

RECEBIDO EM: 21/11/2015

# COMPARANDO TRANSCONSTITUCIONALISMO EM UMA SOCIEDADE MUNDIAL ASSIMÉTRICA: PRESSUPOSTOS CONCEPTUAIS E PONDERAÇÕES AUTOCRÍTICAS<sup>1</sup>

*Marcelo Neves*

*Professor Titular de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Atualmente, Senior Research Scholar na Yale Law School*

Para Paulo Bonavides, em pleito de gratidão

SUMÁRIO: 1 Da Catarse panconstitucional; 2 Ao transconstitucionalismo; 3 Assimetrias: comparando Transconstitucionalismo; 4 Comparando dois casos Transconstitucionais relativos ao direito à participação política: Reino Unido versus a Nicarágua; 5 Observações finais.

---

<sup>1</sup> Este artigo foi publicado inicialmente, em inglês, na Adam Smith Research Foundation Working Papers Series 2015:2. A tradução dos trechos citados de originais em língua estrangeira foram traduzidos livremente pelo autor, exceto quando apresentada referência à respectiva tradução portuguesa.

## 1 DA CATARSE PANCONSTITUCIONAL

Na virada do século XX para o século XXI, a noção de que qualquer nova organização jurídica ou política que surge tem uma constituição foi amplamente disseminada. Esse conceito da Constituição pode ser chamado “histórico-universal”<sup>2</sup>, por sugerir que, pelo menos, em todos os estados historicamente formados, houve ou há uma constituição, de acordo com a fórmula “nenhum Estado sem constituição”.<sup>3</sup> Em uma perspectiva de história da constituição, Koselleck amplia o conceito para incluir “todas as instituições legalmente reguladas e suas formas de organização, sem as quais uma comunidade social de ação não é politicamente capaz de agir”. E ele esclarece isso da seguinte forma:

Minha proposta de que a história da constituição deveria abranger todos os domínios caracterizados pela repetibilidade em virtude de normas jurídicas visa superar, portanto, a fratura entre as histórias pré-modernas do direito e histórias modernas da Constituição e, assim, a tematizar inclusive fenômenos pós-estatais e, em certa medida, supraestatais, não apenas interestatais, de nossa época.<sup>4</sup>

Thornhill também propõe um conceito de constituição “em termos que pode ser aplicado a muitas sociedades em diferentes períodos históricos”, embora limitando sua visão de constituição ao “fato de que ela se refere primariamente às funções dos estados [em geral, não dos estados modernos – MN] e estabelece uma forma legal relativa ao uso do poder pelos Estados ou, no mínimo, por atores que detêm ou utilizam autoridade pública”<sup>5</sup>. Entretanto, a proposta mais extrema de um conceito histórico universal é oferecida por Teubner nos seguintes termos: “não apenas *ubi societas, ibi ius*, como uma vez disse Grotius, mas sim *ubi societas, ibi constitutio*.”<sup>6</sup>

2 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p.59 59.

3 BIAGGINI, Giovanni. “Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?”. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (Basileia/Munich: Helbing & Lichtenhahn), v. 141 (119 na nova série), 2000. p. 445-476, p. 447.

4 KOSELLECK, Reinhart. “Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsbeschreibung”. In: Koselleck, Reinhart. *Begriffsgeschichten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006. p. 365-401, p. 370-8.

5 THORNHILL, Chris. *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 11. Diferentemente do que sugere Thornhill, entendo que essa discussão não deve ser confundida com a questão referente à existência ou não de “constituições formalmente escritas” (idem, p. 9-10).

6 TEUBNER, Gunther. *Verfassungsfragmente: gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*. (Berlim: Suhrkamp, 2012. p. 63 [trad. ingl.: Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalisation. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 35 – a referência a Grotius só aparece na tradução].

Com efeito, essa compreensão abrangente de constituição, que implica um verdadeiro panconstitucionalismo, está associada, em certa medida, à ambiguidade do próprio termo ‘constituição’. A este respeito, António Hespanha aponta para o carácter plurívoco da palavra “constituição”, que, além de implicar variações históricas no seu significado político-jurídico, ultrapassa a dimensão do mundo cultural, denotando disposições biológicas ou físicas<sup>7</sup>. Mas cabe advertir que um excessivo apego ao significante pode afastar-nos da compreensão de seu significado (semântico) e sua função (pragmática) em determinado contexto social ou histórico. O perigo, nessas circunstâncias, é cairmos em “falácias de ambiguidade”, que ocorre quando, discutindo em torno de uma mesma palavra como expressão linguística, cada participante da discussão está se referindo a diferentes conceitos.<sup>8</sup> A questão que se põe, então, é remover esse perigo, tentando definir o significado e a função históricos do conceito de constituição em sentido moderno. A tendência a “anacronismo” na própria localização histórica do conceito, apenas na busca de equiparar instituições, estruturas e processos sociais do passado com os do presente, torna difícil contextualizar as bases societárias da constituição moderna: o conceito perde tanto o seu significado histórico quanta a sua função jurídico-política. Pode-se dizer que o próprio Koselleck também tende a anacronismo, alargando o conceito de constituição para abarcar historicamente instituições e experiências marcadamente diferentes.

Se tomarmos como exemplo o termo “Politeía” (Πολιτεία), especialmente na formulação aristotélica, referente às características estruturais e teleológicas da polis,<sup>9</sup> poderemos observar que sua tradução por “constituição” apareceu no período das revoluções constitucionais do século XVIII. Até então, era corrente traduzir esse termo do grego antigo pela palavra inglesa ‘Government’.<sup>10</sup> Atualmente, às vezes, é traduzido por “regime” (político). Sua tradução por constituição é um típico anacronismo da era das revoluções liberais. Em geral, quando se utiliza o conceito histórico-universal de constituição, não se trata apenas do sentido empírico, mas também de uma referência à estrutura social ou político-jurídica básica de uma organização, instituição ou sociedade, tanto na sua dimensão factual

7 HESPANHA, António Manuel. *Guiando a mão invisível*: direito, Estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Almedina, 2004. p. 67 ss.

8 COPI, Irving M. *Introduction to Logic*. 2. ed. Nova York: Macmillan, 1961. 73 ss.

9 ARISTÓTELES. *Politics*. Edição bilingue com uma tradução inglesa de H. Rackham. Cambridge, MA/ Londres: Harvard University Press, 1944. 173 (III, 1, 1274b), 201 (III, 6, 1278b), 281 (IV, 1, 1289a).

10 STOURZH, Gerald. “Vom aristotelischen zum Liberalen Verfassungsbegriff: Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert”. In: Stourzh, Gerald. *Wege zur Grundrechtsdemokratie*: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des Liberalen Verfassungsstaates, Vienna/Colônia: Böhlau, 1989. p. 1-35, p. 3 ss.

quanto contrafactual, ou melhor, suas expectativas cognitivas e normativas. A questão sobre o significado e a função da constituição como um artefato do Estado e da sociedade modernos é desconsiderada. Pelo menos, é muito difícil analisar a especificidade do significado e da função da constituição como – nas palavras de Luhmann – uma das “poucas aquisições da civilização moderna” que são “resultado de um planejamento intencional”<sup>11</sup>, quando as ferramentas analíticas a serem utilizados são esses conceitos histórico-universais.<sup>12</sup> Ao contrário do que afirma Thornhill, Luhmann não aceitou “latitude na definição de Constituição”<sup>13</sup>, antes propôs um conceito muito estrito de Constituição: “Minha tese será que o conceito de Constituição, ao contrário da primeira impressão, reage a uma diferenciação entre direito e política e, de fato, dito fortemente, à diferenciação plena desses dois sistemas funcionais e à necessidade de conexão que daí resulta.”<sup>14</sup> Na era das revoluções liberais, a nova palavra emergente “constituição” e o seu significado corresponderam a transformações estruturais na sociedade.<sup>15</sup>

Esse problema relaciona-se com o fato de que a constituição tornou-se “suporte de esperança”<sup>16</sup>. De fato, os conceitos de constituição e constitucionalização tornaram-se parte de uma “ofensiva vitoriosa”<sup>17</sup>, passando a ser usados como um “conceito político de luta”<sup>18</sup>. Assim, eles correspondem ao que Reinhart Koselleck chama de “conceitos antitéticos assimétricos”, os quais desqualificam moralmente aqueles que se lhes opõem, mediante a introdução de “um significado depreciativo” que, para os seus adversários, “pode equiparar-se linguisticamente a uma privação, facticamente a uma espoliação”.<sup>19</sup> Na medida em que “constituição” em sentido moderno

---

11 LUHMANN, Niklas. “Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. *Rechtshistorisches Journal* (Frankfurt am Main: Löwenklau), v. 9, 1990. p. 176-220, p. 176.

12 Cf. Idem, p. 212.

13 THORNHILL, op. cit., p. 19.

14 LUHMANN. op. cit, p. 179-80.

15 Idem, p. 177. Luhmann invoca, nessa passagem, SKINNER, Quentin. “Language and Political Change”. In: Ball, T.; Farr, J.; Hanson, R.L. (orgs.). *Political Innovation and Conceptual Change* (Cambridge: Cambridge University Press), 1989. p. 6-23.

16 BIAGGINI, op. cit., p. 465.

17 Idem, p. 447 ss; Wahl, Rainer. “Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?” In: Eberle, C.E.; Ibler, M.; Lorenz, D. (orgs.). *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart: Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag* (Munique: Beck), 2002, pp. 191-207, p. 191

18 IAGGINI, op. cit., p. 464.

19 KOSELLECK, Reinhart. “Zur historisch-politischen Semantik asymmetrischer Gegenbegriffe”. In: Koselleck, Reinhart. *Vergangene Zukunft: Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989. p. 211-59, p. 211 e 213 [trad. bras.: “A semântica histórico-política dos conceitos

originalmente invoca “o oposto de uma ordem política de opressão”<sup>20</sup>, ou seja, sugere emancipação, tornou-se usual a sua utilização retórica como rótulo da razão e correção daqueles que a defendem e daquilo ela designa. Essa situação leva a uma tendência a aplicar-se o termo “constituição” a instituições e realidade jurídicas e políticas muito distintas, em contextos os mais diferentes. Dessa maneira, a constituição passa a ser uma metáfora contextualmente ilimitada. A noção dissocia-se da história do conceito e desatrela-se de sua base estrutural, descaracterizando-se como um artefato semântico sem referência reflexiva a uma estrutura social específica.

## 2 AO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Evito a tendência de sempre identificar a existência de uma nova Constituição quando surge uma ordem, instituição ou organização jurídica na sociedade contemporânea. Partindo da sólida noção de que a constituição em sentido estritamente moderno vincula-se ao constitucionalismo que resultou das revoluções liberais de fins do século XVIII na França e nos Estados Unidos e, de maneira atípica, da evolução político-jurídica britânica, procuro determinar quais problemas se apresentaram como condição de possibilidade histórica do surgimento do Estado constitucional. Fixados os problemas, cabe indagar quais foram as respostas funcionais e normativas que se pretenderam consubstanciar nas constituições do Estado moderno. É justamente essa relação entre problemas e soluções que vai viabilizar a fixação do conceito de constituição decorrente do constitucionalismo.

Dois problemas foram fundamentais para o surgimento da constituição em sentido moderno: de um lado, a emergência, em uma sociedade com crescente complexidade sistêmica e heterogeneidade social, das exigências de direitos fundamentais ou humanos; de outro, associada a isso, a questão organizacional da limitação e do controle interno e externo do poder; que também se relacionava com a questão da crescente da especialização das funções, condição de maior eficiência do poder estatal. As constituições do Estado moderno responderam a essa questão – com maior ou menor sucesso, em uma escala com certos extremos – mediante a declaração de direitos e a chamada “separação de poderes”, assim como por meio da institucionalização de procedimentos de participação democrática. O fato é que, mais recentemente, com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território. Cada vez mais, problemas de

antitéticos assimétricos”. In: Koselleck, Reinhart. *Futuro passado: Contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: PUC, pp. 191-231 p. 191 e 193].

20 PREUSS, Ulrich. *Revolution, Fortschritt und Verfassung: Zu einem neuen Verfassungsverständnis*. Berlin: Wagenbach, 1990. p. 74.

direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica relações transversais permanentes entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais. Além do mais, surgem permanentemente relações diretas entre estados para tratar de problemas constitucionais comuns. A exceção, nos dois casos, passou a ser a regra.

Em face dessa situação, introduzi o conceito de transconstitucionalismo. Por um lado, o transconstitucionalismo não deve ser confundido com um mero transjuridicismo, que pode ser observado inclusive na relação entre ordens jurídicas no pluralismo medieval, sobretudo entre direito canônico (e romano), direito urbano, direito real e direito feudal<sup>21</sup>, pois, na experiência medieval, não se tratava de problemas constitucionais no sentido moderno, ou seja, nem de questões de direitos fundamentais nem de limitação e controle jurídico-positivo do poder, muito menos de pretensões diversas de autofundamentação do direito (em última instância e em geral, o direito tinha um fundamento sacro<sup>22</sup>).

Por outro lado, não se trata de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução. Para construir o conceito de transconstitucional, recorri à noção de “razão transversal” proposto por Wolfgang Welsch<sup>23</sup>, mas me afasto um tanto dessa ambiciosa noção, para analisar os limites e possibilidades da existência de “racionalidades transversais” (“pontes de transição”) tanto entre o sistema

---

21 Cf. BERMAN, Harold J. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge-MA/Londres: Harvard University Press, figura 2, p. 522-6 [tradução brasileira: *Direito e revolução: A formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2006. p. 646-50].

22 A esse respeito, ver NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 8-10, 16, nota 63.

23 WELSCH, Wolfgang. *Vernunft: Die Zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996; *Unsere postmoderne Moderne*. 6. ed. Berlin: Akademie Verlag, 2002. p. 295-318.

jurídico e outros sistemas sociais (constituições transversais) quanto entre ordens jurídicas no interior do direito como sistema funcional da sociedade mundial<sup>24</sup>.

Além disso, quando trato de transconstitucionalismo, não o considero apenas como exigência funcional e pretensão normativa de uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas, mas também levo em consideração, empiricamente, os aspectos negativos dos entrelaçamentos transconstitucionais, inclusive em caso de o problema envolver situações de ordens ou práticas anticonstitucionais, ou seja, contrárias à proteção dos direitos humanos e fundamentais, assim como ao controle e limitação do poder. Da mesma maneira, discuto práticas anticonstitucionais presentes em ordens de Estados tipicamente constitucionais. Nesse sentido, cabe distinguir o transconstitucionalismo (gênero), que inclui relações entre ordens constitucionais e anticonstitucionais, do interconstitucionalismo (espécie), que só comporta relações entre ordens jurídicas que satisfazem às exigências constitucionalistas.

O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*. Rejeita tanto o estatualismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaços privilegiados de solução dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de “pontes de transição”, da promoção de “conversações constitucionais”, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais. O modelo transconstitucional rompe com o dilema “monismo/pluralismo”. A pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade. As ordens envolvidas na solução do problema constitucional específico, no plano de sua própria autofundamentação, reconstroem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade. Daí por que, em vez da busca de uma Constituição hercúlea, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfrentamento dos problemas-hidra constitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.

### 3 ASSIMETRIAS: COMPARANDO TRANSCONSTITUTIONALISMO

Os entrelaçamentos transconstitucionais não ocorrem em termos normativamente idealizados na sociedade mundial profundamente assimétrica em que vivemos. É claro que, embora os problemas transconstitucionais

---

24 Cf. NEVES, op. cit., p. 38 ss.

venham-se disseminando, há limitações empíricas para que sejam solucionados de modo normativamente satisfatório. Pode-se igualmente afirmar que o transconstitucionalismo carrega em si uma dimensão positiva, o desenvolvimento da racionalidade transversal entre ordens jurídicas, e uma dimensão negativa, as relações bloqueadoras e destrutivas entre elas. O seus limites não são, portanto, apenas determinado a partir do exterior dos sistemas jurídicos, mediante a sobreposição ou “colonização” de ordens jurídicas por sistemas sociais que instrumentalizam o direito. Também do ponto de vista interno do sistema jurídico, o transconstitucionalismo é autobloqueado pelas assimetrias das formas de direito, embora estas assimetrias estejam condicionadas por aqueles fatores externos.

Mediante as assimetrias das formas de direito, o transconstitucionalismo é obstaculizado ou prejudicado em virtude do fato de que, em determinados contextos, uma delas apresenta-se demasiadamente forte em relação a outra, desconsiderando-lhe as pretensões e exigências. Essa maneira de sobreposição de uma forma de direito a outra não implica a formação de uma ordem ou organização hierárquica no sentido tradicional de uma estrutura escalonada, mas, antes, conduz a mecanismos difusos de opressão ou negação da autonomia de formas de direito por outras.

No âmbito das relações internacionais, a expansão do código do poder em detrimento do código jurídico está associada à imunização e intocabilidade das ordens jurídicas das “grandes potências” perante o direito internacional público. Um aspecto significativo reside na impotência das organizações internacionais para realizar o controle da prática jurídica dos Estados Unidos da América e impor-lhes as devidas sanções. Assim, por exemplo, o controle jurídico-internacional do armamento é rejeitado pelos EUA (também pela China e Rússia) como inaceitável, como se constituísse uma interferência ilegítima em assuntos internos. O mesmo controle de armamento é exigido – sobretudo pelos EUA – em relação aos países mais fracos na constelação internacional, sendo imposto pelos órgãos internacionais competentes. E no concernente à competência jurisdicional, os tribunais americanos não estão dispostos a admitir um reconhecimento generalizado da competência das cortes internacionais para julgar os casos em que pretensões de direito internacional público são apresentadas contra o Estado americano e, nos casos excepcionais, contra seus órgãos, organizações ou cidadãos. A esse respeito, a prisão de Guantánamo é exemplar: o Judiciário americano impôs-se descartando qualquer possibilidade de decisão de um tribunal internacional, embora as características do litígio indiquem que o caso não envolve apenas uma questão interna de contrariedade à Constituição ou ao Estado de direito, mas também implica uma importante questão de



contrariedade ao direito internacional público<sup>25</sup>. Assim, no interior de Estados constitucionais desenvolvem-se práticas anticonstitucionais, cuja “migração”<sup>26</sup> mina a pretensão normativa de solução dos casos transconstitucionais.

A essa situação está intimamente vinculado o problema das assimetrias das formas jurídicas entre ordens jurídicas estatais. A esse respeito, impõe-se dar um passo além da constatação de que a autonomia operativa do direito perante o seu ambiente social só se realizou em poucos Estados constitucionais consolidados. Antes, deve-se enfrentar a questão de determinar em que medida as ordens jurídicas e culturas jurídicas dos Estados fortes no contexto da sociedade mundial atuam destrutivamente em relação ao desenvolvimento de formas de direito de outros Estados. Nesse particular, destaca-se o problema da opressão “pós-colonial” ou “neocolonial” de experiências positivas com o direito nos países periféricos. Quando surgem formas desviantes de relações jurídicas concernentes ao mercado, à distribuição do poder, à identidade cultural, à educação etc., medidas de intervenção são frequentemente propostas e executadas, para que a compreensão jurídica do Estado dominante passe novamente a valer. Isso implica uma concepção marcadamente assimétrica da “soberania”: enquanto essa vale de maneira quase absoluta para o portador de determinadas formas jurídicas, é demasiadamente relativizada ou inteiramente desconsiderada no caso de formas de direito que se desviam da dominante em suas experiências com o poder, o dinheiro e o saber.

Analogamente, as relações dos regimes privados para com as formas de direito dos países periféricos afasta-se do modelo transconstitucional na maioria dos casos. A corrupção sistemática das formas de direito dos Estados frágeis mediante as autorregulações privadas no plano transnacional, em benefício das grandes empresas multinacionais, não é algo a ser considerado

- 25 WOLFRUM, Rüdiger. “The Attack of September 11, 2001, the Wars Against Taliban and Iraq: Is there a Need to Reconsider International Law on the Recourse to Force and the Rules in Armed Conflict”. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 7 (Leiden: Nijhoff/Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht), 2003. p. 1-78, espec. p. 52-62, 77-8; Hillgenberg, Hartmut. “Incommunicado in Guantanamo”. In: *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*. Colônia/Berlim/Munique: Heymanns, p. 133-40; AMANN, Diane Marie. “Guantánamo”. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 42, n° 2, 2004. p. 263-348; JINKS, Derek; SLOSS, David. “Is the President Bound by the Geneva Conventions”. *Cornell Law Review*, v. 90, n° 1, 2004, 97-202; SIEHR, Angelika. “Derogation Measures under Article 4 ICCPR with Special Consideration of the ‘war Against International Terrorism’”. *German Yearbook of International Law*, v. 47 (2004) (Berlim: Duncker & Humblot, 2005), p. 545-93.
- 26 SCHEPPELE, Kim Lane, “The Migration of Anti-constitutional Ideas: the Post-9/11 Globalization of Public Law and the International State of Emergency”. In: Choudhry, Sujit (org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 347-73; ROACH, Kent. “The Post-9/11 Migration of Britain’s Terrorism Act 2000”. Idem, p. 373-402; Gross, Oren. “Control Systems and the Migration of Anomalies”. Idem, p. 403-30.

apenas na perspectiva de uma crítica de esquerda ao capitalismo. Essa questão deve ser levada a sério também com vista às exigências de reconhecimento ou fortificação das autonomias discursivas das esferas plurais da sociedade mundial. As ordens jurídicas privadas transnacionais, enquanto “direito como meio” da economia, desenvolvem um tipo de racionalidade instrumental no âmbito jurídico, conforme a qual todas as pretensões normativas emergentes das formas de direito dos países mais fracos tendem a ser julgadas como perturbações para a dinâmica de sua expansão. A esse respeito Christodoulidis enfatiza justificadamente, criticando Teubner, que “relações entre Estados centrais e periféricos são uma parte vital da ‘racionalização’ do transnacional, um edifício que tem como premissa as assimetrias de poder.”<sup>27</sup> Daí por que as ordens transnacionais propendem a desprezar as mencionadas pretensões, com efeitos destrutivos sobre as respectivas formas de direito. No campo da proteção do direito de patente, esse problema se apresenta no exemplo da biopirataria. Nesse caso, o argumento desenvolvimentista pode ser apenas a cobertura para formas de apropriação indevida de bens materiais e imateriais por grupos transnacionais, em prejuízo dos cidadãos dos respectivos Estados e também de membros das correspondentes comunidades nativas.

Em conexão com esse problema, cabe igualmente sublinhar que as instâncias centrais do Estado, frequentemente, são relutantes em apoiar formas de direito locais e colaborar com elas. Disso resulta a opressão das pretensões jurídicas locais em nome da unidade estatal. O oposto não é raro: separatismo cego de comunidades locais que não estão dispostas a conviver com a heterogeneidade do povo e a pluralidade da esfera pública de um Estado constitucional. Muitas vezes, os efeitos destrutivos recíprocos surgem no âmbito dos conflitos entre pretensão de unidade de um Estado federal, regional ou unitário e as pretensões de autonomia de seus respectivos Estados Membros, Regiões ou províncias/departamentos. Mas também no que concerne a formas não oficiais de direito, tornam-se cada vez mais fortes as pretensões de autonomia jurídica, que estão associadas, com frequência, a medidas opressoras por parte do Estado, assim como a conflitos inegociáveis que se originam de exigências locais de autonomia<sup>28</sup>. Nesse caso, cabe falar antes de entrelaçamentos negativos, porque não se deixa um espaço para um aprendizado recíproco nos termos

27 CHRISTODOULIDIS, Emílios. “On the Politics of Societal Constitutionalism”. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 20, n° 2, 2013. p. 629-63, p. 642.

28 A esse respeito, alertava LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000. p. 218-9: “Pode ser que em um futuro previsível estejamos perante conflitos de natureza inteiramente diversa: conflitos étnicos, conflitos religiosos, conflitos de identidade, conflitos sobre valores, normas e convicções não passíveis de negociação. Inumeráveis movimentos fundamentalistas, tal como vêm renascendo inesperadamente nas últimas décadas, comprovam que,

do transconstitucionalismo. Ao contrário, a situação é dominada por conflitos de intolerância, que, por fim, não podem ser tratados ou resolvidos por meio de formas jurídicas, levando, nas últimas consequências, à solução armada de contendas violentas, avessas ao direito.

Ainda cumpre destacar as assimetrias das formas de direito em relação aos diversos âmbitos funcionais do sistema jurídico. Há formas de direito que mediante acoplamentos estruturais fortemente consolidados com outras esferas parciais da sociedade tornam-se dominantes: assim, por exemplo, o contrato e a propriedade servem como acoplamentos estruturais entre direito e economia<sup>29</sup> e constituem formas de direito fortes – se não as mais fortes – da sociedade mundial. Em outras áreas, os acoplamentos permanecem no plano operativo ou, quando se estendem para o nível estrutural, são muito fracos. Exemplos são o direito ambiental, concernente à relação entre homem e natureza, e o direito social, orientado para a inclusão da pessoa na sociedade. As formas de direito do contrato e da propriedade afirmam-se expansivas contra as formas de direito do meio-ambiente e da inclusão. E, no contexto dos novos desenvolvimentos da sociedade mundial, as formas do direito econômico, determinadas funcionalmente, apresentam-se cada vez mais fortes do que as formas do direito político do Estado constitucional, territorialmente condicionada. O direito ambiental e o direito social, dirigidos à inclusão, constituem formas secundárias de direito da sociedade mundial em relação tanto às formas jurídicas referentes à economia quanto às concernentes à política estatal. Isso está associado ao fato de que, perante as formas jurídicas do poder político e da economia, também as formas jurídicas dos direitos humanos permanecem muito frágeis: na medida em que seu acoplamento com os discursos morais da inclusão da pessoa ou da exclusão do homem é bloqueado pelos discursos do mercado e do poder de modo regular e sistemático, elas continuam a pertencer a uma das formas de direito predominantemente simbólicas no plano da sociedade mundial.<sup>30</sup>

Diante do exposto, pode-se inferir que o transconstitucionalismo é um recurso escasso da sociedade mundial. Entrelaçamentos transconstitucionais estáveis entre ordens jurídicas só ocorreram, até agora, em âmbitos muito limitados do sistema mundial multicêntrico, seja do ponto de vista territorial ou funcional. E prevalecem as perspectivas desfavoráveis a desenvolvimentos positivos. Seria totalmente ilusória a ideia de que as experiências com a

assim como antes, ainda existem esses conflitos não triviais e que foi uma ilusão poder reduzir todos os conflitos, politicamente, a conflitos de interesses.”

29 LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. p. 452 ff.

30 NEVES, Marcelo. A Força simbólica dos Direitos Humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 4, out./dez. 2005. 35 p.

racionalidade transversal nos termos do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estão generalizadas ou em condições de generalizar-se em um curto ou médio prazo. Essas experiências fazem parte dos privilégios de alguns âmbitos jurídicos de uma sociedade mundial sensivelmente assimétrica

Em suma: pode-se verificar que formas de direito fortes sobrepoem-se de maneira opressora a formas de direito frágeis no sistema mundial multicêntrico. Assim, as formas estatais de direito das “grandes potências” permanecem intocáveis perante o direito internacional público e contra esse imunizadas. Também essas formas jurídicas comportam-se opressivamente em relação às formas de direito dos países fracos na constelação internacional. Isso é verificável sobretudo quando esses tomam medidas desviantes na direção de transformações sociais. Da mesma maneira, as ordens jurídicas transnacionais instrumentalizadas pelas grandes empresas atuam destrutivamente sobre as formas de direito dos chamados “países em desenvolvimento” e das comunidades locais não estatais. Também no âmbito do conflito entre unidade estatal e autonomias locais ocorrem, com frequência, por um lado, repressões das formas de direito locais pelas centrais e, por outro, reações cegas das formas jurídicas locais contra as centrais do respectivo Estado. Por fim, as assimetrias das formas de direito conduzem à opressão das frágeis formas jurídicas do direito ambiental, do direito social e dos direitos humanos, permanentemente sufocadas pelas formas fortes de direito do contrato, da propriedade, do mercado e do poder. Para todos esses casos vale o seguinte: não há transconstitucionalismo sem uma relativa simetria das formas de direito.

O transconstitucionalismo faz parte evidentemente das exigências funcionais e, correspondentemente, das pretensões normativas da sociedade mundial. Não obstante, de um ponto de vista empírico, as persistentes explorações dos discursos jurídicos no contexto de formas de direito assimétricas impõem-se ainda de maneira muito sólida contra essas exigências e pretensões. Tais explorações do direito promovem a ampliação dos setores de exclusão da sociedade mundial.

#### **4. COMPARANDO DOIS CASOS TRANSCONSTITUCIONAIS RELATIVOS AO DIREITO À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: REINO UNIDO VERSUS A NICARÁGUA**

Há marcantes assimetrias entre sistemas jurídicos confrontados com casos transconstitucionais. Elas apresentam diferentes níveis e formas. Isso pode ser visto como um resultado do fato de que certas ordens ou organizações jurídicas são predominantemente “receptoras” e outras primacialmente “doadoras” de padrões jurídicos.<sup>31</sup> Também pode ser considerado como decorrente do fato de que algumas ordens

31 Cf. BAUDENBACHER, Carl. “Judicial Globalization: New Developments or Old Wine in New Bottles”. *Texas International Law Journal*, v. 38, 2003. p. 505-26, p. 512.

ou organizações jurídicas, em vez de “engajarem-se em “conversações” transconstitucionais, são unilateralmente “convergentes” or ‘resistant’ ou “resistentes” perante as soluções oferecidas por outras.<sup>32</sup> Mas essa questão é passível de ser vista a partir de uma perspectiva que leve em conta a força e solidez das ordens jurídicas envolvidas em relação à capacidade de influenciar e deixar-se influenciar quando confrontado com questões transconstitucionais. Concentrar-me-ei, neste artigo, em dois casos que dizem respeito ao direito à participação política, um referente à Nicarágua (YATAMA v. Nicarágua), o outro relativo ao Reino Unido (Hirst v. Reino Unido), a fim de perguntar se é possível extrair deles algumas inferências sobre as diferenças básicas no que concerne às questões transconstitucionais.

YATAMA v. Nicarágua é um caso referente à participação democrática dos membros da comunidade indígena YATAMA, filiados a partido político homônimo, que foram proibidos de candidatar-se nas eleições municipais de 5 de novembro de 2000, por força de decisão do Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua.<sup>33</sup> A Corte Interamericana de Direitos Humanos não só condenou o Estado da Nicarágua a pagar indenização por danos materiais e não materiais, mas também ordenou que se procedesse à reforma da respectiva lei eleitoral, concluindo:

O Estado deve reformar a regulação dos requisitos dispostos na Lei Eleitoral nº 331, de 2000, declarados violatórios da Convenção Americana de Direitos Humanos, e adotar, em prazo razoável, as medidas necessárias para que os membros das comunidades indígenas e étnicas possam participar nos processos eleitorais de forma efetiva e levando em conta suas tradições, usos e costumes, nos termos do parágrafo 259 da presente Sentença.<sup>34</sup>

Este é um exemplo claro em que a ampliação de direitos fundamentais constitucionais encontrou apoio em norma da ordem internacional invocada para dirimir uma disputa: a própria compreensão do direito interno de cidadania ativa, matéria intrinsecamente constitucional, ficou vinculada a regulações internacionais, passando a depender da interpretação de um tribunal também internacional. Além disso, essa decisão foi integralmente cumprida e executada na ordem jurídica interna da Nicarágua. Atualmente, YATAMA (Yapti Tasba Masraka Nanih Aslatakanka: “Filhos da Mãe Terra”) é um partido muito ativo na política da Nicarágua, como se pode verificar em

32 JACKSON, Vicki C. “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005. p. 109-28.

33 YATAMA v. Nicarágua – Série C, No 127 [2005] CIDH 9 (23 de Junho 2005).

34 *Ibid*, § 275.1 (nesse ponto, o Juiz Montiel-Arguello divergiu).

várias notícias e informações no seu *website*.<sup>35</sup> A decisão do órgão eleitoral nicaraguense internamente competente para decidir sobre a formação e atividade dos partidos políticos foi praticamente anulada por um tribunal internacional. A questão pode ser interpretada de duas perspectivas: por um lado, pode-se levantar o argumento de que o cumprimento e a execução da decisão internacional surgiram a partir de uma capacidade de aprendizagem do Estado da Nicarágua; por outro lado, pode-se argumentar que a postura “convergente” ou “receptora” da Nicarágua, neste caso, está mais relacionada à fragilidade desse Estado periférico na constelação da sociedade mundial, bem como a sua debilidade estrutural relativamente ao modelo do Estado democrático de direito. Voltarei a este tema nas observações finais.

Voltando-nos, agora, para o outro lado do Atlântico, deparamo-nos com a decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no julgamento do caso *Hirst v. Reino Unido*,<sup>36</sup> que remete a uma forma muito diferente de um Estado tratar um tribunal internacional de direitos humanos. O autor, um cidadão britânico, foi condenado por crime de homicídio culposo a uma “pena discricionária de prisão perpétua”, que, por um lado, implica a possibilidade de algo próximo a uma liberdade condicional ou da extinção da pena, mas, por outro lado, a manutenção da prisão após um termo mínimo fixado para a pena [Post-Tariff], por força de algo aproximado a uma medida de segurança. Essa era a sua situação quando autor foi proibido de votar por força da seção 3 da Lei de Representação do Povo de 1983, mesmo depois que sua pena tinha expirado. Essa disposição estabelece:

(1) Uma pessoa condenada é legalmente incapaz de votar em qualquer eleição parlamentar ou local durante o tempo em que estiver detida em uma instituição penal, no cumprimento de sua sentença [...].

Esta proibição do voto não atinge pessoas detidas por desacato ao tribunal [seção 3 (2) (a)] nem os presos apenas por falta no cumprimento de sua sentença [seção 3 (2) (c)]. Além disso, a Lei de Representação do Povo de 2000 excluiu da proibição os presos preventivamente e os doentes mentais não condenados. No entanto, em geral, os presos condenados, inclusive os condenados à “pena discricionária de prisão perpétua” após o

35 Cf., por exemplo, as notícias em: <http://www.bing.com/videos/search?q=partido+yatama&FORM=VIRE1#view=detail&mid=ED90B68FEB164EA9D5ACED90B68FEB164EA9D5AC> (último acesso em 23 de janeiro de 2015).

36 *Case of Hirst v. Reino Unido* (No. 2) – 74025/01 [2005], 6 de outubro de 2005. Sobre esse caso, ver Powers, William Ashby, “Hirst v Reino Unido (No. 2): A First Look at Prisoner Disenfranchisement by the European Court of Human Rights. *Connecticut Journal of International Law*, v. 21, 2006. p. 243-95. O Tribunal decidiu na mesma orientação ao julgar o caso *Scoppola v Italy* (No. 3) – 126/05 [2005], 22 de maio de 2012.

termo mínimo fixado para a pena (Post-Tariff), foram mantidos impedidos de votar pela seção 3 (1) da Lei de Representação do Povo de 1983.

O requerente entrou com uma ação no Tribunal Superior de Justiça da Inglaterra e País de Gales com base na seção 4 da Lei dos Direitos Humanos de 1998 (declaração de incompatibilidade), pedindo a declaração de que a disposição era incompatível com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. No julgamento, em 4 de Abril de 2001, o Tribunal julgou improcedente o pedido do requerente de acordo a opinião conclusiva do Lord Justice Kennedy no que diz respeito à proibição geral de voto dos prisioneiros condenados, imposta pela seção 3 da Lei de Representação do Povo de 1983:

No decorrer do tempo, essa posição pode modificar-se, quer através de uma sintonia mais fina, como recentemente foi feito em relação à prisão preventiva e outras, ou mais radicalmente, mas sua posição no espectro é claramente uma questão para o Parlamento, não para os tribunais. Isso se aplica até mesmo aos “casos difíceis” de prisioneiros condenados a pena perpétua discricionária após o termo mínimo da pena [Post-Tariff].

O argumento central de que apenas o Parlamento é competente nessa matéria, de modo que os tribunais não têm nada a dizer sobre o assunto, levou o requerente à última instância judicial europeia com competência para decidir sobre a sua pretensão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Ele insistiu em requerer uma declaração de que a seção 3 da Lei de Representação do Povo de 1983 era incompatível com a art. 3º do Protocolo nº 1 à Convenção Europeia de Direito Humanos, que dispõe:

As Altas Partes Contratantes obrigam-se a organizar, com intervalos razoáveis, eleições livres, por escrutínio secreto, em condições que assegurem a livre expressão da opinião do povo na eleição do órgão legislativo.

Depois de uma Câmara da Quarta Seção do TEDH ter decidido, por unanimidade, que houve uma violação do artigo 3º do Protocolo nº 1 por meio da aplicação da seção 3 da Lei de Representação do Povo Europeu, a Grande Câmara, respondendo a recurso do governo britânico, confirmou essa posição, sustentando, por doze votos a cinco, que houve uma violação do artigo 3º do Protocolo n.º 1 e justificando esse entendimento principalmente nos seguintes termos:

[...] embora o Tribunal reitere que a margem de apreciação é ampla, isso não abarca tudo. Ademais, embora a situação tenha melhorado com a

Lei de 2000, que pela primeira vez concedeu o voto a pessoas detidas preventivamente, a seção 3 da Lei de 1983 continua a ser um instrumento contundente. Ela retira do direito convencional de votar uma categoria significativa de pessoas e faz isso de uma forma que é indiscriminada. A disposição impõe uma restrição geral a todos os presos condenados enquanto ainda na prisão. Ela aplica-se automaticamente a esses prisioneiros, independentemente da duração da sua pena e independentemente da natureza ou gravidade de seu delito e suas circunstâncias individuais. Tal restrição geral, automática e indiscriminada a um direito convencional de vital importância deve ser vista como estando fora de qualquer margem aceitável de apreciação, o quanto ampla possa ser essa margem, e como sendo incompatível com o artigo 3º do Protocolo nº 1.<sup>37</sup>

Essa decisão ainda não levou a qualquer mudança na seção 3 da Lei de Representação do Povo de 1983. A Câmara dos Comuns antes reforçou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual essa matéria pertence ao poder político do Parlamento, como em um debate ocorrido em 10 de fevereiro de 2011, no qual – “com vista a explorar a questão: não com o objetivo de modificar a lei” – “deputados votaram esmagadoramente a favor da manutenção da proibição geral do voto de prisioneiros e, além disso, a favor da visão de que a matéria deve ser decidida pelo Parlamento e não por um tribunal de justiça.”<sup>38</sup> Dessa forma, a posição do TEDH sobre o assunto foi propositadamente desafiada.

Mais tarde, o tema foi retomado pelo Supremo Tribunal de Justiça no julgamento do caso *R (Chester) v. Secretary of State for Justice e McGeoch v. Lord President*, tendo sido reiterada a posição sustentada no caso *Hirst* pelo Superior Tribunal de Justiça. Na ocasião, Lord Mance referiu-se à importância de um diálogo com o TEDH, mas parece que se trata de um diálogo mais relacionado com influenciar o último do que deixar-se influenciar by por suas decisões, como se pode inferir a partir desta passagem de seu voto:

Em relação à autoridade consistente em uma ou mais decisões da Câmara simples, o diálogo com Estrasburgo pelos tribunais nacionais, incluindo a Suprema Corte, tem-se mostrado valioso nos últimos anos. O processo permite que os tribunais nacionais expressem as suas preocupações e, em um caso apropriado como *R v. Horncastle*, recusem-se a seguir a jurisprudência de Strasbourg, na confiança de

37 *Idem*, § 82.

38 TURPIN, Colin; Tomkins, Adam. *British Government and the Constitution*. 7a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 81. O debate completo está acessível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmhansrd/cm110210/debtext/110210-0002.htm>. (último acesso em 30 de janeiro de 2015).



que a expressão fundamentada de um ponto de vista nacional divergente vai levar a uma séria revisão da posição em Estrasburgo.<sup>39</sup>

Lord Mance reconheceu, no entanto, que há limites a esta orientação:

Mas há limites para este processo, em especial quando o assunto já foi levado à Grande Câmara uma vez ou mais, como neste caso, duas vezes. Ter-se-ia, então, de estar envolvido algum princípio verdadeiramente fundamental do nosso direito ou algum descuido ou mal-entendido mais flagrante para que pudesse ser apropriado para este Tribunal contemplar uma recusa aberta de seguir a autoridade de Estrasburgo no nível da Grande Câmara.<sup>40</sup>

Apesar dessa ressalva, a posição do Supremo Tribunal de Justiça não reverteu o entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça ao julgar a representação de Hirst. Algo novo relaciona-se antes à explicação do alcance da decisão do TEDH no julgamento dos casos Hirst (nº 2) e Scoppola, quando Lord Mance afirmou que “resulta claro tanto de Hirst (nº 2) quanto de Scoppola que, sob os princípios estabelecidos por esses casos, a proibição de votar será justificada em relação a um número muito significativo de presos condenados”.<sup>41</sup> No que diz respeito a este ponto, Adam Tomkins faz o seguinte comentário:

De importância em Chester e McGeoch foi o fato de que, mesmo se o Parlamento alterar a lei para permitir que alguns presos condenados votem, ele certamente não alterará a lei – e não será certamente exigido pelo direito europeu dos direitos humanos a alterar a lei – de modo a estender a o direito a todos os presos condenados. Os condenados por crimes mais graves, e os condenados com os termos mais longos de prisão, vão continuar a ser marginalizados. Isto incluirá assassinos como os dois recorrentes no presente caso.<sup>42</sup>

Mas ele reconhece que “a decisão do Supremo Tribunal Federal em Chester e McGeoch deixa o direito como o Tribunal o encontrou”,<sup>43</sup> concluindo:

A decisão indesejada, imprudente e desnecessária em Hirst é deixada intacta; o direito europeu é mantido firmemente longe das agonias do

39 R (Chester) v. Secretary of State for Justice and McGeoch v. Lord President [de 2013] UKSC 63, § 27.

40 Ibidem.

41 Idem, § 73. Cf. também os §§ 40 e 71.

42 TOMKINS, Adam. “British Government and the Constitution: Book Updates and News”, em <https://britgovcon.wordpress.com/> (último acesso em 30 de Janeiro de 2015).

43 Ibidem.

direito dos prisioneiros de votar no Reino Unido; nenhuma declaração judicial definitiva do Reino Unido é oferecida para saber se (ou quais) presos condenados devem ser emancipados; o assunto é deixado para o Governo e o Parlamento. Nessa frente, o projeto de lei do Governo para definir o voto dos prisioneiros, publicado em novembro de 2012, continua o seu detalhado e demorado (morosidade?) exame pré-legislativo perante um comitê especialmente convocado no Parlamento. Se você pode suportá-la, acompanhe essa novela, enquanto a saga segue inexorável.<sup>44</sup>

De fato, a decisão do TEDH no caso *Hirst*, sustentando que a seção 3 da Lei de Representação do Povo de 1983 impõe uma proibição geral de votar aos presos condenados, que é incompatível com o art. 3º do Protocolo nº 1 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, não produziu qualquer efeito na lei britânica após quase dez anos da decisão. O Judiciário britânico rejeitou pedidos individuais, alegando que o assunto é da competência política do Parlamento e do Governo. O Parlamento reage negativamente contra qualquer mudança na legislação que, sem discriminar os casos, proíbe de votar todos os prisioneiros condenados. A essa abordagem está subjacente a ideia de que a Câmara dos Comuns (representantes) expressa a “soberania do povo”. Além disso, na medida em que os tribunais não têm jurisdição sobre os litígios relativos a direitos reivindicados por razão de incompatibilidade das leis britânicas com o direito convencional europeu dos direitos humanos, deixando esse assunto exclusivamente para a luta entre partidos políticos no Parlamento e no Governo, pode-se argumentar que este ponto de vista está relacionado com uma teoria que eleva uma política supostamente democrática sobre qualquer modelo de *rule of law*. De acordo com este entendimento de uma “discrição” política ilimitada, o Parlamento britânico não está vinculado a nenhum direito, seja este nacional ou internacional.

## 5 OBSERVAÇÕES FINAIS

*YATAMA v. Nicarágua* e *Hirst v. Reino Unido*, com seus diferentes impactos nas respectivas ordens jurídicas e políticas nacionais, não mereceriam nenhuma atenção especial na perspectiva do transconstitucionalismo, se cada um caso fosse considerado isoladamente. Existe uma pluralidade de perspectivas das ordens constitucionais estatais em relação a suas colisões com as ordens jurídicas internacionais e outras ordens jurídicas. Isso decorre da estrutura heterárquica da sociedade mundial e dos arranjos multicêntricos dos processos jurídicos globais.

---

<sup>44</sup> *Ibidem*.

O problema ganha relevo quando comparamos as respostas e reações bem diversas que os dois estados deram, enquanto partes contratantes, a decisões fundamentadas em convenções internacionais de direitos humanos, nos níveis regionais correspondentes. Embora o julgamento do caso *Yatama v. Nicarágua* seja mais impressionante e nem tanto discutível, uma vez que se havia proibido “uma minoria étnica” de organizar-se como partido político e, portanto, de participar de eleições, enquanto o disposto no caso *Hirst* foi polêmico, como a opinião da minoria demonstrou, pode-se inferir que as diferentes reações internas a tribunais internacionais de direitos humanos estão associadas à assimetria dos respectivos países no arranjo de poder internacional. Há uma notável tendência de recorrer-se aos direitos humanos em detrimento da “soberania”, seja do povo ou do Estado, quando se trata de decisões que não foram cumpridas por Estados frágeis na constelação de poder internacional, ao passo que a “soberania” é o escudo usado pelos estados fortes na constelação de poder internacional quando confrontados com decisões dos tribunais internacionais que declaram a inconsistência da legislação estatal com as normas internacionais de direitos humanos. E Enquanto os primeiros, quando recalcitrantes, são expulsos da respectiva organização internacional ou compelidos a denunciar o tratado ou a convenção correspondente (para não falar dos casos de intervenção)<sup>45</sup>, os últimos tendem a permanecer na organização, embora persistindo em não cumprir as decisões ou normas em questão.

Essa assimetria contraria a dimensão normativa do transconstitucionalismo, na medida em que prejudica a disponibilidade para uma verdadeira aprendizagem recíproca entre as partes envolvidas em casos ou problemas constitucionais comuns. De qualquer maneira, o lado negativo dos entrelaçamentos constitucionais não nos deixa esquecer o desafio dos cada vez mais presentes problemas transconstitucionais, cujo processamento e cuja eventual solução não são de esperar-se em uma última ratio discursiva de um ponto de observação privilegiado, mas na precária racionalidade transversal não apenas de “diálogos” ou “conversações”<sup>46</sup>, mas também de engajamentos conflituosamente construtivos com colisões.

45 Mas, por exemplo, apesar de Trinidad e Tobago ter denunciado a Convenção Americana de Direitos Humanos – resultante de uma recusa em cumprir a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Caesar v. Trinidad e Tobago*, julgamento de 11 março 2005, CtIDH (Ser C), No. 1 –, a Corte reiterou, com base no art. 78, § 2, da Convenção, que “a denúncia de Trinidad e Tobago não libera o Estado de suas responsabilidades em relação aos atos ocorridos previamente à sua retirada da Convenção”. Essa decisão obriga o Estado a revogar a Lei de Castigo Corporal de 1953, em desacordo com a Convenção (Calábria, Carina, A eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Ensaios a partir de medidas de não repetição relacionadas ao sistema carcerário regional. Dissertação. Brasília: Universidade de Brasília, 2014, seção 5.7.2.

46 “Diálogo”, aqui, não tem o sentido de uma comunicação orientada para o consenso, mas antes se refere a formas de comunicação orientada para influenciar e modificar um ao outro reciprocamente, mostrando os limites das perspectivas correspondentes, sem que daí possa esperar-se algo como consenso, em uma acepção análoga à formulada por FEYERABEND, Paul K. *Three dialogues on knowledge*. Oxford: Basil Blackwell, p.

No entanto, isso exige uma ampliação de relações jurídicas e políticas simétricas (ou, no mínimo, menos assimétricas), ainda muito escassas na sociedade mundial hodierna, uma mudança improvável de ocorrer em um futuro próximo, a menos que nós apostemos nos potenciais emancipadores de uma “revolução” jurídica em jogo nos processos “evolutivos” globais.<sup>47</sup>

## REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Politics*. Edição bilíngue com uma tradução inglesa de H. Rackham. Cambridge, MA/Londres: Harvard University Press, 1944, 173 (III, 1, 1274b), 201 (III, 6, 1278b), 281 (IV, 1, 1289a).
- BAUDENBACHER, Carl. Judicial Globalization: New Developments or Old Wine in New Bottles. *Texas International Law Journal*, v. 38, 2003.
- BERMAN, Harold J. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge-MA/Londres: Harvard University Press, figura 2 [tradução brasileira: Direito e revolução: A formação da tradição jurídica ocidental]. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2006.
- BIAGGINI, Giovanni. *Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?*. Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basileia/Munich: Helbing & Lichtenhahn), v. 141 (119 na nova série), 2000.
- BRUNKHORST, Hauke. *Critical Theory of Legal Revolution: Evolutionary Perspective*. Nova York: Bloomsbury, 2014.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CHRISTODOULIDIS, Emilios. On the Politics of Societal Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 20, nº 2, 2013.
- COPI, Irving M. *Introduction to Logic*. 2. ed. Nova York: Macmillan, 1961.
- FEYERABEND, Paul K. *Three dialogues on knowledge*. Oxford: Basil Blackwell.
- HESPANHA, António Manuel. *Guiando a mão invisível: direito, Estado e lei no liberalismo monárquico português*. Coimbra: Almedina, 2004.

---

164-5: “Ele pode mostrar o efeito de argumento sobre estranhos e sobre expertos de uma diferente escola”, assim como “demonstrar que a natureza química do que cremos são as partes mais sólidas de nossa vida.”

47 A este respeito, ver BRUNKHORST, Hauke. *Critical Theory of Legal Revolution: Evolutionary Perspective*. Nova York: Bloomsbury, 2014.

JACKSON, Vicki C. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005.

KOSELLECK, Reinhart. "Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsbeschreibung". In: KOSELLECK, Reinhart. *Begriffsgeschichten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.

LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. *Rechtshistorisches Journal*, Frankfurt am Main: Löwenklau, v. 9, 1990.

\_\_\_\_\_. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000.

\_\_\_\_\_. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, nota 63.

\_\_\_\_\_. A Força simbólica dos Direitos Humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 4, out./dez. 2005.

POWERS, William Ashby, *Hirst v Reino Unido (No. 2): A First Look at Prisoner Disenfranchisement by the European Court of Human Rights*. *Connecticut Journal of International Law*, v. 21, 2006.

PREUSS, Ulrich. *Revolution, Fortschritt und Verfassung: Zu einem neuen Verfassungsverständnis*. Berlin: Wagenbach, 1990.

ROACH, Kent. *The Post-9/11 Migration of Britain's Terrorism Act 2000*.

SCHEPPELE, Kim Lane, The Migration of Anti-constitutional Ideas: the Post-9/11 Globalization of Public Law and the International State of Emergency. In: Choudhry, Sujit (org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

SKINNER, Quentin. Language and Political Change. In: Ball, T.; Farr, J.; Hanson, R.L. (orgs.). *Political Innovation and Conceptual Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

STOURZH, Gerald. Vom aristotelischen zum Liberalen Verfassungsbegriff: Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert. In: Stourzh, Gerald. *Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des Liberalen Verfassungsstaates*, Vienna/Colônia: Böhlau, 1989.

TEUBNER, Gunther. *Verfassungsfragmente: gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*. Berlin: Suhrkamp, 2012, p. 63. [tradução inglesa: *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalisation*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

THORNHILL, Chris. *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

TOMKINS, Adam. *British Government and the Constitution: Book Updates and News*. Disponível em: <https://britgovcon.wordpress.com>. Acesso em: 30 janeiro 2015.

TURPIN, Colin; TOMKINS, Adam. *British Government and the Constitution*. 7a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012,

WAHL, Rainer. “Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?” In: Eberle, C.E.; Ibler, M.; Lorenz, D. (orgs.). *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart: Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag* (Munique: Beck), 2002.

WELSCH, Wolfgang. *Vernunft: Die Zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996; *Unsere postmoderne Moderne*. 6. ed. Berlin: Akademie Verlag, 2002.

WOLFRUM, Rüdiger. *The Attack of September 11, 2001, the Wars Against Taliban and Iraq: Is there a Need to Reconsider International Law on the Recourse to Force and the Rules in Armed Conflict*. Max Planck Yearbook of United Nations Law, v. 7 (Leiden: Nijhoff/Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht), 2003.