

CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL: DIÁLOGOS E(M) DIREITOS HUMANOS

Melina Girardi Fachin¹

Resumo: A concepção contemporânea de direitos humanos inaugurou uma nova esfera da responsabilidade que deixou de ser tema exclusivo da soberania estatal-constitucional. Este novo cenário demanda um alargamento da visão tradicional, segundo a qual apenas Estados guardam responsabilidades por direitos e somente para com seus cidadãos. Nesta nova esfera de espacialidade, destaca-se a importância da interface e dos diálogos dos diferentes planos protetivos para a realização dos direitos humanos lastreada na co-existência tensa e produtiva dessas diversas ordens paralelas e interlocutoras que dialogam em torno da força expansiva da dignidade humana. O intento desse conflito produtivo é expandir e engrandecer a proteção dos direitos humanos, a partir de uma lógica plural, complexa, impura e miscigenada a fim de proporcionar a coexistência complementar que interage sempre em benefício dos sujeitos protegidos e de seus direitos. Assim, a partir de pesquisa bibliográfica, pretendo, delinear, em uma primeira parte do artigo, onde os diálogos ocorrem – ou seja, afirmar a geografia deste novo espaço jurídico multinível conformado. Após, refletir sobre o como, ou seja, qual a metodologia empregada nestes diálogos e os múltiplos sentidos que os diálogos podem assumir. Para, ao final, enfocar quem são os sujeitos que dialogam.

Palavras-chave: Direitos humanos; Diálogos; Multinível.

Abstract: The contemporary conception of human rights inaugurated a new sphere of responsibility that ceased to be the exclusive subject of state-constitutional sovereignty. This new scenario calls for a widening of the traditional view that only States have responsibilities for rights and only for their citizens. In this new sphere of spatiality, the importance of the interface and dialogues of the different protection plans for the realization of human rights is highlighted, based on the tense and productive coexistence of these various parallel and interlocutorial orders that dialogue around the expansive force of human dignity. The intent of this productive conflict is to expand and enhance the protection of human rights from a pluralistic, complex, impure and mixed-gender perspective in order to provide the complementary coexistence that always interacts for the benefit of the protected subjects and their rights. Thus, upon a bibliographical survey, I intend to delineate, in a first part of the article, where the dialogues take place - that is, to affirm the geography of this new juridical legal space conformed. After that, reflect on how, the methodology used in these dialogues and also

¹ Professora Adjunta dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

the multiple meanings that the dialogues can assume. In the end, to focus on who are the subjects that dialogue.

Keywords: Human Rights; Dialogues; Multilevel.

I. À GUIZA DE INTRODUÇÃO: Premissas da Reflexão

O presente artigo parte da ótica dos direitos humanos tomados como processos abstratos e concretos para a busca dos novos espaços constitucionais contemporâneos (daí a ordem pública) e seus movimentos (daí os diálogos) que resgatem promessa² constitucional de proteção.

Com esse norte, as seguintes premissas balizam a reflexão que aqui se descortina:

1. A concepção contemporânea da proteção dos direitos humanos inaugurou uma nova esfera da responsabilidade quanto à sua implementação: estes deixaram de ser tema exclusivo da soberania estatal-constitucional³. Como consequência, isso impactou o modo de pensar e conceber não só os direitos, mas também o direito constitucional como um todo: este novo cenário demanda um alargamento da visão tradicional, segundo a qual apenas os Estados guardam responsabilidades por direitos e somente para com seus cidadãos.
2. Nessa nova esfera de espacialidade, destaca-se a importância da interface e dos diálogos dos diferentes planos protetivos para a realização dos

² Eis a promessa arendtiana no âmbito da relação (política) entre os homens: “[...] Não porque acreditamos [religiosamente] em milagres, mas porque os homens, enquanto puderem agir, são aptos a realizar o improvável e o imprevisível, e realizam-no continuamente, quer saibam disso, quer não”. ARENDT, Hannah. **A Promessa da Política**. Rio de Janeiro: Difel, 2008. p. 122.

³ Richard Falk leciona sobre essa nova percepção da soberania: “*Under present circumstances sovereignty calls for a more balanced, complex view of this foundational idea of the contemporary state that continues to provide the ideological underpinning of world order. The spread of support for human rights and the emergency of a norm of democratic entitlement {lend} credence to the view that the state is itself the subject of obligations as well as entitled to rights, and that these obligations may be implemented both by a politics of resistance on the part of citizens and by a process of humanitarian intervention by the international community. This conditioning of sovereignty is further evolved in relation to the capacity of a state to carry out governmental functions. When the state fails to provide governance, other political actors are needed to protect a vulnerable citizenry [...]*”. In: FALK, Richard. *Sovereignty and Human Dignity: the search of reconciliation*. In: STEINER, Henry J; ALSTON, Philip. **International Human Rights in Context**. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2000. p.582.

direitos humanos – o que demanda a relação entre os constitucionalismos e destes com o direito internacional dos direitos humanos. Emerge, dessa forma, um novo espaço/direito público – lastreado na co-existência tensa e produtiva dessas diversas ordens paralelas e interlocutoras – que devem dialogar em torno da força expansiva da dignidade humana⁴.

3. No mote dos diálogos, o intento desse conflito produtivo é expandir e engrandecer a proteção dos direitos humanos, a partir de uma lógica plural, complexa, impura e miscigenada⁵. Cada sistema corrobora com sua concepção de proteção a fim de proporcionar a coexistência complementar que interage sempre em benefício dos sujeitos protegidos e de seus direitos.

Com base nessas premissas, floresce o direito constitucional multinível, marcado pelo direito comparado e pelas trocas constitucionais que são essencialmente permeadas pelos diálogos entre sistemas jurídicos diversos.

É certo que não há nenhuma novidade em entoar diálogos já que este tema tem sido recorrente no discurso do direito constitucional contemporâneo. A possibilidade de desenvolver práticas dialógicas é atraente, dentre outras razões porque: (i) “*apela a uma resolução civilizada e respeitosa de conflitos, em momentos marcados por antagonismos políticos*”⁶ e, (ii) afasta modelos impositivos e verticais, sendo, ao menos em abstrato, mais próximo de uma concepção deliberativa de democracia⁷.

Assim sendo, calcada nas premissas acima delineadas, o intuito do presente artigo é conformar uma base teórica que dê conta da expansão e emancipação constitucional que se propõe com o projeto multinível do constitucionalismo a partir dos direitos humanos.

⁴ Convém destacar que mesmo o constitucionalismo norteamericano que não possui expressa a cláusula da dignidade humana, mas dela passa a se valer, em palavras da autora: “*It is important to note the degree of transnational influence within U.S. constitutionalism, broadly understood as including decisions in state, territorial or commonwealth courts.*” In: JACKSON, Vicky. Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse. **Georgetown Law Faculty Publications**. 65 Mont. L. Rev. 15-40 (2004).

⁵ Expressões da teoria crítica dos direitos humanos, ver: SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁶ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: _____. **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014. Disponível em: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>.

⁷ *Id.*

Pretende-se, assim, a partir do recurso e levantamento bibliográfico, delinear, em uma primeira parte do artigo, **onde** o diálogo ocorrer – ou seja, afirmar a geografia deste novo espaço jurídico multível conformado pelos diálogos. Após, refletir sobre o **como**, ou seja, qual a metodologia empregada nestes diálogos e os múltiplos sentidos que os diálogos podem assumir. Para, ao final, focar **quem** são os sujeitos que dialogam.

II. ONDE: A Emergência de um Novo Espaço Jurídico

O novo cenário que se forma da catarse do direito constitucional com o direito internacional dos direitos humanos demanda um alargamento da visão publicista tradicional: ainda que ao Estado caiba a responsabilidade primária, destaca-se a importância dos diálogos dos diferentes planos protetivos para a plena realização dos direitos humanos.⁸

Aproximam-se, assim, as noções de direitos humanos e direitos fundamentais⁹; achegam-se, assim, o direito constitucional e o direito internacional. Ambos se ressignificam dentro de um discurso transnacional que se forma em torno da mitigação do sofrimento humano¹⁰.

69

⁸ “As iniciativas no plano internacional não podem se dissociar da adoção e do aperfeiçoamento das medidas nacionais de implementação, porquanto destas últimas – estamos convencidos – depende em grande parte a evolução da própria proteção internacional dos direitos humanos. A responsabilidade primária pela observância dos direitos humanos recai nos Estados, e os próprios tratados de direitos humanos atribuem importantes funções de proteção aos órgãos dos Estados. Ao ratificarem tais tratados, os Estados Partes contraem a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos. No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno se mostram, assim, em constante interação. É a própria proteção internacional que requer medidas nacionais de implementação dos tratados de direitos humanos, assim como o fortalecimento das instituições nacionais vinculadas à vigência plena dos direitos humanos e do Estado de Direito. De tudo isto se pode depreender a premência da consolidação de obrigações erga omnes de proteção, consoante uma concepção necessariamente integral dos direitos humanos.” TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v.40, n.1, jan./jun. 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S00343291997000100007.

⁹ FACHIN, Melina Girardi; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. De fora, de cima e de baixo – todos os sentidos da dignidade no discurso dos direitos. In: **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais**. v. 2, n. 2 (2016). Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1629>.

¹⁰ In: JACKSON, Vicky. Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse. *Ibid.*

Não há assim mais – se é que um dia houve – um único *locus* constitucional, mas uma “*mútua consideração, reconhecimento e cooperação para o fim de se atender objetivos constitucionais comuns*”¹¹. Este novo espaço é uma “*rede complexa e diversamente integrada por instituições e sistemas jurídicos, articulada em distintos níveis normativos*”¹².

Esta nova espacialidade pública articula-se em torno do princípio *pro persona*, “*pautada pela força expansiva do princípio da dignidade humana e dos direitos humanos, conferindo prevalência ao human centered approach*”¹³, ou seja colocando o humano – concreto, e localizado – no centro do palco. Afastando-se do sujeito abstratado da modernidade jurídica, aqui são enfocadas as vítimas, os seres de carne e osso – encarnados – que vivem a fome, o medo, o ódio, o preconceito, a violência, a subjugação que são, muitas vezes, o anverso do discurso dos direitos.

A convivência entre as diversas ordens que conversam nesta espacialidade pública renovada nem sempre é concorde. Coexistência não se traduz em consenso e concordância. O conflito produzido nessa aproximação tem resultado criativo e dessa catarse emerge uma pluralidade interna e internacional.

Na relação entre essas camadas ressignificam-se as estruturas internas e internacionais de proteção¹⁴. Avulta, assim, o pluralismo como moldura deste novo espaço¹⁵: Pluralismo que no plano interno não reconhece apenas a autoridade estatal¹⁶ na

¹¹ CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra. **Pluralismo Jurídico**: uma nova perspectiva a respeito das relações entre os sistemas jurídicos internacional e interno. Disponível em: https://cidhsite.files.wordpress.com/2017/05/ar_gt7_4.pdf. p. 19.

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia. V. 2. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 475.

¹³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n.19, p.72, jan./jun. 2012.

¹⁴ “*La emergente pluralidad de poderes públicos [...] ha generado como consecuencia dos clases de relaciones. De un lado, las relaciones entre los sistemas nacionales y los ordenamientos 'superiores', sean éstos de carácter supranacional o internacional (global). De otro, las relaciones que se dan entre los diferentes sistemas legales de ámbito global a nivel horizontal, por otra parte cada vez más numerosos. En realidad, a esas dos clases de relaciones habría que añadir una tercera, que consistiría en la mezcla de ciertos elementos de la una y de la otra.*” CASSESE, Sabino. **Los Tribunales ante la Construcción de un Sistema Jurídico Global**. Sevilla: Editorial Derecho Global, 2010. p.15.

¹⁵ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FIGUEIREDO, Marcelo (coord). **Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

¹⁶ Consoante registra Sabino Cassese: “El diálogo entre ordenamientos jurídicos diferentes, situados, por ejemplo, en niveles nacionales o supranacionales distintos, supone en otras palabras un encuentro entre tradiciones jurídicas diversas e identidades propias. De ahí siguen algunas cuestiones problemáticas. La primera sería la 'diversidad sostenible', esto es, el límite de tolerancia y adaptación mutua. Otra se refiere a la constitución de un 'núcleo común' de principios, derivables de cada una de las tradiciones legales en liza. Una tercera cuestión consistiría en el reconocimiento de un mínimo común de principios superiores (como el jus cogens en el Derecho Internacional)”. *Ibid.* p.18.

delimitação de sentidos da constituição. E, no plano internacional, superando-se as velhas discussões entre monismo e dualismo, que hoje parecem fazer pouco ou nenhum sentido¹⁷, pretende conceber diversas ordens sem hierarquia, integradas numa coexistência de reforço mútuo formando um ordenamento plural e múltiplo.

Neste novo espaço não há mais que se definir hierarquias – ao revés, é imprescindível a superação do discurso de prevalência de uma ordem sobre a outra. Forma-se, assim, uma *rede*, de vários planos, localizados em diversos níveis, que se alimentam e limitam reciprocamente.¹⁸ Daí a expressão *multinível*.

Para que a conversação transconstitucional ocorra é necessário método e não autoridade, ensina Marcelo Neves¹⁹. É, portanto, antidialógico pensar em prevalências e focar grande parte do discurso teórico sobre hierarquias, como se faz tradicionalmente.

III. COMO: Múltiplos sentidos dos diálogos & pluralismo

71

Tão importante quanto o diálogo releva pensar a metodologia pela qual essas conversas canalizarão neste sistema de níveis múltiplos e entrelaçados. O método é discussão igualmente importante que o mérito já que refreia os argumentos de autoridade e de “*última palavra*”²⁰.

Todavia, não se pode permitir que o próprio método aqui converta-se em autoridade posto que redutor de complexidade e excludente de multiplicidades. Os métodos são as “pontes de transição”²¹ que implicam em um redesenho institucional e normativo em um nível supra entrelaçado.

¹⁷ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. (Org.). *Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos*. Belo horizonte: Forum, 2012.

¹⁸ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. **Del dialogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional**. Tese de Doutorado em Direito e Relações internacionais. Universidade Complutense de Madrid, 2015. Disponível em: <http://eprints.ucm.es/28119/1/T35645.pdf>.

¹⁹ “pluralidade de ordens jurídicas em um sistema mundial de níveis múltiplos, caracterizado por hierarquias entrelaçadas”. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins, 2009. p. 269-270

²⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

²¹ NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo: além de colisões. **Lua Nova** [online]. 2014, n.93, pp.201- 232.

Tendo esse norte metodológico em consideração, bastante importante delimitar o que se está querendo dizer por diálogos, já que muitas vezes o discurso dialógico é trazido como medida de justificação de posturas não dialógicas.²²

Diálogo, no seio desta reflexão, no âmbito dos direitos, rima com compreensão e reconhecimento da diversidade, destacando a necessidade de tolerância e respeito no exercício comunicativo. A dimensão dialógica deve ser, assim, aqui ser compreendida como exercício de alteridade e cooperação em que os sujeitos refletem entre si.

Só, assim, é possível tomar como premissa a complexidade e propiciando uma verdadeira troca em que os diferentes sistemas tenham a contribuir dentro desse novo espaço.

Importa, portanto, aproximar o sentido dialógico dos processos democráticos deliberativos. Só que nestes diálogos os envolvidos não participam em posição de igualdade²³. Na periferia do mundo, do poder, e do direito os locais de fala são muito distintos; mas o diálogo pode ser mediador dessas tensões e diferenças.

Diálogo amplia a inclusão; abrange o outro, o excluído; possui um sentido educativo e civilizatório na medida que confronta posicionamentos distintos. A confrontação de ideias permite, além do exercício de alteridade²⁴ -já que *“todos somos obrigados a confrontar aqueles que pensam de forma diferente e a discutir com eles, em vez de simplesmente negar ou esquivar os pontos de vista dogmáticamente”*²⁵ – o robustecimento dos temas e posições a fim de propiciar que prevaleça aquela que melhor se sustenta.

²² “la metáfora del diálogo invocada para justificar algunas de las decisiones constitucionales más controvertidas en los años recientes”. ROACH, Kent. Dialogic Judicial Review and its Critics. **Supreme Court Law Review** v. 23, 2004. 49-104. Citado por: GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Ibid.* p. 23.

²³ “A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1. p.158.

²⁴ “[A] presença do outro me impede de ser totalmente eu mesmo. A relação não surge de identidades plenas, mas da impossibilidade da constituição das mesmas”. LACLAU, Ernesto & MOUFFE, Chantal. **Hegemony and socialist strategy: towards a radical democratic politics**. Londres: Verso, 1985. p. 125.

²⁵ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos *Ibid.*

Quando, portanto, os diálogos são trazidos não se quer ver reproduzido projeto (neo)colonizante – ao revés, quer-se voz e vez aos constitucionalismos locais para interagirem com os sistemas internacionais a fim de articularem suas demandas de modo a privilegiar a expansão e emancipação do humano. São as narrativas construtivas a partir de baixo²⁶, da periferia do constitucionalismo global, as vozes do sul do mundo que tem dado cor, gênero, idade e tantos outros matizes a estas conversações.

O que aqui se articula não coincide, portanto, com constitucionalismo global enunciado por parte da doutrina²⁷ porque estes rompem com a ótima dialógica, desde cima; aniquilando a multiplicidade. Não é a mera limitação do poder constituinte estatal pelos princípios internacionais e a configuração de um único Poder Constituinte internacional, mas sim, a pluralidade de conversações e funções constitucionais que se abrem neste espaço.

O que se está aqui a tratar é uma verdadeira via de mão dupla que não opere de cima para baixo²⁸ – o que implica em um redenho institucional-constitucional que dê conta deste cenário multinível e pluralista. Neste sentido que nos aponta Gargarella já que as formas mais clássicas de estrutura de poder – sistema de freios e contrapesos e sua ênfase numa revisão judicial, em que o judiciário dá a "última palavra"²⁹ – não harmonizam com este sistema de diálogo multinível.

73

²⁶ GARAVITO, César A. Rodríguez. Prólogo. In: RAJAGOPAL, Balakrishnan. **El Derecho Internacional desde Abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la Resistencia del Tercer Mundo.** Colección En Clave del Sur. Bogotá: ILSA, 2005.

²⁷ “Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p.1217.

²⁸ BOGDANDY, Armin Von; VENZKE, Ingo. **¿En nombre de quién?** una teoría de Derecho público sobre la actividad judicial internacional. Bogotá: Universidad de Externado, 2016.

²⁹ “El sistema de frenos y contrapesos queda entonces asociado a una concepción, finalmente, negativa de la democracia, que procura evitar la comisión de ciertos males (las mutuas opresiones), antes que asegurar la concreción de otros resultados posibles, beneficiosos para el bienestar general.” GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos *Ibid.*

Pensar os diálogos implica em pensar o próprio sentido de constituição e o direito constitucional vez que demandam esse esforço de (des)construção. A prioridade normativa não se configura a partir do pertencimento das normas, mas da sua “*capacidade de truncar a aplicação de outra como resultado de um exercício dialético contextual*”³⁰.

Por apego à pluralidade e dilaticidade que o próprio tema demanda, os diálogos vêm sempre no plural. Não há apenas um único sentido que dê conta de traduzir toda sua complexidade. Virgílio Afonso da Silva³¹ afirma que esta integração jurídica pode se dar por dois tipos de canais, os legais e os argumentativos. Os primeiros, normativos, dependem de instituições e poderes comuns; já os segundos, argumentativos, são ductos informais, desinstitucionalizados, que se estruturam a partir de realidades – e problemas – semelhantes.

Tradicionalmente, dá-se bastante ênfase ao modelo *legal* de integração e de diálogo. A premissa aqui exposta é que modelo argumentativo não pode ser ignorado – ao revés. Ainda que teoricamente mais tímido, não é menos efetivo exemplar de “diálogo constitucional transnacional”³². Condiz com este modelo o que Burgorgue-Larsen³³ denomina de diálogos concertados. Nestes, para a autora, há um sistema jurídico definido e um conjunto de obrigações processuais específicas as quais advêm do sistema internacional e passam a obrigar os sistemas a conversarem³⁴. Há, assim, verticalidade que obriga ou, quando menos, propõe o diálogo.

Já no âmbito da integração argumentativa surgem, os diálogos desconcertados, também na expressão da supracitada doutrina francesa, que resultam da abertura espontânea por parte dos sujeitos ao mundo da justiça à globalidade internacional³⁵. Dessa forma, há um diálogo independente do âmbito em que os interlocutores estão inseridos, seja ele nacional ou internacional.

³⁰ ALVARADO, Paola Acosta. *Ibid.* p. 194.

³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 515-530.

³² NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: Breves Considerações com Especial Referência à Experiência Latino-Americana. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 255-284.

³³ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Estudios avanzados de derechos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 253.

³⁴ *Ibid.* p. 234.

³⁵ *Id.*

Tradicionalmente, sobre a influência deste modelo legal e normativo de diálogos, o enfoque constitucional tem como tema a recepção das normas internacionais em matéria de direitos humanos e a internalização das decisões internacionais que tem relação direta com o chamado controle de convencionalidade³⁶. Em que pese reconhecermos sua importância, não nos parece que deva ser este o enfoque central do constitucionalismo multinível.

Os sentidos dos diálogos aqui tomados são, portanto, mais amplos; marcados pelas trocas e integração argumentativa livre entre os intérpretes e aplicadores do direito, pautados nos compartilhamentos constitucionais, assumindo contornos mais abertos e, portanto, mais democráticos porque não dependem apenas de um espaço estatal-institucional.

Não se restringem apenas ao campo normativo e também ao âmbito jurisprudencial. Portanto, não se trata apenas de um diálogo entre juízes ou Cortes como aponta parte da doutrina e grande parte da produção teórica neste sentido.³⁷ Também, mas não só.

75

O diálogo entre ordenamentos jurídicos que compartilhem uma realidade material semelhante é produtivo e pode, ao mesmo tempo, (i) aprender com a prática estrangeira; (ii) aprimorá-la e complementá-la em prol do fortalecimento dos direitos na região. De realidades conexas decorrem problemas semelhantes e respostas correlatas.

A fim de exemplificar, pode-se colacionar razões de *amicus curiae* apresentadas pelo Núcleo de Constitucionalismo e Democracia da Universidade Federal do Paraná, ao Supremo Tribunal Federal, no contexto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543. Neste caso questionam-se as normas do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária que restringem a doação de sangue por homens que fazem sexo por outros homens.

Com base na premissa de um constitucionalismo aberto, dialógico e plural que se pauta pelo diálogo entre Cortes e pelos empréstimos constitucionais a fim de colocar

³⁶ Por todos, cf. MAZUZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

³⁷ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

os sujeitos e suas necessidades concretas no centro dos interesses jurídicos tutelados é que o referido *amicus curiae* estruturou-se. Partindo desta premissa, trouxe à guisa recente decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Tadeucci and McCall vs Italy* que contemplou a necessidade de direitos fundamentais serem garantidos à toda a população, sem exceções, em situação análoga. Reiterando a necessária compreensão do caso a partir da não discriminação, o exemplo demonstra a importância de dialogar com a decisão da Corte Europeia a impossibilidade de as políticas nacionais fazerem um recorte da proteção de direitos e das liberdades para apenas uma parcela da população.

Rompe-se, assim, na lição de Marcelo Neves, com o constitucionalismo provinciano ou mesmo uma espécie de colonialismo dialógico jurisdicional.³⁸ Há, assim, uma frutífera abertura da cena constitucionanal estatal ao ambiente interamericano de proteção de direitos humanos, Não como algo exógeno, mas como um elemento apropriado como dele constitutivo. Não se trata de uma instância recursal ou de reforma dos judiciários internos, mas sim da premissa que o direito interno e o direito internacional confluem na proteção do ser humano.

Nesse influxo é que se propõe uma hermenêutica cosmopolita³⁹, aberta, cruzada e comparada que potencializa tensões e ambivalências que, ao invés de nocivas, devem ser vistas como catalizadoras de proteção. Esta compreensão cosmopolita aponta para uma “abertura recíproca dos horizontes de sentido de uma pluralidade de vozes”⁴⁰.

Abre-se a força expansiva e catalisadora dos direitos humanos que privilegia o fortalecimento de um constitucionalismo pluralista recíproco a partir de uma lógica plural, complexa, impura e miscigenada⁴¹. São justamente os direitos humanos, aqui

³⁸ “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 julgada. 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”. NEVES, Marcelo. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51 Número 201 jan./mar. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p193.pdf

³⁹ “Contrariamente à técnica de interpretação consensual que se baseou apenas sobre o ‘consenso europeu’ e que muito frequentemente em realidade serviu mais para conter a evolução do direito, a interpretação ‘cosmopolita’, ‘aberta’, ‘cruzada’ ou ainda ‘comparada’ é uma aceleradora da proteção que possui, como consequente inescapável, sua quota de ambivalência”. In: BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *Des droits invoqués aux droits protégés. Les petites affiches*, Paris, n.31, p.8, 2011.

⁴⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco mundial**: em busca de uma segurança perdida. Lisboa: Edições 70, 2015.

⁴¹ SANCHEZ RUBIO. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos**: de emancipações, libertações e dominações. *Ibid.*

apreendidos como processos abertos⁴² que despontam nesse cenário. Eis a razão pela qual o resultado desses diálogos é sempre temporário e renovável. Forma-se assim, no dizer, de Ruti Teitel uma “*constituição não escrita dinâmica da humanidade*”⁴³ cujos autores são os sujeitos encarnados que a compõe.

IV. QUEM: OS SUJEITOS ENCARNADOS DOS DIÁLOGOS

A combinação entre baixa densidade democrática, desigualdade social e pobreza caracterizam a América Latina.⁴⁴ Se temos problemas comuns, as soluções adotadas na região podem impactar positivamente em outras experiências nacionais. Dialogar, torna-se, portanto, fundamental. É esta variação que está na base do *ius commune* latino-americano⁴⁵.

Impende esclarecer que este paradigma não é estático e informado por instrumentos vivos que se auto impactam. São os sujeitos que se locomovem nessa nova espacialidade pautada pela lógica emancipatória dos direitos humanos que permitem este alargamento, razão pela qual se torna importante delinear os sujeitos dessas trocas constitucionais.

Essa visão ampla dos sentidos dos diálogos acaba por impactar de modo maximizador no círculo dos intérpretes que compõe este novo espaço plurímo e multinível.

O Poder Judiciário é geralmente o protagonista dessas reflexões. Isto justifica-se na perspectiva *estatocêntrica* do direito internacional e nas obrigações assumidas pelos estados neste âmbito (art. 1º CADH) e, no plano interno, por um modelo ativo e expansivo de jurisdição constitucional. Mais uma vez cumpre caracterizar que este

⁴² FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Boiteux, 2009.

⁴³ "the law of humanity – a framework that spans the law of the war, international human rights law, and international criminal justice – reshapes the discourse of international relations". TEITEL, Ruth. **Humanity's Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p.4.

⁴⁴ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 60.

⁴⁵ BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Estudos avançados em direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. São Paulo: Campus, 2012.

diálogo com o sistema interamericano não é apenas um diálogo de jurisdições; mas sim câmbios e mutações constitucionais amplos.

Um bom exemplo do que se afirma é a promulgação da Lei Maria da Penha, lei 11.340/2006. Aqui estabeleceu-se um diálogo entre o órgão legislativo pátrio e um órgão político internacional. O nome dado à lei é um emblema dos frutos colhidos da luta internacional dos direitos humanos das mulheres e seu impacto nos sistemas internos.

O referido diploma legislativo resultou de recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos após análise de petição encaminhada por Maria da Penha Maia Fernandes e diversas organizações não governamentais de proteção às mulheres. Assim, após mobilização intensa dos movimentos feministas, o Poder Legislativo, finalmente, com base no precedente do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, a Lei Maria da Penha.

Destarte, crítica importante que pode ser associada aos mecanismos dialógicos refere-se ao pequeno espaço que estes reservam para uma participação protagonista da cidadania. O enfoque é geralmente excessivo na legislatura e sua relação com os hiperpresidencialismos (internacionalização dos tratados e sua hierarquia) e nos processos de tomada de decisão que são muito marcados pela presença de poderes judiciais hiperativos (controle de convencionalidade).⁴⁶

Essas discussões são deveras importantes já que o poder Judiciário, por sua vez, ainda não tem exercido de forma adequada o mencionado controle de convencionalidade⁴⁷. Todavia, parece-nos que o enfoque exclusivo no Poder judiciário

⁴⁶ “Over the past few years the world has witnessed an astonishingly rapid transition to what may be called *juristocracy*. Around the globe, in more than eighty countries and in several supranational entities, constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries. The countries that have hosted this expansion of judicial power stretch from the Eastern Bloc to Canada, from Latin America to South Africa, and from Britain to Israel. Most of these countries have recently adopted constitution or constitutional revision that contains a bill of rights and establishes some form of active judicial review”. HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2004. p. 1.

⁴⁷ A teoria do controle de convencionalidade advém da jurisprudência internacional. A Corte Interamericana de Direitos Humanos lida com essa ordem de ideias, no entanto, não assim as intitulando, todavia, consoante expõe Eduardo Ferrer Mac-Gregor, é a partir de 2006, com o julgamento do caso precedente *Almonacid Aureliano v. Chile*, que essa vertente avulta de modo mais expresso na jurisprudência interamericana. Nas palavras do autor, o controle de convencionalidade “consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...]. Se trata de un estándar ‘mínimo’ creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH [...]”. MAC-

não é o adequado para levar adiante os temas dos diálogos em matéria de direitos humanos, isto porque:

Uma objeção ao enfoque judicial como protagonista dessa conversação é que tratar-se-ia de um diálogo entre *elites*⁴⁸: é fato que os juízes – em especial aqueles das Cortes Superiores e das Instâncias internacionais – tendem a ser selecionados entre os setores mais ricos da sociedade, enquanto muitos dos indivíduos envolvidos em litígios provêm de setores sociais mais baixos. A combinação dessas diferenças de poder e status tende a criar dificuldades muito fortes ao diálogo nessa esfera. Prova disto é que as elites transferem voluntariamente poder ao Judiciário quando ameaçadas na sua hegemonia- *hegemonic preservation thesis* de Hirschl.⁴⁹

A segunda oposição ao foco juricêntrico é que reforça a ideia de última palavra e muitas vezes interrompe – ou mesmo retrocede – em importantes debates sociais. São os retrocessos que se formam a partir da irrupção de uma decisão dentro de um espaço politicamente controverso ou não maduro.⁵⁰ Conforme afirmam Post e Siegel este enfoque *não aprecia o papel essencial que o engajamento público desempenha na construção e legitimação das instituições e práticas das decisões.*⁵¹ Incluir os sujeitos que não apenas serão afetados pela decisão, mas que vivem os dramas que desaguaram a partir das provisões constitucionais faz com que o engajamento popular seja não apenas legítimo, mas fundamental porque contribui ao fortalecimento do princípio democrático.⁵²

79

GREGOR, Eduardo Ferrer. **Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad**: el nuevo paradigma para el juez mexicano. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>>.

⁴⁸ “these elites are strategic decision makers who attempt to maintain or enhance their dominant positions”. HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2004.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ KLARMAN, Michael. *Courts, Social Change, and Political Backlash*. In: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 – Speaker’s Notes. Disponível online: <http://tinyurl.com/bz4cwqk>.

⁵¹ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and the backlash. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, v. 42, n. 2, p. 373-433, 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968>.

⁵² KOZICKI, Katya. Backlash: as “reações contrárias” à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF no 153. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de et al. (Org.). **O Direito Achado na Rua**: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. v. 7. p. 192-194. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/anistia/anexos/15-12-15-direito-achado-na-rua-vol-7_web-versao-10mb-1.pdf>. p. 194.

Os caminhos das discussões sobre aborto no Supremo Tribunal Federal são espelhos disso. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, em voto baseado nas informações colhidas durante quatro dias de audiência pública realizada, o Ministro Relator concluiu que a imposição estatal da manutenção de gravidez de feto anencefálico vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional. Na ADPF 442 em trâmite “*a complexidade da controvérsia constitucional, bem como o papel de construtor da razão pública que legitima a atuação da jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais, justifica a convocação de audiência pública como técnica processual necessária*”, assinalou a Ministra Relatora.

Todavia, essa ampliação de sujeitos depende necessariamente da ampliação do próprio sentido do diálogo acima exposto. Enfocar nos âmbitos não institucionalizados, desconcertados do debate permite desviar, ao menos em parte, do problema com medidas dialógicas, ainda que inovadoras, todavia, ainda dentro de um desenho institucional inadequado. Neste sentido convém destacar o drama das audiências públicas que, em pese seu intuito na ampliação do controle democrático do controle de constitucionalidade, pouco tem permeado as decisões tomadas.⁵³

Novos diálogos dentro dos mesmos canais institucionais, movidos pelas engrenagens da velha maquinaria constitucional⁵⁴, frustram, muitas vezes, seus efeitos emancipatórios inicialmente pretendidos, devido aos aspectos intactos do sistema.

80

CONCLUSÕES: DIÁLOGOS CONSTANTES

Falar em diálogo não é mais nenhuma novidade. É uma condição que o atual estado da arte do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos nos colocam. Resta saber como vamos preencher de sentido a atitude de dialogar.

⁵³ GODOY, Miguel Gualano. As audiências públicas e os amici curiae influenciam as decisões dos ministros do supremo tribunal federal? E por que isso deve(ria) importar? In: **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 60, n. 3, set./dez. 2015, p. 137-159.

⁵⁴ “Notablemente, sin embargo, debe apuntarse que la Constitución mantuvo un sistema presidencialista poderoso, muy en sintonía con las reformas introducidas por la dictadura em el Poder Ejecutivo. Este fuerte presidencialismo era quizás una reacción al “trauma” de la Constitución de 1946 que, em la opinion de muchos, había creado un presidente demasiado débil. Esto es decir, la nueva Constitución democrática se diferenciò significativamente de la anterior em relación con la organización de los derechos, pero mantuvo em lo esencial la organización de poderes establecida por la dictadura em la Constitución de 1967”. GARGARELLA, Roberto. **La Sala de Máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz Editores, 2014, p. 270.

Tendo trilhado o caminho que me propus, apontam as seguintes conclusões no intuito de pintar esta paisagem:

1. O diálogo é uma estação forte do direito constitucional contemporâneo;
2. Os sentidos dos diálogos e de quem dialoga já esboçam metodologia que tem o desafio de dar conta desta multiplicidade em que os direitos humanos, a soberania popular e a segurança do cidadão – marcos essenciais no âmbito interno e internacional são revisitados;
3. Esses diálogos abrem espaços em um ambiente multinível, marcado, a um só tempo pela constitucionalização, internacionalização e humanização, em torno de uma constituição radicalmente centrada nos direitos humanos e na prevenção do sofrimento humano, descentralizada do foco juricêntrico e entoada.

O fortalecimento de um discurso coeso, porém plural, vem a somar na proteção (i) do sistema internacional, de um lado; (ii) dos sistemas nacionais de outro já que estes se retroalimentam em prol do princípio *pro persona*. Um discurso unívoco é muito mais robusto e fornece segurança majorada à proteção dos direitos humanos.

81

O tema dos diálogos é igualmente relevante porque, ao mesmo lado que auxilia no tema de maximização da proteção dos direitos, permite e aponta para revisão do próprio conceito de Constituição, a partir deste redesenho do direito constitucional e do próprio poder constituinte promovido a partir do diálogo constitucional multinível, com isso, os próprios arranjos institucionais que estão na base do discurso constitucional são colocados à reflexão.

Novos diálogos dentro dos mesmos canais institucionais de poder frustram, muitas vezes, seus efeitos emancipatórios inicialmente pretendidos, devido aos aspectos intactos do sistema. Mas isso, por si só, não deve eliminar o impulso ao diálogo, ao revés. É apenas dialogando que os arranjos institucionais adquirem *inputs* e *outputs* que permitam sua conformação.

Nas palavras de Drummond, diálogos são pontos de partida e de chegada desta reflexão:

*Há tantos diálogos (...)
Escolhe teu diálogo e tua melhor palavra
ou teu melhor silêncio.
Mesmo no silêncio
e com o silêncio dialogamos.⁵⁵*

⁵⁵ ANDRADE, Carlos Drummond de. **Discurso de primavera e algumas sombras**. São Paulo: Círculo do Livro, 1994. p.110.