflitos Armados e o Tribunal Penal Internacional; O Terrorismo Internacional e o Tribunal Penal Internacional: Uma Análise a Partir da Nova Ordem Mundial; Os Direitos Humanos Multiculturais; O Processo de Dinamogenesis dos Direitos dos Idosos no âmbito da Organização das Nações Unidas; Normas de Jus Cogens e Crime Contra a Humanidade: O Caso Herzog vs. Brasil; Uma Análise do Caso Damião Ximenes Lopes x Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos: A Efetivação de Políticas Públicas Como Garantia de Direitos Humanos; A Infraestrutura como Elemento do Direito Humano ao Desenvolvimento no Marco da Integração Regional Sul-Americana; O Papel das Imigrações no Imaginário Colonial Brasileiro: Por Uma Concepção Contra-Hegemônica do Direito Humano de Imigrar; Migrações em Sociedades de Risco: O Gatilho da Insegurança e Desrespeito aos Direitos Humanos; Margem Nacional de Apreciação e Controle de Convencionalidade: Mecanismos Complementares de Harmonização Entre o Direito Internacional e os Ordenamentos Jurídicos Nacionais; Há Lugar Para A Hierarquia Supralegal dos Tratados de Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988?: Notas Sobre a Interpretação do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 466.343/SP; A Aplicação dos Tratados de Direitos Humanos Independe do Decreto Executivo de Promulgação Interna? Perspectivas de Mudança do Entendimento Jurisprudencial; Primazia de Jurisdições: Do Transconstitucionalismo à Teoria do Diálogo das Fontes; O Controle de Convencionalidade Na Defesa Dos Direitos Humanos: Uma Abordagem A Partir da Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann; A Responsabilidade Internacional do Estado pela Escravidão Contemporânea Praticada Por Particulares: O Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil; A Questão dos Direitos Humanos em Terras (Des) Colonizadas e Uma Abordagem Sobre a

Incompletude da Justiça de Transição: Estaremos Retrocedendo em Nossa Frágil Democracia?; As Prisões Brasileiras Como um Espaço de Antidireitos: Entre o Discurso Oficial e o Agir Estatal.

É importante registrar, por fim, que os textos que fazem parte da presente publicação foram apresentados e discutidos no Grupo de Trabalho de Direito Internacional dos Direitos Humanos II, realizado no dia 15 de novembro de 2018, Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, durante o XXVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. No conjunto, os textos revelam a complexidade temática da situação atual da proteção internacional dos direitos humanos e permitem a constatação da rica produção acadêmica brasileira sobre o tema. Por isso, eles merecem uma leitura cuidadosa e crítica de todos os interessados na luta pelos direitos humanos.

Professor Doutor Gilmar Antonio Bedin (UNIJUÍ/URI-Santo Ângelo)

Professor Doutor Vladmir Oliveira da Silveira (UFMS/MS)

Professor Doutor Osmar Veronese (URI-Santo Ângelo)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PRIMAZIA DE JURISDIÇÕES: DO TRANSCONSTITUCIONALISMO À TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

PRIMACY OF JURISDICTIONS: FROM TRANSCONSTITUTIONALISM TO THE THEORY OF SOURCES DIALOGUE

Micheli Piucco [1]
João Luis Severo Da Cunha Lopes [2]

Resumo

A teoria do Transconstitucionalismo propõe que qualquer ordenamento pode utilizar-se de outros, através de um "diálogo". Diante disso, apresenta-se como método de aplicação a teoria do "Diálogo das Fontes" do alemão Erik Jayme. Com a existência de diversos ordenamentos, em níveis diversos, o diálogo das fontes permite que através da cooperação e aplicação de normas mais favoráveis, os indivíduos sejam colocados ao centro das ordens, constituindo a principal preocupação a garantia de direitos mais benéficos. O presente trabalho utiliza o método dedutivo para a realização da pesquisa. As respostas aos questionamentos foram alcançadas através da técnica de pesquisa legal-bibliográfica.

Palavras-chave: Cooperação, Diálogo das fontes, Direitos, Normas mais favoráveis, Transconstitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

The theory of the Transconstitucionalismo proposes that any ordering can be used of others, through a "dialogue". The theory of the "Dialogue of the Sources" by the German Erik Jayme is presented as a method of application. The existence of different systems different levels, the dialogue of the sources allows that through the cooperation and application of more favorable norms, individuals are placed the center of the orders, being main concern the guarantee of more beneficial rights. The present work uses the deductive method to carry out the research. The answers to the questions were reached through technique of legal-bibliographic.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Cooperation, Dialogue of sources, Rights, More favorable norms, Transconstitutionalism

---

[1] Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo (Bolsa CAPES Modalidade I). Graduada em Ciências Sociais e Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: micheli.piucco@hotmail.com.

[2] Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1998). Mestrando em Direito na Universidade de Passo Fundo. E-mail: jlscl@hotmail.com.

Introdução

O desenvolvimento do transconstitucionalismo com a inter-relação entre ordens jurídicas globais, ocorrendo através da conversação entre ordenamentos jurídicos diversos, faz com que o entendimento sobre ordens jurídicas soberanas e Estados soberanos seja visto com certa relatividade e flexibilidade no canário atual. A importância para os aplicadores dessas normatividades deve recair perante a prevalência de normas que beneficiem os seres humanos e concedam maior dignidade aos seus direitos, que podem ser consagrados em ordens que não necessariamente a de sua jurisdição interna.

O presente trabalho utiliza o método dedutivo para a realização da pesquisa. Como instrumento para a realização do processo investigatório, utiliza-se a técnica documental e a bibliográfica, com suporte em fontes bibliográficas, como livros de leitura corrente, publicações e periódicos.

Com o passar dos anos e com o cometimento de graves atrocidades, como as duas grandes Guerras Mundiais, os direitos humanos passaram a ser visualizados com a devida importância pela comunidade internacional, pois os direitos dignificantes devem ter primazia nos julgamentos de casos concretos, independente do local em que o indivíduo esteja sendo julgado o sujeito. Decorrente dos direitos humanos e de sua prevalência é que é assentada a ideia do transconstitucionalismo neste trabalho.

Na perspectiva do transconstitucionalismo e, da possibilidade de aplicação de qualquer ordenamento internacional que seja mais adequado frente ao caso concreto, se desenvolverá a ideia de um transconstitucionalismo que possa ocorrer desde que, siga a norma mais benéfica ao ser humano. Assim, a teoria de Erik Jayme de aplicação do Diálogo das Fontes caracterizada pela conversação entre ordens, resultando a aplicação da norma mais dignificante é analisada como um método de aplicação do transconstitucionalismo.

Ao aplicar o transconstitucionalismo, observa-se que Marcelo Neves segue o entendimento que os ordenamentos devem conversar ou dialogar. Nessa perspectiva que surge a teoria do Diálogo das Fontes, como a forma dessa comunicação ocorrer, como uma possível solução para ocorrência do diálogo. Assim, para que sejam determinados critérios de aplicação de ordens, primasse pelas normas que forem mais benéficas ao ser humano, de forma que uma norma não exclua a outra, apenas prevaleça em determinado caso, sendo que não observa-se mais as questões pertinentes ao conflito de normas quando estabelecidas as questões de hierarquia, cronologia e especialidade.

Com a Teoria do Diálogo das Fontes podem ser observados avanços ao que propõe o transconstitucionalismo, por considerar que mesmo quando não ocorrem conflitos de normas entre as ordens, mas em razão de uma garantir melhores direitos aos indivíduos, utilizando-se do transconstitucionalismo, aplica-se o diálogo travado entre as fontes e prevalece a norma mais benéfica ao ser humano, sendo a norma mais dignificante. A teoria do Diálogo das fontes neste contexto atua como uma alternativa para a solução de um possível conflito e como um instrumento para que as fontes diversas dialoguem.

1. O Transconstitucionalismo

A ideia de utilizar o transconstitucionalismo como um instrumento de conversação entre os ordenamentos jurídicos em diversos âmbitos, que ultrapassam o plano interno estatal, faz com que o direito seja visto como um conjunto global. Quando analisado globalmente, o direito pode se desenvolver com maior envergadura a partir da aplicação de normas de outras ordens jurídicas periféricas em ordens jurídicas centrais protegendo o ser humano e aplicando sempre, a norma mais benéfica aos indivíduos.

O transconstitucionalismo para seu idealizador Marcelo Neves está preocupado com as diversas formas existentes de ordenamentos jurídicos e as relações que podem existir de cooperação entre elas e que poderão beneficiar as sociedades e os indivíduos, independente do arcabouço jurídico interno. Na sociedade mundial existem diversos ordenamentos cada qual com suas peculiaridades (culturais, políticas, religiosas, econômicas), mas todos envolvem um "código binário" que se desenvolve na perspectiva do lícito e ilícito. Assim todo o bloco de normas de um sistema jurídico gira em torno desse código estabelecido (NEVES, 2009, p. 115).

Na perspectiva de um sistema funcional societal o direito é visualizado como fragmentado e, na ideia de um sistema global, em que diversos ordenamentos jurídicos se concentram para formar esse "todo" o código binário referido estará sempre presente e será um ponto comum de seguimento de todos. Os ordenamentos jurídicos possuem suas peculiaridades e se compõem de suas próprias normas conforme o local em que se encontrem e as diversidades sociais e nacionais. O relacionamento e aplicação dessas normatividades ocorrerão por meio dos juízes e tribunais internos, com a possibilidade, mas de forma superveniente de aplicação de normas as quais se submetem (acordos, convenções internacionais) por tribunais internacionais competentes quando reconhecida internamente a competência contenciosa (MIRANDA, p. 257).

O mais adequado segundo Neves é tratar os problemas constitucionais os incorporando a uma "rede de entrelaçamento de ordens jurídicas" em que denomina de transconstitucionalismo. No entendimento de Miranda e Ribeiro, o entrelaçamento entre essas ordens jurídicas em âmbito da sociedade global, não exige que sejam realizados tratados internacionais multilaterais ou bilaterais, ou seja, não se faz necessário utilizar-se da política internacional de forma tradicional entre os agentes políticos envolvendo os poderes estatais intenros. Assim, o transconstitucionalismo é definido através de relações entre as diversas ordens jurídicas postas, a partir do Poder Judiciário de cada uma dessas ordens, sendo os Judiciários considerados como "multicêntricos". Assim, não se faz necessário, segundo esta visão que os Estados possuam vinculatividade entre os ordenamentos, apenas que o judiciário tenha conhecimento das normas de outros Estados e, que então, as apliquem internamente. (MIRANDA, p. 257).

Assim, os juízes e tribunais são considerados como as "pontes de transição" das ordens jurídicas, são eles seus centros (NEVES, 2009, p. 116-117). Nessa perspectiva, são considerados como organizações, através da forma como se relacionam com o Sistema Direito, juízes e tribunais são um dos meios pelos quais o Direito buscará as soluções para os seus problemas, podendo ser no âmbito internacional, através do ordenamento de outros Estados. Através do transconstitucionalismo, os juízes e tribunais resolvem seus problemas mediante outros ordenamentos jurídicos globais ("periféricos"), que dispõe sobre o tema em análise no caso concreto (que pode ser conflituoso entre as normas ou não) (MIRANDA, p. 257).

As relações transconstitucionais não são restritivas. Aplicação e conversação podem ocorrer de formas "multiangulares" entre os ordenamentos, quando presente determinada dificuldade, por exemplo, constitucional. Nesse aspecto, os direitos humanos são um exemplo. Quando se trata de um problema que envolve essa matéria tanto em protegê-los como interpretá-los, toda a comunidade internacional está de alguma forma vinculada e, assim, o problema não é apenas de um Estado, mas de vários Estados e organizações que estão entrelaçados na proteção e efetivação desses direitos (NEVES, p. 207). Outro exemplo que pode-se dispor é o caso do meio ambiente. Quando fala-se em disponibilidade Estatal da flora e fauna nacional, mas que com essa disponibilidade ou até intervenção vão causar prejuízos ou impactos em todo o planeta, a questão deixa de ser estatal, pois essa perturbação ocorrerá em todas as nações e, juntas devem encontrar a solução.

Assim, o que seria inédito na aplicação do transconstitucionalismo nessa pluralidade de ordens jurídicas globais é a independência nas formas de aplicar as ordens jurídicas

diversas, independente dos tradicionais acordos internacionais que possuam regulamentação e que não sejam governamentais. Essas relações desenvolvem-se a partir das chamadas "pontes de transição" e são positivadas e utilizadas pelos de juízes e tribunais, aplicadores do direito interno (NEVES, 2009, p. 117). Decorrente disso, os tribunais são considerados como os centros do sistema direito, sendo que ao solucionar os problemas levantados produzem operações "filtradas", fazendo com que sejam "o coração do fechamento operativo do sistema jurídico" (MIRANDA, p. 262).

Desenvolvendo a ideia de que o Poder Judiciário é o centro de uma ordem jurídica, um outro ordenamento jurídico será considerado pelo primeiro como uma "periferia" e, então, a partir da conversação entre ordens poderá ocorrer a aplicação de normas de forma cooperada entre eles. Para Neves, essa conversação não deve ser permanente, pois os conflitos entre ordens jurídicas geralmente é frequente, por serem diversas e desenvolvidas em um cenário social diferenciado. Segundo o autor, o que diferencia o transconstitucionalismo do transnacionalismo é que nesse existe entrelaçamento de ordens jurídicas e no primeiro as ordem se "inter-relacionam no plano reflexivo" fazendo com que de forma recíproca se vinculem e dispondo alguma delas de primazia quando da aplicação (NEVES, 2009, p. 117-118).

A conversação entre ordenamentos poderá ocorrer em diversos níveis. Esse diálogo constitui o que se chama de comunicação transversal que atravessa fronteiras e desenvolve a ideia da cooperação entre ordens. A questão levantada pelo transconstitucionalismo deixa evidente que os problemas sobre determinados direitos podem ocorrer em diversas ordens exigindo um aprendizado em conjunto implicando em cooperações e conflitos (NEVES, 2009, p. 117-121). Para Neves:

> Afirmada essa emergência dos problemas constitucionais perante ordens jurídicas as mais diversas reaparecendo a cada momento em forma de hidra, não há mais uma Constituição-Hércules que possa solucioná-los. A fragmentação dos problemas constitucionais permaneceria desestruturada se cada ordem jurídica pretendesse enfrentá-los isoladamente a cada caso. Impõem-se, pois, um "diálogo" ou uma "conversação" transconstitucional (NEVES, 2009, 122).

Na perspectiva do autor, não existindo uma "Constituição-Hércules" que resolva e que possua um perfeccionismo centrado em si, é necessário que todos os Estados busquem construir de forma conjunta e cooperada uma solução a esse problema, de não conseguirem resolver todas as questões internas com seus ordenamentos postos. Para Marcelo Neves devemos nos valer do transconstitucionalismo para resolver essas questões lacunosas que

surgem nas ordens, sendo que o transconstitucionalismo por si não poderia formar uma ordem jurídica mundial (NEVES, 2009, p. 121-122).

Para a teoria transconstitucionalista as ordens não possuem hierarquia entre si. A aplicação de normas entre ordens diversas necessita de uma reestruturação a partir de quem a utilizar, precisa de uma "releitura" com a base instrutora constituinte do ordenamento em que está inserido o julgador (NEVES, 2009, p. 118). Assim, ao aplicar o juiz ou tribunal determinada norma de um ordenamento "periférico", deve-se adequar as normas em conformidade com o ordenamento considerado receptor. Essa ideia é decorrente de relações mútuas em que será determinado o primado de uma ordem em determinado caso e, não sua superioridade expressa como *ultima ratio* (MIRANDA, p. 258).

A questão levantada pelo transconstitucionalismo parte da análise dos problemas constitucionais de todas as ordens, em esfera mundial. Esses problemas podem ocorrer em diversos Estados, como no Brasil e na Alemanha. Os dois Estados são muito diferentes quando observados em seus seios sociais e em suas ordens jurídicas. Partindo da ideia do transconstitucionalismo e da possibilidade de aplicação de outras ordens como modelos, com o desenvolvimento de uma legislação na Alemanha, o Brasil poderá utilizar de tal normatividade e, o problema brasileiro será solucionado através de um aprendizado compartilhado (NEVES, 2009, p. 121).

Nessa relação os diversos juízes e Tribunais aplicam normas de outros ordenamentos jurídicos através de uma "conversação constitucional". Isso ocorre por meio de referências a esses ordenamentos diversos ou de decisões em que as ordens são utilizadas como a razão da própria decisão que está em análise, passando essa decisão ter a possibilidade de aplicação futura como um precedente (MIRANDA, p. 260). Com a teoria do transconstitucionalismo, há a possibilidade de aplicação das ordens diversas, independente de um vínculo jurídico entre os Estados, aplicada a norma através do poder judiciário através de um diálogo.

Nesse aspecto, importante salientar que o transconstitucionalismo não impõe a utilização apenas de normas constitucionais como aparatos de aplicações recíprocas entre ordens jurídicas diversas. Podem ser utilizadas normas convencionais de direito internacional, normativas consagradas por Sistemas Regionais e pelo Sistema Universal de proteção aos Direitos Humanos e as suas jurisprudências (NEVES, p. 207). Quando pensado como um instrumento mais dignificante para os seres humanos, a teoria se apresenta como uma forma de colocar os indivíduos como centro dos ordenamentos, como a "parte" mais importante em um Estado.

O Estado deixa de ser o único local que contém as soluções para seus problemas de forma universal. Considerado como indispensável e fundamental passa ele a ser apenas um desses locais. Nesta perspectiva é que surge o transconstitucionalismo, como uma forma a mais de resolver os problemas não somente estatais, mas globais, com a característica de envolver a comunidade global buscando de forma cooperada a melhor solução de um problema que pode ser comum a muitos (NEVES, p. 211).

O transconstitucionalismo faz com que os ordenamentos reconheçam que não são completos e que necessitam de cooperação para a solução de problemas que podem ser comuns a muitos. Através de articulações transversais e considerando a limitação própria haverá a possibilidade de contribuição mútua reflexiva. A "identidade é reconstruída" considerando a alteridade. E para Marcelo Neves isso é enriquecedor, pois possibilita que o outro veja o que um observador interno que está em determinada posição não pode ver em razão da limitação decorrente da existência do "ponto cego" (NEVES, p. 211).

Quanto à metodologia de aplicação do transconstitucionalismo parte-se do pressuposto de Neves que ela não deve dar superioridade a determinado ordenamento jurídico em contraponto com outro, em uma perspectiva de igualdade Estatal. A ideia é de que sejam formadas "pontes de transição" para que os ordenamentos sejam juntos mais construtores e garantidores de direitos e garantias. Para isso, necessário se faz a utilização da conversação entre os ordenamentos. Esse diálogo ocorrerá por meio da comunicação entre as ordens que estão se relacionando possibilitando o aprendizado de forma recíproca e reflexiva (NEVES, 2009, p. 275-277).

No aspecto de construção e busca de uma sociedade global em que os problemas podem ser resolvidos de forma conjunta trazendo melhores resultados e solução, e, que mesmo com as normas construídas de forma coerente, mas que internamente possuem suas especificidades, o transconstitucionalismo seria de grande valia por possibilitar a conversação de ordenamentos de forma conjunta e cooperada que através da conversação cheguem à construção e ao desenvolvimento de direitos melhores aos seres humanos, mais dignificantes. Esses objetivos podem ser alcançados a partir da utilização como método, ao diálogo entre os Estados a partir da teoria do transconstitucionalismo, da Teoria do Diálogo das Fontes do alemão de Erik Jayme, em que aplica-se sempre, entre as possíveis ordens a serem utilizadas, a norma mais benéfica ao indivíduo.

2. A Teoria do Diálogo das Fontes aplicada ao Transconstitucionalismo

Ao mencionar diálogo ou conversação no transconstitucionalismo e, em razão da possibilidade de aplicação de qualquer ordenamento jurídico mundial traz-se a ideia da aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes do autor Erik Jayme, como uma "ponte" ou uma "fórmula" mais restrita, de aplicação de ordens jurídicas de diversos Estados em esferas locais, nacionais, regionais e internacionais a partir da verificação de qual norma é mais benéfica ao ser humano. Nesse contexto, o Diálogo das Fontes é colocado como um método de aplicação do transconstitucionalismo, ou seja, como o instrumento que possibilita que o transconstitucionalismo ocorra, mas com um critério de aplicação: a prevalência da norma mais benéfica a pessoa humana.

Para Erik Jayme atualmente não existe mais uma sobreposição de fontes, mas uma "cumulação destas, um aplicar lado a lado", sem exclusão, mesmo quando conflitantes. Quando presente um conflito de normas, mesmo que de ordenamentos diversos, aplica-se a mais benéfica, essa é a proposição da teoria. Propõe-se a aplicação de forma conjunta das várias fontes existentes entre ordenamentos (JAYME, p. 66). A teoria de Erik Jayme traz uma visão mais humanista das normas, como se os sistemas internos e o sistema internacional formassem uma visão unitária e coerente (ideal). Nos conflitos entre normas a prevalência é os direitos humanos e da interpretação *pro homine* (MARQUES, 2012, p. 16).

Segundo Cláudia Lima Marques, que denomina o alemão Erik Jayme, idealizador da teoria do diálogo das fontes, como seu "mestre":

> Na pluralidade de leis ou fontes, existentes ou coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, ao mesmo, tempo, que possuem campos de aplicação ora coincidentes ora não coincidentes, os critérios tradicionais da solução dos conflitos de leis no tempo (*Direito Intertemporal*) encontram seus limites. Isto ocorre porque pressupõe a retirada de uma das leis (a anterior, a geral e a de hierarquia inferior) do sistema, daí propor Erik Jayme o caminho do 'diálogo das fontes' [...] (MARQUES, 2012, p. 16).

Nesse sentido, importante ressaltar que o diálogo das fontes pode ocorrer quando presente um embate de normas jurídicas entre diversos ordenamentos, sendo uma conflitante em relação ao outro ou quando não há conflito de normas nos ordenamentos diversos, mas uma seja mais benéfica ao ser humano. Em ambas as situações, ao aplicar-se o diálogo das fontes a prevalência é da norma mais benéfica através do poder judiciário interno, que deve ser conhecedor das normativas de outros Estados (para podem aplicar a norma mais

dignificante) e das normatividades dos sistemas internacionais, na mesma perspectiva de possibilidade de aplicação.

Essa teoria traz uma visão mais humanista das normas, como se os sistemas interno e internacional formassem o que é determinado como uma visão "unitária e coerente", ordenados pelos direitos humanos, valores maiores de todas as ordens (nacionais e internacionais). Nos conflitos entre normas de direito interno e de direito internacional, prevaleceriam os direitos humanos e a interpretação *pro homine*, conforme salientado. Seguindo os parâmetros da teoria, é proposto que as fontes dialoguem entre si, de forma harmoniosa e guiada pelos valores constitucionais e principalmente à luz dos direitos humanos, criando uma coordenação das leis para sua aplicação no caso concreto (MARQUES, 2012, p. 24.27).

Em decorrência disto, as normas não mais se revogam, sendo essa solução de priorizar uma norma e excluir outra reducionista de valores (MARQUES, 2012, p. 24.27). também visualizadas como formas reducionistas de valores, pode-se elencar as teorias monista e dualista. Um método que se destine a coordenar as normas é preferível a outro que exclua uma no caso concreto. Esse diálogo permite que as fontes mais heterogêneas se comuniquem, fazendo com que os juízes as coordenem e escutem-nas (MIRAGEM, 2012, p. 74). Dessa forma, a aplicação do diálogo das fontes na teoria do transconstitucionalismo faz com que ao possuir-se diversos ordenamentos jurídicos válidos, o julgador possa, no caso concreto, utilizar-se da normas que seja mais garantidora de direitos ao indivíduo naquele momento do julgamento.

Percebe-se que com a aplicação por juízes e tribunais de diversos ordenamentos jurídicos, os critérios clássicos de solução das antinomias (hierárquico, cronológico e de especialidade) tornam-se insuficientes, momento em que visualiza-se a necessidade de criação e aplicação de um novo critério que seja coerente com o cenário posto que identifica diversas ordens jurídicas e, a possibilidade de aplicação de diversos instrumentos. Para uma resolução de forma coerente e que possibilite essa "coexistência" de ordens é necessário um diálogo entre elas, e esse diálogo proposto, é o diálogo das fontes (MAZZUOLI, p. 128).

Com os efeitos da "mundialização" principalmente com aspectos de revoluções comunicativas, a cooperação entre diversos setores em âmbito mundial atinge também o direito. Com o diálogo das fontes todas as normas são visualizadas em suas especificidades em que os subsistemas podem se comunicar, desde que as normas se encontrem em um mesmo nível de hierarquia para Mazzuoli (MAZZUOLI, p. 11-18). Assim, o diálogo pode ocorrer, mas desde que observado o patamar nacional em que se encontram as normas a serem

aplicadas, segundo o autor. Entende-se que para que o diálogo das fontes possa ocorrer entre diversas ordens jurídicas em patamares hierarquicamente diversos e, em ordenamentos hierarquicamente diferentes, a norma mais garantidora de direitos deve prevalecer. Assim, não aplicamos os ordenamentos, considerando a teoria de Erik Jayme, observando a hierarquia das normas ou a cronologia ou ainda a especialidade. O que segue-se é a norma mais benéfica.

Para Mazzuoli, o direito pós-moderno é dialógico, um direito que dialoga com a diversidade contemporânea. Além disso, é ele um direito inclusivo que respeita e aceita as diferenças sociais. Através da dialógica jurídica tem prevalência o diálogo, o qual permite que mais de uma norma sobreviva, mesmo quando conflitante com outra normas que poderá ser aplicado no mesmo caso ao mesmo momento (MAZZUOLI, p. 128-129). Nesse sentido Amaral Júnior dispõem que:

> O "diálogo" das fontes vislumbra a totalidade das normas internacionais sem esquecer, obviamente, as especificidades que marcam os subsistemas particulares. O que se deseja é perceber o direito internacional como um sistema no qual a busca de unidade não faz desaparecer a singularidade das partes que o constituem, e que ele se sujeita a princípios que organizam os elementos individualmente considerados (AMARAl JÚNIOR, p. 12).

O diálogo das fontes é considerado como um princípio de justiça, em que garante o respeito à diferença, fazendo parte do conjunto que compõe o princípio do pluralismo. Ele possibilita que diversos ordenamentos sejam aplicados de forma concomitante, mas aplicando-se sempre a norma mais protetiva, fazendo com que a conversa desse diálogo seja coerente (MAZZUOLI, p. 133).

O juiz "escuta" ambas as fontes, "coordena esse diálogo" e decide com critérios de justiça. Assim, é papel do próprio aplicador do direito (juízes e tribunais) "valorar" as normas e os ordenamentos jurídicos que pretende aplicar: local, nacional, regional ou/e internacional e por meio do diálogo das fontes e da conversação entre ordens decidir qual norma prevalecerá e será aplicada no caso concreto (MAZZUOLI, p. 133-137).

Ressalta Mazzuoli que o direito considerado como pós-moderno, parte em direção das relações entre ordens e principalmente calcado nos direitos humanos, em que quando ocorre conflito de normas a solução supera a "exclusão" e possibilita que as normas "coexistam". Segundo o autor, o diálogo das fontes possui como finalidade o que ele define de "nova construção jurídica" a criação de um "[...] um direito renovado e mais apto a lidar com as diferenças, em posição a um sistema intransigente que não encontra no "diálogo" sua melhor racionalidade, principiologia e sentido" (MAZZUOLI, p. 144-164).

Nesse sentido segue a perspectiva de inclusão do transconstitucionalismo. Quando existente um conflito de normas a solução será plúrima e não única, podendo ser aplicada a norma mais benéfica dentro das possibilidades existentes para o julgador. Não necessariamente uma ordem se sobrepõe a outra que no caso concreto seja mais benéfica, ambas as ordens podem ser aplicadas de forma concomitante e coordenadas. Diante da possibilidade de aplicação de apenas uma delas, a outra não será excluída (futuramente deve ser considerada como uma possibilidade existente e válida de aplicação), pois naquele momento uma das ordens era mais garantidora de direitos para aquele caso determinado, mas em momento posterior pode ocorrer de a norma que foi afastada, mas não excluída, ser aplicada.

O que o diálogo das fontes propõe é que ao possibilitar o juiz aplicar a norma que no caso concreto seja melhor ao ser humano e julgando da forma que para ela seja a mais "adequada", evita-se que haja apenas uma solução, permitindo-se a existência de soluções plúrimas e, nesse contexto para que seja aplicada a norma que reflita no princípio da justiça, conforme mencionado, a partir do diálogo realizado pelo operador do direito (MAZZUOLI, p. 150-151).

Para Mazzuoli a conversação entre as fontes de diferentes ordens pode ocorrer de duas formas. A primeira é através do diálogo horizontal. A segunda através do diálogo vertical. O primeiro possui relação de "complementaridade". Não apresenta em seu diálogo conflitos "agressivos de normas". Pode ocorrer de duas maneiras. A primeira é pelo "diálogo de complementaridade", que ocorre quando um direito internacional repete o direito interno já consagrado; a segunda chamada de "diálogo de integração" acontece quando uma norma internacional supre lacunas do ordenamento jurídico interno (MAZZUOLI, p. 154).

No diálogo vertical, os conflitos são latentes. Aqui também poderão ocorrer em duas situações. A primeira no chamado "diálogo de inserção" em que no direito internacional existem normas de direito, que no cenário interno são inexistentes; a segunda chamada de "diálogos de transigência" ocorre quando a norma internacional e a norma nacional dispõem de regramentos sobre o mesmo tema de formas diversas, acarretando um conflito normativo direto, se chocando de forma frontal (MAZZUOLI, p. 168).

Dessa forma, a nova teoria, que visa não mais a utilização dos critérios clássicos de resolução de antinomias de normas, chamada teoria do diálogo das fontes faz com que as normas de ordenamentos diversos possam ser utilizadas em conjunto, em cooperação entre os diversos órgãos, desde que a aplicação pelos juízes e tribunais que ocorre a partir do diálogo

entre ordens (horizontal ou vertical), sempre respeite os direitos mais benéficos aos indivíduos.

Seguindo-se a concepção de cooperação Estatal e de suas ordens a formação de uma ordem internacional assentada na busca efetiva de proteção e comprometimento com os direitos humanos, com o respeito e com o auxílio mútuo, é um objetivo dos Estados que compõe a comunidade internacional. A busca de formas para implementar um sistema internacional cooperado e que proporcione respostas efetivas tornou-se um tema recorrente entre os Estados, principalmente pós segunda Guerra Mundial, em que a dignidade humana passa a ser tratada de forma conjunta pelos Estados (CAMERA, 2014, p. 170).

Seguindo a ideia do Transconstitucionalidade e do diálogo que deve ocorrer entre as ordens, não pode-se deixar de considerar os ensinamentos Peter Häberle. Häberle nos trará sua visão do Estado Constitucional Cooperativo, o qual não tem mais como pressuposto a soberania nacional e seus ordenamentos como formas isoladas e absolutas. Esse modelo é mais aberto, integrado, fazendo parte da "identidade" de cada Estado (HÄBERLE, 2007, p. 03). Assim, podemos observar que:

> "Estado Constitucional Cooperativo" é o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade. Ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz (HÄBERLE, 2007, p. 04).

A cooperação entre Estados será realizada de forma política e jurídica, correspondendo ao "desenvolvimento do Direito Internacional Cooperativo". Para um Estado ser considerado aberto ele deverá ser Cooperativo. Assim, Estado Constitucional Cooperativo e Direito Internacional são um conjunto, sendo o resultado de ambos o "Direito comum de cooperação" em busca da paz internacional e estatal e da prevalência e aplicação das normas mais benéficas aos indivíduos (HÄBERLE, 2007, p. 06-12). Aqui a perspectiva é de cooperação entre os ordenamentos, mesmo que eles ainda não sejam coerentes com uma ordem superior, que seria a ordem universal.

Essas teorias (Transconstitucionalismo, Diálogo das Fontes e Estado Constitucional Cooperado) demonstram a necessidade e a prioridade que é concedida em prol dos direitos humanos e aos direitos mais benéficos aos seres humanos, independente do ordenamento em que estejam localizadas as normas, pois pode-se utilizar delas. Com a primazia de normas mais garantidoras de direitos a comunidade internacional caminha rumo a um novo direito.

Esse direito é composto por diversas ordens que cooperam entre si, mas que principalmente colocam os indivíduos em seu centro, demonstrando que a primazia é do ser humano e não, de forma geral, a hierarquia, cronologia ou especialidade das normas.

Considerações Finais

Com a perspectiva transconstitucional de aplicação de ordens locais, nacionais, regionais e internacionais como forma de solução de problemas comuns, as soluções podem ser compartilhadas aplicando-se normas de ordens diversas do ordenamento considerado como "central". Assim, os ordenamentos jurídicos de forma cooperada criam vínculos a partir de um aplicar de normas reflexivas e compartilhadas.

Essa aplicação do transconstitucionalismo deve seguir um método que caminhe aos rumos de uma conversação, de um diálogo entre as diversas fontes em análise de forma reflexiva. Essa conversação entre ordenamento também deve seguir um objetivo, uma finalidade comum nos casos e, para que isso ocorra, deve-se aplicar a Teoria do Diálogo das Fontes de Erik Jayme, que busca em sua finalidade essencial direitos mais favoráveis ao ser humano.

Essa teoria propõe, que quando presente conflitos de normas ou quando juízes e tribunais querem utilizar de outros ordenamentos por serem mais benéficos (aqui não havendo conflito), na conversação entre ordens e entre as normas que prevaleça ao julgador a norma mais benéfica ao ser humano. Nessa perspectiva, o transconstitucionalismo pode ser aplicado no sistema Direito, através do diálogo das fontes como método, respeitando o objetivo final: o respeito à norma mais favorável, no caso concreto.

O diálogo das fontes transforma-se em um verdadeiro instrumento dos Poderes Judiciários e das Cortes Internacionais, em que determina a aplicação de normas que são melhores, mais garantidoras de direitos aos indivíduos. Assim, as teorias clássicas de resolução de conflitos entre normas (lembra-se que o diálogo das fontes pode ser utilizado quando não há conflito) são formas reducionistas de valores quando colocadas ao lado da teoria do Diálogo das Fontes. Reducionistas por não se preocuparem com o indivíduo, apenas com a solução do conflito conforme a hierarquia, a cronologia ou especialidade.

Quando aplicado no Sistema latino americano, pode ser visto como uma afronta aos princípios e normas gerais dos sistemas, por ser contrário a hierarquia das normas, que se segue nos ordenamentos latinos. Dessa forma, mesmo sendo contrário, segue-se por sua aplicação, mesmo advindo do sistema alemão, por garantir maiores e melhores direitos aos

indivíduos, de forma que, se uma norma for menos benéfica quando da aplicação retira-se ela para aplicar-se a mais benéfica, que, dessa forma, é melhor aos seres humanos. Assim, segue-se um critério: aplicação da norma mais benéfica.

Diante do exposto, segue-se o entendimento de que as normas podem ser aplicadas, independentemente do ordenamento que estejam alocadas, mas desde que os Estados tenham ratificado ou possuam uma bilateralidade entre os ordenamentos. Assim, para que seja aplicada a Teoria do Transconstitucionalismo a partir da Teoria do Diálogo das Fontes necessário se faz a cooperação estatal, mas além desta a vinculatividade autorizada entre os ordenamentos a serem utilizados.

Todas as ordens locais, nacionais, regionais e internacionais possuem seus ordenamentos, cada qual com suas especificidades sociais. Assim, as ordens podem ser aplicadas para se complementarem e resolverem problemas comuns ou para garantirem ainda mais direitos aos indivíduos. Assim, o transconstitucionalismo traz essa possibilidade e, o diálogo das fontes a forma.

Referências das Fontes Citadas

AMARAL JÚNIOR, Alberto. **O "Diálogo" das Fontes: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo**. Biblioteca On-line da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27147.pdf>. Acesso em 20 jan. 2018.

JAYME, Erik. **Entrevista com o Prof. Erik Jayme**. Entrevista exclusiva para a Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**,** dirigida pelo Prof. Dr. Gustavo Tepedino (UERJ), para a seção *"Diálogo com a Doutrina"*, Ed. Padma, Rio de Janeiro, tradução de Claudia Lima Marques. Fonte: Revista Trimestral de Direito Civil, ano 1, vol. 3 jul./ set. 2000, p. 289-293. Disponível em: < http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43484/27363>. Acesso em 22 jan. 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima Marques (Coord.). **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, nº 07.2004. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22388/superacao_antinomias_dialogo_fontes.pdf>. Acesso em 20 jan. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Rumo às novas relações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno. Da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes**. Tese de Doutoramento em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Repositório Digital LUME – UFRGS. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/132783/000680945.pdf?sequence=1&locale-attribute=pt_BR>. Acesso em 20 jan. 2018.

MIRAGEM, Bruno. "Eppur si muove": diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima Marques (Coord.). **Diálogo**

das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, José Alberto Antunes de; RIBEIRO, Douglas Cunha. **Globalização do Direito e os Tribunais: o transconstitucionalismo como diálogo orientado pela diferença**. Biblioteca On-line da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r36025.pdf>. Acesso em 02 jan. 2018.

NEVES, Marcelo. **Do Diálogo entre as Cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos o transconstitucionalismo na América Latina**. Biblioteca On-line da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35965.pdf>. Acesso em 02 jan. 2018.

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