

O ESTADO CONSTITUCIONAL CONVENCIONALIZADO: DELIMITANDO UM
NOVO HORIZONTE TEÓRICO NA INTERAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNO E O
DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

*THE CONVENTIONALIZED CONSTITUTIONAL STATE: DELIMITATING A NEW
THEORETICAL HORIZON IN THE INTERACTION BETWEEN INTERNAL LAW AND
INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW*

Tiago Fuchs Marino^A

<https://orcid.org/0000-0001-6360-0757>

Luciani Coimbra de Carvalho^B

<https://orcid.org/0000-0001-8511-3060>

Melina Girardi Fachin^C

<https://orcid.org/0000-0002-6250-1295>

^A Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), com ênfase em Direitos Humanos. Especialista em Direitos Difusos e Processo Coletivo pela Escola de Direito do Ministério Público (EDAMP). Assessor-Chefe na Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul (Ministério Público Federal). Atualmente é professor substituto na Faculdade de Direito da UFMS, com atuação nas disciplinas de Ciência Política e Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Teoria dos Direitos e Deveres Fundamentais.

^B Professora Associada da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Editora da Revista Direito UFMS. Presidente do Conselho de Curadores da Fundação de Apoio à Pesquisa, ao Ensino e à Cultura (FAPEC).

^C Professora dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Estágio pós-doutoral pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Visiting Researcher na Harvard Law School

Correspondência: tiagomarino@icloud.com, lucianicoimbra@hotmail.com, melinafachin@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2024.68167>

Artigo submetido em 13/06/2022 e aceito para publicação em 26/09/2024.

Resumo: Partindo da premissa de que a dicotomia monismo-dualismo se tornou insuficiente para orientar o atual regime de tutela multinível dos direitos humanos, o presente artigo busca delimitar um novo horizonte teórico para a relação entre o direito interno e o direito internacional, tendo como paradigma o Estado Constitucional Convencionalizado, que é continuamente reoxigenado pelo direito internacional dos

direitos humanos. Para tanto, busca-se, pelo método dedutivo e mediante revisão bibliográfica, analisar os principais pressupostos das teorias monista e dualista, identificar as mudanças que permearam a atuação estatal no domínio internacional e que justificam a superação de tais teorias e fixar um ponto de partida, a partir de teorias pluralistas contemporâneas, para a coexistência harmônica entre as ordens estatais e internacionais. Ao final, conclui-se que o novo horizonte teórico, que substitui as propostas monista e dualista, deve ter por base o pluralismo heterárquico e o diálogo pautado na cooperação, na alteridade e na maximização da proteção dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direito internacional dos direitos humanos. Direito constitucional. Pluralismo constitucional. Constitucionalismo multinível. Estado Constitucional.

Abstract: Based on the perspective that the monism-dualism dichotomy has become insufficient to guide the current multilevel regime of protection of human rights, this article seeks to delimitate a new theoretical horizon for the relationship between domestic law and international law, having as its paradigm the Conventional Constitutional State, which is continuously reoxygenated by international human rights law. Therefore, it seeks, by the deductive method and through a bibliographic review, to analyze the main assumptions of monist and dualist theories, to identify the changes related to the State action in the international field that justify the overcome of such theories and to establish a starting point, based on contemporary pluralist theories, for a harmonious coexistence between State and international orders. In the end, it concludes that the new theoretical horizon, which replaces the monist and dualist proposals, must be grounded on heterarchical pluralism and the dialogue based on cooperation, alterity and the maximization of the protection of human rights.

Keywords: International human rights law. Constitutional Law. Constitutional pluralism. Multilevel constitutionalism. Constitutional State.

Introdução

Apesar das significativas alterações operadas nas últimas décadas na relação entre o direito interno e o direito internacional, há uma insistente tentativa de intérpretes e aplicadores do direito em continuar acomodando a interação dessas distintas ordens jurídicas sob a roupagem do monismo-dualismo – seja por meio das premissas originárias de Triepel e Kelsen, seja pela defesa de “novas” vertentes moderadas ou intermediárias.

Contudo, a opção pela reciclagem – ainda que parcial – de propostas teóricas construídas no século passado impede o avanço na instituição de um marco conceitual

efetivamente inovador e mais adequado às circunstâncias atuais. Partindo dessa premissa, o presente artigo busca delimitar um novo horizonte teórico a respeito do relacionamento entre os ordenamentos jurídicos interno e internacional, tendo como paradigma o “Estado Constitucional Convencionalizado”, que é continuamente reoxigenado pela ação do direito internacional dos direitos humanos.

Propõe-se, em um primeiro momento, a examinar os principais pressupostos teóricos do monismo e do dualismo partindo dos debates travados entre Triepel e Kelsen no início do século XX. Na sequência, são analisadas as mudanças que desde então permearam a atuação estatal no domínio internacional e que justificam a superação de tais teorias, notadamente no que se refere à evolução do modelo de Estado-nação, à internacionalização dos direitos humanos e ao grau de abertura dos ordenamentos constitucionais. Por fim, é realizado um breve compilado das principais teorias pluralistas de intersecção entre o direito constitucional e o direito internacional, com o fim de se delinear um ponto de partida para a coexistência harmônica entre as ordens estatais e internacionais na tutela multinível dos direitos humanos.

Para alcançar essa finalidade, a pesquisa adota o método dedutivo e é realizada mediante revisão bibliográfica, de forma descritiva e exploratória.

1 A DICOTOMIA MONISMO-DUALISMO A PARTIR DO DEBATE ENTRE KELSEN E TRIEPEL

A relação entre o direito internacional e o direito interno é tradicionalmente marcada por três inquietações: a da unidade ou divisão entre esses sistemas jurídicos; a da hierarquia entre suas normas; e a da existência de conflitos normativos e sua consequente resolução. Com efeito, desde os debates travados entre Triepel e Kelsen no começo do século XX até as produções bibliográficas mais recentes, tais questões têm orbitado, de modo predominante, em torno da dicotomia monismo-dualismo (Alvarado, 2016).

Até o século XIX, prevaleceu a concepção monista-estatalista do ordenamento internacional, cuja origem remonta às reflexões de Hegel sobre o “direito externo de

Estado” – isto é, um conjunto de normas estatais que disciplinariam as relações entre Estados na esfera internacional e cuja compreensão implicaria a própria negação do direito internacional (Hegel, 1821 *apud* Ferrajoli, 2002).

Tal concepção, que pressupunha o Estado como encarnação do espírito universal, detentor de soberania absoluta e insuscetível de limitação por qualquer entidade superior (Guerra, 2019), passou a ser questionada a partir da ascensão da teoria dualista¹ de Triepel, a qual se baseia na coexistência dos direitos estatais e do direito internacional. Esta, por sua vez, veio a ser desafiada pela nova proposta monista arquitetada por Kelsen, que prega a unidade do direito e a primazia do direito internacional (Ferrajoli, 2002).

Segundo a teoria dualista, o direito internacional e o direito interno compreenderiam noções diferentes, por regerem relações sociais distintas: enquanto as normas jurídicas estatais regulariam as relações recíprocas entre indivíduos ou entre o Estado e seus súditos, as normas internacionais teriam por objeto as relações entre Estados iguais, os quais figurariam como únicos sujeitos de direito internacional. Além disso, haveria, também, um contraste entre as fontes jurídicas, na medida em que só poderia constituir fonte de direito internacional a vontade comum de uma pluralidade de Estados (Triepel, 1966).

Assim, uma fonte de direito internacional seria incapaz de criar regra de direito interno; e, da mesma forma, uma fonte de direito interno não possuiria aptidão para produzir, por si só, direito internacional. Por conseguinte, para que houvesse a transformação de regra de origem internacional em uma norma de direito doméstico e sua derradeira aplicação para as relações internas, seria necessária a criação de um ato próprio de internalização estatal, como, por exemplo, a promulgação de lei. Algumas consequências podem ser extraídas daí: um tratado internacional não internalizado jamais poderia derogar o direito interno; uma lei contrária ao direito internacional não poderia ser declarada nula; não se admitiria a aplicação da máxima *lex posterior derogat legi priori* para eventuais conflitos normativos (Triepel, 1966).

¹ Verdross (2013) adverte: “Em 1914, propus chamar essa concepção de construção dualista do direito, denominação que, infelizmente, já penetrou na doutrina, pois seria melhor dizer construção pluralista do direito, porque, para seus autores, não seria somente o direito internacional de um lado e o direito nacional de outro, mas também cada direito nacional forma um sistema isolado do qual um é inteiramente independente do outro” (p. 18-19). No mesmo sentido: Kelsen (2013) e Ferrajoli (2013).

Com base nessas ponderações, Triepel (1966) conclui que o direito internacional e o direito interno não são apenas ramos distintos do direito, mas sistemas jurídicos diferentes: “dois círculos em íntimo contato, mas que jamais se superpõem” (p. 16), de modo que seria impossível sustentar a concorrência entre suas fontes.

Por outro lado, a teoria monista de Kelsen (2013) encara o direito como sistema único e admite a existência de uma ordem jurídica superior que coordena todos os Estados, perante a qual cada um destes seria uma ordem parcial delegada. Nesse panorama, a validade de uma norma dependeria sempre de outra norma superior, concebendo-se uma verdadeira pirâmide jurídica, cujo topo seria ocupado pela “norma fundamental hipotética”.

Para Kelsen (2013), a construção dualista representaria a negação da natureza jurídica do direito internacional e dos Estados estrangeiros, uma vez que reconheceria “o caráter de ordem jurídica somente a uma ordem, a ordem nacional; qualquer outro sistema – nem o direito internacional, nem outra ordem estatal – não pode ser igualmente uma ordem obrigatória” (p. 48). Logo, o direito internacional “sozinho seria um fragmento desprovido de significado, que apenas pode ser obrigatório caso se vincule estreitamente ao direito interno” (p. 49).

Ademais, a proposição monista reconhece a identidade de objetos das regras de direito interno e de direito internacional. Afirma-se que, tanto nas relações jurídicas entabuladas entre Estados iguais como naquelas estabelecidas entre o Estado e os indivíduos e entre estes reciprocamente, o objeto seria o mesmo: a determinação de obrigações e direitos. Portanto, não haveria qualquer óbice para que o direito internacional regulasse, da mesma forma que o direito interno, as relações também entre os Estados e seus sujeitos e as relações entre os próprios indivíduos (Kelsen, 2013).

Em contraposição à premissa dualista de necessidade de “transformação” do direito internacional em direito interno, Kelsen (2013) reflete que uma regra internacional poderia entrar imediatamente em vigor nos Estados contratantes, destacando que, em algumas constituições, o tratado internacional é equiparado à lei interna como fonte do direito. Ainda, a ideia de que as fontes internacionais obrigariam apenas o Estado – e não seus sujeitos ou órgãos de forma direta – traduziria o

aniquilamento do direito internacional, já que “se subtrairmos do Estado seus sujeitos e seus órgãos, isto é, os indivíduos, não sobra nada que possa ser obrigado, pois o Estado não é uma entidade diferente de seus órgãos e de seus sujeitos” (p. 56).

Desse modo, Kelsen (2013) defende que constitui essência do direito internacional fundar uma sociedade de Estados iguais em direito – que, embora com extensões territoriais, populações e poderes distintos, possuem, sob o ponto de vista jurídico, o mesmo valor e são unidos a partir de uma ideia eminentemente moral de vinculação a uma comunidade superior. Diante disso, ele sustenta que a primazia do direito internacional afigurar-se-ia perfeita sob a perspectiva moral, a partir da compreensão do direito enquanto organização da humanidade identificado à ideia moral suprema.

Em sentido semelhante, ao abordar a concepção unitária do direito e a primazia do direito internacional, Verdross² (2013) aponta “uma relação de subordinação do direito interno perante o direito internacional e, conseqüentemente, uma relação de coordenação entre os diversos direitos nacionais” (p. 20); e aduz que o Estado “está internacionalmente obrigado a conformar sua legislação, até mesmo sua Constituição às prescrições do direito internacional” (p. 21).

Reconsiderando sua posição originária³, Kelsen (2013) chega a reconhecer a possibilidade de conflitos entre o direito interno e o direito internacional, os quais deveriam, em sua percepção, ser solucionados mediante os mesmos métodos utilizados para resolver conflitos entre diferentes graus da ordem estatal.

Admitir a existência desses conflitos não romperia a unidade do sistema jurídico, da mesma forma que um conflito entre a constituição e uma lei não quebra a unidade do direito estatal. Haveria, em tal hipótese, a predominância do direito internacional, tendo em conta que uma lei contrária ao direito internacional confere ao Estado prejudicado o direito de iniciar um processo de responsabilização internacional,

² Verdross foi discípulo de Kelsen e precursor da teoria do monismo moderado, que defende a concorrência entre o direito internacional e o direito estatal, sem que haja uma ordem prevalente. Embora não neguem que a contrariedade de uma norma interna em relação a um compromisso internacional configure infração internacional, os adeptos dessa corrente sustentam que, em caso de conflito, o juiz nacional deve aplicar o critério cronológico (Mazzuoli, 2011).

³ A princípio, Kelsen não admitia a hipótese de conflito entre as ordens interna e internacional, sob o fundamento de que a norma internacional é a fonte e o fundamento da norma de direito interno, figurando como norma máxima da qual todas as demais são derivadas (Mazzuoli, 2011).

mas uma norma internacional contrária à lei interna não concede direito equivalente (Mello, 2004).

Em réplica às críticas do monismo kelseniano, Triepel (1966) sustenta a impossibilidade de se admitir o reconhecimento da validade dos direitos estatais a partir de uma só norma fundamental hipotética, “porque não se pode nem construir um edifício nem continuar uma cadeia até o infinito” (p. 21). O autor busca refutar, ainda, a tese da identidade de objeto entre as regras de direito interno e de direito internacional, sob o argumento de que o Estado ostenta personalidade independente, não só sob o aspecto sociológico, mas também jurídico. Por fim, afirma que, se o direito é derivado da vontade de um homem ou de uma comunidade, seria possível concluir pela existência de tantos sistemas jurídicos quantas sejam as vontades capazes de criá-lo, culminando na existência de distintos sistemas absolutamente independentes um do outro. Em razão disso, seria arbitrário dizer que tais sistemas não podem se contradizer ou que são fundados no direito internacional.

Em que pese a ordem jurídica internacional não tenha incorporado, explicitamente, qualquer das teorias indicadas, percebe-se, pela análise das normas e jurisprudência internacionais, clara preferência pelo princípio da primazia do direito internacional – ou, ao menos, reticência acerca do valor atribuído ao direito interno no cenário internacional. Nesse sentido, por exemplo, as Convenções de Viena sobre o direito dos tratados, em virtude dos princípios da boa-fé e *pacta sunt servanda*, expressam que o direito nacional não pode ser invocado para justificar o descumprimento das obrigações internacionais, cabendo aos Estados promover as adequações em sua ordem jurídica interna conforme os compromissos assumidos internacionalmente⁴ (Mazzuoli, 2016).

Os debates entre monistas e dualistas, gradualmente, diminuíram, mas não foram abandonados. Diferentemente do que costuma ocorrer no meio acadêmico, em que as disputas culminam na vitória de uma tese a partir de um argumento arrebatador que geralmente passa a ser aceito por ambas as partes, nesse caso as discussões

⁴ No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), o artigo 2º da Convenção Americana (dever de adotar disposições de direito interno) demanda dos Estados a adequação de seus respectivos ordenamentos jurídicos conforme os compromissos assumidos internacionalmente, mediante a adoção das medidas legislativas ou de outra natureza. Trata-se de dispositivo-chave utilizado pelas instituições do SIDH para deliberar sobre eventual responsabilização estatal.

simplesmente foram enfraquecidas e substituídas por uma abordagem pragmática na interação entre os Estados e as organizações internacionais (Kumm, 2006).

A tensão que sempre permeou a antítese entre a ideia de autogoverno, projetada pelos constitucionalistas, e as reivindicações de autoridade do direito internacional, foi encoberta, durante muito tempo, pela lógica de que o direito internacional teria abrangência limitada ao domínio das relações internacionais, incidiria necessariamente com base no consentimento estatal e deixaria questões específicas de interpretação e aplicação à juízo dos próprios Estados (Kumm, 2006).

Ocorre que o direito internacional contemporâneo não se enquadra mais nessa narrativa. De fato, percebe-se a expansão do seu objeto, a relativização da dependência de consentimento estatal e o fortalecimento de mecanismos internacionais de adjudicação e execução forçada, de forma que pensar a relação entre o direito constitucional nacional e o direito internacional passou a constituir uma das questões mais urgentes a serem enfrentadas (Kumm, 2006).

Dito isso, serão analisadas, na sequência, as mudanças operadas no campo do direito internacional com o objetivo de constatar se as premissas do monismo e do dualismo ainda possuem alguma razão de ser.

2 “ESTADO CONSTITUCIONAL CONVENCIONALIZADO”: UMA REVOLUÇÃO PARADIGMÁTICA NO RELACIONAMENTO ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

No atual cenário de interação entre os ordenamentos jurídicos internos e o direito internacional, verifica-se que quase todos os elementos constitutivos da dicotomia monismo-dualismo foram alterados: o arquétipo de Estado-nação evoluiu significativamente no processo de globalização, o direito internacional atingiu um patamar de desenvolvimento muito superior daquele do início do século XX e houve a introdução de disposições constitucionais específicas delimitando o papel do direito internacional nos ordenamentos nacionais (Bogdandy, 2012).

Em substituição à figura do Estado Constitucional Nacional egoísta, individualista e agressivo, ascende o Estado Constitucional Cooperativo, o qual,

mantendo as limitações inerentes ao constitucionalismo moderno, assume identidade também na esfera internacional, mediante a percepção de cooperação e responsabilidade internacional, solidariedade, interlocução com outros Estados e instituições internacionais e “abertura ao mundo” (Häberle, 2007).

Häberle (2007) elenca algumas consequências teórico-constitucionais dessa nova postura estatal: (1) a redefinição das fontes do direito⁵, uma vez que o Estado deixa de ter o monopólio sobre sua produção e passa a incorporar princípios, estruturas jurídicas e ideias de justiça diretamente da comunidade internacional; (2) o surgimento do “direito comum de cooperação” a partir da integração entre direito constitucional e direito internacional, que não encontra mais espaço na bifurcação monismo-dualismo e demanda nova via de harmonização; e (3) a realização cooperativa dos direitos humanos fundamentais no âmbito internacional.

Conquanto a internacionalização dos direitos humanos tenha se iniciado na segunda metade do século XIX por meio de acordos e convenções relacionados ao direito humanitário, à luta contra a escravidão e à proteção do trabalhador assalariado (Comparato, 2019), o movimento efetivamente ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, diante do legado de horrores deixado pelo regime nazista que motivou a cooperação entre os Estados pela construção de um novo referencial ético que fosse capaz de orientar a ordem internacional (Piovesan, 2019).

Tal referencial foi cristalizado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), aprovada sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948, que retomou os valores supremos de igualdade, liberdade e fraternidade da Revolução Francesa (Comparato, 2019) e representou, nas palavras de Bobbio (2004), “a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores” (p. 18) e a afirmação “dos direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade” (p. 19).

A partir daí, iniciou-se o processo de construção do que se convencionou

⁵ Sobre o tema, Häberle (2007) reflete: “A ideologia do monopólio estatal das fontes jurídicas torna-se estranha ao Estado constitucional quando ele muda para o Estado constitucional cooperativo. Ele não mais exige monopólio na legislação e interpretação: ele se abre de forma escalonada a procedimentos internacionais ou de Direito Internacional de legislação, e a processos de interpretação” (p. 61).

chamar de “*corpus juris* internacional” de salvaguarda do ser humano, que agrega, no plano substantivo, normas, princípios e conceitos estabelecidos em tratados, convenções e resoluções de organismos internacionais; e, no plano processual, mecanismos de proteção convencionais ou extraconvencionais, que atuam mediante sistemas de petições, relatórios e investigações (Cançado Trindade, 2007).

Ao lado do sistema universal engendrado pela ONU, que tem por núcleo a DUDH, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), emergiram os sistemas regionais de direitos humanos, particularmente na Europa, América e África. Esses sistemas coexistem e se relacionam de forma complementar, somando-se ao regime de proteção de direitos organizado internamente pelos próprios Estados (Piovesan, 2019).

Diante desse quadro, o indivíduo se transforma em sujeito de direito internacional e o conceito de soberania é relativizado para possibilitar que, nos casos de violações de direitos humanos, os sistemas internacional e regionais possam ser acionados de modo subsidiário, fazendo com que seja promovida a máxima defesa da pessoa humana (Figueiredo, 2013). Opera-se, nessas circunstâncias, a constitucionalização do direito internacional, o qual “mimetiza institutos outrora reservados ao Direito Constitucional, como, v.g., criação de tribunais, proteção de direitos fundamentais, Estado de Direito, acesso direto de indivíduos, julgamento de indivíduos no campo penal” (Ramos, 2012, p. 502).

Por conseguinte, o princípio do Estado de Direito é transplantado para o direito internacional. Nesse sentido, Gorobets (2020) aponta que tal princípio é baseado na autoridade normativa do direito, isto é, compreende um ideal meta-normativo que reflete a aptidão de uma ordem jurídica em fazer com que seus sujeitos a cumpram de forma eficaz e a utilizem como guia para suas ações. Não se ignora que a autoridade normativa no âmbito doméstico é mediada mais intensamente por instituições públicas oficiais, na medida em que a normatividade internacional é tipicamente criada (e aplicada) por seus próprios sujeitos: os Estados. Entretanto, a projeção do Estado de Direito em nível internacional igualmente se caracteriza pela reivindicação de sua autoridade normativa.

Da mesma forma, Beaulac (2009) argumenta que houve a “externalização” do conceito de Estado de Direito, pois é possível afirmar, atualmente, que a conduta dos Estados nas relações internacionais é caracterizada pela sujeição ao direito, a partir de regras jurídicas que são dotadas de certeza, previsibilidade e estabilidade. Isso se justifica porque as normas internacionais são formalizadas em tratados escritos, os quais são promulgados e publicados de forma satisfatória. Ademais, o direito internacional passa a ser universal em seu alcance e, diante do princípio da igualdade soberana, garante que todos os Estados sejam tratados da mesma maneira, sem discriminação.

Já sob a perspectiva doméstica, são forjadas as cláusulas constitucionais de articulação entre o direito internacional e o direito interno, que objetivam, de um lado, dispor sobre a incorporação, transposição ou uso do direito internacional no âmbito interno; e, de outro, determinar eventual posição hierárquica das normas internalizadas no regime jurídico doméstico (Alvarado, 2016).

Essas cláusulas podem ser: (1) de admissão, que determinam a existência de um procedimento interno prévio para a definição do compromisso internacional e/ou reconhecem os efeitos diretos das normas internacionais; (2) declarativas, que definem a postura a ser adotada pelos Estados nas relações internacionais; (3) de remissão, que fazem referência expressa ao ordenamento internacional para complementar o catálogo constitucional ou legal ou para tratar de temas pontuais, como o exercício de determinadas competências; (4) de interpretação, que estabelecem critérios interpretativos à luz dos compromissos internacionais; e (5) de “hierarquia” ou solução de conflitos normativos (Alvarado, 2016).

Para além do aspecto normativo das ditas cláusulas, evidencia-se, também, uma disposição de abertura dos próprios juízes envolvidos no processo de interpretação constitucional, que passam a considerar e assimilar os fundamentos utilizados por cortes internacionais e estrangeiras na resolução de demandas, sobretudo nos casos difíceis (*hard cases*).

Há, assim, uma comunicação transjudicial baseada não na lógica do precedente vinculante, mas na autoridade persuasiva dos julgados – seja para corroborar uma determinada posição, seja para decidir de modo diverso. Nessa

conjectura de ideias, Slaughter (2003) destaca que, na percepção de tais juízes, o olhar para outros sistemas jurídicos os auxilia a fazer um melhor trabalho, porquanto propicia que o problema analisado seja abordado de forma mais criativa ou com melhor discernimento. Ou seja, a análise de uma perspectiva diferente lhes ensina algo que eles desconhecem ou permite que a questão seja apreciada de maneira diferente e mais clara. São obtidas, assim, ideias e experiências que contribuem para opiniões melhores e fruto de maior reflexão.

As comparações e intersecções recíprocas, que podem ser denominadas de “fertilização cruzada”, permitem o refinamento da hermenêutica normativa e um avanço na proteção dos direitos humanos. Isso porque o direito internacional dos direitos humanos lida com normas de redação genérica e valores conflitantes, de forma que a análise comparativa de decisões produzidas em *locus* diverso sobre o alcance e sentido de determinado de direito servem como importante guia interpretativo (Ramos, 2012).

Desse modo, percebe-se, nas últimas décadas, uma interação acentuada – e quase que simbiótica – entre as fontes do direito internacional e as ordens jurídicas internas. Em consequência, os organismos internacionais, legitimamente instituídos e voluntariamente reconhecidos pelos Estados, têm assumido cada vez maior protagonismo na defesa dos direitos humanos, desafiando a lógica da subsidiariedade por meio da análise de emblemáticos litígios estratégicos, da concessão de medidas reparatórias abrangentes e de produtivos diálogos intersistêmicos.

As cortes regionais de direitos humanos desempenham, atualmente, duas missões: ao mesmo tempo em que promovem a justiça nos casos concretos, também produzem parâmetros jurisprudenciais de proteção dos direitos humanos que orientam os Estados no cumprimento das obrigações decorrentes da ratificação das respectivas convenções internacionais (Clérico, 2020).

Tomando como exemplo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e os avanços na atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), observa-se a consolidação de um verdadeiro *Ius Constitutionale Commune* na

América Latina (ICCAL)⁶ (Bogdandy, 2017), vocacionado à real efetivação das promessas conquistadas pelas constituições dos países da região após a superação de regimes autoritários. É que as sentenças proferidas pela Corte IDH, para além das medidas reparatórias concedidas no âmbito das situações concretas analisadas, reproduzem um *standard* mínimo regional de efetividade dos direitos humanos, que passa a conformar as atividades jurisdicionais, legislativas e administrativas de todos os Estados que compõem o SIDH e constitui referencial do ICCAL.

A ideia de que os tribunais constitucionais, no contexto particular latino-americano, devem adotar posição ativa para impulsionar transformações sociais e avançar na construção de Estados igualitários (Roa Roa, 2020) parece ter alcançado a Corte IDH, que não hesita em adotar interpretações progressistas e inovadoras e em exercer expansivamente as competências que lhe foram conferidas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). De fato, a Corte sedimentou a técnica do controle de convencionalidade em sua jurisprudência⁷, atribuiu efeito *erga omnes* para suas decisões⁸ e se desvencilhou de limitações normativas que impediam a tutela plena e interdependente dos direitos humanos, sobretudo no que diz respeito aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais⁹.

⁶ Apesar de fundado em direitos de caráter universal, o estabelecimento desse *ius commune* reproduz características peculiares da região e é constituído por um núcleo comum: o SIDH, respaldado pelas forças sociais transformadoras de diversos países que nele identificam um terreno fértil para apostar seus projetos através da submissão de litígios estratégicos. Detém centralidade, nesse cenário, a Corte IDH, que ao conferir efeitos diretos e *erga omnes* a suas decisões, difunde um amplo *corpus juris* comprometido com o enfrentamento aos problemas que assolam, de modo geral, a América Latina, como a responsabilização pelas graves violações perpetradas em regimes ditatoriais, a desigualdade e a violência (Bogdandy, 2017).

⁷ Desde o precedente *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006), a Corte IDH outorgou às autoridades públicas dos Estados que ratificaram a Convenção Americana o dever de realizar o controle de convencionalidade, isto é, a análise da compatibilidade entre suas normas jurídicas internas e o *corpus juris* interamericano, considerando, nessa tarefa, os parâmetros hermenêuticos estabelecidos pela jurisprudência interamericana.

⁸ Como já salientado pelo juiz interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, a interpretação realizada pela Corte IDH sobre as normas convencionais ostenta a mesma eficácia que estas possuem (Caso *Cabrera García e Montiel Flores v. México*, 2010, § 52) e produz efeito *res interpretata* sobre todos os Estados integrantes do sistema, resultando num *standard* mínimo regional que apenas pode ser afastado por meio de interpretação ou aplicação de norma mais favorável aos direitos humanos (Caso *Gelman v. Uruguai*, 2013, § 94). Sobre o tema, ver, entre outros, Marino e Carvalho (2020).

⁹ Com o caso *Lagos del Campo v. Peru* (2017), a Corte IDH admitiu, pela primeira vez, a justiciabilidade direta de um direito social, a partir do artigo 26 da CADH e a despeito da limitação estabelecida pelo artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador. Desde então, o tribunal tem adotado postura mais progressista na concessão de amplas medidas reparatórias e construção de parâmetros circunstanciados para a proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA). A respeito da tutela autônoma dos DESCA com base no artigo 26, cf. Mac-Gregor (2017).

Em razão dessa incidência direta do *corpus juris* internacional e do fortalecimento da jurisdição interamericana, a constituição nacional dos Estados se torna “convencionalizada”, isto é, “*completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica, y por la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*” (Sagüés, 2016, p. 403).

Por derradeiro, as regras de direito internacional, conformadas pelos parâmetros estabelecidos por seus intérpretes autênticos, são incorporadas pela ordem constitucional e se corporificam em um amplo bloco de constitucionalidade convencionalizado, que opera de forma expansiva e progressiva e se faz paradigma de controle tanto para os atores domésticos como para os organismos internacionais (Conci; Faraco, 2020).

É exatamente esse contexto de constantes influxos entre o direito internacional dos direitos humanos e o ordenamento constitucional que caracteriza o que se denomina neste artigo de Estado Constitucional Convencionalizado. Não se trata de mera releitura da disposição do Estado em se abrir para a comunidade internacional, mas sim de um processo mais complexo de interpenetração de fontes jurídicas direcionado para a máxima proteção do ser humano.

Borges e Piovesan (2019) explicam que a proteção dos direitos humanos não mais encontra uma linha clara entre o nacional e o internacional, tendo em vista o constante processo de retroalimentação e interdependência entre os dois níveis. Nesse panorama, as fronteiras entre o direito interno e direito internacional se estreitam a tal ponto que se torna possível falar na coexistência de um direito constitucional internacional e de um direito internacional constitucional. Assim, é possível concluir que a globalização inaugurou uma era de interdependência marcada pelo pluralismo normativo e pelo diálogo entre ordenamentos.

A distinção estanque entre as categorias dos direitos humanos (reconhecidos na arena internacional) e dos direitos fundamentais (positivados no plano constitucional) não mais se coaduna com o fenômeno jurídico contemporâneo de proteção multinível desses direitos. Ambas, essencialmente, convergem para o mesmo fim: prevenir o sofrimento humano e resguardar a dignidade, de forma que não devem

ser tratadas de modo dissociado, sob uma “lógica monista insular” (Fachin; Gonçalves, 2016).

Nessa conjectura de ideias, a polêmica entre monistas e dualistas torna-se estéril e ociosa, porquanto não contribui em nada para a emancipação do ser humano. As duas correntes, cada qual a sua medida, “personificaram” o Estado como único sujeito do direito internacional, premissa já superada pela conquista da personalidade jurídica e capacidade processual dos próprios indivíduos no domínio do direito internacional dos direitos humanos. Além disso, a interação dinâmica e constante entre o direito internacional e o direito interno se dá, atualmente, em benefício das pessoas protegidas, sendo certo que os próprios tratados de direitos humanos consagram o critério da primazia da norma mais favorável (Caçado Trindade, 2007).

Destarte, no novo paradigma do Estado Constitucional Convencionalizado, as discussões sobre monismo e dualismo perdem totalmente o sentido. Tais teorias se tornam, como define Bogdandy (2012), “zumbis intelectuais” de outro tempo que devem descansar em paz ou ser desconstruídas, de forma que a concepção geral da relação entre as normas internacionais e internas possa ser constituída em outra base conceitual.

O autor ressalva que o dilema envolvendo a necessidade (ou não) de desconstrução da tradicional “pirâmide jurídica” kelseniana deve buscar resposta dentro do processo constitucional interno, levando em conta a experiência, as expectativas e as convicções das diversas e heterogêneas comunidades constitucionais. E, nesse passo, afirma que, ao menos nas democracias liberais, o ordenamento jurídico interno deve estabelecer limites a um ato de direito internacional que colida gravemente com os princípios constitucionais (Bogdandy, 2012).

De modo similar, Alvarado (2016) prega o abandono das teorias monista e dualista em prol de uma nova alternativa teórica, baseada na constatação de que o direito interno e o direito internacional são ordenamentos jurídicos distintos, porém profundamente conectados, cujas relações, apesar de não regidas pela hierarquia ou por uma regra definida para a resolução de conflitos, devem ser orientadas pela consecução dos objetivos constitucionais ontologicamente considerados. Para a autora, a aplicação do direito – nacional e internacional – deve dar conta de uma meta comum:

a de salvaguarda de certos valores, entre eles os direitos humanos, de modo que a deliberação sobre o uso das normas jurídicas precisa se dar sempre em prol da maior e melhor proteção possível entre esses valores (p. 32-33).

Logo, sem perder de vista o princípio da supremacia da constituição, a busca pela materialização dos direitos humanos fundamentais torna insubsistentes as teorias extremadas do monismo kelseniano – que reconhece o direito nacional como mera delegação do direito internacional e a este submetido – e do dualismo de Triepel – que defende a total separação entres os ordenamentos nacional e internacional, elevando a soberania a um valor absoluto.

Uma vez admitida a insuficiência do confronto monismo vs. dualismo, convém delimitar um novo horizonte teórico que acomode melhor as relações atuais entre o direito interno e o direito internacional.

3 A DELIMITAÇÃO DO NOVO HORIZONTE TEÓRICO: PLURALISMO HETERÁRQUICO, DIÁLOGO E MAXIMIZAÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS

A forte integração entre o direito estatal e o direito internacional consolidou um sistema jurídico de múltiplos níveis, que reivindicam simultaneamente um grau idêntico de validade (Queiroz, 2009). Diante disso, o direito internacional, composto por uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, se projeta como “*una red compleja y diversamente integrada por instituciones y sistemas jurídicos, articulada en distintos niveles normativos*” (Ferrajoli, 2013, p. 475).

Pernice (2012) identifica nesse cenário um “constitucionalismo multinível”, que se configura a partir de instituições que atuam supranacionalmente na proteção de valores e bens comuns, tendo por fundamento princípios do estado de direito, da democracia e da solidariedade. Portanto, em substituição ao monismo, surge um pluralismo constitucional; e, em substituição à hierarquia e supremacia da lei, surge a primazia funcional baseada na consideração, no reconhecimento e na cooperação mútua.

Em sentido semelhante, Walker (2002a) fala em “pluralismo constitucional”, uma construção teórica que reconhece que, no mundo pós-Westfaliano, há uma gama de diferentes espaços e processos constitucionais configurados em um padrão heterárquico – em oposição à hierarquia.

A assimilação desse modelo exige a revisão do próprio conceito de constituição a partir do redesenho do direito constitucional e do poder constituinte desencadeado pelo diálogo multinível (Fachin, 2020). Tal percepção converge com o fenômeno da constitucionalização do direito internacional, que reconhece a migração de instrumentos e valores do direito constitucional para a ordem internacional, tais como o princípio da legalidade, a separação de poderes, o regime democrático, o Estado de direito e os direitos humanos (Calixto; Carvalho, 2020).

Para justificar a teoria do pluralismo constitucional, Walker (2002b) distingue as noções de constitucionalidade (*constitutionality*), que compreende as estruturas e mecanismos que formam e identificam as constituições “realmente existentes”, e de constitucionalismo (*constitutionalism*), correspondente ao discurso normativo por meio do qual as constituições são justificadas, defendidas, criticadas e denunciadas.

De acordo com o referido autor, o constitucionalismo não deve ser encarado segundo a lógica do “tudo ou nada”, mas sim como um fenômeno de nuances e gradações, daí por que não há um único modelo definindo se o *status* constitucional de uma determinada ordem foi alcançado ou não. Há, na verdade, um conjunto de fatores que, associados, servem tanto como critérios para demonstrar as formas distintas de constitucionalismo, como índices que identificam e medem o grau de constitucionalização (Walker, 2002b).

Nesse sentido, Walker (2002b) delimita alguns critérios relacionados à dimensão conceitual do constitucionalismo: os critérios constitutivos (*constitutive criteria*), que abrangem o desenvolvimento de um discurso constitucional explícito na comunidade ou processo político e a reivindicação pela autoridade jurídica fundacional ou soberania; os critérios de governança (*governance criteria*), consistentes na presença de uma competência jurisdicional, na autonomia interpretativa conferida a um determinado órgão para a definição do significado e extensão das competências relacionadas à comunidade política e na formação e regulação de uma estrutura

institucional de governo; e, por fim, os critérios sociais (*societal criteria*), concernentes à legitimação da comunidade política perante as forças sociais, que envolvem notadamente a ideias de cidadania e pertencimento na associação política, bem como os respectivos mecanismos de participação e articulação dos cidadãos/membros.

Importante observar que o critério constitutivo de reivindicação pela autoridade ou soberania, no cenário pós-Westfaliano, pode englobar apenas a ideia de autonomia, sem necessariamente envolver a exclusividade da ordem jurídica em questão. Isso se deve ao surgimento de fontes políticas cujas circunscrições não são apenas territoriais, mas também setoriais ou funcionais. Em consequência, a ideia de um árbitro ou intérprete final no âmbito das diferentes jurisdições sobrepostas também não diz respeito à exclusividade, pois a autonomia interpretativa significa apenas que, do ponto de vista interno de uma determinada ordem jurídica, existem instituições que são competentes para interpretar as regras constitucionais e legais vinculadas a essa ordem – raciocínio que não se aplica do ponto de vista externo.

Estabelecidos esses critérios, Walker (2002b) admite a coexistência de diversas ordens constitucionais – com graus e nuances de constitucionalização distintos – que incidem sobre um mesmo espaço territorial e articulam entre si de modo heterárquico, com possibilidade de aprendizagem mútua, seja por meio da competição regulatória, seja pelo diálogo aberto e pela troca de experiências (*cross-experimentation*).

Trata-se da constatação de que há um conjunto de ordenamentos jurídicos que interagem, cada qual com origem constitucional distinta, sem que exista estrutura hierárquica definida. A ausência de hierarquia entre as normas desses ordenamentos, que são aplicadas no mesmo âmbito espacial, não representa um defeito a ser superado, mas sim a característica essencial desse novo modelo normativo. Ela permite que as diversas instituições que participam da criação e aplicação do direito colaborem, dialoguem e se limitem reciprocamente, de modo que nenhuma delas possa clamar pela autoridade final (Pérez, 2011). Conforme afirma Kumm (1999), dentro de uma moldura pluralista, não faz sentido se falar em um árbitro final.

Em sentido mais amplo, Wolkmer (2006) também propõe um modelo de pluralismo jurídico. Este, porém, focaliza na perspectiva local extra-estatal e é entendido como a coexistência de normatividades diferenciadas que define ou não relações entre

si. Tal proposição teórica legitima práticas normativas autônomas e autênticas, geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, as quais podem ou não ser reconhecidas, incorporadas ou controladas pelo Estado.

Segundo o autor, a cultura jurídica da modernidade foi marcada pelo monismo, como resultado da ascensão da burguesia nos séculos XVII e XVIII, do modo de produção capitalista, da ideologia liberal e da centralização política no Estado Nacional. Malgrado tal cultura tenha produzido relevantes avanços e conquistas históricas para a consolidação do projeto de legalidade liberal-burguês, ela não se mostrou suficiente para atender às transformações econômicas e políticas geradas pela complexidade dos conflitos coletivos e pelas demandas que surgiram com os impactos da globalização do capitalismo nas sociedades periféricas (Wolkmer, 2001).

Em outras palavras, Wolkmer (2001) reconhece como espaços de criação do direito não só as instâncias oficiais do Estado, mas também os segmentos extra-estatais emancipatórios – como movimentos sociais, organizações não governamentais, comunidades culturalmente diversificadas e outros grupos de interesse –, com seus métodos inovadores de organização social e de resolução de conflitos. Assim, emergem variadas fontes normativas cuja legitimidade é baseada nas demandas dos sujeitos sociais e na alteração da sociedade para uma estrutura descentralizada, pluralista e participativa

Embora forjadas sob perspectivas diversas, as teses do pluralismo constitucional de Walker e do pluralismo jurídico de Wolkmer convergem e se complementam ao reconhecer o abandono do monopólio da produção jurídica pelo Estado e o surgimento de instituições e sujeitos sociais diversos que se apresentam como fonte legítima de regulação social.¹⁰

Neves (2014) utiliza o termo “transconstitucionalismo” para ilustrar a interação entre as diferentes ordens jurídicas que se apresentam. Para ele, o direito constitucional, ainda que tenha sua base originária no Estado, deste se emancipa. Não

¹⁰ Por essa razão, Magalhães (2005) sustenta que “o pluralismo constitucional é apenas uma qualificação do pluralismo jurídico. A qualificação faz parte de uma abordagem do pluralismo [constitucional] que retém premissas importantes do pluralismo jurídico (estruturais, institucionais e de pluralidade normativa), mas não foca em aspectos antropológicos e sociológicos (desenvolvimento de grupos sociais que criam seu próprio direito à margem do aparato estatal e que, de alguma forma, influencia o direito considerado oficial)” (p. 102).

em virtude do surgimento de novas Constituições, mas porque outras ordens jurídicas passam a se envolver diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais.

O transconstitucionalismo rejeita tanto o estatalismo quanto o internacionalismo como espaços de solução privilegiados de controvérsias. Aponta, antes, para a necessidade de construção de “pontes de transição”, de maneira que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um mesmo problema constitucional envolvendo direitos humanos e organização de poder possam buscar formas transversais de articulação, cada uma delas observando a outra, para compreender seus próprios limites e possibilidades de contribuição, em um processo frutífero pautado na premissa: “o ponto cego, o outro pode ver” (Neves, 2014).

O ponto de partida, portanto, não deve ser uma determinada ordem jurídica, mas sim os problemas constitucionais comuns que enredam as diversas ordens. Avança-se de um terreno caracterizado pela desconexão inicial entre as ordens presas em suas respectivas identidades para a construção de uma “racionalidade transversal” na relação entre princípios e regras de distintas ordens jurídicas, que são sopesados e incidem simultaneamente sobre o problema apreciado (Neves, 2014).

O êxito desse modelo depende da reconstrução permanente das identidades constitucionais tendo como alicerce a alteridade, sob pena de se verificar o bloqueio recíproco entre as ordens jurídicas. Esse raciocínio não reproduz um processo ingênuo de pura convergência entre os atores envolvidos, mas apenas a disposição à abertura cognitiva e normativa para outras ordens também comprometidas com a resolução dos casos concretos (Neves, 2010).

A alteridade é componente essencial para o reconhecimento de que cada uma das ordens justapostas é igualmente legítima e merecedora de respeito, o que oportuniza trocas produtivas e aprendizado recíproco. Com base nela, aceita-se a existência de outros interlocutores válidos no processo interpretativo e promove-se a articulação de regras e princípios de múltiplos ordenamentos para o caso concreto (Calixto; Carvalho, 2017).

O método do transconstitucionalismo se mostra mais promissor do que métodos hierárquicos, lineares e definitivos, seja no âmbito internacional, estatal,

supranacional ou local. Permite, pois, uma relação mais construtiva – ou menos destrutiva – entre as ordens jurídicas, mediante a articulação pluridimensional de seus princípios e sem que haja uma última instância decisória (Neves, 2010).

Por sua vez, Bogdandy (2012) defende a substituição do paradigma clássico monismo-dualismo pela teoria do pluralismo normativo, a qual pressupõe que nenhuma constituição estatal seria um universo em si mesmo, mas sim o elemento de um “pluriverso normativo”, caracterizado pelo acoplamento entre diversos ordenamentos jurídicos que se perfaz pelas doutrinas do efeito direto e da interpretação conforme o direito internacional.

Explica Alvarado (2016, p. 33) que o modelo teórico pluralista está associado à nova realidade do cenário jurídico: ele reconhece as diferenças entre o direito nacional e o direito internacional e nega a ideia de um direito universal, porém admite a existência de princípios comuns e a incompletude de ambos os ordenamentos. Assim, diante da interconexão e interdependência entre os ordenamentos, busca oferecer regras para permitir a coexistência e a identificação de respostas aos problemas comuns. O pluralismo rejeita, assim, a ideia de hierarquia e demanda uma reformulação metodológica na articulação entre os ordenamentos, o que implica um exercício de diálogo e harmonização.

Independentemente do nome que se atribua a esse novo horizonte teórico, a premissa central é bastante clara: a hierarquia é substituída pela cooperação funcional, pelo mútuo reconhecimento e pela alteridade. Nesse quadro, diferentemente da subordinação hierárquica inerente à “pirâmide kelseniana”, nota-se uma relação de compatibilização ou harmonização que intercede as normas de direito interno e de direito internacional (Queiroz, 2009).

Para que haja a coexistência harmônica dessas diversificadas esferas jurídicas na tutela multinível dos direitos humanos, afigura-se necessária a instituição de uma atmosfera dialógica. E, como responsáveis pela aplicação do direito, os juízes e tribunais ocupam papel relevante, uma vez que são incumbidos de proteger a constituição e, com isso, salvaguardar os direitos dos indivíduos (Alvarado, 2015). Surge, assim, uma “*global community of courts*”, composta por atores nacionais e internacionais, que devem dialogar à luz dos princípios do *checks and balances*, do

conflito positivo, do pluralismo, da diferença legítima e da autoridade persuasiva (Slaughter, 2003).

Urueña (2013, p. 316) reflete que um elemento importante do pluralismo é o diálogo. De fato, considerando a ausência de hierarquia e supremacia entre as diferentes ordens normativas, há necessidade de aproximação entre as cortes nacionais e internacionais, o que permite que as primeiras deixem de ser apenas seguidoras da jurisprudência internacional e passem a participar, como iguais, de um diálogo transnacional que se baseia em uma visão compartilhada do regime de direitos humanos.

No âmbito regional interamericano, Alvarado (2015) observa uma rede multinível, constitucional e heterárquica de relações verticais (entre os juízes regionais e os juízes constitucionais) e horizontais (entre os juízes constitucionais de diversos países), cujo objetivo principal é a harmonização dos ordenamentos jurídicos para assegurar a proteção efetiva dos indivíduos. A Corte IDH se apresenta como pedra angular da referida rede, na medida em que produz parâmetros vinculantes de proteção dos direitos humanos e promove a articulação do sistema, se convolvendo num verdadeiro tribunal constitucional de natureza regional.

O vínculo jurídico estabelecido pela Convenção Americana e os parâmetros interpretativos definidos na jurisprudência interamericana demandam um diálogo interjudicial entre a Corte IDH e os tribunais nacionais: ao mesmo tempo em que os magistrados domésticos devem observar as normas convencionais e o alcance hermenêutico atribuído a elas pelo tribunal regional, os julgadores regionais também necessitam efetuar um juízo de ponderação das normas estatais para promover a máxima proteção dos direitos humanos no exercício de suas funções (Calixto; Carvalho, 2019).

Para além dessas considerações relativas aos órgãos judiciais, os diálogos em matéria de direitos humanos são entendidos aqui de forma ampla como a integração argumentativa e livre entre os intérpretes e aplicadores do direito de modo geral. Assim, não devem se esgotar no campo jurisdicional, sob o risco de se observar uma intercomunicação entre elites, eis que os agentes judiciais – notadamente das Cortes Superiores e instâncias internacionais – tendem a ser selecionados entre os setores mais

privilegiados da sociedade. O foco juricêntrico pode, nessa linha, frustrar a pretensão emancipatória dos direitos humanos (Fachin, 2020).

Por essa razão, conquanto o Poder Judiciário seja geralmente retratado pela doutrina como o protagonista nas relações dialógicas com o direito internacional, há necessidade de câmbios e mutações constitucionais mais amplos (Fachin, 2020). O diálogo pluralista, no marco do Estado Constitucional Convencionalizado, também deve ter como personagens os órgãos administrativos, legislativos e políticos, até mesmo diante do princípio da responsabilidade unitária do Estado no âmbito internacional.

Considerando a ausência de escalonamento hierárquico entre as variadas ordens jurídicas, o diálogo é pautado no respeito recíproco e na cooperação para se obter o melhor resultado possível de acordo com os objetivos comuns. Em se tratando da relação entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, é fácil concluir que tal objetivo compreende a maximização da proteção dos direitos humanos, o que implica o fenômeno da “substancialização do direito, no qual há a primazia da melhor proteção da pessoa humana, independentemente da fonte, na compreensão de que o princípio da dignidade da pessoa humana demanda um olhar fundado essencialmente na melhor proteção” (Borges; Piovesan, 2019, p. 9).

O diálogo entre as fontes de proteção interna e internacional é exercido, portanto, mediante o princípio *pro persona* (ou *pro homine*) e com o escopo de determinar qual é a norma mais favorável aos direitos humanos no aspecto substancial ou material,¹¹ em contraposição ao critério de hierarquia formal, de cunho intransigente. A origem desse parâmetro hermenêutico encontra-se nos “vasos comunicantes” (“cláusulas dialógicas” ou “cláusulas de retroalimentação”), previstos nos próprios tratados internacionais de direitos humanos, que são responsáveis por interligar a

¹¹ Ressalva-se que, apesar de admitir o diálogo das fontes baseado no princípio *pro persona*, Mazzuoli (2011) propõe a teoria do “monismo internacionalista dialógico” e argumenta que os tratados internacionais sempre prevalecem sobre a ordem jurídica interna. De acordo com o autor, ainda que o diálogo resulte na aplicação de norma doméstica, por ser mais favorável à tutela dos direitos humanos, tal situação se dá apenas em razão da existência de cláusula dialógica – fixada, ressalta-se, pelo direito internacional – que autoriza uma hierarquia de valores (substancial ou material) na resolução de conflitos e permite a incidência da norma mais benéfica no caso concreto. As reflexões em questão divergem da tese defendida no presente artigo, que é justamente a superação da proposta monista e a consolidação de um horizonte teórico pluralista heterárquico.

ordem jurídica internacional e a ordem estatal, retirando a possibilidade de antinomias e orientando para a determinação da norma que deve prevalecer no caso concreto (Mazzuoli, 2011).

A CADH expressamente incorpora o princípio *pro persona* em seu artigo 29.b, o qual veda qualquer interpretação de seus dispositivos que limite o exercício de direito reconhecido pelas leis dos Estados ou em outro tratado internacional. Acerca do tema, a Corte IDH já teve oportunidade de se pronunciar na Opinião Consultiva OC n. 5/1985:

se a uma mesma situação são aplicáveis a Convenção Americana e outro tratado internacional, deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana. Se a própria Convenção estabelece que suas regulamentações não possuem efeito restritivo sobre outros instrumentos internacionais, menos ainda poderão ser aceitas restrições presentes nestes outros instrumentos, mas não na Convenção, para limitar o exercício dos direitos e liberdades que esta reconhece (§ 52).

Pinto (1997) elucida que o referido princípio constitui critério hermenêutico que informa os direitos humanos e orienta para a aplicação da norma mais ampla ou interpretação extensiva no reconhecimento de direitos protegidos; e, inversamente, da norma ou interpretação mais restrita na definição de limitações permanentes ou suspensão extraordinária ao exercício desses direitos. Em suma, coincide com a característica fundamental dos direitos humanos: estar sempre a favor do ser humano.

Da mesma forma, Conci (2014, p. 9) considera que o novo paradigma jurídico se constrói por sobre a perspectiva de que é a pessoa humana, e não o Estado, quem suporta como fundamento e para onde confluem como destinatários os objetivos de tutela do direito internacional dos direitos humanos. Nesse aspecto, sendo a tutela das liberdades dos indivíduos o fim último de qualquer sistema jurídico, importa mais o “como se protege” e a intensidade de proteção do que o *locus* ou a fonte de onde se deriva a proteção.

O princípio *pro persona* possui duas dimensões: (1) de preferência interpretativa, que impõe a interpretação mais expansiva para otimizar um direito e a mais restritiva para limitá-lo; e (2) de preferência normativa, segundo a qual, em caso de divergência, o aplicador do direito deve empregar a norma mais favorável aos direitos humanos, independentemente de seu nível hierárquico (Sagüés, 2002). Não é

possível estabelecer a presunção geral de que a norma internacional sempre será mais protetiva do que a norma nacional (constitucional ou legal), pois as normas internacionais de direitos humanos constituem sempre estândares mínimos, que podem ser ampliados pelos Estados da forma que considerarem mais conveniente (Cavallo; Nogueira Alcalá, 2016).

A esse respeito, Mac-Gregor (2013) assevera que os parâmetros interpretativos irradiados pela jurisprudência da Corte IDH a partir da eficácia objetiva (“*res interpretata*”) de suas sentenças representam um *standard* mínimo regional e, portanto, seus efeitos seriam relativos e se estenderiam apenas para assegurar o mínimo de efetividade da norma convencional, sendo admitida interpretação nacional diversa mais vantajosa à proteção do direito ou liberdade envolvidos no caso concreto.

Conforme se vê, na atual conjuntura os agentes internos e internacionais deixam de atuar de forma independente para incorporar um sistema complexo de coordenação e complementaridade, pautado na ausência de hierarquia e na busca pela cooperação e pelo diálogo com a finalidade última de assegurar a aplicação da norma mais favorável à pessoa humana (Calixto; Carvalho, 2017).

Por conseguinte, o novo horizonte teórico, que sucede as desgastadas teorias do monismo e do dualismo, embora possa ser analisado sob os mais variados ângulos e da perspectiva tanto de constitucionalistas como de internacionalistas, aponta para um caminho comum a ser seguido: o do pluralismo heterárquico, do diálogo e da maximização da proteção dos direitos humanos, tendo por objetivo a harmonização das ordens jurídicas e a conjugação de esforços em prol da salvaguarda e emancipação do ser humano.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que as premissas construídas por Kelsen e Triepel, exaustivamente remodeladas ao longo dos anos na tentativa de continuar acomodando as relações entre o direito interno e o direito internacional, devem ser abandonadas. O sistema de tutela multinível de direitos humanos, característico do processo de

convencionalização do Estado Constitucional, não comporta mais os rótulos do monismo e do dualismo.

A ideia enferrujada de que as esferas jurídicas nacionais e internacionais jamais se sobreporiam não possui respaldo na cena atual, em que os diversos atores responsáveis pela interpretação e aplicação do direito, situados em diferentes *loci* no panorama global, se deparam com os mesmos problemas e compartilham de uma mesma missão: a tutela intransigente dos direitos humanos.

De igual forma, a pretensão anacrônica de se reconhecer uma “ordem jurídica superior” que a tudo coordena e que requer um espaço hierarquicamente organizado para subsistir é incompatível com as simultâneas reivindicações de legitimidade e autoridade das múltiplas ordens jurídicas que coexistem, além de não contribuir em nada com a salvaguarda do ser humano.

A concepção de Estado-nação que predominou no início do século XX e que justificou as multicitadas propostas teóricas não é a mesma da globalização contemporânea. As tímidas manifestações do direito internacional evoluíram para um arcabouço complexo de normas e instituições supranacionais que se convertem num amplo guarda-chuva para complementar a proteção dos indivíduos e projetar a cidadania nos níveis regional e global. Ao mesmo tempo, as próprias ordens constitucionais se abriram para as instâncias internacionais a partir de cláusulas específicas e meticulosamente construídas, cujas portas não podem mais ser fechadas.

Assim, o fenômeno de retroalimentação entre o direito interno e o direito internacional torna sem sentido a separação dos direitos em diferentes categorias – “humanos” e “fundamentais” –, do mesmo modo em que torna inútil o estabelecimento de critérios de hierarquia que não levam em conta o aspecto substantivo das normas e que não aproximam os intérpretes e aplicadores do direito na busca pela melhor solução das controvérsias.

Embora o novo horizonte teórico do Estado Constitucional Convencionalizado beba de fontes diversas – “constitucionalismo multinível”, “pluralismo constitucional”, “pluralismo normativo”, “transconstitucionalismo”, etc. – e não tenha sido ainda acondicionado em uma caixa única com tutorial simplificado e bem definido, ele já

oferece um ponto de partida: o pluralismo heterárquico, a necessidade do diálogo e a cooperação em favor da máxima efetivação da dignidade humana.

Nesse novo ambiente, todas as ordens jurídicas – estatais, regionais e internacionais – são instadas a participar de um amplo processo dialógico, que parte da premissa da importância e igual legitimidade de cada uma delas e cujo resultado final não se contenta senão com a melhor via possível de proteção do ser humano.

REFERÊNCIAS

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva. In: MEZZETTI, Luca. CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2015. p. 253-286.

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, a. 14, n. 1, p. 15-60, 2016.

BEAULAC, Stéphane. The Rule of Law in International Law today. In: PALOMBELLA, G.; WALKER, Neil. (Eds.). *Relocating the Rule of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 197-223.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOGDANDY, Armin von. Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales. In: CAPALDO, Griselda. SIECKMANN, Jan. CLÁRICO, Laura. *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*. Buenos Aires: Eudeba, 2012. p. 21-40.

BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: aclaración conceptual*. In: BOGDANDY, Armin von. MORALES ANTONIAZZI, Mariela. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017. p. 137-177.

BORGES, Bruno Barbosa. PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019.

CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra de. Diálogos interjudiciais: a obrigatoriedade de seu desenvolvimento no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria*, v. 14, n. 1, e30919, jan./abr. 2019.

CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra de. O papel da alteridade no âmbito da teoria do transconstitucionalismo: o respeito à identidade cultural como forma de estabelecimento de uma cooperação em matéria de direitos humanos. *Revista Argumentum, Marília*, v. 18, n. 2, p. 363-385, mai./ago. 2017.

CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra de. Pluralismo jurídico: uma nova perspectiva a respeito da relação entre os sistemas jurídicos internacional e interno. In: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. FIGUEIREDO, Marcelo. GERBER, Kostantin. *Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 3-24.

CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra de. The role of human rights in the process of constitutionalization of international law. *Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí*, v. 25, n. 1, p. 235-252, jan. /abr. 2020.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: A. P. Cachapuz Medeiros (Org.) *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Funag, 2007. p. 207-321.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de Derecho Público, Santiago de Chile*, v. 84, p. 13-43, 1º sem. 2016.

CLÉRICO, Laura. El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH. *Revista Derecho del Estado, Bogotá*, n. 46, p. 57-83, mai./ago. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. *Revista de Processo*, v. 232, p. 363, jun. 2014.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLÉVE, Clémerson Merlin. SCHIER, Paulo Ricardo. LORENZETTO, Bruno Meneses (Coord.). *Jurisdição constitucional em perspectiva: estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/1999*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. Caso Cabrera García e Montiel Flores v. México. Sentença de 26 de novembro de 2010 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. Caso Gelman v. Uruguai. Resolução de 20 de março de 2013 (supervisão de cumprimento de sentença).

CORTE IDH. Caso Lagos del Campo v. Peru. Sentença de 31 de agosto de 2017 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. Opinião Consultiva OC 5/85. O registro profissional obrigatório de jornalistas. 13 de novembro de 1985.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*, Porto, a. 1, v. 1, n. 1, p. 66-82, jan./abr. 2020.

FACHIN, Melina Girardi. GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. De fora, de cima e de baixo: todos os sentidos da dignidade no discurso dos direitos. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 78-94, jul./dez. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia – 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional. In: BOGDANDY, Armin Von, PIOVESAN, Flávia.

ANTONIAZZI, Mariela Moraes (Coord.). Estudos avançados de direitos humanos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 143-177.

GOROBETS, Kostiantyn. The international rule of law and the idea of normative authority. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 12, p. 227-249, mar. 2020.

GUERRA, Sidney. Curso de direito internacional público. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 3, p. 10-89, 2013.

KUMM, Mattias. Constitutional democracy encounters international law: terms of engagement. *Public Law Research Paper*, n. 06-40, 2006.

KUMM, Mattias. Who is the final arbiter of constitutionality in Europe? Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice. *Common Market Law Review*, n. 36, p. 351-386, 1999.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata). (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay). In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. GARCÍA, Alfonso Herrera (Coord.). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*. México: Tirant lo Blanch, 2013. p. 617-671.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos. Cidade de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

MAGALHÃES, Breno Baía. Pluralismo constitucional interamericano: a leitura plural da Constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, Belém, 2015.

MARINO, Tiago Fuchs. CARVALHO, Luciani Coimbra de. A doutrina da res interpretata no sistema interamericano de direitos humanos: diferenciais,

potencialidades e desafios. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, a. 8, n. 16, p. 75-94, jul./dez. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Revista Lua Nova*, São Paulo, v. 93, p. 201-232, set./dez. 2014.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana. In: BOGDANDY, Armin Von. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. ANTONIAZZI, Mariela Morales. *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (v. 2). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010. p. 717-758.

PÉREZ, Aida Torres. En defensa del pluralismo constitucional. In: ECEIZABARRENA, Juan Ignacio Ugartemendia. BERECIARTU, Gurutz Jáuregui (eds.). *Derecho Constitucional Europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 155-187.

PERNICE, Ingolf. *La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel: una respuesta legal a los desafíos de la globalización*. Madrid: Instituto Universitario de Estudios Europeos, 2012.

PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. *Columbia Journal of European Law*, v. 15, n. 3, p. 349-407, 2009.

PINTO, Monica. El principio pro homine. In: *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

QUEIROZ, Cristina. *Direito internacional e relações internacionais*. Coimbra Editora: Coimbra, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade*

de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012.

ROA ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPI) Research Paper Series n. 2020-11, 2020.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional y internacional. In: PALOMIN, José. REMOTTI, José Carlos (coords.). Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica: Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional: Lima, 2002.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y los controles legisferante y administrativo de convencionalidad. In: SAGÜÉS, Néstor Pedro. La Constitución bajo tensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016. p. 401-415.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. Harvard International Law Journal, Cambridge, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. Revista da Faculdade de Direito, Belo Horizonte, a. XVII, n. 6, p. 07-64, 1966.

URUEÑA, René. Lucas locales, cortes internacionales. Uma exploración de la protección multinível de los derechos humanos em América Latina. Revista Derecho del Estado, Bogotá, n. 30, p. 301-328, jan./jun. 2013.

VERDROSS, Alfred. O fundamento do direito internacional. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 10, n. 2, p. 1-33, 2013.

WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. EUI Working Paper Law n. 2002/1. San Domenico: European University Institute, 2002b.

WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. The Modern Law Review, Londres, v. 65, n. 3, p. 317-359, 2002a.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. Revista Sequência, nº 53, p. 113-128, dez. 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.