

# O transconstitucionalismo como alternativa aos conflitos entre ordens jurídicas: novos aspectos

Aléssia Pâmela Bertulêza Santos

## RESUMO

O presente artigo esboça uma análise da teoria transconstitucionalista, desenvolvida pelo professor da Universidade de Brasília, Marcelo Neves. Em um primeiro momento, chama-se a atenção para as alterações decorrentes do exaurimento do processo de globalização dos Estados-nacionais e a para a imbricação ocorrida entre os ordenamentos desses Estados, constatando-se a inevitabilidade da ocorrência de conflitos entre tais ordens. Assim, o transconstitucionalismo, enquanto proposta de superação dos conflitos entre ordens normativas distintas por meio do estabelecimento de pontes de transição desprovidas de hierarquia, passa a ser analisado através da apresentação de algumas situações onde a sua aplicação se revelou satisfatória. Nessa senda, foram verificados alguns traços da teoria em destaque que não foram mencionados pelo seu autor, como o caráter contínuo do diálogo proposto e a carência metodológica da referida teoria, o que acaba colocando em risco a aplicabilidade do transconstitucionalismo.

**Palavras-chave:** Transconstitucionalismo. Metodologia. Direito Internacional.

## The transconstitucionalism as a alternative to conflict between legal orders: New aspects

## ABSTRACT

This article outlines an analysis of transconstitutionalist theory, developed by Marcelo Neves, University of Brasilia' teacher. Firstly, is called attention to the changes resulting from the globalization of the national States and the imbrication occurred between the laws systems of these states, we noted the occurrence of the inevitability of conflict between such orders. Thus, the Transconstitutionalism as a proposal for overcoming the conflicts between different normative orders through the construction of transition's bridging devoid of hierarchy, can be analyzed by presenting some situations where its application has proved satisfactory. In this vein, some of the traits highlighted in theory, not mentioned by the author, as the continuous nature of the proposed dialogue and the methodological deficiency of this theory, which ultimately endangering the applicability of Transconstitutionalism.

**Keywords:** Transconstitutionalism. Methodology. International Law.

---

Aléssia Pâmela Bertulêza Santos é graduada em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana – UEFS. Membro do Grupo de Estudos em Relações Internacionais e Direitos Humanos (GERIDH/UEFS).

Direito e Democracia	Canoas	v.14	n.2	p.123-138	jul./dez. 2013
----------------------	--------	------	-----	-----------	----------------

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A compreensão da existência de conflitos entre ordens jurídicas perpassa pelo reconhecimento da insuficiência da ordem estatal para enfrentar as questões que são postas no cenário da sociedade mundial pós-globalização.

A sociedade atual, pós-globalizada,<sup>1</sup> difere daquela que emergiu na Era da Globalização. Esta última foi marcada pelo rompimento das fronteiras nas relações internacionais com a intensificação do fluxo de intercâmbio cultural, econômico, tecnológico entre os mais extremos pontos do globo terrestre. A primeira, por sua vez, vai além da mera troca, permitindo aos sujeitos vivenciarem a construção conjunta desses elementos.

Mas, se essas novas relações trouxeram consequências para os diversos campos de atuação estatal, não faria sentido imaginar que o sistema jurídico não seria afetado. Afinal, o Direito pouco ou nada mais é que um instrumento que reflete os anseios sociais ao tempo em que pretende limitar a busca pela sua satisfação inconsequente.

Essa aproximação dos Estados acarretou o surgimento de situações limites entre dois ou mais ordenamentos jurídicos, sejam eles estatais, internacionais ou supranacionais, e revelou a insuficiência das Constituições estatais para resolver problemas que ultrapassam os limites das suas fronteiras.

Diante desse cenário, inúmeras propostas surgiram como alternativas para solucionar o impasse entre ordens jurídicas conflitantes. No presente trabalho, busca-se analisar o transconstitucionalismo proposto pelo professor da Universidade de Brasília, Marcelo Neves.

Após uma breve discussão do conceito de transconstitucionalismo de acordo com o seu idealizador, passa-se à análise de diversas situações em que o transconstitucionalismo foi aplicável e, no momento seguinte, analisa-se a teoria chamando a atenção para alguns aspectos não mencionados pelo seu autor, como a concepção do diálogo transconstitucional como um fazer contínuo e não um fato isolado, visando contribuir para o desenvolvimento da teoria e possível alcance de uma solução para o conflito entre ordens jurídicas.

## 2 A INSUFICIÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E O TRANSCONSTITUCIONALISMO

Partindo da ideia segundo a qual a Constituição moderna se sustenta em dois pilares básicos, a saber, os direitos fundamentais e a limitação e o controle jurídico-positivo do poder, faz sentido afirmar que os casos sobre direitos humanos levados

---

<sup>1</sup> Quando se fala em pós-globalização, aqui, não se pretende adentrar a discussão sobre os rumos supostamente tomados pela globalização, se houve o seu avanço ou a sua superação por qualquer fenômeno de abrangência mundial (ALVES, 2009). Neste trabalho, a expressão pós-globalização é empregada com o intuito singelo de fazer menção à sociedade posterior ao *boom* globalizante ocorrido na década de 90 quando houve o estreitamento das relações entre os Estados.

à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a maioria dos que são submetidos à instância internacional, tratam, em essência, de matéria de índole constitucional. Entretanto, as semelhanças existentes não permitem falar em identidade.

Os parâmetros utilizados no âmbito interno e no âmbito internacional são distintos, razão pela qual um mesmo caso pode ser analisado pela Corte Constitucional de um Estado e pela Corte Interamericana sem que se configure a ocorrência da quarta instância.<sup>2</sup> Todavia, os resultados dessa dupla análise, ainda que tenham tomado por base parâmetros distintos, podem revelar-se conflitantes.

Nesse caso, a ocorrência de conflitos entre uma decisão proferida por uma Corte internacional (como é o caso da Corte Interamericana) e outra emanada da Corte Constitucional nacional<sup>3</sup> provocaria incertezas quanto à efetividade da primeira e incredulidade quanto à justiça da segunda. Afinal, embora oriundas de ordens jurídicas distintas, as duas convergem para o mesmo ponto: a tutela jurídica de direitos cujo zelo o Estado se responsabilizou a guardar, seja ao promulgar uma lei, seja ao ratificar um tratado, comprometendo-se internacionalmente.

Esse problema ganha repercussão diante da proliferação de organismos internacionais dotados de poder decisório e da complexificação das relações desenvolvidas no âmbito constitucional. Segundo Marcelo Neves,

A emergência de ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais, em formas distintas do direito internacional público clássico, é um fato incontestável que vem chamando a atenção e tornando-se cada vez mais objeto do interesse de estudos não apenas de juristas, mas também de economistas e cientistas sociais em geral.

Ao se debruçar sobre essa nova realidade marcada pela emergência de redes privadas e quase públicas que passaram a conviver lado a lado com as instituições governamentais, o jurista alemão Gunther Teubner concluiu que a globalização provocou a ruptura dos laços “do direito ao discurso político democraticamente legitimado no Estado Nacional” (TEUBNER apud NEVES, 2009, p.33). Segundo Teubner, com isso a política teria sido nitidamente superada por outros sistemas, revelando-se imponível a desvinculação do direito da política democrática no âmbito estatal.

---

<sup>2</sup> De acordo com tal princípio, embora só possam ser acionados após o esgotamento dos meios internos – devido ao seu caráter subsidiário, os organismos internacionais não podem desempenhar as funções de um órgão Recursal, não lhes cabendo, portanto, revisar nem reformar as decisões proferidas pelas instâncias domésticas.

<sup>3</sup> A problemática do conflito entre decisões emanadas de ordens jurídicas distintas não se restringe a casos de divergências entre a Suprema Corte de um país e a Corte Interamericana, podendo envolver o Estado outros organismos internacionais, Estados entre si e até mesmo somente organizações internacionais, o que será explicado em momento adiante. No entanto, é interessante destacar que a menção constante e quase exclusiva à Corte Interamericana decorre de uma opção metodológica de delimitação do objeto de estudo.

Nessa situação, Teubner propõe o modelo de “Constituições civis globais”, baseado na ideia que o surgimento de ordens jurídicas plurais teria proporcionado a emancipação do direito em relação ao Estado nacional.

Importante salientar que esta “teoria pluralista do direito mundial sem Estado” a que Teubner se refere adota um conceito de Constituição mais amplo do que aquele dominante, pois nesta última concepção a Constituição se restringe a “um tipo específico de vínculo entre apenas dois sistemas específicos, a política e o direito” (NEVES, 2009, p.34), como entendeu Niklas Luhman em suas obras.

Ao analisar essa construção, Marcelo Neves, que é um seguidor das ideias de Luhmann, discorda de Teubner por considerar que o Estado

[...] É um foco fundamental da reprodução da nova ordem normativa mundial e a distinção entre redes governamentais, privadas ou quase públicas não é tão clara nem nítidas as suas fronteiras, havendo um verdadeiro entrelaçamento de ordens que dá origem ao transconstitucionalismo. (NEVES, 2009, pp.36-37)

Para Neves, a ideia de uma República mundial federal e subsidiária ou de uma estatalidade mundial superior a estatalidade continental e nacional carece de elementos empíricos que viabilizem a sua concretização diante das assimetrias da sociedade mundial.

Nesse contexto, o autor apresenta o transconstitucionalismo, teoria por ele desenvolvida, como uma alternativa aos conflitos. Consoante será explicado adiante, essa teoria propõe um entrelaçamento de ordens jurídicas conflitantes a fim de chegar-se a uma solução sem que haja sobreposições entre elas e com o respeito à força de cada uma, num verdadeiro diálogo entre ordens jurídicas.

Se alguém tentar chegar a uma definição de transconstitucionalismo partindo apenas da decomposição da palavra certamente terá problemas. Embora a noção de constitucionalismo possa ser encontrada em qualquer manual de Direito Constitucional, o prefixo *trans* possui um significado dúbio, uma vez que, segundo o Dicionário Houaiss, tanto pode significar “depois” quanto “através de”.

Desse modo, diante da aparente complexidade do tema, colaciona-se o conceito simplificado da expressão, dado pelo autor durante entrevista concedida ao sítio Consultor Jurídico

Em poucas palavras, o transconstitucionalismo é o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Ou seja, problemas de direitos fundamentais e limitação de poder que são discutidos ao mesmo tempo por tribunais de ordens diversas. (CONSULTOR JURÍDICO, 12 de julho de 2009)

Com base nisso, é possível afirmar que o transconstitucionalismo é um fenômeno bem mais frequente do que pode parecer à primeira vista, uma vez que os direitos fundamentais constitucionais comumente coincidem com os direitos humanos internacionalmente tutelados. Ademais, no âmbito dos Tribunais Internacionais a limitação do poder costuma surgir como uma necessidade diretamente associada à contenção de violações de direitos.

Insta salientar que o transconstitucionalismo proposto por Neves não pode ser confundido com a noção de Interconstitucionalismo desenvolvida por José Joaquim Gomes Canotilho, apesar de os dois autores tratarem de conflitos que envolvem normas constitucionais.

O traço distintivo entre as mencionadas teorias está situado no objeto, pois enquanto a doutrina de Canotilho trata do conflito entre Constituições no sentido estrito, ou seja, aquelas emanadas de uma sociedade constitucionalizada, o transconstitucionalismo é mais abrangente podendo envolver o conflito entre ordens jurídicas constitucionais e anticonstitucionais.<sup>4</sup>

### **3 EXEMPLOS DE APLICAÇÃO DO TRANSCONSTITUCIONALISMO**

Conforme afirmado, a ideia de um diálogo entre ordens jurídicas, que constitui a essência do transconstitucionalismo, não se restringe ao âmbito das relações entre o direito estatal e o direito internacional público, podendo envolver ordens diversas. O conflito que dá ensejo à sua aplicação pode ocorrer entre ordens jurídicas estatais, entre direito supranacional e internacional, direito supranacional e estatal, entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais e entre direito internacional e direito estatal.

Arigor, nos casos em que mais de uma ordem é invocada para solucionar um mesmo problema não cabe falar-se em “redes verticais”, pois isso desaguardaria na ideia de uma relação hierárquica entre as ordens envolvidas, hipótese que é rechaçada pelo idealizador do transconstitucionalismo (NEVES, 2009, p.132).

#### **3.1 Relações entre ordens estatais**

O transconstitucionalismo entre ordens estatais ocorre quando um assunto é comum a dois Estados distintos e cada um possui o seu modo próprio de regulamentá-lo. Em seu livro, Marcelo Neves afirma que é possível identificar um verdadeiro “transjudicialismo” em razão da cada vez mais frequente invocação por parte das

---

<sup>4</sup> Com base na concepção de assuntos constitucionais são aqueles que tratam sobre a proteção aos direitos fundamentais e a limitação e controle do poder político. Chega-se à conclusão de que ordens jurídicas anticonstitucionais são aquelas que não observam a garantia dos direitos fundamentais e/ou não possuem mecanismos efetivos de controle do poder (NEVES, 2009, p.XXII).

Cortes Constitucionais das decisões proferidas pelas Cortes de outros Estados como fundamento das suas próprias decisões.

No Brasil, é possível identificarmos esse tipo de manifestação em votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Cada vez mais, os membros da Suprema Corte recorrem ao direito estrangeiro para fundamentar os seus respectivos entendimentos, em especial, aqueles que representam uma guinada jurisprudencial.

Nesse sentido, vale mencionar o voto do Ministro Gilmar Mendes na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em que se pleiteava a atribuição de interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 da Lei 10.406/2002 (Código Civil).

Na ocasião, o Ministro colacionou o entendimento da Corte *Costituzionale* italiana sobre a viabilidade de decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma, como aquela que o STF estava prestes a proferir, diante de situações onde a declaração de inconstitucionalidade total ou a opção pelo mero não conhecimento da ação podem trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social.

No mesmo julgamento, o Ministro recorreu também ao direito alemão, por vislumbrar no direito que do indivíduo ao autodesenvolvimento (*Selbstentfaltungrecht*), previsto na Lei Fundamental de Bohn, o embrião da espécie de direitos que se discutia no caso *sub judice*.

### 3.2 Relação entre direito estatal e direito supranacional

Entendendo a supranacionalidade como o atributo daquelas organizações que em seu tratado fundador tem prevista a criação de órgãos com funções legislativas, administrativas e julgadoras com vasta competência material e cujos atos são dotados de força vinculante capaz de se sobrepor aos atos emanados diretamente dos Estados-membros, chega-se à conclusão que a única organização supranacional hoje existente é a União Europeia.

Deste modo, falar sobre transconstitucionalismo entre ordem jurídica estatal e supranacional coincide com a análise das relações estabelecidas entre a União Europeia e os seus Estados-membros, especialmente no que diz respeito às decisões proferidas pelas Cortes estatais e aquelas prolatadas pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (STELZER, 1998, p.65).<sup>5</sup>

Importante destacar, com relação à ONU que, não obstante a sua competência para a elaboração de tratados sobre praticamente todos os assuntos, a sua autonomia

---

<sup>5</sup> Ademais, o caráter de ordem jurídica independente da União Europeia se evidencia também pela sua condição de membro pleno da Organização Mundial do Comércio, em que negocia em nome de todos os Estados-membros (sendo que todos eles também são membros da OMC por direito próprio) e da recém-conquistada permissão para que os seus representantes “apresentem e promovam as posições da UE nas Nações Unidas de forma atempada e eficiente através de um conjunto de modalidades que concedem à delegação da UE o direito de fazer intervenções, bem como o direito de resposta, e a capacidade de apresentar propostas e alterações orais” (Jornal da União Europeia).

em relação aos seus Estados-membros e o seu poder sancionatório, não cabe falar em caráter supranacional para essa organização, uma vez que carece aos seus atos e decisões força vinculante capaz de sobrepor-se à vontade dos Estados-membros. Nesse ponto, embora o art. 2º, §7º da Carta da ONU traga a possibilidade de intervenção no Estado-membro, não dá para confundir a excepcionalidade dessa mitigação com a verdadeira transferência de parcela da soberania dos Estados-membros para a União Europeia e que permite a essa operar “por cima das unidades que a compõe, na qualidade de titular absoluta”.

### **3.3 Relações entre direito supranacional e direito internacional**

O desenvolvimento do transconstitucionalismo entre o direito supranacional e o direito internacional deu-se em razão da abertura das Constituições estaduais para outras dimensões jurídicas. Embora os sujeitos primários das relações supranacionais e internacionais sejam os Estados, o direito daí emanado não se confunde com o direito estatal, pois às organizações supranacionais e internacionais cabe a regulamentação de matérias eminentemente constitucionais na esfera além-Estados.

Nesse aspecto, merece destaque o relacionamento mantido entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a União Europeia. A União Europeia não é membro do sistema europeu de direitos humanos e, conforme a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, “constitui uma entidade autônoma, dotada de direitos soberanos e de uma ordem jurídica independente dos Estados-Membros” (BORCHARDT, 2011, p.34) que se impõe tanto aos Estados-membros como aos seus respectivos cidadãos, sendo o núcleo do Direito Comunitário europeu.

Todavia, a Corte Europeia de Direitos Humanos tem reiterado o entendimento pelo reconhecimento da sua própria competência para controlar atos e normas emanados da UE, desenvolvendo uma intensa relação transconstitucional com o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

Quando há casos no TJCE que são regulados paralelamente por normas da União Europeia, o TEDH os tem examinado, procurando conciliar as perspectivas e evitar conflitos: por um lado, em algumas ocasiões, o tribunal tem renunciado à sua própria linha de argumentação para seguir a orientação do TJCE; por outro, em certas oportunidades, o TEDH não tem seguido o precedente do TJCE. (NEVES, 2009, pp.230-231)

Nesse caso, está configurado o pleno exercício do diálogo transconstitucional entre uma ordem jurídica internacional (representada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos) e uma ordem jurídica supranacional (nesse caso, a União Europeia) marcado pela ausência de imposição de uma ordem como correta e pela recíproca disposição de aprendizado e intercâmbio.

### 3.4 Relação entre direito estatal e ordens locais extraestatais

A presença de ordens locais extraestatais pode ser constatada quando dentro de um Estado encontram-se grupos nativos, desprovidos de personalidade jurídica coletiva, que possuem formas próprias de agir e regras costumeiras que aparentemente colidem com o que se encontra previsto no texto constitucional do Estado, violando até mesmo direitos humanos.

A construção de um diálogo nesse caso se revela indispensável, pois a outra alternativa seria a outorga unilateral de direitos por parte do Estado, o que representaria uma negação da outra ordem. Apesar de parecer um contrassenso, o estabelecimento dessa conversação entre uma ordem constitucional e uma que se encontra claramente às margens dos ditames constitucionais revela o objetivo central do transconstitucionalismo, qual seja, desenvolver “a dimensão normativa da sociedade mundial do presente”. Não podendo, portanto, excluir institutos alternativos que contribuam para o desenvolvimento deste “diálogo construtivo”.

Na América latina é muito frequente a ocorrência de problemas jurídicos decorrentes das dificuldades de entrelaçamento entre ordens constitucionais dos Estados e ordens normativas nativas, sobretudo no que tange ao modo de proteção dos direitos humanos.

Diante desse cenário, alguns Estados buscaram enfrentar através do “modelo de integração constitucional da pluralidade resultante das particularidades normativas das comunidades indígenas”. Nessa esteira, ganha relevância a Constituição boliviana aprovada em 2007 que estabelece em seu artigo 1º a construção de um Estado unitário social de Direito Plurinacional,<sup>6</sup> reconhecendo que o domínio dos povos indígenas sobre os seus territórios ancestrais datam do período pré-colonial, garante-lhes a autodeterminação que abrange o direito a autonomia, ao autogoverno, a cultura própria e ao reconhecimento de suas instituições.

Assim, verifica-se que a Constituição boliviana reconhece aos povos indígenas daquele território atributos semelhantes aqueles outorgados pela Constituição brasileira aos seus estados federados, ou seja, autonomia, autogoverno e autoadministração, o que demonstra o respeito conferido à independência dessas ordens locais extraestatais.

### 3.5 Relação entre direito estatal e direito internacional público

O transconstitucionalismo no âmbito das relações entre o direito estatal e o direito internacional se afigura como uma necessidade em face da constante emergência de situações jurídicas que dizem respeito, simultaneamente, as duas ordens. O crescente surgimento desse tipo de caso traz à tona a insuficiência das Constituições estatais e do

---

<sup>6</sup> Artigo 1º da Constituição política do Estado boliviano: “*Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, autónomo y descentralizado, independiente, soberano, democrático e intercultural. Se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.*”



aparato estatal nela baseado para tratar de assuntos cujo interesse extrapola os limites do território do Estado.

Por outro lado, revela também a carência da ordem internacional da força institucional inerente aos instrumentos constitucionais. É bem verdade que os organismos internacionais, como a ONU, possuem mecanismos legítimos de intervenção em seus Estados-membros para executar medidas coercitivas impostas àquele Estado pela Organização, bem como é verdade também que nos dias atuais nenhum Estado pode se eximir de obrigações internacionalmente assumidas com base apenas no princípio da autodeterminação/não intervenção e da igualdade soberana.

Ora, embora sejam juridicamente possíveis, medidas interventivas correntes põem em risco a legitimidade da ordem internacional. Nessas hipóteses, o ideal é estabelecer um elo entre direito internacional público e direito interno de modo a permitir o intercâmbio entre as ordens normativas, uma vez que os Tribunais internacionais cada vez mais tratam de assuntos constitucionais (direitos fundamentais e limitações ao poder) em uma dimensão que não pode ser alcançada pelos Estados.

O Estado Argentino é um exemplo da prática transconstitucional entre direito estatal e ordem jurídica internacional. Desde 1995, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (CSJN), Tribunal superior daquele país, tem adotado o entendimento segundo o qual as decisões proferidas pela Corte Interamericana inclusive aquelas proferidas em casos nos quais o Estado argentino não seja parte, devem servir como guia para interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Consagrando esse entendimento, em 2005 a CSJN declarou a inconstitucionalidade das Leis de “*obediencia debida y punto final*”, abrindo caminho para o julgamento e possível condenação dos agentes estatais que praticaram atos de tortura e desaparecimento forçado durante a ditadura militar que usurpou os poderes do Estado entre 24 de março de 1976 e 10 de dezembro de 1983.

A decisão da CSJN que declarou a inconstitucionalidade das referidas leis representou uma virada na sua jurisprudência e teve como fundamento a sentença proferida pela Corte IDH que condenou o Estado peruano no caso *Barrios Altos vs. Peru*, onde ficou assentado que

*Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*<sup>7</sup>. (CORTE IDH. Caso Barrios Altos vs. Peru. Sentença de 14 de março de 2001, parágrafo 41.)

---

<sup>7</sup> “Esta Corte considera que são inadmissíveis as previsões legais sobre anistia, prescrição e excludentes de responsabilidade estabelecidos com o objetivo de impedir a investigação e punição por graves violações dos direitos humanos tais como a prática de tortura, execuções sumárias, ilegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, todas devidamente proibidas por contrariarem direitos irrevogáveis protegidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Tradução nossa.

A CSJN se manifestou a respeito dessa jurisprudência da Corte IDH no acórdão que declarou a inconstitucionalidade das Leis argentinas 23.492/86 e 23.521/87, respectivamente, “Lei do Ponto Final” e “Lei da Obediência Devida”.

*Esta jurisprudencia es – sin duda – aplicable al caso de las leyes que anula la ley 25.779 y, conforme a ella, es claro que la eficacia de éstas sería considerada un ilícito internacional. Cualquiera sea la opinión que se sostenga respecto de las leyes de marras, la eficacia de las leyes 23.492 y 23.521 haría incurrir a la República Argentina en un injusto internacional que sería sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al criterio firmemente asentado respecto del Perú, caso en el que este país, después de serias resistencias, debió allanarse. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Caso Simón, Julio Héctor y otros. Sentença de 14 de junho de 2005, p.97)*

De acordo com aquilo o que já foi exposto sobre o transconstitucionalismo, se poderia afirmar que a situação narrada constitui um exemplo típico de sua aplicação. No entanto, é necessário tomar cuidado. A proposta de Marcelo Neves é de construção de um diálogo entre as ordens distintas pautado, sobretudo, na reciprocidade.

O caso argentino, se bem analisado, pode gerar dúvidas se não estar-se-ia diante de um posicionamento que guarda identidade com o monismo internacionalista já que a linha entre o transconstitucionalismo e o monismo, em qualquer das suas vertentes, parece ser bastante tênue<sup>8</sup>.

Assim, não se pode negar o reconhecimento da razão que assiste aqueles que acreditam estar vivenciando um processo de constitucionalização do Direito Internacional Público. Esse processo, que é consequência do fortalecimento alcançado pela ordem internacional das últimas décadas, equivaleria ao inverso do que ocorreu em 1948, com a criação da ONU e a codificação internacional de inúmeros direitos humanos, até então protegidos apenas no âmbito doméstico.

Adotando-se esse entendimento, em face das lacunas deixadas pelo transconstitucionalismo – que serão expostas em momento posterior –, se pode afirmar que se no século XX ficou comprovada a insuficiência das ordens normativas domésticas para tratar de determinados temas que repercutiam além das fronteiras estatais, o século XXI será marcado como a era da internalização do Direito Internacional. Esse processo, aparentemente inverso, é devido à constatação da impossibilidade de criar uma entidade de âmbito mundial com estrutura similar aos Estados, inclusive no que se refere ao monopólio da força.

---

<sup>8</sup> Apesar de muito já ter sido dito sobre a ausência de hierarquia entre as ordens normativas no plano do transconstitucionalismo, na prática é difícil não tentar enquadrar a decisão que resulta desse diálogo em um dos lados da conhecida dicotomia do relacionamento entre direito internacional público e direito estatal: monismo estatal/monismo internacionalista.

Nesse sentido é a lição de Antonio Cassese:

É um conhecimento comum que o direito internacional só pode ser implementado pelos órgãos estatais. Para ser mais específico: a maioria das regras internacionais é dirigida aos protagonistas da comunidade internacional, isto é, aos Estados, e só pode ser posta em operação se os sistemas jurídicos domésticos dos Estados estiverem prontos para implementá-las. (CASSESE, 1981, p.331)

Embora possa parecer estranho à primeira vista, essa hipótese já pode ser averiguada nos estados europeus, pois a União Europeia que possui âmbito de atuação muito mais restrito do que a Organização das Nações Unidas vê as suas decisões gozarem de mais efetividade do que qualquer outra organização internacional.<sup>9</sup>

No intuito de analisar com maior profundidade a presença do transconstitucionalismo entre direito estatal e direito internacional público, que constitui o objeto central deste trabalho, adiante serão analisados casos recentes de conflito entre essas ordens.

#### **4 O CASO DO URUGUAI – UM BOM EXEMPLO DE DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL**

Um episódio recente que pode ser apresentado como exemplo de sucesso na adoção de práticas transconstitucionalistas é a conduta assumida pelo Estado uruguaio ante a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gelman vs. Uruguai*.

A denúncia apresentada à Comissão Interamericana em 2006, relatava o desaparecimento forçado de María Claudia García Iruretagoyena Gelman no ano de 1976, após ter sido detida em Buenos Aires, Argentina, enquanto já se encontrava em avançado estágio gestacional, sendo posteriormente levada para o Uruguai onde deu à luz sua filha que foi entregue a uma família uruguaia.

A Comissão averiguou que todos esses fatos ocorreram no contexto da Operação Condor e até aquele momento não havia notícias sobre o paradeiro de María Claudia nem acerca das circunstâncias em que se deu o desaparecimento dela. Ademais, o Estado não levou a cabo uma investigação sobre os fatos narrados em razão do obstáculo legal representado pela Lei nº. 15.848 de 1986, conhecida como *Ley de Caducidad*.

A referida Lei previa a perda do direito de exercício da pretensão punitiva por parte do Estado em relação aos delitos praticados durante o período da ditadura civil-militar

---

<sup>9</sup> Embora não se tenha notícia de nenhum estudo comparativo do grau de cumprimento das decisões e recomendações da União Europeia e de outros organismos internacionais, essa afirmação é dita como verdadeira com base nas informações vinculadas nos meios de comunicação a respeito das relações estabelecidas entre a UE e os seus membros, bem como no princípio do efeito direto (ou aplicabilidade direta) consagrado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

por militares e funcionários a estes equiparados desde que animados por motivação política ou em razão no exercício das suas funções.

Além disso, o artigo 3º estabelecia que no caso de ser apresentado ao Judiciário denúncia relacionada a prática de crimes pelos agentes estatais mencionados durante o período abrangido pela Lei 15.848, o juiz responsável deveria encaminhar a petição ao Poder Executivo para que este decidisse acerca da sua admissibilidade, determinando se os fatos narrados estavam ou não dentre aqueles beneficiados pela Lei.

Desde a sua aprovação a *Ley de Caducidad* dividiu opiniões e provocou mobilizações sociais. Em 16 de abril 1989, foi realizado um referendo onde por 55.9% dos cidadãos (o que corresponde a 1.082.454 votos) optaram pela manutenção da Lei (BURIANO, 2011), contra 41,3% que votou pela derrogação do diploma (799.109 votos).

No ano de 2009, após a *Suprema Corte de Justicia* declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º., 3º. e 4º. da Lei nº. 15.848, foi realizado um novo referendo. Todavia, mais uma vez, a maioria dos votos válidos convergiram no sentido da manutenção da Lei. Esse resultado foi crucial para a decisão da Comissão Interamericana de submeter o caso à Corte IDH, em janeiro de 2010.

Sobre a Lei nº. 15.848, a Corte se manifestou nos seguintes termos:

*Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay.*<sup>10</sup> (CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, Sentença de 24 de fevereiro de 2011, parágrafo 231)

Reiterando a sua farta jurisprudência acerca das leis de anistias que impedem o julgamento dos crimes ocorridos durante os regimes ditatoriais que tiveram espaço na América Latina, em fevereiro de 2011 a Corte proferiu sentença condenando o Estado uruguaio e determinando a adoção de algumas medidas, dentre elas: levar a cabo dentro de um prazo razoável as investigações sobre os fatos do caso permitindo que os familiares acompanhem todo o processo e impedir que a *Ley de Caducidad* ou qualquer outro qualquer outra medida excludente de responsabilidade seja aplicada.

<sup>10</sup> "Diante da sua clara incompatibilidade com a Convenção Americana, os dispositivos da *Ley de Caducidad* que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos e, conseqüentemente, não podem continuar representando um obstáculo para a investigação dos fatos referentes ao presente caso nem para a identificação e a punição dos responsáveis, bem como não podem gerar esse mesmo efeito sobre outros casos de graves violações dos direitos humanos consagrados na Convenção que possam ter ocorrido no Uruguai". Tradução nossa.

Após a publicação da sentença, houve uma intensa movimentação interna por parte dos cidadãos que buscavam a revogação dos atos administrativos do Poder Executivo que enquadravam a sua pretensão judicial de ver investigados fatos ocorridos durante o regime ditatorial na impunibilidade trazida pela *Ley de Caducidad*.<sup>11</sup>

Foi nesse contexto que em 27 de outubro de 2011 a Câmara dos Deputados do Uruguai aprovou, por 50 votos a 40, a revogação da Lei nº. 15.848, mediante a aprovação da Lei nº. 18.831 que restabeleceu o poder punitivo do Estado em relação aos delitos cometidos até 1º de março de 1985 que até então estavam resguardados pelo artigo 1º da Lei nº. 15.848, de 1986.

Além disso, a referida lei tornou sem efeito os prazos processuais ou prescricionais que tivessem transcorrido até o momento da sua promulgação (art. 2º) e atribuiu *status* de crime de lesa humanidade com caráter retroativo aos delitos tutelados pela norma revogada, acatando assim a decisão da Corte Interamericana que determinou a remoção de todos os obstáculos para a investigação e sanção dos agentes envolvidos na prática de crimes durante a vigência do regime de exceção.

Poder-se-ia, então, afirmar que o Uruguai logrou êxito no desenvolvimento de um diálogo transconstitucional com a ordem internacional representada pela Corte IDH, mediante a construção de uma “ponte de transição” que permitiu a superação da desconexão inicial.

## **5 A CONTINUIDADE COMO UMA NECESSIDADE DO DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL**

O estudo do caso uruguaio possibilitou a identificação de uma característica que aparenta ser indispensável ao sucesso da prática transconstitucionalista, mas que não foi expressamente abordada pelo idealizador da teoria.

Desde o início deste ano a imprensa uruguaia vinculava notícias sobre uma possível declaração de inconstitucionalidade da Lei nº. 18.831 por parte da *Suprema Corte de Justicia* (SCJ)<sup>12</sup>, o que veio a ser confirmado em 22 de fevereiro no julgamento de um caso concreto e desde então tem provocado muito debate.

Por ter sido realizada no bojo de um caso concreto, grande parte dos constitucionalistas uruguaiois tem manifestado o entendimento de que a decisão não deve ser considerada um retrocesso, uma vez que a declaração incidental de inconstitucionalidade não impede que a lei continue operando os seus efeitos (GALERMO, 2013). D’outra banda, aqueles que criticam a decisão enxergam que ao afastar a incidência do artigo 1º, que reconhece a

---

<sup>11</sup> Diante desse cenário, o Poder Executivo publicou a resolução CM/323 revogando as “razões de legitimidade” de todos os atos administrativos editados por governos anteriores sob o amparo da Lei nº. 15.848. Cf. *Caducidad: SCJ comunicó a jueces decreto de revocación*. Disponível em: <<http://www.lr21.com.uy/politica/463594-caducidad-scj-comunico-a-jueces-decreto-de-revocacion>>. Acesso em 24 nov. 2013.

<sup>12</sup> Cf. *Hay mayoría en la Suprema Corte contra la Ley interpretativa de la Caducidad*. Disponível em: <<http://www.elobservador.com.uy/noticia/243638/hay-mayoria-en-la-suprema-corte-contra-la-ley-interpretativa-de-la-caducidad/>>. Acesso em 24 nov. 2013.

retroatividade da lei, a SCJ criou um precedente arriscado, pois fez surgir a possibilidade de outras condenações serem desfeitas com base no argumento da segurança jurídica.

Como desde a antiguidade Aristóteles já pregava que a Justiça não está em nenhum dos dois lados, mas sim no meio-termo é necessário afastar-se dessa discussão polarizada sobre os possíveis rumos que serão tomados pela jurisprudência da SCJ para extrair algo útil da situação.

Como já foi exposto neste trabalho, a ideia de transconstitucionalismo consiste basicamente em uma tentativa de superar conflitos que surgem na relação entre ordens jurídicas distintas ao tratarem de um mesmo tema através do estabelecimento de um diálogo pautado pela reciprocidade entre as ordens envolvidas visando a construção de uma solução transversal.

Longe de ser boa ou má, a recente decisão da Suprema Corte uruguaia faz emergir outro aspecto do transconstitucionalismo: a necessidade de permanência do diálogo entre ordens, visando manter acesa a chama da reciprocidade, pois o silêncio seria um convite à sobreposição de uma ordem em detrimento de outra.

Engana-se quem acredita que o diálogo entre as ordens jurídicas deve ser estabelecido no calor do momento e encerrado logo após os ânimos se acalmarem. A decisão da Corte uruguaia revela que, mais do que uma técnica de solução de conflitos, o transconstitucionalismo tende a se consagrar como um objetivo a ser constantemente buscado pelas ordens jurídicas. Se não for desse modo, se for encarado como um evento em vez de um processo o transconstitucionalismo está condenado a ser apenas uma nova forma de designar o já ultrapassado monismo (seja na modalidade nacional ou internacionalista).

## **6 CONCLUSÃO – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A CARÊNCIA METODOLÓGICA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO**

O transconstitucionalismo propõe um diálogo entre as ordens normativas conflitantes, a fim de se chegar a uma solução que não implique a negação de nenhuma das ordens envolvidas. Cabe, portanto, ao intérprete construir “pontes de transição” entre as ordens normativas conflitantes.

Não obstante a identificação da sua aplicação satisfatória em inúmeras situações de conflito ocorridos nos mais distintos pontos do globo, o transconstitucionalismo possui algumas lacunas.

Embora nos pareça claro que essa teoria constitui a resposta a tanto tempo procurada para o estabelecimento do elo entre ordens jurídicas conflitantes, o transconstitucionalismo não traz em sua construção a previsão de uma metodologia ou de algum instrumento que viabilize a sua aplicação. Assim, quando as ordens envolvidas se mantiverem silentes, parece-nos que o diálogo transconstitucional resta impossibilitado.

O transconstitucionalismo propõe o estabelecimento de um diálogo entre ordens jurídicas conflitantes, mas não indica nenhum um meio de iniciá-lo e os exemplos que confirmam a sua validade longe de trazerem algo novo apenas revelam a existência de uma mentalidade jurídica aberta a outras ordens. Sendo assim, é difícil não imaginarmos que talvez estejamos diante apenas de uma nova nomenclatura para os raros casos bem sucedidos de relacionamento entre ordens distintas e não necessariamente de uma nova tendência, tampouco da tão esperada solução.

Conclui-se, portanto, pela necessidade de desenvolvimento de estudos mais aprofundados sobre o tema a fim de encontrar uma saída para o problema da falta de metodologia do transconstitucionalismo.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, José Eustáquio Diniz. *Desglobalização e Pós-globalização*. Disponível em: <<http://opensadorselvagem.org/ciencia-e-humanidades/demografia/desglobalizacao-e-pos-globalizacao>>. Acesso em 21 nov. 2013.
- BOLÍVIA. *Constitucion Política del Estado*. Caracas: Senado, 2007.
- BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do direito da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BURIANO, Ana. Ley de Caducidad en Uruguay y esencia ético-política de la izquierda. *Perfiles latinoamericanos*. [online]. 2011, v.19, n.38, p.173-203. ISSN 0188-7653. Disponível em <<http://www.scielo.org.mx/pdf/perlat/v19n38/v19n38a7.pdf>>. Acesso em 24 nov. 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Rio de Janeiro: Almedina, 2003.
- CASSESE, Antonio. Modern Constitutions and International Law. In: *Recueil des Cours*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 192 (1985) III. Haia: Académie de Droit International de La Haye/Dordrecht: Nijhoff, 1986.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Marzoni v. Argentina, Caso 11.673*, Informe 39/96, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 76 (1997). Disponível em <<http://www1.umn.edu/humanrts/cases/1996/Sargentina39-96.htm>>. Acesso em 5 nov. 2013.
- CONSULTOR JURÍDICO. *Acesso à justiça não é só o direito de ajuizar ações*. 12 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>>. Acesso em 19 nov. 2013.
- CORREIA, Fernando Alves; LOUREIRO, João Carlos; MACHADO, Jónatas E. M. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, v.8.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de 14 mar. 2001.

\_\_\_\_\_. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentença de 24 fev. 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Caso Simón, Julio Héctor y otros*. Argentina. Sentença de 14 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.dipublico.com.ar/juris/simon.pdf>>. Acesso em 27 nov. 2013.

DEL’OLMO, Florisbal de Souza; MACHADO, Diego Pereira. *Direito da integração, direito comunitário, Mercosul e União Europeia*. Salvador: Juspodivm, 2011.

GALERMO, Pablo Galain. *Uruguay: sentencia declara inconstitucional Ley 18831*. Disponível em: <<http://www.asuntosdelsur.org/uruguay-sentencia-scj-inconstitucional-ley-18831/>>. Acesso em 25 nov. 2013.

JORNAL DA UNIÃO EUROPEIA. *A UE como actor mundial: o seu papel nas organizações multilaterais*. Portugal: 7 dez. 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:377E:0066:0076:PT:PDF>>. Acesso em 21 nov. 2013.

LA RED 21. *Caducidad: piden a Mujica revocar decreto de Sanguinetti*. Uruguai, 11 de maio de 2011. <<http://www.lr21.com.uy/politica/450833-caducidad-piden-a-mujica-revocar-decreto-de-sanguinetti>>. Acesso em 24 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. *Caducidad: SCJ comunicó a jueces decreto de revocación*. Uruguai, 20 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.lr21.com.uy/politica/463594-caducidad-scj-comunico-a-jueces-decreto-de-revocacion>>. Acesso em 24 nov. 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, v.2.

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

PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. Cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito interno. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n.67, ago. 2009. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6491](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6491)>. Acesso em 4 nov. 2013.

ROBA, Natalia. *Hay mayoría en la Suprema Corte contra la Ley interpretativa de la Caducidad*. Disponível em: <<http://www.elobservador.com.uy/noticia/243638/hay-mayoria-en-la-suprema-corte-contra-la-ley-interpretativa-de-la-caducidad/>>. Acesso em 24 nov. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 132*, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 14.10.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 6 fev. 2014. p.124.