

DA PAZ PERPÉTUA AO TRANSCONSTITUCIONALISMO: A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DIANTE DO TERRORISMO E DA EXPANSÃO PUNITIVA

Fernando Antonio da Silva Alves¹

RESUMO

Este estudo trata de uma análise crítica do conceito de transconstitucionalismo, na preservação e consolidação do Estado Democrático de Direito a partir do conceito de paz perpétua, conforme a contribuição de filósofos como Kant, como forma de analisar a preservação de direitos fundamentais (mormente os direitos humanos), no âmbito de uma sociedade afligida por discursos de expansão punitiva. Tal punitivismo atribui-se às novas configurações de intervenção do Estado diante de incidentes criminosos como o terrorismo, e de como os discursos de segurança e Guerra ao Terror podem contribuir para inibir a preservação de direitos. Desta forma, pela via do transconstitucionalismo, busca-se um resgate da noção de mundialização dos direitos humanos, a fim de que os ordenamentos jurídico-constitucionais dos diversos Estados não posterguem conquistas tão relevantes para a sociedade moderna, como o reconhecimento constitucional dos direitos de liberdade e proteção contra a ação abusiva estatal. Procura-se estabelecer uma delimitação da ação punitiva do Estado, a ponto de que liberdades individuais não venham a ser prejudicadas diante de um modelo de intervenção estatal baseado na renúncia das liberdades em prol de um suposto direito à segurança. Nesse sentido, os conceitos oriundos de um direito cosmopolítico de matriz kantiana, baseado na hospitalidade e na convivência entre diferentes pode ser de extrema valia para coibir os

¹ Professor do curso de Direito da Faculdade Mauricio de Nassau (Campus Natal/RN). Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Email: proffernando71@uol.com.br.

excessos do Estado moderno, tão voltado mais para a valorização de discursos de segurança do que para a preservação de direitos.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais. Paz perpétua. Transconstitucionalismo. Estado de Direito.

ABSTRACT

This study is a critical analysis of the concept of transconstitutionalism, preservation and consolidation of a democratic state based on the concept of perpetual peace, as the contribution of philosophers such as Kant, in order to analyze the preservation of fundamental rights (especially rights human) within a society afflicted by speeches expansion punitive. This punish system attaches itself to the new configurations of state intervention in the face of criminal incidents such as terrorism, and how the discourses of security and the War on Terror may contribute to inhibit the preservation of rights. Thus, by way of transconstitutionalism, seeks to rescue the notion of a globalization of human rights, in order that the legal and constitutional orders of the several States not to postpone achievements as relevant to modern society, such as constitutional recognition of rights freedom and protection against abusive state action. We seek to establish a definition of punitive action by the State, to the point that individual freedoms will not be harmed before a state intervention model based on the renunciation of the freedoms in favor of a supposed right to security. In this sense, the concepts derived from a right cosmopolitical based on Kant's way of thinking hospitality and the coexistence among different people can be extremely valuable to curb the excesses of the modern state, as directed more to the promotion of discourses of security than for the preservation of rights.

Keywords: Fundamental rights; Perpetual Peace; Transconstitutionalism; Rule of Law.

1 INTRODUÇÃO

Será que o discurso de Guerra ao Terror, presente nos primórdios do século XXI, após os atentados terroristas às Torres Gêmeas do World Trade Center, em 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, coaduna-se com as propostas de um direito cosmopolítico? Será que é possível viver globalmente nos termos de uma Constituição universal, onde predomina o respeito aos direitos humanos, como resultado de uma mundialização de direitos? Os desafios para um direito global estão em como enfrentar o discurso de uma segurança global voltada para expansão punitiva, numa política de combate e até mesmo aniquilação de inimigos, sem que isso entre em rota de colisão com a manutenção de direitos fundamentais, mormente os direitos humanos, celebrados universalmente em tratados internacionais.

Já no século XVII, filósofos como Kant concebiam a ideia de uma Constituição universal, no sentido de estabelecer uma nova normatividade que conduzisse à paz entre os povos, e não na manutenção de um estado de Guerra, tendo em vista a existência de um direito cosmopolítico, distinto do direito interno de cada estado (NOUR, 2004, p.54). As práticas repressivas do Estado deram lugar às práticas sociais legitimadoras de direitos, na passagem do Estado liberal para um Estado social, mormente na passagem dos dois últimos séculos da modernidade. Entretanto, no século atual, mediante o advento de uma sociedade de risco (BECK, 2010) a substituir uma sociedade industrial, pós-fordista, e diante dos discursos alarmistas de combate ao terrorismo global, o que se vê é a volta do discurso repressivo, agora alavancado numa esfera global, com vistas a combater supostos novos perigos, surgidos a partir de formas de criminalidade global e transnacional. Urge verificar até que ponto a teoria constitucional pode ser aplicada, no sentido de regular as relações internacionais entre Estados, no sentido de se verificar o marco inicial de um regime de mundialização dos direitos humanos, que contribua para impedir o avanço extraordinário e irracional do discurso punitivo, unicamente com base num sentimento de histeria generalizada acerca dos perigos advindos de condutas criminosas, como aquelas adotadas diante de ações terroristas. Torna-se de significativa relevância observar o quanto, com base nesse sentimento de insegurança coletiva, são cancelados os mais arbitrários e prejudiciais atos estatais, em detrimento da manutenção dos direitos humanos.

É marcante nesse período notar, por exemplo, como foi incrivelmente chocante, para muitos militantes da causa dos direitos humanos pelo mundo afora, a divulgação nos meios de comunicação internacionais do reconhecimento da tortura como método hábil para localizar e

matar o terrorista Osama Bin Laden, acusado de ser o responsável pelos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, por parte dos agentes de segurança do Estado mais poderoso do planeta, os Estados Unidos da América. Diversos meios de comunicação, dentre eles a respeitada agência de notícias Reuters, assim como a rede britânica BBC de Londres, divulgaram entrevistas de representantes da CIA, o órgão de inteligência e espionagem norte-americano, reconhecendo o uso da tortura em prisioneiros na base de Guantánamo, no sentido de obter informações acerca da localização do temido terrorista Osama Bin Laden, o que resultou em sua eliminação, assassinado pelas forças de segurança dos EUA, numa operação militar secreta com requintes cinematográficos.

O que torna muito preocupante o cenário internacional, dentre as práticas repressivas que podem ser adotadas pelas nações industrializadas, nas chamadas políticas de Guerra ao Terror, são seus efeitos colaterais nos direitos fundamentais, mormente em relação a direitos relacionados com a preservação da vida, da integridade física e psíquica e da manutenção da liberdade. Contrariando o direito internacional e as mais basilares regras sobre tratamento de prisioneiros, ao assassinar o líder terrorista da Al Qaeda, Osama Bin Laden, por exemplo, o governo norte-americano cumpriu fielmente com as diretrizes voltadas para a eliminação de inimigos como *ultima ratio* da teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida pelo jurista alemão Günther Jakobs (2009, p. 41). Tal doutrina prega, na sua visão, uma forma supostamente inteligente de aplicar medidas de exceção, no momento de sentimentos tão intensos de segurança provocados pelo terrorismo, ensejando, até mesmo, a eliminação de eventuais produtores de perigos, como foi o caso do assassinado terrorista saudita.

Por isso é fundamental que se desenvolva uma teoria constitucional apta a descrever o momento tétrico que vive a modernidade, no que tange aos perigos que ameaçam a manutenção do Estado democrático de direito, nas nações ditas civilizadas. Os novos conceitos estabelecidos pelo constitucionalismo moderno, aplicáveis à realidade internacional, podem se tornar extremamente úteis para decifrar o momento atual, no sentido de revigorar a ideia de uma Constituição e de uma paz perpétua entre os povos, conforme a filosofia kantiana já apontava nos séculos anteriores, é que agora pode servir como chave para decifrar o enigma das conturbadas e polêmicas atuações estatais, no que tange a uma cooperação internacional no combate ao terrorismo, sob o risco de afetar a preservação dos direitos humanos e a manutenção de direitos constitucionalmente assegurados.

2 ENTRE KANT E ROUSSEAU: OS FUNDAMENTOS DE UMA CONSTITUIÇÃO UNIVERSAL

Kant concebia uma Constituição universal para os povos, estatuída em termos de uma federação de Estados livres, levando em conta o caráter republicano das constituições de cada Estado, segundo os seguintes princípios básicos: a) da liberdade dos homens dentro de uma sociedade; b) da dependência de todos a uma legislação comum para assegurar essa liberdade; c) da igualdade desses homens na sociedade, no exercício de seus direitos, enquanto cidadãos (KANT apud GUINSBORG, 2004, p. 40). A Constituição republicana seria a única que proveria do pacto social, pois nela estaria assentada toda a ordem jurídica de um povo soberano. Kant se pergunta se essa constituição seria a única que traria a paz eterna, em sua proposta de um direito cosmopolítico.

Vale salientar aqui, a diferença de Kant quanto ao pensamento de Rousseau nesse assunto, em relação à definição do exercício da soberania durante um estado de guerra, já que para Kant o fundamento da paz perpétua encontra-se nessa constituição republicana e não apenas no pacto, como pensara Rousseau. Este se referia a Lei, enquanto expressão da vontade racional da razão do Estado firmada no pacto (ROUSSEAU, 2003, p.144), enquanto Kant fala em termos de Constituição, o que não é apenas uma diferença meramente ilustrativa no emprego de termos para definir normas resultantes do pacto social. Através da Constituição é exigido o consentimento dos cidadãos para a guerra, ocasião em que deverão avaliar os penosos custos do sacrifício em prol da beligerância, os males e a devastação que podem ser trazidos com o conflito, mas sempre se vendo na condição de cidadãos (pressuposição de igualdade de direitos) e não apenas como súditos desprovidos de cidadania. Se para Rousseau o indivíduo se converte em cidadão no momento em que passa a integrar o Estado, enquanto ente moral, definido como pessoa pública, em Kant esse ente reflete de maneira muito mais ponderada sobre as conseqüências da guerra.

Porém, quanto à tomada de decisões, o filósofo germânico questionava a democracia pura e simples como uma forma contraditória de despotismo de uma maioria, que na verdade não seria maioria, contrapondo o poder republicano ao poder despótico. O princípio republicano leva à separação de poderes entre executivo, legislativo e judiciário, e, conseqüentemente, ao desenvolvimento do sistema representativo mediante a eleição de representantes de cada poder, enquanto que o despotismo se funda num poder centralizador do executivo sobre todos os outros, onde o governo exerce sua vontade própria como se fosse

uma vontade pública. Já na democracia tem-se a realidade de uns que decidem como maioria contra outros, a minoria, mas contribuindo, desta forma, para a perda da liberdade daqueles que não estavam de acordo, ao se tornarem voto minoritário. Essa suposta maioria, governando por vontade própria, sem intermediações de representantes tanto da maioria quanto da minoria, tenderia a governar tão despoticamente quanto os tiranos que a antecederam. Kant acreditava que pelo poder republicano ficaria assegurado o sistema representativo nos termos de uma constituição cidadã, onde o legislador seria o executor não de sua vontade, mas da vontade geral, num senhorio absoluto de todos os indivíduos reunidos em torno do pacto social, na harmonização de seus múltiplos interesses. Enquanto que na constituição democrática todos desejariam ser o senhor, ser seu próprio governante, na constituição republicana é possível uma quantidade menor de governantes, inversamente proporcional à quantidade de interessados que delegam poderes a esses governantes, pelo sistema representativo. Ao povo, segundo Kant, interessaria mais o modo de governo do que a forma do Estado. Portanto, o modo de governo republicano seria o que mais se coadunaria com uma constituição cidadã, embasada no sistema representativo, que evitaria a ascensão de um governo despótico ou arbitrário. Vê-se aqui, na gênese do constitucionalismo moderno, no conceito de Constituição republicana de Kant, os primeiros elementos do caráter contra-majoritário das regras constitucionais, frente às contingências da conjuntura, que podem servir de lição em tempos de globalização, para conter os alarmismos de uma sociedade de risco capitaneada por uma maioria assustada, imersa numa cultura do medo, filtrada pela mídia na tentativa de subverter a ordem jurídica ante as demandas ocasionais de segurança, em desrespeito aos direitos fundamentais.

É por considerar que nos termos de uma constituição republicana um dado Estado está destinado à paz perpétua quanto à regulação de conflitos em seu âmbito interno, Kant fala na possibilidade de formação de um liga de nações, nos termos de uma federação de Estados livres, onde o objetivo dessa liga não seria subordinar coercitivamente todos os Estados que a integram, assim como os súditos de um direito interno se subordinam às leis de seu Estado, mas sim garantir um projeto de paz mais eficaz do que meramente a realização ocasião de um pacto de não agressão entre nações (2004, p. 48). Na verdade, uma federação de estados livres seria um sucedâneo do pacto social firmado inicialmente na formação do Estado, nos termos de uma Constituição republicana. Mediante uma aliança de paz entre as nações, os Estados se comprometeriam não apenas em acabar com as guerras havidas entre seus integrantes, mas sim por fim a todas as guerras, garantindo-se a liberdade de cada Estado, nos termos de seu

direito interno, mas segundo a concepção kantiana de que essa liberdade está associada à existência de uma legislação universal que a reconhece e limita, no momento em que Estado pressupõe e respeita a existência do outro.

Pode-se dizer nesta altura do estudo que a grande contribuição de Kant em seu projeto de paz perpétua é a superação do conceito de direito das gentes, como um direito de guerra, outrora pensado por autores como Grotius e Puffendorf (p.50). Os Estados não teriam outra saída caso quisessem fugir do destino da aniquilação recíproca, senão o de renunciar a sua liberdade sem leis, e voltar-se para uma legislação universal de um *civitas gentium*, ou seja, de uma comunidade de povos reunidos em prol de uma aliança de paz mundial. Daí que surge o direito cosmopolítico como um direito universal de todo o cidadão fundado nos termos de uma paz universal fixada entre os Estados, a fim de garantir o exercício da liberdade dos cidadãos, onde quer que eles estejam. Os direitos do homem encontram-se, desta forma, assim assegurados, dentro de uma dimensão universal de reconhecimento de direitos e liberdades de todos, independentemente de seus pluralismos culturais e jurídicos.

Uma legislação mundial fundada nos termos de uma Constituição universal, originariamente de caráter republicano, deve ser pensada como um imperativo categórico, pois o direito cosmopolítico de Kant não se apresenta como uma ordem jurídica supranacional, mas sim como um princípio jurídico de reconhecimento recíproco de direitos entre os homens numa dimensão global (BARRETO, 2008, P.101). A federação de Estados proposta por Kant não visa o surgimento de um governo mundial, como que configurado num executivo universal como um poder soberano acima dos Estados, mas sim numa associação de nações cujos componentes podem integrar e harmonizar suas diferenças entre seus pluralismos, através de um pacto. Se as sociedades que compõem essa federação seguem o princípio republicano, isso significa dizer que quem decide sobre a guerra não é o governante, mas sim o povo, que financia e arca com os custos do conflito bélico.

A sociedade dos dias de hoje difunde-se na ordem cosmopolítica entre os Estados através da experiência compartilhada dos enfrentamentos globais quanto a práticas delituosas como o terrorismo, o crime organizado, os crimes ambientais, as redes de pedofilia e os delitos praticados pela internet. Apesar dessa sociedade global se reconhecer como semelhante quanto ao sentimento de insegurança frente a essas práticas, os pluralismos dessa mesma sociedade aparecem, mostrando as diferenças entre os povos nas suas multiplicidades culturais. Ora, se o processo de globalização engendra a ruptura de fronteiras e o reconhecimento de diferenças, por que essas diferenças podem ser vistas como meio para se

excluir o outro, a partir da criminalização de inimigos? Na verdade, deveria se pensar o contrário, ou seja, como em termos de um direito cosmopolítico poderia ser adotada, por exemplo, uma política criminal entre Estados, seguindo os termos de um acordo com vistas a uma paz universal, no sentido de eleger mecanismos de cooperação recíproca que não esbarrassem na supressão de liberdades e no comprometimento de direitos universais do homem, tais como sua vida e sua dignidade.

3 O TEMA DA INTERCONSTITUCIONALIDADE NA FORMAÇÃO DE UM DIREITO UNIVERSAL EM CANOTILHO E FERRAJOLI: A PROPOSTA DE UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

No atual processo da globalização, não se torna muito distante historicamente a perspectiva kantiana de federação de Estados com fins para uma paz perpétua e universal entre a comunidade dos povos livres, ao ser vislumbrado o fenômeno da interconstitucionalidade que se deu de acordo com o modelo europeu. Para Canotilho, ao analisar o processo de construção da União Européia, o jurista lusitano desenvolve uma teoria constitucional de observação da concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e poderes constituintes no mesmo espaço político. O fenômeno da interconstitucionalidade não é inédito ou desconhecido da teoria jurídica, pois na Idade Média já havia no mesmo território europeu uma situação de existir um conglomerado de direitos no mesmo espaço jurídico, convivendo de forma articulada mediante princípios da sobreposição de ordens jurídicas, da autonomia das unidades integrantes e do princípio da participação no poder central (CANOTILHO, 2006, p.266).

Segundo Canotilho, o fenômeno da interconstitucionalidade passa por um processo de autodescrição. Baseado no conceito de autodescrição de Luhmann, em que uma determinada organização percebe a si própria em suas operações internas, sob a forma de sistemas autopoieticos, Canotilho aplica o mesmo conceito para inferir que o texto constitucional é visto como texto fundador de uma ordem jurídica nacional por funcionar como uma autodescrição das identidades nacionais dos países donde emergem essas constituições. Assim, os Estados ao se relacionarem entre si carregam consigo suas identidades encartadas em seus textos constitucionais, sempre numa relação de autorreferência, em que o ordenamento jurídico do outro é visto conforme a visão interna do

ordenamento daquele que observa. Isso implica em dizer que mesmo quando os Estados se associam em redes, como propunha Kant no seu projeto de paz perpétua na cosmopolitização do direito, formando federações, cada Estado mantém consigo seu DNA constitucional, trazendo as marcas de sua identidade nacional.

Aliado a isso, como pôde ser bem observado e novamente trazido à discussão, o pensamento de Canotilho entende que a interconstitucionalidade é uma expressão da intraorganizatividade dos textos constitucionais dos Estados-membros, ou seja, a autodescrição levaria a uma necessidade auto-organizativa de se elaborar uma organização superior supranacional, resultando em uma ordem jurídica nova, que criou a União Européia, ou então textos, outrora concebidos como convenções internacionais, que passam a funcionar interconstitucionalmente como textos intraorganizativos dos ordenamentos nacionais, como é o caso do Tribunal da Comunidade Européia, que em certo momento passou a considerar os princípios elencados nos tratados internacionais da comunidade como se fossem uma Constituição européia. A não aprovação de um texto próprio para uma Constituição européia, rejeitada por Estados como a França, revela as dificuldades de que uma primeira opção de formação de uma ordem jurídica distinta fosse acolhida na União Européia.

Igualmente, além da interconstitucionalidade, já pôde ser visto que, juntamente com o tema da interconstitucionalidade, agrega-se também a teoria da interculturalidade constitucional, profundamente relacionada com os temas da universalização de direitos e do pluralismo jurídico, uma vez que tal teoria importa na concepção de uma necessária partilha de culturas, o que pressupõe uma abertura comunicativa do texto constitucional às múltiplas diferenças entre as diversas identidades nacionais e locais. Aliado ao conceito de Constituição republicana de Kant pode-se fazer uso, através do estudo de Canotilho, da idéia de uma Constituição cultural e de um Estado Constitucional Cultural, onde mediante processos de auto-observação, os participantes do pacto entre nações consigam fundar uma cultura interconstitucional de trocas entre as várias constituições dos Estados, numa partilha comunitária de experiências, valores e idéias, formando autênticas redes comunitárias; seja de maneira conservadora a partir do pertencimento próprio de cada indivíduo em seio meio, de acordo com seus comportamentos, seus valores morais e sua experiência de vida, seja de maneira liberal mediante a adoção de formas de vida plurais. Nesse sentido, a interculturalidade propiciada pelos caminhos da troca regulada pela intraorganizatividade dos textos constitucionais de cada nação, levaria à formação de uma comunidade universal de

homens livres, que se veriam como cidadãos plurais, mas ao mesmo tempo iguais, num contexto de universalização de direitos.

Ferrajoli (2007, p. 53), por sua vez, acredita num constitucionalismo de direito internacional hábil a tratar da universalização dos direitos do homem e harmonização dos pluralismos a partir da análise da obra de Francisco de Vitória, na formação dos primeiros alicerces do direito internacional moderno, até a tese de um constitucionalismo de direito internacional. Segundo o teórico italiano, o modelo garantista do Estado Constitucional de Direito, baseado na validade de normas inferiores de acordo com sua sujeição a normas superiores e a princípios axiológicos a elas relacionados, tem validade qualquer que seja o ordenamento, levando o constitucionalismo para além das fronteiras dos Estados. Assim, seguindo a primeira das teses de Vitória de conceber a ordem mundial como *communitas orbis* (uma sociedade mundial de Estados soberanos e livres submetidos a um mesmo Direito das Gentes, e no âmbito interno, as suas próprias constituições), Ferrajoli desenvolve seu conceito de “constitucionalismo mundial”, capaz de oferecer garantias jurídicas a nível internacional a todos aqueles direitos outrora assegurados tão somente no âmbito interno de cada Estado-nação. A inclusão de cartas de direitos fundamentais em caráter mundial revela uma necessidade de universalização de direitos, e sua eficácia deriva da possibilidade de serem consideradas pelas organizações internacionais como meio de supressão de lacunas no direito global.

O reconhecimento universal dos direitos humanos como efeito do reconhecimento de garantias interconstitucionais, seria possível em termos práticos, segundo Ferrajoli, a partir de uma reforma da Corte Internacional de Justiça de Haia. Competiria à jurisdição internacional, a adoção de quatro inovações modificadores de seus institutos: a) a extensão de competência, não ficando apenas o tribunal internacional limitado à resolução de conflitos entre Estados, mas também disponível para julgamento de delitos contra a humanidade, em matéria de guerras, violação à paz e ataques a direitos fundamentais; b) o reconhecimento necessário e universal da obrigatoriedade da jurisdição internacional, sem a limitação da aceitação prévia entre Estados; c) a legitimação ativa do recurso às cortes internacionais não trata tão somente em relação aos Estados, mas também aos indivíduos, verdadeiros titulares dos direitos fundamentais violados, ou ao menos das organizações não-governamentais em defesa dos direitos humanos, que são centenas ou milhares que se espalham pelo mundo, no combate às violações; d) a obrigatoriedade e não mais apenas a excepcionalidade da introdução do conceito jurídico de responsabilidade pessoal dos governantes por crimes de guerra e

violações de direitos humanos (FERRAJOLI, 2007, p.55), como ocorreu no caso do conflito dos Bálcãs, com a prisão e processo dos governantes envolvidos na prática de genocídios na Ex-Iugoslávia.

4 O TERRORISMO E A EXPANSÃO PUNITIVA: MUNDIALIZAÇÃO DO DIREITO À SEGURANÇA OU MANUTENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS?

Resta saber se no âmbito do fenômeno de expansão punitiva com o desenvolvimento do conceito de Direito Penal do Inimigo, empregado por Jakobs (2009, p.40), práticas como o terrorismo podem ser tratadas mediante o exercício de uma jurisdição internacional, nos termos de um constitucionalismo de caráter mundial. Observa-se que ao se desenvolver a tese da universalização de direitos e o reconhecimento de garantias de direitos fundamentais ao redor de todo o globo, isto pode vir a limitar ou mesmo suprimir as intervenções penais abusivas e violadoras desses direitos, sob a forma de uma coerção pública universal onde todos os Estados, mediante um pacto, numa aliança pela paz, nos termos da comunidade universal pensada por Kant, cooperem reciprocamente no controle de riscos globais como o terrorismo e o crime organizado, sem necessariamente comprometer os direitos do homem.

Ocorre que todas as guerras são danosas, e mediante o advento de Estados policiais ao redor do globo, face o alarma provocado pelo terrorismo e a criminalidade organizada, e mediante a concepção do Direito Penal do Inimigo, todas as nações são compelidas a se integrar numa associação não para a paz, nos termos propostos pela federação kantiana, mas sim em torno de um estado de guerra, de combate ao terror. Pululam violações aos direitos humanos sob a alegação de uma ideologia de defesa, num modelo de segurança militarizado, baseado na exclusão de direitos, ou mesmo na aniquilação pura e simples de inimigos.

No que tange as transformações que são operadas no plano internacional, com vistas à cooperação entre Estados, Marcelo Neves alerta que nem sempre esse nível de articulação está relacionado aos propósitos de uma racionalidade transversal a perpassar o direito e a política. Ele cita um dos entraves para a afirmação da Constituição transversal no âmbito internacional quando trata do discurso da segurança como meio para se defender um direito global, com o uso político da retórica dos direitos humanos para fins de imposição dos interesses de uma superpotência (NEVES, 2009, p.94). A questão da intervenção militar para fins de proteção dos direitos humanos é indicada por Neves em toda sua contradição e

vagueza, uma vez que tal alegação serve muito mais para legitimar um intervencionismo de organizações internacionais específicas, como o Conselho de Segurança da ONU, em prol dos interesses do Estado norte-americano, que sob a alegação de que o terrorismo não é apenas uma ameaça a seu direito interno, mas também aos direitos de toda a humanidade, recorre à chancela dos organismos internacionais no sentido de legitimar práticas belicistas e de extermínio de todos os agentes produtores de perigos, considerados nocivos à segurança e passíveis de serem qualificados como inimigos.

Ao prosseguir na análise do jusnaturalismo de Francisco de Vitória, Ferrajoli chega ao conceito de *ius communicationis* (direito de comunicação), que estabelece um estado de comunhão natural entre os povos, que tem o direito de se relacionar uns com os outros. Desse direito, decorrem outros a ele relacionados, como o *ius peregrinandi* (direito de viajar), o *ius degendi* (direito de permanecer) e o *ius commercii* (o direito de comércio), bem como os direitos universais a ocupar terras incultas (*ius occupationis*), e o direito de transferir-se para outro lugar e lá adquirir cidadania (*ius migrandi*). Tais direitos desenvolvidos por Vitória serviram tanto para legitimar a lógica de colonizadores como colonizados no decorrer das trocas históricas entre civilizações na formação do direito internacional, porém, no contexto da globalização atual, esses direitos dos povos revestem-se de relevância especial no momento em que para as nações do Ocidente urge a obrigação e o compromisso histórico de reparar os estragos dos abusos cometidos contra os povos colonizados, com o advento e vigência das declarações de direitos do homem e no reconhecimento universal de direitos fundamentais, graças à contribuição do conceito de direitos oriundos do *ius communicationis*, paradigma jusnaturalista desses direitos.

Hoje, contrariamente, com o predomínio de um modelo penal global baseado na segurança como valor primordial, todos os direitos apregoados por Vitória encontram-se ameaçados diante da expansão punitiva. A permanência de grupos identificados por suas diferenças e não semelhanças, e mesmo o direito de migração dos povos encontra-se altamente prejudicado por políticas anti-imigratórias adotadas por Estados componentes da União Européia, e a perseguição étnica ganha forma quando as intervenções penais setorializadas priorizam certos grupos ou segmentos pelo seu pertencimento religioso ou racial, como acontece com os árabes e negros na periferia de metrópoles globais como Paris, Londres ou Nova York. As iniciativas de um direito cosmopolítico alicerçado na cooperação entre Estados, nos termos de um conceito de hospitalidade, segundo os propósitos de uma paz universal, decaem diante de um estado emergencial de guerra, onde indivíduos passam a ser

inimigos e cidadãos podem ser qualificados como suspeitos. Os crescentes desafios para uma universalização de direitos incitam a formação de redes de constitucionalidades, abertos ao diálogo intercultural, como meio de superação desse preocupante modelo penal violador de direitos fundamentais, presente em diversas nações, atemorizadas por uma cultura global do medo.

Ocorre que, segundo García (2007, p.53), um dos desafios para o direito das nações democráticas é que mesmo se vivendo hoje sob o aparelhamento formal de um Estado Democrático de Direito, a constituição formal do Estado se relaciona com a constituição material da sociedade. Isto implica em dizer que a sociedade parece haver superado os limites traçados pela constituição formal, baseando-se na premissa de que o Estado Social apenas se firmou juridicamente, em termos formais da arquitetura do ordenamento, enquanto que outras realidades metanormativas encontram-se carentes de regulação formal.

Em termos de interconstitucionalidade, resta saber se as dificuldades oriundas do caráter simbólico adotado pela Constituição interna de um Estado, diante do atendimento de demandas sociais, e o ingresso de um modelo de Estado penal repressivo, a lidar com as questões sociais no âmbito da expansão punitiva, poderiam ser dilemas solucionados com base na interdependência global que cada vez mais resvalam nas decisões dos Estados, face os efeitos extraterritoriais dessas decisões (CANOTILHO, 2006, p. 291), ao lidar com matérias controvertidas, associadas às formas atuais de criminalidade transnacional, como o terrorismo, o tráfico internacional de entorpecentes, os crimes ambientais, e a criminalidade desenvolvida na internet.

Sabe-se que, para Canotilho, falar de sistemas parciais globais não implica numa constitucionalização automática desses sistemas, e, como já foi observado, o nível de discussão desenvolvido entre atores particulares a nível global, no sentido de edificar, pelo reconhecimento dos pluralismos, uma Constituição civil independente do Estado, não prospera devido ao fato de que, em um espaço global de comunicação com pretensões de ambiente democrático, as decisões de caráter constitucional dependem de decisões políticas (CANOTILHO, 2006, p. 295). Já se viu aqui, neste estudo, o quanto Luhmann tinha resistências a um acoplamento entre o sistema político e o sistema jurídico em termos de uma sociedade mundial, mas a discussão pôde ser levada a cabo por Teubner, a partir do reconhecimento do pluralismo jurídico, que não exauriu a discussão em termos constitucionais, pois o debate resultaria inacabado se, diante de um aparato punitivo que não pode prescindir da ordem estatal, sob pena da transformação do direito de punir numa

regredida vingança de entes coletivos privados (o que seria desastroso no caso de conflitos rurais), a pergunta que ficaria no ar é de como uma sociedade civil poderia se manter livremente, no exercício de suas liberdades, sem a garantia de segurança ofertada pelo Estado, na manutenção dessas liberdades, bem no espírito da filosofia hegeliana. Retomando o Estado seu papel de garantidor de direitos fundamentais, voltando à cena democrática do debate global, urge saber como o novo conceito de Constituição que se tenta transmutar por esse debate, pode servir como alternativa ao reinado de terror da expansão punitiva, em sua “guerra contra o terror”.

5 AS RESPOSTAS DO TRANSCONSTITUCIONALISMO À MUNDIALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Para Marcelo Neves (2009, p.144), a resposta para a pergunta acerca da mundialização de direitos pode ser encontrada no conceito de transconstitucionalismo, que serve como instrumento para a resolução dos dilemas efetivos decorrentes de uma hermenêutica constitucional que vise combater o avanço punitivo, diante do fenômeno da racionalidade transversal, que opera entre ordens jurídicas distintas.

O transconstitucionalismo pode operar de variadas formas, seja entre o direito internacional e o direito estatal, seja no tocante à articulação entre um direito supranacional e o direito estatal, entre ordens jurídicas estatais entre si ou entre estas e as ordens transnacionais e ordens locais extraestatais, ou ainda entre o direito supranacional e o internacional. Sob a pluralidade contextual das diversas dimensões em que atua a racionalidade transversal, o que se observa é que, em termos de realidade brasileira, no que tange ao seu aparato de normas repressivas, dentro do arcabouço constitucional de seu direito interno, adota-se uma primeira postura de se verificar até que ponto o direito internacional público intervém no direito interno do Estado, no sentido do ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, dar efetividade normativa aos dispositivos internacionais sobre direitos humanos. Marcelo Neves (2009, p. 145) cita o exemplo relevante de transconstitucionalismo entre a ordem internacional e a ordem estatal, através da relação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, instituído pela Convenção Americana de Direitos Humanos e os estados signatários que ratificaram a convenção.

Os artigos 15º e 16º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), estabelecem, respectivamente, o direito de reunião e a liberdade de associação, sendo que o item 2 relacionado ao art. 16º estabelece que o exercício de tal direito, numa sociedade democrática, só pode ser restringido no interesse da segurança nacional, ou da ordem pública, para proteger a saúde ou moral pública, ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. Ora, no nível de um transconstitucionalismo entre o direito internacional e o direito interno estatal, percebe-se o paradoxo apontado por Neves entre a ordem estatal e a ordem internacional, no momento em que o direito internacional público é constituído do direito dos Estados-membros, que por sua vez são constituídos por esse direito internacional, uma vez que a soberania de um Estado decorre de sua qualidade de sujeito de direito internacional, cuja soberania foi reconhecida pelos demais Estados. Por sua vez, apesar de fazer parte do direito internacional, o direito interno de um Estado nem sempre corresponde ao que estabelecem os dispositivos internacionais, tendo em vista que a primeira tentativa do Estado constitucional é de responder às demandas internas por direitos fundamentais, democracia e justiça, enquanto que a penetração das normas internacionais no direito interno depende de sua recepção constitucional, e de como essas normas contemplam as demandas produzidas no âmbito interno. Nesse sentido, a restrição da liberdade de associação e do direito de reunião, visa atender, sobretudo, aos interesses internos do Estado, que numa perspectiva de classes, atende às demandas de segurança de um segmento social, economicamente detentor de poder, e não de uma maioria dispersa no ambiente social. Assim, o que comumente as normas internacionais podem entender como segurança, ordem pública ou moral pública, podem ganhar uma nova conotação, no âmbito interno da ordem estatal.

Como o transconstitucionalismo envolve um diálogo entre as cortes judiciais e entre os tribunais internos e os tribunais internacionais, Neves cita o interessante caso apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Yatama X Nicarágua* (NEVES, 2009, p. 146), onde membros da comunidade indígena filiados ao partido Yatama ficaram proibidos de participar do processo eleitoral na Nicarágua. Na ocasião, além da condenação do país pela corte à indenizações por danos materiais e morais, foi também determinada a reforma da legislação eleitoral. Ora, as constantes tentativas de criminalização do MST por parte de setores conservadores da mídia, integrantes do sistema dos meios de comunicação, bem como representantes de classes sociais vinculadas ao ruralismo, ao latifúndio e ao agronegócio, valem-se do discurso do medo, da popularização do sentimento de insegurança coletiva e da via do populismo penal, no sentido de configurar o direito interno como um

direito penal de exclusão, o que confronta com a perspectiva transconstitucional de diálogo da ordem jurídica interna com a ordem internacional, mormente no que diz respeito à aplicação de normas referentes aos direitos humanos e ao regime constitucional de liberdades democráticas.

Marcelo Neves alerta que um transconstitucionalismo entre ordens internacionais e ordens estatais não leva necessariamente a uma obrigatoriedade de recepção no ordenamento interno das normas internacionais, por serem mais benéficas do que as normas de direito interno. Cita-se o caso da colisão de normas entre o que dispõe o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 17 de julho de 1998, ratificado pelo Brasil em 2002, que prevê a pena de prisão perpétua, enquanto que essa modalidade de pena é descartada no ordenamento jurídico nacional, por força do art. 5º, inciso XLVII da Constituição Federal, que não admite dentre outras penas, as de caráter perpétuo. Exige-se, na jurisdição constitucional brasileira, condições específicas para extradição do preso, dentre elas a necessidade de comutação da pena de prisão perpétua estabelecida no ordenamento de outro país, em, no máximo, trinta anos, como prevê o direito brasileiro. De qualquer forma, a experiência do transconstitucionalismo não significa uma imposição do internacionalismo sobre o nacionalismo e nem vice-versa, mas sim a realização de acoplamentos por onde passa a racionalidade transversal, no sentido de propiciar um aprendizado entre o sistema do direito interno e o sistema do direito internacional.

No tocante ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e outras ordens locais extrataestatais, além dos comentários de Neves, interessa nesse momento a introdução do conceito de colisão de direitos empregado por Teubner, na tentativa de se ir além do conceito de Constituição civil, que peca pela ausência de uma efetiva normatividade a satisfazer as expectativas quanto à preservação da igualdade, do regime das liberdades e dos direitos humanos, sendo necessária a presença do Estado (NEVES, 2009, p.130). Sabe-se, por exemplo, que além dos conflitos de terras havidos no meio agrário, que suscitaram na América Latina, no surgimento de grupos diferenciados, como as FARC na Colômbia e o MST, no Brasil, que o dilema do exercício do direito de propriedade no campo, envolve também o entrelaçamento entre ordens normativas nativas e ordens estatais constitucionais. Fala-se da questão das comunidades indígenas, bem como dos quilombolas, e, em especial, da criminalização de práticas indígenas, sob o argumento de defesa vida como bem jurídico fundamental, diante das práticas de algumas tribos de promoverem o homicídio de recém-nascidos com deficiência física ou com algumas características proibidas por sua cultura local.

Nos casos de conflito entre uma ordem jurídica estatal e ordens locais dotadas de normatividade, é fundamental que o estabelecimento do diálogo entre essas ordens normativas conflitantes parta de estudos antropológicos para esclarecer os pontos de colisão entre essas ordens jurídicas. É função do transconstitucionalismo promover esse diálogo, solucionando o conflito havido da colisão de normas, por via da racionalidade transversal que, se não obtém o consenso, promove o diálogo enriquecedor do autoconhecimento e do conhecimento recíproco entre observadores de primeira e segunda ordem, uma vez que o sistema do direito oficial e o pluralismo jurídico encontrado nos diversos sistemas sociais parciais conhecem melhor a si próprios em suas operações jurídicas, assim como passam a conhecer o outro. A partir do debate que se seguiu no Congresso Nacional, acerca das práticas culturais dos índios Suruahá, no Amazonas, é que se descobriu que o caminho da criminalização não era o mais adequado, no sentido de prender os adeptos da prática do homicídio de crianças recém-nascidas como infanticidas, uma vez que o infanticídio praticado por membros dessa comunidade indígena tinha nada ou muito pouco haver com o conceito dado pela norma jurídico penal presente no direito positivo estatal, e muita mais nas condições adversas de uma vida sofrida, onde os nascidos mais fracos, naturalmente sucumbiriam diante de doenças do que os mais fortes, resistentes à vida na floresta, no âmbito de sua comunidade tribal. A ideia de dignidade e de vida humana, portanto, ganho outros contornos e sentidos diante da realidade das comunidades indígenas, em relação aos conceitos normativos desenvolvidos pelo homem branco.

Um diálogo entre ordens jurídicas por meio da racionalidade transversal, como já foi visto, não pode ser instrumentalizado pelo imperialismo de um sistema social sobre o outro, nem que isso se dê no contexto de um “imperialismo dos direitos humanos” (NEVES, 2009, p. 225). Um direito constitucional sensível ao transconstitucionalismo permite a abertura do sistema jurídico às diversas aprendizagens que podem ser obtidas mediante a aplicação da norma constituição como ponte de transição que permite o entrelaçamento entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas locais extraestatais. No embate entre a autonomia coletiva e a autonomia individual, não há de uma moral supostamente universal abater-se à força sob determinada forma de vida, sem que os acoplamentos propiciem um aprendizado que leve, por um lado, acerca do ordenamento estatal, a uma supressão de normas punitivas, utilizadas tão somente para criminalizar o que lhe é desconhecido, e por outro lado por uma transformação do costume, no âmbito da ordem extraestatal de comunidades distanciadas da vida civilizatória do homem moderno, como é o caso das tribos indígenas.

A mesma lógica pode ser transposta, pelo transconstitucionalismo, para o debate sobre a criminalização do MST e de outros movimentos sociais, considerados pelo discurso punitivo enquanto organizações contrárias ao Estado de Direito, nas invasões de terra, por considerar o Estado que essas práticas sejam delituosas. Se, no caso das tribos indígenas, constatou-se que o conceito de direito à vida, conforme o entendimento dos defensores dos direitos humanos, com forte fundamentação moral cristã e ocidental, difere do que comunidades autóctones entendem por vida; da mesma forma a obtenção do direito à propriedade e o senso de pertencimento à terra, deve ser compreendido de forma diferenciada daquela que o senso comum dos juristas costuma estabelecer, em termos de conceber a norma jurídica enquanto norma positivada pelo Estado, com toda sua herança teórica do positivismo liberal.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se que a concepção de norma constitucional conferida pelo transconstitucionalismo é inteiramente hábil para suprimir os discursos punitivos e a via da criminalização dos movimentos sociais em detrimento de direitos constitucionalmente assegurados como a liberdade de expressão, associação ou reunião, no momento que o texto constitucional vem em socorro desses movimentos, mormente no que tange à preservação e proteção de direitos fundamentais. Desta forma, por via da racionalidade transversal, tendo a Constituição como ponte de ligação entre as reivindicações desses movimentos e a necessidade de proteção de bens jurídico-constitucionais de que se serve a função do direito penal, na visão garantista de Ferrajoli, ou, mesmo se for estabelecida a função de proteção da vigência da norma, como deseja Jakobs, de qualquer forma, em ambos os contextos, o diálogo proposto pelo sistema constitucional em relação às diversas ordens extraestatais oriundas do pluralismo jurídico, mostra-se como relevante contribuição para suprimir o populismo punitivo e resgatar a racionalidade do direito penal, enquanto subsistema do direito necessário para tutelar os interesses da coletividade, mas sem agir como instrumento de promoção da repressão desordenada sobre essa mesma comunidade, como se representantes da sociedade civil ou integrantes dos movimentos sociais fossem vistos como meros inimigos do Estado, quando na verdade não os são.

Nesta segunda década do século XXI, após um tumultuado começo de século a testemunhar horrendos atentados terroristas e toda uma consequente política global sacrificial de direitos de liberdade em prol da segurança, urge que a experiência observada nesses últimos anos contribua para que seja entoado um discurso constitucional apto a limitar ações estatais precipitadas, de tolhimento de direitos fundamentais, fundadas num discurso de guerra que se contrapõe às mais sólidas conquistas da humanidade, no âmbito da consagração de direitos. Séculos de lutas políticas e revoluções não podem desmoronar como num castelo de cartas, diante da ameaça de condutas criminosas, seja de um terrorismo de Estado ou de um terrorismo de organização, diante dos desafios que o Estado Democrático tem pela frente, no atendimento das reivindicações de seus movimentos organizados. As normas e princípios constitucionais ainda são os mecanismos mais hábeis para uma racionalização dos textos legais que levem a uma hermenêutica de universalização de direitos, diante da realidade social e da disposição transversal de diversos ordenamentos distintos que compõem uma rica pluralidade de velhos e novos direitos que ainda estão a conquistar seu devido reconhecimento, por meio da transconstitucionalização. A humanidade e o Direito deste século necessitam disto, a fim de não perecer diante da barbárie da ignorância normativa. É uma jornada sem volta, mas também uma cruzada para os pensadores do direito no mundo inteiro.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente de Paulo. Direito cosmopolítico e direitos humanos. **Estudos Jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**-itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____ **Democracia y garantismo**. Madri: Editorial Trotta, 2008.

GARCIA, José Ángel Brandariz. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Comares, 2007.

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KANT, Immanuel. A paz perpétua. In: GUINSBORG, Jaco (org.). **A paz perpétua: um projeto para hoje**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

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

NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau e as relações internacionais**. Tradução Sérgio Bath. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.