

PROBLEMAS JURÍDICOS MULTIFACETADOS: COMO CONCILIAR O DIÁLOGO ENTRE CORTES EM MÚLTIPLOS NÍVEIS?

*MULTIFACETED LEGAL PROBLEMS: HOW TO
CONCILIATE THE DIALOGUE BETWEEN
COURTS IN MULTIPLE LEVELS?*

Fernando Tonet¹
UNISINOS/RS

Mathheus Figueiredo Nunes de Souza²
IMED/RS

Resumo

O objetivo do presente artigo é a identificação de formas de resolução de problemas constitucionais comuns à vários ordenamentos jurídicos. Para alcançar o

¹Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Estágio de doutoramento sanduíche na Universidad Diego Portales - Chile (2017). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI (2012). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Meridional - IMED (2011). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Instituto de Desenvolvimento e Cultura - IDC (2010). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0661346004702683> - *E-mail*: tonet@hotmail.com

²Bacharel (2017) e Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional - IMED, com Bolsa-auxílio CAPES/PROSUP (2017). Pesquisador no Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade. Pesquisador no Grupo de Estudos Modelos Constitucionais Sistêmicos na Pós-Modernidade, atuando nos seguintes temas: Sociologia do Direito, Teoria dos Sistemas Autopoieticos, Sustentabilidade, Teoria Constitucional. Membro da Associação dos Advogados Criminalistas do Planalto Médio (AACPLAM). Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2439297883147393> - *E-mail*: mathheus.nunes13@gmail.com.

objetivo, o problema de pesquisa apresentado é o seguinte: como proporcionar o diálogo entre cortes em níveis múltiplos sobre questões jurídicas que envolvem direitos fundamentais e humanos e se apresentam a diversos ordenamentos jurídicos? A hipótese de pesquisa apresentada é tese transconstitucional, de Marcelo Neves, como forma de diálogo entre os vários discursos jurídicos que se apresentam face a uma problemática constitucional comum, mediando uma solução adequada que observe e assegure as diferenças. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo, e as técnicas utilizadas foram a de pesquisa bibliográfica e documental, fichamentos, categorias e conceitos operacionais. As principais conclusões que podem ser observadas é que os modelos constitucionais fechados não são aptos a enfrentar os problemas globais sozinhos, além de que o Transconstitucionalismo se mostra um método apto a promover o diálogo entre os ordenamentos jurídicos na busca de resolução de problemas que se apresentam a diversas ordens jurídicas.

Palavras-chave

Transconstitucionalismo. Teoria dos Sistemas Autopoieticos. Alteridade. Discursos Jurídicos. Globalização.

Abstract

The purpose of this article is to identify ways of solving constitutional problems common to various legal systems. To achieve this goal, the research problem presented is: how to provide a multi-level dialogue on legal issues involving fundamental and human rights and present themselves to various legal systems? The hypothesis of research presented is a transconstitutional thesis by Marcelo Neves as a form of dialogue between the various legal discourses that present themselves to a common constitutional problem, mediating an adequate solution that observes and ensures the differences. The research method used was hypothetico-deductive, and the techniques used were bibliographic and documentary research, records, categories and operational concepts. The main conclusions that can be observed is that the closed constitutional models are not able to face the global problems alone, in addition to that the Transconstitutionalism is a method to promote the dialogue between the legal systems in search of solving problems that present themselves to various legal orders.

Keywords

Transconstitutionalism. Autopoietic Systems Theory. Otherness. Legal Discourses. Globalization.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade sempre esteve em constantes mudanças, o que leva a um processo de complexificação constante e ascendente, nos mais diversos âmbitos. Com a chegada do panorama (pós-) moderno, intensificou-se ainda mais esse processo, fazendo com que re-

produções comunicativas alcançassem níveis impensáveis, aumentando os níveis de possibilidades frente às capacidades concretas de realização.

No início dos anos 1990, com a queda do Muro de Berlim e o fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), a sina da dicotomia mundial entre Capitalismo e Socialismo estava delineada. Frente a estes acontecimentos históricos, presencia-se o *boom* do processo de globalização, visivelmente percebido através da integração dos mercados. O mundo que antes era dividido em dois blocos, deixa para trás essa perspectiva e começa a caminhar ao âmbito global. O surgimento de novos atores desde o âmbito local, até o âmbito supranacional e internacional, faz com que as relações existentes vivenciem uma complexificação social.

Outro importante ponto a ser levado em conta é que o pluralismo de culturas também ascendeu, demandando assim uma necessidade de diálogo e compreensão do outro, com um visão inclusiva.

É diante desta complexa rede de interações que constitui a sociedade que surgem problemas jurídicos dos mais variados, envolvendo ordenamentos jurídicos locais *versus* nacionais; nacionais *versus* nacionais; nacionais *versus* internacionais, entre outros. Não é possível negar o nível comunicacional da sociedade, sendo, portanto, imperioso que tais problemas jurídicos sejam enfrentados e solucionados da forma mais adequada.

Acontece que o Estado, enquanto povo, território e governo, bem como a Constituição, enquanto topo da pirâmide, na sua racionalidade dirigente, não conseguem enxergar para além das suas fronteiras, desenvolvendo certo “autismo” constitucional, que acaba impedindo o diálogo jurídico. Ao mesmo tempo em que a Constituição se arroga o papel de alavanca de Arquimedes, para mover o mundo, esquece que ao seu redor existem diversos outros “mundos”.

Assim sendo, meras formas de mediação ou arbitragem (modelos mais conhecidos para resolução de controvérsias jurídi-

cas) mostram-se insuficientes, tendo em vista que são orientados por uma racionalidade de interesses, negocial, econômica. É necessária uma racionalidade jurídica (transversal) que possibilite uma forma de diálogo harmônico entre as Cortes nos mais diversos níveis, do regional ao internacional.

Dessa forma, reconhecendo a limitação de modelos tradicionais de solução de conflitos, o objetivo deste trabalho é identificar novas formas de resolução de problemas jurídicos que se mostram a mais de um ordenamento jurídico ao mesmo tempo.

Para alcançar o objetivo proposto o problema de pesquisa levantado é como proporcionar o diálogo entre cortes em múltiplos níveis sobre questões jurídicas que envolvem direitos fundamentais e humanos e se apresentam a diversos ordenamentos jurídicos? Este problema se mostra cada vez mais frequente em uma sociedade interligada, orientada em forma de rede, que desconstrói a hierarquia do direito e reorganiza o sistema jurídico de maneira heterárquica e entrelaçada.

Como hipótese de pesquisa, utilizando-se da matriz sistêmica do direito (pensamento de Niklas Luhmann), parte-se da proposta do Transconstitucionalismo, de Marcelo Neves, como forma possibilitadora de conversações entre os diversos ordenamentos jurídicos que se deparam com os problemas constitucionais. O autor vai além do pensamento luhmanniano, que concebe a Constituição como um mero acoplamento estrutural, e fornece uma ideia de Constituição transversal, uma orientação por uma racionalidade transversal, que torna possível a comunicação entre os diversos ordenamentos jurídicos na sociedade mundial.

Para resolver o problema proposto acima e testar a hipótese suscitada, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, aliado às técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, fichamentos, categorias e conceitos operacionais, estes últimos apresentados ao longo do texto.

2 A FALÊNCIA DOS MODELOS CONSTITUCIONAIS FECHADOS

O constitucionalismo contemporâneo é rodeado por múltiplas adversidades típicas de um cenário de interligação da sociedade. Partindo deste paradigma denominado “pós-moderno” e suas constantes mudanças, se faz necessário um diálogo entre as diferentes ordens jurídicas existentes (e muitas vezes conflitantes), ainda mais tendo em vista que o Estado se tornou “demasiado pequeno para as grandes coisas”.³

Porém, para a compreensão do constitucionalismo moderno, é preciso que se faça uma diferenciação, pois o “constitucionalismo moderno pressupõe uma diferenciação entre o constitucionalismo político e o constitucionalismo jurídico, mas, ao mesmo tempo, busca uma conexão entre esses dois sistemas sociais”.⁴ Para Bobbio, conforme seu dicionário de política,⁵ o constitucionalismo é uma expressão que tem como função traçar os princípios ideológicos que são base da constituição e da sua organização interna. Já para Canotilho, “[...] É a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.⁶

³ FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. Tradução: Carlo Coccioli. São Paulo: editora Martins Fontes, 2002, X.

⁴ TONET, Fernando. **Reconfigurações do constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade**. 1^a ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013, p. 158.

⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen Varriale... (et. al.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11. ed., 1998, p. 246/258.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 16 reimp. Coimbra, Almedina, 2003, p. 51.

Para compreender o panorama atual do constitucionalismo, é preciso observar a construção histórica que parte da formação social hierárquica pré-moderna e perpassa um período de transição até chegar à sociedade moderna multicêntrica. Uma das preocupações que surgem é de que as relações jurídicas ocorrem além das fronteiras nacionais, criando um embate teórico acerca do papel do Estado e da Constituição.

Muito embora existam diferenças entre nacionais e estrangeiros, as Constituições modernas têm assumido um caráter universalista, porque acabam se referindo, de forma includente, a todos os membros de certa organização político-jurídica, lhes atribuindo direitos fundamentais.⁷ Dessa forma, no âmbito da validade, o conteúdo constitucional é abrangente, pois visa estabelecer parâmetros igualitários a todos.

A mundialização da sociedade é cada vez mais clara, o que leva à liquefação das fronteiras estatais por causa das interferências mundiais. A globalização abriu uma era de pluralismo normativo e de interdependências, fazendo com que o modelo monista de produção jurídica vá se esgotando aos poucos, juntamente com a perda do posto de intérprete principal por parte do Estado, inaugurando a participação de outros atores globais.

Frente à gradativa falência dos modelos constitucionais fechados, percebe-se que as diversas teorias do Estado e da Constituição que ainda são fundadas em elementos modernos, têm encontrado dificuldade em responder, com solidez, as adversidades que se manifestam nas civilizações contemporâneas. Portanto, não há como continuar a vislumbrar o Estado-Nação sendo uma entidade puramente autônoma e auto-suficiente. Trancar-se em suas próprias fronteiras, sua própria língua, sua própria cultura e seu próprio território acarretaria num isolamento orgulhoso face aos demais entes que atuam em nível supranacional.

⁷NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 20.

Em sua obra “*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*”, J. J. Gomes Canotilho afirmava que uma lei fundamental não seria reduzida a um simples instrumento de governo, quer dizer, um texto constitucional que se destinasse apenas à divisão de órgãos e estabelecimento de competências e procedimentos da ação dos poderes públicos. Os órgãos competentes deveriam realizar os programas contidos na Constituição por imposição do próprio caráter dirigente.⁸ Nesse mesmo sentido, Canotilho e Vital Moreira, ao comentarem o artigo 3º,⁹ da Constituição da República Portuguesa, asseveram que o Estado é o objeto da Constituição, e não seu sujeito, só existindo em sua forma por que a Constituição assim estabelece – é o chamado princípio da constitucionalidade do Estado.¹⁰

No entanto, com as mudanças sociais e o aumento da complexificação social, além do aumento significativo do fenômeno globalizatório, o constitucionalista português observou que a Constituição não era capaz de abarcar todas as possibilidades de transformações, percebendo que o triangulo dialético que havia teorizado – os problemas da falta de segurança, da desigualdade política e da pobreza – carecia de materialidade pragmática. Diante desta situação, o citado autor modifica sua antiga posição e traz à tona a questão do dirigismo constitucional e sua crise.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 16 reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 217.

⁹ “Artigo 3º (Soberania e Legalidade). 1. A soberania, uma e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição. 2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática. 3. A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição”. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007, p. 74.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007, p. 216.

O fundamento problemático que a Constituição dirigente se baseia é em saber se programas ou diretivas constitucionais dariam conta, com uma atuação imediata e concretizável das normas e princípios constitucionais.¹¹ No entanto, quanto mais a Carta Magna deixava de cumprir com seu propósito primeiro, mais as disposições constitucionais deixavam de ser uma lei para virarem uma bíblia de promessas.¹²

Frente à diversidade de contextos, o Direito Constitucional se tornou um direito de restos – resto do Estado, frente à transferência de competências e atribuições deste em favor de organizações supranacionais (União Europeia, MERCOSUL...); resto do nacionalismo jurídico após as consistentes e persistentes internacionalização e globalização terem sintetizado o Estado a um simples herói do local.¹³

Não restam dúvidas de que o constitucionalismo idealizado como nacionalismo jurídico, e voltado para o Estado nacional, não sobreviveria a esta rede de relações mundiais. No mesmo sentido, Neves destaca que a sociedade (mundial) se constitui de uma conexão de uma variedade de âmbitos comunicativos que se relacionam em concorrência e complementaridade, de forma simultânea.¹⁴

Dessa forma, com a mundialização da sociedade, o transconstitucionalismo surge como forma de resolver problemas que afetem mais de um ordenamento jurídico, possibilitando comunica-

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. 2ª. ed. reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 32.

¹² CANOTILHO, J.J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. 2ª. ed. reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 31.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional. 2ª. ed. reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 185.

¹⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 26.

ção, com o propósito de realizar uma troca mútua de conhecimento.

3 A NECESSIDADE DE DIÁLOGO ENTRE AS DIVERSAS ORDENS JURÍDICAS

Diante do aumento da complexidade social e as problemáticas que se apresentam às diversas realidades jurídicas, o transconstitucionalismo tem se mostrado uma alternativa teórica que é capaz de lidar com problemas dessa magnitude. Neves aponta para a relação entre sistemas funcionais, dando atenção para os limites, possibilitando uma construção racional, mediante um aprendizado recíproco, ou seja, a possibilidade de surgimento de um processo cognitivo por meio de comutação de informações.

O transconstitucionalismo pode se apresentar de várias formas, sendo mais palpável nos casos em que se contrapõe um ordenamento internacional público e um ordenamento nacional; ou quando se contrapõe dois ordenamentos nacionais. No entanto, ainda é necessário frisar que as adversidades de cunho constitucional podem se apresentar dentro de um mesmo ordenamento, porém, se contrapõem a um ordenamento tangente e o ordenamento Estatal.¹⁵ Neste caso, a problemática vai se fundar em delinear as formas com que as ordens jurídicas diversas se relacionam.¹⁶

¹⁵ O ordenamento Estatal é aquele referente às normas positivadas pelo Estado, enquanto que ordenamento tangente é todo aquele que é posto em análise contraposta com o ordenamento Estatal. A ordem jurídica tangencial pode ser de qualquer natureza: infraconstitucional, interestatal, supranacional ou internacional.

¹⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 115.

Percebe-se, assim, que podem existir diversos ordenamentos jurídicos, os quais, cada um destes ordenamentos possui “[...] seus próprios elementos ou operações (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão da identidade (dogmática jurídica)”.¹⁷ Quando cada uma dessas ordens jurídicas detém suas próprias peculiaridades, é capaz fazer uma diferenciação entre seus significados, funções e características.

Conforme salienta Neves, frente à emergência dos problemas constitucionais que surgem diante de ordens jurídicas diversas, que reaparecem a cada momento em forma de Hidra, não se verifica mais uma Constituição-Hércules que possa resolvê-los. Se em cada caso uma determinada ordem jurídica buscasse enfrentar e solucionar os problemas constitucionais de forma isolada, essa fragmentação (dos problemas) resultaria em desestruturação.¹⁸

O protagonismo do Estado e da Constituição diminui pouco a pouco e cede espaço a outros atores e outros ordenamentos.¹⁹ Percebe-se uma redução do monismo Estatal para se maximizar uma sociedade de caráter mundial, marcada, principalmente, pela multicentricidade de ordens jurídicas, as quais se entrelaçam nas mais diversas situações.

Nesse sentido, Julios-Campuzano ressalta que a lei perde sua função primordial como fonte primária de produção normativa, que a descentralização verifica agora um critério direto de validade formal e material das várias “peças” que integram um ordenamento jurídico, e que isso tudo provocou uma (re)visão sobre o valor pri-

¹⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 116.

¹⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 121-122.

¹⁹ Exemplo da emergência de novos atores é o surgimento de movimentos da sociedade civil que procuram reconhecimento por parte das instituições ou programas ligados às Nações Unidas, como as ONG's, que, inclusive, ganharam *status consultivo* da ONU. ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**: entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 224; 232.

mordial da Constituição, que antes possuía status de norma suprema e agora passa a ser visto como elemento articulador de uma totalidade de um ordenamento jurídico.²⁰

A Carta Maior do Estado foi escrita para os contextos do Estado, para seu povo, sua cultura, seu território, bem como para orientar leis infraconstitucionais, porém com a ascensão da globalização, ocorrem situações que são estranhas à realidade nacional, com aspectos que tornem a Constituição impotente de agir.

No mesmo sentido, Zagrebelsky vai afirmar que a Constituição não pode mais ser vista como o centro de tudo, o qual derivava e irradiava através da soberania do Estado em que estava apoiada, senão como centro sobre o que tudo deve convergir. Ou seja, a Constituição é um local de chegada, e não de partida – e a política constitucional que se utiliza para tais fins não é a execução das normas da Constituição, mas a própria realização desta, como um dos vários equilíbrios em que esta pode efetivar-se.²¹

Não há como encontrar na Constituição e no Direito Constitucional, uma resolução para todos os problemas, sendo necessário que, em muitos casos, estejam abertos a diálogos para que seja possível vislumbrar uma maneira de resolver os diferentes conflitos por meio de suas próprias características.

Anote-se, no entanto, que, por mais que o Estado Nacional e a Constituição tenham perdido certo protagonismo, há de se reconhecer que a Carta Maior desempenhou, e ainda desempenha papel fundamental em possibilitar a unidade e a integração de princípios e valores de uma sociedade pluralista contemporânea, pro-

²⁰ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Trad. José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 45.

²¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1995, p. 14.

movendo-os, pois a multiplicidade de interesses em conflito transborda o próprio ordenamento jurídico.

Nada obstante, face aos entrelaçamentos de uma sociedade global, bem como a pluralidade de ordens jurídicas, é necessário relevar que os responsáveis por fazer esse diálogo entre os ordenamentos, ou seja, as pontes de transição, “[...] desenvolvem-se diretamente a partir dos seus respectivos centros, ou seja, os seus juízes e tribunais”.²²

A sociedade deixa de ser hierarquicamente verticalizada para se tornar heterárquica entrelaçada, horizontal com diálogos transversais, fazendo com que sua diferenciação se apresente em *centros* e *periferias*. Enquanto o centro é o local no qual o observador está, periferia é tudo aquilo que está ao seu redor. No contexto de um sistema jurídico multicêntrico, o centro de uma ordem jurídica constitui uma periferia para outra ordem. Portanto, à medida que, para nós, o judiciário brasileiro e suas decisões é centro, tanto as ordens jurídicas internacionais, supranacionais, quanto suas decisões, tornam-se periferia. Porém, quando o local de observação se desloca (do judiciário brasileiro) para outro juiz/tribunal, a nossa ordem jurídica tornar-se-á periferia.

Assim sendo, embora ainda seja relegada certa importância à Constituição (dentro do Estado), ela não é mais o *único* centro, não é capaz de lidar com todas as contingências jurídico-sociais, sendo necessário recorrer a uma conversação com os demais ordenamentos jurídicos, a fim de possibilitar uma resposta.

²² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 117.

3.1 Transconstitucionalismo entre ordem jurídica nacional e internacional

A partir dos anos 1970, com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, o meio ambiente passou a ser considerado um direito fundamental do ser humano pela Declaração Final da Conferência, sendo que, desde então, as preocupações aumentaram.

Não obstante, na Carta Maior do Estado Brasileiro, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à saúde estão previstos no artigo 225 e 196. Desses dispositivos, extrai-se que o Estado deve adotar uma postura social e econômica que vise reduzir riscos de doenças oriundas de problemas ambientais e/ou sanitários.

Ao se cumprir esses preceitos constitucionais, o Brasil adota medidas para conter o acúmulo de pneumáticos, regulamentando, inclusive, a sua destinação final. Uma das medidas restritivas é a proibição à importação de pneus recauchutados e usados.

Destaque-se, ainda, que o MERCOSUL, conforme previsto no artigo 1º do Tratado de Assunção tem como objetivo a liberalização do comércio, negociação diplomática e o estabelecimento de um mercado comum entre os seus Estados signatários.²³ Eis que surge aqui o primeiro conflito entre interesses comerciais e ambientais.

Durante a década de 1990, foram adotadas várias medidas para conter os impactos ambientais e sanitários que eram causados pelo abando e forma incorreta de descartar pneus inutilizáveis. Nesse impasse, em 2000, foi editada a Portaria 8/00 SECEX, que

²³ BRASIL. **Decreto nº 350, de 21 de Novembro de 1991**. Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (TRATADO MERCOSUL). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm>. Acesso em 01 de maio de 2018

proibiu toda a concessão de licença para a importação de pneumáticos.

No entanto, um caso que foi levado ao Tribunal Arbitral *ad hoc* do MERCOSUL: Brasil e Uruguai litigavam sobre a proibição dos pneumáticos remodelados. Frente a decisão proferida, o Brasil foi obrigado a abrir uma exceção à Portaria da SECEX. Ocorre que, após esta decisão proferida, “outros países começaram a questionar se a política ambiental e sanitária brasileira, fundamentada no artigo XX, alínea b) do GATT, não constituía uma restrição disfarçada ao comércio internacional”.²⁴

O Brasil perdeu a causa no âmbito do Tribunal Arbitral, haja vista que a Portaria 8/00 SECEX foi vista como contrária aos princípios do MERCOSUL, por restringir o comércio recíproco.

A Comunidade Europeia, se sentindo lesada, apresentou queixas contra as medidas adotadas pelo Brasil que proibiam a importação dos pneus recauchutados, alegando que tais providências entravavam o livre comércio. Ao se constatar essas adversidades, a questão foi levada à OMC, para que dirimisse sobre o assunto. Nas palavras de Ribeiro,²⁵ a União Europeia questionava na OMC a questão de haver a exceção que foi aberta ao Uruguai, no âmbito do MERCOSUL, e, dessa forma, exigia o mesmo tratamento que foi dado

O princípio que rege o GATT é o princípio da não discriminação. No entanto, no artigo XX do Acordo estão presentes as exceções gerais que permitem um país a adotar medidas comerciais desiguais com demais parceiros mercantis. Na alínea “b” do dispositivo em comento, estão aquelas situações que prevêm uma dis-

²⁴ SAVIO, Adriana Macena S. O caso dos pneus perante a OMC e o Mercosul. **Universitas Relações Internacionais**, Brasília, n. 1, v. 9, p. 349-370, jan./jun. 2011.

²⁵ RIBEIRO, Talvanni Machado. **A aplicabilidade do Transconstitucionalismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. 2014. 54 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Meridional - Imed, Passo Fundo, 2014, p. 48

criminação que é necessária à proteção dos seres humanos, animais ou meio ambiente.²⁶

O Brasil invocou essa normativa jurídica para defender a proibição de importação de pneus recauchutados, pois tais objetos poderiam trazer malefícios ao meio ambiente, bem como trazer doenças, como dengue, leptospirose, entre outros. Nesse sentido, o Estado Brasileiro conseguiu demonstrar que os pneus poderiam proliferar doenças, justificando a medida restritiva, porém, essa não foi suficiente para justificar a medida nos termos do artigo XX, alínea *b*, do GATT 94. Ademais, ao impor um limite de pneus a serem importados, o Brasil estaria violando tanto as normas tanto do MERCOSUL quanto da OMC.²⁷

Diante de todo esse quadro, a Presidência da República havia ingressado com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em 29 de setembro de 2006, a fim de declarar ilegais e inconstitucionais as decisões que admitiam a importação de pneus usados, frisando o artigo 225 da Constituição de 1988. A decisão do Supremo Tribunal Federal foi unânime pelo provimento da ADPF.

Ocorre que essa situação aponta dificuldades manifestas em se conseguir uma resposta satisfatória para todas as ordens envolvidas, seja a nível nacional, regional ou internacional. Em uma situação como esta, “[...] impõe-se, cada vez mais, uma revisão dos

²⁶ **Article XX.** General Exceptions. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: [...] **(b) necessary to protect human, animal or plant life or health.** GENERAL Agreement on Tariffs and Trade. **Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio.** 1994. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art20_e.pdf>. Acesso em 01 de maio de 2018..

²⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.247.

paradigmas constitucionais possibilitando uma ‘conversação’ transconstitucional mais sólida com ordens normativas entrelaçadas em torno de problemas no sistema jurídico mundial [...]’.²⁸

Nesse sentido, cabe dizer que tal caso se reveste de tamanha complexidade. As partes litigantes, terceiros interessados, cada um dentro dos limites legais, possuindo diferentes motivos para serem defendidos. Isto demonstra que o diálogo, acerca de problemas que envolvam questões de nível constitucional, se faz cada vez mais necessário para um processo de integração, compreensão e reconhecimento dos discursos jurídicos existentes além dos limites do Estado e sua Constituição.

3.2 Tranconstitucionalismo aplicado entre ordem jurídica nacional e supranacional

Outro caso que demonstra a necessidade de diálogo pode ser observado a partir do Laudo Arbitral 04, do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* conforme ao Protocolo de Brasília, no âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), que tem como Parte Reclamante a República Federativa do Brasil e Parte Reclamada a República Argentina, fato ocorrido no ano de 2001.²⁹

A controvérsia levada ao Tribunal Arbitral (TA) era acerca das medidas antidumping³⁰ contra a exportação de frangos inteiros,

²⁸ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 248/249.

²⁹ MERCOSUL. Tribunal Arbitral Ad Hoc. **Controvérsia sobre "Aplicação de Medidas Antidumping contra a exportação de frangos inteiros, provenientes do Brasil, Resolução Nº 574/2000 do Ministério de Economia da República Argentina"**. Montevideu, 21 de Maio de 2001. Disponível em

<http://www.tprmercosur.org/pt/docum/laudos/bras/Laudo_br_04_pt_Antidumping_expor_pollos.pdf>. Acesso em 04 de maio de 2018.

³⁰ Conforme o artigo 2, do Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994, o dumping é caracterizado como “[...] oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior a seu valor

provenientes do Brasil, pela Resolução 574/2000, do Ministério da Economia da República Argentina (ME).

Segundo as alegações do Estado Brasileiro, a Resolução 574/2000 ME e os procedimentos antidumping nos quais se baseia não são compatíveis com a normativa do MERCOSUL sobre a investigação e aplicação de direitos antidumping no comércio entre os Estados-parte e que a referida matéria é regida pelo marco normativo aprovado pela Decisão 11/97 do Conselho do Mercado Comum (CMC).³¹ Em sua defesa, a Argentina alega que os procedimentos de investigação antidumping e a respectiva Resolução, não estão sujeitos à normativa MERCOSUL, mas sim regidos pela legislação nacional argentina. Aduz ainda que não existe norma vinculatória para os Estados-parte, sendo assim, nenhuma norma MERCOSUL ou nacional habilita um Tribunal Arbitral do Mercosul a rever procedimentos cumpridos por um Estado sob sua legislação pátria.

Nesse sentido, o Brasil pediu para o Tribunal Arbitral declarar o descumprimento, por parte do Governo Argentino, das normas do Marco Normativo do Regulamento Comum Relativo à Defesa Contra Importações Objeto de Dumping Provenientes de Países Não-Membros do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL (MN), e por consequência, ordene que o Governo da Argentina a

normal, no caso de o prego de exportação do produto ser inferior àquele praticado no curso normal das atividades comerciais para o mesmo produto quando destinado ao consumo no país exportador”. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994**. Disponível em: < www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1196685120.doc>. Acesso em 04 de maio de 2018.

³¹ Decisão do Conselho do Mercado Comum que aprova a instauração do Marco Normativo do Regulamento Comum Relativo à Defesa Contra Importações Objeto de Dumping Provenientes de Países Não-Membros do Mercado Comum do Sul – Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Conselho do Mercado Comum. **Decisão 11/97**. Montevidéu. Disponível em: < <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec1197p.asp>>. Acesso em 04 de maio de 2018.

revogar a Resolução ME 574, no prazo de quinze dias. Contrariamente, a Argentina solicitou a rejeição da demanda brasileira e que fosse ratificado que a normativa nacional argentina é exclusiva e plenamente aplicável ao respectivo caso.

Dessa forma, o Tribunal Arbitral deveria discutir sobre três pontos: (1) a existência de normas de investigação e antidumping no comércio intrazona; (2) se não existirem normas MERCOSUL que regulem a matéria, qual o regime jurídico a ser adotado; (3) se existirem tais normas, que se apliquem ao caso dos autos, o Tribunal Arbitral é competente para verificar se foram observadas no procedimento que concluiu com a Resolução ME 574.

Conforme análise pelo Tribunal Arbitral, acerca do primeiro ponto, as várias normas que foram mencionadas³², tanto pelas partes Reclamante (Brasil) e Reclamada (Argentina), dizem respeito apenas ao dumping extra-zona e não são, em si, uma fonte válida para obrigações intrazona para o comércio regional, nem servindo para uma aplicação extensiva ou analógica.

Outro ponto a ser suscitado é que, algumas das referidas normas não foram internalizadas, não cumpriram com obrigação de incorporação, aos respectivos ordenamentos jurídicos dos Estados-parte, conforme preconiza os artigos 40 e 42, do Protocolo de Ouro Preto³³. Assim sendo, nenhuma das normas MERCOSUL vigen-

³² DEC CMC N° 3/92 (extra-zona), DEC CMC N° 7/93 (extra-zona), RES GMC 63/93 (intrazona), RES GMC N° 108/94 (extra-zona), RES GMC 129/94 (intrazona), DIR CCM N° 05/95 (intrazona), DEC CMC N° 18/96 (Protocolo de Defesa da Concorrência), DEC CMC N° 11/97 (Marco Normativo do Regulamento Comum Relativo à Defesa contra Importações Objeto de Dumping provenientes de Países não Membros do Mercosul-MN), DEC CMC N° 28/00 (Defesa Comercial da Concorrência) e DEC CMC N° 64/00 (Defesa Comercial e da Concorrência) e DEC CMC N° 66/00

³³ “**Artigo 40:** A fim de garantir a vigência simultânea nos Estados Partes das normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2 deste Protocolo, deverá ser observado o seguinte procedimento: i) uma vez aprovada a norma, os Estado Partes adotarão as medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional e comunicarão as mesmas à Secretaria Administrativa do Mercosul; [...] **Artigo 42:** As

tes continham uma disciplina acerca da investigação de dumping e medidas contra tal prática, no comércio interno do MERCOSUL. Ademais, o Tribunal Arbitral (TA) ainda alertou que, embora a existência de normas OMC (mesma matéria normativa em matéria de comércio internacional), não quer dizer que tais regras sejam aplicáveis ao âmbito do MERCOSUL.

No entanto, acerca do direito aplicável na ausência de normas MERCOSUL (segundo ponto), o TA explicou que o antidumping não é uma matéria estranha ao ordenamento normativo do MERCOSUL, sendo que o Anexo I, do Tratado de Assunção e o Regime de Adequação Final à União Alfandegária³⁴ proporcionam as referências jurídicas necessárias para abordar e resolver a controvérsia formulada.

Dessa forma, decidi que o ordenamento MERCOSUL seria aplicável para decidir o caso, sendo que as medidas antidumping³⁵ intrazona são contra o princípio da livre circulação de bens –

normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2 deste Protocolo terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país”. BRASIL. **Decreto 1.901, de 09 de Maio de 1996**. Promulga o Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto), de 17 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1901.htm>. Acesso em 07 de maio de 2018..

³⁴ Segundo tais normativas, o papel central da liberdade comercial é eliminar as barreiras ao comércio regional – o que também é reconhecido pela jurisprudência do Tribunal Arbitral. O Anexo I, do Tratado de Assunção, em seus artigos 1 e 10 vai aduzir, expressamente, que os Estados membros concordam em eliminar todas as restrições não tarifárias até 31 de dezembro de 1994.

³⁵ As medidas antidumping são medidas adotadas para proteger o mercado interno, onde um país coloca alíquota específica de importação sob um determinado produto, para anular um dano sofrido por uma indústria. BRASIL. Ministério do

e por consequência, contra a ideia de integração e de um mercado comum.

Assim, analisou-se o terceiro ponto, onde sendo aplicáveis as normas MERCOSUL, se o procedimento para conclusão da Resolução 574, do Ministério da Economia da Argentina, foi adequado ao direito.

Para tal, o Tribunal averiguou se o ato ministerial tinha por finalidade dissimular ou encobrir obtenção de outros fins que atentam contra a facilidade do comércio – o que constituiria um desvio de poder das medidas antidumping.

No entanto, para analisar isso, o TA observou que na Argentina, o frango era vendido sem cabeça e sem pés, ao passo que no Brasil era vendido com esses dois elementos. Assim, para permitir uma comparação entre os produtos, calculou-se o custo de separar esses elementos da ave, o que daria um ajuste de 9,09% sobre a base desses dados, visando uma comparação às condições em que este produto se vende em cada país. A partir disso, concluiu-se que o frango vivo de 2,25 kg produz, na Argentina, 9,09% menos de carne vendível.

A partir de um relatório feito pela Direção de Concorrência Desleal, verificou-se que quatro frigoríficos brasileiros abarcam 68,43% do volume de exportação do Brasil à Argentina. No relatório final, verificou-se que duas delas, que juntas representavam 40,48% do volume de exportações, vendiam os produtos com um valor abaixo do preço de exportação (margem de dumping de 30,91%).

Assim, o Tribunal Arbitral decidiu que: (1) as investigações de dumping realizadas pela Argentina, bem como a aplicação das medidas antidumping, satisfazem as condições de razoabilidade; (2) houve também respeito a um devido processo e ampla defesa, com publicidade dos atos e participação das empresas brasileiras afeta-

das; (3) não cabe ao Tribunal Arbitral analisar os pressupostos requeridos para a aplicação dos direitos antidumping, mas apenas determinar se na aplicação dos critérios controvertidos existiu abuso manifesto ou excesso que revele que o procedimento foi empregado com a finalidade de obstruir o comércio; (4) os critérios utilizados pela República Argentina são razoavelmente aceitáveis, não se tratando de um simulacro para estabelecer restrições ilícitas no comércio regional.

Portanto, o Tribunal Arbitral decidiu que tinha competência para conhecer da controvérsia e **não anuiu** à petição da Parte Reclamante (República Federativa do Brasil).

Verificou-se, assim, que surgiu um debate acerca da prática de dumping pelos frigoríficos brasileiros, o que levou à República Argentina a tomar medidas contra esta prática. O conflito acabou extravasando a esfera do direito nacional, cogitando uma restrição ao comércio regional, razão pela qual foi acionada a instância jurídica do MERCOSUL. No entanto, através do diálogo entre os discursos jurídicos existentes entre a Argentina e o Brasil, juntamente com a decisão do MERCOSUL, asseverou-se a prevalência do ordenamento argentino.

O que se verifica, na verdade, não é a simples existência de uma norma de caráter supranacional que é imposta às partes litigantes, mas sim um diálogo entre as racionalidades jurídicas que se comunicam transversalmente, observando e reconhecendo *Alter* como necessidade para sua existência, o que permite uma abertura ao diálogo. É através da conversação, analisando todas as disposições normativas pertinentes ao caso, que será possível fornecer uma solução adequada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível perceber que os modelos constitucionais fechados já têm sua *morte anunciada*. Problemas jurí-

dicos não se apresentam unicamente a um ordenamento jurídico, mas a diversos, em múltiplos níveis. O caso dos pneumáticos, que iniciou com uma controvérsia envolvendo Brasil e Uruguai, no âmbito do MERCOSUL, e que fez com que a União Europeia questionasse a política ambiental brasileira perante a OMC é um nítido caso onde há um entrelaçamento em níveis múltiplos: duas ordens nacionais (brasileira e uruguaia), uma ordem supranacional (MERCOSUL) e uma ordem internacional (OMC).

Embora este imbróglgio envolvesse diversas partes e interesses, como forma de possibilitar a comunicação entre sistemas e também como mecanismo de auxílio de uma percepção sensorial, utilizou-se uma metodologia transconstitucional, que tornou possível uma abertura cognitiva para a observação das diferenças e, como conseqüência, um reforço da própria identidade.

A pluralidade de comunicações e a multiculturalidade fazem com que o reconhecimento e respeito à autonomia do outro sejam ainda mais importantes. O Transconstitucionalismo contribui em tal fator, principalmente nos aspectos reflexivos, pois dá voz àqueles discursos marginalizados e permite a criação de um espaço comunicativo diversificado.

A proposta de Marcelo Neves se mostra inovadora, pois vai além de modelos tradicionais de resolução de controvérsias jurídicas, tal como a arbitragem. Em um sistema arbitral há uma racionalidade de interesses, econômica, ao passo que o transconstitucionalismo utiliza-se de uma racionalidade jurídica transversal. Nesse sentido, esta proposta revela vantagens por valer-se como método comunicativo que permite a observação das diferenças e o reconhecimento do *Alter*, dando assim uma segurança e uma legitimidade muito maior para as soluções alcançadas, acima de tudo, com respeito à legalidade dos ordenamentos jurídicos envolvidos.

Portanto, verifica-se que o transconstitucionalismo é uma forma de diálogo apta a resolver problemas jurídicos que se apresentam a múltiplas ordens jurídicas, principalmente com respeito à racionalidade de legalidade. Dessa forma, a hipótese de pesquisa levantada é confirmada, respaldado o fato da mundialização da sociedade, com ordens jurídicas conflitantes (e, ao mesmo tempo,

convergentes) que se comunicam simbioticamente para a solução de problemas jurídicos comuns.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BRASIL. **Decreto nº 350, de 21 de Novembro de 1991**. Promulga o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai (TRATADO MERCOSUL). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm>. Acesso em 01 de maio de 2018.

_____. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994**. Disponível em: <www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1196685120.doc>. Acesso em 06 de maio de 2018.

_____. **Decreto 1.901, de 09 de Maio de 1996**. Promulga o Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL (Protocolo de Ouro Preto), de 17 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1901.htm>. Acesso em 07 de maio de 2018.

_____. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Medidas Antidumping**. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/sistemas_web/aprendex/default/index/popup/id/111>. Acesso em 10 de maio de 2018.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen Varriale... (et. al.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11. ed., 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 16 reimp. Coimbra, Almedina, 2003.

_____. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional**. 2ª. ed. reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. Tradução: Carlo Cocchioli. São Paulo: editora Martins Fontes, 2002.

GENERAL Agreement on Tariffs and Trade. **Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio**. 1994. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art20_e.pdf>. Acesso em 01 de maio de 2018.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Trad. José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MERCOSUL. Tribunal Arbitral Ad Hoc. **Controvérsia sobre "Aplicação de Medidas Antidumping contra a exportação de frangos inteiros, provenientes do Brasil, Resolução Nº 574/2000 do Ministério de Economia da República Argentina"**. Montevideu, 21 de Maio de 2001. Disponível em <http://www.tprmercosur.org/pt/docum/laudos/bras/Laudo_br_04_pt_Antidumping_expor_pollos.pdf>. Acesso em 04 de maio de 2018.

_____. Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Conselho do Mercado Comum. **Decisão 11/97**. Montevideu. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec1197p.asp>>. Acesso em 04 de maio de 2018.

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

RIBEIRO, Talvanni Machado. **A aplicabilidade do Transconstitucionalismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. 2014. 54 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Meridional - Imed, Passo Fundo, 2014.

SAVIO, Adriana Macena S. O caso dos pneus perante a OMC e o Mercosul. **Universitas Relações Internacionais**, Brasília, n. 1, v. 9, p. 349-370, jan./jun. 2011.

TONET, Fernando. **Reconfigurações do constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Lev, derechos.