

Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina*

MARCELO NEVES

Sumário

1. Além dos “diálogos” constitucionais entre cortes: o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas. 2. Problemas transconstitucionais entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e tribunais supremos ou constitucionais dos Estados latino-americanos. 3. Um problema transconstitucional entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e o regime constitucional brasileiro. 4. Invocação de outras ordens jurídicas estrangeiras na fundamentação de julgamentos de questões constitucionais no Brasil. 5. Um caso transconstitucional entre a *lex sportiva* e a ordem jurídica mexicana. 6. Um problema transconstitucional entre a ordem normativa de comunidades indígenas e a ordem constitucional do Estado brasileiro. 7. O transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos na América Latina. 8. Observação final.

1. Além dos “diálogos” constitucionais entre cortes: o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas

O termo “diálogo” é usado, habitualmente, para referir-se ao discurso orientado para o entendimento ou consenso, nos termos da filosofia social de Jürgen Habermas¹. Este não é o sentido em que utilizo a expressão. Emprego “diálogo” e “conversação”, antes, para referir-me a formas de comunicação orientada para a absorção do dissenso, pressupondo a

Marcelo Neves é Professor Titular de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

* Para aprofundamento do tema, ver Neves (2009).

¹ Ver a análise crítica de Neves (2012, p. 118 et seq.).

dupla contingência (NEVES, 2009, p. 270 et seq.), embora saiba não ser esse o uso habitual dessas expressões. Entre ordens jurídicas diversas, especialmente no plano de problemas constitucionais, esses termos apontam para comunicações transversais, que implicam a possibilidade de aprendizado recíproco.

Entretanto, inclusive nesse sentido, o transtitucionalismo entre ordens jurídicas não se reduz ao “diálogo” entre cortes. Em primeiro lugar, cabe advertir que, às vezes, a conquista de direitos no âmbito do transtitucionalismo decorre de relações altamente conflituosas entre cortes de ordens jurídicas diversas. Em segundo, os problemas transtitucionais emergem e são enfrentados fora das instâncias jurídicas de natureza judiciária, desenvolvendo-se no plano jurídico da administração, do governo e do legislativo, assim como no campo dos organismos internacionais e supranacionais não judiciais, dos atores privados transnacionais e, inclusive, especialmente na América Latina, no domínio normativo das comunidades ditas “tribais”. O transtitucionalismo aponta para o fato de que surgem cada vez mais questões que poderão envolver instâncias estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca da solução de problemas tipicamente constitucionais. É nessa perspectiva abrangente que considerarei o transtitucionalismo na América Latina a seguir, sem descuidar, porém, da relação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os tribunais supremos ou constitucionais dos respectivos Estados.

2. Problemas transtitucionais entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e tribunais supremos ou constitucionais dos Estados latino-americanos

Uma experiência relevante de transtitucionalismo entre ordem internacional e ordem estatal vem-se desenvolvendo na relação entre o “Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, instituído pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), e as ordens constitucionais dos respectivos Estados signatários que a ratificaram². Nesse contexto, não se trata simplesmente da imposição de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), criada e estruturada pelo Capítulo VIII

²Essa Convenção foi adotada em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, tendo entrado em vigor em 18 de julho de 1978, conforme o seu art. 74, nº 2 (BURGORGUE-LARSEN, 2009, p. 287-338; CARAZO ORTIZ, 2009, p. 231-285). Sobre a discussão no Brasil, ver Oliveira (2007), destacando-se o prefácio de Trindade (2007, p. 17-18). Para uma análise da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), ver Garcia Ramírez (2008, p. 187-221).

(arts. 52 a 69) da CADH, aos tribunais nacionais com competências constitucionais. Esses também reveem a sua jurisprudência à luz das decisões da Corte. Tanto do lado da CorteIDH quanto da parte das cortes estatais tem havido uma disposição de “diálogo” em questões constitucionais comuns referentes à proteção dos direitos humanos, de tal maneira que se amplia a aplicação do direito convencional pelos tribunais domésticos (CARAZO ORTIZ, 2009, p. 273 et seq.; BURGORGUE-LARSEN, 2009, p. 309 et seq.).

Um caso interessante diz respeito à colisão entre o art. 7º, nº 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, e o artigo 5º, LXVII, da Constituição brasileira. Enquanto essa disposição constitucional permite a prisão civil do depositário infiel, o dispositivo da Convenção o proíbe. No julgamento do RE 466.343/SP, do RE 349.703/RS e do HC 87.585/TO, o Supremo Tribunal Federal decidiu em 3 de dezembro de 2008, por maioria, que os tratados e convenções sobre direitos humanos, quando não aprovados nos termos procedimentais do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal (procedimento idêntico ao de uma Emenda Constitucional)³, têm uma hierarquia supralegal, mas infraconstitucional. Esse caso ensejou uma ampla discussão a respeito da incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira⁴. Uma tendência na análise do caso foi a defesa de uma solução no sentido da validade interna ilimitada do mencionado preceito da ratificada Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista que essa norma levaria a uma ampliação dos direitos constitucionalmente estabelecidos,

³ O artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal do Brasil, estabelece: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁴ STF, RE 466.343/SP, RE 349.703/RS, HC 87.585/TO, julg. 3/12/2008, DJ 12/12/2008.

de tal sorte que o direito nela contido estaria fundado no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal⁵. Mas também, na interpretação restritiva em relação ao nível da validade interna do dispositivo da Convenção Americana de Direitos Humanos, não se exclui uma solução positiva para a ampliação prática dos direitos fundamentais: o argumento em favor da validade supralegal e infraconstitucional da Convenção ratificada serve a uma decisão no sentido de que a Constituição apenas admitiu a prisão civil do depositário infiel⁶; então, o direito infraconstitucional poderia decidir livremente a respeito da permissão ou proibição e, nessa hipótese, o pacto internacional teria primazia sobre o Código Civil brasileiro⁷. Somente a manutenção da orientação dominante anteriormente na tradição jurídica brasileira, ou seja, a concepção de que os atos internacionais ratificados têm o nível de validade de uma lei ordinária, poderia levar a um conflito insuperável entre o STF e a CorteIDH, pois o Código Civil brasileiro entrou em vigor (em 10/1/2003) após a ratificação do tratado e, nesse caso, prevaleceria a máxima *lex posterior derogat priori*⁸. Mantida essa posição, o STF esta-

⁵ Posição defendida pelo ministro Celso de Mello, em voto condutor da divergência, com apoio nas obras de Trindade (2003, p. 513), Piovesan (2008, p. 51-77), Mazzuoli (2001, p. 147-150; 2007, p. 682-702). Mello (2001, p. 1-33, 25 et seq.) vai além e sustenta o caráter supraconstitucional dos tratados e convenções sobre direitos humanos. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal do Brasil, dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁶ O art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal do Brasil, determina: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

⁷ Posição defendida pelo ministro Gilmar Mendes, em voto condutor da maioria (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 665 et seq.).

⁸ Jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 80.004/SE, 1/6/1977, DJ 29/12/1977 (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 659 et seq.). Essa ainda é a posição de Dimoulis e Martins

ria rompendo um “diálogo” constitucional com a CorteIDH em torno de uma compreensão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. No entanto, na discussão que se travou, parece claro ter sido colocado no primeiro plano o esforço com vista à formação de uma racionalidade transversal, que se mostre suportável para ambas as ordens jurídicas envolvidas.

Do lado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cabe destacar o importante julgamento do caso *Yatama vs. Nicarágua*, referente à participação democrática de membros da comunidade indígena, filiados ao partido Yatama, que foram proibidos de candidatar-se à eleição municipal de 5 de novembro de 2000, por força de decisão do Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua (CORTEIDH, 2005). A CorteIDH não só condenou o Estado da Nicarágua a indenizações por danos materiais e imateriais, como também determinou que se procedesse à reforma da respectiva lei eleitoral, concluindo:

“O Estado deve reformar a regulação dos requisitos dispostos na Lei Eleitoral nº 311, 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 tomando em conta suas tradições, usos e costumes, nos termos do parágrafo 249 da presente sentença.”⁹ (CORTEIDH, 2005, p. 109-110).

(2007, p. 50) para os tratados não aprovados nos termos do Parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal. Miranda (1960, p. 225), embora equiparasse hierarquicamente o tratado à lei ordinária, afirmava: “A Constituição não pode atingir tratado anterior sem ser dentro das cláusulas que o próprio tratado, válido em direito das gentes, contém para a denúncia dele, ou a ab-rogação das suas regras. Assim, o primado do direito das gentes, então, é indiscutível. [...] Os escritores incidiram, a respeito, em graves confusões, oriundas de assimilação inconsiderada entre o tratado anterior à Constituição e o tratado posterior à Constituição.”

⁹Nesse ponto, com o voto dissidente do juiz *ad hoc* Montiel Argüello. A respeito dessa decisão, ver González Volio (2005).

Aqui, apresenta-se um exemplo claro em que a ampliação de direitos fundamentais constitucionais encontrou apoio em norma da ordem internacional invocada para dirimir o conflito: 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.

3. Um problema transconstitucional entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e o regime constitucional brasileiro

Mas há experiências que apontam para a provável tensão das ordens constitucionais dos Estados latino-americanos com outras cortes internacionais. É relevante a situação em que a norma internacional de proteção dos direitos humanos a ser invocada pode apresentar-se como uma restrição a direitos fundamentais da Constituição estatal. Esse é o caso da colisão entre a Constituição brasileira e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que foi adotado em 17 de julho de 1998 e entrou em vigor na ordem internacional em 1º de julho de 2002, tendo sido ratificado pelo Brasil mediante o Decreto Legislativo nº 112, de 2002. Enquanto o artigo 77, nº 1, alínea *b*, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal, prevê a prisão perpétua (“se o elevado grau da ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem”), essa pena é proibida conforme o artigo 5º, inciso, XLVII, alínea *b*, da Constituição Federal. Embora o artigo 5º, § 4º, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, tenha estabelecido que o “Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”, a questão permanece problemática, tendo em vista que, de acordo com artigo 60, § 4º, inciso

IV, do diploma constitucional brasileiro, a vedação de penas de “caráter perpétuo”, incluída no catálogo dos direitos e garantias individuais, não pode ser abolida, pois é cláusula pétreia¹⁰.

Por um lado, a compreensão de direitos humanos pelo direito internacional público parte das preocupações com os crimes escandalosos e chocantes contra a humanidade. Por outro, o ponto de partida da compreensão constitucional brasileira dos direitos fundamentais reside no entendimento de que a prisão perpétua viola os direitos humanos. Uma solução unilateral não é adequada nesse caso.

De acordo com os casos precedentes, há a tendência na jurisdição constitucional brasileira de exigir uma condição específica para a extradição do suposto criminoso a ser processado ou do criminoso já condenado pelo Tribunal Penal Internacional (TPI): ele só será entregue se a prisão perpétua for comutada em uma pena de, no máximo, trinta anos¹¹. Embora, a rigor, não se trate de extradição na hipótese de uma corte internacional, pois o conceito de extradição refere-se à relação entre Estados, essa solução poderá ser adotada para os casos de pedido ao Brasil da *entrega* de criminosos, réus ou indiciados ao Tribunal Penal Internacional¹². Essa é uma solução intermediária, que, embora não seja inteiramente compatível com o Estatuto de Roma, pode ser suportada pelo Tribunal Penal Internacional em uma posição construtiva e disposta ao aprendizado.

A questão poderá tornar-se mais problemática se o STF vier a considerar a hipótese como de “extradição” e afirmar a sua jurisprudência de nãoextradição de brasileiros, nos termos do artigo 5º, inciso LI, da Constituição brasileira. Nesse caso, não seria tão simples a solução do conflito normativo. Porém, não parece correta, como já foi adiantado, a extensão semântica desse preceito, no sentido de que essa proibição valha também para a entrega de criminoso, réu ou indiciado ao TPI, pois a extradição refere-se à relação entre Estados. Sem dúvida, mesmo admitida essa interpretação do conceito de extradição, ainda surgirão novamente problemas pela invocação do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constitui-

¹⁰ O artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal do Brasil, determina: “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.”

¹¹ Confirmando os precedentes na experiência jurisprudencial mais recente, cf. os seguintes casos de extradição, todos decididos por unanimidade pelo Pleno do STF: Ext. 1.104/UK – Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, 14/4/2008, DJe 23/5/2008; Ext. 1.103 – Estados Unidos da América, 13/3/2008, DJe 7/11/2008; Ext. 1.060/PU – Peru, 15/10/2007, DJe 31/10/2007; Ext. 1.069/EU – Estados Unidos da América, 9/8/2007, DJe 14/9/2007.

¹² Maliska (2006, p. 188-189), que ainda admite a hipótese da entrega ao TPI sem essas condições, o que me parece incompatível com os precedentes jurisprudenciais brasileiros e implicaria a quebra de “cláusula pétreia”. A esse respeito, ver Sabadell e Dimoulis (2010, p. 157-186).

ção, que não permite a abolição de garantias de direitos fundamentais (“cláusulas pétreas” – ver nota 10). O rumo dos desenvolvimentos nesse contexto normativo permanece aberto. Não obstante, a disposição para o aprendizado em ambos os lados, mediante a formação de uma rede transversal construtiva, ou seja, o transconstitucionalismo, é decisiva para soluções satisfatórias nessa área de colisão. Internacionalismo e nacionalismo, nessa hipótese, poderão levar a atitudes destrutivas para os direitos humanos ou fundamentais.

4. Invocação de outras ordens jurídicas estrangeiras na fundamentação de julgamentos de questões constitucionais no Brasil

Na América Latina, há também uma velha tradição de referências a dispositivos, jurisprudências e doutrinas constitucionais estrangeiras. Embora a influência dos Estados Unidos, especialmente em virtude da forte influência do modelo constitucional desse país na origem do constitucionalismo latino-americano, tenha sido por muito tempo dominante, o direito constitucional dos países europeus e a respectiva jurisprudência passaram a ser invocados crescentemente, cabendo destacar a influência recente do constitucionalismo alemão. É verdade que, historicamente, as referências aos textos, doutrinas e jurisprudência constitucional estrangeira, em grande parte, têm sido expressão de uma “retórica” dos magistrados destinada à prova de erudição, sem qualquer vínculo de relevância argumentativa com o caso *sub judice*. Não obstante, observa-se, particularmente na jurisprudência recente, a tendência à inclusão de referência a textos constitucionais e precedentes jurisdicionais de Estados estrangeiros como parte não só do *obiter dictum*, mas também da *ratio decidendi*.

Na experiência brasileira mais recente, o transconstitucionalismo com outras ordens jurídicas estatais tem-se desenvolvido sensivelmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em decisões de grande relevância em matéria de direitos fundamentais, a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira não se apresenta apenas nos votos singulares dos ministros, mas se expressa nas Ementas dos Acórdãos, como parte da *ratio decidendi*. No julgamento histórico do Habeas Corpus 82.424/RS, em 17 de novembro de 2003, o pleno do STF, por caracterizar como crime de racismo a publicação de livro com conteúdo antissemitico (negação da existência do holocausto) e, portanto, sustentar a sua imprescritibilidade, indeferiu, por maioria, o pedido, no âmbito de uma discussão em que a invocação da jurisprudência constitucional estrangeira foi fundamental. Essa situação repercutiu na Ementa do Acórdão, da qual consta o seguinte parágrafo:

“9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que [se] aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática do racismo.”

Nos votos dos ministros, houve uma ampla discussão sobre precedentes jurisprudenciais, dispositivos constitucionais e legislação de estados estrangeiros, tendo sido relativamente insignificante a referência à jurisprudência nacional e internacional¹³.

Essa orientação manifestou-se também no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112, em 2 de maio de 2007, que foi rejeitada quase integralmente, tendo sido julgada procedente apenas em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento). Nesse caso, ganharam destaque os precedentes da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão¹⁴. Da mesma maneira, cabe considerar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF, em 29 de maio de 2008, no qual se decidiu favoravelmente à utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, rejeitando-se o pedido de declaração de incons-

titucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei da Biossegurança)¹⁵. Nesse caso, em vários votos discutiu-se o direito de outros países. Inúmeros outros casos poderiam ser citados em que as decisões judiciais estrangeiras invocadas, embora não façam por si só parte da *ratio decidendi*, contribuem para a formação dos argumentos que a constituem¹⁶. Nessa nova orientação, não se trata apenas de mera “retórica bacharelesca”¹⁷, mas também de significativos debates no âmbito de uma “conversação” transconstitucional.

É bom, porém, que se tenha cuidado para que a invocação frequente da jurisprudência americana, alemã e de outras ordens jurídicas não constitua mais um episódio histórico de “colonialismo” no campo da cultura jurídica (MONTORO, 1973; NEVES, 1992, p. 206). Passaríamos, então, da “importação” acrítica de modelos legislativos e doutrinários para uma incorporação inadequada de precedentes jurisprudenciais. O que mudaria seria apenas o acesso mais fácil à jurisprudência estrangeira. Fundamental é, portanto, que sejam “feitas as devidas adaptações”, para que não caiamos

¹⁵ STF, ADI 3.510/DF, 29/5 2008, DJ 5/6/2008.

¹⁶ HC 93.050/RJ, 10/6/2008, DJe 1/8/2008; HC 85.779/RJ, 28/2/2007, DJ 29/6/2007; ACO 633 AgR/SP, 11/4/2007, DJ 22/6/2007; RE 390.840/MG, 09/11/2005, TP, DJ 15/8/2006; ADPF 54 QO/DF, 27/4/2005, DJ 31/8/2007; HC 40.910/PE, 24/8/1964, DJ 19/11/1964.

¹⁷ Embora ainda esteja presente, em muitos votos, a pretensão de provar uma erudição irrelevante para a solução do caso, tornando excessivamente longos os julgamentos, cabe observar que essa questão não se refere predominantemente à referência a precedentes jurisprudenciais estrangeiros, mas antes a doutrinas e teorias importadas sem a devida filtração para a aplicação ao contexto brasileiro. Isso se relaciona, por sua vez, com limites da reflexão jurídico-dogmática no Brasil (NEVES, 1992, p. 205 et seq.). Entretanto, a referência retórica e inconsistente da jurisprudência estrangeira ainda está fortemente presente no STF, como se pode verificar na decisão sobre a constitucionalidade da política de cotas nas universidades (ADPF 186/DF, 26/4/2012), na qual se citaram como fundamento decisões da Suprema Corte dos EUA que a contradiziam no ponto fundamental (COSTA NETO, no prelo).

¹³ Nos extratos do julgamento, isso fica evidente quando se considera, no campo “observação”, a enormidade da citação da jurisprudência de Estados estrangeiros (HC 82.424/RS, 17/11/2003, DJ 19/3/2004).

¹⁴ “BVerfGE 88, 203, 1993; BVerfGE 50, 290; BVerfGE 77, 170; BVerfGE 39, 210; BVerfGE 90, 145, 1994 (caso Cannabis); BVerfGE 7, 377, 1958” (STF, ADI 3.112, 2/5/2007, DJ 26/10/2007).

no velho rótulo das “ideias fora de lugar” (SCHWARZ, 2008, p. 9-31), ou seja, da jurisprudência e da doutrina constitucional deslocadas do seu contexto jurídico e social. Nesse caso, constrói-se o paradoxo de um diálogo em que só consta *alter*, mas falta *ego* enquanto polo da comunicação. E disso pode decorrer um tipo de jurisprudência e doutrina simbólica, cujo significado normativo é muito limitado¹⁸.

5. Um caso transconstitucional entre a *lex sportiva* e a ordem jurídica mexicana

O transconstitucionalismo desenvolve-se igualmente nas relações entre ordens jurídicas estatais e ordens transnacionais construídas primariamente por atores privados ou quase-públicos, como, por exemplo, a *lex mercatoria*, a *lex sportiva* e a *lex digitalis* (NEVES, 2009, p. 187-216).

Um caso interessante resultou na decisão do Tribunal Arbitral do Esporte (TAS), de 17 de maio de 2007, na qual, se negou quanto ao próprio mérito, a decisão tomada no âmbito do direito nacional¹⁹. Nesse caso, a Agência Mundial Antidoping (World Anti-Doping Agency – WADA) interpôs recurso contra uma decisão tomada pela Comissão Disciplinar da Federação Mexicana de Futebol e também contra uma decisão de órgão recursal do Ministério dos Esportes do México (FMF), a Comissão de Apelação e Arbitragem do Desporto (CAAD), que desconsideraram laudo do laboratório credenciado pela WADA (*Olympic Analytical*

Laboratory da Universidade da Califórnia – UCLA). Na análise da primeira amostra, o laboratório confirmou a presença de substância anabólica proibida pela FIFA. O resultado foi encaminhado à Federação Mexicana de Futebol (FMF), para que o jogador fosse informado a fim de requerer a análise da segunda prova em quarenta e oito horas, sob pena da presunção absoluta de que aceitou o resultado da análise da primeira amostra. O clube do atleta alegou que não fora intimado pelo laboratório a notificá-lo, sustentando que caberia à FMF fazer diretamente essa notificação (a FMF encaminhara a comunicação do laboratório ao clube, para que ele notificasse o atleta). O pedido apresentado pelo jogador perante a Comissão Interdisciplinar da FMF foi deferido com o fundamento no fato de que ele não foi devidamente notificado e que a segunda amostra já fora destruída. O Laboratório da UCLA alegou que a segunda prova permanecia plenamente conservada (por congelamento) para análise. A FMF recorreu à Comissão de Apelação e Arbitragem do Desporto (CAAD) do Ministério dos Esportes do México, que confirmou a decisão da Comissão Disciplinar da FMF. O TAS tanto anulou a decisão desta Comissão Disciplinar quanto declarou que a decisão da CAAD não tinha “nenhum efeito no sistema de sanções estabelecidas nos Estatutos e Regulamentos da FIFA” (LOQUIN, 2008, p. 270). Por conseguinte, tendo em vista que se tratava da segunda vez que o jogador era condenado pelo uso da mesma substância anabólica (da primeira vez ele fora condenado a um ano de suspensão), declarou-o excluído imediata e vitaliciamente de qualquer competição no âmbito da FIFA (LOQUIN, 2008, p. 270).

Para julgar e impor decisão contra o órgão de arbitragem estatal, o Tribunal Arbitral do Esporte invocou fundamento tipicamente constitucional: a igualdade de tratamento dos diversos atletas envolvidos nos desportos trans-

¹⁸ A respeito de jurisprudência simbólica, Neves (2007, p. 34). No já citado julgamento do HC 82.424/RS, o ministro Marco Aurélio Mello utilizou essa expressão. Mas me parece que, nesse caso, apesar da força simbólica, a força normativa da decisão também era relevante.

¹⁹ TAS, Sentenças nº 2006/A/1149 e nº 2007/A/1211, extrato e comentário oferecidos por Loquin (2008).

nacionais. O TAS rejeitou peremptoriamente o argumento de que caberia considerar “o laboratório mais favorável”, proposto pelo jogador com base no fato de que obtivera um resultado negativo em análise oferecida por laboratório não credenciado pela WADA. Residindo o fundamento dessa prevalência do julgamento do TAS sobre a decisão estatal do CAAD na necessidade de “assegurar o tratamento igual e consistente de todos os participantes de um esporte” (LOQUIN, 2008, p. 262), observa-se que também aqui está presente o problema potencial de uma colisão entre o princípio constitucional da igualdade, afirmado pela ordem jurídica esportiva transnacional, e o princípio da ampla defesa, baseado na ordem interna do Estado de direito e alegado de maneira implícita pelo jogador. Portanto, essa é uma questão que se enquadra plenamente no âmbito do transconstitucionalismo, exigindo conversações constitucionais construtivas entre ordem jurídica transnacional e ordem jurídica estatal.

6. Um problema transconstitucional entre a ordem normativa de comunidades indígenas e a ordem constitucional do Estado Brasileiro

Um outro lado do transconstitucionalismo aponta para a relação problemática entre as ordens jurídicas estatais e as ordens extraestatais de coletividades nativas, cujos pressupostos antropológico-culturais não se compatibilizam com o modelo de constitucionalismo do Estado. Evidentemente, nesse caso, trata-se de ordens “arcaicas” que não dispõem de princípios ou regras secundárias de organização e, por conseguinte, não se enquadram no modelo reflexivo do constitucionalismo. A rigor, elas não admitem problemas jurídico-constitucionais de direitos humanos e de limitação jurídica do poder. Ordens normativas dessa espécie exigem, quando entram em colisão com as instituições da ordem jurídica constitucional de um Estado, um “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância e, em certa medida, de aprendizado. Essa forma de transconstitucionalismo impõe-se, porque – embora as referidas ordens jurídicas, em muitas de suas normas e práticas, se afastem sensivelmente do modelo de direitos humanos e de limitação jurídica do poder nos termos do sistema jurídico da sociedade mundial – a simples outorga unilateral de “direitos humanos” aos seus membros é contrária ao transconstitucionalismo. Medidas nessa direção tendem a ter consequências destrutivas sobre mentes e corpos, sendo contrárias ao próprio conceito de direitos humanos²⁰. Nesse contexto, há um paradoxo do transconstitucionalismo, pois

²⁰ “A questão dos direitos humanos, no sentido rigoroso, deve ser compreendida hoje como ameaça à integridade de corpo/alma do homem individual por uma multiplicida-

ele se envolve em “conversações” constitucionais com ordens normativas que estão à margem do próprio constitucionalismo. Mas essa situação é resultante da necessidade intrínseca ao transconstitucionalismo de não excluir o desenvolvimento de institutos alternativos que possibilitem um “diálogo” construtivo com essas ordens dos antropológico-culturalmente “diferentes”, baseadas milenarmente no território do respectivo Estado. Nesse contexto, embora limitado, o transconstitucionalismo não perde o seu significado para o desenvolvimento da dimensão normativa da sociedade mundial do presente.

A experiência latino-americana é rica de problemas jurídico-constitucionais decorrentes do entrelaçamento entre ordens normativas nativas e ordens constitucionais dos Estados, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais.

Um dos casos mais delicados apresentou-se recentemente na relação entre a ordem jurídica estatal brasileira e a ordem normativa dos índios Suruahá, habitantes do Município de Tapauá, localizado no Estado do Amazonas, que permaneceram isolados voluntariamente até os fins da década de 1970 (SEGATO, 2011, p. 363, 357-381). Conforme o direito consuetudinário dos Suruahá, é obrigatório o homicídio dos recém-nascidos quando tenham alguma deficiência física ou de saúde em geral. Em outra comunidade, a dos indígenas Yawanawá, localizada no Estado do Acre, na fronteira entre Brasil e Peru, há uma ordem normativa consuetudinária que determina que se tire a vida de um dos gêmeos recém-nascidos. Nesse contexto, também se tornou público o fato de que práticas desse tipo eram comuns entre os Yanomami e outras etnias indígenas. Essa situação levou a polêmicas, pois se tratava de um conflito praticamente insolúvel entre direito de autonomia cultural e direito à vida. O problema já tomara destaque na ocasião em que uma indígena Yawanawá, em oficina de direitos humanos da Fundação Nacional do Índio, em 2002, descreveu a obrigatoriedade, em sua comunidade, da prática de homicídio de um dos gêmeos, apresentando-se como vítima dessa prática jurídica costumeira (SEGATO, 2011, p. 357 et seq.). Nesse contexto, a questão também foi apresentada como conflito entre direito de autonomia cultural e direito das mulheres. Passou, porém, a ter ampla repercussão pública em relação ao direito da criança à vida – sobretudo mediante a destacada difusão nos meios de comunicação de massa de grande influência – com a divulgação do resgate, por um casal de missionários, de uma criança com uma grave disfunção hormonal congênita, que estava condenada à morte entre os Suruahá (SEGATO, 2011, p. 363). Sobretudo a repercussão pública do

de de processos de comunicação anônimos e independentes, atualmente globalizados” (TEUBNER, 2006, p. 180).

costume dos Suruahá levou à proposição por parte do deputado federal Henrique Afonso, representante do Estado do Acre, do Projeto de Lei nº 1.057, de 2007, destinado especificamente à criminalização dessa prática. A ementa desse projeto tem o seguinte teor: “Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais” (BRASIL, 2007). Para fins de medidas específicas de combate a essas práticas, inclusive a criminalização daquelas que, em contato com a comunidade nativa, não fizessem a devida notificação às autoridades competentes, assim como das autoridades que não tomassem as providências cabíveis (artigos 3º, 4º e 5º), o artigo 2º, incisos I a VIII, do Projeto, previa a tipificação dos seguintes casos de “homicídio de recém-nascidos”: “em casos de falta de um dos genitores”; “em casos de gestação múltipla”; “quando estes são portadores de doenças físicas e/ou mentais”; “quando há preferência de gênero”; “quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão”; “em casos de exceder o número de filhos apropriado para o grupo”; “quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais”; “quando estes são considerados de má sorte para a família ou para o grupo”. O Projeto originário também propunha a tipificação dos “homicídios de criança, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição” (artigo 2º, inciso IX). Essas hipóteses previstas no Projeto, além de outras referentes a abusos sexuais, maus-tratos e outras agressões físico-psíquicas de crianças e seus genitores por fundamentos culturais e tradicionais (artigo 2º, incisos X, XI e XII), correspondem a práticas verificadas nas comunidades indígenas localizadas no território do Estado brasileiro.

Esse Projeto deu ensejo a uma audiência pública na Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados²¹. Embora não tenha logrado êxito, o contexto em que foi elaborado e a discussão que engendrou apontam para um caso singular de “diálogo” e colisão transconstitucional entre ordem jurídica estatal e ordens normativas locais das comunidades indígenas.

Os elaboradores e defensores do Projeto de Lei partiram primariamente da absolutização do direito fundamental individual à vida, nos termos da moral cristã ocidental. Secundariamente, também contribuiu para a proposição do Projeto o direito fundamental da mãe à maternidade. Essa postura unilateral pela imposição dos direitos individuais em detrimento da autonomia cultural das comunidades não pareceu adequada para os que se manifestaram em torno do problema em uma perspectiva antropológica mais abrangente. A simples criminalização das práticas indígenas, em nome da defesa do direito à vida, pode ser vista, outrossim, como um verdadeiro genocídio cultural, a destruição da própria comunidade, destruindo suas crenças mais profundas.

Com intensa participação no debate, inclusive na audiência pública realizada em 5 de setembro de 2007 na Câmara dos Deputados

²¹ Convocada pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados em agosto de 2007 e realizada em 5 de setembro de 2007 (SEGATO, 2011, p. 357, 369). Posteriormente, esse projeto de lei foi profundamente alterado, reduzindo-se a declarações genéricas e a previsão de apoio às respectivas comunidades, nos seguintes termos: “Art.54-A. Reafirma-se o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte. Parágrafo único. Cabe aos órgãos responsáveis pela política indigenista oferecerem oportunidades adequadas aos povos indígenas de adquirir conhecimentos sobre a sociedade em seu conjunto quando forem verificadas, mediante estudos antropológicos, as seguintes práticas: I – infanticídio; II - atentado violento ao pudor ou estupro; III - maus tratos; IV - agressões à integridade física e psíquica de crianças e seus genitores.”

(SEGATO, 2011, p. 370 et seq.), as ponderações da antropóloga Rita Laura Segato contribuíram positivamente para o esclarecimento dessa colisão de ordens jurídicas, enfatizando a necessidade de um diálogo entre ordens normativas, em termos que se enquadram em um modelo construtivo de transconstitucionalismo. No contexto do debate, Segato (2011, p. 358) reconheceu que tinha diante de si “a tarefa ingrata de argumentar contra essa lei, mas, ao mesmo tempo, de fazer uma forte aposta na transformação do costume”. No âmbito de sua argumentação, ela invocou pesquisa empírica sobre os Suruahá, na qual se verificou que, em um grupo de 143 membros da comunidade indígena, entre 2003 e 2005, houve dezesseis nascimentos, vinte e três suicídios, dois homicídios de recém-nascidos (denominados pelos antropólogos “infanticídio”, sem o sentido técnico-jurídico do tipo penal) e uma morte por doença. Ou seja, enquanto 7,6% das mortes ocorreram por “infanticídio”, houve 57,6% demortes por suicídio entre os Suruahá. Essa situação aponta uma compreensão da vida bem distinta da concepção cristã ocidental. Entre essa comunidade indígena, a vida só tem sentido se não for marcada por excessivo sofrimento para o indivíduo e a comunidade, se for uma vida tranquila e amena. Assim se justificaria o homicídio de recém-nascido em determinados casos (SEGATO, 2011, p. 364 et seq.). O significado atribuído à vida e à morte pelos Suruahá não seria menos digno do que o sentido que lhes atribui o cristianismo: “Também constatamos que se trata de uma visão complexa, sofisticada e de grande dignidade filosófica, que nada deve aos cristianismos” (SEGATO, 2011, p. 364).

O argumento é fortificado com a referência à prática Yanomami, na qual a mulher tem direito absoluto sobre a vida dos seus recém-nascidos. O parto ocorre em ambiente natural, fora do contexto da vida social, deixando a opção à mãe:

“se não toca o bebê nem o levanta em seus braços, deixando-o na terra onde caiu, significa que este não foi acolhido no mundo da cultura e das relações sociais, e que não é, portanto, humano. Dessa forma, não se pode dizer que ocorreu, na perspectiva nativa, um homicídio, pois aquele que permaneceu na terra não é uma vida humana” (SEGATO, 2011, p. 365).

Essa concepção bem diversa da vida humana importa realmente um delicado problema que – parece-me – é incompatível com uma mera imposição de concepções externas sobre a vida e a morte, mediante aquilo que, em outro contexto, chamei paradoxalmente de “imperialismo dos direitos humanos” (NEVES, 2005, p. 23, 27). E isso é válido não apenas de um ponto de vista antropológico-cultural ou antropológico-jurídico, mas também na perspectiva específica de um direito constitucional sensível ao transconstitucionalismo.

Impõe-se nesse contexto considerar a colisão entre duas perspectivas diversas dos direitos, procurando não “fazer injustiça” mediante a imposição de uma, a da ordem dos mais fortes, à outra, a da ordem dos mais fracos. De um lado está o direito à autonomia coletiva, do outro o direito à autonomia individual. Simplesmente submeter aquele, considerado expressão de uma forma ética de vida, a este, considerado expressão de uma moral universal que se apresenta como base dos direitos humanos²², não

²² Klaus Günther (1988, p. 196), embora sustente que “a aplicação adequada de normas jurídicas não pode, *sem fundamento*, ofender formas de vida” (grifo meu), mostra-se antes favorável a uma tal orientação, quando sustenta que “as colisões entre princípios de justiça e orientações da vida boa, no nível pós-convencional, só podem ser resolvidas universalistamente, portanto, em favor da justiça”. Cabe advertir, porém, que nos termos da teoria habermasiana da ação comunicativa e do discurso, segundo a qual Günther (1988) se orienta, haveria, no caso, a colisão entre uma moral pós-convencional e uma pré-convencional. Sobre os níveis do desenvolvimento da consciência moral na teoria da evolução social de Habermas, ver Neves (2012, p. 25 et seq.).

parece a solução mais oportuna em um modelo de transconstitucionalismo. Ao contrário, nesse contexto de colisão radical entre a ordem jurídica estatal e as ordens normativas indígenas, tem-se de considerar e ponderar entre “o direito à vida do sujeito individual e o direito à vida do sujeito coletivo”, como argui Segato²³ (2011, p. 367). No caso, a “ultra-criminalização” das práticas do homicídio de recém-nascidos praticadas no interior das comunidades indígenas, proposta na versão original do Projeto de Lei nº 1.057/2007, poderia ser “etnocida, ao eliminar valores culturais indispensáveis à vida biológica e cultural de um povo” (GUZMÁN, 2006, p. 156). Assim sendo, tal solução legal teria implicações de difícil compatibilização inclusive com a ordem constitucional do Estado brasileiro²⁴. Parece ser necessária, nessas circunstâncias, a busca de outros caminhos.

A proposta que se afigura mais adequada ao transconstitucionalismo reside em garantir a “jurisdição ou foro étnico”, para que cada comunidade indígena “resolva seus conflitos e elabore seu dissenso interno por um caminho próprio” (SEGATO, 2011, p. 375, 377). Isso não implica simplesmente tolerância do mais poderoso, tampouco tolerância perante o intolerante (RAWLS, 1990, p. 216-221); antes se trata de capacidade de admitir a autonomia do outro, isto é, da esfera de comunicação, do jogo de linguagem ou da forma de vida diferente do nativo, não submetida aos modelos do constitucionalismo estatal. Muito menos cabe falar de sociedades “decentes” e “indecentes”, ou seja, dignas ou indignas do “diálogo” com as sociedades “liberais” do Estado democrático constitucional (RAWLS, 1999, p. 4 et seq., 59 et seq.), como se não estivéssemos na mesma sociedade mundial, com colisões e conflitos entre domínios de comunicação e jogos de linguagem. Mas cabe ponderar que, não só de um ponto de vista antropológico, mas também na perspectiva do transconstitucionalismo, diante dos dissensos e conflitos no interior das comunidades indígenas, inclusive em torno da prática do homicídio de recém-nascidos, “o papel do Estado, na pessoa dos seus agentes, terá de ser o de estar disponível para supervisionar, mediar ou interceder com o fim único de garantir que o processo interno de deliberação possa ocorrer livremente, sem abuso por parte dos mais poderosos no inte-

²³ A respeito, afirmou Segato (2011, p. 372) na referida audiência pública, referindo-se “ao significado da expressão ‘direito à vida’ nesse contexto: “Essa expressão pode indicar dois tipos diferentes de direito à vida: o direito individual à vida, quer dizer, a proteção do sujeito individual de direitos, e o direito à vida dos sujeitos coletivos, isto é, o direito à proteção da vida dos povos em sua condição de povos”.

²⁴ E especificamente por força do disposto no art. 231, *caput*, da Constituição Federal: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

rior da sociedade”²⁵ (SEGATO, 2011, p. 375). Assim, nesse contexto, a postura transconstitucional apresenta-se na limitação jurídica do poder abusivo dentro da comunidade. Isso porque, caso haja manipulação das decisões comunitárias pelos mais poderosos, sem legitimidade na ordem normativa respectiva, desaparece a autonomia étnica de que se parte para o “diálogo” constitucional. Portanto, observa-se, dessa maneira, que nenhuma forma de apresentação de autonomia de esferas sociais, inclusive das construídas por comunidades nativas não diferenciadas funcionalmente, tem um caráter absoluto, sendo todas relativas no âmbito da sociedade mundial do presente.

Esse delicado problema não se restringe ao dilema entre relativismo ético (das culturas particulares) e universalismo moral (dos direitos dos homens), antes aponta para o convívio de ordens jurídicas que partem de experiências históricas diversas²⁶ (SEGATO, 2011, p. 375-377), exigindo especialmente por parte do Estado constitucional uma postura de moderação relativamente à sua pretensão de concretizar suas normas específicas, quando essas entrem em colisão com normas de comunidades nativas fundadas em bases culturais essencialmente diferentes. A discrição e o comedimento, nesse caso, parecem ser a via que pode levar a conversações construtivas que estimulem autotransformações internas das comunidades indígenas para uma relação menos conflituosa com a ordem estatal. A tentativa de buscar modelos internos de otimização, nos termos da teoria dos princípios, pode ser desastrosa nessas circunstâncias. Em relação ao “outro”, à ordem diversa dos nativos, cabe antes uma postura transconstitucional de autocontenção dos direitos fundamentais cuja otimização possa levar à desintegração de formas de vida, com consequências destrutivas para os corpos e as mentes dos membros das respectivas comunidades.

7. O transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos na América Latina

O transconstitucionalismo não se restringe a relações entre duas ordens jurídicas, podendo envolver entrelaçamentos triangulares ou

²⁵ A esse respeito, acrescenta Segato (2011, 375 et seq.): “Tampouco se trata de solicitar a retirada do Estado, porque, como atestam as múltiplas demandas por políticas públicas colocadas perante o mesmo pelos povos indígenas a partir da Constituição de 1988, depois da intensa e pernicioso desordem instalada pelo contato, o Estado já não pode, simplesmente, ausentar-se. Deve permanecer disponível para oferecer garantias e proteção quando convocado por membros das comunidades, sempre que essa intervenção ocorra em diálogo entre os representantes do Estado e os representantes da comunidade em questão. Seu papel, nesse caso, não poderá ser outro, a não ser o de promover e facilitar o diálogo entre os poderes da aldeia e seus membros mais frágeis.”

²⁶ Ver, de maneira mais abrangente, Segato (2006). A respeito da relação intrínseca entre universalismo e diferença, ver Neves (2001).

multiangulares entre ordens jurídicas em torno de um mesmo problema constitucional. Especialmente no tocante aos direitos humanos, verifica-se um transconstitucionalismo pluridimensional envolvendo diversas ordens jurídicas, que se desenvolve, igualmente, de formas as mais diferentes, na América Latina.

Nessa matéria, a invocação de precedentes a outras ordens jurídicas não se restringe ao direito constitucional de estados estrangeiros, conforme tratado no item 4 deste artigo, mas também às normas convencionais do direito internacional e à jurisprudência de tribunais internacionais. No mencionado julgamento do *Habeas Corpus* 82.424/RS²⁷, em que o STF caracterizou como crime de racismo a publicação de livro com conteúdo antissemitico (negação da existência do holocausto), para concluir pela sua imprescritibilidade, além da farta referência ao direito estrangeiro, foram citados inumeráveis atos e normas de direito internacional público, assim como se invocou o caso *Jersild v. Dinamarca*, julgado pela Tribunal Europeu de Direitos Humanos em setembro de 1994 (ECHR, 1994). Em muitos outros julgamentos, o STF apresentou indicações de sua disposição para integrar-se em um diálogo transconstitucional no sistema mundial multicêntrico, no qual diversas ordens jurídicas são articuladas concomitantemente para a solução de problemas constitucionais de direitos humanos²⁸. E aqui não se trata da adoção de um simples “modelo de convergência” com base no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal e, posteriormente, com fundamento nos §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo, introduzidos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Muito menos, cabe o regresso a um “modelo de resistência” a partir de

uma interpretação paroquial desses dispositivos constitucionais. O caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o “modelo de articulação” [“*engagement model*”]²⁹, ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos. A alternativa absoluta “convergência ou resistência” carrega, respectivamente, elementos potenciais de autodestruição da própria ordem constitucional ou de heterodestruição de outras ordens jurídicas.

Indo além da invocação de normas e precedentes de outras ordens jurídicas, especialmente estrangeiras e internacionais, por cortes nacionais, destacam-se casos em que decisões de tribunais cortam transversalmente ordens jurídicas diversas em matéria de direitos fundamentais e direitos humanos, com força vinculante. A esse respeito, parece-me de uma relevância especial a decisão da Corte Interamericana de Direito Humanos, nos julgamentos dos casos *Yakye Axa vs. Paraguai* e *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*³⁰ (CORTEIDH, 2005b), no qual se decidiu sobre o direito de propriedade sobre territórios das comunidades indígenas Yakye Axa e Sawhoyamaxa, localizadas no Paraguai. Nesses interessantes casos, a CorteIDH decidiu não conforme o conceito técnico-jurídico de propriedade privada definido nos termos do direito constitucional estatal, mas sim levan-

²⁷ HC 82.424/RS, 17/11/2003, TP, DJ 19/3/2004.

²⁸ Cf. HC 82.959/SP, de 23/2/2006, DJ 1/9/2006; e referências das notas 15 e 16.

²⁹ Sobre a distinção entre “modelo de convergência”, “modelo de divergência” e “modelo de articulação” [“*engagement model*”], ver Jackson (2005).

³⁰ Para a análise desse caso, ver Ramírez (2005, p. 349-364). Para resumos de ambos os casos, ver Piovesan (2008, p. 47-76, 71-73).

do em conta primariamente a noção cultural de “propriedade ancestral” das comunidades indígenas sobre os respectivos territórios, sedimentada historicamente em suas tradições. Assim, deixando em segundo plano um direito fundamental assegurado constitucionalmente no plano *estatal*, a CorteIDH argumentou favoravelmente aos direitos de comunidade *local extraestatal* sobre o seu território, para assegurar direitos humanos garantidos no nível internacional. Esse entrelaçamento multiangular em torno dos direitos humanos e fundamentais não seria possível, se não houvesse uma disposição, nas diversas ordens, especialmente na estatal, para ceder às exigências das perspectivas de outras ordens normativas em relação ao significado e abrangência de direitos colidentes.

Problemas de entrelaçamento pluridimensional em torno dos direitos humanos também se apresentam no caso das comunidades indígenas cujo homicídio de recém-nascido é legitimado, questão que já considerei no tópico anterior, ao tratar especialmente do transconstitucionalismo entre ordens estatais e locais extraestatais. Mas, nesse caso, é relevante a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais³¹, cujo art. 8º, nº 2, prescreve: “Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos [...]”. Esse preceito torna mais complicada a colisão das ordens locais nativas com a ordem dos direitos fundamentais estatais e dos direitos humanos internacionais. Uma interpretação literal desse dispositivo, em nome da proteção absoluta da vida dos recém-nascidos, levaria tendencialmente a um etnocídio

contra as respectivas comunidades indígenas. Parece-me que os argumentos apresentados no item anterior não perdem o seu significado em virtude dessa referência ao direito internacional. Nesses casos, cabe não apenas uma releitura complexamente adequada tanto das normas estatais de direitos fundamentais quanto das normas internacionais de direitos humanos. Um universalismo superficial dos direitos humanos, baseado linearmente em uma certa concepção ocidental ontológica de tais direitos, é incompatível com um “diálogo” transconstitucional com ordens nativas que não correspondem a esse modelo. Ao contrário, a negação de um diálogo construtivo com as ordens indígenas em torno dessas questões delicadas é contrária aos próprios direitos humanos, pois implicaria uma “ultracriminalização” de toda a comunidade de autores e coautores dos respectivos atos, afetando-lhes indiscriminadamente corpo e mente mediante uma ingerência destrutiva. No âmbito de um transconstitucionalismo positivo impõe-se, nesses casos, uma disposição das ordens estatais e internacionais de surpreender-se em um aprendizado recíproco com a experiência do outro, o nativo em sua autocompreensão.

Por fim, um exemplo interessante envolve a própria ordem jurídica brasileira. Trata-se do caso da importação de pneus usados pelo Brasil. Essa controvérsia envolve tanto o direito constitucional brasileiro e as ordens jurídicas uruguaia e paraguaia quanto o direito do Mercosul e a ordem jurídica da OMC. Em 17 de dezembro de 2007, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC, ao adotar informe do Órgão de Apelação da OMC, de 3 de dezembro 2007, que reformara informe do Grupo Especial, de 12 de julho de 2007, decidiu favoravelmente ao recurso interposto pelo Brasil, com base em argumentos referentes à proteção do meio ambiente, para que fosse proibida a importação de pneus usados provenientes da União Eu-

³¹ A respeito dessa Convenção, ver a breve exposição de Wolfrum (1999).

ropeia. Entretanto, essa decisão estabeleceu que a política brasileira de continuar importando pneus usados do Paraguai e do Uruguai implicava discriminação e, portanto, deveria ser abolida, não tendo sido aceita a alegação brasileira de que o número de pneus recauchutados importados do Paraguai e do Uruguai não era significativo³². Mais tarde, em laudo arbitral no âmbito da OMC, por solicitação das Comunidades Europeias, decidiu-se que o prazo para o Brasil cumprir as recomendações e resoluções do Órgão de Solução de Controvérsias encerrar-se-ia um ano a partir da data da adoção por este dos informes do Grupo Especial e do Órgão de Apelação (17 de dezembro de 2007), o que significa que o termo final foi o dia 17 de dezembro de 2008³³.

O problema decorrente dessa condição imposta pela decisão do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC consiste em que o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul já rejeitara a pretensão da Argentina de que fosse proibida a importação de recauchutados oriundos do Uruguai, tendo corroborado posteriormente sua decisão anterior, por entender que uma tal proibição ofenderia as normativas do Mercosul³⁴. O Brasil tentou inicialmente contornar ambas as decisões, procurando propor um limite ao número de pneus recauchutados a serem importados do Uruguai e do Paraguai, o que levou a uma situação conflituosa em relação, ao mesmo tempo, às normas do Mercosul e da OMC, em sentidos diametralmente opostos. Mas os conflitos entre órgãos administrativos que estabeleceram normas proibindo a importação de pneus recauchutados e órgãos judiciais que declararam essas normas inconstitucionais levaram a um quiproquó em torno da questão no âmbito do Estado brasileiro.

A situação complicou-se, tendo em vista que uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 2º, da Constituição Federal) fora proposta pela Presidência da República em 29 de setembro de 2006 (ADPF 101/2006), na qual se pediu que fossem declaradas inconstitucionais e ilegais decisões judiciais que vinham admitindo a importação de recauchutados com base no argumento de que as normas infraconstitucionais que vedam essa prática seriam inconstitucionais. A ADPF fundamentou-se basicamente na alegação de que o art. 225 da Constituição Federal estaria sendo violado mediante essas decisões. O *caput* desse dispositivo constitucional prescreve: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à

³² WT/DS332/AB/R; WT/DS332/R.

³³ WT/DS/332/16, de 29/8/2008. A respeito desse caso, ver Perotti (2009).

³⁴ Laudo 1/2005, de 20 de dezembro de 2005; Laudo 1/2007, de 8 de julho de 2007; Laudo 1/2008, de 25 de abril de 2008.

coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” A relevância da questão levou à realização de uma audiência pública em 27 de junho de 2008.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pelo provimento parcial da ADPF 101/2006, proibindo, em geral, a importação de pneus recauchutados, mas admitindo algumas exceções para a importação de pneus remoldados com base em normas do Mercosul e garantindo a coisa julgada³⁵. Dessa maneira, a controvérsia foi sanada do ponto de vista do direito interno. Nada obstante, a situação aponta para dificuldades prementes de afastar um constitucionalismo provinciano no caso brasileiro. Ao mesmo tempo, evidencia a grande dificuldade de se conseguir um nível de solução satisfatório para todas as ordens envolvidas. Uma exigência fundamental é, porém, que haja um mínimo de consistência interna das decisões, para que as soluções propostas não caiam no descrédito. A posição do Brasil, que, conforme o setor do poder público, tomou posições inteiramente contrárias ou favoráveis à importação de pneus recauchutados, assim como rejeitou a importação de pneus usados da União Europeia com base em argumentos ecológicos e referentes ao direito à saúde, mas, simultaneamente, admitiu a importação do mesmo produto quando proveniente do Uruguai e do Paraguai, mostrou-se inconsistente tanto do ponto de vista interno quanto internacional: essa confusão não era satisfatória nem para a OMC nem para o Mercosul, muito menos para uma perspectiva consistente do direito constitucional estatal concernente à proteção do meio ambiente. Até o julgamento da ADPF 101/2006 (uma decisão que, embora possa ser suscetível de críticas, estabilizou a situação), a prática inconsistente e oportunista revelou que o caminho percorrido pelo Brasil, no caso da importação dos pneus usados, afastou-se de um modelo aberto às exigências do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, antes se aproximando de uma mistura de “pragmatismo” simplório na política externa e provincianismo jurídico-constitucional. Nesse particular, impõe-se, cada vez mais, uma revisão dos paradigmas constitucionais, possibilitando uma “conversação” transconstitucional mais sólida com ordens normativas entrelaçadas em torno de problemas no sistema jurídico mundial multicêntrico, especialmente por parte do Supremo Tribunal Federal. Isso não deve significar, porém, arroubos ou bravatas internacionalistas, transnacionalistas ou supranacionalistas em detrimento da ordem constitucional brasileira, mas sim a afirmação dessa ordem como parceira na construção de um transconstitucionalismo multiangular.

³⁵ STF, ADPF 101/DF, 24/6/2009, DJe 4/6/2012. Pela improcedência da ADPF votou apenas o Ministro Marco Aurélio.

8. Observação final

Uma transformação profunda tem ocorrido, nas condições hodiernas da sociedade mundial, no sentido da superação do constitucionalismo provinciano ou paroquial pelo transconstitucionalismo. Essa transformação deve ser levada a sério, inclusive na América Latina. O Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, se emanciparam do Estado. Essa situação não deve levar, porém, a novas ilusões, na busca de “níveis invioláveis” definitivos: internacionalismo como *ultima ratio*, conforme uma nova hierarquização absoluta; supranacionalismo como panaceia jurídica; transnacionalismo como fragmentação libertadora das amarras do Estado; localismo como expressão de uma eticidade definitivamente inviolável³⁶.

Contra essas tendências, o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder –, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. Isso me parece frutífero e enriquecedor da própria identidade porque todo observador tem um limite de visão no “ponto cego”, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação (VON FOERSTER, 1981, p. 288-309). Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de *alter e ego*, que “eu vejo o que tu não vês” (LUHMANN, 1990, p. 228-234), cabe acrescentar que o “ponto cego” de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: *o ponto cego, o outro pode ver*.

³⁶ O “nível inviolável” pode envolver-se, no dinâmico jogo transconstitucional, com outros níveis (entrelaçados) em um “nível superentrelaçado” (HOFSTADTER, 1979, p. 686 et seq.).

Referências

- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei n. 1.057*. Relatora: Deputada Janete Rocha Pietá. Brasília: Comissão de direitos humanos e minorias, 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=872647&filename=Parecer-CDHM-17-05-2011>. Acesso em: 24 dez. 2008.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: entre clasicismo y creatividad. In: VON BOGDANDY, Armin; LANDA ARROYO, César; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Ed.). *¿Integración suramericana a través del derecho?: un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- CARAZO ORTIZ, Pía. El sistema interamericano de derechos humanos: democracia y derechos humanos como factores integradores en Latinoamérica. In: VON BOGDANDY, Armin; LANDA ARROYO, César; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Ed.). *¿Integración suramericana a través del derecho?: un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CorteIDH). *Caso Yamata vs. Nicaragua*. San José: CorteIDH, 2005a.
- _____. *Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. San José: CorteIDH, 2005b.
- COSTA NETO, J. A citação meramente retórica de precedentes judiciais estrangeiros no julgamento da ADPF 186 (cotas raciais na UnB). *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília. No prelo.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Jersild v. Denmark*. Denmark: ECHR, 1994.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Cuestiones de la jurisdicción interamericana de derechos humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, D.F. v. 8, p. 187-221, 2008.
- GONZÁLEZ VOLIO, Lorena. Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: el Caso Yatama contra Nicaragua. *Revista IIDH*, San José, v. 41, p. 317-345, 2005.
- GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1988.
- GUZMÁN, Esther Sánchez de. *Entre el juez Salomón y el dios Sira: decisiones interculturales e interés superior del niño*. Amsterdam: Universiteit van Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, 2006.
- HOFSTADTER, Douglas R. *Gödel, Escher, Bach: an eternal golden braid*. New York: Basic Books, 1979.
- JACKSON, Vicki C. *Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement*. Harvard Law Review, Cambridge, v. 119, p. 109-128, 2005.
- LUHMANN, Niklas. Ich sehe was, was Du nicht siehst. In: _____. *Soziologische Aufklärung 5: Konstruktivistische Perspektiven..* Opladen: Westdt. Verl., 1990.
- MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- _____. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MELLO, Celso de Albuquerque. O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição federal. In: _____. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

MONTORO, Franco. Filosofia do direito e colonialismo cultural: transplante de institutos jurídicos inadequados à realidade brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 10, n. 37, p. 3-20, jan./mar. 1973.

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

_____. Justicia y diferencia en una sociedad global compleja. *Doxa cuadernos de filosofía de derecho*, Alicante, n. 24, p. 349-377, 2001.

_____. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, out./nov./dez. 2005.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und Interpretation des Falls Brasilien*. Berlin: Duncker und Humblot, 1992.

_____. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Márcio Luís. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PEROTTI, Alejandro. ¿Quién paga los costos del incumplimiento de las sentencias del tribunal permanente de revisión (mercosur)? Responsabilidad del estado por violación del derecho de la integración?. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 6, p. 1-8, mar. 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e do direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAMÍREZ, A. El caso de la comunidad indígena Yajye Axa VS. Paraguay. *Revista IIDH*, San José, 29 mar. 2006.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Oxford: Oxford University, 1990.

_____. *The law of peoples; with, The idea of public reason revisited*. Cambridge: Harvard University, 1999.

SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. O tribunal penal internacional em face da constituição brasileira e a questão da ineficácia social dos direitos fundamentais. In: NEVES, Marcelo. *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SCHWARZ, R. As ideias fora do lugar. In: _____. *Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Duas Cidades, 2008.

SEGATO, Rita. Que cada pueblo teja los hilos de su historia: el pluralismo jurídico em dialogo didáctico con legisladores. In: CHENAUT, Victoria et al. *Justicia y diversidad en América Latina: pueblos indígenas ante la globalización*. Quito: FLACSO, 2011.

_____. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. *Mana*, Valencia, v. 12, n. 1, p. 207-236, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Prefácio: a Corte Interamericana de Direitos Humanos: um testemunho para a história. In: OLIVEIRA, Márcio Luís. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

VON FOERSTER, Heinz. On constructing reality. In: _____. *Observing systems*. California: Intersystems Publications, 1981.

WOLFRUM, Rüdiger. The protection of indigenous peoples in international law. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, n. 59, p. 369-382, 1999.