II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Copyright © 2020 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 - UNIVEM – São Paulo
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 [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; Vladmir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-220-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos humanos. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

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

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos se reuniu no II Encontro Virtual do CONPEDI em dezembro de 2020.

Como não poderia deixar de ser, as reflexões do Grupo foram, em sua maior parte, sobre a questão da Pandemia pelo Corona Vírus que assola o mundo e todas as suas implicações para os Direitos Humanos, iniciando pela questão do direito à saúde, passando pela responsabilização dos estados e chegando no problema dos mais vulneráveis, como idosos e indígenas.

Por esta razão, as atividades do Grupo foram divididas pelos Coordenadores em dois blocos, um tendo somente a Pandemia como tema e outro tratando de temas gerais referentes aos Direitos Humanos

Bloco I – Sobre a Pandemia

O artigo "A CHINA NO CONTEXTO DA COVID 19: RESPONSABILIDADE OU DISCRIMINAÇÃO?" das autoras Ana Paula Gomes Miranda , Luisa Maria Silva Reis e Lígia Maria Veloso Fernandes De Oliveira analisa a crescente xenofobia contra chineses e outros grupos de descendência asiática em meio à pandemia da COVID-19, fazendo um paralelo com a perseguição a judeus durante a 2ª Guerra Mundial. Por fim, identifica um padrão de busca por um culpado pelas mazelas que afligem a sociedade, gerando perseguições e intolerância, sendo que essa situação representa uma afronta aos valores basilares da Declaração Universal de Direitos Humanos e prejudica a promoção dos direitos humanos a todos.

O artigo "A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA CHINA E DO BRASIL EM RAZÃO DA PANDEMIA" das autoras Carla Fruet Ribeiro e Thaiz Singer Correia Da Silva Kuhn, visa discutir acerca da responsabilidade da China em âmbito internacional em decorrência da Pandemia de Covid-19, do mesmo modo analisar a responsabilidade do Brasil pela suposta violação das recomendações emanadas pela OMS, analisando a natureza jurídica das normas que regulamentam o tema.

O artigo “A PANDEMIA DO COVID-19 E A DOR DOS REFUGIADOS” de João Bernardo Antunes de Azevedo Guedes estuda a dor e a desumanização dos refugiados e migrantes em situação precária em tempos de COVID-19, tendo como base o alerta do Exmo. Sr. António Guterres (ONU) que declarou que esse grupo “vive três crises de uma só vez” e a legislação sobre a matéria.

O artigo “OS REFUGIADOS NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL” das autoras Patricia Cristina Vasques De Souza Gorisch e Paula Carpes Victório, analisa o contexto da atual pandemia pelo COVID-19 e especificamente analisa os refugiados no Brasil no contexto dos direitos humanos na pandemia pelo COVID-19, verificando a situação do fechamento de fronteiras entre o Brasil e outros países, de acordo com a Medida Provisória nº 925, de 18.3.2020 e a Portaria nº 125, de 19.3.2020 e as possíveis violações de direitos humanos.

O artigo “UNIVERSALISMO E RACIONALIDADE AMBIENTAL: ALTERNATIVAS PARA ENFRENTAMENTO DA CRISE AMBIENTAL EM TEMPOS DE COVID-19 dos autores Diego Sousa Campos Costa , Lincoln Machado Alves de Vasconcelos e Fernanda Pereira Costa propõe uma análise crítica sobre teorias jurídicas e ambientalistas apontadas como soluções para enfrentamento da crise ambiental contemporânea, a qual atingiu seu ápice com a pandemia da COVID-19. Busca compreender a necessária mudança de percepção e comportamento do homem em sua relação com a natureza, bem como refletir sobre a ideia de adoção do universalismo de direitos humanos ambientais.

O artigo “CAUSA INDÍGENA EM TEMPOS DE PANDEMIA E AS RAÍZES TELEOLÓGICAS DOS DIREITOS HUMANOS: A CONTROVÉRSIA DE VALLADOLID” de Yasmin Sales Silva Cardoso e Jeferson Antonio Fernandes Bacelar analisa como argumentos religiosos e filosóficos tentaram justificar o genocídio indígena, no processo de colonização/ocupação da América, a partir do século XVI, bem como a influência dessas ideias nos períodos históricos seguintes. Retoma a importância da “controvérsia de Valladolid” e do embate entre Bartolomeu de Las Casas e Juan Ginés Sepúlveda para as origens teleológicas dos direitos humanos, sob a perspectiva dos atuais desafios impostos pela pandemia da Covid-19 às comunidades indígenas brasileiras.

O artigo “DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19” de Aline Andrighetto e Larissa de Oliveira Elsner estuda os impactos resultantes da pandemia de COVID-19 no contexto educacional sob os parâmetros internacionais e

também nacionais, além de analisar as medidas realizadas para o acesso ao ensino. Analisa as normativas de direito internacional dos direitos humanos do sistema da ONU que regulam o direito humano à educação e influência o direito brasileiro.

O artigo “OS DESAFIOS DA PROTEÇÃO SOCIAL NA PANDEMIA DA COVID-19” dos autores Andreia Ferreira Noronha e Fernanda Fernandes da Silva aborda a evolução da proteção social na contemporaneidade e os reflexos em decorrência da pandemia do coronavírus que causou uma enorme crise econômica e social.

O artigo “DISCRIMINAÇÃO POR DEFICIÊNCIA E DIREITO: A RELEVÂNCIA DAS NORMAS ANTIDISCRIMINATÓRIAS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19” de Larissa de Oliveira Elsner e Helena Kugel Lazzarin analisa o fenômeno da discriminação e as normas protetivas a grupos vulneráveis. Estuda a recepção da Constituição Federal Brasileira de 1988 com relação às normas antidiscriminatórias pertencentes ao âmbito do direito internacional dos direitos humanos e a proteção aos direitos das pessoas com deficiência no Brasil. Também aborda as medidas recomendadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a importância das normas antidiscriminatórias no contexto da pandemia causada pelo novo coronavírus, especialmente no que diz respeito às pessoas com deficiência.

Bloco II – Temas Gerais de Direitos Humanos

O artigo “O PRINCÍPIO DA ACESSIBILIDADE PREVISTO NA CONVENÇÃO DE NOVA YORK - A VIOLAÇÃO CAUSADA PELA DISCRIMINAÇÃO E DISTINÇÃO DE DIREITOS ENTRE OS GRUPOS DAS PESSOAS COM MOBILIDADE REDUZIDA” dos autores Joao Marcos De Carvalho Pedra e Tatiana Bruhn Parmeggiani Gomes, investiga a acessibilidade para pessoas com mobilidade reduzida baseado na Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Estatuto da Pessoa com Deficiência. Indaga até que ponto a ausência de previsão legal relativa à acessibilidade para pessoas portadoras de limitações provisórias fere a Convenção?

O artigo “A ACESSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA” das autoras Maria Carolina Ferreira Reis e Lígia Maria Veloso Fernandes De Oliveira, analisa o arcabouço jurídico brasileiro atinente à acessibilidade nos logradouros e edifícios públicos, indagando-se quanto a sua adequação à efetiva garantia da dignidade das pessoas com deficiência.

Concluiu que o ordenamento jurídico brasileiro regulamenta de forma adequada a acessibilidade no âmbito urbanístico e arquitetônico, cabendo ao Poder Público a efetivação dessas normas, e à sociedade respeitá-las.

O artigo "SISTEMA GLOBAL CONVENCIONAL DE DIREITOS HUMANOS E A OBRIGATORIEDADE DAS RECOMENDAÇÕES DO COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS EM CASOS CONTENCIOSOS" de Thaís Magno Gomes e Maria Eduarda Dias Fonseca, estuda a natureza jurídica das recomendações do Comitê de Direitos Humanos, criado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, diante da ampliação da tutela dos Direitos Humanos em nível do sistema global, por meio do sistema de peticionamento individual.

O artigo "CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: A REPARAÇÃO DA VIOLAÇÃO PELA INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA" das autoras Eneida Orbage De Britto Taquary e Catharina Orbage De Britto Taquary estuda a reparação do dano causado à vítima pela indenização compensatória imposta pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando há reconhecidamente violação das Cláusulas da Convenção Americana.

No artigo "POR UM CONSTITUCIONALISMO SEM FRONTEIRAS: APORTES TEÓRICOS PARA SE PENSAR UM PROBLEMA CONSTITUCIONAL E DE DIREITOS HUMANOS CONTEMPORÂNEO", João Paulo Salles Pinto estuda os fenômenos da globalização, tecnologia e do constitucionalismo transnacional e, por conseguinte, seus resultados e consequências sobre a transposição da proteção dos direitos humanos para além de regionalismos meramente Estatais e jurídicos.

O artigo "FICÁCIA E APLICABILIDADE DO PROCEDIMENTO ÚNICO DIFERENCIADOS DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL" de Fernanda Resende Severino analisa a eficácia jurídica do procedimento de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Objetiva contextualizar referido procedimento com a sua respectiva eficácia e aplicabilidade.

O artigo "A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS" de Thaís Magno Gomes e Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro visa discutir a personalidade jurídica e responsabilização internacional direta das empresas transnacionais por violações de direitos

humanos. Portanto, expõe argumentos para mudança de paradigma dentro do Direito Internacional, com vistas a atribuir personalidade jurídica às empresas transnacionais, dado o contexto global.

O artigo “A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CRIME DE DESACATO À LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS” das autoras Maria Eduarda Dias Fonseca e Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro estuda os entendimentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre liberdade de expressão, para analisar se o crime de desacato tipificado na legislação brasileira se enquadra nos requisitos das restrições permitidas pelo Sistema Interamericano.

O artigo “DIREITOS HUMANOS DOS IDOSOS E OS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO” das autoras Andreia Ferreira Noronha , Fernanda Fernandes da Silva e Hernando Fernandes da Silva refere-se aos direitos humanos dos idosos e tem como objetivo investigar a normativa internacional de proteção dessa categoria de pessoas, identificar os contextos e instrumentos jurídicos, tanto do âmbito global como dos planos regionais, demonstrar a repercussão jurídica dos direitos humanos dos idosos no âmbito dos sistemas internacionais de proteção e, por fim, o seu reflexo na ordem interna brasileira.

O artigo “PROCESSO HISTÓRICO DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS NO BRASIL: DA PERSPECTIVA INTEGRACIONISTA À INTERCULTURALIDADE” de Cleonacio Henrique Afonso Silva e Deilton Ribeiro Brasil tem como objetivo fazer uma análise da situação indígena no Brasil antes e após a promulgação da Constituição Federal, traçando um percurso histórico dessas comunidades e apontando algumas mudanças, no ordenamento jurídico, que afetaram os povos indígenas.

O artigo “VIOLAÇÃO SEXUAL DE MENOR: TRATAMENTO JURÍDICO NO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS E NO BRASIL” de Eneida Orbage De Britto Taquary e Catharina Orbage De Britto Taquary estuda o tratamento jurídico que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Brasil têm destinado aos casos de violação sexual de menor. Objetiva conceituar violação sexual de menor no Brasil e na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Os Coordenadores do Grupo de Trabalho de Direito Internacional dos Direitos Humanos do II Encontro Virtual do CONPEDI desejam a todos uma ótima leitura e que os temas aqui trazidos para reflexão sejam repercutidos em vários âmbitos de pesquisa e de eficácia dos Direitos Humanos.

Profa Dra Samyra Haydêe Dal Farra Nasapolini

FMU e UNIVEM

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira

UFMS

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direitos Humanos em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

POR UM CONSTITUCIONALISMO SEM FRONTEIRAS: APORTES TEÓRICOS PARA SE PENSAR UM PROBLEMA CONSTITUCIONAL E DE DIREITOS HUMANOS CONTEMPORÂNEO

FOR A CONSTITUTIONALISM WITHOUT FRONTIERS: THEORETICAL CONTRIBUTIONS TO THINK ABOUT A CONTEMPORARY CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS PROBLEM

João Paulo Salles Pinto [1]

Resumo

Os fenômenos da globalização, tecnologia e do constitucionalismo transnacional e, por conseguinte, seus resultados e consequências, instigam a necessidade de reflexão sobre a transposição da proteção dos direitos humanos para além de regionalismos meramente Estatais e jurídicos. Exigem, pois, a visão de um constitucionalismo pragmático social, isto é, na nossa concepção, um constitucionalismo sem fronteiras. É neste sentido que Marcelo Neves, através da proposta do transconstitucionalismo, Gunther Teubner, sob a ótica da observação de constituições civis da sociedade mundial e Flávia Piovesan, tendo vista sua concepção de diálogo de jurisdições, buscam estabelecer equivalentes funcionais em relação às questões constitucionais emergentes.

Palavras-chave: Globalização, Constitucionalismo, Direitos humanos, Transconstitucionalismo, Constituições civis da sociedade mundial

Abstract/Resumen/Résumé

The phenomena of globalization, technology and transnational constitutionalism and their results and consequences, instigate for reflection on the transposition of the protection of human rights beyond merely State and legal regionalisms. They demand, therefore, the vision of a pragmatic social constitutionalism, that is, in our view, a constitutionalism without borders. It is in this sense that Marcelo Neves, through the proposal of transconstitutionalism, Gunther Teubner, from the perspective of observing civil constitutions of world society and Flávia Piovesan, in view of his conception of dialogue of jurisdictions, seek to establish functional equivalents in relation to emerging constitutional issues .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Globalization, Constitucionalism, Human rights, Transconstitucionalismo, Civil constitutions of world sociey

[1] Doutorando em Direito Público pela Unisinos. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas-FDSM (2017). Graduado em Direito pelo Instituto Machadense de Ensino Superior- IMES (2015).

1 INTRODUÇÃO

A globalização, a intensificação das possibilidades de comunicação dos meios de comunicação tecnológicos e a constante transnacionalidade do mundo, fenômenos aqui compreendidos, sob os aspectos da energização, pela tecnologia da informação, da movimentação de fatores produtivos, de capitais, de humanos e, consequentemente, de produtos e serviços, instigam a necessidade de se refletir, tendo em vista o constitucionalismo em seus moldes tradicionais políticos e jurídicos, formas de proteção, sobretudo, dos direitos humanos e garantias fundamentais para além das fronteiras territoriais da política organizacional dos Estados, tendo em vista, em especial, a constante eliminação comunicativa dos espaços delimitados e a fragmentação da sociedade hodierna, constatados, em especial, pela metodologia pragmática sistêmica, sobretudo, de Gunter Teubner (2016).

Essa questão abre a possibilidade de debates no sentido de como se pensar, por exemplo, em uma possível constitucionalização da internet (*cyberspace*), que forneça limites no que diz respeito aos direitos humanos nos moldes da política transnacional moderna, ou ainda, como se cogitar a proteção dos direitos humanos e garantias fundamentais historicamente conquistados frente a constante complexificação da sociedade contemporânea e, mais, instiga a reflexão sobre problemas relacionados à violações de direitos humanos por empresas multinacionais, decisões controversas de organizações internacionais que ameaçam o meio ambiente, interferências massivas na esfera privada de pessoas, e afins. Ademais e, principalmente, como se consignar a proteção de questões constitucionais conquistadas sem a presença de uma organização política de Estado de égide global? De fato, pela possibilidade de observação pragmática sistêmica em que a informação no contexto contemporâneo permite não só descrições realizadas em torno da grande facilidade de acesso e disponibilidade, mas também pela questão de que a amplitude da complexidade existente em tal processo possibilita verificar um novo desenvolvimento de sistemas de informação que, no caso, procurem conseguir gerir, processar, sintetizar e codificar essa quantidade de informações produzidas no mundo contemporâneo.

Por conseguinte, tendo por norte tais indagações, objetiva-se no presente artigo sistematizar, ainda que sinteticamente, as diferenças e proximidades de algumas propostas metodológicas teóricas que visam imiscuir sobre a problemática de como se compreender a

questão do constitucionalismo em seu aspecto transnacional. Neste diapasão, com base em uma metodologia pragmática sistêmica, a pesquisa convoca a observação de alguns conceitos das propostas do transconstitucionalismo de Marcelo Neves, das Constituições Civis da Sociedade Mundial de Gunter Teubner e do diálogo de jurisdições e trapézio de Flávia Piovesan, no sentido de oferecer algumas descrições com vistas à sugerir a emergência de se pensar em um constitucionalismo com o enfoque mais pragmático e sociológico, isto é, para fora dos processos somente políticos Estatais.

Assim, para serem alcançados os resultados, a pesquisa parte primeiramente do explicitar da proposta do transconstitucionalismo e seus aspectos conceituais, de modo a possibilitar, em um segundo e terceiro momento, observar aproximações e diferenças relacionadas as propostas de Constituições da Sociedade Civil de Gunter Teubner e o diálogo de jurisdições de Flavia Piovesan, no sentido de, ao final, traçar alguns apontamentos e fomentar o debate da emergência, visto, em especial as consequências da complexidade contemporânea, de uma forma de constitucionalismo pragmático sociológico não fronteiriço, isto é, para além das clivagens semânticas do "direito nacional" e da organização política do Estado.

2 A PROPOSTA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

A concepção do transconstitucionalismo, na digressão desenvolvida por Marcelo Neves, possui como pressuposto analítico o delineamento das formas possíveis de relação entre ordens jurídicas diversas que, oriundas do mesmo sistema social funcional de sentido da sociedade contemporânea, a saber, o direito, encontram-se subordinadas ao código binário- licito/ilícito, não obstante ser permitido observar programações distintas regionalmente. (NEVES, 2009, p. 115).

Portanto, a leitura realizada por Marcelo Neves, parte de um pressuposto de descrição pragmática sistêmica da sociedade contemporânea (ROCHA, 1998), de modo que esta, em sua autodescrição universal, diferencia-se em distintos sistemas sociais funcionais que se constituem e operam a partir de um sentido e têm por objetivo reduzir a probabilidade dos eventos possíveis de seu ambiente de complexidade. (LUHMANN, 2006, pp. 5-27).

Faz-se possível observar, desta maneira, o estabelecimento de diferentes programações jurídicas regionais com suas próprias estruturas reflexivas e elementos operativos, resultando, igualmente, em uma diferenciação no interior do sistema social do

direito que não se limita em estamentos nivelados (nacional, supranacional, territorial), mas sim, em uma diferenciação que parte de uma ordem transnacional, não se comportando, ademais, à territorialidade do direito estatal.

Dessa maneira, assim como a sociedade mundial é multicêntrica e policontextual, o sistema do direito pode também ser descrito desse modo. (NEVES, 2009, p.116). Sendo assim, mostra-se factível constatar, que as relações observáveis no âmbito do direito, podem se realizar por meio de pontes de transição pelos seus centros, isto é- de juízes e tribunais autônomos, partindo, principalmente, do pressuposto periferia/centro. Essa situação importa relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que possa definir uma ultima *ratio* jurídica..

É neste sentido que se pode dizer em uma conversação ou diálogo entre as cortes em vários níveis. A titulo de exemplo podem ser realizados, com base neste pressuposto, diálogos 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, etc. Entretanto, tal conversação não se esgota no preceito de cooperação permanente entre ordens jurídicas, pois se verifica uma constante luta por paradigmas. (NEVES, 2009, p. 117).

Desse modo, tais entrelaçamentos, por si mesmos, não revelam o ápice da proposta do transconstitucionalismo, de modo que seu objetivo principal, relaciona-se no sentido de que a partir deste, faz-se possível emergir uma fertilização constitucional cruzada entre as diferentes ordens regionais. (NEVES, 2009, p. 119). Por consequência, permitem-se as cortes citarem-se reciprocamente.

Não obstante, supera-se, neste diapasão, a ideia de mero precedente, constituindo, ademais, como autoridade persuasiva. “No caso do transconstitucionalismo, as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia [...] Há uma reconstrução de sentido.” (NEVES, 2009, p. 118).

Assim sendo, importa, portanto, perguntar quais os conteúdos que vão envolver a figura do transconstitucionalismo. Para isso, de acordo com o Neves (2009, pp. 119-121), é preciso superar a ideia de uma Constituição vinculada exclusivamente a um Estado, no sentido de que os problemas constitucionais, relacionados principalmente aos direitos humanos, surgem em diversas ordens estatais, sejam transnacionais, locais, supranacionais ou internacionais e, por serem relevantes para estas, exigem soluções a partir do entrelaçamento entre elas.

Destarte, permite-se dizer em um aprendizado normativo entre as várias ordens jurídicas que estão subordinadas ao mesmo código binário, tendo em vista que a partir dos diversos textos normativos e os casos comuns, podem ser construídas normas diversas no que concerne aos possíveis processos de concretização que se desenvolverão na ordem colidente ou parceira. (NEVES, 2009, p. 127).

Contudo, já que se parte de programas jurídicos distintos constituídas sobre códigos de sentido licito/ilícito, diferentes possibilidades de soluções podem ser apresentadas, e é justamente por este fato que a busca de pontes de transição entre os centros é fundamental.

Posto isso, a cada novo caso analisado, as estruturas reflexivas das diferentes ordens, necessitam rearticularem-se no sentido de possibilitarem uma resposta adequada a sociedade, sem atuar "bloqueando ou destruindo a ordem concorrente ou cooperadora, mas antes, contribuindo para estimulá-la a estar disposta em futuros encontros enfrentar casos comuns." (NEVES, 2009, p. 129). Percebe-se, então, que o que caracteriza o transconstitucionalismo na visão de Neves, é a relatividade em relação às soluções de problemas constitucionais que se apresentam nas diversas ordens jurídicas.

Dessa maneira, questões sobre direitos humanos que perpassam ordens jurídicas diversas, torna a conversação constitucional indispensável e, também, do mesmo modo, quando surgem questões de limitação e controle de um poder que, entrecruzadas pelas diferentes ordens, afetam os direitos dos respectivos destinatários.

Portanto, de acordo com Neves (2009, p. 130) para que o transconstitucionalismo se mostre funcional é imperioso que, nas respectivas ordens envolvidas, se levem a sério os problemas básicos do constitucionalismo e se possa constatar um princípio de alteridade, isto é, ver no outro uma possibilidade respeitosa de solução.

Faz-se necessário relatar que nem todas as ordens estão dispostas a colaborar com o dialogo transconstitucionalista, porém de acordo com o autor, esta colocação não pode excluir a criação de institutos que tendem a levar a uma relação de aprendizado e intercambio com estas ordens, o que, necessariamente, importa limites, mas não exclui o desenvolvimento da dimensão normativa da sociedade. (NEVES, 2009, p. 131).

Por conseguinte, o transconstitucionalismo, na visão proposta, representa uma tentativa mais promissora para fortificação de uma dimensão normativa, uma vez que as ordens jurídicas, sejam elas: nacionais, supranacionais, transnacionais, compreendidas isoladamente, são incapazes de fornecer repostas complexamente adequadas para os problemas normativos da sociedade mundial. "O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal, propõe pluralidade de perspectivas

diversas para solução de problemas constitucionais.” (NEVES, 2009, p. 130). Sendo assim, adequa-se melhor, na acepção do autor, ao sistema heterárquico/policentrico da sociedade mundial.

Entretanto, mesmo que o transconstitucionalismo tenha se desenvolvido rapidamente no plano estrutural do sistema jurídico, ainda encontra-se muito limitado no âmbito da semântica constitucional da sociedade mundial, devido, especialmente, a persistência do provincialismo constitucional no âmbito Estatal. É necessário, por consequência, refletir a abertura do direito constitucional para além do Estado. Neste diapasão, são indispensáveis novos aportes metódicos interpretativos, o que se mostra como principal desafio do transconstitucionalismo para os juristas. Visto estas questões, referenciamos, a partir das próprias concepções do autor (NEVES, 2009, pp. 132-234), alguns casos concretos no sentido de se traçar esboços metodológicos de observação pragmática para a teoria até aqui relatada.

No plano do direito internacional público e direito estatal, destaca-se os casos: o *Leyla Sahin v. Turquia*, o qual o TEDH (Tribunal Europeu de Direitos Humanos) decidiu que existe uma certa discricionariedade para disciplinar a liberdade religiosa e, neste sentido, o Conselho Constitucional Frances, definiu sua posição de que os Estados são “livres” “tanto pra proibir as alunas islâmicas de usar o véu quando para autoriza-las a faze-lo.”. (NEVES, 2009, p. 142).

É também de enfatizar, a influência das decisões do TEDH fora da Europa, como o caso do voto do Juiz Antony Kennedy na contenta *Lawrence v. Texas*, que constou em seu voto que o TEDH, como também outras nações, afirmaram os direitos dos homossexuais de envolver-se em conduta intima e consensual, o que gerou um intenso debate doutrinário nos Estados Unidos da América sobre o uso da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no direito Norte Americano. (NEVES, 2009, p. 145).

Outro caso que merece certo enfoque, diz respeito à colisão entre o art. 7, n.7, da Convenção Americana de Direitos Humanos e o art. 5°, inciso LXVII, da Constituição Federal brasileira, quanto à possibilidade de prisão civil do depositário infiel, relatadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro nos RE (Recurso Extraordinário) 466.343/SP, RE (Recurso Extraordinário) 349.703/RS e no HC (*Habeas Corpus*) 87.585/TO.

Tais casos, sem embargo, ensejaram o entendimento que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos não aprovados sob a égide do procedimento de emenda constitucional (art. 5, §2 da CR/88), possuem uma hierarquia supralegal. Apesar da tese em contrário alegada, calcada, essencialmente, no sentido de que o Código Civil

Brasileiro veio após a ratificação do referido tratado internacional, por isso *Lex posterior derogat priori*, o Supremo Tribunal Federal colocou em primeiro plano a formação de uma racionalidade transversal, compondo ambas as ordens jurídicas referenciadas. (NEVES, 2009, p. 147).

Contudo, a ideia de transconstitucionalismo também admite situações inversas, como bem denota o autor. Neste caso, as normas internacionais de proteção dos direitos humanos encontram-se em choque com as garantias constitucionais previstas internamente na Constituição Estatal.

É o caso, por exemplo, da colisão entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira de 1988. Naquele é permitido a prisão perpétua em casos de elevada ilicitude, situação não consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil. Neste caso, a tendência da jurisprudência constitucional brasileira é de se exigir que, realizada a devida entrega ao TPI (Tribunal Penal Internacional), somente é possível o cumprimento de pena de no máximo trinta anos. (NEVES, 2009, p. 148).

Faz-se preciso estabelecer, portanto, a partir da perspectiva transconstitucionalista, um diálogo construtivo para formação de uma rede transversal também construtiva. Sendo assim, a presença deste mostra-se um critério interessante de analise para a resolução de problemas de colisão, garantindo a efetiva proteção dos direitos humanos e fundamentais consagrados.

Vê-se, logo, que tais exemplos apontam, visto os problemas globais relacionados aos direitos humanos, para a necessidade de transpor o tratamento provinciano de problemas constitucionais pelos Estados, sem a imposição da crença de uma *ultima ratio* em relação a operações do direito, tanto regionais, como transnacionais.

3 AS CONSTITUIÇÕES CIVIS DA SOCIEDADE MUNDIAL E A SOCIOLOGIA DAS CONSTITUIÇÕES DE GUNTER TEUBNER

Gunther Teubner, assim como Marcelo Neves, realiza uma análise da sociedade contemporânea a partir do pragmatismo sistêmico (ROCHA, 1998). Contudo, concebe sua leitura de uma forma mais livre, sobretudo em relação ao aspecto rígido do conceito de autopoise, a ponto de se poder observar, diferente de Luhmann[1] (1993, pp. 14-16; 1995, p. 140; 2006, pp. 66-130;), por exemplo, que há sistemas sociais codificados que operam a partir de si mesmos, mas também existem sistemas emergentes que ainda se encontram

[1] Para uma leitura que coloque em debate as diferenças entre as propostas metodológicas de Teubner e Luhmann,, sobretudo em relação à questão do gradualismo autopoiético, ver: SIMIONI; BARRETO, 2017.

construindo a sua autonomia operacional, de maneira que já se mostram dotados de certa regularidade estrutural, que possibilita, ademais, uma auto-observação. (TEUBNER, 2005A, p. 80;).

Desse modo, descreve a autopoiese sistêmica como sendo um processo gradativo formado por três etapas. A auto-observação, descrita a partir do momento em que o sistema cria sua identidade, tornando passível sua autodescrição. A autoconstituição, posto a sua observação procedimental, isto é, a realização de suas operações a partir de seus próprios procedimentos. Por último, a autorreprodução, que corresponde à produção de novos elementos a partir de seus próprios elementos, o que permite descrever a complexidade ao sistema. (TEUBNER, 2005A, pp. 81-82).

Esta forma de observação o permitiu conceber um argumento em torno da descentralização do Estado como lócus único da produção do direito, para possibilitar a constatação da progressiva substituição das Constituições vinculadas estritamente aos Estados, para uma ideia de um Constitucionalismo Social, estabelecido a partir de mediações entre ordens sociais emergentes construídas e implementadas de modo planejado para cumprir suas respectivas funções. Este tipo de releitura incorpora para a teoria dos sistemas uma expectativa crítica com vistas a uma transformação social. (TEUBNER, 2016, pp. 352-357).

Portanto, "o mais importante, possivelmente, é superar a centralidade ocupada nas duas posições, pelo Estado e pela política. Uma teoria sociológica do constitucionalismo social, negligenciada no debate constitucional até o momento pode contribuir para tanto." (TEUBNER, 2016, p.27).

Dessa maneira, a referida teoria tem como pressupostos quatro análises centrais da teoria sociológica. Em primeiro lugar, utiliza-se das teorias gerais da diferenciação social, as quais fazem da constituição interna (*innere Verfassung*) dos sistemas sociais parciais um problema central. Igualmente, a teoria sociologia do constitucionalismo também se assenta sobre uma sociologia especial, sobretudo, tendo em vista os trabalhos de Chris Thornhill (2011), bem como a teoria do *private government* (SELZNICK, 1969).

Destarte, o que torna a teoria sociológica singular de acordo com Teubner (2016, pp. 26-27) é justamente a questão de que ela postula a questão constitucional para além dos âmbitos políticos e jurídicos, dando especial ênfase a todos os âmbitos da sociedade. (TEUBNER, 2016, pp.26-29). Neste sentido, o fenômeno da diferenciação funcional e a hipercomplexidade que dela decorre, pode ser reduzida mediante a reação da sociedade em alcançar níveis cada vez mais altos de autopoiese, de autonomia sistêmica, de

diferenciação funcional e fechamento operativo sistêmico, como também a construção organizada de acoplamentos estruturais capazes de garantir a autonomia funcional de um sistema em virtude da extensa complexidade de seu meio.

Dessa maneira, tal concepção, mostra-se como constituinte de um sistema social. Por consequência, tais questões se referem à relação entre sistemas funcionais diferenciados, como por exemplo, direito, política, economia, e direito estatal e sistemas emergentes, como a *lex mercatória*[2], concentrando-se na possibilidade de construção de uma racionalidade transversal mediante o aprendizado recíproco e intercambio criativo. Da mesma maneira, tal premissa metodológica permite uma distinção para com as concepções interpretativas dos fenômenos sociais hierarquizadoras, para compreende-los em uma lógica fragmentada, heterarquica. Sendo assim, as questões constitucionais que desafiam a atualidade tais como: proteção dos direitos humanos no âmbito transnacional, permitem serem observadas contestando a hipótese normalmente defendida[3] de um "vazio constitucional do âmbito transnacional" (TEUBNER, 2016, pp.34-37), para de fato contribuir para uma maior proteção dos direitos humanos, tendo em vista essa lógica de fragmentação. Os diretos humanos passam a ser repensados em lógica reciproca entre os sistemas, e não só em relação ao Estado, ou ao direito, por exemplo. Por conseguinte, não se trata de pensar uma inclusão de questões constitucionais em um espaço inexistente, mas de propor transformações naquele já existente, tendo em vista os diversos fragmentos constitucionais observáveis.

Assim sendo, revele-se possível uma aproximação da perspectiva das constituições civis para com a perspectiva tranconstitucionalista, a partir do critério de que é preciso superar a ideia do constitucionalismo vinculado aos Estados e pensar o constitucionalismo global sem a presença de um Estado Mundial. "*Mas realista resulta el punto de partida de aquellos intentos que tomam em consideracion una clara disociacion de Estado y constitucion y piensan expressamente em una constitucion global sin Estado Mundial*." (TEUBNER, 2005B, p. 201).

---

[2] "*A lex mercatória*, ordem jurídica transnacional dos mercados mundiais, revelou-se historicamente o caso mais bem sucedido de um direito mundial autônomo, transcendendo a ordem política internacional. As empresas multinacionais concluem entre si contratos que deixam de subordinar a uma jurisdição e a um direito material nacionais. Convém-lhes sujeitar os seus contratos a uma jurisdição independente de direitos nacionais, encarregando-se de aplicar as normas de um direito comercial transnacional." (TEUBNER, Günther. *Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito*. 2016, p. 344). Sobre a questão ver também: LUZ, Cicero Krupp da; ROCHA, Leonel Severo . **Lex mercatoria and Governance: The Polycontexturality between Law and State**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 28, p. 61-85, 2009.

Porém, por mais que se aproximem pelo objetivo de visarem explicitarem as relações entre ordens normativas que são construídas, primariamente, não por Estados ou a partir de Estados, mas sim por atores ou organizações e organizações tipicamente não-estatais, verificam-nas sob diferentes enfoques. A perspectiva de Gunther Teubner, sem embargo, trata especificamente de como a teoria constitucional se relaciona frente aos desafios que derivam das três tendências atuais- mundo digital, privatizações e as redes globais, tendo em vista o problema do "metacódigo" do século XXI- inclusão/exclusão.

A inclusão e exclusão regionais referentes à possibilidade de condicionamentos da sociedade mundial contemporânea . Desse modo, para Teubner (2005B, p. 204):

> *[...] La constituicion de la sociedad mundial no se hace realidad exclusivamente em las instituiciones representantes de la política internacional [...] sino que se se genera por incremento, em la constitucionalización de uma multiplicidad de subsistemas autônomos de la sociedade mundial*.

Dessa maneira, a tendência de associar a constituição das nações às muitas constituições civis da sociedade mundial, importa resolver a questão de quais são as circunstancias que justificam a sociedade global a repudiar o modelo nacional-estatal de uma constituição exclusivamente política. (TEUBNER, 2016, p. 39-42).

Dessa forma, realizam-se alguns diagnósticos, são eles: o dilema da racionalização que, pode ser sintetizado no problema da fragmentação das lógicas de ação dos âmbitos sociais, no caráter dominante do cálculo instrumental enquanto única racionalidade, sobretudo, em matéria de economia e política, na substituição global da coordenação informal pela organização burocrática e na globalização policentríca, pois a globalização é um processo multifacetário em que diversos grupos superam seus limites regionais e constituem respectivamente setores globais autônomos. Nas palavras deste: "*Es um fenómeno multidimensional que implica diversas áreas de atividade e interação, incluyendo el campo econômico, politico, tecnológico, militar, cultural y medioambiental*". (TEUBNER, 2005, p. 209).

Tal questão permite concluir que a autonomização das constituições parciais de caráter global só é possível se colocadas em rede com as constituições nacionais que produzem a competência constitucional. Por consequência, uma espécie de "direito constitucional de colisões" (*Verfassungskollisionsrecht*). (TEUBNER, 2016, p. 46). Portanto, as constituições políticas da tradição nacional-estatal, podem servir como modelo histórico para as constituições civis, posto que dispõem de um fundo de experiências

históricas, procedimentos, conceitos, princípios e normas para analogia em respeito à sua atuação. (TEUBNER, 2016, p. 26-29).

Por consequência, pode-se se estabelecer como característica marcante das chamadas constituições civis, que estas não se atrelam a dicotomia público/privado, tampouco com a separação disciplinar entre Direito Internacional Público e Direito Privado Transnacional, mas antes exigem destes uma cooperação na análise constitucional de regimes globais. Mas como determinar a relação de trabalhos e cooperação? Neste ponto de vista a teoria dos sistemas, de acordo com o autor, fornece três critérios importantes, são eles:

> 1) A sociedade mundial é diferente da comunidade internacional, pelo fato que esta disposta à descentralização. A sociedade mundial é uma sociedade heterarquica, que só pode ser constitucionalizada em seus fragmentos, precisamente por constituições de certos âmbitos sociais setoriais.
> 2) O conceito de direito mundial permite falar em um sistema jurídico global, que não existe em uma unidade, mas somente de forma fragmentada. A diferenciação em uma multiplicidade de sistemas jurídicos nacionais se sobrepõe a regimes jurídicos definidos territorialmente em setores, que se convertem nos titulares das constituições civis.
> 3) Não é possível falar em uma integração das constituições civis parciais por uma constituição politica em conjunto, contudo pode se afirmar que a colisão de diversas constituições parciais geram conexões em rede das constituições. (TEUBNER, 2005, p. 225).

Posto isso, verifica-se que as concepções até aqui descritas, diferenciam-se daquelas no primeiro capitulo delineadas, haja vista que implicam em uma externilização e internalização de informações entre esferas sociais que desempenham funções diversas e se reproduzem primariamente com base em códigos binários de comunicação diferentes. O transconstitucionalismo, por outro lado, não reside na relação entre sistemas funcionais, mas consiste em delinear as formas de correspondência entre ordens jurídicas diversas, visto que pertencem a um mesmo sistema funcional da sociedade mundial contemporânea, o direito.

4 A PROPOSTA DE FLAVIA PIOVESAN

Primeiramente, faz-se preciso dizer que Flávia Piovesan não faz parte, ou utiliza da metodologia pragmática sistêmica. Contudo, como destacam Rocha e Costa (2020), a metodologia pragmática sistêmica permite construir uma base teórica importante para se reler os lugares dos problemas constitucionais contemporâneos, em especial, tendo em vista sua ótica de fragmentação da sociedade hodierna. Desse modo que na posição de um observador pragmático sistêmico, podemos explicitar que as premissas teóricas desenvolvidas por Flavia Piovesan, sem embargo, partem também de uma lógica não centralizada e não hierárquica dos fenômenos constitucionais, de modo a fazer ver premissas para se repensar o constitucionalismo contemporâneo e os direitos humanos, tendo em vista, sobretudo, a colocação por diálogos transnacionais. Assim, no que tange a respeito da proposta dos diálogos transnacionais e do *ius comune*, propomo-nos descrever as suas acepções tendo como base seus delineamentos sobre a importância do controle de convencionalidade e do diálogo entre as jurisdições para ampliação da força emancipatória dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2012, p. 68-71; PIOVESAN, 2010; PIOVESAN 2017).

Dessa maneira, é procurando examinar as interações e coalizões entre o sistema regional interamericano e as cortes constitucionais latino americanas, essencialmente, no que diz respeito à proteção e efetivação internacional dos direitos humanos nas ordens jurídicas locais e a formação de *ius commune* latino americano (PIOVESAN, 2012; PIOVESAN, 2017), que esta se propõe a verificar a emergência de um novo paradigma que procura romper com a hermética pirâmide centrada em um direito puro, de regulamentação, primordialmente, hierárquica normativa, posto que focalizado em um prisma do *State Approach*, tem como característica principal a ideia de soberania Estatal no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno. (PIOVESAN, 2012, pp. 69-70). Portanto, sua teoria parte do pressuposto de conceber, tendo em vista uma espécie de Constitucionalização Internacional, os efeitos da globalização sobre a Constituição e o Direito Constitucional nacional, apresentando a criação a ONU, a assinatura da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, bem como a criação de blocos econômicos, como o Mercosul e a União Europeia, como marcos importantes de análise.

Sobre o tema, Piovesan (2010) explica ainda sobre os sistemas internacionais que visam à proteção dos direitos humanos, que podem ser tanto globais quanto regionais; dentre os regionais, os mais conhecidos são o europeu, o africano e o americano. Em

relação ao americano, tem, como instrumento, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969, da qual surgiu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e a Corte Interamericana. Os sistemas (global e regional) devem se complementar, enquanto o global é mais abrangente, em relação à matéria, o regional é mais específico, e determina como, de fato, as normas serão aplicadas naquela localidade. De acordo com a autora, a coexistência dos dois instrumentos tem como objetivo a proteção mais ampla dos direitos humanos, e, nesse ponto, a autora sugere a primazia da norma que for mais benéfica, por meio da qual será aplicada a norma que confere maior tutela à pessoa humana (PIOVESAN, 2013).

De fato, dentro do sistema regional interamericano, encontra-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, amplamente conhecida por Pacto de San José da Costa Rica. O Pacto consagra inúmeros direitos ao indivíduo, tais como: direito a um julgamento justo, direito à vida, direito à personalidade jurídica, dentre outros. O governo signatário de tal Convenção terá responsabilidade em torná-la efetiva. De acordo com Piovesan (2013, p. 344): "Um governo tem, consequentemente, obrigações positivas e negativas relativamente à Convenção Americana." A autora defende que o Estado, em algumas situações, deverá tomar medidas de afirmação, tendo em vista a eficácia da aplicação da Convenção. Nesse sentido, defende que não basta a eficácia jurídica dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, é necessário que, no plano interno, eles tenham aplicação e eficácia.

Tal paradigma sustentado portanto, revela-se não mais construído sob a égide triangular (Constituição no topo e sucessivos infra regulamentos), mas sob a forma de um trapézio, colocando os tratados internacionais de direitos humanos, juntamente com a constituição, no topo do ordenamento jurídico. (PIOVESAN, 2010).

As constituições latino americanas, ao conterem em seu texto clausulas constitucionais abertas, especialmente, no que se refere à matéria de institucionalização de tratados internacionais sobre direitos humanos, vem ampliando aquilo que a autora denomina de bloco de constitucionalidade.[4]

Percebe-se, por conseguinte, que o novo paradigma, voltado para o *human rights approach*, é marcado pela tendência das constituições em assegurar um tratamento especial

[4] Piovesan (2010), abordando o tema defende que tais tratados passam a compor o "catálogo de direitos constitucionalmente previstos", e que, dessa maneira, podem ser considerados como direitos e garantias fundamentais. "Ora, ao prescrever que "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais", *a contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte."

e diferenciado aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, sobretudo, pela crescente abertura do direito ao diálogo entre as jurisdições, pela interdisciplinaridade com outros saberes e pela previsão de interpretação plural de interpretes da constituição, o que possibilita dizer que o direito internacional torna-se parâmetro de validade para as próprias constituições nacionais, que passam a ter que preverem e respeitarem a emergência de um constitucionalismo global voltado para proteção dos direitos humanos. Logo, a liberdade estatal encontra relativizada pelo imperativo da paz e tutela dos direitos humanos.

É através da emergência do referido paradigma, que se mostra a importância do controle de convencionalidade e do diálogo das jurisdições em um espaço interamericano, principalmente, em relação à manutenção de *ius commune* latino-americano e proteção dos direitos humanos locais.

Dessa forma, a autora concentra sua pesquisa no diálogo entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais (PIOVESAN, 2017). Portanto, é explorado o controle de convencionalidade no sentido da Corte Interamericana exercer a jurisdição em relação aos Estados membros e, por conseguinte, quando as Cortes Constitucionais realizam-no incorporando os parâmetros protetivos e princípios da jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos. (PIOVESAN, 2010).

Visando estabelecer parâmetros analíticos para a primeira forma controle de convencionalidade, organiza as situações em cinco tipologias que abarcam as principais ocorrências enfrentadas pela Corte Interamericana tendo por base interpretativa a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A primeira, refere-se às violações que refletem o legado do regime autoritário ditatorial. Compreende, essencialmente, as decisões que tem como meta a imposição de limites ao poder punitivo Estatal. Pretende-se o combate às arbitrariedades e o controle do uso excessivo da força.

Alguns casos podem ser citados para ilustrar tal questão dos quais destaca-se: Velasques Rodrigues *versus* Honduras, que trata do assunto do desaparecimento forçado, tendo a corte condenado o Estado de Honduras a pagar uma compensação aos familiares da vitima e também no dever de prevenir, investigar, processar, punir e reparar as ações cometidas.

O segundo tipo, trata-se dos casos relativos ao combate à impunidade, às leis de anistia e ao direito a verdade. Destaca-se aqui, o caso *Gomes Lund and Others versus Brasil*, em que a corte reconheceu a obrigação do Estado de assegurar o conhecimento da verdade sobre a ditadura militar, bem como, investigar, processar e punir as graves

violações de direitos humanos realizadas. Sendo assim, entendeu que “leis de anistia violam o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos.” (PIOVESAN, 2012, p. 77).

Ainda quanto às tipologias, a terceira categoria encontra-se na tentativa de fortalecimento das instituições do Estado de Direito, especialmente, as questões relativas ao acesso à justiça, independência do poder judiciário e proteção judicial. Para ilustrar, trazemos o caso do Tribunal Constitucional contra o Peru, em que a corte reconheceu necessário garantir a independência de qualquer juiz em um Estado de direito. A quarta, revela-se no sentido de proteção aos grupos vulneráveis. Destaco o caso envolvendo a comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra Nicarágua (2001). Reconheceu a corte o direito à propriedade coletiva da terra como uma tradição e como direito cultural, compreendendo que “para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de possessão e produção, mas um elemento material e espiritual [...]”. (PIOVESAN, 2012, p. 78).

Por fim, como quinto elemento da tipologia, ressalta a questão das violações dos direitos sociais. Sublinha-se o caso citado de Villagran Morales contra a Guatemala, em que a corte, compreendendo dinamicamente a Convenção Americana, *um living instrument*, asseverou que o direito a vida não se trata de apenas uma dimensão negativa- de não ser privado da vida arbitrariamente- mas, também, como uma dimensão positiva, que reivindica do Estado medidas apropriadas para a manutenção de uma vida digna. (PIOVESAN, 2012, p. 79).

Posto isso, faz-se possível dizer que o controle de convencionalidade, a jurisprudência da Corte Interamericana e o dialogo das jurisdições, permitiu a evolução dos regimes democráticos pós-ditatoriais na América latina e que, atualmente, fortalece as instituições democráticas, singularmente, pelo combate às violações de direitos humanos e proteção das minorias.

Quanto ao controle de constitucionalidade e o diálogo jurisprudencial realizado pelas cortes latino americanas no âmbito local, examina-se as conjunturas práticas de dois países em especial, a Argentina e o Brasil, tendo como base analítica as cinco tipologias casuísticas acima relatadas. Menciona-se que a escolha dos referidos países se deu em virtude de ambos terem transitado de regimes ditatoriais para o democrático e adotarem novos marcos Constitucionais (Constituição Brasileira de 1988 e Constituição Argentina com a reforma de 1994) que conferiram aos tratados internacionais sobre direitos humanos status especial.

Dessa forma, constata que a Argentina tem avançado na aplicação da jurisprudência da Corte Interamericana nos casos envolvendo matérias compreendidas na Convenção Americana de Direitos Humanos.

De outro lado, não se pode dizer o mesmo do Brasil que, mesmo com todas as tutelas protetivas aos direitos humanos previstas na Constituição de 1988, tal reforma não foi capaz de culminar na criação de uma Corte Constitucional, mantendo a guarda do texto Constitucional ao Supremo Tribunal Federal. Contudo, a jurisprudência atual do presente tribunal, convergiu em aplicar um status diferenciado aos tratados de direitos humanos. Todavia, divergiu quanto à hierarquia, ficando dividido, de acordo com a autora, entre a tese da supra legalidade (Constituição assume o ponto mais elevado) e a tese da constitucionalidade dos tratos de direitos humanos (a Constituição e os tratos de direitos humanos assumem o ponto mais elevado), prevalecendo, outrossim, a primeira tese.

A aplicação da jurisprudência da Corte Interamericana ainda é escassa no Brasil, como constata a autora, tendo sido aplicados em maior número entendimentos das Cortes Constitucionais Alemã e Norte Americana. (PIOVESAN, 2012, p. 86-88)

Dessa maneira, existem ainda alguns desafios a serem superados para avançar no diálogo jurisdicional regional e constitucional.[5] Faz-se preciso principalmente, de acordo com as concepções de Piovesan, superar o ideal clássico do *State Approach* e avançar na interação entre as esferas global, regional e local na tentativa de formar um *ius commune* que faça potencializar o controle de convencionalidade e, dessa forma, fortalecer a proteção regional dos direitos humanos e o aspecto emancipatório local dos países da América latina através do esquema do Trapézio e do diálogo de jurisdições.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pragmática sistêmica (ROCHA, 1998) e sua visão da amplitude da complexidade existente no processo de diferenciação funcional da sociedade contemporânea do mesmo modo que possibilita verificar um novo desenvolvimento de sistemas de informação que, no caso, procuram conseguir gerir, processar, sintetizar e codificar essa quantidade de informações produzidas no mundo contemporâneo, permite também a observação da

[5] Para maior aprofundamento, ver: PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 19- jan./jun, 2012, p. 89-92. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

intensificação da circulação de informação, bem como ainda o aumento movimentação de fatores produtivos, de capitais, de humanos e, consequentemente, de produtos e serviços.

De fato, tal questão instiga a necessidade de se propor uma releitura dos aportes teóricos do âmbito constitucional que deem conta da complexidade social contemporânea e que, de certa forma, possibilitem explicitar formas de proteção dos direitos humanos e garantias fundamentais para além das fronteiras territoriais dos Estados. Todavia, perspectivas que procurem vincular a questão constitucional somente ao Estado e ao direito, em que pese o debate aqui proposto, parecem ser ainda os principais alicerces teóricos reportados no que se refere à impossibilidade de se pensar uma constitucionalismo transnacional, ou ainda, um estender efetivo das conquistas do constitucionalismo moderno para além das fronteiras estatais sem um espaço normativo mundial que as expresse.

Neste sentido, visto a constante eliminação comunicativa dos espaços delimitados, forma cada vez mais observável na sociedade contemporânea, sobretudo pela metodologia pragmática sistêmica (ROCHA; COSTA, 2020) é que nos propomos no presente artigo sugerir que os aportes teóricos do transconstitucionalismo, das constituições civis da sociedade mundial e do dialogo de jurisdições, como sendo estimuladores do necessário refletir de perspectivas que visam promover uma atualização de sentido da semântica constitucional tradicional, que vê na política e no direito a vinculação principal da Constituição, bem como do movimento do Constitucionalismo. Eis a importância de pensar um constitucionalismo social. Entretanto, faz-se importante mencionar que algumas críticas contundentes podem ser feitas em relação a tais perspectivas, as quais se mostram profícuas ao debate e ao diálogo que nos propomos a realizar.

No que se refere ao transconstitucionalismo, tem-se o problema de como se efetivar pontes de transições entre organizações centrais do sistema do direito que não estão dispostas ao dialogo constitucional, ou ainda compreendem de forma distinta do mundo ocidental a questão dos direitos humanos e das garantias fundamentais, a qual a noção de alteridade, sugerida pelo autor como principio básico, revela-se distante de efetivo acontecimento.

Igualmente, em relação às constituições civis da sociedade mundial, verifica-se o problema de como ordens globais emergentes de natureza essencialmente privadas podem constituir relações sistêmicas que, de fato, garantam a proteção de questões constitucionais em nível global sem a formação de múltiplos colóquios corporativistas privados.

Por último, em relação à proposta de Piovesan, verifica-se a problemática de uma relativização extremada da soberania constitucional, a ponto de questões internacionais

interferirem diretamente na formação da tradição jurídica-constitucional no que se refere a questões dos direitos humanos e das garantias fundamentais. Portanto, um problema referente à própria legitimidade.

Contudo, por mais que tais aportes teóricos apresentados se mostrem dotados de críticas e partam de perspectivas avaliativas distintas, de maneira que o transconstitucionalismo na perspectiva de Neves pressupõe uma constante ressignificação de sentido pelas pontes de transições entre organizações do sistema do direito na intenção de proteção dos direitos e garantias fundamentais, portanto, uma fertilização constitucional; as constituições mundiais civis, mediante acoplamentos estruturais planejados entre diferentes sistemas visando a busca pela redução da complexidade dos problemas da globalização e, por fim, o trapézio, no sentido de relativização da soberania estatal no que se refere ao imperativo da paz e tutela dos direitos humanos em nível mundial, podem, a nosso ver, serem aproximadas por um observar pragmático sistêmico, no sentido de se explicitar a emergência de se refletir e debater, visto as consequências da complexidade da sociedade contemporânea, uma forma de constitucionalismo para além das fronteiras e sentidos limitativos políticos e somente jurídicos, tendo em vista, sobretudo, uma proposta sociológica das constituições, do constitucionalismo da proteção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

_____. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V, 2006.

_____. **Social systems**. Tradução de John Bednarz Jr e Dirk Barcker. California: Stanford University, 1995.

LUZ, Cicero Krupp da; ROCHA, Leonel Severo . **Lex mercatoria and Governance**: The Polycontexturality between Law and State. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 28, p. 61-85, 2009.

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

ROCHA, Leonel Severo; Costa, Bernardo Leandro Carvalho. **Atualidade da Constituição**: o constitucionalismo em Luhmann, Febrajo, Teubner e Vesting. 1. ed. Porto Alegre: FI, 2020.

_____. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

TEUBNER, Günther. **Direito, Sistema e policontexturalidade**. Trad. Rodrigo Octavio Broglia Mendes. Piracicaba: Unimep, 2005A.

_____. Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. La constitucionalizacion de la sociedade global. **El derecho como sistema autopoietico de la sociedade global.** Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2005B.

_____. **Os múltiplos corpos do rei**: a autodestruição da hierarquia do direito. 2016.

THORNHILL, Chris. **A sociology of constitutions**: constituttions and state legitimacy in historical-sociological perspective. Cambridge, 2011.

SELZNICK, Philip. **Law, Society and industrial justice**. New York, 1969.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BARRETO, Ricardo de Macedo Menna **. Introdução às teorias sistêmicas do direito**. 1. ed. Braga: AED Universidade do Minho, 2017

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 19- jan./jun, 2012. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

_____. **Direito humanos e o direito constitucional internacional**. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010

PIOVESAN, Flávia. **Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano**: perspectivas e desafios. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro , v. 8, n. 2, p. 1356-1388, June 2017 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000201356&lng=en&nrm=iso>. access on 02 Sept. 2020. https://doi.org/10.12957/dep.2017.28029.