

DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO SOCIAL DA GLOBALIZAÇÃO E DA TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA

FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE SOCIAL CONTEXT OF GLOBALIZATION AND THE PROTECTION OF HUMAN DIGNITY

Alexandra Lorenzi da Silva¹

Resumo: Este trabalho aborda questões que incluem democracia, o fenômeno da integração regional, globalização, direitos fundamentais, ascensão institucional da jurisdição constitucional e constitucionalismo transnacional. Dessa forma, é uma pesquisa secundária voltada ao estudo dos direitos fundamentais e sua proteção. Ainda, apesar de contemplar o cenário transnacional, não tem como objetivo contribuir para o desenvolvimento do direito internacional público, mas para o constitucionalismo transnacional. Os sistemas políticos, econômicos e jurídicos estão cada vez mais interdependentes, e não fazer progredir as discussões teóricas que dão base à prática pode ser arriscado e, provavelmente, prejudicial. Defende-se, aqui, as interações judiciais transnacionais em assuntos constitucionais como um meio adequado para inserir a jurisdição constitucional no processo de transnacionalização, sem recepcionar um isolacionismo provincial subdesenvolvido para lidar com os problemas contemporâneos, nem cair em um cosmopolitismo ingênuo ou em um universalismo autoritário capaz de destruir identidades culturais e normativas.

Palavras-chave: Democracia. Globalização. Direitos Fundamentais. Jurisdição Constitucional.

¹ Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina desde 2002, com sólida formação acadêmica em Direito, incluindo mestrado e doutorado em andamento, com foco em Direito Ambiental e Constitucional. Possui produção científica relevante, com artigos e livros publicados sobre jurisdição ambiental, transnacionalismo e acesso à justiça, além de atuação acadêmica internacional. Apresenta experiência consolidada na área jurídica pública, com atuação em pesquisa, docência e prática judicial, aliando teoria e aplicação no campo do Direito.

Constitucionalismo Transnacional.

Abstract: This work addresses issues that include democracy, the phenomenon of regional integration, globalization, fundamental rights, the institutional rise of constitutional jurisdiction and transnational constitutionalism. Thus, it is a secondary research focused on the study of fundamental rights and their protection. Still, despite contemplating the transnational scenario, it does not aim to contribute to the development of public international law, but to transnational constitutionalism. Political, economic and legal systems are increasingly interdependent, and do not advance the theoretical discussions that give rise to basis of practice can be risky and likely to be harmful. Here, transnational judicial interactions in constitutional matters are defended as an adequate means of inserting constitutional jurisdiction in the transnationalization process, without accepting an underdeveloped provincial isolationism to deal with contemporary problems, nor falling into naive cosmopolitanism or universalism. authoritarian regime capable of destroying cultural and normative identities.

Keywords: Democracy. Globalization. Fundamental rights. Constitutional Jurisdiction. Transnational Constitutionalism.

INTRODUÇÃO

No contexto da globalização, os direitos fundamentais são os princípios que devem reger as relações entre os indivíduos, os grupos e o Estado, de forma a assegurar a proteção dos direitos humanos. Esses princípios foram consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, e são a base da Constituição Federal de 1988.

A globalização tem impactos diretos nos direitos fundamentais, uma vez que ela intensifica as trocas internacionais e, conseqüentemente, aumenta a interdependência entre os países. Com isso,

os direitos fundamentais devem ser entendidos não apenas como princípios que regem as relações entre os indivíduos, os grupos e o Estado, mas também como um conjunto de normas que devem ser respeitadas pelos Estados na relação entre si.

Nesse sentido, os direitos fundamentais devem ser entendidos como um conjunto de normas internacionais que regulam as relações entre os Estados e asseguram o respeito à dignidade humana. Essas normas são fundamentais para o funcionamento da sociedade global e devem ser respeitadas por todos os países. No entanto, é importante ressaltar que a tutela dos direitos fundamentais não é uma tarefa fácil, uma vez que os Estados têm interesses divergentes e, conseqüentemente, normas diferentes. Além disso, a globalização tem impactos negativos, como a desigualdade social e a exclusão de grupos vulneráveis, que podem afetar negativamente a tutela dos direitos fundamentais.

A tutela da dignidade humana é um dos principais objetivos dos direitos fundamentais. A dignidade humana é a qualidade que faz com que a pessoa seja considerada como um ser dotado de valor inestimável e merecedor de respeito. A proteção da dignidade humana é um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988, que estabelece que todos os seres humanos têm direito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, sendo tais direitos inerentes à pessoa humana.

Nesse contexto, parece não haver dúvidas quanto à sociedade mundial contemporânea ser marcada pela transnacionalização de uma série de esferas sociais. Entretanto, é preciso estar atento ao fato de que as relações entre culturas diferentes, que sejam realizadas diretamente pelos indivíduos ou pelos Estados, trata-se de um tema complexo que demanda análise do surgimento de uma série de questões a serem enfrentadas.

A DEMOCRACIA FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando se questionou acerca da necessidade de uma Constituição, defendeu-se que o seu principal objetivo, em uma sociedade caracterizada pelo pluralismo razoável, é garantir as condições para a deliberação democrática e para sua promoção. Na verdade, a característica fundamental da

modernidade é o surgimento da revolução democrática (MOUFFE, 1996). Assim, Gisele Cittadino (2004) aponta que há um compromisso com a sociedade democrática liberal por parte de autores liberais, críticos-deliberativos e comunitaristas.

Em outras palavras, todos os participantes do debate defendem as instituições liberais representadas pelo império da lei, a separação de poderes e os direitos fundamentais, e a democracia, expressada pela soberania popular e regra da maioria, mesmo que haja variações nas interpretações. Além disso, ao analisar a ligação direta entre direito, moral e política, Nino apresentou o paradoxo não do caráter supérfluo da Constituição, mas do Direito. Se as normas jurídicas por si só não justificam decisões, pois estas devem ser embasadas em princípios morais, qual seria então a importância das normas jurídicas?

No entanto, é óbvio que uma concordância perfeita entre exigências morais e normas jurídicas é irreal. As autoridades estão sujeitas a transgredir valores morais, de forma intencional ou não, e, assim, surgem mais duas dúvidas: a primeira se refere ao sistema de governo que minimiza a possibilidade de desvios morais e, a segunda trata da existência de um sistema de governo que garanta certa obrigatoriedade moral para suas normas jurídicas mesmo quando o conteúdo destas contemple erros morais. A democracia é apontada como resposta a ambas as indagações.

Uma indagação que pode surgir é se a democracia é, de fato, indispensável, tendo em vista que uma ditadura que cumprisse os direitos fundamentais teria o mesmo valor de uma sociedade democrática. Outra possibilidade é que um regime ditatorial, no qual determinados direitos fossem respeitados, seria preferível a uma democracia em que esses direitos permanecessem apenas como promessas não cumpridas. Porém, de acordo com Nino (1999), a democracia tem um valor epistêmico para alcançar as decisões morais corretas.

No âmbito das justificativas atinentes à democracia, uma das primeiras que podem ser apontadas é que a democracia configura expressão da soberania popular. Essa é a abordagem mais clássica, pois se ampara no argumento de que a democracia é a única forma de governo em que o povo se mantém soberano, governando-se a si mesmo.

A democracia, enquanto um mínimo de conteúdo inerente a um sistema político que garanta direitos individuais, é fundamental para assegurar esse tipo de sistema. Ela é o núcleo de um sistema de direitos fundamentais e todos os seus direitos decorrem logicamente do princípio democrático discursivo, instituído sob a forma de um princípio democrático.

Estabelecer uma relação entre a ordem constitucional e os ideais democráticos é uma tarefa que demanda uma importante etapa de criação de uma norma jurídica. A elaboração dessa norma deve considerar um padrão mínimo de instrumentos para garantir a efetividade prática dos direitos fundamentais. Nessa linha de raciocínio, Rawls aponta para a responsabilidade da tarefa legislativa de estabelecer tal padrão, sempre vinculada à ideia de democracia, assegurando que uma Carta Constitucional dessa espécie está em consonância com a ideia tradicional de governo democrático, ao mesmo tempo em que abre margem para a instituição da revisão judicial (RAWLS, 2000).

Como Ronald Dworkin aponta, há uma relação profunda entre os direitos mínimos fundamentais e os comandos democráticos criados por meio de um Pacto Social. Uma comunidade realmente democrática não só admite, mas também pressupõe a proteção de posições contra a maioria (os direitos fundamentais), cuja força vem de princípios exigidos pela moralidade política (DWORKIN, 2007).

Hirsch e Archanjo (2020, p.22) explicam a definição dos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais, portanto, são regras e princípios dirigidos para uma comunidade, baseados na aplicação do poder soberano de cada Estado e expondo valores de cada país em cada momento histórico do referido Estado. Representam valores especificados (locais ou peculiares) e nacionais. É muito importante deixar claro que a concepção não deve ser de afastamento entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Bem ao contrário, a relação deve ser de complementaridade: para fins de uma proteção o mais efetiva possível aos seres vivos em geral, e ao ser humano em particular, devem ser cumuladas as normas dos direitos humanos e as dos diversos ordenamentos estatais que consagram direitos fundamentais.

Portanto, os direitos fundamentais podem ser classificados como as condições democráticas,

reconhecidas pela comunidade política sob o manto de princípios, sem os quais é impossível ter cidadania completa ou um verdadeiro processo político deliberativo. Os direitos fundamentais tornam-se, mais importante que isso, uma necessidade democrática mínima, para, somente se necessário e depois, servirem de balizas delimitadoras de outros direitos.

OS FENÔMENOS DA INTEGRAÇÃO REGIONAL E A GLOBALIZAÇÃO

Inquietantes e produtivos temas de investigação, no campo dos direitos humanos de terceira geração - sob a ótica da realidade mundial atual - são as relações entre o fenômeno da globalização e a recente experiência de integração regional que se desenvolve em vários continentes. O interesse crescente por esse campo temático, embora suscite significativas questões doutrinárias, deve-se às rápidas e profundas modificações já ocorridas e ainda em curso, que desafiam as categorias teóricas, o quadro conceitual e as figuras jurídicas pelos quais compreendemos, criticamos e operamos os chamados direitos humanos.

A ordem mundial pós-Segunda Guerra Mundial foi caracterizada pela criação do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, bem como pelo surgimento de várias organizações de cooperação e integração econômica. Além do processo de internacionalização dos direitos humanos, a contemporaneidade é marcada pela consolidação de blocos econômicos, que são oriundos do crescente processo de integração regional. Os blocos econômicos passam a delinear os contornos do cenário global, a partir da intensificação das relações internacionais, por meio da integração e cooperação entre Estados e mediante a celebração de diversos tratados internacionais.

Nesse contexto, em 1951, seis países europeus (França, Bélgica, Itália, Alemanha, Luxemburgo e Países Baixos) celebraram a formação da European Coal and Steel Community (ECSC, Comunidade Europeia do Carvão e do Aço). Com isso tem início o processo de integração regional europeia. De fato, a partir de 1945 insurgiu o movimento em benefício da criação de uma nova Europa, que deveria ter unidade e poder capazes de impedir as barbaridades realizadas no transcorrer das duas

guerras mundiais, assim como deveria apresentar melhores condições de inserção na esfera das relações internacionais (tanto em relação às superpotências, quanto no que tange às antigas colônias) (PIOVESAN, 2011).

O tratado que criou o ECSC estabeleceu um mercado comum de aço e carvão, que seria gerido com base em políticas implementadas em conjunto acerca da produção, consumo, preços, comércio, expansão e desenvolvimento de transações, além das condições sociais e econômicas dos obreiros nas indústrias. Com o gradual processo de integração econômica, passou-se a consolidar a concepção de “comunidade econômica europeia”. Essa concepção exigiu, por seu turno, o desenvolvimento de instituições comuns (como a Comissão, o Conselho, o Parlamento e a Corte europeia), a criação de um mercado comum e a progressiva coordenação de políticas econômico-sociais, integrando assim os novos Estados-membros.

De modo gradual, paralelamente à integração nos aspectos econômicos, a União Europeia passou a incluir na sua pauta de preocupações a questão da consolidação da democracia e do cumprimento dos direitos humanos na região. Considerando as cláusulas democráticas e de direitos humanos como condições imperativas para que um Estado possa pertencer à União Europeia, destaca-se o respeito aos direitos humanos, à democracia e à ordem jurídica (PIOVESAN, 2011).

Sendo assim, o fenômeno da globalização - que, por muito tempo, foi um tema de exclusivo interesse dos economistas - e o problema da integração regional - especialidade do Direito Internacional - são hoje alvos prioritários das atenções de todos os juristas, dentre os quais os que se dedicam aos denominados direitos sociais. A seguir, abordar-se-á a relação entre globalização e integração regional.

Diferentemente da globalização, a integração regional não é antes um dado de realidade, mas uma estratégia política provocada pelos agentes econômicos e implementada pelo Estado através de compromissos internacionais e supranacionais para a criação de uniões aduaneiras, mercados comuns ou uniões econômicas. Em suma, se a globalização, seja em sua vertente geral ou jurídica, é um fenômeno, a integração regional é acima de tudo uma estratégia política (FREITAS JÚNIOR, 2011).

Conforme Freitas Júnior (2011), considerando o longo período de amadurecimento que

resultou na experiência europeia - entre o Tratado de Roma e a revisão de Amsterdã -, não se pode aplicar o mesmo raciocínio ao caso sul-americano. Dessa forma, num curto espaço de tempo, os juristas sul-americanos, inclusive os que lidam com questões de direitos sociais - para os quais o repertório do direito internacional se limitava à Organização Internacional do Trabalho-, precisaram se familiarizar com problemas e categorias jurídicas até então desconhecidas. Em suma, em breve tempo um tema recitado a especialistas tornou-se o eixo do debate jurídico que se tem travado a partir dos anos noventa; principalmente pelo que isso significou de inovador e de surpreendente para uma cultura jurídica cautelosa quase que somente com o direito reservado pelas fronteiras do Estado-Nação.

ASCENSÃO INSTITUCIONAL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA DEFESA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como apontou Ingo Sarlet (2004), os direitos fundamentais, desde que foram estabelecidos na ordem jurídica brasileira vigente, mostram-se como o núcleo de proteção da dignidade humana, passando a servir de parâmetro de organização e limite dos poderes públicos instituídos. Ao assumir esse papel, os direitos fundamentais alcançaram, como já foi visto, a condição de normas jurídicas de aplicação imediata.

Apesar da previsão constitucional, o Estado brasileiro tem um longo histórico de inércia e de deixar de atuar em questão de assegurar direitos fundamentais, sobretudo os de natureza prestacional, os quais requerem dos Poderes instituídos, sobre o Legislativo e o Executivo, uma atuação principalmente positiva, no sentido de instituir a prestação que é o objeto do direito fundamental.

Nesse quadro, os direitos fundamentais têm sido cada vez mais usados como suporte para ações judiciais contra o Estado, que solicitam medidas para sua efetividade e, em grande parte, cobram a implantação de políticas públicas. Assim, o Poder Judiciário tem sido movido a fiscalizar os atos do Poder Público que vão além de uma simples verificação de legalidade, para assumir um papel mais

ativo, que, eventualmente, culmina na chamada “substituição” do administrador público na condução de políticas públicas, uma vez que se tornou usual a prolação de decisões judiciais que impõem a realização de providências materiais referentes a direitos sociais positivados na Constituição.

Em relação à formulação e à classificação normativa desses direitos, é possível afirmar que, no Brasil, tem ganhado terreno a proposta de superação do modelo normativo positivista de qualificação dos chamados direitos fundamentais (DWORKIN, 2007). Na esteira do movimento intitulado de “neoconstitucionalismo”, esses direitos passaram a ser alocados sob um novo cenário, já estruturado em face a um sistema de valores morais, assumindo não somente a forma de regras, mas também a de princípios, o que exige da máquina estatal a sua interpretação e efetivação (ALEXY, 2008).

Lima (2021, p. 41) aborda a questão do neoconstitucionalismo, vejamos:

O neoconstitucionalismo veio à tona a partir de 1988, por meio de uma inegável transformação do conteúdo ideológico do Direito Constitucional, originado pelo surgimento de novos direitos, valores, interpretações, concepções e pelo nascimento de novas matérias econômicas e sociais, que refletiram positivamente na sociedade brasileira. Assim, pode-se considerar que a Constituição Federal de 1988 foi o marco histórico do novo Direito Constitucional, inserido em um processo de redemocratização no qual houve a transição do Estado brasileiro de um regime autoritário e intolerante para o Estado Democrático de Direito.

Neste ambiente de aproximação do neoconstitucionalismo com o direito e a moral, Sarmiento (2009) chama atenção para diversos fenômenos que, relacionados entre si, são relevantes, são eles: reconhecer a força regulatória dos princípios jurídicos e enaltecer sua importância no processo de aplicação do direito; rejeição ao formalismo e mais frequente uso de métodos ou ‘estilos’ mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, teorias da argumentação, etc.; a constitucionalização do direito, ou seja, a irradiação das normas e valores constitucionais, especialmente os relacionados aos direitos fundamentais, para todas as áreas do ordenamento; a reaproximação entre a moral e o direito; a judicialização da política e das relações sociais.

Frente a esse quadro, as premissas basilares do denominado neoconstitucionalismo, de

acordo com os ensinamentos de André Rufino (2009), podem ser assim sintetizadas: a) a atribuição de grande importância aos princípios e valores como elementos integrantes dos sistemas jurídicos constitucionalizados; o uso da ponderação como técnica de interpretação; a compreensão da Carta Constitucional como norma que produz efeitos por todo o arcabouço jurídico; o protagonismo dos magistrados em relação ao legislador na função de interpretar o texto constitucional; por fim, a aceitação de que há uma ligação entre direito e moral.

Com isso, percebe-se que, devido à força normativa da Constituição e à linguagem semântica aberta das cláusulas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, que são estabelecidas, na maioria dos casos, sob a forma de princípios, a atuação do Judiciário nacional na interpretação e aplicação das normas constitucionais tem se intensificado cada vez mais. A própria Suprema Corte já registrou diversos casos em que princípios ganham aplicabilidade plena após uma interpretação sistemática do texto constitucional.

De acordo com Saul Tourinho Leal (2013), até mesmo as regras muito claras podem, diante de inesperadas situações factuais, exigir a audácia mental do intérprete no processo de leitura e interpretação. Diante disso, não restam dúvidas de que a relevância do Poder Judiciário no campo da realização de direitos fundamentais aumentou de uma forma ainda não vislumbrada na esfera nacional.

Como observado por Daniel Sarmiento (2009), crescente tem sido a valorização da razão prática no âmbito jurídico, não somente no sentido de dedução lógica postulada pelas correntes positivas, mas como meio de resolução argumentativa e racional das questões práticas. Nesse sentido, tem sido cada vez mais corriqueiro que questões importantes e de normatividade imprecisa sejam lançadas ao plano jurisdicional, que, em substituição à adoção de práticas positivistas de silogismo e simples subsunção, tornou-se o “fórum” mais adequado para a construção racional da solução jurídica para os casos de difícil solução.

Nesse sentido, ocorre o crescente reconhecimento, no campo jurídico, da importância da razão prática, não apenas como método de dedução lógica - como defendem as correntes positivistas -,

mas como instrumento racional e argumentativo para resolver casos concretos. Sem dúvida, isso tem influenciado muito a jurisdição constitucional brasileira, principalmente no que diz respeito ao papel do Judiciário, quase como um protagonista, na interpretação e aplicação de normas constitucionais.

Como cita Maria Paula Dallari Bucci (2009), há um crescente aumento de movimentação por parte de atores envolvidos com o sistema jurídico, explorando os limites e as fronteiras dos instrumentos judiciais de tutela de direitos fundamentais, apesar das críticas, que são, na sua maioria, baseadas em argumentos de ordem político-institucional. Nesse contexto, Luís Roberto Barroso (2013) afirma que há uma centralidade da Magna Carta e uma supremacia judicial, compreendida como a primazia de um Tribunal Constitucional ou Suprema Corte na interpretação final e vinculante das disposições constitucionais.

Dessa forma, fica claro que o Poder Judiciário tem consciência de seu dever constitucional de proteger e fazer valer os direitos fundamentais. No Brasil, diversas são as decisões judiciais que demonstram a crescente importância institucional do Poder Judiciário e sua postura ativista na interpretação e aplicação de regras constitucionais, buscando extrair do seu texto o maior nível de potencialidade e eficácia possíveis.

Diante desse cenário, a nova visão da jurisdição constitucional, no Brasil, aplicada por todos os juízes e tribunais, requer a mudança da postura dos magistrados na condução das demandas judiciais, principalmente as que discutem a efetivação de direitos fundamentais. Em função da influência desses direitos sobre o processo, a atuação do magistrado e o seu relacionamento com as partes assumem nova configuração, que, batizada sob a perspectiva do formalismo valorativo, tem como propósito, a prestação de tutela efetiva e adequada ao direito material perquirido.

CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL

O constitucionalismo moderno viu uma rematerialização e expansão em escala global na segunda metade do século XX. O autor italiano Luigi Ferrajoli explica que se o constitucionalismo

liberal (visto principalmente na Europa continental) foi uma mudança significativa do governo absolutista, então o constitucionalismo do pós-guerra também causou uma mudança dramática. O autor italiano escreveu que a maior mudança aconteceu em termos de legalidade. As leis tinham que ser válidas sob constituições rígidas, que eram controladas hierarquicamente.

Ademais, a ciência jurídica não se satisfaz mais com uma postura descritiva e explicativa do arcabouço jurídico. A atividade jurisdicional passa a ter, também, outra roupagem, exigindo-se a constante tutela das Cartas Constitucionais (FERRAJOLI, 2005).

Nesse caso, torna-se possível referir-se à força normativa da Constituição. Até o século XX, ao contrário dos Estados Unidos, o texto constitucional não era considerado como tendo sentido normativo. A Constituição delineava os limites políticos do Estado e os direitos fundamentais dos cidadãos, porém, era essencialmente vista como uma carta política (DANTAS, 2009), dependente da atuação do Poder Legislativo para sua materialização. O papel do Poder Judiciário na sua proteção era baseado na exclusão da ordem jurídica de leis ou atos normativos logicamente incompatíveis com o texto constitucional e não a partir do reconhecimento de sua força normativa, do viés obrigatório e vinculativo de suas disposições (BARROSO, 2010).

A segunda metade do século XX viu a obrigatoriedade das normas jurídicas, característica comum a todas as normas constitucionais. O descumprimento das normas constitucionais pode causar a implosão de seus próprios mecanismos para garantir sua observância. Konrad Hesse explica em seu livro que a Constituição e sua eficácia pretendem impor a conformação à realidade social, estabelecer a ordem e fazer com que o Texto Maior não pareça meras recomendações (HESSE, 1991).

A Magna Carta é o nível mais alto do sistema jurídico do Estado Constitucional, e suas regras devem ser seguidas mesmo que não haja outras regras produzidas pelo legislador infraconstitucional. A ideia de que a Constituição é inviolável está profundamente enraizada na sociedade.

Esse movimento de rematerialização constitucional e fortalecimento constitucional tem sido percebido em diversos países do mundo. Além de dar à Constituição um novo valor comum, os diferentes Estados que integram o constitucionalismo contemporâneo também são marcados por

passados autoritários. Assim, as Constituições da Alemanha (1949) e da Itália (1947), que iniciaram tal movimento, acabavam de romper com os regimes nacional-socialista e fascista.

As Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978) marcaram o fim das ditaduras de Salazar e Franco. A Carta Constitucional Sul-Africana (1996/1997) representou o fim para o sistema de apartheid. Na América Latina, vários textos constitucionais, incluindo Brasil (1988) e Argentina (reformada em 1994), foram promulgados ou substancialmente revisados após o fim das ditaduras militares (NEVES, 2009).

Concluindo, a tendência mundial observada atualmente é a adoção de um modelo constitucional em que a Constituição seja vista como uma verdadeira norma jurídica que pode ser invocada no judiciário, anulando assim o comportamento jurídico e normativo. A natureza normativa dos textos constitucionais e suas respectivas associações judiciárias alterou o estatuto da Carta Magna no ordenamento jurídico e fortaleceu o judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal e as Cortes Supremas, em detrimento da representação majoritária (SARMENTO, 2012).

Assim, enquanto o constitucionalismo foi rematerializado na segunda metade do século XX, ele também se espalhou para a maior parte do mundo. Mark Tushnet identificou um paradigma constitucional do pós-guerra que incluía: a defesa da importância dos tribunais responsáveis pela revisão judicial, poderes centralizados, compromisso com a defesa dos direitos fundamentais e a adoção do princípio do Estado de Direito. A expansão global desse paradigma está atrelada às Constituições estaduais. O referido autor também entende que o Estado inevitavelmente substituirá o autoritarismo por um sistema constitucional (TUSHNET, 2008).

Acerca do Constitucionalismo global, Ferreira (2022, p. 162) afirma que:

Na dimensão internacional, Günther Teubner denuncia que há sempre aquela tentação de elevar ao plano internacional o mesmo esquema de supremacia do direito constitucional estatal. Em idêntica ótica, advertem Sam Muller e Sidney Richards que o mesmo raciocínio utilizado na ordem jurídica estatal de enumeração das fontes jurídicas e de preocupação com limites territoriais tende a recair também sobre a busca por unidade na ordem jurídica internacional. Muito possivelmente porque Sam Muller e Sidney Richards reforçam que,

além da cultura de forte jurisdição constitucional incidente sobre a soberania do parlamento, a capacidade de a Constituição acomodar novas influências externas constitui-se em dimensão chave do processo de internacionalização das cortes supremas dos países.

A “inevitável globalização das constituições” pode ser derivada de movimentos “de cima para baixo” (conferências internacionais de juízes, ONGs, tratados e acordos de convenções) e movimentos “de baixo para cima” (com a globalização econômica e o movimento de pessoas ao redor do mundo) (TUSHNET, 2008). Essa tendência global está forçando a redefinição de outro ramo do direito público: o direito internacional público. Como diz Nico Krisch, o constitucionalismo surgiu sem paralelo na década de 1990 (após a Guerra Fria), tornando-se o modelo político elementar não apenas na Europa Central e Oriental, mas em grande parte do mundo.

Ao mesmo tempo, o direito internacional público tornou-se um farol de esperança para a promessa de um mundo melhor e mais justo. A arena internacional parece ter mudado da anarquia para a ordem, com novas instituições e tribunais instituindo novos padrões, com valores compartilhados fornecendo uma estrutura de princípios. Uma ordem internacional cada vez mais forte e equitativa parece ter aumentado a disseminação da democracia constitucional no país.

Nos mais de 20 anos que se seguiram, houve uma relação de troca e perpétua pressão entre esses dois ramos do direito público. O constitucionalismo estatal passou a ser questionado pela transnacionalização progressiva, e dela também tirou lições. Ao mesmo tempo, o direito internacional público estava sob pressão das ideias constitucionais para mudar e, assim, criou uma dimensão: o direito internacional dos direitos humanos.

De fato, ao longo da segunda metade do século XX, foi evidente a proliferação de tratados e convenções de direitos humanos em diversos contextos: internacional, regional, supranacional, global etc. Alguns deles até atuaram independentemente dos signatários. A crescente preocupação com os direitos humanos fundamentais no contexto internacional tem implicações para a estrutura constitucional dos Estados-nação (WEIS, 2012).

Nos textos constitucionais que surgiram nessa época, passou-se a fazer uso das chamadas “cláusulas de abertura” para os tratados e convenções de direitos humanos fundamentais, os quais são colocados em um nível constitucional ou superior (às vezes, até mesmo supraconstitucional). Esse comportamento é perceptível nas Constituições americanas (Peru, Chile, Nicarágua, Guatemala, Colômbia, Honduras, Paraguai, Argentina, El Salvador, México, Venezuela e Brasil), europeias (Grécia, Alemanha e França), e africanas (África do Sul e Angola) (MORAIS; SALDANHA; VIEIRA, 2011).

Claramente, a proteção efetiva e universal desses direitos continua sendo um horizonte. É sabido que violações de direitos humanos existem em todo o mundo, mesmo em países que adotam o modelo de democracia constitucional. Apesar de vários órgãos jurídicos internacionais e dos esforços para estabelecer um sistema de justiça de proteção, o desrespeito persiste. Por isso, aponta Costas Douzinas, os direitos humanos só podem oferecer paradoxos (DOUZINAS, 2009).

Mesmo assim, é possível dizer que há um avanço a ser notado, pelo menos em termos de instituições explícitas de cada Estado. Atualmente, não são percebidas violações generalizadas e diretas aos cidadãos pelos Estados ou seus representantes, pelo menos não da mesma forma que na Alemanha nazista, Itália fascista, URSS e China comunistas, ou nas ditaduras de Portugal, Espanha e América Latina. Todos esses países já demonstraram um considerável progresso em comparação com seus passados relativamente recentes, embora em graus diferentes.

No geral, o que se percebe é que a grande modificação do direito internacional público ocorre pelo crescente envolvimento do ideário constitucionalista nesse campo do Direito. A verdade é que a proteção e ampliação dos direitos humanos fundamentais não é senão a expansão do constitucionalismo moderno para as diferentes esferas do planeta, ainda que através de tratados e convenções internacionais celebrados entre os Estados e fiscalizados por órgãos internacionais, regionais ou supranacionais. O direito constitucional altera o direito internacional.

Outro fenômeno que está recebendo bastante atenção dos teóricos do constitucionalismo contemporâneo, porém, ainda não há uma unidade teórica, é o constitucionalismo “além do Estado” ou, como preferimos chamar, o constitucionalismo transnacional (TEIXEIRA, 2012). Primeiramente,

Anderson Vichinkeski Teixeira ressalta uma advertência. Segundo o autor, pode-se ver o termo como um oxímoro, pois ele tenta unir duas ideias historicamente dissociadas e até mesmo excludentes.

O constitucionalismo tem uma relação direta e necessária com o Estado-nação em sua origem. O movimento constitucional e a promulgação da constituição visavam reconstruir e estabelecer um Estado-nação territorial. Por outro lado, o desenvolvimento das relações transnacionais, apesar e além do Estado-nação, às vezes viola suas reivindicações normativas. Portanto, seria paradoxal falar em constitucionalismo transnacional (TEIXEIRA, 2012).

Apesar disso, acadêmicos de todos os lugares do planeta tem trabalhado e explorado a ideia de um constitucionalismo transnacional, levantando as mais variadas sugestões e críticas. As propostas teóricas para pensar o constitucionalismo para além do Estado demonstram uma diversidade de variáveis a serem consideradas e uma série de problemas que surgem delas. Pode-se observar enfoques tanto descritivos quanto prescritivos.

Não obstante a relevância dessas contribuições, parece que ainda são somente um projeto. Soa inviável, na atualidade, apontar para a criação de tais como estruturas constitucionais. Os enfoques prescritivos do constitucionalismo transnacional indicam a necessidade de construção de mecanismos, instituições e estruturas que o constitucionalismo nacional/estatal possui ou requer: comissões, órgãos de deliberação e votação, condições para participação democrática, constituições (regionais, supranacionais, global) etc. Essa perspectiva sustenta a necessidade de constitucionalizar a ordem internacional para restringir e disciplinar a atuação dos entes privados (principalmente o mercado) e dos entes públicos estatais.

Apesar da importância desses aportes, eles parecem ser apenas um ideal. Defender a criação de tais estruturas parece ser algo inviável na atualidade. As demandas que esse empreendimento requer são muito grandes e praticamente inatingíveis no presente. O grande problema é querer analisar e planejar preceitos para o transnacional a partir do que é possível em um cenário nacional (J. J. Gomes Canotilho denomina isso de “mimetismo estatista”) (CANOTILHO, 2008).

Na realidade, talvez seja seguro afirmar que elas sequer são desejadas. Um Estado global terá

muito poder e acabará por criar o problema que procura solucionar: limitação do poder. A democracia global acabará por beneficiar os países mais populosos, ou exigir tantas estruturas de compensação que o projeto não parecerá viável. Uma constituição global deve ser tão geral e ampla que perca seu significado concreto (SARMENTO, 2012). O presente estudo desvia-se das recomendações nesse sentido por entendê-las próximas à chamada “falácia do planejamento”.

A falácia do planejamento reside em acreditar que podemos avançar coletivamente em direção aos nossos objetivos adotando um plano comum e trabalhando para ele sob a liderança de alguma autoridade central. É uma falácia pensar que uma sociedade ou o mundo podem ser organizados como um exército, com uma cadeia de comando de cima para baixo e responsabilidade de baixo para cima, assegurando a coordenação bem-sucedida da população em torno de um plano desenvolvido elaborado por poucos (SCRUTON, 2011).

Como premissa para tal proposta, embora não explicitada, tem-se uma pretensão racionalismo que afirma que é possível moldar a sociedade e o mundo por meio de uma liderança sábia. Entende-se que essa ordem deliberadamente sedimentada tem o potencial de resvalar para o autoritarismo justamente pela quantidade de poder que deve ser concentrada. Se o mundo contemporâneo precisa de uma ordem em escala global, esta não pode ser fruto de uma imposição, mas apenas cultivada, sempre levando em consideração a diversidade humana (KISSINGER, 2015).

As abordagens descritivas do constitucionalismo transnacional tendem a enxergar as estruturas internacionais existentes de uma perspectiva constitucional. Apesar de abordagens mais realistas do que prescritivas, algumas estruturas e instituições estabelecidas em cenários transnacionais ainda não podem ser consideradas constitucionais. É verdade que as instituições da UE podem ser lidas do ponto de vista constitucional, mas é uma exceção. De uma perspectiva mais ampla, fica claro que os tipos de instituições encontradas no cenário europeu são muito escassos. As dificuldades são visíveis, mesmo na Europa.

Embora existam diferenças significativas entre as várias abordagens, em geral, elas apontam para o fato de que não há mais uma relação necessária entre o Estado-nação e o constitucionalismo.

No entanto, isso não significa que o constitucionalismo estatal deva ser abandonado. Este e o seu dogma subjacente (NEVES, 2009), continuarão a ser a base da identidade do sistema jurídico. O constitucionalismo transnacional deve ser vislumbrado como um mecanismo de reflexão do constitucionalismo estatal (SARMENTO, 2012). Do mesmo modo, a morte do Estado-nação não se justifica. Essa estrutura ainda é imprescindível, e nenhuma alternativa viável foi encontrada. O que se defende é a possibilidade de refletir o constitucionalismo sem o Estado nacional (JULIOS-CAMPUZANO, 2009) Ademais, falar de constitucionalismo transnacional não deve significar defender uma Constituição global.

Do mesmo modo, o constitucionalismo transnacional pode agora ser visto mais apropriadamente em termos das ações realizadas pelas instituições. Em outras palavras, o constitucionalismo transnacional (portanto, uma postura descritiva) deve ser entendido em termos de como certas instituições se comportam e com base nos princípios que regem essas ações. Assim, este estudo adota a visão de que o constitucionalismo transnacional se desenvolve de forma descentralizada, fluida, orgânica, informal e espontânea a partir de redes criadas pelas instituições e suas interações, embora não sejam simétricas, mas seu papel é defender determinados princípios. Nessa rede, pelo menos ao que importa para o escopo deste estudo, pode-se perceber diversos textos constitucionais estatais, tratados e convenções constitucionais, e diversos tribunais e instâncias responsáveis pela resolução de casos constitucionais ao redor do mundo.

Manter um olhar cauteloso sobre o constitucionalismo transnacional é a atitude mais prudente a se ter, dada a infinidade de interações possíveis entre os elementos constitucionais espalhados pelo mundo. Esse, portanto, é o aspecto ideal do constitucionalismo transnacional: desassociado tanto do Estado nacional ou mundial quanto de uma Constituição global, tendo como foco estar ao lado do constitucionalismo estatal para, com este, interagir de forma construtiva e produtiva, sem imposições. Em síntese, um constitucionalismo reflexivo (BARROSO, 2013).

Parece possível afirmar que a ambivalência identificada nesse estudo possa ser sanada, mas para isso é necessário repensar alguns dos pontos de partida. Um dos fenômenos que os teóricos

utilizam para apontar a existência do constitucionalismo para além do Estado é a interação que os tribunais de todo o mundo criam entre si para solucionar as questões que lhes são colocadas. O referido expediente tem sido avaliado por muitos estudiosos no país e no exterior. Promover avanços nesse debate é o objetivo deste trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia, enquanto um mínimo de conteúdo inerente a um sistema político que garanta direitos individuais, é crucial para assegurar esse tipo de sistema. Ela é o núcleo de um sistema de direitos fundamentais e todos os seus direitos advém logicamente do princípio democrático discursivo, instituído sob a forma de um princípio democrático. Nesse contexto, a adoção de padrões uniformes mínimos de respeito a direitos fundamentais necessitará do estímulo proveniente do acirramento das demandas sociais, seja no interior das nações, seja no plano inter-regional ou intrarregional.

Destarte, nota-se que, com a inserção da constitucionalização da tutela jurisdicional e diante do cenário teórico em que se encontra a jurisdição constitucional nacional, as atribuições do Poder Judiciário e as suas características institucionais tiveram que ser revistas. O titular de pretensões jurídicas ameaçadas ou violadas não está mais limitado à utilização do procedimento legalmente instituído como único meio de acesso, mas encontra no Judiciário e, por consequência, no contexto do processo, um ambiente adequado para deliberação e busca de solução concreta para a máxima realização do direito no campo material.

É notório, portanto, que o Poder Judiciário, consumando sua função de instância de justificação pública, detém considerável importância na proteção dos direitos fundamentais. Não somente por conta do descaso do Poder Público ou da incompetência da representatividade parlamentar na defesa desses direitos, mas primordialmente pelas atribuições que lhe são conferidas pela Constituição de prestar uma resposta adequada e efetiva. O controle judicial, nesse sentido, é uma ferramenta adequada e indispensável para tutelar os direitos fundamentais de forma eficaz.

Novamente, não só isso, a arquitetura institucional de proteção dos chamados direitos fundamentais, caracterizada pela previsão ampla e genérica, impõe ao Poder Judiciário a missão de, através da interpretação, construir o sentido vinculante desses direitos. Em outras palavras, o universo jurídico se mostra permeável ao debate ético e ao reconhecimento e à valorização dos princípios jurídicos na etapa de aplicação do direito, provocando a difusão do paradigma neoconstitucionalista.

Neste contexto, o aumento da atuação institucional do Poder Judiciário na tutela e promoção de direitos fundamentais torna-se cada vez mais evidente, de forma que, não apenas como um mecanismo decisório, o magistrado deve conduzir o processo como um espaço de natureza deliberativa também direcionado à completa descrição normativa e operacional de direitos que não apresentam o nível de consensualidade necessária para sua implementação. Dessa forma, a dinâmica processual será capaz de lidar com a expansão do controle judicial e, assim, assegurar igualmente os níveis de proteção atribuídos pelo constituinte aos direitos fundamentais.

Não há, conseqüentemente, como ignorar que o controle judicial, enquanto instrumento de interpretação, execução e amparo de normas constitucionais, representa, associado a uma reavaliação das características institucionais do Judiciário e de técnicas processuais, ferramenta imprescindível para a verificação de direitos fundamentais, sempre que transgredidos ou ameaçados.

A elaboração teórica e conceitual de um constitucionalismo transnacional é uma das maiores inquietações da teoria constitucional hodierna. Crê-se que qualquer intento de pensar um constitucionalismo para além do Estado não pode recorrer a grandes projetos ou tentar conceber uma organização hierárquica transnacional. Não se deve lidar com a questão do direito constitucional num cenário global, nem a partir do racionalismo, nem a partir da tentativa de formulação de uma ordem hierárquica, deliberada, unificada, centralizada.

No entanto, não ser favorável ao racionalismo não significa ser contrário à razão, principalmente quando se pensa no direito e no seu caráter eminentemente prático; não ser favorável a uma ordem hierarquicamente estruturada e deliberadamente criada não significa ser contrário à ordem ou favorável ao caos, sobretudo na esfera transnacional. Destarte, o fenômeno é melhor compreendido se optarmos

por uma ordem constitucional transnacional fluída, difusa, informal, orgânica, descentralizada e, portanto, imperfeita. Em outras palavras, o constitucionalismo transnacional não deve ser um arranjo calculado, mas uma ordem que surge de diversas interações jurídico-constitucionais entre vários atores e instituições, a partir da compreensão dos limites dos sistemas sociais e da razão humana individual e sua conseqüente necessidade de interagir com o outro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. As novas faces do ativismo judicial. NOVELINO, Marcelo et al (coord.). Salvador: JusPodivm, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. ano 9,n.103, p. 7-16, Belo Horizonte: Fórum Administrativo – Direito Público – FA, set. 2009.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Nelson Boeira. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007. HART, Herbert L. A. O conceito de direito. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Diálogo transjudicial entre direitos humanos e direitos fundamentais- contributo para um sistema único de proteção judicial. Belo Horizonte: Dialética, 2022.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Direitos sociais e direitos humanos numa economia

globalizada. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 3 | p. 149 - 168 | Ago / 2011.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; ARCHANJO, Camila. Direitos fundamentais do Brasil: Teoria geral e comentários ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Dialética, 2020.

LEAL, Saul Tourinho. A nova face da jurisdição constitucional brasileira. As novas faces do ativismo judicial. NOVELINO, Marcelo et al (coord.). Salvador: JusPodivm, 2013.

LIMA, Débora Caldeira Monteiro de. Direitos fundamentais na jurisdição neoconstitucional: veredas da efetividade processual nos precedentes judiciais. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

MOUFFE, Chantal. O regresso do político. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

NINO, Carlos Santiago. La constitucion de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 1 | p. 1223 - 1246 | Ago / 2011.

RAWLS, John. O liberalismo político. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RUFINO, André. Estrutura de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Direitos fundamentais e estado constitucional. LEITE, George Salomão; e SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). São Paulo: Ed. RT, 2009.