



**TRANSCONSTITUCIONALISMO E SISTEMA INTERAMERICANO DE
PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: NECESSIDADE DE
ABERTURA COGNITIVA PARA UMA RAZÃO TRANSVERSAL NO
SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

*TRANSCONSTITUCIONALISM AND INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS
SYSTEM: NEED FOR A COGNITIVE OPENING TO A CROSS REASON IN
BRASILIAN CONSTITUCIONAL SYSTEM*

Hugo Leonardo Rodrigues Santos

Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor de Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL e Centro Universitário Cesmac. Coordenador Estadual do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM Alagoas, Alagoas, Brasil.

E-mail: hugoleosantos@yahoo.com.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6520668011243642>.

Editora Científica:

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago.

DOI: 10.5585/rtj.v5i3.490

Submissão: 20/09/16.

Aprovação: 04/11/16.

RESUMO

A razão transversal consiste em uma referência para mais de um sistema social, aproximando-os, com a finalidade de aprimorá-los. A construção conceitual dos direitos humanos na esfera internacional deve servir como Norte para vários sistemas sociais, dentre eles os sistemas jurídico e político. Por isso, deve ser considerada como um parâmetro para a evolução do sistema jurídico interno. Este trabalho tece algumas considerações sobre a importância dos preceitos e decisões emitidos pelo sistema regional de proteção dos direitos humanos para o sistema jurídico interno, visando à construção de uma constituição transversal, a qual possibilitaria um aprimoramento do constitucionalismo brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Transconstitucionalismo. Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. Abertura cognitiva.

ABSTRACT

The transversal reason is a reference to more than one social system, approximating them, in order to improve them. The conceptual construction of human rights at the international level should serve as North for various social systems, including the legal and political systems. So it should be considered as a parameter for the evolution of the legal system. This paper presents some considerations about the importance of rules and decisions issued by the regional system of human rights protection for the domestic legal system in order to build a transversal constitution, which would allow an improvement of Brazilian constitutionalism.

KEYWORDS: Transconstitucionalism. Inter-American System of Human Rights Protection. Cognitive Overture.

INTRODUÇÃO

Os sistemas jurídicos dos Estados nacionais necessitam superar algumas dificuldades para operacionalizar as decisões provenientes dos órgãos internacionais de proteção de direitos humanos com funções consultivas e de orientação. São tradicionais os problemas decorrentes do choque entre normas de direito interno e aquelas posições assumidas por esses sistemas protetivos.

O Brasil aderiu ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, por meio da ratificação do Pacto de San José da Costa Rica, e com isso aceitou submeter-se às orientações dos seus órgãos no que diz respeito à proteção de direitos humanos. Isso significa que o Estado brasileiro, como ente jurídico internacional, deve submeter-se às decisões da Corte. Ademais, as decisões dos poderes instituídos devem acatar os posicionamentos do sistema regional.

O efeito imediato dessa recepção de normas é a alteração constante da estrutura normativa constitucional brasileira. De onde surgem inúmeras críticas, muitas delas fundamentadas em um repúdio à aceitação dessas normas do sistema protetivo como fontes do direito interno.

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann¹ parece ser bastante útil para entender como se daria a comunicação entre as normas internas e internacionais, nos casos em que existam incompatibilidades entre as mesmas. Como desdobramento dessa tese, Marcelo Neves desenvolveu uma ideia de constituição transversal, considerando o diálogo entre normas internas e internacionais no desenvolvimento do sistema constitucional.

Com relação aos direitos humanos, é necessário entendê-los como frutos de uma evolução constante. Por essa razão, as normas de direitos humanos estão em permanente construção, e por isso não podem se vincular a um texto estático, ainda que constitucional. De onde surge a importância da vinculação de decisões dos órgãos internacionais de proteção de direitos humanos para a interpretação das normas internas.

Este texto tem como objetivo empreender uma investigação preliminar acerca da aplicabilidade dos preceitos de ambas as teorias, dos sistemas sociais e transconstitucionalismo (ambas estão interconectadas), para a realidade jurisdicional brasileira, particularmente no que diz respeito ao tratamento das decisões da corte interamericana pelo poder judiciário local. Destarte, por meio de uma abertura cognitiva, é possível atualizar o sistema jurídico interno com as novas concepções a respeito de direitos humanos que estão constantemente sendo atualizadas pelas cortes internacionais.

1 O SIGNIFICADO DA CONSTITUIÇÃO, SEGUNDO A TEORIA DOS SISTEMAS

Segundo Niklas Luhmann, as sociedades modernas se caracterizam pela *complexidade*, pois são inumeráveis as possibilidades de interação social, mormente de interações anônimas (nas quais os atributos individuais não modificam o resultado da interação). É preciso que haja, então, uma escolha de quais interações sociais serão aceitas (valoradas positivamente) e quais outras serão tidas como indesejadas (valoradas negativamente).

Por exemplo, diante da constatação da necessidade de proteger a vida, qualquer interação que signifique expor esse bem jurídico a risco deverá ser rechaçada pela sociedade.

¹ ADEODATO, João Maurício Leitão. A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado: notas à teoria de Niklas Luhmann. In: _____. *Ética e retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 63.

Nesse sentido, ocorre uma *redução de complexidades*, que indica uma diminuição das possibilidades de interação social que são aceitas (desejadas).

Essa *redução das complexidades* também é característica das sociedades modernas, nas quais há uma tendência de determinação e delimitação das funções das pessoas (perante a sociedade). Quanto mais moderna for a sociedade, mais bem definidos serão os *papéis sociais*, ou seja, mais bem delimitadas são as expectativas de quais condutas serão legítimas e devem ser obedecidas pelas pessoas em determinada circunstância.

A partir da redução de complexidades, forma-se um *repertório*, que seria precisamente as condutas que se espera que sejam cumpridas pelas pessoas em determinada situação, uma espécie de conjunto de condutas legitimadas (papéis sociais).

Esse repertório é garantido por meio da *estrutura* do sistema social, que nada mais é do que as regras que coagem as pessoas para que se conduzam conforme determinado pelo repertório. A estrutura é o aparato instrumental normativo que garante o repertório de condutas selecionadas.²

Assim, em decorrência da redução de complexidades, são erigidos os sistemas sociais, que são fundados em repertórios e estruturas. Os sistemas sociais coexistem entre si. Por exemplo, o sistema jurídico é um subsistema social, e o sistema constitucional é um subsistema do sistema jurídico, etc. É característica das sociedades modernas a formação de sistemas sociais funcionalmente estratificados. Destarte, o sistema social será tanto mais moderno quanto maior for a sua autonomia e menores forem as interferências externas a ele (*Umwelt*).

As condutas, segundo Niklas Luhmann, são valoradas com base em um repertório próprio, por meio de um juízo binário, que reprova ou não a conduta, a partir de uma valoração que leva em conta as idiossincrasias de cada sistema. É a característica de *autorreferencialidade* dos sistemas sociais.

Destarte, no sistema jurídico, avalia-se determinada conduta como lícita ou não-lícita, e, no sistema constitucional, como adequado à constituição (constitucional) ou inconstitucional. Note que em cada sistema social ocorre uma valoração própria, a qual não

² ADEODATO, João Maurício Leitão. A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado: notas à teoria de Niklas Luhmann. *In: _____*. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 63.

deve ser contaminada por juízos de valores derivados de outros sistemas. Por exemplo, a proibição do aborto não pode ser considerada, no sistema jurídico, com base em argumentos de índole religiosa, considerando que a constituição consagrou um modelo de Estado laico. Assim, apenas argumentos compatíveis com a lógica binária adotada pelo constituinte poderão ser considerados na discussão desse tema, tais como proteção à vida, dignidade da pessoa humana, etc.

A solução intrassistêmica somente será puramente autorreferenciada quando não houver interferência de fora do sistema (*Umwelt*). Ademais, o sistema social deve ser autônomo, o que equivale a dizer que os problemas devem ser resolvidos pela própria estrutura do sistema. Quando coexistem ambos os atributos, autonomia e autorreferencialidade, diz-se que o sistema social é *autopoiético*.

Importante frisar que a *autopoiese* não significa uma cessação absoluta da comunicação com os demais sistemas sociais, mas sim que essa comunicação somente será possível por meio dos elementos próprios do sistema em questão. Por exemplo, o sistema jurídico comunica-se com o sistema político por meio das normas jurídicas, elementos comuns a ambos os sistemas, já que as normas são erigidas por meio de um procedimento legislativo e, portanto, político.³

Dentre essas normas, as de natureza constitucional se destacam pela sua importância, pois servem de acoplamento estrutural entre os sistemas sociais político e jurídico. “Os acoplamentos estruturais constituem fundamentalmente mecanismos de *interpenetrações* concentradas e duradouras entre sistemas jurídicos”⁴. Assim, pode-se afirmar que “a constituição em sentido especificamente moderno não se apresenta simplesmente como uma via de prestações recíprocas, mas antes como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito”.⁵

Continuando, é necessária a consideração de elementos externos ao sistema, mas sempre por meio da seleção autorreferente, utilizando-se a linguagem interna do sistema social em referência. Assim, “a *autopoiesis* processa-se mediante diversas operações seletivas de sentido (sim ou não), por meio dos quais o sistema reduz a complexidade do ambiente e estabelece uma forma de mediar a abertura cognitiva (captando as complexas condições do

³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997. p. 58.

⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 37.

⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 97.

ambiente) e a clausura operativa (que simplifica estas condições a partir de escolhas binárias)”.⁶

A constituição deve servir para garantir essa dinâmica constante de comunicação do sistema jurídico com seus elementos externos, principalmente os políticos. Deve possibilitar influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as.⁷

A partir da adoção de uma razão transversal pela constituição, que resultará em uma constituição transversal, será possível um entrelaçamento entre os sistemas sociais político e jurídico, em função de um aprimoramento de ambos, como será melhor explicado.

2 TRANSCONSTITUCIONALISMO

Para entender o conceito de transconstitucionalismo, é necessário primeiramente se deter sobre a ideia de uma razão transversal. Trata-se de uma lógica “que não é outorgada aos jogos de linguagem particulares, mas, ao contrário, está envolvida com entrelaçamentos que lhe servem como *pontes de transição* entre heterogêneos”⁸. Desse modo, haveria uma razão que não serviria como referência para apenas um sistema social, por meio de sua linguagem binária, pelo contrário, seria balizadora de mais de um desses sistemas sociais, por meio de um compartilhamento funcional.

Ora, se considerarmos o funcionamento do sistema jurídico, segundo a teoria dos sistemas sociais, como já explicado, existiria um código linguístico próprio, especificamente jurídico, que compõe a estrutura desse sistema. Assim, as condutas são valoradas com base no duplo lícito/ilícito. Esse código linguístico não faz sentido, se aplicado a um sistema social diverso.

É por isso que a comunicação entre os sistemas sociais somente poderia ser feita por meio de elementos internos ao próprio sistema, já que a *autopoiese* pressupõe a autorreferencialidade. Então, por exemplo, a economia não pode influenciar o direito, exceto

⁶ ZYMLER, Benjamim. **Política e direito**: uma visão autopoietica. Curitiba: Juruá, 2002. p. 41.

⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 97.

⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 39.

quando as próprias regras jurídicas admitem essa interferência (por exemplo, o depósito de custas judiciais, ou o preparo para acatar um recurso de decisão).

Caso haja perturbação do sistema jurídico por outro sistema social, existirá *alopoiense*, corrupção sistêmica, porque o código linguístico não estará sendo obedecido. Assim, se uma parte é vencedora na ação judicial, tão-somente por possuir maiores recursos econômicos, diz-se que o sistema jurídico não está funcionando perfeitamente, porque não utilizou como critérios seu próprio código binário.

A razão transversal corresponde a uma lógica um pouco diversa, pois admite que um mesmo parâmetro comunicativo sirva a mais de um sistema social. Marcelo Neves cita como exemplo a ideia de justiça, a qual pode servir como referência para os sistemas político, econômico e também o jurídico.⁹

A razão transversal acaba se aproximando da ideia de acoplamento estrutural, já que possibilita a aproximação de sistemas sociais afins. No entanto, deve-se entender que a razão transversal consiste em algo mais, em um *plus*, com relação ao acoplamento estrutural¹⁰. Isso, porque ela pressupõe que as estruturas dos sistemas sociais diversos estejam acopladas, mas em função de um aprimoramento dos sistemas envolvidos.¹¹

Então, cumpre afirmar que a razão transversal é teleológica, pois visa ao aperfeiçoamento sistêmico. Desse modo, “os entrelaçamentos promotores da racionalidade transversal servem sobretudo ao intercâmbio e aprendizado recíprocos entre experiências com racionalidades diversas, importando a partilha mútua de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos”.¹²

Ora, já se afirmou que a constituição é o acoplamento estrutural entre a política e o direito. No entanto, tendo em vista o necessário aperfeiçoamento social, é necessário que a constituição se pautem por uma razão transversal, permitindo um entrelaçamento entre os sistemas político e jurídico, para que ambos sejam aprimorados, como produto dessa interação. Essa constituição transversal “não se restringe a uma conexão estrutural no nível da observação de primeira ordem entre os sistemas. Ela pressupõe que a política e o direito se

⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 42.

¹⁰ NEVES, *op. cit.*, p. 38.

¹¹ NEVES, *op. cit.*, p. 50.

¹² NEVES, *op. cit.*, p. 49.

vinculem construtivamente no plano reflexivo, implicando observações recíprocas de segunda ordem”.¹³

Sobre o tema, cumpre lembrar da importância da normatização dos direitos humanos, mormente na esfera internacional, como critério de aperfeiçoamento da sociedade globalizada. Os tratados internacionais de direitos humanos consistem em verdadeiras conquistas culturais, frutos de uma inegável preocupação com as violações a direitos essenciais. Tanto que vêm se destacando no direito internacional público as regras concernentes à tutela desses direitos, tendo inclusive adquirido sua autonomia, denominadas de direito internacional dos direitos humanos.

Inegável a aproximação entre o direito internacional e o direito constitucional, portanto. Ambos estruturam comunidades políticas e proclamam direitos humanos, e por isso mesmo tendem a ser positivados conjuntamente.¹⁴

Logo, a necessidade de proteção internacional de direitos humanos deve servir como um critério para os sistemas sociais, por meio de uma lógica transversal. Esse dado deverá servir, ao mesmo tempo, para a atualização e melhoria dos sistemas internos nos Estados nacionais, bem como para a eficácia operativa das cortes e órgãos internacionais criados com esse fim. Nesse sentido, importante destacar algumas características dos direitos humanos, para melhor entender essa afirmação.

Dessa maneira, será possível uma “leitura progressista da constituição, na qual os direitos humanos funcionem como um fator de conexão essencial entre sociedades nacionais e como o fundamento da sociedade internacional”.¹⁵

3 A PERMANENTE CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Numa primeira aproximação, os direitos humanos seriam aqueles indispensáveis para assegurar uma existência humana digna. Essa ideia acaba sendo tautológica, pois não

¹³ NEVES, *op. cit.*, p. 63.

¹⁴ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (coord.). **Direito constitucional internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 36.

¹⁵ ESPÓSITO, Carlos. El Derecho internacional de los derechos humanos. *In*: GARGARELLA, Roberto. **La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedade igualitaria**. Buenos Aires: siglo veintiuno, 2011. p. 345.

estabelece os critérios exigidos para se considerar um direito indispensável para a dignidade humana. Além disso, cumpre afirmar que a própria utilização desse termo é deveras problemática, pois parece um pleonasma, já que, em última instância, somente os homens seriam titulares de direitos.¹⁶

Nesse sentido, visando à compreensão do que vêm a ser tais direitos, tornou-se tradicional a diferenciação, desenvolvida por Ingo Wolfgang Sarlet, entre direitos humanos e fundamentais. Segundo o autor, o termo “direitos fundamentais” corresponderia àqueles direitos positivados pelas cartas políticas dos Estados, enquanto que “direitos humanos” teria o seu significado relacionado a regramentos internacionais, que descrevem os direitos entendidos como inerentes à pessoa humana, independentemente de acatamento pelas ordens constitucionais, porque dotados de validade universal.¹⁷

A rigor, mesmo essa posição deve ser relativizada, conforme um entendimento mais atualizado, porque, conforme ficará melhor esclarecido, as decisões das Cortes internacionais de proteção de direitos humanos podem, de fato, modificar as normas constitucionais¹⁸ (ou ao menos a interpretação das mesmas, em um processo de mutação constitucional), o que tornaria o critério de vinculação à ordem constitucional insuficiente para a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. No entanto, é inegável que os direitos humanos, enquanto valores mais importantes prevalecentes na sociedade, nem sempre coincidem com aquele conteúdo axiológico efetivamente positivado no sistema de direito positivo.¹⁹

Por essa razão, os direitos humanos têm que ser considerados como um dado em construção, vinculado intrinsecamente aos progressos civilizacionais da comunidade internacional. Essa visão, histórica, refere-se à compreensão dos direitos humanos como uma sucessão de conquistas, e, portanto, como um conceito dinâmico.

¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 27. O autor opta pelo termo “direitos fundamentais da pessoa humana”. *Idem*, p. 28.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**, 10.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 29. Em defesa da universalização de valores, afirma Mireille DELMAS-MARTY que “(...) acreditamos que a busca de valores comuns é a única resposta realista, pois é a única que permite escapar à vingança em cadeia e de fundar uma paz durável. *Essa busca passa por uma internacionalização do direito e da justiça penal*”. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores? *In*: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (orgs.). **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Barueri: Manole, 2004. p. 61-62, grifos nossos.

¹⁸ RAMOS, André Ramos de. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. **Revista CEJ**, v. 9, n. 29. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2005.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**, 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39.

Logicamente, a normatização dos direitos humanos, no direito internacional, estrutura-se sempre afirmativamente, sem haver retrocessos, porque não é possível revogar direitos já positivados, em razão do princípio internacional da irreversibilidade.²⁰

De onde se conclui que o conceito de direitos humanos é, por natureza, fluido e aberto²¹. Primeiramente, porque as normas de direito internacional que os regulam são, em regra, mais abertas; necessitam de uma maior valoração do intérprete para a sua compreensão. Isso ocorre porque não obedecem a uma legalidade estrita (comum aos Estados de tradição da *civil law*), já que os princípios e regras internacionais se regem por uma ideia ética e moral.

É por isso que Flávia Piovesan ensina que, no processo de reconstrução de direitos humanos, foi notória a “aguda crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal”²². Cumpre ainda mencionar que, apesar da tendência, já explicada, de criação exaustiva de tratados internacionais de direitos humanos, muitas dessas normas ainda provêm de fontes consuetudinárias, que, como se sabe, são fontes do direito menos precisas, e portanto potencialmente abertas a uma contextualização (integração) mais ampla.

Muito embora seja rara uma definição precisa do que vem a ser direitos humanos, é importante identificar quais seriam as normas de direito internacional que possuem tal natureza: primeiramente porque existe um sistema de proteção internacional, nesses casos, podendo inclusive haver responsabilidade do Estado pelo descumprimento de tais normas²³; mas também por questões de hierarquia normativa, tendo em vista que, segundo a interpretação corrente do Supremo Tribunal Federal, as normas incorporadas ao direito interno, mesmo aquelas que não obedecem ao procedimento especial de aprovação por maioria privilegiada estabelecido pela EC 45/03, possuem status normativo superior a quaisquer leis, e por isso podem revogar normas jurídicas de status inferior, pelo critério hierárquico de resolução de antinomias jurídicas.²⁴

²⁰ COMPARATO, *op. cit.*, p. 79.

²¹ RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 29.

²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37. Ainda, segundo a autora, essa estrutura ética das normas de direito internacional humanitário se encontram com o pensamento kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua. *Idem*, p. 38.

²³ RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 34. Ainda, segundo o autor, a definição da natureza das normas dos tratados internacionais, se seriam ou não de direitos humanos, tem sido uma incumbência dos constitucionalistas, e não dos internacionalistas.

²⁴ Esse posicionamento é decorrente do julgamento do HC 79.785-RJ STF, de relatoria do Ministro epúlveda Pertence. Sobre o tema, recomendamos a leitura de RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal e

4 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNO BRASILEIRO

Como já explicado, a proteção dos direitos humanos deve ser a razão transversal, a orientar o aprimoramento do sistema jurídico e político, por meio da constituição. Para que isso se implemente, a carta política deve ser valorada como um sistema cognitivamente aberto para a recepção dessas normas protetivas. Desse modo, tanto as regras internacionais de direitos humanos devem ser tidas como materialmente constitucionais²⁵, como também o texto constitucional deve ser interpretado conforme as orientações dos órgãos internacionais.

O diálogo efetivo entre órgãos internos e internacionais pode ser realizado, sem óbices. As condições para que isso ocorra já estão presentes, “na medida em que organismos internacionais, caracterizados pela supraestatalidade, constituem-se em extensão normativa das ordens jurídicas nacionais, sendo por elas influenciados e as subordinando”²⁶. Por isso, os Estados devem adaptar seus sistemas jurídicos, em ordem a possibilitar que as experiências normativas advindas desses órgãos internacionais sejam recepcionadas, no que diz respeito à interpretação dos direitos humanos.

Por isso, nada obsta que haja convergência entre as interpretações dos órgãos internacionais e internos, inclusive com a utilização de precedentes das cortes supranacionais para se chegar a um entendimento mais acertado a respeito dos direitos humanos²⁷. Na verdade, “o uso de precedentes estrangeiros *fortalece os sistemas constitucionais*, em especial

o direito internacional dos direitos humanos. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. *passim*.

²⁵ Contraditoriamente, a posição doutrinária majoritária de que as normas internacionais de direitos humanos teriam *status* constitucional acabou não prevalecendo no sistema jurídico brasileiro. Por isso, o STF entendeu que essas normas eram incorporadas pelo sistema interno com *status* de leis ordinárias. Isso motivou a alteração do texto constitucional, por meio da Emenda nº 45, com a exigência de uma aprovação com quórum privilegiado, para que esses tratados fossem incorporados como normas constitucionais. Mais recentemente, o STF inovou seu entendimento, afirmando que as regras internacionais de direitos humanos, não obstante ocuparem posição hierárquica inferior às normas constitucionais, possuem *status* supralegal. Ver nota 26. Para maiores detalhes, vide RAMOS, André de Carvalho. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional dos direitos humanos**. *op. cit.*

²⁶ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. A Internacionalização dos direitos humanos na fundação de um novo direito constitucional material. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (coord.). **Direito constitucional internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 87.

aqueles integrantes de um ordenamento jurídico internacional de direitos humanos contribuindo, em última análise, para a defesa da própria independência e autonomia do Poder Judiciário”.²⁸

O Brasil aderiu ao sistema regional de proteção de direitos humanos, fundado pelo pacto de San José da Costa Rica. Esse órgão tem competência para julgar casos de violações de direitos humanos, ocorridos em Estados signatários do tratado. Portanto, é importante que o sistema judicial brasileiro considere as decisões dessa corte internacional, para que possam ser operadas mudanças hermenêuticas na constituição em prol de uma maior efetividade dos direitos humanos.

As críticas que são feitas à recepção dessas decisões, em geral, fundamentam-se na problemática de admitir efeitos vinculativos naquelas situações em que as sentenças são oriundas de processos nos quais o Brasil não seria parte envolvida. Por esse raciocínio, essas decisões não poderiam vincular o sistema jurídico brasileiro. Como será percebido, esse é um posicionamento equivocado. O fato de as decisões decorrerem de processos cujos interessados diretamente são outros países não implica no fato de que os efeitos dessas mesmas decisões serão apenas *intra partes*, mesmo porque a Corte Interamericana também tem funções consultivas, de apontar os marcos hermenêuticos no que diz respeito aos direitos humanos.

Tampouco o respeito a essas orientações consiste em perda de soberania para o país membro do sistema regional, como já se argumentou. Isso, porque a adesão aos sistemas protetivos pelos Estados signatários foi feita livremente, por meio da assinatura dos tratados internacionais, com posterior ratificação por meio de representantes populares (o que confere ao instrumento a necessária legitimidade democrática). Ademais, sempre resta a opção de retirar-se do sistema regional de proteção, caso o Estado nacional não deseje mais ser um país membro²⁹. Essa última opção, não custa lembrar, seria um grande retrocesso político e jurídico.

O Estado, ao se vincular a um sistema regional de proteção, também adere a uma comunidade internacional, com valores e objetivos convergindo no sentido de maximização

²⁷ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. A Internacionalização dos direitos humanos na fundação de um novo direito constitucional material. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (coord.). **Direito constitucional internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 88

²⁸ SILVA, *op. cit.*, p. 88.

da efetivação dos direitos humanos. Por isso, não é possível decidir discricionariamente no âmbito interno se as normas do Pacto de San José são adequadas. Nem tampouco é possível redefinir essas normas domesticamente.³⁰

As normas da convenção interamericana de direitos humanos devem se ajustar às práticas judiciais locais. Isso significa que o direito aplicado internamente deve compatibilizar-se com o Pacto de San José, sendo que quando as normas internas forem incompatíveis com o marco regulatório regional, deverão ser invalidadas, por meio de um controle de convencionalidade.³¹

Nos casos em que as decisões da corte interamericana conflitem com interesses nacionais, importa tentar modificar legitimamente a jurisprudência desse órgão supranacional, por meio de representações de magistrados na composição da corte, esforços técnicos para modificação de uma decisão, discussões políticas e jurídicas em veículos autorizados. O que não é possível é solenemente ignorar a jurisprudência da corte, sob pena de incorrer em uma indevida supressão de direitos humanos e garantias fundamentais³².

A melhor maneira de adaptar as regras internas aos ditames da corte interamericana é simplesmente utilizar funcionalmente o instituto da mutação constitucional. Ora, se as normas jurídicas admitem interpretações plurais, cumpre adotar aquela que foi pacificada pelo sistema protetivo de direitos humanos, compatibilizando então os dois sistemas tendo em vista a razão transversal já referida.

Esse novo direcionamento hermenêutico é mais que recomendável, para a necessária atualização do texto constitucional à realidade atual, na qual transparece a importância do caráter transnacional do direito. Nesse sentido, “a construção de um novo significado da norma constitucional pressupõe o estabelecimento de uma vontade normativa revelada em

²⁹ BOSCH, Fernando. La Autoridad interpretativa de la corte interamericana: en transición hacia una comunidad regional de principios. In: GARGARELLA, Roberto. **La Constitución en 2020**: 48 propuestas para una sociedad igualitaria. Buenos Aires: siglo veintiuno, 2011. p. 357.

³⁰ BOSCH, *op. cit.*, p. 359.

³¹ ROSETTI, Andrés. Constitución y derecho internacional de los derechos humanos: perspectivas en la Argentina. In: GARGARELLA, Roberto. **La Constitución en 2020**: 48 propuestas para una sociedad igualitaria. Buenos Aires: siglo veintiuno, 2011, p. 353.

³² BOSCH, *op. cit.*, p. 360.

face de uma situação concreta, considerando-se indispensável a *atualização do texto constitucional* em face de novas e inesperadas realidades”.³³

CONCLUSÕES

A teoria dos sistemas sociais, desenvolvida por Niklas Luhmann, é uma ferramenta bastante útil para a observação do funcionamento da sociedade, particularmente, do sistema jurídico. Por meio da análise dessa tese, é possível concluir que a constituição é um importante instrumento normativo, que serve como acoplamento estrutural, como elemento de interconexão, para os sistemas sociais político e jurídico.

No entanto, é necessário haver mais que um acoplamento estrutural, vez que este é incapaz de evitar irritações indevidas nos sistemas, as quais ocorrem quando os elementos de um sistema social se comunicam com o outro sem o devido filtro, desrespeitando a linguagem própria de cada sistema social. Essa indevida intromissão seria interpretada como uma corrupção sistêmica, ou *alopoiese*, e faz com que o sistema social não funcione operacionalmente.

Por essa razão, o conceito de razão transversal é bastante proveitoso, porque, apesar de bastante assemelhado à ideia de acoplamento estrutural, lhe é superior na medida em que unifica os diversos sistemas sociais em torno de um objetivo de aprimoramento. Assim, a constituição deve funcionar com uma razão transversal, em torno de finalidades de aperfeiçoamento jurídico e político.

O conceito de direitos humanos serve bem como uma razão transversal. Isso, porque servirá de parâmetro para o sistema jurídico interno, mas também para o sistema regional de proteção desses direitos, visando à melhoria de ambos.

O Brasil aderiu ao Pacto de San José da Costa Rica, que instituiu a corte interamericana de direitos humanos. Deve haver, então, uma abertura cognitiva no sistema judicial brasileiro, para que as decisões dessa corte sejam inseridas no âmbito interno, tendo em vista a razão transversal consubstanciada na proteção de direitos do homem.

³³ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. A Internacionalização dos direitos humanos na fundação de um novo direito constitucional material. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (coord.). **Direito constitucional internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 89.

Por isso, as decisões da corte interamericana devem ser introjetadas no sistema brasileiro, independentemente de o Brasil ser parte diretamente interessada nos processos dos quais elas resultaram. Ora, ao aderir ao sistema regional, o Brasil optou por unir-se em um bloco internacional, conjugando com os países membros valores em comum e, principalmente, subordinando-se às decisões da corte. Por isso, não pode furtar-se a obedecer aos ditames desse órgão internacional.

Desse modo, as normas internas devem se adequar à jurisprudência da corte interamericana, sendo consideradas inválidas nos casos de incompatibilidades, por meio de um controle de convencionalidade. Ademais, as normas constitucionais devem ser adaptadas em respeito a essas orientações de direitos humanos.

Como a alteração textual nas cartas políticas é sempre mais complicada, vez que depende de requisitos políticos mais rígidos, e considerando que a posição atual do STF é de considerar esses tratados de direitos humanos com status supralegal, mas infraconstitucional, o modo mais recomendável de acatar essas orientações da corte interamericana é por meio da mutação constitucional. Desse modo, uma nova vertente interpretativa pode compatibilizar mais facilmente a jurisprudência da corte interamericana com as normas constitucionais brasileiras.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado – notas à teoria de Niklas Luhmann. *In: _____*. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOSCH, Fernando. La Autoridad interpretativa de la corte interamericana: en transición hacia una comunidad regional de principios. *In: GARGARELLA, Roberto*. **La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedade igualitaria**. Buenos Aires: siglo veintiuno, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**, 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille. Os crimes internacionais podem contribuir para o debate entre universalismo e relativismo de valores?. *In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (orgs.)*. **Crimes internacionais e jurisdições internacionais**. Barueri: Manole, 2004.

ESPÓSITO, Carlos. El Derecho internacional de los derechos humanos. *In*: GARGARELLA, Roberto. **La Constitución en 2020**: 48 propuestas para una sociedade igualitaria. Buenos Aires: siglo veintiuno, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (coord.). **Direito constitucional internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. **Revista CEJ**, v. 9, n. 29, 2005.

_____. O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional dos direitos humanos. *In*: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSETTI, Andrés. Constitución y derecho internacional de los derechos humanos: perspectivas en la Argentina. *In*: GARGARELLA, Roberto. **La Constitución en 2020**: 48 propuestas para una sociedade igualitaria. Buenos Aires: siglo veintiuno, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. A Internacionalização dos direitos humanos na fundação de um novo direito constitucional material. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (coord.). **Direito constitucional internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ZYMLER, Benjamim. **Política e direito**: uma visão autopoietica. Curitiba: Juruá, 2002.