

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS
MESTRADO EM DIREITO

GISELE SOUZA DE OLIVEIRA

**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E TRANSCONSTITUCIONALISMO
LATINO-AMERICANO: UMA ATUAÇÃO DENSIFICADORA DO SISTEMA DE
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

VITÓRIA
2024

GISELE SOUZA DE OLIVEIRA

**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E TRANSCONSTITUCIONALISMO
LATINO-AMERICANO: UMA ATUAÇÃO DENSIFICADORA DO SISTEMA DE
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória como requisito para obtenção do grau de Mestra em Direito.
Orientador: Prof. Doutor Daury Cesar Fabriz.

VITÓRIA

2024

GISELE SOUZA DE OLIVEIRA

**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E TRANSCONSTITUCIONALISMO
LATINO-AMERICANO: UMA ATUAÇÃO DENSIFICADORA DO SISTEMA DE
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória como requisito para obtenção do grau de Mestra em Direito.
Orientador: Prof. Doutor Daury Cesar Fabriz.

Aprovado em: 17 de dezembro de 2024.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz
Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo
Bussinguer
Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

Prof. Dr. Maurício Palma Resende
Universidade de Brasília (UNB)

“A história dos Direitos Humanos é como uma viagem guiada por luzes que atravessam ruínas deixadas por tempestades devastadoras e intermitentes”.

Micheline R. Ishay.

*Este trabalho é dedicado a todos os que se aventuram nessa viagem como forma de
minorar o sofrimento humano.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte suprema da minha força e coragem. A Ele, toda honra e toda glória!

Aos meus pais, Silvia e Gerci, pela obstinação em me proporcionar a melhor educação.

À minha família, em especial, à Victória, minha filha, e a Sérgio Ricardo, meu marido, pelo suporte e retaguarda nesses dois anos desafiadores e pelos inúmeros momentos de trocas.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV, pela generosidade e pelo auxílio na construção do conhecimento. Em especial, agradeço ao meu orientador, Professor Daury César Fabríz, por me guiar nessa jornada, propiciando-me as bases para a construção do presente trabalho.

À Coordenadora do PPGD, Professora Elda Bussinguer, expresso a minha gratidão por toda a inspiração, incentivo e orientações, os quais foram fundamentais para que eu completasse essa etapa.

À minha amiga e companheira de trabalho Graciela, por ter insistido comigo dizendo que era o momento. Aos novos amigos que fiz no PPGD/FDV, meu carinho e gratidão pelos inúmeros momentos de trocas, solidariedade e parceria. Em especial, agradeço a Lara, João, Lígia, Mariana Peisino e Mariana Navarro. Aos antigos amigos, agradeço pelo suporte emocional e apoio durante esse período.

Aos membros do Poder Judiciário do Espírito Santo pela confiança e apoio ao longo da minha trajetória profissional, em especial, aos Desembargadores Willian Silva e Fernando Zardini Antonio, os quais tive o privilégio de auxiliar, e que me deram todo o suporte para a elaboração deste trabalho.

Ao meu querido amigo Luís Geraldo Sant'ana Lanfredi, agradeço pelo privilégio de ter participado, ao seu lado e sob a sua liderança, do momento histórico de introdução das audiências de custódia no sistema de justiça brasileiro, reparando uma omissão histórica do país com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A todos os homens e mulheres que construíram e seguem construindo a história do Conselho Nacional de Justiça como instituição referencial na promoção e defesa dos direitos humanos em nosso país.

“Buscando um novo rumo que faça sentido
nesse mundo louco
Com o coração partido, eu
Tomo cuidado pra que os desequilibrados
não abalem minha fé
Pr'eu enfrentar com otimismo essa loucura
Os homens podem falar, mas os anjos
podem voar
Quem é de verdade sabe quem é de mentira
Não menospreze o dever que a consciência
te impõe
Não deixe pra depois, valorize a vida
Resgate suas forças e se sinta bem
Rompendo a sombra da própria loucura
Cuide de quem corre do seu lado e quem te
quer bem
Essa é a coisa mais pura”.

(Charlie Brown Júnior)

RESUMO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 com a missão de realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e de zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais da magistratura. Em seu percurso de autoafirmação e amadurecimento institucional, o órgão enfrentou desafios que revelaram novas potencialidades de atuação. Superando a sua vocação inicial, mas alinhado aos ditames constitucionais, o CNJ passou a assumir outros papéis relevantes, articulando a construção de soluções para alguns cenários de graves violações de direitos humanos no Brasil. Nesse sentido, o presente trabalho tem como objeto de pesquisa a atuação do CNJ no contexto do chamado transconstitucionalismo latino-americano, por meio de análise que emprega as lentes teóricas do transconstitucionalismo, construção formulada pelo Professor Marcelo Neves. Pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: em que medida a atuação do CNJ no campo da defesa e proteção dos direitos humanos coaduna-se com as premissas do chamado transconstitucionalismo latino-americano, de modo a contribuir para a atualização da programação da ordem jurídica interna à luz dos influxos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)? E mais: essa atuação tem contribuído para a densificação do sistema de proteção dos direitos humanos no Brasil? Partimos da hipótese de que o CNJ tenha se destacado como um ator diferencial no campo do transconstitucionalismo latino-americano por estimular, por meio de um conjunto de ações concretas, que a ordem jurídica brasileira observe, com a necessária flexibilidade, a ordem do SIDH, atuação essa que inegavelmente tem contribuído para a densificação da proteção aos direitos humanos. Para tanto, no primeiro capítulo, expomos o contexto atual do constitucionalismo na sociedade mundial, com foco na superação do paradigma estatal, para, assim, introduzir a teoria de base. No segundo, traçamos o percurso histórico dos direitos humanos, seus fundamentos e perspectivas, os sistemas de proteção, com ênfase no SIDH, e assumimos a definição de transconstitucionalismo latino-americano como o diálogo entre as ordens dos estados nacionais e do SIDH, com disposição para o aprendizado recíproco, de forma bilateral, triangular ou multiangular. Já no terceiro nível,

delineamos a trajetória da reforma do Poder Judiciário que culminou na criação do CNJ, abordando o processo de autoafirmação e amadurecimento institucional. Por meio de uma sistematização própria da atuação do CNJ, realizamos a classificação em quatro espécies (função normativa, função de fomento, função de monitoramento e função de coordenação institucional) para concluir, ao final, que ela se harmoniza às premissas do transconstitucionalismo, bem como que tem fomentado a densificação da proteção dos direitos humanos e fundamentais. Para a elaboração do texto, nos valem da técnica de pesquisa bibliográfica e adotamos o método dedutivo, partindo dos princípios e premissas da teoria do transconstitucionalismo (premissa maior) para, depois, analisarmos a atuação do CNJ (premissa menor), extraindo daí a conclusão de que, nesse caminho, o CNJ atuou alinhadamente com as enunciações da teoria de base, vez que promoveu entrelaçamentos entre as ordens jurídicas, de forma heterárquica e com possibilidade de aprendizados recíprocos.

Palavras-chave: Conselho Nacional de Justiça; transconstitucionalismo; direitos humanos; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; transconstitucionalismo latino-americano.

ABSTRACT

The National Council of Justice (CNJ) was created by Constitutional Amendment 45/2004 with the mission of controlling the administrative and financial activities of the Judiciary and ensuring compliance with the functional duties of the judiciary. In its journey of self-affirmation and institutional maturation, the body has faced challenges that have revealed new potential for action. Going beyond its initial vocation, but in line with constitutional dictates, the CNJ has taken on other relevant roles, articulating the construction of solutions to some scenarios of serious human rights violations in Brazil. With this in mind, the purpose of this study is to research the work of the CNJ in the context of what is known as Latin American transconstitutionalism, through an analysis that uses the theoretical lenses of transconstitutionalism, a construct formulated by Professor Marcelo Neves. The aim is to answer the following research problem: to what extent is the CNJ's action in the field of human rights defense and protection in line with the premises of so-called Latin American transconstitutionalism, so as to contribute to updating the programming of the domestic legal order in the light of the influences of the Inter-American Human Rights System (IACHR)? What's more, has this action contributed to the densification of the human rights protection system in Brazil? We start from the hypothesis that the CNJ has stood out as a differential actor in the field of Latin American transconstitutionalism by stimulating, through a set of concrete actions, that the Brazilian legal order observes, with the necessary reflexivity, the order of the ISHR, an action that has undeniably contributed to the densification of the protection of human rights. To this end, in the first chapter, we set out the current context of constitutionalism in world society, focusing on the overcoming of the state paradigm, in order to introduce the basic theory. In the second, we outline the history of human rights, their foundations and perspectives, the protection systems, with an emphasis on the ISHR, and we define Latin American transconstitutionalism as a dialogue between the orders of national states and the ISHR, with a willingness to learn from each other bilaterally, triangularly or multiannually. On the third level, we trace the trajectory of the reform of the Judiciary that culminated in the creation of the CNJ, addressing the process of self-affirmation and institutional maturation. By

systematizing the work of the CNJ, we classified it into four types (normative function, promotion function, monitoring function and institutional coordination function) and concluded that it is in line with the premises of transconstitutionalism and that it has promoted the densification of the protection of human and fundamental rights. To prepare the text, we used the bibliographical research technique and adopted the deductive method, starting from the principles and premises of the theory of transconstitutionalism (major premise) and then analyzing the CNJ's actions (minor premise), drawing the conclusion that, in this way, the CNJ acted in line with the premises of the basic theory, since it promoted intertwining between legal orders, in a heterarchical way and with the possibility of reciprocal learning.

Keywords: National Council of Justice; transconstitutionalism; human rights; Inter-American Human Rights System; latin american tranconstitutionalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13	
1	TEORIA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO	18
1.1	A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO: UM DIAGNÓSTICO...	18
1.2	CAMINHOS POSSÍVEIS: PROPOSTAS TEÓRICAS PARA UM NOVO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL.....	25
1.2.1	Interconstitucionalidade	25
1.2.2	Constitucionalismo societário ou social	27
1.3	ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DA TEORIA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO.....	29
1.4	OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS	31
1.4.1	A “Constituição do constitucionalismo” como ponto de partida	32
1.4.2	Da Constituição transversal	39
1.4.3	O transconstitucionalismo entre ordens jurídicas: uma nova forma de tratamento dos problemas constitucionais	47
2	DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E TRANSCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	55
2.1	INVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA MODERNIDADE: UM CALEIDOSCÓPICO DE SENTIDOS	56
2.2	DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR REFERENCIAL DOS DIREITOS HUMANOS	66
2.3	DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: DUAS FACES DA MESMA MOEDA	68
2.4	O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	70
2.5	SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS (SIDH).....	72
2.6	TRANSCONSTITUCIONALISMO NO CONTEXTO DA AMÉRICA LATINA: PONTES DE TRANSIÇÃO ENTRE AS ORDENS JURÍDICAS DOS ESTADOS NACIONAIS E DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	76

3	CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) E TRANSCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UMA RELAÇÃO EM PROL DA DENSIFICAÇÃO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL.....	88
3.1	CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ): ORIGENS E ANTECEDENTES HISTÓRICOS	88
3.2	O PROCESSO DE AUTOAFIRMAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....	97
3.3	AMADURECIMENTO INSTITUCIONAL E ADVENTO DA VOCAÇÃO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS.....	104
3.4	O CNJ E O TRANSCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	108
3.4.1	Função normativa.....	112
3.4.1.1	Resolução CNJ 213, de 15 de dezembro de 2015	116
3.4.1.2	Resolução CNJ 348, de 13 de outubro de 2020	117
3.4.1.3	Resolução CNJ 487, de 15 de fevereiro de 2023	118
3.4.1.4	Resolução CNJ 492, de 17 de março de 2023	119
3.4.2	Função de fomento.....	120
3.4.3	Função de monitoramento.....	123
3.4.3.1	Da UMF - Unidade de Monitoramento e Fiscalização das Decisões do Sistema Interamericana de Direitos Humanos	124
3.4.3.2	Outras atuações de monitoramento do CNJ no contexto do transconstitucionalismo latino-americano	126
3.4.4	Função de coordenação institucional	128
3.4.4.1	Julgamento da ADPF 347 pelo STF, Audiências de Custódia e Plano Pena Justa	129
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	141
	REFERÊNCIAS.....	147

INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça é um órgão integrante do Poder Judiciário nacional criado no bojo do movimento reformista que culminou na aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Nesse sentido, o constituinte derivado atribuiu-lhe a missão de realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais da magistratura, conforme previsão contida no artigo 103-B, § 4º, da Constituição Federal.

Em seu itinerário de autoafirmação e amadurecimento institucional, o Conselho Nacional de Justiça enfrentou desafios que revelaram novas potencialidades que provavelmente não foram imaginadas pelo constituinte derivado. Assim, embora a vocação inicialmente concebida para o órgão estivesse ligada ao *déficit* de *accountability* no Poder Judiciário e à baixa eficiência na prestação dos serviços judiciários, fato é que o Conselho Nacional de Justiça passou a assumir outros papéis extremamente relevantes, tomando parte e articulando a construção de soluções para graves problemas nacionais, em especial, em cenários de massiva violação de direitos fundamentais e humanos.

Portanto, o presente trabalho tem como *objeto de pesquisa* a atuação do Conselho Nacional de Justiça no campo da proteção dos direitos humanos e fundamentais no Brasil à luz do chamado transconstitucionalismo latino-americano. Essa análise é realizada por meio das lentes teóricas do transconstitucionalismo, construção formulada pelo Professor Marcelo Neves (2009). Nessa senda, pretende-se examinar algumas interações entre a ordem jurídica estatal brasileira e a ordem jurídica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) deflagradas por meio de ações diretas do Conselho Nacional de Justiça, sob o enfoque da referida construção teórica.

Nesse escopo, tem-se por intenção responder ao seguinte *problema de pesquisa*: em que medida a atuação do Conselho Nacional de Justiça no campo da defesa e proteção dos direitos humanos no Brasil encontra-se alinhada com as premissas do

chamado transconstitucionalismo latino-americano, de modo a contribuir para a atualização da programação da ordem jurídica interna à luz dos influxos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)? E mais: essa atuação transconstitucional do Conselho Nacional de Justiça tem contribuído para a densificação do sistema de proteção dos direitos humanos no Brasil?

Por *hipótese*, admitimos que, nesse percurso institucional, o Conselho Nacional de Justiça tenha se destacado como um ator diferencial no campo do transconstitucionalismo latino-americano por estimular, por meio de uma pluralidade de ações concretas, que a ordem jurídica brasileira observe, com a necessária flexibilidade, a ordem do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), atuação essa que parece estar contribuindo para a densificação da proteção dos direitos humanos no Brasil.

Para esse empreendimento de pesquisa, no primeiro capítulo, expomos o atual contexto do constitucionalismo na sociedade mundial, abordando a crise que passou a afligir o paradigma clássico que o concebia em perfeita isoformia com a figura do Estado-nação, nos moldes do ideário surgido a partir dos movimentos revolucionários do século XVIII. Nesse sentido, apuramos a realidade de uma sociedade mundializada que se apresenta com níveis crescentes de complexidade e afetada por inúmeros condicionamentos, especialmente econômicos e tecnológicos, gerando o enfraquecimento das fronteiras entre os Estados nacionais, ao que se soma o fenômeno do surgimento de novos atores no contexto da globalização.

Esse cenário contribuiu e acirrou o problema da incapacidade de as ordens jurídicas centradas no Estado-nação apresentarem respostas a essa nova conjuntura. Nesse contexto, o constitucionalismo passou a ser afetado por uma espécie de mal-estar existencial, para usar uma expressão de Ricardo Campos (2023, p. 39). Essa transformação da sociedade mundial afetou gravemente o normativismo estatal e a concepção de direito dele decorrente, o que passa a demandar esforços reconstrutivos baseados na flexibilidade e na capacidade de observação. Representativa é a importante guinada empreendida por J.J. Canotilho (2001), que,

após lançar as bases de sua teoria do dirigismo constitucional em 1982, revisitou-a em 2001, reconhecendo as suas fragilidades no contexto da globalização, especialmente pelo que denominou de “autismo nacionalista e patriótico” (Canotilho, 2001, p. XI).

Nesse caminho, antes de incursionar diretamente na teoria de base, apresentamos brevemente outras duas propostas teóricas inseridas no espectro do “constitucionalismo global”: a interconstitucionalidade, de autoria do português J.J. Canotilho (2012), e o constitucionalismo societário ou social, proposto por Gunther Teubner (2020).

Realizadas as contextualizações pertinentes, apresentamos a teoria do transconstitucionalismo como um modelo que oferece a possibilidade de tratamento de problemas constitucionais por mais de uma ordem jurídica conjunta e simultaneamente, de maneira transversalmente racional, ou seja, de modo não destrutivo ou bloqueante em relação a outras ordens envolvidas na questão ou a si mesmas. A proposta teórica de Neves (2009) não se apoia em uma única ou num tipo específico de ordem jurídica como ponto de partida ou *ultima ratio*. Aponta, antes, para a necessidade de construção de pontes de transição, na promoção de conversações constitucionais e no fortalecimento dos entrelaçamentos entre as diversas ordens. Os pressupostos teóricos e os pontos de partida da teoria, tais como o conceito de constituição, acoplamento estrutural, razão transversal e constituição transversal, são desenvolvidos nessa primeira parte, assim como os marcos teóricos do autor.

No segundo capítulo, traçamos o percurso histórico dos direitos humanos, seus fundamentos e perspectivas. Expomos os sistemas de proteção, com ênfase para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), e abordamos o fenômeno do transconstitucionalismo latino-americano. Nesse ponto, para fins de esclarecimento conceitual, assumimos, neste trabalho, a definição de transconstitucionalismo latino-americano como o diálogo entre ordens jurídicas dos estados nacionais e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), com disposição para o aprendizado

recíproco, de forma bilateral, triangular ou multiangular, podendo envolver, inclusive, ordem jurídica de comunidade nativa extraestatal. Tudo isso com vistas ao tratamento de questões tipicamente constitucionais e específicas da América Latina, com ênfase para as violações de direitos humanos e fundamentais.

Já no terceiro e último capítulo, traçamos a trajetória da reforma do Poder Judiciário que culminou na criação do Conselho Nacional de Justiça, abordando as suas origens e antecedentes históricos. Após, incursionamos no processo de autoafirmação institucional do órgão e no advento de sua “maioridade” e, com ela, a conquista do amadurecimento que permitiu o florescimento da vocação de proteção dos direitos humanos.

Uma vez nesse tópico, realizou-se a análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça no campo da proteção dos direitos humanos à luz da teoria do transconstitucionalismo, momento em que propomos a sistematização dessa prática para possibilitar uma abordagem mais qualificada, culminando na classificação por nós empreendida (de forma inédita) da atuação do órgão na seara do transconstitucionalismo em quatro funções: normativa, de fomento, de monitoramento e de coordenação institucional.

Por fim, concluímos que a atuação do Conselho Nacional de Justiça no âmbito das quatro funções sistematizadas neste trabalho harmoniza-se à ideia de construção de pontes de transição, da promoção de conversações e entrelaçamentos entre ordens jurídicas, especialmente entre a nacional e interamericana, no sentido do fortalecimento do sistema de proteção de direitos humanos e fundamentais, em uma concepção heterárquica, o que encontra respaldo na teoria do transconstitucionalismo. Aferimos, ainda, que essa contribuição do Conselho Nacional de Justiça para a atualização da programação da ordem jurídica interna à luz dos influxos do SIDH tem produzido uma inegável densificação do sistema de proteção de direitos humanos e fundamentais no Brasil.

Para a elaboração do texto, nos valem de técnica de pesquisa bibliográfica quanto aos anais da Assembleia Nacional Constituinte e do Congresso Nacional, bem como nos debruçando sobre obras referenciais no espectro do constitucionalismo global e dos direitos humanos e aquelas dedicadas à análise do Conselho Nacional de Justiça.

O *método* que serviu de guia nesse percurso é o dedutivo. Por ele, parte-se do geral em direção ao particular ou, como ensina Gil (2008, p. 9), de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis, possibilitando chegar a conclusões de maneira puramente formal, ou seja, unicamente em virtude de sua lógica. O modelo de raciocínio do referido método é o silogismo, que acarreta uma construção lógica que, a partir de duas preposições conhecidas como premissas, permite que se retire uma terceira, que estará nelas implicada, denominada conclusão (Gil, 2008, p. 9).

Nesse enquadramento metodológico, partimos dos princípios e premissas da teoria do transconstitucionalismo (premissa maior), tendo como fonte a própria obra de Neves (2009) e textos correlatos para, depois, analisar a atuação do Conselho Nacional de Justiça no campo da proteção dos direitos humanos (premissa menor), extraíndo daí a conclusão de que, nesse trilhar, o Conselho atuou alinhadamente com a teoria de base, na medida em que promoveu entrelaçamentos entre ambas as ordens jurídicas, com possibilidade de aprendizados recíprocos e baseados na alteridade, de forma heterárquica.

1 TEORIA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

O presente trabalho é dedicado à realização de uma análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na proteção dos direitos humanos no Brasil, porém sob uma perspectiva específica que se vale das lentes teóricas do transconstitucionalismo, de autoria de Neves (2009). Nesse desiderato, pretende-se examinar algumas interações entre a ordem jurídica estatal brasileira e a ordem jurídica do sistema interamericano de direitos humanos por meio da ação direta do CNJ, à luz da referida construção teórica. Considera-se aqui uma pluralidade de atuações do referido Conselho com a pretensão de se apurar uma possível densificação do sistema de proteção de direitos humanos no Brasil.

Este empreendimento requer que se situe o constitucionalismo no contexto mundial, com seus desafios e potencialidades, levando-se em conta as principais propostas teóricas no âmbito do chamado constitucionalismo global, entre elas, aquela concebida por Neves (2009).

Assim, neste capítulo, realiza-se um diagnóstico do constitucionalismo clássico e delineam-se as propostas para um novo constitucionalismo global, entre elas, a teoria de base da presente pesquisa, o transconstitucionalismo.

1.1 A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO: UM DIAGNÓSTICO

Confrontados com os desafios de uma sociedade mundializada cada vez mais complexa e com a realidade inexorável do enfraquecimento das fronteiras entre os Estados-nação, ao que se soma o fenômeno do surgimento de novos atores no contexto da globalização, os juristas, especialmente no final do século XX, passaram a se debruçar sobre o problema da incapacidade de as ordens jurídicas centradas no Estado-nação apresentarem respostas a essa nova conjuntura.

O modelo do constitucionalismo clássico, tal como concebido a partir dos movimentos revolucionários do século XVIII e consolidado nos dois séculos

seguintes, diretamente ligado à figura do Estado-nação, passou a dar claros sinais de esgotamento diante dos inúmeros condicionamentos sociais e econômicos decorrentes das novas dinâmicas do mundo globalizado.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o constitucionalismo aflige-se por uma espécie de mal estar existencial, para usar uma expressão de Ricardo Campos (2023, p. 39). O referido autor alude ao fenômeno da hibridização da normatividade jurídica na sociedade global, que se caracterizaria pela confluência com diversas práticas sociais, tecnologias, novos processos institucionais e novas formas de produção do conhecimento (Campos, 2023, p. 42).

Essa crise do constitucionalismo é, em última análise, uma crise do próprio Direito na atualidade. Referindo-se ao direito como uma “anomalia”, Niklas Luhmann (2016) questiona se poderia esse sistema encontrar, na sociedade global, a mesma centralidade que vigorava no Estado-nação como mantenedor estrutural das demais esferas sociais independentes. Em tom cético, conclui o autor na sua obra “O direito da sociedade”, publicada em 1992:

[...] é bastante possível que a proeminência atual do sistema do direito e a dependência da própria sociedade e da maioria de seus sistemas funcionais para o funcionamento do código jurídico nada mais sejam do que uma anomalia europeia, que, com a evolução da sociedade mundial, tem paulatinamente perdido a força (Luhmann, 2016, p. 791).

Nesse cenário de incertezas, o Direito Constitucional necessita realizar uma espécie de esforço reconstrutivo, no sentido empregado por Jünger Habermas (2007), para identificar os impactos e as novas interações advindos dos avanços tecnológicos e do próprio processo de globalização em si (Abboud e Campos, 2022, p. 11-12).

Campuzano (2009) alerta que a inegável perda da normatividade constitucional afigura-se como uma aliada dos líderes do capitalismo global, os quais encontram, nesse cenário, o caminho perfeito para reconfigurar a ordem social de acordo unicamente com as exigências técnicas do sistema econômico, ao largo do controle democrático. Segundo o autor, esse constitucionalismo suavizado, com a ocultação dos poderes anônimos e difusos, está se transformando na autêntica constituição

material de todos os Estados. Como resposta, sugere que é urgente o engendramento de esforços para “recuperar o sentido original do constitucionalismo como expressão da legitimidade democrática, na qual se fundamenta e da qual procede: a Constituição como expressão de uma vontade cidadã vigorosa” conformadora dos perfis da política e da legitimidade (Campuzano, 2009, p. 108-109).

Nessa linha de ideias, o autor sustenta que a sobrevivência do constitucionalismo, como anteparo axiológico às investidas do capitalismo, demanda “empenhos supranacionais”, concluindo que “a globalização introduz desafios que inquietam e incertezas que atordoam”, os quais devem ser enfrentados por meio de respostas institucionais nos âmbitos jurídico, político e econômico (Campuzano, 2009, p. 108-112).

Esse esgotamento do potencial dos Estados nacionais também foi objeto de observação de Habermas (2007), para quem a globalização dos fluxos de pessoas e de comunicação, da produção econômica e de seu financiamento, da transferência de tecnologia e do poderio bélico, aí incluídos os riscos militares e ecológicos, geram questões que não podem mais ser resolvidas no âmbito dos Estados nacionais ou pela conhecida via do acordo entre Estados soberanos. Para o autor, tudo indica que “continuará avançando o esvaziamento da soberania dos Estados nacionais, o que fará necessária uma reestruturação e ampliação das capacidades de ação política em um plano supranacional” (Habermas, 2007, p. 129).

A globalização caracteriza-se, segundo Giddens (1991), pela intensificação das relações sociais em escala mundial, conectando localidades distantes entre si e moldando acontecimentos locais com base em fatos ocorridos longinquamente e vice-versa. Para o autor, “em circunstâncias de globalização acelerada, o estado-nação tornou-se ‘muito pequeno para os grandes problemas da vida, e muito grande para os pequenos da vida’” (Giddens, 1991, p. 60-61).

A noção de globalização traz em si certa dose de controvérsia. Neves (2009), por exemplo, aponta que não se deve confundir o conceito de sociedade mundial com a noção discutível de “globalização”. Para ele, “antes cabe considerar a globalização como resultado de uma intensificação da sociedade mundial”. O autor objeta o termo globalização em razão da forte carga prescritiva no contexto de uma discussão permeada por carga ideológica. Em sua visão, a sociedade mundial começou a se desenvolver com o fenômeno do surgimento do Estado moderno, a partir do século XVI, consolidando-se na segunda metade do século XIX e vindo a se tornar irreversível no fim do século XX. Nesse ponto da irreversibilidade, a própria sociedade passa a se auto-observar e se autodescrever como mundial ou global (Neves, 2009, p. 27).

Portanto, o referencial que permeia o pensamento ocidental sobre as noções de Estado e Direito entrou em colapso, principalmente em se tratando da relação umbilical do Direito com o poder legislativo estatal. Esse cenário encontra-se em rápida mutação, “face ao processo combinado de globalização e de diásporas entrecruzadas” (Hespanha, 2020, p. 427-428). Nesse contexto, Hespanha (2020, p. 430-431) assevera que

Este mundo de novas unidades econômicas transforma-se num mundo de unidades, também novas, de natureza política e normativa, pois cada unidade econômica constitui um centro de poder e, ao mesmo tempo, um centro de emissão de normas jurídicas: normas jurídicas obrigatórias por contrato entre entidades transnacionais, normas jurídicas de regulação genérica, válidas para um certo sector de atividade, normas técnicas, etc.

Apesar dessas novas dinâmicas sociais, ainda prevalece no imaginário do sistema jurídico uma teoria originária da modernidade presa à noção de Estado e de norma jurídica. O autor que melhor representa essa concepção jurídicista é Hans Kelsen (2003). Segundo Rocha et al. (2013, p. 14), trata-se de teoria datada, que tem como pressuposto teórico e epistemológico o normativismo, que alcança o patamar de matriz teórica representante do Direito na modernidade.

Com a transformação da sociedade, que poderia ser denominada de transnacionalizada ou pós-moderna, “o problema é o fato de que qualquer perspectiva mais racionalista ligada ao normativismo e ao Estado se torna

extremamente limitada” (Rocha et al., 2013, p. 14). Nesse sentido, parece não ser mais viável a manutenção de forma ingênua de uma noção de racionalidade jurídica vinculada ao ideal kelseniano.

Esse cenário demanda uma necessária capacidade de reflexividade por parte do Estado moderno sobre a sua função. Segundo Rocha (2011), a globalização vai nos forçar a outro tipo de observação que antes não tínhamos. “Não é que as coisas não existiam, nós é que não as observávamos¹” (Rocha, 2011, p. 80, tradução livre).

O autor defende que o Direito, hoje, deve ser contemplado de forma diferente, não normativista, não se olvidando, no plano internacional, de analisar outras possibilidades de organizações, como a ONU, grandes multinacionais e a União Europeia. Sustenta-se, nessa perspectiva, uma observação plural do mundo, e até superando-se o pluralismo; fala-se em um multiculturalismo. Existem, hoje, outras possibilidades de normatividade, as quais, porém, encontram-se muito distantes da teoria kelseniana (Rocha, 2011, p. 80).

Essa capacidade de apreciação é bloqueada no modelo fechado dos Estados modernos, voltados para si mesmos, gerando o problema da não reflexividade. Portanto, para que o Estado moderno não pereça, a autorreflexividade se impõe como atitude de observação e aceitação do outro, em um processo de reformulação do Estado.

Sintetizando a questão de maneira precisa, Tonet (2006) afirma que tal evolução “passa definitivamente por uma aceitação do alter–supraestatal, pois os modelos políticos de estatização nacional não comungam mais com a realidade global”. Segundo o autor, “a nova ordem epistemológica é a transnacional, em uma racionalidade global interligada, seja cultural, econômica, política ou jurídica” (Tonet, 2006, p. 37).

¹ No original: “No es que las cosas no existan, nosotros no las observábamos”.

Emblemática, nesse contexto, foi a guinada empreendida pelo mestre português José Joaquim Gomes Canotilho (2001), que se notabilizou, ainda em 1982, por lançar as bases da teoria do dirigismo constitucional em sua tese de doutoramento, mas que, ao revisita-la em 2001, reconheceu as suas fragilidades no contexto da globalização, concluindo que uma de suas maiores vulnerabilidades consistia no seu “autismo nacionalista e patriótico” (Canotilho, 2001, p. XI).

Nas palavras do autor, a deficiência epistêmica da teoria “não estaria apenas na conversão irrealista de uma simples folha de papel em instrumento dirigente da sociedade”, e sim, na pretensão de transformar o mundo, “mas sem atender ao facto de ela estar cercada por outros mundos”. Nesse diapasão, concluiu que “o dirigismo normativo-constitucional repousa no dogma ‘Estado-soberano’, constituindo a ‘soberania constitucional’ um corolário lógico deste mesmo dogma” (Canotilho, 2001, p. XI).

O autor não invalidou a ideia da diretividade constitucional, mas observou que ela só tem sentido quando inserida numa compreensão crítica próxima do chamado constitucionalismo moralmente reflexivo (Canotilho, 2001, p. IX), coadunando-se, nesse ponto, com outros atores que apontam a reflexividade como elemento estruturante do novo constitucionalismo.

Observando o contexto da União Europeia, Antonella Galindo² (2006) conclui que, cada vez mais, o “autismo” constitucional, caracterizado por um sentimento de autossuficiência, tem sido abandonado em favor de um constitucionalismo interativo. Nas palavras da autora, “não podendo se autolimitar e não tendo mais o controle absoluto de sua dimensão política e normativa, a constituição deixa de ser a parte mais importante do ordenamento jurídico”, transformando-se em *uma* das partes essenciais numa postura dialogal com outras partes igual ou superiormente relevantes (Galindo, 2006, p. 218).

² Antonella Galindo é mulher transexual e seu nome de nascimento é Bruno Galindo, sob o qual ainda está registrada a maioria de seus textos. Em respeito à sua identidade de gênero, estamos lhe referenciando no feminino ao longo do presente trabalho.

Parece, assim, não ser mais possível, como anotou Santos Júnior (2021, p. 32), “pensar a teoria da constituição com base na ‘unidade da ordem jurídica’ ou na ‘unidade do Estado’”, sob pena de conservarmos “a teoria da constituição como memorial de uma realidade falecida”, sendo imprescindível uma conjunção de esforços para a construção de uma teoria da constituição dentro do seu tempo.

Portanto, com a maior integração da sociedade mundial, os problemas tipicamente constitucionais, ou seja, que dizem respeito a direitos fundamentais e à organização e limitação do poder, tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal e nos estreitos limites do respectivo território. Dessa forma, cada vez mais essas questões tornam-se “concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução” (Neves, 2009, p. XXI).

Como exemplo de iniciativa que parte dessa premissa da necessidade de maior interação entre os sistemas, tem-se o lançamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos anotada com a jurisprudência do próprio STF e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujo objetivo declarado é “contribuir, a par da ampliação do diálogo jurisdicional entre Cortes, com a efetiva concretização de direitos humanos na sociedade” (Brasil, 2022).

Mas, se por um lado, o diagnóstico parece bem assentado, conforme se verifica pelos posicionamentos acima expostos, o mesmo não se pode afirmar em relação à elaboração de teorias constitucionais que ofereçam respostas consistentes a essa nova dinâmica mundial. Nesse sentido, consigna-se a tentativa de alguns autores de formular respostas teóricas para fazer face a esse “mal-estar” que se abateu sobre a teoria da constituição e sobre o próprio constitucionalismo em si.

1.2 CAMINHOS POSSÍVEIS: PROPOSTAS TEÓRICAS PARA UM NOVO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Tendo em mente que a presente pesquisa orienta-se pela teoria do transconstitucionalismo, de autoria de Marcelo Neves (2009), afigura-se necessária a abordagem, para fins de contextualização sobre o estado da arte, de outras propostas teóricas sobre o fenômeno de um direito constitucional que ultrapassou as fronteiras dos Estados nacionais.

Assim, serão abordadas, de maneira sintética, as propostas de Teubner (2005) - constitucionalismo societário - e de Canotilho (2012) – interconstitucionalidade -, que, ao lado da construção teórica de Neves (2009), parecem ocupar um lugar de referência para o tratamento dos problemas tipicamente constitucionais na atualidade.

1.2.1 Interconstitucionalidade

A obra de Canotilho (2012), “Brançosos’ e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional”, como definida pelo próprio autor, “se trata de um trabalho de peregrinação em torno da ideia constitucional e do paradigma do constitucionalismo”. Conforme se aludiu antes neste texto, o autor português empreendeu uma guinada na sua construção teórica sobre o constitucionalismo dirigente em 2001. Na obra referenciada, o autor admite que já havia “detectado a profunda mudança dos paradigmas do constitucionalismo de finais do século XX e no dos começos do novo milênio” (Canotilho, 2012, p. 7). Em suas palavras:

A Constituição Dirigente é perturbada pela crise de reflexividade. Através desta ideia, pretende-se, no fundo, significar a impossibilidade de o sistema regulativo central gerar um conjunto unitário de respostas dotadas de racionalidade e coerência relativamente ao conjunto cada vez mais complexo e crescente de demandas ou exigências oriundas do ou constituídas no sistema global (Canotilho, 2012, p. 217).

Trata-se de uma teoria que tem os olhos voltados para a realidade europeia, em especial para a relação entre a Constituição Europeia e as constituições dos

Estados-membros. Nessa senda, o autor conclui que, atualmente, essa postura dirigente é encarnada pelo direito comunitário. “Retira-se, assim, centralidade teórica e dogmática à Constituição dirigente e sugere-se o caráter dirigente de tratados internacionais instituidores da União Europeia” (Canotilho, 2012, p. 222-223).

A teoria intenta uma articulação permanente entre as constituições e as fontes de legitimação jurídicas diversas, de modo que esses mecanismos sistêmicos passam a dialogar entre si, criando um espaço de interorganização sistêmica, o qual pressupõe a autonomia de cada organização (Rocha e Tonet, 2017, p. 479). De clara inspiração luhmanniana, a teoria parte do pressuposto da autopoiese de cada ordem jurídica, as quais seriam fechadas em suas operações e abertas cognitivamente.

A teoria da interconstitucionalidade não se esgota em uma questão de interorganização, implicando, também, interculturalidade constitucional, que evoca a ideia de partilha de cultura ou de formas de enxergar o mundo e os outros. Ela reside no conceito básico de Constituição Cultural e de Estado Constitucional Cultural. O autor preconiza quatro pressupostos para a concretização da interculturalidade dentro da interconstitucionalidade:

- (i) a cultura ‘interconstitucional’, reconduzível a ideias, valores, ações de indivíduos e de grupos, entra nos processos de troca entre as várias constituições;
- (ii) a interculturalidade começa por ser uma partilha comunicativa de experiências, valores e ideias não necessariamente plasmadas em vasos normativos;
- (iii) a interculturalidade constitucional nos quadros da interconstitucionalidade significa a existência de ‘redes comunitárias’ em que, online, se observam e cruzam formas de comunitarismo conservador [...] e de comunitarismo liberal aberto a formas de vida plurais;
- (iv) a interculturalidade constitucional é dinamizada pelos textos interorganizativos no sentido de um comunitarismo igualitário e universalista marcado por pertenças simbólicas, como a pertença a comunidade de indivíduos autônomos, livres e iguais (Canotilho, 2012, p. 271-274).

Conclui-se, portanto, que o autor, superando a sua própria proposta teórica anterior (dirigismo constitucional) e abandonando pressupostos que não são mais aplicáveis à realidade da sociedade mundializada, evolui para uma teoria baseada na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (2016), indicando a necessidade de comunicação

em rede entre as ordens jurídicas, que pressupõe o abandono do modelo hierárquico em prol do modelo de abóbadas concêntricas, em que os diversos ordenamentos estariam dispostos em igual hierarquia.

1.2.2 Constitucionalismo societário ou social

Aludindo a uma série de escândalos públicos nos últimos anos, Gunther Teubner (2020) chama a atenção para a “nova questão constitucional”. Nesse contexto, o autor cita violações de direitos humanos por empresas multinacionais; decisões controversas da Organização Mundial do Comércio que geram risco para o meio ambiente e para a saúde; relatos de doping esportivo; casos de corrupção na medicina e na ciência; ameaças à liberdade de expressão por agentes privados na internet; a liberação de riscos catastróficos nos mercados financeiros mundiais. Todas essas questões não levantariam, segundo o autor, apenas questões políticas ou jurídicas, mas também problemas tipicamente constitucionais (Teubner, 2020, p. 41-42).

As consequências dos escândalos mencionados extrapolam as fronteiras do Estado Nacional, levando o autor a concluir que esse constitucionalismo além do Estado Nacional significa, necessariamente, duas coisas: “os problemas constitucionais se situam fora das fronteiras do Estado Nacional, em processos políticos transnacionais” e, além disso, “fora do setor político institucionalizado, nos setores ‘privados’ da sociedade mundial” (Teubner, 2020, p. 42).

Nesse sentido, o autor sustenta uma gradual emancipação do direito em relação ao Estado nacional, com o surgimento de ordens jurídicas plurais que se acoplam com outros sistemas mundiais como a economia e a tecnologia. Na sua perspectiva, “o constitucionalismo transnacional vai além de uma simples juridificação de âmbitos sociais e exerce funções constitucionais por meio de regras constitutivas e especialmente por meio de regras limitativas”. Identificam-se, assim, arenas constitucionais em cada sistema social (Teubner, 2020, p. 87).

Assim, Teubner (2005, p. 109) vai afirmar que “a fonte do novo direito global não é mais somente a política institucionalizada, que não é propriamente política global, sendo somente política internacional”; advém, também e principalmente, de outros subsistemas, que, na corrida da globalização, “deixaram a política a ver navios”. No contexto dessa nova dinâmica social, as transformações ocorreriam à margem do direito, exatamente nos acoplamentos estruturais dele com os demais subsistemas sociais. Pela clareza, mobiliza-se o próprio autor, para quem:

A constituição política, que se desenvolveu na história dos Estados nacionais para o acoplamento entre a política e o direito, e que, ao mesmo tempo, pretendia normatizar a relação do direito com os outros subsistemas, falta no contexto global. Em seu lugar forma-se aqui, naturalmente, por assim dizer, uma multiplicidade de constituições parciais – acoplamento do direito mundial a outros subsistemas globais – que escaparam de uma normatização parecida com a constituição e dominada pela política (Teubner, 2005, p. 109).

Neves (2009) alerta para a ampliação semântica do conceito de Constituição nessa construção teórica, abarcando vínculos entre racionalidades dos sistemas sociais, mesmo sem democracia. Porém, Teubner (2005) parece delimitar semanticamente o conceito de Constituição para indicar apenas “os vínculos entre direito e outro sistema social no plano reflexivo” (Neves, 2009, p. 109-110).

Nessa mesma linha, Palma (2017), embora reconheça a existência de “entrelaçamento entre direito e domínios específicos da sociedade mundial” rechaça a tese de constituições civis, seja pela ausência de semelhanças no plano mundial com o processo constitucionalista protagonizado pelos estados nacionais, seja porque a “teoria sistêmica luhmanniana não apresenta o direito estruturalmente acoplado apenas através de constituições”. Portanto, na visão do referido autor, “nem todo acoplamento estrutural é uma constituição” (Palma, 2017, p. 149).

A principal crítica a essa construção teórica gira em torno da falta de legitimidade democrática, que ensejaria a existência de constituições em regimes sem democracia. Em artigo escrito em 2018, mas publicado no Brasil em 2022, Teubner (2022) parece admitir mais abertamente a procedência da referida crítica, ainda que apresente alternativas para contorná-la. No texto apontado, ele reconhece que as

Constituições além do Estado falham em grande medida quanto às exigências de democracia (Teubner, 2022, p. 66-67).

Outro aspecto de relevo é o fato de que, embora tenha partido dos pressupostos teóricos de Niklas Luhmann (2016), Teubner (2005) se afasta de seu marco teórico ao enxergar uma constituição civil em cada acoplamento estrutural entre o direito e outro subsistema social, como a economia. O autor da teoria dos sistemas restringe o termo “Constituição” a um tipo específico de acoplamento estrutural, exatamente entre direito e política (Luhmann, 2016, p. 630-631).

Em arremate, registra-se que Neves (2009), apesar de reconhecer a relevância da teoria como “contribuição decisiva para a compreensão do entrelaçamento transversal entre âmbitos de comunicação orientados primariamente conforme expectativas normativas”, considera que “ainda há determinadas condições empíricas que limitam o desenvolvimento de constituições civis da sociedade mundial” (Neves, 2009, p. 111).

Propõe, assim, que, em vez de definir essas ordens jurídicas transnacionais como “constituições civis”, sejam elas incorporadas à rede de entrelaçamentos de ordens jurídicas (estatais, supranacionais, internacionais e locais) no contexto do transconstitucionalismo (Neves, 2009, p. 113).

1.3 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DA TEORIA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Com vimos, o constitucionalismo clássico, concebido em isomorfia com a noção de Estado nacional, enfrenta uma séria crise existencial no contexto da sociedade mundial e da intensificação de suas interações, crise essa que decorre da erosão da própria ideia de Estado nacional como centro exclusivo de produção do direito. Portanto, a crise do constitucionalismo é, em última análise, uma crise do próprio Estado e de seu produto: o direito.

Na esteira dessas angústias, que, como já explanado, afligiram outros autores, os quais procuraram apresentar respostas para essa nova dinâmica mundial, Neves (2009) desenvolveu uma teoria refinada e que consegue superar aquelas construções que se baseiam no declínio dos estados nacionais, admitindo que esses possam, ao lado de outros atores (ordens jurídicas), interagir em um mecanismo de conversações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas com a possibilidade de aprendizado recíproco. Nesse enquadramento, o Estado nacional continua a ser o espaço principal para a reprodução do sistema político.

Neves (2009) tem dois pontos de partida bem definidos, quais sejam: o conceito de racionalidade transversal, elaborado pelo filósofo alemão Wolfgang Welsch (2003), e a teoria dos sistemas sociais, elaborada por Niklas Luhmann (2016). Seu escopo é “demonstrar que entre sistemas autopoieticos é possível estabelecer mecanismos de aprendizados recíprocos, não se atendo apenas aos acoplamentos estruturais” (Elmauer, 2013, p. 856).

O transconstitucionalismo inspira-se no mecanismo concebido por Luhmann (2016, p. 630) para definir a Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, aplicando-o, porém, entre ordens jurídicas distintas com conteúdos próprios, mas que se encontram sujeitas ao mesmo código binário lícito/ilícito. Portanto, aqui, extrapola-se o âmbito da relação entre dois sistemas distintos, como, por exemplo, economia e direito, com a utilização do mecanismo entre centros de produção jurídica diversos, tais como a ordem jurídica de um determinado Estado nacional e a do sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

Assim, concebe-se que não só a sociedade mundial é multicêntrica, mas também o seu sistema jurídico, de modo que, “na perspectiva do centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra ordem jurídica constitui uma periferia”. O transconstitucionalismo admite como ponto de partida qualquer tipo de ordem jurídica com pretensão de autonomia, importando relações de observações

recíprocas que geram aprendizado e intercâmbio sem que haja a prevalência de qualquer das ordens jurídicas como uma *ultima ratio* (Neves, 2009, p. 117).

Esclarece-se que o autor não se refere a um tipo de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local, mas, antes, constata que problemas constitucionais, ou seja, que digam respeito a direitos fundamentais ou humanos e à organização e limitação do poder, podem perpassar, concomitantemente, diversos tipos de ordens jurídicas.

Além disso, o autor da teoria assenta que o foco não é a busca de consenso, mas sim, a “construção de ‘pontes de transição’ da promoção de ‘conversações constitucionais’, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas” (Neves, 2014.b, p. 208).

Para que se possa compreender a teoria do transconstitucionalismo é preciso apropriar-se dos conceitos que configuram os pontos de partidas do autor, os quais podem ser elevados a verdadeiros pressupostos teóricos e que serão examinados no próximo item.

1.4 OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

A teoria do transconstitucionalismo possui pressupostos teóricos muito demarcados, cuja análise se torna indispensável para a correta extração de sentido da proposta elaborada por Neves (2009). Conceitos como constituição, constitucionalismo, acoplamento estrutural, razão transversal e constituição transversal são cuidadosamente articulados pelo autor com base nos seus marcos teóricos, que se encontram em Niklas Luhmann (2016) e Wolfgang Welsch (2003). Passemos, pois, a examiná-los.

1.4.1 A “Constituição do constitucionalismo” como ponto de partida

Uma das premissas basilares da teoria é a preocupação do autor com o conceito de Constituição, no sentido de uma delimitação semântica do termo. Nessa concepção demarcada que ele tem em mente e da qual derivam os outros pressupostos de sua teoria, o conceito de Constituição está associado às noções de constitucionalismo e constitucionalização (Neves, 2009, p. 1).

Nesse sentido, Neves (2009) alude aos riscos que o uso inflacionário do termo e da perda de contorno podem gerar para a compreensão de sua construção. Na sua visão, “não se pode recorrer, indiscriminadamente, ao conceito de Constituição”, a qual não pode, portanto, “ser caracterizada como uma mera metáfora, desvinculada de certas implicações estruturais” (Neves, 2009, p. 3).

Assim, em sentido moderno, a Constituição está ligada a certos pressupostos estruturais, exigindo, no plano semântico, nitidez conceitual para que seja uma “categoria apta a servir ao esclarecimento de problemas decisivos da sociedade mundial contemporânea” (Neves, 2009, p. 4).

Busca-se, portanto, a localização histórica e a cuidadosa delimitação semântica do contorno conceitual dos termos “Constituição” e “Constitucionalismo”. Nessa linha de ideias, o conceito de Constituição, no sentido moderno, está relacionado com as mudanças estruturais que conduziram à diferenciação funcional da sociedade, impensável no contexto social pré-moderno (Neves, 2009, p. 6).

Naquela formação social, destacava-se a estrutura hierárquica, de modo que o ápice da sociedade era composto pela fusão da estrutura política de dominação, com base na distinção entre poder superior e inferior, e da semântica moral-religiosa, com fulcro na diferença entre bem e mal, inseparável da religião. Essa mescla de condições prevalecia sobre todas as demais esferas de comunicação, que se conservavam indiferenciadas. Como esclarece Neves (2009, p. 7),

As demais esferas e os seus respectivos códigos de comunicação estariam subordinados a esse arcabouço supremo, composto de moral impregnada religiosamente e de dominação política: a arte, o saber, o direito e a economia estavam semanticamente subordinados à diferença entre o bem e o mal, assim como orientados pelos critérios do poder superior ou inferior. Assim sendo, a diferença entre licitude e ilicitude (direito) não se distinguiu nitidamente da diferença entre bem e mal, antes se confundia amplamente com esta.

No contexto ora apontado, o poder era legitimado pelo direito sacro, sendo esse indisponível e servindo apenas para justificar o seu exercício pelo soberano. No fundo, “não havia limitações jurídico-positivas relevantes ao soberano no exercício do *jus imperium*, ou seja, limitações normativas estabelecidas e impostas por outros homens à sua ação coercitiva” (Neves, 2009, p. 8-9).

O sistema jurídico estava totalmente sujeito à política, em uma formação em que o poder estava no centro da sociedade, gerando uma relação assimétrica entre poder superior e poder inferior ou entre soberano e súditos. Assim, em todos os tipos de sociedades hierárquicas pré-modernas, impregnadas pela dominação baseada na distinção poder superior/poder inferior e pelo sentido moral religioso calcado na diferença bem/mal, não se pode falar em Constituição no sentido delimitado pelo autor (Neves, 2009, p. 17).

O surgimento do Estado moderno ainda não viabilizou a formação social necessária ao florescimento do constitucionalismo, pois o absolutismo monárquico não propiciava a diferenciação funcional entre direito e política, embora fosse já notada a tendência de superação dos fundamentos sacros do poder. Passa-se de uma indiferenciação entre direito e poder baseada na sacralidade para uma subordinação instrumental entre direito e política, persistindo, assim, a estrutura hierárquica na relação entre soberano e súditos. Nesse momento, também, por óbvio, não havia as condições para o surgimento da ideia de Constituição no sentido aqui empregado.

Apenas nos fins do século XVIII, na periferia da Europa e nos Estados Unidos, emerge o contexto social que irá garantir, de uma forma absolutamente nova, o acoplamento entre os sistemas jurídico e político, o que desde então é conhecido como Constituição. Nas palavras de Luhmann (2016, p. 631),

As Constituições são conquistas reais (em contraste com meros textos), por um lado, ao restringir as influências recíprocas entre direito e política aos canais proporcionados pela constituição de um Estado e, por outro lado, nas crescentes possibilidades no contexto desses acoplamentos.

É bem verdade que, no processo de luta pela autonomia das esferas sociais, alguns sistemas romperam antes com esse esquema de dominação baseado na fusão de política e moral religiosa. Isso aconteceu primeiramente com a economia e depois com a ciência e com a arte em processos sociais traumáticos (Neves, 2009, p. 23).

Conforme já se aludiu, “só no bojo do constitucionalismo revolucionário dos fins do século XVIII inicia-se o processo moderno de diferenciação entre política e direito” (Neves, 2009, p. 23). Dessa forma o constitucionalismo está relacionado com as transformações sociais que fizeram exsurgir a sociedade moderna. Nessa quadra, já não era mais sustentável, em razão da crescente complexidade observada na sociedade, a manutenção da diferenciação social baseada na hierarquia, fazendo eclodir os processos de luta por autonomia das esferas de comunicação. Aqui, então,

Há não só um desintrincamento de lei, poder e saber, nem apenas a obtenção da liberdade religiosa e econômica pelo homem, mas um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional (Neves, 2009, p. 23).

A partir desse átimo, afirma Neves (2009, p 23), a sociedade torna-se multicêntrica ou policontextural, ou seja, uma pluralidade de racionalidades parciais conflitantes, as quais não encontram um centro na sociedade a partir do qual todas possam ser compreendidas. Em outras palavras, não existe uma superestrutura na sociedade que confira sentido e organização aos diversos sistemas sociais dentro de uma visão totalizante.

Nesse ponto, o autor deixa em evidência uma das vigas mestras de sua construção, que é a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann (2016), para quem “a modernidade é essencialmente complexidade, expressa em termos de diferenciação funcional da sociedade” (Villas Boas Filho, 2006, p. 44).

Esse cenário de pluralidade de racionalidades correspondentes a cada sistema social e a inexistência de um “supercentro” que realize uma espécie de coordenação

conduz a tensões, pois cada um desses âmbitos de racionalidades, com o seus respectivos códigos binários próprios, tem uma pretensão de universalidade.

Portanto, “a teoria dos sistemas projeta a imagem destas sociedades (as sociedades modernas) como sendo sociedades acêntricas, ‘sem órgãos centrais’”. Assim, Luhmann (2016) refuta a ideia de que uma das esferas sociais possa configurar, por assim dizer, uma espécie de sucedâneo da sociedade civil ou da integração social. “Nem mesmo o direito, o último repositório significativo de uma ‘expectativa de estilo normativo’, desempenha um tal papel em sua teoria” (Villas Boas Filho, 2006, p. 91).

Habermas (2007), um dos maiores oponentes intelectuais de Luhmann, alerta que o ponto de fuga no horizonte da sociedade global, completamente acêntrica, é a quantidade desordenada de sistemas funcionais que se autoproduzem e se auto-orientam. Assim, compara esse cenário com o estado natural no pensamento de Hobbes (2020), pois, sem um conjunto de significados intersubjetivamente partilhado, esses sistemas se comportariam unicamente orientados por imperativos de autoconservação (Habermas, 2007, p. 149).

Em relação ao momento em que surge essa sociedade multicêntrica, Neves (2009) conclui que a sociedade moderna já nasce como sociedade mundial, apresentando-se como “uma formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais, embora estas, na forma de Estados, constituam uma das dimensões fundamentais à sua reprodução” (Neves, 2009, p. 26-27).

Nessa toada, a globalização é, antes de tudo, o resultado do acirramento da sociedade mundial, cuja gênese localiza-se no século XVI e a consolidação e a irreversibilidade, respectivamente, nos séculos XIX e XX.

No contexto dessa sociedade mundial, alguns sistemas encontram mais desenvoltura para a sua reprodução, ou seja, a economia e os meios de comunicação, pois não dependem de segmentação territorial, ao contrário da política e do direito, que necessitam em seus processos reprodutivos de um vínculo com o

território do Estado nacional. Portanto, Neves (2009, p. 31) considera que o direito e a política são sistemas “fracos” diante dos sistemas que conseguem se reproduzir em escala mundial de forma intensa.

Prosseguindo no desenvolvimento dos pilares de sua construção teórica, o autor alude à noção de acoplamento estrutural, que foi desenvolvida por Niklas Luhmann (2016) com base na teoria biológica de Humberto Maturana e Francisco Varela. Nas palavras de Neves (2009), “esse acoplamento serviria à promoção e filtragem de influências e instigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada”, criando uma vinculação entre eles no plano das estruturas, porém, sem prejuízo à autonomia de cada um. Nesse sentido, “os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras”, gerando uma “relação simultânea de dependência e independência entre os sistemas acoplados” (Neves, 2009, p. 35).

Sem esse mecanismo que possibilita o estabelecimento de vínculos construtivos de aprendizados – acoplamentos estruturais -, as esferas de comunicação estariam fadadas à própria autodestruição diante dos diversos conflitos e colisões (Neves, 2009, p. 34).

Assevera-se, por oportuno, que o próprio Luhmann (2016, p. 631) considera a Constituição um tipo especial de acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito, restringindo as influências recíprocas entre esses dois sistemas aos canais previstos nela própria. Isso impede outras possibilidades de acoplamentos que poderiam se basear em poderio econômico ou político.

Como já enfocado, os acoplamentos estruturais, parte fundamental da construção luhmanniana, são mecanismos de interpenetrações concentradas e duradouras entre sistemas sociais, em que um sistema oferece ao outro complexidade desordenada, nas palavras de Neves (2009, p. 37); ou seja, exclui-se o oferecimento de complexidade já processada ou preordenada.

E é a partir desse ponto que, partindo da ideia de acoplamento estrutural, Neves vai evoluir para a noção de racionalidade transversal. Portanto, os conceitos de racionalidade transversal e acoplamentos estruturais são aproximados, eis que a afirmação da primeira pressupõe o segundo. Contudo, “a noção de racionalidade transversal importa um *plus* em relação à de acoplamento estrutural” (Neves, 2009, p. 38).

Neves (2009) explica que, nessa construção, ele se valerá do conceito de razão transversal proposto por Wolfgang Welsch (2003), que, ao articular razão e transição, afasta a concepção arquimediana da razão. Desse modo,

o eixo da razão gira da verticalidade para a horizontalidade. A razão torna-se uma faculdade de transições. Em vez de contemplar um ponto de vista elevado (do ponto de vista do olho de Deus), ela passa entre as formas de racionalidade e seus próprios procedimentos. A razão é, portanto, transformada de uma faculdade estática e orientada a princípios em uma faculdade dinâmica e intermediária. Ela opera processualmente. Todas as atividades da razão ocorrem em transições. Estas formam o *proprium* e a atividade central da razão (Welsch, 2003).

Exatamente em razão desse caráter transicional, o autor vai designar essa forma de razão como razão transversal. Ela é marcada pela inconclusibilidade e pelo não fundamentalismo. “A fundamentalidade da razão é medial e processual, não baseada em princípios” (Welsch, 2003).

Santos Júnior (2021, p. 60-61) esclarece que “a razão transversal é essencialmente uma razão de transições que estabelece conexões entre diferentes complexos”, ressaltando que essas transições não têm o escopo de formar uma espécie de síntese final - são apenas “transições dialéticas sem síntese final”. O referido autor explicita que “a razão transversal não é um conceito específico da razão, mas a forma fundamental da razão enquanto tal. Portanto, a razão é determinada pela transversalidade”. Esta relaciona os diversos tipos de racionalidade, sendo procedimental e sem conteúdo.

Em que pese Welsch (2003) se referir a uma metanarrativa, altamente formal, sem conteúdo vinculado a narrativas particulares, Neves (2009) parece duvidar da possibilidade de uma metanarrativa pós-moderna nas condições atuais da

sociedade mundial multicêntrica. Portanto, não concordando com a ideia de uma razão abrangente, Neves (2009) vai refinar o conceito de razão transversal para chegar à ideia de racionalidades transversais parciais, “que podem servir à relação construtiva entre as racionalidades particulares dos sistemas ou jogos de linguagem que se encontram em confronto”.

Nesse sentido, “cada racionalidade transversal parcial está vinculada estruturalmente às correspondentes racionalidades particulares para atuar como uma ‘ponte de transição’ específica entre elas” (Neves, 2009, p. 42)

Apesar da sofisticação de sua construção sobre a racionalidade transversal parcial, Neves reconhece que ela é “‘um produto escasso’ do mundo social contemporâneo”, o que, na sua percepção, não impede que seja tanto uma exigência funcional quanto uma pretensão normativa própria da sociedade mundial atual (Neves, 2009, p. 49).

Esclarece-se que a existência de um acoplamento estrutural, embora seja um pressuposto, não é condição suficiente para o surgimento da racionalidade transversal. Como já dito, o primeiro envolve uma relação de troca de complexidade desordenada, enquanto “os entrelaçamentos promotores da racionalidade transversal servem sobretudo ao intercâmbio e aprendizado recíprocos entre experiências de racionalidades diversas”, o que implica no compartilhamento de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos (Neves, 2009, p. 49).

Portanto, em síntese, podemos afirmar que, enquanto o conceito de acoplamento estrutural, concebido por Luhmann (2016), é congênere à ideia de racionalidade transversal, o conceito de racionalidade transversal parcial é um refinamento realizado por Neves (2009) a partir desses dois referenciais teóricos.

Como se verá adiante, a compreensão desses pressupostos teóricos será essencial para o desenvolvimento dos conceitos de Constituição transversal e transconstitucionalismo, que envolvem tanto acoplamentos estruturais como entrelaçamentos como pontes de transição.

1.4.2 Da Constituição transversal

Como visto, o autor da teoria do transconstitucionalismo é cioso de uma precisão semântica sobre o conceito de Constituição. Ele vai trabalhar a partir do conceito de Constituição como produto derivado do constitucionalismo, movimento esse diretamente associado às revoluções do final do século XVIII.

Esse movimento descortina a pressão na estrutura da incipiente sociedade multicêntrica por uma diferenciação entre política e direito. Recorde-se que, na sociedade pré-moderna, o direito estava submetido ao poder político. Assim, a Constituição exsurge como mecanismo possibilitador da diferença entre o direito e a política. Após analisar alguns conceitos de Constituição, o autor os descarta como balizadores de sua análise, porque, para ele, apenas a Constituição do constitucionalismo pressupõe uma diferenciação entre os sistemas político e jurídico e conseqüentemente a autonomia operativa do direito em face da política (Neves, 2009, p. 56).

Além de possibilitar a diferenciação entre os dois sistemas, “a Constituição atua como acoplamento estrutural entre esses dois sistemas funcionais da sociedade moderna”. Esse acoplamento realiza-se por meio de procedimentos instituídos constitucionalmente, tais como os judiciais, administrativos, legislativos e eleitorais. Contudo, não se deve esperar uma relação de harmonia, mas sim “uma relação paradoxal de complementação e tensão recíprocas”, o que pode levar eventualmente a rupturas (Neves, 2009, p. 57).

O cerne da ideia constitucionalista encontra-se expresso no artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Constituinte Francesa, em agosto de 1789, que diz: “Toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (Declaração, 2017).

Chega-se, então, à ideia de Constituição não só como acoplamento estrutural entre sistemas autônomos (direito e política), mas também como ponte de transição, ou seja, “instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito” (Neves, 2009, p. 62).

Os entrelaçamentos entre ambos os sistemas, atuando como “pontes de transição”, para usar uma expressão do próprio autor, permitem o desenvolvimento de uma racionalidade transversal específica. Assim, “o que é predefinido politicamente é compreensível juridicamente mediante a Constituição” (Neves, 2009, p. 62).

Esse fenômeno materializa-se por meio dos diversos procedimentos constitucionais. Como exemplos, a elaboração das leis (processo legislativo), as regras para a prolação de decisões judiciais (processo judicial), os quais servem a esse intercâmbio e aprendizado recíproco, “possibilitando que a consistência jurídica e a adequação política do direito contribuam para a consistência política e adequação jurídica da política” (Neves, 2009, p. 62).

Nessa esteira, há que se ter em mente que cada um dos sistemas que se vinculam transversalmente possui sua racionalidade particular. No direito, essa racionalidade pode ser definida como “justiça”, que se caracterizaria pelo binômio consistência jurídica e adequação social. A primeira refere-se ao fechamento normativo (autorreferência) e a segunda à adequação à complexidade social (abertura cognitiva) (Neves, 2009, p. 64-65).

Caso a solução jurídica não seja consistente, o sistema do direito perde a sua racionalidade. Portanto, o sistema jurídico, para se manter fiel à sua racionalidade particular, deve orientar-se primordialmente pela constitucionalidade e legalidade. Além disso, a solução deve refletir a adequação social do direito, que, em última análise, pode ser definida como a possibilidade de convivência não destrutiva de diversos pontos de vista ou projetos existentes na sociedade (Neves, 2009, p. 64).

A adequação social constitucionalmente conformada exige uma capacidade cognitiva altamente apurada por parte do sistema jurídico. No que se refere à política, requer um modelo constitucional que dê conta do pluralismo presente na sociedade, em relação a partidos políticos, grupos de pressão e opinião pública (Neves, 2009, p. 65).

É evidente que não se pode esperar um equilíbrio perfeito entre esses dois vetores, ou seja, entre consistência jurídica e adequação social do direito. Aliás, tem-se aqui um paradoxo, pois, quanto maior a consistência jurídica, maior a tendência de redução da adequação social do direito e vice-versa. Segundo Neves (2009, p. 66), esse paradoxo deve ser enfrentado nos casos concretos, porém sem ilusões de eliminação total, pois ele é condição da diferenciação entre ambos os sistemas.

Ultimamente, tem sido observado no Brasil um aguçado embate entre os sistemas jurídico e político, com risco de esgarçamento da relação entre o direito e a política, como se pode constatar por meio da PEC 50/2023. Seu escopo é a alteração do artigo 49 da Constituição Federal para estabelecer a competência do Congresso Nacional para sustar decisões do Supremo Tribunal Federal transitadas em julgado que extrapolem os limites considerados constitucionais (Brasil, 2023).

Essa proposta reflete a insatisfação do sistema político, encarnado pelo Congresso Nacional, com a postura considerada decisionista do Supremo Tribunal Federal, que estaria invadindo a competência legislativa do Parlamento. Percebe-se, pois, que, no Brasil, as condições de realização da transversalidade entre as racionalidades particulares dos sistemas jurídico e político são desafiadoras, enfraquecendo a ideia de “pontes de transição” concebida pelo autor da teoria.

Contudo, esse desafiador binômio “consistência jurídica e adequação social do direito”, que representa, respectivamente, a justiça constitucional interna e externa, depende amplamente do princípio da igualdade. No aspecto da consistência, a função da igualdade é imunizar o direito diante de diferenças juridicamente irrelevantes, ainda que possuam relevância em outros setores da sociedade.

Portanto, as diferenças que não ostentem significância jurídica não devem ser transpostas imediatamente para o direito. Já na dimensão da adequação, tem-se que “a igualdade complexa exige sempre uma abertura construtiva com variações e adaptações permanentes, para que não leve a uma igualdade jurídica ‘imperial’, uma pseudoigualdade” (Neves, 2009, p. 66-67).

Embora o princípio da igualdade não implique uma necessária igualdade fática, mas sim a garantia de acesso igualitário a direitos e remédios jurídicos, aponta-se que as fortes assimetrias no âmbito de outros sistemas podem solapar a igualdade jurídica. Essas assimetrias conseguem penetrar no sistema do direito, o qual, com efeito, perde a capacidade de se blindar das diferenças decorrentes de outros âmbitos sociais (Neves, 2009, p. 67-68).

Nesse caminho, severas desigualdades, principalmente no plano econômico e político, acabam por erodir a concretização do princípio da igualdade jurídica, de modo que aquelas pessoas em *déficit* econômico, político ou educacional passam a ter acesso limitado também ao sistema de direitos, enquanto outros, em posição de superioridade nesses e em outros sistemas, têm acesso a amplíssimos direitos. Conclui, assim, o autor que “o princípio jurídico da igualdade torna-se inócuo se não oferece direitos que possibilitem igualdade de oportunidades nas outras esferas da sociedade” (Neves, 2009, p. 68).

Luhmann (2016) distingue o uso político e o uso jurídico do princípio da igualdade. Em lapidar síntese, o autor da teoria dos sistemas sociais leciona que “a política exige que as pessoas sejam tratadas com igualdade. O direito exige que os casos sejam tratados com igualdade” (Luhmann, 2016, p. 151).

O princípio da isonomia, enquanto cerne da racionalidade no campo do direito, realiza-se, primariamente, com a igualdade na lei, ou seja, na ordem jurídica, e só secundariamente com o tratamento igual de casos jurídicos. Já o aspecto da igualdade como norma significa a preferência pelo tratamento igual, “exigindo-se do tratamento desigual uma carga argumentativa” (Neves, 2009, p. 69).

Aqui, cabe aludir às chamadas políticas ou ações afirmativas, que partem da premissa de que o tratamento igual em certos contextos pode conduzir a um resultado ilegitimamente desigual. Assim, por exemplo, na questão de gênero, parte-se do pressuposto da construção social de uma condição inferiorizada das mulheres no contexto da sociedade brasileira, o que, se for desconsiderado no plano das diversas relações sociais, pode acirrar a desigualdade histórica entre homens e mulheres. Nesse sentido, justifica-se, exemplificativamente, a adoção de cotas de candidaturas e de reserva de recursos para financiamento de campanha no campo político e de um protocolo de julgamento com perspectiva de gênero no âmbito do sistema jurídico, especificamente no Poder Judiciário.

Esclarecido, assim, que, no âmbito do direito, a racionalidade própria é encarnada pelo binômio consistência jurídica e adequação social, o qual, por sua vez, é amplamente dependente do princípio da igualdade, passa-se ao exame da racionalidade própria do sistema político, que é a democracia.

Nesse sentido, a democracia caracteriza-se pela consistência política, no plano da autorreferência, e pela adequação à sociedade, no plano da heterorreferência. Em relação à autorreferência, a questão implica a reflexividade dos processos decisórios, os quais devem refletir a vontade do povo constitucional, que é o limite da democracia, desde que tenha havido respeito às regras do jogo.

Logo, “se o povo como instância procedimental é questionado ou os correspondentes procedimentos deturpados, a democracia como racionalidade do sistema político é abolida, ou no mínimo, está em crise”. Nessa hipótese, ter-se-á a “manipulação do sistema político pelos interesses particularistas, em detrimento do ‘apoio político generalizado’, assentado especialmente nas eleições democráticas” (Neves, 2009, p. 70-71).

Por sua vez, a adequação social da política democrática – heterorreferência – corresponde a uma condição possibilitadora “do convívio de forças antagônicas em

uma esfera pública política abrangente”, o que não significa, por óbvio, atender aos diversos interesses particulares existentes no sistema político. Afirma-se, assim, que “enquanto o povo constitucional fecha o sistema político, a esfera pública abre esse sistema” (Neves, 2009, p. 69).

Aqui, também, à semelhança do que ocorre no sistema jurídico, não se tem um equilíbrio perfeito entre a consistência política (autolegitimação pelo povo constitucional) e adequação social (heterolegitimação decorrente da esfera pública pluralista), observando-se o paradoxo funcional não superável da política, de modo que, quanto mais elevada for a consistência política, menor será a adequação social. Lado outro, “a eliminação do paradoxo da legitimidade como fórmula de contingência importaria o fim de um sistema político diferenciado” (Neves, 2009, p. 73).

Esses aportes teóricos nos levam ao ponto alto das indagações que instigam Neves (2009) em sua pesquisa em torno da relação entre direito e política. A questão que se coloca é a seguinte: “como se vinculam as racionalidades particulares dos respectivos sistemas mediante a Constituição transversal?” (Neves, 2009, p. 73). Isto é: como se dá o relacionamento construtivo entre o princípio da igualdade e a democracia no plano constitucional?

Parte-se da premissa de que a Constituição do Estado moderno estabelece a relevância do princípio da igualdade para a democracia. Pela absoluta clareza, recorre-se diretamente às explicações do próprio autor:

A igualdade primariamente jurídica incorpora-se ao sistema democrático mediante as comutações procedimentais estabelecidas na Constituição como ‘pontes de transição’ que possibilita ‘re-entries’ construtivas entre racionalidades jurídica e política no plano estrutural. Sem cidadãos com direitos políticos iguais, a democracia não tem nenhum sentido. Sem o voto igual, desvinculado de outras posições e papéis sociais do eleitor, falta a racionalidade política da democracia (Neves, 2009, p. 74).

Esse, portanto, é o ideal da conexão constitucional entre direito e política. A democracia ocidental que começou a se desenvolver a partir dos fins do século XVIII revelou-se claudicante até meados do século XX, primeiramente em razão do voto censitário e depois pela manutenção da exclusão de certos segmentos sociais do

direito ao voto (como as mulheres, por exemplo). Evidentemente que a superação dessas exclusões na democracia no Ocidente não garante a igualdade política real, que só tem condições de realização em um cenário de abrangente inclusão social, ou seja, de acesso amplo aos benefícios e prestações de outros sistemas sociais.

Em contextos de profundas desigualdades, principalmente nos sistemas econômico e educacional, a força imunizadora da igualdade dos direitos políticos torna-se extremamente fraca. Nesse sentido, “os procedimentos passam a ser ocupados praticamente por intrusões de diferenças não legitimadas democraticamente”. A Constituição transversal, como mecanismo possibilitador da apropriação da racionalidade jurídica pela política democrática, fica vencida (Neves, 2009, p. 74-75).

As constituições modernas irrompem, assim, como “‘pontes de transição’ institucional entre política e direito”, viabilizando o desenvolvimento de uma racionalidade transversal específica. Ela “impede os efeitos destrutivos de cada um desses sistemas sobre o outro e promove o aprendizado e o intercâmbio recíproco de experiências com uma forma diversa de racionalidade” (Neves, 2009, p. 76).

Esse mecanismo, assim como o acoplamento estrutural, não é isento de problemas. Enquanto, no campo político, o maior problema é a corrupção sistêmica, na transversalidade, o risco é a alimentação recíproca de irracionalidades pelos sistemas. Alude-se, aqui, aos fenômenos, tão amplamente observados no Brasil, da politização (em detrimento do direito) e da juridificação (em detrimento da política). Tem-se aqui uma expansão indevida de um sistema sobre o outro em desfavor do desenvolvimento de uma racionalidade diversa (Neves, 2009, p. 76).

O paradoxo da transversalidade entre Estado de direito e democracia, embora não possa ser solucionado em caráter definitivo, é suscetível de ser controlado e resolvido em casos concretos de surgimento de conflitos entre as racionalidades do direito e da política. Ressalta-se, nesse contexto, a importância do papel dos tribunais constitucionais, os quais “atuam como fiscalizadores da legitimidade das

passagens nos dois sentidos dessa 'ponte', servindo à realização da racionalidade transversal nos casos constitucionais” (Neves, 2009, p. 77).

Havendo a subordinação de um sistema ao outro, exsurge o bloqueio à realização da Constituição transversal. Dando-se ênfase no efeito destrutivo da política, pode-se afirmar que este não tem consequências apenas para o direito, produzindo efeitos destrutivos para a própria racionalidade política democrática. Isso gera a opressão do direito pelo poder político (Neves, 2009, p. 81).

Nesse ponto, recorre-se ao conceito de constitucionalização simbólica, outra construção de Marcelo Neves. Diferentemente do que ocorre na constituição instrumentalista, na constituição simbólica, a politização indiferenciante do sistema jurídico não decorre do conteúdo do texto constitucional. Este, pelo contrário, estabelece um modelo político-jurídico que assegura a autonomia operativa do direito. Entretanto, no plano da concretização do texto constitucional, emerge o bloqueio político da esperada reprodução autônoma do direito, impedindo que a Constituição se desenvolva como instância reflexiva do sistema jurídico (Neves, 1994, p. 131).

Esse fenômeno é claramente observável na realidade brasileira, decorrendo da não realização de ampla parcela de direitos constitucionalmente garantidos, especialmente no campo social, tais como educação, saúde, segurança alimentar, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância, entre outros.

Nesse caso, o direito não consegue se desincumbir de suas operações de forma autônoma, sendo sufocado, por assim dizer, pela política. Esse contexto pode gerar a falsa percepção de maior força do sistema político, mas, na verdade, revela um mecanismo ideológico de ineficiência deste, que decorreria da sucumbência dos interesses econômicos particularistas (Neves, 1994, p. 132-133).

De forma lúcida, o autor adverte que a Constituição do Estado moderno, como mecanismo possibilitador da racionalidade transversal, relativa às racionalidades particulares do direito e da política, somente se desenvolveu em países específicos, vindo a concluir que “as constituições transversais do Estado são ‘produtos escassos’ da sociedade atual” (Neves, 2009, p. 82).

A propósito, sobre essa temática, tendo como foco o almejado equilíbrio entre os sistemas jurídico e político, Perim e Fabríz (2022) enxergam na Constituição transversal o “vetor de interação estrutural entre os sistemas do direito e da política dentro de cada Estado, de forma a permitir que as suas respectivas lógicas se influenciem sem, contudo, se corromperem” (Perim e Fabríz, 2022, p. 107).

Por tudo isso, o contexto social brasileiro, gravemente afetado por desigualdades abissais e persistentes, torna bastante desafiadora a pretensão de transversalidade entre os sistemas da política e do direito. No cenário de insuficiência da concretização do texto constitucional, em que este não passa de uma peça retórica, o direito deixa de responder às exigências sociais, fazendo com que o acesso aos direitos fundamentais seja privilégio de poucos.

1.4.3 O transconstitucionalismo entre ordens jurídicas: uma nova forma de tratamento dos problemas constitucionais

Conforme amplamente abordado neste trabalho, o conceito de Constituições transversais gira em torno do entrelaçamento entre o direito e a política ou, para quem admite, entre as “constituições civis” e um outro sistema social. Trata-se, portanto, da relação entre sistemas funcionais, de onde a teoria do transconstitucionalismo procura extrair os limites e possibilidades da edificação de uma racionalidade transversal, com ganhos advindos de um aprendizado recíproco. Esse processo implica o intercâmbio de informações entre sistemas que desempenham funções distintas e se reproduzem a partir de códigos binários próprios.

Com base nessa dinâmica, o transconstitucionalismo procura articular formas de relação entre ordens jurídicas diversas. O direito, como sistema funcional da sociedade mundial, contempla várias ordens jurídicas, as quais estão subordinadas ao mesmo código binário lícito/ilícito, embora possuam seus próprios programas. Trata-se de uma pluralidade de ordens jurídicas com elementos, operações, estruturas e procedimentos próprios, os quais geram diferenciação no interior do sistema jurídico. Isso não se limita à segmentação territorial, abarcando, também, os níveis supranacional, internacional e até o transnacional, este último desvinculado do direito estatal (Neves, 2009. p. 115-117).

Essa pluralidade de ordens jurídicas no interior do sistema do direito não vive em isolamento, sendo esperadas “relações de input/output e de interpenetração entre elas”. A relação entre direito internacional público e direito estatal é clássica, realizando-se por meio da ratificação de tratados internacionais; porém, a novidade aqui gira em torno da relativa independência da intermediação política mediante tratados internacionais e legislação estatal, sendo observadas relações formais e informais entre atores governamentais e não governamentais no âmbito do sistema jurídico da sociedade mundial (Neves, 2009, p. 116-117).

Conclui-se, assim, que não só a sociedade mundial é multicêntrica, mas também o seu sistema jurídico, despontando a noção de centro e periferia. Os juízes e tribunais de uma determinada ordem jurídica são o seu centro, constituindo, no entanto, a periferia em relação à outra ordem jurídica. Nesse mecanismo, considera-se qualquer tipo de ordem jurídica com pretensão de autonomia e não apenas as estatais ou internacionais, importando numa relação de observações mútuas, com o desenvolvimento de aprendizados e trocas sem a sobreposição de qualquer delas como *ultima ratio* jurídica (Neves, 2009, p. 117).

Alude-se, então, à ideia de conversação ou diálogo entre cortes, os quais podem se desenvolver em vários níveis; por exemplo, no contexto europeu, entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (internacional) e as cortes nacionais, ou entre essas e o Tribunal de Justiça da União Europeia (supranacional). Mais proximamente da

nossa realidade, têm-se os diálogos diversos entre o STF (ordem nacional) e a Corte IDH (ordem internacional) - relação essa que será melhor esmiuçada no capítulo seguinte, que abordará o transconstitucionalismo interamericano.

De pronto, o autor desmistifica a ideia de cooperação permanente entre as diversas ordens jurídicas, reconhecendo a frequência dos conflitos entre essas perspectivas. Em lapidar artigo, Neves (2014.a, p. 193-194) esclarece que, no âmbito do transconstitucionalismo, ele emprega as expressões “diálogo” e “conversação” não nos termos da filosofia social de Habermas, mas sim como “formas de comunicação orientadas para a absorção do dissenso, pressupondo a dupla contingência”, embora reconheça não ser o emprego usual desses vocábulos.

No que tange ao *locus* do transconstitucionalismo, Neves (2009, p. 118) observa que, embora seja a forma mais comum o desenvolvimento entre tribunais, às vezes, há a incorporação de normas de outra ordem sem a intermediação de diálogos entre tribunais. Isso pode ocorrer no âmbito de relações informais entre legislativo, governos e administrações de diversos países.

O característico do transconstitucionalismo, no entanto, não é apenas a incorporação de normas oriundas de uma outra ordem jurídica, o que é denominado pelo autor como “transnacionalismo jurídico”, mas sim, o impulso à reflexividade. Nesse sentido, “as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia”. Essa dinâmica é incompatível com a ideia de hierarquia entre as ordens jurídicas, sendo esperada “uma certa desconstrução do outro e uma autodesconstrução”, com reintroduções recíprocas de sentido (Neves, 2009, p. 118).

Nesse cenário, ocorre o fenômeno da fertilização constitucional cruzada, que gera uma disponibilidade por parte das cortes para um aprendizado construtivo com outras, vinculando-se às decisões dessas. Ultrapassa-se o plano da mera citação como precedente de outros tribunais para o nível da relevância persuasiva (Neves, 2009, p. 119).

Referentemente às questões que ensejam o transconstitucionalismo, esclarece-se que estão vinculadas às demandas surgidas no seio da sociedade pré-moderna e que impulsionaram o movimento do constitucionalismo, quais sejam: a necessidade de reconhecimento dos direitos fundamentais dos indivíduos e a organização e limitação/controlado do poder estatal. Como já visto, com a intensificação das relações na sociedade mundial, os problemas constitucionais extrapolaram as fronteiras dos estados nacionais, tornando o direito constitucional estatal insuficiente para enfrentá-los (Neves, 2009, p. 121).

Para a teoria do transconstitucionalismo, não é indispensável que uma certa ordem constitucional possua em seu ápice uma Constituição, nem tampouco seja intransigente com o rigor semântico dessa expressão. Assim, Neves (2019) reconhece a possibilidade de realização de relações transconstitucionais entre praticamente toda ordem jurídica com pretensão de autonomia. “O fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas” (Neves, 2019. p. 121).

Não existe a pretensão de que o transconstitucionalismo seja capaz de conduzir a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial, contentando-se com a disponibilidade das ordens jurídicas no sentido do diálogo e da conversação transconstitucional. Na visão do autor da teoria do transconstitucionalismo, este parece que “tem sido a única forma eficaz de dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna” (Neves, 2009, p. 122).

Portanto, o transconstitucionalismo, como mecanismo que concebe entrelaçamentos que servem à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, franqueia-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às dinâmicas das relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial (Neves, 2009, p. 131).

Nesse prisma, Perim e Fabríz (2022) sustentam que a expansão transconstitucional tem como proposta a realização de diálogos com aprendizagem recíproca entre sistemas estatais e não estatais visando à construção coletiva e harmoniosa da solução de conflitos. Tudo isso mediante “a superação dos paradigmas de monismo e hermetismo com vistas a uma abertura pluralista entre diversas ordens jurídicas, seja a partir de instâncias diplomáticas e governamentais, seja a partir dos tribunais constitucionais”. Por esse modelo, “a construção coletiva de sentido dos direitos humanos passa a objetivar-se a partir de noções de responsabilidade mundial e não mais de soberania” (Perim e Fabríz, 2022, p. 112).

Após a estruturação desses aportes teóricos gerais sobre o transconstitucionalismo, Marcelo Neves (2009) aborda especificamente os tipos de relações transconstitucionais entre ordens jurídicas, mencionando seis delas, quais sejam: (i) transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal; (ii) transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito estatal; (iii) transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais; (iv) transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e transnacionais; (v) transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais; (vi) transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito internacional.

Interessa a esta pesquisa, em especial, o transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal e entre ordens jurídicas estatais no âmbito da América Latina. Nesse direcionamento, no próximo capítulo, focar-se-á na relação entre a ordem jurídica brasileira e as ordens jurídicas do sistema interamericano de direitos humanos e de outras ordens estatais, na perspectiva da densificação do sistema de proteção dos direitos humanos.

Além do transconstitucionalismo entre duas ordens jurídicas, Neves (2009) vislumbra a possibilidade de entrelaçamentos de problemas constitucionais entre mais de duas ordens jurídicas, da mesma espécie ou não. Essas situações, segundo o autor, “apontam para um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, no qual ocorre um transconstitucionalismo pluridimensional”, resultante da relevância concomitante de

uma mesma questão constitucional para uma pluralidade de ordens jurídicas (Neves, 2009, p. 235).

De logo, esclarece-se que não se trata de um modelo hierárquico-piramidal entre as ordens jurídicas da sociedade mundial, nem tampouco de divisão de trabalho entre elas, pois isso demandaria um plano de supraordenação. Com a expressão “sistema jurídico mundial de níveis múltiplos”, o autor busca ressaltar uma pluralidade de ordens “cujos tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de autocompreensão e modos de concretização são fortemente diversos e peculiares” (Neves, 2009, p. 236-237), daí decorrendo entrelaçamentos que não permitem que nenhuma delas se arvore na condição de detentora da *ultima ratio* discursiva. Assim, embora haja hierarquia no interior das ordens jurídicas, entre elas, sobressaem as relações heterárquicas.

Nesse último aspecto, e fazendo um contraponto à teoria do transconstitucionalismo, tal como concebida por Neves (2009), cabe anotar que Palma (2017) ainda não vislumbra uma absoluta heterarquia entre as instâncias decisórias que se vinculam a ordens jurídicas não estatais, as quais sofrem, constantemente, pressões políticas, econômicas e sociais advindas dos setores sociais que geram uma corrupção estrutural, subordinando as novas formas jurídicas a uma espécie de autoridade ainda difusa. Isso ocorre porque essas “novas instâncias decisórias foram criadas apenas para processar questões jurídicas com o fim de não comprometer o desempenho do fragmento específico”, de modo que “o direito encontrado nestes fragmentos sociais existe atualmente para satisfazer estas pretensões expansivas” (Palma, 2017, p. 160-161).

Na realidade da sociedade mundial, as questões de direitos fundamentais ou da limitação e controle do poder, bem como da participação dos cidadãos nos procedimentos políticos, que constituem o cerne do constitucionalismo moderno, encontram-se emaranhadas em uma série de pretensões de resolução que partem de ordens jurídicas diversas. Nesse cenário, deve-se evitar o fechamento normativo

de uma ordem em relação às demais que com ela estão implicadas, pois, nesse caso, as pontes de transição estariam bloqueadas (Neves, 2009, p. 237).

Dentro de sua construção teórica, o autor apresenta o conceito de transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, partindo da premissa de que, embora não se possa abandonar o direito constitucional clássico do Estado, vinculado a um determinado texto constitucional, o constitucionalismo expande-se para âmbitos além do estatal, porque os problemas tipicamente constitucionais, com ênfase para os direitos humanos, perpassam ordens jurídicas diversas de forma simultânea, as quais, entrelaçadas, atuam na busca de soluções. Arrisca o autor a dizer que o transconstitucionalismo apresenta-se como o direito constitucional do futuro, o que exige a concepção de uma metodologia específica (Neves, 2009, p. 269).

Nesse ponto, o autor desenvolve a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. Enquanto os primeiros encontram-se positivados e garantidos nas Constituições estatais, os segundos são protegidos internacionalmente, sendo afirmados, inclusive, contra os Estados. Propõe, então, que tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais são expectativas normativas de inclusão de pessoas, sendo praticamente coincidentes os conteúdos, residindo a diferença no âmbito de suas pretensões de validade. Assim, os direitos fundamentais valem “dentro de uma ordem constitucional estatalmente determinada”, enquanto “os direitos humanos pretendem valer para o sistema jurídico mundial de níveis múltiplos”, ou seja, aspiram a inclusão em qualquer ordem que integre a sociedade mundial e não apenas na ordem internacional (Neves, 2009, p. 250-253).

Adverte-se, na esteira da edificação teórica de Marcelo Neves (2009), que o transconstitucionalismo requer uma metodologia própria que tenha como ponto de partida a ideia de reconstrução permanente da identidade constitucional em atenção a uma constante alteridade. Nega-se, aqui, a pueril concepção da convergência total. A identidade de cada ordem jurídica não é negada, mas se requer uma

disponibilidade para uma abertura cognitiva e normativa para outras ordens entrelaçadas em casos concretos.

Como já se aludiu, esse modelo da alteridade sofre limitações diante da postura de algumas ordens jurídicas que não estão disponíveis ao diálogo transconstitucional, fechando-se cognitivamente em torno de seus programas e normas próprios. Em arremate, o autor conclui que, com base na metodologia do transconstitucionalismo, rejeita-se tanto um modelo baseado em hierarquia entre as ordens jurídicas, como também uma constatação fatalista de fragmentação insolúvel do sistema jurídico (Neves, 2009, p. 270-277).

Realizando-se um balanço da sofisticada teoria de Marcelo Neves (2009), pode-se afirmar que o transconstitucionalismo tem uma inegável potencialidade para densificar o sistema de proteção dos direitos humanos na sociedade mundial, na medida em que estimula que as várias ordens jurídicas se entrelacem na busca da melhor solução para o caso, mediante observações recíprocas, idealmente pautadas na alteridade e abertas ao diálogo.

Contudo, como admitido pelo próprio autor da teoria, as “pontes de transição” entre as ordens jurídicas na sociedade mundial ainda encontram sérios bloqueios decorrentes, principalmente, das severas desigualdades econômicas, educacionais e sociais que assolam certos grupos na sociedade mundial. Além disso, o comportamento predatório dos sistemas mais fortes, como a economia e a técnica, acabam por influenciar o sistema político, que, por sua vez, solapa a capacidade de reprodução autônoma do sistema jurídico.

Destaca-se, assim, a pretensão normativa do transconstitucionalismo de servir como contraponto à hegemonia e expansão agressiva dos sistemas acima mencionados, exigindo a redução das exclusões por meio da promoção da inclusão. De fato, para além da corrupção sistêmica, as assimetrias no acesso aos direitos são o maior óbice à realização do transconstitucionalismo.

2 DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E TRANSCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Como vimos no capítulo anterior, uma das premissas da teoria do transconstitucionalismo é a constatação de que os problemas tipicamente constitucionais, com ênfase para os direitos humanos e fundamentais, extrapolaram as fronteiras dos estados nacionais, tornando-se relevantes para outras ordens jurídicas, inclusive de forma concomitante. Isso se soma ao fenômeno do surgimento de novas espécies de ordens jurídicas no contexto do sistema do direito na sociedade mundial.

O modelo transconstitucional pretende contribuir para o enfrentamento dos problemas de direitos humanos e fundamentais por meio do entrelaçamento entre as diversas ordens jurídicas com o escopo de fomentar a construção de uma razão transversal entre elas. Aponta-se, assim, para a necessidade de pontes de transição entre as diversas ordens jurídicas, que passam a interagir em torno das questões de direitos humanos.

Pretende-se, neste trabalho, realizar uma análise sobre o desempenho do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, órgão de cúpula administrativa e responsável pela definição das políticas públicas no Judiciário brasileiro, na concretização do transconstitucionalismo latino-americano e a potencialidade dessa atuação para a densificação do sistema de proteção de direitos humanos no Brasil.

Para esse desiderato, revela-se necessário traçar o itinerário histórico dos direitos humanos e fundamentais de modo a viabilizar uma contextualização sobre a importância e função desses direitos no atual cenário da sociedade mundial.

Nesta parte, portanto, serão abordados o percurso histórico dos direitos humanos, seus fundamentos e perspectivas; os sistemas de proteção, com ênfase para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), o fenômeno do

transconstitucionalismo latino-americano, em especial entre a ordem jurídica brasileira e as ordens jurídicas do SIDH e de outros Estados nacionais.

2.1 INVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA MODERNIDADE: UM CALEIDOSCÓPICO DE SENTIDOS

Ao buscarmos as origens históricas dos direitos humanos e depararmos com o desafio de sua vastidão, somos levados a concluir, com Lynn Hunt (2009), que a trajetória dos direitos humanos se confunde com a própria história da civilização ocidental.

Embora a limitação deste trabalho não permita uma completa reconstrução desta emblemática saga, algumas referências se fazem necessárias. No intuito de conferir um caráter pedagógico a essa abordagem, recorreremos a Ingo Wolfgang Sarlet (2007), que, baseado na classificação empreendida por K. Stern, destaca três etapas: (i) uma pré-história que se desenrola até o século XVI; (ii) uma fase intermediária, caracterizada pela construção da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos inatos do homem; (iii) a fase da constitucionalização, inaugurada em 1776, com as seguidas declarações de direitos dos novos estados americanos (Sarlet, 2007, p. 44). Parte-se, assim, de uma perspectiva ocidental que veio a culminar com o surgimento do Estado constitucional e com a positivação dos direitos humanos fundamentais, tanto nas Constituições dos Estados como nos instrumentos internacionais.

Embora se assuma que a origem dos direitos humanos não está localizada na Antiguidade, não se pode negar que esse período nos legou, por meio da religião e da filosofia, algumas ideias que posteriormente vieram a influenciar a doutrina jusnaturalista e a sua premissa basilar de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é dotado de direitos naturais e inalienáveis (Sarlet, 2007, p. 45).

Apontam-se, assim, as raízes na filosofia clássica, especialmente greco-romana, e no pensamento cristão, dos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e

da igualdade dos homens. Nesse contexto, merece destaque o fato de que a democracia ateniense pressupunha um homem livre e dotado de individualidade. Do Antigo Testamento, por sua vez, herda-se a ideia de que o ser humano é o ponto alto da criação divina, tendo sido concebido à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, foram originadas as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade e perante Deus - neste último caso, apenas para os cristãos (Sarlet, 2007, p. 45).

Na Idade Média europeia, o poder dos governantes não encontrava limites institucionais precisos em razão de ser fundado na vontade divina. Mesmo nesse contexto, surgem os primeiros movimentos pelo reconhecimento de liberdades a certos estamentos, com destaque para a Magna Carta inglesa de 1215, um catálogo de direitos em favor do baronato inglês contra os abusos do Monarca João Sem Terra. De forma embrionária e com caráter elitista, o documento garantia o direito de ir e vir, de ser julgado pelos pares, de acesso à justiça e de proporcionalidade na aplicação da pena (Ramos, 2014, p. 37).

Nesse período, destaca-se o pensamento de São Tomás de Aquino, que, além de partir da premissa da igualdade dos homens perante Deus, defendia a existência de duas ordens distintas, uma formada pelo direito natural e outra pelo direito positivo. Em caso de violação do governante à primeira, estaria justificado o direito de resistência. Além disso, merece registro a concepção tomista sobre o valor da dignidade da pessoa humana, que veio a se incorporar à tradição jusnaturalista (Sarlet, 2007, p. 46).

No século XVI, floresce a doutrina jusnaturalista, em especial, por meio das teorias contratualistas. Em 1651, Thomas Hobbes (2020) defendeu, em sua obra "Leviatã", que o primeiro direito do ser humano consistia no de usar seu próprio poder livremente para preservação de sua vida. Assim, para sobreviver, o homem abdica dessa liberdade inicial no estado de natureza e se submete ao poder do Estado. John Locke (2019), por sua vez, tem peculiar relevância por ter defendido o direito dos indivíduos até contra o Estado, um dos pilares dos direitos humanos e

fundamentais. Para ele, o objetivo do governo é salvaguardar os direitos naturais do homem, existentes desde o estado de natureza, ou seja, a vida, a liberdade e a propriedade.

Jean-Jacques Rousseau (2005), em 1762, com a obra “Do Contrato Social”, sustentou a ideia da vida em sociedade baseada em um contrato (o pacto social) entre homens livres e iguais, que constituem o Estado para cuidar do bem estar da maioria. A sua marca maior para a construção dos direitos humanos foi a ideia de inalienabilidade dos direitos (Ramos, 2014, p. 39-41).

Kant (2007) sustentou, no final do século XVII, a ideia da dignidade intrínseca a todo ser racional, que “não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá”. Para ele, a dignidade humana estaria acima de tudo, não possuindo equivalente (Kant, 2007, p. 77). Essa construção kantiana influenciou o pensamento político, filosófico e jurídico dos direitos humanos.

Nesse itinerário, não se pode deixar de fazer referência às declarações de direitos inglesas do século XVII, a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689, que levaram à progressiva limitação do poder monárquico e à afirmação do Parlamento perante a coroa inglesa. Apesar da importância de tais pactos, Sarlet (2007) anota que não podem ser considerados o marco inicial dos direitos fundamentais, pois, embora cerceassem o poder, não vinculavam o Parlamento (Sarlet, 2007, p. 51).

As revoluções liberais inglesa, americana e francesa e as declarações de direitos que delas resultaram marcaram a primeira afirmação histórica dos direitos humanos. O processo inglês decorreu de uma evolução político-jurídica, conforme já mencionado de forma breve. Porém, a paternidade sobre os direitos fundamentais cabe à Declaração de Direitos do povo da Virgínia de 1776, destacando-se, logo a seguir, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto da revolução que derrubou o antigo regime e deu início à ordem burguesa na França (Sarlet, 2007, p. 51-52).

Segundo Neves (2009), dois problemas foram cruciais para o surgimento da Constituição no sentido moderno: as exigências de direitos fundamentais ou humanos e a necessidade de organização e limitação do poder, vinculando esse movimento ao processo de diferenciação funcional entre política e direito.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, estipulou já no seu introito que “todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que dentre estes estão a Vida, a Liberdade e busca da Felicidade”. Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, enunciou que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ser baseadas na utilidade comum” (Hunt, 2009, p. 219-226).

Ambas as declarações possuem como traço comum a inegável inspiração jusnaturalista, “reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento” (Sarlet, 2007, p. 52). O universalismo aqui presente será o grande mote da futura afirmação dos direitos humanos no século XX por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Os direitos fundamentais dessa fase são o produto clássico do pensamento liberal-burguês do século XVIII, sendo caracterizados como direitos do indivíduo frente ao Estado, marcando uma esfera de autonomia individual em face do poder estatal. Contudo, o impacto da industrialização com os seus graves problemas sociais conduziu à percepção de que a consagração formal de liberdade e igualdade não assegurava a oportunidade de gozo efetivo. Nessa quadra, movimentos reivindicatórios passaram a bradar pelo reconhecimento de direitos ligados à justiça social, cuja nota distintiva é a sua dimensão positiva, de modo a se outorgar ao indivíduo prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc. Esses direitos são reconhecidos, respectivamente, como de primeira e segunda dimensão (Sarlet, 2007, p. 55-57).

Já os chamados direitos de terceira dimensão particularizam-se pelo fato de se descolarem da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se a grupos humanos. São, assim, de titularidade coletiva ou difusa, tais como os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente equilibrado, à conservação do patrimônio histórico, entre outros (Sarlet, 2007, p. 58).

Paulo Bonavides (2010) alude aos direitos de quarta geração, indicando expressamente o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. “Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade” (Bonavides, 2010, p. 571).

Apesar de empregar o vocábulo “geração” para se referir aos direitos fundamentais, Bonavides (2010) aponta para vantagem lógica e qualitativa do termo “dimensão”, pois o primeiro pode induzir apenas à ideia de sucessão cronológica, embutindo a noção equivocada de caducidade dos direitos fundamentais. Em suas palavras,

[...] os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os de terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estrutura, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia (Bonavides, 2010, p. 572).

Como já se aludiu, a universalidade é a marca dos direitos humanos e fundamentais. Agora não mais no sentido abstrato e metafísico contido na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, que tinha um compromisso ideológico muito bem definido. A nova universalidade coloca os direitos fundamentais no mais alto grau de juridicidade, concretude e eficácia. Nas palavras de Bonavides (2010), em referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), “foi tão importante para a nova universalidade dos direitos fundamentais o ano de 1948 quanto o de 1789 o fora para a velha universalidade de inspiração liberal” (Bonavides, 2010, p. 572).

No século XX, como ápice desse processo evolutivo, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia

Geral das Nações Unidas, que foi o símbolo da reconstrução dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial, como se verá em maiores detalhes adiante.

Por fim, nesse ponto, registra-se que este trabalho parte da perspectiva de inexistência de diferenças ontológicas entre as categorias de direitos humanos e direitos fundamentais, até porque, como afirma Melina Girard Fachin (2006, p. 68-70), ambos têm a finalidade comum de proteção efetiva da pessoa humana, convergindo para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha de ideias, Fabríz (2003) sustenta que “os direitos fundamentais e os direitos humanos identificam-se, fundamentalmente, por suas características materiais”, exurgindo como os direitos de maior magnitude para o indivíduo, o que deriva exatamente de sua conexão com a dignidade da pessoa humana e com o sistema democrático (Fabríz, 2003, p. 256).

Tratando-se de trabalho construído a partir do marco teórico do transconstitucionalismo, é preciso consignar, contudo, que o seu autor, Marcelo Neves (2009), propõe que “os direitos humanos sejam definidos primariamente como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto subsistema social”, enquanto os direitos fundamentais pretendem valer dentro de uma ordem constitucional estatalmente determinada. O autor acaba por admitir, assim, que os conteúdos são praticamente coincidentes (Neves, 2009, p. 252-253).

Assim, tendo como premissa a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann (2016), os direitos humanos carregam consigo a ideia de inclusão do indivíduo na sociedade mundial multicêntrica, especificamente em seu sistema jurídico, ao passo que os direitos fundamentais encarnam a pretensão de inclusão em uma determinada ordem jurídica estatal, não havendo diferenças ontológicas entre essas categorias.

Realizada uma modesta abordagem histórica, dediquemo-nos a apresentar algumas visões sobre os fundamentos dos direitos humanos.

Para Joaquín Herrera Flores (2009), os direitos humanos constituem o maior desafio para a humanidade na aurora do século XXI. Essa afirmação parece fazer sentido quando voltamos os nossos olhos aos nefastos atentados contra a humanidade ocorridos no século precedente e que seguem ocorrendo, às vezes por meio de formas reinventadas.

A busca pelo fundamento e a natureza dos direitos humanos tem desafiado os jusfilósofos ao longo dos tempos. Nesse sentido, há quem os considerem como direitos inatos ao homem, vinculados, portanto, à tradição do jusnaturalismo. Destaca-se, ainda, a posição daqueles que somente legitimam sua existência por meio do direito positivo. Outra corrente, por sua vez, define os direitos humanos pela sua historicidade.

Norberto Bobbio (2004), no entanto, alerta para a ilusão do fundamento absoluto dos direitos humanos, que seria algo irresistível, “ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão”. Contra esse engano, o autor levanta quatro óbices: (i) a impossibilidade de uma noção precisa, diante da vagueza da expressão “direitos do homem” e da tautologia de suas diversas definições; (ii) a variabilidade histórica dos direitos dos homens; (iii) a heterogeneidade dos direitos, em especial, pela diversidade de sua eficácia; (iv) a antinomia entre certos direitos fundamentais, como os individuais e os sociais. Na concepção do autor, “o fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras” (Bobbio, 2004, p. 36-42).

De forma assertiva, o autor reconhece que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”, concluindo que não se trata de um problema filosófico, mas sim político (Bobbio, 2004, p. 43).

Flávia Piovesan (2008, p. 109) defende a vertente da historicidade dos direitos humanos, considerando que “estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”.

Por sua vez, a historiadora Lynn Hunt (2009) empreende uma abordagem dos direitos humanos a partir da transformação interior dos indivíduos no contexto histórico das revoluções americana e francesa, por meio do desenvolvimento de sentimentos como empatia e autopreservação corporal. Na visão da autora, as mudanças sociais e políticas que geraram o ambiente favorável ao reconhecimento dos direitos humanos decorreram do compartilhamento de experiências semelhantes entre os indivíduos, as quais foram forjadas a partir de certos hábitos culturais, como a leitura de romances epistolares e a percepção da separação e do autocontrole dos corpos. Segundo a autora, “para que os direitos humanos se tornassem autoevidentes, as pessoas comuns precisaram ter novas compreensões que nasceram de novos tipos de sentimentos” (Hunt, 2009, p. 29).

Nessa linha de ideias, exsurgiria o grande paradoxo dos direitos humanos: só conhecemos o seu significado porque nos afligimos quando são violados. O *sentimento de empatia* surge, exatamente, pela perplexidade gerada pelas suas violações. Apesar de todo o aparato do sistema de proteção dos direitos humanos, com os seus órgãos internacionais, cortes e convenções, entende a autora que estes direitos estariam “muito mais bem defendidos pelos sentimentos, convicções e ações de multidões de indivíduos, que exigem respostas correspondentes ao seu senso íntimo de afronta” (Hunt, 2009, p. 215).

A insuficiência da concepção jusnaturalista dos direitos humanos foi desnudada por Hannah Arendt (1989), evidentemente sob a influência de sua própria trajetória existencial como judia na Alemanha Nazista. Afirma Arendt que a perda dos direitos nacionais, no contexto do regime totalitário comandado por Adolf Hitler, conduziu ao desaparecimento dos direitos humanos, para os quais não foi suficiente a ideia de serem inatos ao ser humano. Nas suas palavras, “o mundo não viu nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano” (Arendt, 1989, p. 333).

Nesse sentido, a autora afirma que o processo de afirmação dos direitos humanos, enquanto criação humana voltada a viabilizar a convivência coletiva, demanda um espaço público cujo acesso pleno se dá por meio da cidadania. Não por outra razão, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, “direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece” (Lafer, 1988, p. 166).

Expoente da perspectiva crítica, Herrera Flores (2009, p. 187) repudia a ideia de um universalismo abstrato e apriorístico dos direitos humanos, admitindo que “o único universalismo que podemos defender desta posição é um universalismo a posteriori, um universalismo de chegada”. Para o autor, “os direitos humanos, mais que direitos ‘propriamente ditos’, são processos”. Significa dizer, são “o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida” (Herrera Flores, 2009, p. 28).

Sem desmerecer a importância da previsão dos direitos humanos nos textos normativos, o autor vai partir de uma visão que privilegia o acesso aos “bens exigíveis para se viver com dignidade”, ou seja, liberdade de expressão e de convicção religiosa, educação, moradia, trabalho, meio ambiente, segurança alimentar, lazer, patrimônio histórico, entre outros. Nessa perspectiva, “os direitos virão depois das lutas pelo acesso aos bens” (Herrera Flores, 2009, p. 28).

Assim, pela teoria crítica, os direitos humanos não podem ser compreendidos de forma desconectada dos contextos sociais, econômicos, políticos e territoriais nos quais se desenvolvem. O essencialismo, que considera que todas as pessoas já detêm, de pronto, os direitos humanos, favorece a passividade, ao invés de fomentar e qualificar a ação (Herrera Flores, 2009, p. 46).

Sánchez Rubio (2022) contribui para essa construção crítica, propondo que a dimensão institucional, estatal, normativa e pós-violatória dos direitos humanos seja

complementada e potencializada pelo “seu caráter instituinte, processual, relacional, pré-violatório e cotidiano”. Afinal, “os direitos humanos fazem-se e desfazem-se diariamente” (Sánchez Rubio, 2022, p. 2).

Aponta-se, assim, a normalização do abismo que existe entre a teoria e a prática dos direitos humanos, que faz com que transitemos pela bipolaridade que nos permite respeitar e reconhecer os direitos humanos em algumas situações, ancorados no seu suposto caráter universal e progressista, e, em outros casos, transigir ou justificar violações, principalmente quando os afetados são grupos considerados socialmente descartáveis (Sánchez Rubio, 2022, p. 18).

Após a exposição dessas perspectivas e retornando a Bobbio (2004), ainda sobre a incontornável questão do fundamento dos direitos humanos, observa-se que

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais, históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (Bobbio, 2004, p. 45).

Caso se queira insistir na questão do fundamento dos direitos humanos, apesar de o maior desafio, como visto, consistir em evitar as suas constantes violações, pode-se recrutar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, para esse desiderato.

Segundo Bobbio (2004, p. 46), a Declaração “representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fechado e, portanto, reconhecido”, correspondendo essa prova ao consenso geral acerca da sua validade.

Percebe-se, pois, que os direitos humanos, enquanto referencial ético mínimo para a convivência humana no planeta, não comportam mais a restrição do fundamento ou perspectiva únicos. Há que se ter em mente que esse grandioso empreendimento humano implica uma pluralidade de pontos de vista e significados.

Como ensina Bobbio (2004), mais importante do que justificar ou fundamentar a existência dos direitos humanos, é protegê-los e evitar as suas violações massivas observadas em diversas partes do mundo. Nesse sentido, sustenta-se uma postura aglutinadora das diversas perspectivas, abarcando tanto uma atuação perante as instâncias formais de proteção dos direitos humanos como em processos de lutas sociais, sob o prisma da teoria crítica.

Em linha de conclusão e dentro da perspectiva de uma teoria que defende um constitucionalismo reflexivo e aberto a outras ordens jurídicas, inclusive as extra-estatais de comunidade nativa, sustentamos, com Fabríz (2003, p. 308), a relatividade dos direitos humanos, “na medida em que devem ser observados de acordo com cada realidade cultural”, pois somente sob esse enfoque esses direitos encontrarão a necessária ressonância.

2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR REFERENCIAL DOS DIREITOS HUMANOS

A dignidade da pessoa humana é um atributo intrínseco e distintivo de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminações infundadas, bem como garante condições materiais mínimas de sobrevivência. Trata-se de qualidade inerente à condição humana, não importando qualquer outro atributo especial, como nacionalidade, opção religiosa, orientação sexual, identidade de gênero, classe social etc. (Ramos, 2014, p. 74).

Cuida-se de categoria jurídica que confere conteúdo ético aos direitos humanos. Esse superprincípio outorga sentido ao edifício dos direitos humanos, tanto no plano interno como internacional, “sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa” (Piovesan, 2004).

Esse princípio fundamental, pedra de toque de todo o edifício jurídico-institucional, orienta a construção de sociedades mais justas e equitativas, servindo como parâmetro para a criação e interpretação de leis, políticas públicas e decisões

judiciais. Em suma, a dignidade da pessoa humana é o norte que guia a luta por um mundo onde todos possam viver com respeito e consideração.

Acerca da natureza jurídica da dignidade da pessoa humana, Luís Roberto Barroso (2012, p. 67) posiciona-se no sentido de que ela não se caracteriza propriamente como um direito constitucional autônomo, mas sim como o “alicerce último de todos os direitos verdadeiramente fundamentais e como fonte de parte do seu conteúdo essencial”.

Nessa linha de ideias, Ramos (2014, p. 74-75) sustenta que “a dignidade humana dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer”. Diferentemente do que ocorre com os direitos especificamente, ela “não trata de um aspecto particular da existência, mas sim de uma qualidade inerente a todo ser humano, sendo um valor que identifica o ser humano como tal”. Trata-se, pois, de um conceito aberto e em permanente processo de construção.

A dignidade da pessoa humana foi o valor que inspirou a reconstrução dos direitos humanos a partir do período pós-guerra, como uma resposta aos horrores perpetrados durante o regime nazista. Se essa era foi marcada pela descartabilidade do ser humano e pela ruptura engendrada pela experiência do totalitarismo, conforme aludido por Arendt (1989), o esforço reconstrutivo dos direitos humanos teve como paradigma a dignidade da pessoa humana, quando então foi incorporada ao discurso político.

Segundo Arendt (1989), o “tudo é possível” do totalitarismo assumiu explicitamente, de forma até então inédita, o rompimento com os valores consagrados da Justiça e do Direito e reivindicados pela Modernidade, passando a considerar os seres humanos como supérfluos e descartáveis. Esse cenário gerou o esfacelamento dos padrões que até então integravam o conjunto da tradição ocidental que tinha na pessoa humana um “valor-fonte” (Lafer, 1988, p. 15).

Contra esse estado de coisas, exsurge, então, o movimento pela internacionalização dos direitos humanos, que tem na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, o seu ponto alto. Nesse momento, introduz-se a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade.

Esse emblemático documento, “ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo dos direitos”. Logo, “o valor da dignidade humana se projeta [...] por todo o sistema internacional de proteção”, de modo que “todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do positivismo jurídico, incorporam o valor da dignidade humana” (Piovesan, 2004, p. 5).

Conclui-se, pois, que, tendo suas origens na ética e na filosofia moral, a dignidade humana é, primeiramente, um valor vinculado à moralidade. Ao longo do século XX, em especial após a Segunda Guerra Mundial, foi assimilada pelo discurso político, tornando-se verdadeira meta política, um fim a ser alcançado. Atualmente, considera-se a dignidade da pessoa humana valor subjacente às democracias constitucionais.

2.3 DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: DUAS FACES DA MESMA MOEDA

Com o recente crescimento do conservadorismo e a ascensão de grupos políticos de extrema direita em várias partes do globo terrestre, tem sido comum o fomento da tensão entre democracia e direitos humanos. Joga-se a democracia contra os direitos humanos, ou, dito de outra forma, as majorias contra as minorias. Trata-se de comportamento que atenta contra os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Essa tensão latente entre direitos humanos e democracia é inerente ao Estado Democrático de Direito. No contexto desse modelo político, Democracia e Direitos Humanos estão relacionados de maneira simbiótica e inquietante. Veja-se, assim,

que, por meio da igualdade política, os direitos humanos permitem a realização de eleições livres, em que o voto de cada eleitor tem igual valor. Lado outro, por força da liberdade de expressão, os direitos humanos garantem um ambiente propício ao debate entre os grupos, fornecendo as bases para a livre formação de opinião política.

A relação entre democracia e direitos humanos, estabelecida reflexivamente, viabiliza a convivência entre minorias e majorias no seio de uma sociedade política. Como os direitos humanos limitam o alcance das decisões da maioria, acabam, por via indireta, contribuindo para que as minorias aceitem as decisões democraticamente aprovadas pelo grupo majoritário em um determinado momento. Poderíamos imaginar uma espécie de mecanismo semelhante ao sistema de freios e contrapesos idealizado por Montesquieu (1996) em “O espírito das leis”, voltado, aqui, ao equilíbrio entre as forças políticas em cada momento, e não entre os poderes.

Essa conexão entre democracia e direitos humanos nos remete à ideia de Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas da política do direito, conforme concebido por Luhmann (2016, p. 631). Ela envolve uma relação de complementariedade e tensão permanentes, bem como o risco sempre presente de rupturas entre o direito e política (Neves, 2009, p. 58).

Nos termos desse acoplamento, ocorre uma legitimação política (democrática) do direito e uma legitimação jurídica (*rule of law*) da política. Essa relação, como já se referiu, não é harmônica, mas sim permeada de paradoxos e tensões. Nesse sentido, direitos humanos sem democracia não encontram garantia de realização, pois, nesse caso, haveria espaço para a exclusão política. Por outro lado, a democracia sem direitos humanos transforma-se em ditadura da maioria (Neves, 2009, p. 57-58).

Nessa senda, destaca-se a lapidar assertiva de Bobbio (2004):

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos (Bobbio, 2004, p. 21).

Em arremate, consigna-se que, em 1997, a União Interparlamentar, reunida na cidade do Cairo, com representantes de 128 países, aprovou a Declaração Universal da Democracia. Ela estabelece padrões de um governo democrático, indicando os elementos que integram a essência da democracia, destacando-se, entre eles, a realização de eleições livres e justas, em intervalos regulares, permitindo que a vontade do povo seja expressa periodicamente, com a garantia dos direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais de seus cidadãos, vindo, assim, a consagrar a relação estreita entre direitos humanos e democracia (Nações Unidas, 1997).

Enfim, “é necessário deixar assentado: não existe democracia sem direitos humanos. Essa é uma árdua construção histórica sobre a qual não cabem revisionismos” (Moreira e Lorenzoni, 2023). Os direitos humanos, como vimos, são o anteparo que impede que a democracia se converta em ditadura da maioria, ao passo que a democracia garante condições de realização e efetivação dos direitos humanos. Ambos são, assim, as duas faces de uma mesma moeda.

2.4 O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Na primeira parte deste capítulo, apontaram-se, em síntese, as principais visões sobre os Direitos Humanos, bem como as bases de sua reconstrução após a Segunda Guerra Mundial sob os influxos do paradigma da dignidade da pessoa humana.

Dessa feita, tratar-se-á do processo de internacionalização dos Direitos Humanos tendo como escopo realizar uma breve contextualização que conduza à abordagem do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos, um dos pontos de interesse do presente trabalho.

Nessa tarefa, parte-se da sistematização realizada por Flávia Piovesan (2008). A referida autora aponta três precedentes históricos da moderna sistemática de proteção internacional dos Direitos Humanos, quais sejam, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho. Para a expansão do âmbito de proteção dos Direitos Humanos, foi necessário redefinir os conceitos de soberania estatal, a fim de viabilizar que a questão dos Direitos Humanos fosse alçada à condição de interesse internacional (Piovesan, 2008, p. 109-111).

O Direito Humanitário pode ser definido como “o componente de direitos humanos da lei da guerra”, aplicando-se na hipótese de conflito bélico declarado com o intuito de fixar limites à atuação do Estado em face de militares postos fora de combate e a populações civis. A Liga das Nações³, por sua vez, reforçou essa ideia, indicando a necessidade de relativizar a soberania dos Estados nacionais. Somando-se a esses dois precedentes, tem-se a Organização Internacional do Trabalho, criada após a Primeira Guerra Mundial, para promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar (Piovesan, 2008, p. 111-114).

Esses três institutos (Direito Humanitário, Liga das Nações e OIT) acabaram por romper com a concepção que situava o Direito Internacional apenas como a lei da comunidade internacional dos Estados, sendo unicamente esses considerados sujeitos do Direito Internacional.

Porém, foi a Segunda Guerra Mundial o divisor de águas decisivo para a consolidação dos Direitos Humanos. Como visto, esse processo desencadeou-se como uma resposta às atrocidades praticadas pelo regime totalitarista de Adolf Hitler. Assim, os Direitos Humanos passam a ser objeto de legítima preocupação internacional, com a criação das Nações Unidas e adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU em 1948.

³ Criada em 1920, por meio da Convenção da Liga das Nações, com a finalidade de promoção da cooperação, paz e segurança internacional.

A Carta das Nações Unidas de 1945 estabelece que os Estados-partes devem promover a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, o que veio a ser definido em 1948 por meio da Declaração Universal. Tendo sido concebida sob a forma de declaração e não de tratado, objetou-se sobre sua força jurídica, o que deu ensejo ao processo de “juridicização” da Declaração. Assim, formularam-se diversos tratados internacionais, a começar, em 1966, com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais passaram a incorporar os dispositivos da Declaração em previsões vinculantes⁴ (Piovesan, 2008, p. 157-158).

Dando um passo à frente, tem-se que, ao lado do sistema global, surgem os sistemas regionais de proteção, cujo escopo é internacionalizar os direitos humanos no plano regional, especialmente na Europa, América e África. Cada um desses sistemas tem o seu próprio aparato jurídico (Piovesan, 2008, p. 239).

Com efeito, em continuidade ao tema aqui proposto, passa-se à abordagem das linhas básicas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), ponto nodal desta pesquisa.

2.5 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS (SIDH)

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) tem como principal instrumento jurídico a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de 1969, sendo integrado por dois órgãos principais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

O instrumento foi assinado em San José, Costa Rica, em 1969 (daí também ser conhecido como Pacto de San José da Costa Rica), entrando em vigor apenas em 1978, após a obtenção do mínimo de 11 ratificações. Somente os Estados membros

⁴ Em razão das limitações do presente trabalho, não se revela viável a abordagem sobre a ampliação do sistema global por meio dos diversos tratados multilaterais, não obstante a importância de tais documentos para a consolidação do sistema internacional dos direitos humanos.

da Organização dos Estados Americanos (OEA) têm o direito de aderir-lo. A Convenção aprofundou a previsão dos direitos enunciados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos Homens, de 1948, vinculando os Estados, visto que a Declaração, assim como a sua congênera universal, não possui força vinculante (Ramos, 2014, p. 249).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) conta com 82 artigos e é mais extensa do que muitos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos. Em relação ao conteúdo, a CADH reconhece e assegura um catálogo de direitos similar ao estipulado no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, prevendo mais de duas dúzias de distintos direitos. Deste repertório, destacam-se o direito à vida, à personalidade jurídica, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo e à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito de liberdade de pensamento e expressão, o direito de resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e à proteção judicial (CIDH, 2024).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) estabeleceu um procedimento de proteção dos direitos com duas fases, sendo uma etapa indispensável perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e uma eventual segunda etapa que acontece frente à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pode receber petições individuais ou interestatais contendo alegações de violações de direitos humanos previstos na CADH. A etapa perante a Comissão é obrigatória para os postulantes individuais, sendo facultativa para os interestatais. Destaca-se que a CADH dispõe que qualquer pessoa e não apenas a vítima pode peticionar perante a Comissão, relatando violação de direitos humanos de terceiros (Ramos, 2014, p. 321).

A competência da Comissão abarca todos os Estados-partes da CADH em relação aos direitos humanos nela previstos, alcançando, também, todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) em relação à Declaração Americana de 1948. A sua principal missão é promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América, cabendo-lhe fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, indicando a adoção de medidas aptas à proteção desses direitos, bem como preparar estudos e relatórios. Também lhe cabe solicitar informações aos governos sobre as medidas por eles adotadas relativamente à efetiva aplicação da CADH e submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (Piovesan, 2008, p. 247).

A Corte IDH, por sua vez, tem competência consultiva e contenciosa. A primeira refere-se à interpretação das disposições da Convenção e de outros tratados relativos à proteção de direitos humanos no âmbito dos Estados americanos, podendo ser solicitada por qualquer membro da OEA, seja parte ou não na Convenção. Já na competência contenciosa para o julgamento dos casos, a legitimidade é limitada aos Estados-partes da Convenção que tenham reconhecido expressamente, nos termos do artigo 62 da CADH, a jurisdição da Corte.

O acionamento da Corte IDH no plano contencioso é restrito apenas à Comissão Interamericana e aos Estados-partes, não havendo previsão de legitimação do indivíduo, nos termos do artigo 61 da CADH. Registra-se que, em 2001, a Corte revisou as suas regras para conferir maior representação às vítimas perante o referido órgão. Assim, ainda que indivíduos e ONGs não tenham acesso direto à Corte, sendo o caso submetido pela Comissão, eles poderão apresentar os seus argumentos, arrazoados e provas perante ela (Piovesan, 2008, p. 258-259).

Atualmente, fazem parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, por meio de sua ratificação, 23 (vinte e três) países: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai. Desse rol, apenas três países não aceitaram a

competência contenciosa da Corte IDH: Dominica, Granada e Jamaica (Corte IDH, 2024).

A Corte IDH tem produzido um conjunto jurisprudencial bastante consistente e diversificado, resultando em uma incidência qualificada no quadro de massiva violação de direitos humanos na América Latina, em especial no cenário sul-americano. As sentenças exaradas pela Corte têm gerado impacto na implementação de políticas públicas estatais em contextos tradicionalmente vulneráveis, na alteração da legislação interna dos Estados-membros e na qualificação da atuação do Poder Judiciário nos julgamentos internos de casos de vulneração dos direitos humanos, contribuindo, assim, para a consolidação de um constitucionalismo regional que leva em conta as peculiaridades locais.

Assim, a título exemplificativo, destaca-se o conhecido conjunto de decisões sobre as leis de anistia, direito à verdade e direito à justiça no marco da justiça de transição sul-americana. Esse conjunto é integrado por casos que tratam da aplicação indevida de leis de anistia, especialmente nos contextos nacionais de conflitos armados e governos militares em que foram praticadas graves violações a direitos humanos, como desaparecimentos forçados, execuções extralegais e torturas (Brasil, 2016).

Registra-se, ainda, o rico repertório das decisões sobre os direitos dos povos indígenas e tribais, as quais garantem de forma específica uma importante gama de prerrogativas a essa população, como o respeito à sua cultura, ao direito consuetudinário, à proteção da propriedade comunal como elemento material e espiritual, à consulta e consentimento livre, prévio e informado sobre projetos de desenvolvimento ou investimento que gerem impacto dentro do seu território, entre outros (Corte IDH, 2022).

Atualmente percebe-se uma clara disposição ao diálogo entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e as ordens jurídicas estatais no âmbito da

América Latina. Essas interações serão melhor analisadas no próximo tópico sob as lentes da teoria do transconstitucionalismo.

2.6 TRANCONSTITUCIONALISMO NO CONTEXTO DA AMÉRICA LATINA: PONTES DE TRANSIÇÃO ENTRE AS ORDENS JURÍDICAS DOS ESTADOS NACIONAIS E DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Conforme já abordado, o transconstitucionalismo é uma teoria que parte da premissa de que, no contexto da sociedade mundial, os problemas tipicamente constitucionais tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica de maneira isolada, propondo um mecanismo de conversações recíprocas entre as ordens jurídicas com possibilidade de aprendizados recíprocos. Por essa perspectiva, sustenta-se uma relação transversal permanente entre as ordens jurídicas em torno de problemas relativos a direitos humanos e organização legítima do poder.

De maneira refletida, o autor da teoria preconiza que o transconstitucionalismo carrega em si uma dimensão positiva e outra negativa. A positiva refere-se exatamente ao desenvolvimento da racionalidade transversal entre as ordens jurídicas e a negativa diz respeito às relações bloqueadoras e destrutivas entre elas. Esse bloqueio pode ocorrer tanto por comportamentos predadores de outros sistemas mais fortes (por exemplo, a economia), como internamente ao sistema jurídico da sociedade mundial, hipótese em que uma determinada ordem jurídica acaba por se sobrepor a outras (Neves, 2009, p. 279).

Por meio desse olhar criterioso, Neves (2014.a) enxerga uma potencialidade relevante para o fenômeno do transconstitucionalismo na América Latina. Essa experiência abarca a relação entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e as ordens constitucionais dos respectivos estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), não se tratando de simples imposição das decisões da Corte aos tribunais constitucionais daqueles. É perceptível, nesse aspecto, que os tribunais constitucionais estão passando a rever

a sua jurisprudência à luz das decisões da Corte IDH, havendo uma disposição ao diálogo sobre questões constitucionais comuns entre essas ordens jurídicas (Neves, 2014.a, p. 194-195).

Nessa senda, em artigo referencial elaborado em 2014, o autor destaca, como exemplo típico de entrelaçamento transconstitucional, o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do RE 466.343/SP, que reconheceu a impossibilidade da prisão civil do depositário infiel, vindo a decidir, por maioria de votos, que os tratados e convenções sobre direitos humanos, quando não aprovados nos termos procedimentais do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, têm uma hierarquia supralegal, mas infraconstitucional (Brasil, 2008).

No referido precedente, o STF adotou uma espécie de “caminho do meio”, que rejeitou tanto a posição da validade interna ilimitada do tratado internacional ratificado (CADH), defendida, entre outros, por Cançado Trindade e Flávia Piovesan, como aquela que vinha predominando até então na Corte, no sentido de que os atos internacionais ratificados têm o nível de validade de uma lei ordinária.

Caso mantivesse a sua posição anterior, “o STF estaria rompendo um ‘diálogo’ constitucional com a Corte IDH em torno de uma compreensão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais”. Todavia, na discussão travada, evidenciou-se ter sido priorizado “o esforço com vista à formação de uma racionalidade transversal, que se mostre suportável para ambas as ordens jurídicas envolvidas” (Neves, 2014.a, p, 195-196).

Nos anos seguintes às observações realizadas pelo autor no referido artigo, nota-se uma evolução nos entrelaçamentos rumo ao fortalecimento do transconstitucionalismo entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Os esforços entre o STF e a Corte IDH para uma aproximação com vistas à incorporação recíproca de entendimentos ficam claros por meio de algumas iniciativas adotadas por tais entes.

Assim, conforme já aludido, registra-se o lançamento, pelo STF, da obra “Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, atualmente em sua segunda edição. Na apresentação da obra, a então Presidente do STF, Ministra Rosa Weber, consignou que “a difusão de conteúdos jurisprudenciais de Cortes Constitucionais e Tribunais regionais de Direitos Humanos é premissa para o fomento da cultura de aplicação dos direitos humanos” (Brasil, 2022).

Da parte da Corte IDH, registra-se iniciativa semelhante, com o lançamento da obra “Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nº 36: Jurisprudência sobre o Brasil”, cujo escopo declarado é promover o conhecimento sobre as sentenças da Corte Interamericana entre as instituições integrantes do sistema de justiça no Brasil. Essa ação ocorreu na esteira de um conjunto maior que abarca a publicação, em idioma português, de cadernos de jurisprudências temáticos, do lançamento da página web da Corte IDH na língua portuguesa e a realização do período de sessões no Brasil, entre 22 a 26 de agosto de 2022 (Corte IDH, 2022).

Novamente em 2024, o Brasil sediou o 167º período ordinário de Sessões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 20 a 29 de maio, que ocorreu em Brasília e Manaus. No mesmo período, foi realizado o seminário internacional sobre “Desafios e impacto da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. A abertura dos trabalhos no STF carrega um simbolismo importante em relação à formação de uma postura de abertura à ordem interamericana (Brasil, 2024).

Se essas iniciativas de aproximação entre as ordens jurídicas, por si só, não implicam, necessariamente, a realização do transconstitucionalismo, fornecem importantes pistas sobre a disponibilidade de ambas as ordens para a sua concretização. De fato, parece que, sem o conhecimento recíproco dos conteúdos jurisprudenciais por ambos os sistemas, não se torna viável o diálogo profícuo entre as ordens jurídicas na perspectiva do transconstitucionalismo.

O transconstitucionalismo requer, antes de qualquer coisa, uma postura de observação entre ordens jurídicas, pois, dessa forma, cada uma delas poderá compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucionar os problemas constitucionais comuns.

Neves (2009) aborda a necessidade de permanente reconstrução da identidade de cada ordem por meio da observação, em uma atitude que leve a sério a alteridade. Essa postura parece-lhe frutífera “porque todo observador tem um limite de visão no ‘ponto cego’, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação”. Mas, se é verdadeiro, “que ‘eu vejo o que não vê’, cabe acrescentar que o ‘ponto cego’ de um observador pode ser visto pelo outro”. Assim, o autor conclui que “o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver” (Neves, 2009, p. 297-298).

Verifica-se, nessa senda, que a iniciativa de ambas as cortes de se darem a conhecer e de se mostrarem interessadas em conhecer uma a outra tem uma significação relevante no contexto ora estudado.

Cria-se, assim, um ambiente propício à efetivação do transconstitucionalismo entre as ordens jurídicas do Brasil ou de outros Estados e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) no contexto da América Latina, região que compartilha especificidades históricas, culturais, sociais e econômicas, possibilitando aprendizados recíprocos e ganhos para o fortalecimento do sistema de proteção dos direitos humanos nesses territórios.

Nessa baila, destaca-se como exemplo privilegiado a construção e compartilhamento do instituto do estado de coisas inconstitucional entre as ordens jurídicas do Brasil e da Colômbia. Em 2015, de maneira inédita, o STF, no julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347, reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, diante do quadro de violação

massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas, cuja superação demanda a adoção de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária (Brasil, 2015).

O precedente em tela mobilizou não só uma relação transconstitucional da ordem jurídica brasileira com a colombiana, da qual se tomou emprestada a técnica de litígio estratégico consistente no estado de coisas inconstitucional, mas também com a própria ordem jurídica do sistema interamericano.

O transconstitucionalismo com a ordem jurídica do sistema interamericano de direitos humanos apresenta-se a partir da própria ementa do acórdão que deferiu a medida cautelar:

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão (Brasil, 2015).

Em relação à teoria colombiana, o transconstitucionalismo evidencia-se em diversas passagens dos votos dos julgadores e também na tese de julgamento de mérito:

Tese: 1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória (Brasil, 2023).

Não se tratou, como já alertara Neves (2014.a, p. 198), de mera referência a textos e jurisprudências estrangeiras, como “expressão de uma ‘retórica’ dos magistrados destinada à prova de erudição, sem qualquer vínculo de relevância argumentativa com o caso sub judice”, mas sim de fundamento integrante da *ratio decidendi*. Veja-se a respeito o seguinte fragmento do voto do relator na Medida Cautelar:

A imposição da realização de audiências de custódia há de ser estendida a todo o Poder Judiciário do país. A medida está prevista nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, já internalizados no Brasil, o que lhes confere hierarquia legal. A providência conduzirá, de início, à redução da superlotação carcerária, além de implicar diminuição considerável dos gastos com a custódia cautelar – o custo médio mensal individual seria, aproximadamente, de R\$ 2.000,00 (Brasil, 2015, p. 38).

Nessa lógica, houve a superação daquilo que o autor caracteriza como “mera ‘retórica bacharelesca’”, alcançando-se o nível de “significativos debates no âmbito de uma ‘conversação’ transconstitucional” (Neves, 2014.a, p. 199). Neste caso, o fundamento da norma convencional foi mobilizado não só pelo relator, mas também pelos vogais, que consideraram a realização de audiência de custódia uma das respostas adequadas ao enfrentamento do estado de coisas inconstitucional, na esteira de diversos precedentes oriundos da Corte IDH.

Destaca-se que “o transconstitucionalismo não se restringe a relações entre duas ordens jurídicas”, podendo abarcar, também, “entrelaçamentos triangulares ou multiangulares entre ordens jurídicas em torno de um mesmo problema constitucional” (Neves, 2014.a, p. 206-207). Esse transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos tem encontrado as mais diversas formas de desenvolvimento na América Latina.

Tem-se, portanto, no caso da ADPF 347, uma hipótese de transconstitucionalismo triangular, que envolveu de forma profícua as ordens jurídicas da Colômbia e do Brasil e também do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), em um modelo que encontra uma potencialidade importante para o enfrentamento dos problemas de violação massiva de direitos humanos e fundamentais no contexto latino-americano.

Outro aspecto digno de nota para o presente estudo é que, não obstante a vigência no Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) desde o ano de 1992, por força de sua ratificação, tornando obrigatória a realização de audiência de custódia nos casos de prisão, conforme dispositivo 7.5, o STF parece ter atuado para a construção de uma racionalidade que se mostrasse suportável para ambas as ordens. Nessa baila, estipulou um prazo de 90 (noventa) dias para a implementação da determinação, lapso necessário para que as instituições brasileiras pudessem se organizar para a nova prática, período em que se manteve intacta a validade das prisões em flagrante delito, não obstante a ausência de realização do ato.

Conforme será melhor detalhado no próximo capítulo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi o grande coordenador institucional desse empreendimento, que consistiu na implantação das audiências de custódia no Brasil. A resolução nº 213 do CNJ, que disciplinou a sua realização no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, foi aprovada 03 (três) meses após o deferimento da Medida Cautelar na APDF 347 (Brasil, 2015).

Com essas observações, considera-se que o chamado transconstitucionalismo latino-americano “revela-se uma especial forma de agir da jurisdição constitucional por propiciar o compartilhamento de técnicas entre os países da região” (Oliveira e Fabriz, 2024, p. 269).

Forçoso, nesse aspecto, resgatar as raízes comuns da América Latina, como um bloco de países que compartilha contextos históricos, políticos, sociais e culturais bastante similares e, ao mesmo tempo, permeados de diversidade e contradições. Desde o modelo de colonização ibérica de exploração, passando pela marca dos regimes ditatoriais, principalmente na porção sul-americana, pelo multiculturalismo e plurinacionalismo, essa região caracteriza-se pelo elevado grau de exclusão e desigualdade social, pela fragilidade democrática, pela cultura de violência e impunidade em relação a determinados grupos e por uma precária tradição de proteção dos direitos humanos.

A América Latina apresenta índices alarmantes de desigualdade social, sendo essa uma indelével marca da região. Para que se tenha uma ideia, segundo o Relatório Panorama Social da América Latina e do Caribe 2023⁵, mais de 180 milhões de pessoas na região não possuem renda suficiente para cobrir suas necessidades, e entre elas, 70 milhões não têm renda para a aquisição de uma cesta básica de alimentos. Lado outro, os 10% de pessoas mais ricas auferem uma renda 21 vezes superior aos 10% mais pobres. Essa concentração se expressa, ainda, na equação

⁵Trata-se de relatório preparado anualmente pela Divisão de Desenvolvimento Social da Comissão Econômica para a América Latina e Caribe da ONU.

que expõe que a riqueza de apenas 105 pessoas representa quase 9% do PIB regional (CEPAL, 2023).

Esse cenário parece um solo fértil para o aprofundamento da experiência transconstitucional e a intensificação do diálogo entre as ordens jurídicas, não só bilaterais, mas triangulares e multiangulares, mediante o envolvimento de diversas ordens em torno de uma mesma questão de direitos humanos, pautada por observações recíprocas com vistas ao fortalecimento do sistema de proteção desses direitos.

Voltando ao precedente oriundo da ADPF 347, Wermuth e Castro (2021, p. 795) consideram que “a técnica do estado de coisas inconstitucional evidencia o transconstitucionalismo”, e, ainda, “a consonância entre os discursos do SIDH e do STF, ao adotar a técnica decisória da CCC, contribui à formação do *Ius Constitutionale Comune* na América Latina”, o qual, vivificado com os novos influxos constitucionais relaciona-se com a pretensão de tornar concretos os direitos humanos, a democracia e o Estado de Direito.

Aqui, cabe uma pequena digressão sobre a origem da técnica do estado de coisas inconstitucional. Neste caso, a Corte Constitucional da Colômbia também realizou uma observação profícua da ordem constitucional dos Estados Unidos, especificamente por meio do precedente firmado no caso *Brown v. Board of Education*.

Esse julgamento, realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1954, ensejou um conjunto de demandas voltadas à dessegregação racial no ensino daquele país, em intervenções que duraram até aproximadamente a década de 1990. Os resultados obtidos nesse caso levaram à utilização dessa técnica de litigância estratégica em outros países, como Canadá, África do sul, Índia, Colômbia, Argentina, Peru e Brasil. Pela absoluta pertinência, mobiliza-se o seguinte excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 635 (Medida Cautelar):

Na Colômbia, a Corte Constitucional promoveu uma releitura própria da doutrina das ações estruturais, adaptando-a ao contexto das graves violações de direitos encontradas em países de desenvolvimento tardio da América Latina. Essa adaptação deu origem ao instituto do estado de coisas inconstitucional, reconhecido pelo STF na ADPF 347, que trata das condições degradantes do sistema penitenciário nacional (Brasil, 2020, p. 175).

Percebe-se, pois, que o próprio instituto do estado de coisas inconstitucional foi concebido pela Corte Constitucional da Colômbia a partir de um mecanismo de conversação transversal, por meio da observação da Corte estadunidense. Embora nesse caso o caminho seja uma via de mão única, diante do “provincialismo enfático da prática e teoria americana” (Neves, 2009, p. XIX), visto que esta ordem não se apresenta aberta ao aprendizado com as demais, não se pode negar que ela segue inspirando outras ordens jurídicas a partir de alguns de seus precedentes paradigmáticos.

Após o julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347, o STF aplicou o instituto do estado de coisas inconstitucional em pelo menos outras duas Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, ADPFs 976 e 635, com destaque para a última, também conhecida como ADPF das Favelas. Nesse precedente, o STF também realizou o transconstitucionalismo triangular entre as ordens jurídicas do Brasil e da Colômbia de maneira entrelaçada com a ordem jurídica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

Na ocasião, o STF fora provocado com a pretensão de reconhecimento e superação das lesões graves a preceitos fundamentais da Constituição praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação de sua política de segurança pública, especialmente no que se refere à excessiva e crescente letalidade policial (Brasil, 2020).

A Corte brasileira considerou como fundamento para seu o pronunciamento a decisão anterior da Corte IDH no caso da Favela Nova Brasília, que já havia reconhecido a existência de omissões relevantes do Estado do Rio de Janeiro no que tange à elaboração de um plano para a redução da letalidade nas operações

policiais, deferindo uma série de pedidos cautelares voltados à racionalização dos métodos das operações policiais na cidade do Rio de Janeiro (entre eles, a restrição do uso de helicópteros). Aqui, também houve a utilização da técnica do estado de coisas inconstitucional, oriunda da Corte Constitucional da Colômbia.

O Relator, Ministro Edson Fachin, adotou postura reflexiva e aberta ao diálogo com o sistema interamericano de direitos humanos, afirmando que “o voto se estriba em precedentes que formam jurisprudência deste Tribunal e, especialmente, da Corte Interamericana de Direitos Humanos” (Brasil, 2020).

Nesse sentido, destacam-se os seguintes excertos extraídos da ementa do acórdão que deferiu a Medida Cautelar:

A utilização da expressão grave violação no âmbito da jurisdição constitucional permite identificar o liame não apenas entre a magnitude da violação, mas também entre suas características, ao se exigir do Tribunal que examine o tema à luz da jurisprudência das organizações internacionais de direitos humanos. A omissão estrutural é a causa de uma violação generalizada, cuja solução demanda uma resposta complexa do Estado, por isso, é necessário demonstrar não apenas a omissão, mas também o nexo. A necessidade de solução complexa pode ser depreendida de decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente se dela for parte o Estado brasileiro.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Favela Nova Brasília, reconheceu que há omissão relevante do Estado do Rio de Janeiro no que tange à elaboração de um plano para a redução da letalidade dos agentes de segurança. Ademais, em decisão datada de 22 de novembro de 2019, em processo de acompanhamento das decisões já tomadas por ela, conforme previsão constante do artigo 69 de seu regimento interno, a Corte fez consignar a mora do Estado brasileiro relativamente à ordem proferida (Brasil, 2020, p. 3).

Recruta-se, também, nesse cenário, o julgamento do caso Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil pela Corte IDH como um exemplo de transconstitucionalismo entre o SIDH e a ordem constitucional brasileira, no bojo do qual houve o estabelecimento de critérios para a aplicação do instituto da imunidade parlamentar, tanto no Brasil quanto em outros estados-partes da CADH. Conforme apontado por Brioschi et al. (2022, p. 13), ao julgar o referido caso, a Corte IDH “explicitamente manifestou-se quanto às normas constitucionais internas brasileiras e estabeleceu critérios para sua interpretação e aplicação”, evidenciando uma autêntica e construtiva interpenetração de ordens jurídicas distintas quanto à questão referente a direitos

humanos, sem caráter hierárquico, mas sim por meio de diálogo para a solução de uma problema constitucional comum.

Na esteira da construção de Neves (2009), neste estudo, sustenta-se a definição de transconstitucionalismo latino-americano como o diálogo entre ordens jurídicas dos estados nacionais e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), com disposição para o aprendizado recíproco, de forma bilateral, triangular ou multiangular. Tal arranjo pode envolver, inclusive, ordem jurídica de comunidade nativa extra-estatal, com vistas ao tratamento de questões tipicamente constitucionais e específicas da América Latina, cuja ênfase está nas violações de direitos humanos e fundamentais.

Essa espécie de transconstitucionalismo requer o modelo de articulação (*engagement model*), ou seja, o paradigma de

[...] entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídico constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos (Neves, 2014.a, p. 207).

As alternativas de absoluta convergência ou resistência não se mostram sustentáveis no cenário do sistema jurídico da sociedade mundial, pois carregam em si elementos que podem conduzir à autodestruição da própria ordem constitucional ou de heterodestruição de outras ordens jurídicas (Neves, 2014.a, p. 207).

Assim, apresenta-se o transconstitucionalismo latino-americano como um mecanismo para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na América Latina. Apesar das limitações já apontadas, ele serve como contraponto ao perigo da desdiferenciação do sistema jurídico na sociedade mundial e ao comportamento predatório dos sistemas sociais considerados mais fortes.

É preciso, contudo, atentar para o risco apontado por Palma (2017) da aplicação do transconstitucionalismo de maneira instrumental e simbólica, hipótese em que “o direito alheio transveste-se de ornamento acaciano das decisões”. Apesar de sua

inegável potencialidade, “o recurso transconstitucional pode servir como símbolo escamoteador de decisão inconsistente e fechada, que busca não processar adequadamente a questão”. Assim, a despeito de seu potencial oxigenador, o transconstitucionalismo corre o risco de ser solapado diante de dinâmicas propícias à corrupção do código jurídico, ao se omitirem fundamentos não jurídicos da decisão (Palma, 2017, p. 156).

O controvertido caso do julgamento da ADPF 153 pelo STF, em especial o voto do Relator, Ministro Eros Grau, representa, segundo Palma (2017), uma hipótese típica de transconstitucionalismo simbólico, em que a jurisprudência de estados latino-americanos a respeito do controle das leis de anistia foi utilizada de forma distorcida e desconsiderando a história jurídica dos referidos países e da América Latina e as decisões emitidas pela Corte IDH sobre o tema (Palma, 2017, p. 157).

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) E TRANSCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UMA RELAÇÃO EM PROL DA DENSIFICAÇÃO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um órgão de fundamental importância para o funcionamento do Poder Judiciário brasileiro. Criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o CNJ tem como principal objetivo aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário, garantindo maior eficiência, transparência e controle na administração da Justiça.

Com efeito, traçaremos a trajetória da reforma do Poder Judiciário que culminou na criação do Conselho Nacional de Justiça e, em seguida, analisaremos o processo de consolidação desse órgão no cenário jurídico brasileiro. Tudo isso para, ao fim, chegar-se ao foco deste estudo: o papel do Conselho Nacional de Justiça na realização do transconstitucionalismo latino-americano.

3.1 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ): ORIGENS E ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Após a Segunda Guerra Mundial, observou-se uma tendência de fortalecimento do Poder Judiciário em países do Ocidente como uma decorrência da ampliação do rol de direitos fundamentais nas Constituições estatais e da ideia de supremacia constitucional. Nesse contexto, o Judiciário deixou de ser o terceiro poder silencioso para se colocar como protagonista na arena política na medida em que passou a ser cada vez mais desafiado a tomar decisões difíceis, cujo alto custo político conduziu os poderes majoritários (executivo e legislativo) a uma espécie de estado de letargia.

No Brasil, embora já se discutisse na doutrina constitucional a necessidade de fortalecimento do Poder Judiciário, na sociedade, esse debate somente despontou na década de 1980. Destaca-se, neste sentido, o Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte, realizado em São Paulo, em 1983, quando foram discutidos os

principais pontos de uma reorganização do sistema de justiça. Deu-se ênfase à independência em relação aos demais poderes do Estado, manutenção das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos de seus membros, ingresso na carreira inicial mediante concurso de provas e títulos, entre outros. Esse conjunto de propostas alinhava-se aos anseios de maior independência e autonomia defendidos pelas associações de juízes (Werner, 2019, p. 108).

Por ocasião do segundo Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte, realizado em 1985, as preocupações já não passavam exatamente pela defesa de maior autonomização do Poder Judiciário, exurgindo a percepção sobre a necessidade de um controle externo sobre seus membros e tribunais (Werner, 2019, p. 108).

Fazendo-se uma contextualização daquele momento em relação ao estado da arte do constitucionalismo no Brasil, é possível afirmar-se que, não obstante a intensificação do fenômeno da globalização observado mundialmente na década de 80 do século passado, por aqui, os teóricos da Constituição ainda a enxergavam sob as lentes dos paradigmas clássicos do Estado-nação, trabalhando com o que Galindo (2006, p. 17-18) denomina arquétipos teóricos constitucionais clássicos.

Esse constitucionalismo ainda se ancorava na noção de Estado surgida na modernidade, a qual, por sua vez, se pautava nos seus quatro elementos constitutivos bem definidos: povo, território, poder político (governo) e soberania. Portanto, nesse momento, a ideia que se tinha de um controle do Poder Judiciário era totalmente voltada para o interior do Estado, ou seja, para a relação entre este Poder e os demais e com a própria sociedade nacional. Não era possível vislumbrar a criação de uma instituição que, encarregada de realizar o controle do Judiciário, lidasse também com a fragmentação do direito na sociedade mundial, algo que só foi possível antever algum tempo depois. Aqui, portanto, não era possível cogitar-se do gênero “constitucionalismo global” e tampouco de uma de suas espécies, o transconstitucionalismo, como modelo de conexão entre esferas funcionais fragmentadas da sociedade mundial.

Uma vez iniciados os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, o então Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Márcio Thomaz Bastos, defendeu, perante a Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, a autonomia financeira e orçamentária dos tribunais, mas atrelou essa autonomia a um controle que, para ele, deveria ser realizado por um órgão próprio com a participação de representantes do Executivo, Legislativo, Ministério Público e OAB (Werner, 2019, p. 109).

Contudo, naquele momento, a proposta de criação de um órgão de controle externo não conseguiu prosperar na fase das comissões temáticas, deixando de ser contemplada no Relatório da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, o que foi interpretado como uma espécie de voto de confiança no Poder Judiciário. O Relator da Subcomissão, Plínio Arruda, explicitou claramente essa manifestação de confiança ao afirmar que:

Com relação ao capítulo do Poder Judiciário, a novidade maior é a seguinte: colocamos nas disposições iniciais, gerais, todas as garantias básicas a que a Justiça tenha autonomia e independência. Colocamos autonomia financeira, autonomia administrativa de uma forma até ousada, por confiar no Poder Judiciário do País. Colocamos todas as garantias constitucionais clássicas, as vedações clássicas. Nisto, aliás, incorporamos quase todas as sugestões recebidas das Associações de Magistrados – as entrevistas que tivemos foram extremamente úteis e, assim, foram incluídas no Relatório praticamente todas as suas sugestões (Brasil, 1987, p. 162).

Após a conclusão dos trabalhos nas comissões temáticas, todavia, e com a evolução do processo constituinte para a Comissão de Sistematização, houve nova tentativa de emplacar o controle externo do Poder Judiciário. Houve defesas consistentes da ideia de um controle externo do Judiciário por meio do então recém nominado Conselho Nacional de Justiça, destacando-se as seguintes manifestações de alguns constituintes:

José Genoíno:
[...] o Conselho Nacional de Justiça é uma possibilidade – eu digo até tímida – de estabelecer certos meios, certos mecanismos, de democratização do Judiciário, porque, Constituinte Gerson Peres, há dois aspectos na questão do Judiciário: se é necessário defender a autonomia, a plenitude das prerrogativas do Judiciário, e todo o apoio para que o Judiciário possa exercer plenamente as suas funções, é necessário também estabelecer mecanismos de controle de fiscalização, porque V. Ex^a sabe que esse problema é sério (Brasil, 1987, p. 735).

Egídio Ferreira Lima:

Não podemos retirar do texto do projeto o Conselho Nacional de Justiça. Se fizermos isto, estaremos isolando o Poder Judiciário. O Poder Legislativo tem o controle normal e histórico da população, das eleições periódicas. O mesmo ocorre com o Executivo. Este é um dos grandes problemas, nesta hora em que se procura precisar a harmonia e a independência dos Poderes. Em outros países, em cuja legislação historicamente nós temos abeberado, se adota com absoluta tranquilidade, o Conselho Nacional da Magistratura (Brasil, 1987, p. 1028).

Nelson Jobim:

...volto a esta tribuna para defender a manutenção do Conselho Nacional de Justiça, que está sendo interpretado como uma intromissão nos poderes inerentes à judicatura. Não é verdade; este Conselho Nacional de Justiça é a contrapartida da judicatura e do Ministério Público à autonomia financeira e administrativa que o texto do eminente Constituinte Bernardo Cabral concedeu a estes dois órgãos (Brasil, 1987, p. 1029).

Evidencia-se, assim, a tentativa de atrelar a ampla autonomia administrativa e financeira reconhecida ao Judiciário à contrapartida de maior controle a ser exercido por um órgão externo. Parafraseando o apóstolo Lucas (12:47), a ideia poderia ser sintetizada na máxima “a quem muito foi dado, muito será exigido” (Bíblia, Novo Testamento, p. 82).

Na fase das deliberações plenárias, a ideia de criação do Conselho Nacional de Justiça novamente foi levada a debate. Por meio do requerimento de destaque Nº D-2.112, os constituintes Fábio Raunhetti e Felipe Mendes apresentaram a proposta de reintrodução do artigo 151 do Projeto da Comissão de Sistematização, com a seguinte redação:

O Conselho Nacional de Justiça é o órgão de controle da atividade administrativa e do desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Parágrafo Único. Lei complementar definirá a organização e funcionamento do Conselho Nacional de Justiça (Brasil, 1988, p. 306-307).

Na referida sessão, o constituinte Nelson Jobim, um dos mais enfáticos defensores da criação do Conselho, sustentou:

O Conselho Nacional de Justiça se impõe, senhores, em contrapartida ao que, nesta Casa, foi dado ao Poder Judiciário, para o exercício de suas funções. O cumprimento dos deveres funcionais e da expedita prestação jurisdicional deve ser exigido. Até hoje, o povo reclama de uma Justiça cara e clama por uma Justiça rápida. Essas deficiências não são devidas aos magistrados, mas, a partir da aprovação do texto desta Constituinte, estará o Poder Judiciário aparelhado para a prestação jurisdicional rápida e expedita (Brasil, 1988, p. 307).

Após efusivos debates, a Assembleia Nacional Constituinte, sob a presidência de Ulysses Guimarães, em 07 de abril de 1988, viria a rejeitar o destaque que reintroduzia o Conselho Nacional de Justiça no texto constitucional, com um placar de 201 votos a favor, 245 votos contra e 02 abstenções (Brasil, 1988, p. 309), situação que permaneceu inalterada até a promulgação do texto final.

É razoável atribuir a rejeição da proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça pela Assembleia Nacional Constituinte à história recente do Brasil, que passara por um longo período de sujeição ao poder militar. Isso parece ter gerado a compreensão de que a criação de um órgão com poderes de fiscalização e alheio ao Poder Judiciário, integrado por membros estranhos aos seus quadros, pudesse gerar certo desconforto. Nas palavras de Schinke (2013, p. 9-10), “dizia-se que queriam fiscalizar a consciência do juiz”.

Schinke (2013) aponta um paradoxo no discurso dos membros do Poder Judiciário, pois, ao mesmo tempo em que defendiam a necessidade de autonomia e independência do Judiciário para a consecução de seus fins (guardião da democracia e dos direitos humanos), mostraram-se contrários a qualquer tipo de fiscalização. Nesse aspecto, atuavam, enfaticamente, para assegurar os interesses próprios da classe (Schinke, 2013, p. 9-10).

Apesar de ter saído do processo constituinte aparentemente derrotada, diante da rejeição da proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça naquele momento, a Ordem dos Advogados do Brasil, na verdade, despontou como instituição legitimada a alavancar as discussões sobre as grandes questões do país. De acordo com Werner (2013), a OAB deixava a Constituinte “com força renovada, a ponto de ganhar um novo status no campo judiciário, com capacidade para reconfigurar suas fronteiras e influenciar as suas posições” (Werner, 2013, p. 130).

Lado outro, a partir do novo marco constitucional, o Judiciário passou a ser impactado por uma gigantesca onda de litigiosidade decorrente da ampliação do rol dos direitos individuais e sociais, da agregação dos direitos fundamentais de terceira

dimensão e da própria ampliação do acesso à justiça. Esse fenômeno ficou evidente, por exemplo, quando o Governo Federal bloqueou ativos financeiros em 1990, levando milhares de pessoas a acionar a Justiça.

Essa vertiginosa busca pelas promessas constitucionais incumpridas não encontrou respostas efetivas em um Poder Judiciário defasado estruturalmente e ainda apegado a práticas burocráticas que não mais se coadunavam com o recém-inaugurado sistema de direitos constitucionais. Como observado por Alves (2016, p. 72), a “gestão do Judiciário, já defasada, entrou em colapso em quase todos os Estados, obrigando os tribunais a aumentarem rapidamente a base, com seguidos e apressados concursos para juízes e serventuários”, profissionais esses que não receberam a adequada formação e ainda tinham como referência a base normativa anterior à Constituição.

Portanto, às críticas sobre o *déficit de accountability* se somou a insatisfação com a falta de eficiência na prestação jurisdicional. A insatisfação sobre a morosidade da Justiça vinha de diversos setores da sociedade (da classe política, dos advogados, dos jurisdicionados, dos empresários etc.), tornando-se praticamente um consenso naquele momento em que a justiça brasileira precisava passar por uma reforma.

Embora as críticas à inoperância e à lentidão do Judiciário não fossem novas, tendo praticamente surgido com a instalação das primeiras Cortes de Justiça no país, fato é que, após a promulgação da Constituição de 1988, estava se formando um consenso em torno da ideia de que as instituições encarregadas de distribuir justiça, “além de incapazes de responder à crescente demanda por justiça, tornaram-se anacrônicas e, pior ainda, refratárias a qualquer modificação” (Sadek, 2004, p. 6).

Nesse contexto, Sadek (2004) aponta as peculiaridades da crise da Justiça no Brasil no período que antecedeu a reforma empreendida pela Emenda Constitucional 45/2004. Elas se concentram, basicamente, em dois pontos:

- 1) a justiça transformou-se em questão percebida como problemática por amplos setores da população, da classe política e dos operadores do Direito, passando a constar da agenda de reformas;
- 2) tem diminuído

consideravelmente o grau de tolerância com a baixa eficiência do sistema judicial e, simultaneamente, aumentado a corrosão no prestígio do Judiciário (Sadek, 2004, p. 6).

Retomando o cenário imediatamente posterior à promulgação da Constituição de 1988, pode-se afirmar que o Poder Judiciário brasileiro atingiu o seu mais alto grau de autonomização, o qual, contudo, veio desacompanhado da contrapartida em termos de controle. Não houve compreensão majoritária naquele momento de que a demanda por mecanismos de fiscalização não visava, necessariamente, a um controle sobre os juízes, mas sim em relação à atuação financeira e administrativa dos Tribunais.

Por isso, pouco tempo depois da promulgação da Constituição de 1988, que acabou contemplando um modelo que prestigiava os interesses de juízes e tribunais, deflagrou-se um movimento consistente voltado à reforma do Poder Judiciário. Este não tinha por escopo atentar contra os ditames da independência e autonomia do Judiciário, mas contrariava o voto de confiança depositado nos magistrados pela Assembleia Nacional Constituinte (Werner, 2019, p. 133).

Assim, em 1992, foi proposta a PEC 96, de autoria do Deputado Hélio Bicudo. Na justificativa, o autor fez consignar duras críticas à Justiça brasileira:

Quase sempre tardia, deixa que esta se embarace na inabilidade e incompetência das partes, e sofre hoje, mais do que nunca, o impacto arbitrário do Poder, representado por seus órgãos de segurança, que não vacilam em usar de prepotência, negligenciando conscientemente todo o elenco dos direitos humanos.

...a Justiça brasileira é cara, morosa e eivada de senões que são obstáculos a que os jurisdicionados recebam a prestação que um estado democrático lhes deve. Tais falhas vieram bem acentuadas em alguns setores; e de maneira mais discreta em outros.

...o Poder Judiciário é, dentre os três Poderes da República, o único infenso à fiscalização. Enquanto o Executivo é fiscalizado pelo Legislativo, este pelo povo e ambos pelo Poder Judiciário, os juízes não se submetem a qualquer modalidade de censura externa (Brasil, 1992).

A PEC 96/1992 foi inicialmente arquivada em 13 de abril de 1995, vindo a ser desarquivada pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 02/08/1995, sofrendo alguns revezes na sua tramitação com seguidos arquivamentos. Por força dos influxos da chamada CPI do Judiciário no Senado Federal, em 1999, o tema voltou à pauta, sendo retomado em 22 de fevereiro de 1999 (Brasil, 1992).

No Senado Federal, a PEC 96/1992 ganhou nova numeração, passando a se transformar na PEC 29/2000. Dessa forma, tramitou até que parte de seu conteúdo se concretizasse na Emenda Constitucional 45/2004 (Brasil, 2000). Esta veio a introduzir, no desenho institucional da Justiça brasileira, o Conselho Nacional de Justiça como órgão do Poder Judiciário.

Nesse longo processo até a aprovação da reforma do Judiciário, não se pode deixar de mencionar a clara interferência do capital internacional e do próprio projeto neoliberal na construção de suas bases. Neste sentido, o Documento Técnico n. 319 do Banco Mundial, denominado “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – elementos para a reforma”, de 1996, pode ser considerado a prova viva de que o movimento reformista foi pautado pelas linhas preconizadas pelo Banco Mundial, braço financeiro do FMI, com o escopo de adequar o Poder Judiciário à prevalência do mercado sobre qualquer outro valor. “Aspirava-se a um Poder Judiciário eficaz e funcional como elemento relevante ao desenvolvimento econômico, para, de forma previsível, garantir os direitos individuais e a propriedade” (Melo Filho, 2003, p. 80).

Inegável, porém, que o referido documento continha diversas observações pertinentes sobre o diagnóstico da Justiça no Brasil, principalmente no que tange à morosidade, falta de previsibilidade das decisões, necessidade de maior transparência e de um órgão uniformizador das políticas judiciárias.

Em palestra apresentada na Reunião do Grupo Ibero-Americano da União Internacional de Magistrados, em 25 de fevereiro de 2000, na Costa Rica, Cláudio Baldino Maciel (2000) alertara que o documento citado, de maneira indisfarçável, veiculava a exigência de um Judiciário homogêneo nos países da América Latina e Caribe moldado pelos interesses dos investidores internacionais. Essa conclusão é reafirmada pelo expresso desinteresse do Banco Mundial em incursionar na área da jurisdição penal, “já que a intervenção nessa área não é considerada como forma produtiva em alcançar os seus objetivos, isto é, gerar o desenvolvimento econômico” (Maciel, 2000).

Como se verá adiante, não obstante a origem da proposta de um controle externo do Poder Judiciário tenha sido fortemente influenciada por interesses do capital internacional, como deixou claro o Documento Técnico 319 do Banco Mundial, a efetiva atuação do Conselho Nacional de Justiça dela se despreendeu, vindo a incidir em contextos de graves violações de direitos humanos e fundamentais, especialmente, no ciclo penal, tanto na porta de entrada quanto na porta de saída do sistema prisional.

Na análise ora empreendida, importante consignar que a ideia de um Conselho Nacional de Justiça não é uma criação brasileira, derivando de experiências semelhantes que foram promovidas em outros países, como Portugal (Conselho Superior da Magistratura – artigo 218 da Constituição lusitana), França (Conselho Superior da Magistratura – artigo 65 da Constituição francesa) e Itália (Conselho Superior da Magistratura – art. 104 da Constituição italiana). O grande diferencial, contudo, reside no fato de que, nesses países da Europa continental, o Judiciário não goza de uma tradição de autonomia, “de modo que os Conselhos da Magistratura vieram com o fito de possibilitar ‘certa libertação’ da função judicante, diferentemente do Brasil, em que o CNJ veio após a libertação já ter sido feita”, ao menos formalmente pela Constituição de 1988 (Lazari, 2017, p. 111).

Verifica-se, pois, que a vocação concebida inicialmente para o Conselho Nacional de Justiça ligava-se à ideia de controle do próprio Poder Judiciário, missão que, como veremos, tem sido satisfatoriamente cumprida. Contudo, é pouco provável que o Constituinte derivado, ao aprovar a EC nº 45/2004, tenha tentado ou sequer imaginado a criação de uma instituição com a feição assumida pelo CNJ, especialmente no aspecto de proteção dos direitos fundamentais e humanos. Esta foi sendo conquistada em um processo de amadurecimento natural e também induzido, dentro do contexto do que André Janjácómo Rosilho (2011, p. 5-6) denomina de experimentalismo institucional. Esse ponto e sua interface com a teoria do transconstitucionalismo serão retomados mais adiante.

Uma vez descortinada, ainda que de maneira breve, o percurso da reforma do Judiciário, que culminou na criação do Conselho Nacional de Justiça, passa-se agora à análise do processo de autoafirmação do referido órgão no cenário judiciário brasileiro.

3.2 O PROCESSO DE AUTOAFIRMAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Como visto, o processo de reforma do Judiciário foi marcado por forte oposição de setores da política e principalmente do próprio Judiciário. Esses embates tiveram início nas discussões da Assembleia Nacional Constituinte, de onde essas forças sagraram-se vencedoras, com a rejeição, naquele momento, da proposta de criação de um órgão encarregado de realizar o controle do Poder Judiciário. Porém, a fagulha da reforma manteve-se acesa e o espírito reformista manifestou-se pouco tempo depois da promulgação da Constituição de 1988, com a apresentação da PEC 96 em 1992.

Conforme constatado, a Constituição brasileira atribuiu substancial independência ao Judiciário, prevendo garantias institucionais (autonomia financeiro-administrativa e autogoverno), garantias funcionais (vitaliciedade, irredutibilidade salarial e inamovibilidade) e proteção à imparcialidade. Contudo, não ofereceu a necessária contrapartida em termos de controle, revelando evidente o *déficit* de *accountability* antes da reforma empreendida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (Tomio; Robl Filho, 2013, p. 29).

Superado esse primeiro ciclo de oposição com a aprovação da Reforma do Judiciário e a consequente criação do Conselho Nacional de Justiça, iniciou-se uma nova fase de embates voltada agora diretamente contra a constitucionalidade do novo órgão integrante do Poder Judiciário.

Ainda antes de sua instalação, a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça como instituição foi questionada pela Associação dos Magistrados Brasileiros

– AMB por meio da ADI 3.367-DF, em uma postura que deixou clara a disposição da Associação de prosseguir na oposição ao órgão. Em 13 de abril de 2005, a ação foi julgada pelo STF, que, por unanimidade, afastou o vício formal de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45/2004 e, no mérito, julgou totalmente improcedente o pedido, reconhecendo a constitucionalidade do Conselho e a inexistência de afronta à separação e independência dos poderes. No essencial da ementa, destaca-se:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. 3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. Os Estados membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça (Brasil, 2005).

Uma vez afirmada a constitucionalidade *lato sensu* do Conselho Nacional de Justiça, a discussão foi deslocada para o alcance de seu poder regulamentar. Nesse sentido, no bojo da ADC nº 12, debateu-se a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça, que passou a vedar a prática de nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Nesse julgamento, o STF reconheceu a competência do CNJ para expedir atos normativos de caráter primário, os quais arrancam seu fundamento de validade diretamente da Constituição. Nessa esteira, destacou o relator:

O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04 (Brasil, 2008).

Em relação ao poder normativo do CNJ, o texto constitucional estabelece apenas que o Conselho pode “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”, conforme previsão contida no artigo 103-B, § 4º, I, da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Evidencia-se, assim, a vagueza do texto constitucional, o qual se limita a prever a função regulamentar do órgão, deixando de apontar expressamente o seu âmbito de incidência ou os seus limites, o que confere maior relevância ao papel do STF nessa seara. Aliás, observa-se uma tendência da Corte Suprema de referendar o poder normativo do CNJ, “permitindo que ele edite normas gerais, abstratas e impessoais e que elas colham seu fundamento diretamente no art. 37 da CF – particularmente em seus princípios” (Rosilho, 2011). Historicamente, o STF tem feito apenas pequenas correções no rumo da atividade normativa do CNJ, coibindo eventuais excessos quando indispensável (Rosilho, 2011).

A doutrina, no entanto, costuma enxergar com reservas o poder regulamentar do Conselho. Nesse sentido é que Streck et al. (2005), ao analisarem o campo de incidência normativa do CNJ e do CNMP, afirmam que “o fato de a EC 45 estabelecer que os Conselhos podem editar atos regulamentares não pode significar que estes tenham carta branca para tais regulamentações”. Defendem, pois, a existência de duas categorias de limitações: uma *stricto sensu*, que veda a expedição de regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que se refere à “impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos” (Streck et al., 2005).

Esse posicionamento restritivo parece não ter encontrado ampla guarida na Corte Suprema. Como se viu, o Conselho Nacional de Justiça tem sido submetido a sucessivas provas e desafios, sendo testado em emblemáticos questionamentos sobre constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Em um primeiro momento, esses questionamentos recaíram sobre o próprio órgão em si, e depois sobre a extensão de suas atribuições, em especial, a normativa. Após cada um

desses testes, o órgão tem emergido cada vez mais fortalecido enquanto instituição de referência não só para o Judiciário, mas para o sistema de Justiça como um todo.

Na sequência dos precedentes que foram moldando a configuração do CNJ, destaca-se a ADI nº 4638, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros contra a Resolução nº 135/2011, que regulamenta o processo administrativo disciplinar (PAD) aplicável aos juizes. Por maioria de votos, os Ministros do STF conheceram parcialmente a ação direta e, na parte conhecida, julgaram improcedentes os pedidos.

Contudo, a medida cautelar já havia sido apreciada pelo Plenário do STF em 08 de fevereiro de 2012, deixando de ratificar integralmente a decisão monocrática proferida pelo Relator, Ministro Marco Aurélio, que suspendia diversos dispositivos do ato normativo impugnado. Em 03 de julho de 2023, foi apreciado o mérito da demanda, destacando-se o seguinte excerto que se retira do acórdão:

Competência do CNJ para o ato e regularidade das previsões. A resolução atacada, ao disciplinar o PAD movido em face de magistrados, encontra-se dentro da atribuição constitucionalmente delineada para o CNJ, de zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais dos juizes (CF/1988, art. 103-B, § 4º, I). Igualmente, suas disposições estão materialmente em consonância com o arcabouço constitucional a respeito da matéria (Brasil, 2023).

Pela importância do precedente, Silveira (2016, p. 16) afirma que o acórdão proferido em fevereiro de 2012, que apreciou a medida cautelar, corresponde à segunda certidão de nascimento do Conselho Nacional de Justiça.

Na ADI 4145-DF, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, em face da Resolução 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina e uniformiza o procedimento de interceptações de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, embora o STF tenha deliberado, por maioria de votos, pela inconstitucionalidade do artigo 13, § 1º, por entender que, neste particular, houve exorbitância, acabou por reafirmar a capacidade do CNJ de expedir atos normativos revestidos dos atributos da generalidade, impessoalidade e abstratividade. Nessa baila, destaca-se:

1. O objeto das ações concentradas na jurisdição constitucional brasileira, além das espécies normativas primárias previstas no art. 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo e autônomo. Ato normativo do Conselho Nacional de Justiça revestido dos atributos da generalidade, impessoalidade e abstratividade, permitindo a análise de sua constitucionalidade. Jurisprudência pacífica desta CORTE (Brasil, 2018).

Nesse percurso de autoafirmação institucional do Conselho Nacional de Justiça, sublinha-se o precedente oriundo do julgamento da ADI 6259. Ajuizada pela Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo em face da Resolução nº 280 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre as diretrizes e parâmetros para o processamento da execução penal, determina, entre outras providências, a tramitação obrigatória de todos os processos de execução pelo Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU. O acórdão foi assim ementado:

Ação direta de inconstitucionalidade. Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 280/19. Diretrizes e parâmetros para o processamento da execução penal nos tribunais brasileiros por intermédio do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) e sua governança. Alterações promovidas pela Resolução CNJ nº 304/19. Perda de objeto. Não verificação. Alegadas violações do princípio federativo, da usurpação da competência concorrente entre a União e os estados para legislar sobre direito penitenciário e procedimentos processuais, da separação dos poderes e dos limites do poder normativo do CNJ. Não ocorrência. Missão constitucional do CNJ de efetuar o controle administrativo dos tribunais do país à luz dos princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Sistema informatizado único. Instrumento de eficiência do Poder Judiciário na gestão da execução penal. Intuito de se superar estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional (ADPF nº 347). Vantagens intrínsecas do sistema que justificam sua adoção. Improcedência. 1. O Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), enquanto sistema unificado de tramitação eletrônica dos processos de execução penal, representa sensível incremento na eficiência de gestão do Poder Judiciário. 2. O SEEU foi concebido de maneira mais ampla, a partir dos parâmetros apontados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347, com o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional, no qual está 'presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas'. 3. As vantagens intrínsecas à utilização de um sistema único – das quais se destacam o exercício dos direitos, a racionalização do trabalho dos órgãos da execução penal e a economia de recursos públicos – bastariam para justificar a adoção do SEEU em todo o país, disponibilizado gratuitamente pelo Conselho Nacional de Justiça. 4. Ação julgada improcedente. (ADI 6259, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 22-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 13-09-2023 PUBLIC 14-09-2023).

Nesse importante precedente, houve uma compreensão majoritária por parte dos Ministros da Corte Suprema no sentido de que a própria criação do CNJ pelo constituinte derivado enseja uma releitura quanto ao grau de extensão das prerrogativas constitucionais da autonomia administrativa e do autogoverno dos tribunais. Estas devem ser compatibilizadas com a existência de um órgão de cúpula do Poder Judiciário, com a missão-dever de zelar pela concretização do princípio da eficiência pelos membros e órgãos deste Poder.

Portanto, mais uma vez, o STF reafirmou a integridade da missão constitucional do Conselho Nacional de Justiça de controle administrativo dos tribunais e de fomento da eficiência do Poder Judiciário, rejeitando a tese de extrapolação de sua competência normativa.

Nesse julgamento, merece realce a análise empreendida pelo Ministro Gilmar Mendes, que parece aproximar o Conselho Nacional de Justiça de sua atual vocação:

Nota-se que o CNJ vem afirmando, em nível nacional, a sua importância institucional ao defender o papel do Judiciário como garantidor de direitos fundamentais, bem como a relevância da cooperação com outras instituições públicas e com a iniciativa privada para a construção de órgãos judiciais mais ajustados às demandas da sociedade (Brasil, 2023, p. 109).

A propósito, quando incursionarmos no próximo item, esse posicionamento será melhor analisado e servirá como ponto de partida para a compreensão do papel do CNJ na concretização do transconstitucionalismo latino-americano no Brasil e os efeitos dele decorrentes para a densificação do sistema de proteção dos direitos humanos em nosso país.

Nesse itinerário, destaca-se, também, o precedente oriundo da ADI 6324-DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face do artigo 11 da Resolução 125/2010, o qual estabelece a facultatividade da presença de advogados e defensores públicos nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Nesse *leading case*, o relator asseverou que o STF tem emprestado interpretação ampliativa ao disposto no artigo 103-B, § 4º, I, da CF/1988

como forma de fortalecimento da atuação do CNJ na gestão eficiente dos órgãos do Poder Judiciário. Dessa feita, concluiu pela improcedência do pedido formulado, no que foi acompanhado pelos demais membros da Corte (Brasil, 2023.a).

Finalizando a análise desse percurso afirmativo do Conselho Nacional de Justiça, cabe trazer à baila a decisão proferida na ADPF 1076-MC, proposta pelo partido político União Brasil em face da Resolução nº 487 do CNJ, editada em 15 de fevereiro de 2023. Esta instituiu a política antimanicomial do Poder Judiciário e estabeleceu procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei nº 10.216/2001 no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança.

Em decisão proferida em 25 de junho de 2024, o relator, Ministro Edson Fachin, indeferiu a liminar pleiteada, legitimando a atuação do Conselho Nacional de Justiça ao disciplinar a política antimanicomial por meio da Resolução 487/2023. Na oportunidade, o ministro reconheceu que o ato normativo impugnado possui sustentação em arcabouço convencional, constitucional, legal e infralegal (Brasil, 2023.b).

Na ADI 7389-DF, de mesmo objeto, o relator também indeferiu a liminar expressando que o Brasil ainda tem um longo passivo no que tange à atualização da sua prática antimanicomial e que a resolução impugnada busca ajustar a estrutura judiciária às diretrizes internacionais (Brasil, 2023.c). A decisão guarda grande relevância porque respalda a atuação normativa do CNJ no contexto de uma política sensível e que gerou certa celeuma no seio da sociedade, especialmente pela atuação de grupos ligados à segurança pública, que se articularam para fomentar um cenário de medo e caos na população.

A trajetória ora discorrida procurou demonstrar o paulatino fortalecimento do Conselho Nacional de Justiça e explorar as suas diversas fases, iniciando pelas discussões na Assembleia Nacional Constituinte, passando pela etapa da sua

criação pelo constituinte derivado e instalação até o atingimento de maioria institucional.

Esse pano de fundo revela-se essencial para a contextualização da atuação do Conselho Nacional de Justiça na concretização do transconstitucionalismo latino-americano que vem a ser o objeto da presente pesquisa.

3.3 AMADURECIMENTO INSTITUCIONAL E ADVENTO DA VOCAÇÃO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Em 14 de junho de 2024, quando essa pesquisa já estava em curso, o Conselho Nacional de Justiça completava 19 anos de atuação. Criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que veiculou a chamada Reforma do Judiciário, antiga e legítima aspiração da sociedade brasileira, ele somente viria a ser instalado quase seis meses depois.

A maioria trouxe em seu bojo um vasto itinerário de superação, crescimento institucional e de descoberta de novas potencialidades. Esse trilhar, iniciado ainda nas discussões da Assembleia Nacional Constituinte, deixou claro que as estruturas do Poder Judiciário não somente eram infensas a qualquer tipo de controle, mas também ostentavam força para bloquear tentativas nesse sentido.

Os reclamos da sociedade por eficiência e transparência foram ouvidos pelo constituinte derivado, o que não isentou o órgão de percorrer um árduo caminho rumo à afirmação institucional. É inegável que o Conselho Nacional de Justiça não só encontrou o seu lugar no Judiciário como conseguiu mudar a face desse poder.

Até então constituído por “ilhas”, o Judiciário brasileiro encontrou no CNJ a marca da unidade, da transparência e da busca pela eficiência, orientadas para a consecução dos valores da justiça e da paz social. Embora a Justiça brasileira ainda se veja desafiada diuturnamente por reclamos legítimos da sociedade, fato é que o cenário atual difere sobremaneira daquele que precedia a instalação do órgão.

Rememore-se que, diferentemente de seus congêneres em outros países, a instituição do Conselho, no Brasil, não decorreu dos anseios da magistratura por maior autonomia e independência e nem para obstar a ingerência de outros poderes no Judiciário. Ela se deu “como forma de integração e coordenação dos diversos órgãos jurisdicionais nacionais, por meio de uma instituição central com atribuições de controle e fiscalização”, com foco nos aspectos administrativo, financeiro e correicional (Mendes, 2012).

Isso porque, conforme abordado, o Judiciário brasileiro já contava com elevado grau de autonomização e independência, realidade decorrente do desenho institucional brasileiro que o alçou à condição de Poder. Assim, diferentemente da França, onde o Judiciário não é considerado um Poder de Estado, mas apenas uma função, o Conselho tem atribuições distintas, mais voltadas a evitar interferências externas na atuação judicial.

Analisando a história do Conselho por ocasião da celebração dos 18 anos do órgão, a então Presidente da instituição e do STF, Ministra Rosa Weber, afirmou que aquela se sustenta em três sólidos pilares: transparência, eficiência e responsabilidade social. Destacou, ainda, que, “para além do poder-dever conferido ao CNJ – tanto de controle quanto disciplinar – a instituição tem oportunizado diálogos sobre os mais variados temas”, tanto com órgãos governamentais como não governamentais, no escopo de facilitar o acesso e dar transparência aos atos emanados do Judiciário (Brasil, 2023).

O Ministro Luiz Fux, Presidente do STF e do Conselho na gestão 2020-2022, concluiu que “com o passar do tempo, o CNJ centralizou sua atenção em temáticas que mais diretamente gravitam em torno da tutela de direitos fundamentais”, ampliando, com o amadurecimento institucional, a sua área de atuação e construindo uma aproximação salutar entre o Poder Judiciário e a sociedade (Brasil, 2023).

Essa vocação de proteção dos direitos fundamentais também foi destacada pelo Ministro Gilmar Mendes no bojo do julgamento da ADI 6259-DF, em que se debatia a institucionalização do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU como sistema único para todos os tribunais brasileiros. Na sua percepção

O CNJ vem afirmando, em nível nacional, a sua importância institucional ao defender o papel do Judiciário como garantidor de direitos fundamentais, bem como a relevância da cooperação com outras instituições públicas e com a iniciativa privada para a construção de órgãos judiciais mais ajustados às demandas da sociedade (Brasil, 2023).

Pode-se afirmar, com Rosilho (2011), que o CNJ se transformou em uma espécie de laboratório de soluções institucionais, por meio da verificação de quais delas produzem efeitos positivos ou negativos, “calibrando-as na medida em que aperfeiçoa o diagnóstico sobre a origem dos problemas organizacionais do Poder Judiciário” (Rosilho, 2011).

Nessa linha de ideias, conclui o autor que possivelmente o CNJ seja uma “instituição que, por meio de práticas experimentalistas – em que se aplica o método da tentativa e erro”, esteja demonstrando capacidade de melhor compreensão sobre as engrenagens da Justiça brasileira e, com isso, firmando-se como instituição talhada a conferir respostas mais eficazes aos seus entraves institucionais (Rosilho, 2011).

A incidência do CNJ nos campos da função correicional, de planejamento e gestão foi sendo desenvolvida como uma decorrência de sua vocação natural, diante da atribuição que lhe foi conferida pelo constituinte derivado de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Nesse sentido, são conhecidas as ações do órgão em relação ao aperfeiçoamento da gestão judiciária, incluindo o estabelecimento de metas para todos os segmentos do Judiciário, com o escopo de fomentar uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente. Além disso, merece destaque a atuação do CNJ na esfera disciplinar, seara em que se desenvolveu um sofisticado sistema para a apuração de reclamações e denúncias contra magistrados, tribunais, unidades judiciais, serventias extrajudiciais, regulado pelo Regimento Interno do órgão e por diversos normativos específicos.

Embora sem a intenção de maiores aprofundamentos, que extrapolariam os objetivos desta pesquisa, pode-se ressaltar, como atuações marcantes do Conselho Nacional de Justiça no campo ora abordado, a instituição de modelo de processo eletrônico com padrões mínimos para os tribunais, a construção da estratégia nacional do poder judiciário⁶, o estabelecimento do Código de Ética da Magistratura Nacional como instrumento para o incremento da confiança da sociedade na autoridade moral dos juízes, o estabelecimento de regras gerais para os concursos de ingresso na magistratura⁷, entre outras.

A trajetória de autoafirmação institucional do Conselho Nacional de Justiça não só consolidou as atribuições decorrentes de sua vocação natural, essas mais voltadas ao controle da atividade administrativa e financeira dos tribunais e à fiscalização sobre o cumprimento dos deveres da magistratura, mas também abriu espaço para que o órgão assumisse outros papéis extremamente relevantes, tomando parte na construção de soluções para graves problemas nacionais, em especial no campo da promoção e defesa dos direitos fundamentais.

Nesse âmbito, o CNJ assumiu um inegável papel de articulação e integração com outras instituições, que, embora não integrantes do Poder Judiciário, exercem funções imprescindíveis ao efetivo funcionamento do sistema de justiça, como o Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, órgãos integrantes da administração penitenciária, Defensoria Pública etc. (Mendes, 2016, p. 22).

Nesse ponto, realizando uma aproximação com o nosso objeto de pesquisa, passaremos a analisar a atuação do Conselho Nacional de Justiça na concretização do transconstitucionalismo latino-americano, conforme delimitado no capítulo

⁶ A atual Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o sexênio 2021-2026, aplicável aos tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal e aos Conselhos Nacionais de Justiça, foi instituída pela Resolução nº 325, de 29/06/2020.

⁷ A disciplina sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional encontra-se prevista na Resolução nº 75, de 12/05/2009.

anterior deste trabalho, com vistas a aferir a potencialidade dessa performance para a densificação do sistema de proteção de direitos humanos no Brasil.

3.4 O CNJ E O TRANSCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Conforme já abordado no capítulo anterior, partindo-se da construção de Neves (2009), sustenta-se, neste trabalho, a definição de transconstitucionalismo latino-americano como o diálogo entre ordens jurídicas dos estados nacionais da América Latina e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), com disposição para o aprendizado recíproco, de forma bilateral, triangular ou multiangular. Tudo isso com vistas ao tratamento de questões tipicamente constitucionais e específicas dessa região, com ênfase para as violações de direitos humanos e fundamentais.

Dentro de uma perspectiva luhmmaniana, observa-se o fenômeno da fragmentação da vida, por meio do que se alude à diferenciação funcional da sociedade, que estaria se dividindo em diversos setores organizados, com interesses e lógica próprios. No plano jurídico, o termo fragmentação serve para designar “a falta de unidade do direito na sociedade mundial do presente”. A opção teórica que nega essa fragmentação leva, necessariamente, à utopia constitucional; de outro lado, aquela que se limita a constatá-la, sem nada propor, equivale a um realismo exacerbado (Neves, 2009, p. 286-287).

O grande desafio, portanto, sobre o qual se debruça a teoria do transconstitucionalismo é “como integrar esses fragmentos em uma ‘ordem diferenciada de comunicação’”. Em outras palavras “como se podem construir relações de interdependência entre os fragmentos?” Como resposta, apresenta-se um “modelo estrutural de conexão funcional entre esferas funcionais fragmentadas da sociedade mundial” (Neves, 2009, p. 287-288).

Já se aludiu à potencialidade relevante para o fenômeno do transconstitucionalismo na América Latina, o qual tem se desenvolvido por meio da relação entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e as ordens constitucionais dos

respectivos Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Como visto, não se trata de mera imposição das decisões da Corte aos tribunais constitucionais dos Estados. Nesse sentido, observa-se que as Cortes constitucionais estão revendo a sua jurisprudência à luz das decisões da Corte IDH, exurgindo uma disposição ao diálogo sobre questões constitucionais comuns entre essas ordens jurídicas. Sob esse enfoque, indaga-se como o Conselho Nacional de Justiça pode ser um ator paradigmático no contexto da concretização do transconstitucionalismo interamericano no Brasil.

Conforme já explanado, o Conselho Nacional de Justiça, em seu itinerário de afirmação institucional, percorreu diversas fases. Até alcançar o estado de maturidade como instituição, enfrentou questionamentos sobre a constitucionalidade de sua própria existência, passando por testes sobre o alcance de seu poder normativo. Com a maturidade, despontou a sua vocação de liderança no sistema de justiça, passando a ser reconhecido como ator diferencial pelas demais instituições que o integram.

No que se refere ao transconstitucionalismo latino-americano, o Conselho Nacional de Justiça assumiu um papel de relevo, atuando em várias frentes para concretizar os entrelaçamentos entre as ordens jurídicas do Estado brasileiro e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) na busca de soluções para os problemas tipicamente constitucionais, com ênfase para o enfrentamento a violações de direitos humanos e fundamentais.

A ação do Conselho Nacional de Justiça nessa seara foi notada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que destacou, no relatório sobre mecanismos nacionais de implementação de recomendações em direitos humanos, a criação do Observatório de Direitos Humanos. Este apoia iniciativas de promover a efetividade dos direitos humanos no Poder Judiciário, mediante a formulação de políticas, projetos e diretrizes nesse sentido, articulando instituições nacionais e internacionais que trabalham (CIDH, 2023).

Neste aspecto, ressalta-se que, ao contrário do que possa parecer, “os problemas transconstitucionais emergem e são enfrentados fora das instâncias jurídicas de natureza judiciária”, no espaço do plano jurídico da administração, do governo, do legislativo e de outros organismos e atores públicos e privados (Neves, 2014.a, p. 194). Essa observação do autor é relevante, porque, apesar de integrar o Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça não é uma instância de natureza tipicamente judiciária, possuindo competências administrativas.

Nessa toada, Torelly (2017), partindo dos aportes do transconstitucionalismo de Neves (2009), procura alargar a discussão sobre o “diálogo entre cortes”, proposto por autores como Slaughter, para um debate sobre “um diálogo transconstitucional que ocorre com um amplo conjunto de atores institucionais tanto nos sistemas jurídicos nacionais, quanto internacionais” (Torelly, 2017, p. 66-69).

Registra-se que Neves (2009), autor da teoria do transconstitucionalismo, teve a oportunidade de realizar uma réplica do artigo de Torelly (2017), por ocasião de seus comentários na obra “Fugas e Variações Sobre o Transconstitucionalismo”. Nessa esteira, concluiu que:

O texto de Torelly parece-me relevante por enfatizar o desdobramento do transconstitucionalismo além das cortes, envolvendo o Ministério Público, os poderes legislativo e executivo, órgãos políticos internacionais e, principalmente, setores organizados da sociedade civil, inclusive entidades representativas de advogados (Neves, 2017, p. 204).

Na obra referencial de sua teoria, Neves (2009) também admite que “em outros níveis do sistema jurídico, há aprendizados e intercâmbios permanentes”, citando como exemplo aqueles que ocorrem na relação informal entre legislativo, governos e administrações de diversos países, embora reconheça que “a forma mais relevante de transversalidade entre ordens jurídicas é a que perpassa os juízes e tribunais, seja interjudicialmente ou não” (Neves, 2009, p. 118).

Importante consignar que, muito embora sejam aferíveis os elementos que situam o Conselho Nacional de Justiça como um ator diferencial no contexto do transconstitucionalismo no Brasil, conforme desenvolvido no presente trabalho, essa

relação não tem sido abordada pelos pesquisadores de maneira geral. Nessa baila, podemos constatar que são praticamente inexistentes as pesquisas que se propõem a analisar a atuação do CNJ à luz da teoria do transconstitucionalismo ou de outra teoria integrante do espectro do chamado “constitucionalismo global”. Esse aspecto foi crucial para a escolha de nosso objeto de pesquisa, fazendo-o recair exatamente sobre o papel paradigmático que o CNJ vem desenvolvendo nesse campo.

Firmada, pois, essa premissa, e alargados os horizontes do fenômeno para além do mero diálogo entre cortes, é de se consignar que essa atuação abrangente do Conselho Nacional de Justiça no âmbito do transconstitucionalismo latino-americano necessita ser sistematizada para possibilitar uma abordagem mais qualificada, evidenciando a carência de elaboração de uma classificação.

De fato, é inegável o valor das classificações para a ciência jurídica, pois permitem uma melhor compreensão dos fenômenos jurídicos, qualificando a sua análise. Nesse sentido, Carrió (1986, p. 99), assevera que

As classificações não são verdadeiras nem falsas, são úteis ou inúteis: suas vantagens ou desvantagens são superdimensionadas pelo interesse que guia aquele que as formula e por sua fecundidade em apresentar um campo de conhecimento de forma mais facilmente compreensível ou mais rica em consequências práticas desejáveis (tradução livre⁸).

Exatamente por isso, descarta-se qualquer caráter de irrefutabilidade na classificação ora empreendida neste estudo, pois, na esteira do preconizado por Hospers (1976, p. 67),

As características comuns que tomamos como critério para o uso de uma palavra geral são uma questão de conveniência. Nossas classificações dependem de nossos interesses e de nossa necessidade de reconhecer as semelhanças e diferenças entre as coisas (tradução livre⁹).

Nessa linha de ideias, Carrazza (1997, p. 305) entende que “as classificações objetivam acentuar as semelhanças e dessemelhanças em diversos seres, de modo

⁸ No original: “Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles: Sus ventajas o desventajas están supertidatas al interés que guía a quien las formula, y a sua fecundidade para presentar un campo de conocimiento de uma manera más fácilmente comprensible o más rica em consecuencias prácticas deseables”.

⁹ “Las características comunes que tomamos como critério para el uso de una palabra general son asunto de conveniência. Nuestras clasificaciones dependem de nuestros intereses y nuestra necesidad de reconocer las similitudes y diferencias que hay entre las cosas”.

a facilitar a compreensão do assunto que estiver sendo examinado”. Em seguida, arremata: “Isto nos leva a concluir que as classificações não estão no mundo fenomênico (no mundo real), mas na mente do homem (agente classificador)” (Carrazza, 1997, p. 305).

Portanto, na esteira do pensamento de Carrió (1986, p. 99), há que se ter em mente que sempre existirão múltiplas maneiras de agrupar ou classificar um campo de relações ou fenômenos e o critério para se decidir por uma delas fundamenta-se em considerações de conveniência científica, didática ou prática.

Com base nessas premissas, na presente pesquisa, propõe-se uma classificação¹⁰ das funções do Conselho Nacional de Justiça no campo do transconstitucionalismo no Brasil em quatro espécies, as quais serão esmiuçadas na sequência. São elas: normativa, fomento, monitoramento e coordenação institucional¹¹.

3.4.1 Função normativa

A Constituição Federal estabelece as competências do Conselho Nacional de Justiça no parágrafo 4º do artigo 103-B, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2024. Nesse sentido, prevê que “compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, cabendo-lhe, expressamente, a atribuição de zelar pela “autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências” (Brasil, 1988).

¹⁰ Trata-se de classificação até então inédita no Brasil, tendo sido idealizada pela autora no curso da presente pesquisa.

¹¹ Evidentemente que não se pretende imprimir à classificação ora empreendida o caráter de taxatividade, sendo possível que se vislumbrem outras funções nessa atuação do Conselho Nacional de Justiça no âmbito do transconstitucionalismo latino-americano. Além disso, não se pode descartar a possibilidade de uma mesma ação do órgão encarnar mais de uma função, como se verifica, por exemplo, com a Recomendação nº 123/2022, que materializa as funções normativa e de fomento.

Conforme já descortinado, em seus 19 anos de existência, o Conselho Nacional de Justiça passou por diversos “testes”, notadamente em relação ao alcance de seu poder normativo. Assim, vários foram os questionamentos sobre eventual exorbitância dos limites preconizados na Carta Constitucional.

No entanto, a evolução da jurisprudência do STF permite que se observe uma tendência da Corte Suprema de referendar o poder normativo do CNJ, respaldando a edição de normas gerais, abstratas e impessoais que colham o seu fundamento de validade diretamente da Constituição, dos pactos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em especial, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), bem como da jurisprudência da Corte IDH.

Com efeito, o STF, no bojo da ADI 5240, em que a Associação dos Delegados de Polícia Civil do Brasil – ADEPOL arguiu a inconstitucionalidade da totalidade dos dispositivos do Provimento Conjunto 03/2015, da Presidência do Tribunal e da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que disciplinou as audiências de custódia no âmbito daquele tribunal, rejeitou a tese de inconstitucionalidade decorrente da alegação de violação da reserva de lei, por considerar que o ato impugnado extraiu o seu fundamento diretamente da Convenção Americana de Direitos Humanos (Brasil, 2015).

Ainda que neste caso o ato impugnado não tenha sido emanado do próprio Conselho Nacional de Justiça, mas sim de Tribunal de Justiça, o precedente em tela serviu, posteriormente, como fundamento para que o órgão aprovasse a Resolução nº 213, que disciplinou a realização das audiências de custódia no Judiciário brasileiro, como se verá de forma mais detalhada adiante. Também serviu como paradigma para outros precedentes, em que se questionava a extensão e limites do poder normativo do CNJ, oportunidade em que o STF considerou válida a busca de fundamento diretamente nas normas convencionais.

Sobre o posicionamento da Corte Suprema em relação aos limites da atuação normativa do Conselho Nacional de Justiça, o Ministro Luis Roberto Barroso, relator

da ADI 6324, reconheceu que “o STF tem emprestado interpretação ampliativa a esse dispositivo, de modo a fortalecer a atuação do CNJ na gestão eficiente dos órgãos do Poder Judiciário” (Brasil, 2023.a).

O Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça¹² estabelece no artigo 102 que “o Plenário poderá, por maioria absoluta, editar atos normativos, mediante Resoluções, Instruções ou Enunciados Administrativos e, ainda, Recomendações”. Quanto aos efeitos, o parágrafo 5º do referido dispositivo preconiza que as resoluções terão força vinculante, após a sua publicação no Diário da Justiça e no sítio eletrônico do CNJ (Brasil, 2009).

Firmadas essas premissas sobre o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça, cabe agora examiná-lo sob as lentes do transconstitucionalismo, enquanto modelo que procura articular formas de relação entre ordens jurídicas diversas.

Como visto, a multiplicidade de ordens jurídicas no interior do sistema do direito na sociedade mundial não implica isolamento, observando-se “relações de input/output e de interpenetração entre elas”. Esse fenômeno importa relações de observação mútua no bojo das quais se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que haja a definição de supremacia de uma ordem sobre a outra como uma espécie de *ultima ratio* (Neves, 2009, p. 116-117). No cenário da produção normativa do Conselho Nacional de Justiça, observa-se uma profícua atividade de conversação ou diálogo entre os sistemas interno e o interamericano de direitos humanos, conforme se verá em exemplos concretos.

Em algumas situações, o CNJ produz a normatização buscando o fundamento diretamente em normas ou decisões oriundas do SIDH, entrelaçando-as com dispositivos do direito interno em uma perspectiva heterárquica, realizando pontualmente o transconstitucionalismo. Em outros casos, a atuação normativa do

¹² O Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça encontra-se materializado na Resolução nº 67, de 03 de março de 2009, alterada por outras resoluções e emendas regimentais.

CNJ consiste em concretizar o transconstitucionalismo realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Como exemplo da primeira hipótese, temos a Resolução nº 487, de 15/02/2023, que institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança. Entre os considerandos que conferem embasamento à normativa, destacam-se as referências às Convenções Internacionais sobre Direitos da Pessoa com Deficiência e contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Especificamente em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sublinha-se a referência ao Ponto Resolutivo 8 da sentença da Corte IDH proferida no Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, que estabeleceu princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria.

Portanto, aqui, o Conselho Nacional de Justiça, ao produzir a norma, o faz diretamente na perspectiva do transconstitucionalismo, gerando uma razão transversal que leva em consideração elementos das ordens jurídicas do Estado brasileiro e do SIDH de forma entrelaçada.

Nesse prisma, observa-se a necessária disposição do Conselho Nacional de Justiça de promover a “revisão de paradigmas constitucionais, viabilizando uma ‘conversação’ transconstitucional mais sólida com ordens jurídicas entrelaçadas em torno de problemas no sistema jurídico mundial multicêntrico”, sem que isso possa significar “arroubos ou bravatas internacionalistas” em desfavor da ordem constitucional brasileira, “mas sim a afirmação dessa ordem como parceira na construção de uma transconstitucionalismo multiangular” (Neves, 2014.a, p. 210).

Como exemplo da segunda hipótese – quando o CNJ concretiza o transconstitucionalismo realizado pelo Supremo Tribunal Federal – temos o caso da Resolução nº 213, de 15/12/2015, que disciplina, no âmbito do Poder Judiciário, a realização da audiência de custódia. Nesse ato normativo, o CNJ buscou fundamento, entre outros, nos precedentes oriundos do STF na ADPF 347 e na ADI

5240, nos quais foi realizada evidente conversação no plano reflexivo entre as ordens jurídicas na perspectiva transconstitucional.

Estabelecido esse panorama, passaremos a explorar alguns exemplos privilegiados, sem a pretensão de esgotá-los, de normatizações oriundas do Conselho Nacional de Justiça que realizam diretamente ou concretizam uma relação de tranconstitucionalismo entre o sistema interno e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

3.4.1.1 Resolução CNJ 213, de 15 de dezembro de 2015

Como visto, a Resolução nº 213 é um exemplo de atuação normativa do CNJ que concretiza a realização de tranconstitucionalismo, no plano jurídico, pelo STF. Na elaboração dessa espécie normativa, o Conselho embasou-se no julgamento da Medida Cautelar 347, que, reconhecendo o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, emitiu uma série de comandos. Entre eles, está a realização, por juízes e tribunais brasileiros, de audiência de custódia, no prazo de 90 (noventa) dias.

Assim, no dia 15 de dezembro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça inovou a ordem jurídica brasileira, exarando o primeiro ato normativo de caráter nacional que disciplina a realização das audiências de custódia no âmbito do Poder Judiciário. Isso após 23 anos de ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), a qual prevê, no artigo 7º, item 5, o direito de toda pessoa detida ou retida ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais a fim de que a sua prisão seja reavaliada (Brasil, 1992).

Os considerandos da referida resolução indicam a realização de diálogo multinível entre a ordem jurídica brasileira, com a invocação de dispositivos da Constituição Federal e de leis pátrias e a ordem jurídica internacional por meio do Pacto

Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas e da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

3.4.1.2 Resolução CNJ 348, de 13 de outubro de 2020

A resolução 348 estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário, no âmbito criminal, com relação ao tratamento da população lésbica, gay, bissexual, transexual, travesti ou intersexo que seja custodiada, acusada, ré, condenada, privada de liberdade, em cumprimento de alternativas penais ou monitorada eletronicamente (Brasil, 2020).

Na ocasião, o CNJ atuou realizando diretamente o diálogo multinível entre os sistemas interno e internacional de proteção aos direitos humanos. Para tanto, o Conselho invocou dispositivos constitucionais, leis ordinárias e normas administrativas, e também a decisão da Corte IDH na Opinião Consultiva OC-24/7, de 24 de novembro de 2017, na qual se asseverou que a orientação sexual, a identidade de gênero e a expressão de gênero são categorias protegidas pelo artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Está, portanto, vedada qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual ou na identidade de gênero das pessoas. Além disso, conjurou-se a Resolução da Corte IDH, de 28 de novembro de 2018, em suas Medidas Provisórias decretadas no caso do Complexo Penitenciário de Curado, que ordenou ao Estado brasileiro que adote, em caráter de urgência, as medidas necessárias para garantir a efetiva proteção das pessoas LGBTQIAPN+ privadas de liberdade.

Nota-se, também nessa espécie normativa, a observância heterárquica dos comandos da ordem jurídica interamericana, de forma a atualizar a programação da ordem jurídica interna, na perspectiva já apontada por Borges (2009, p. 328-333).

3.4.1.3 Resolução CNJ 487, de 15 de fevereiro de 2023

Conforme já se aludiu, a resolução 487 institui a política antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e Lei nº 10.216/2001, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança.

Além do já citado diálogo multinível realizado por meio da fundamentação em dispositivos da ordem jurídica interna e internacional, intentou-se, neste caso, cumprir o Ponto Resolutivo 8 da sentença da Corte IDH proferida no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*.

No processo ato normativo nº 0007026-10.2022.2.00.000, que tramitou no CNJ e no bojo do qual foi aprovada, à unanimidade, a Resolução, o Conselheiro Mauro Pereira Martins asseverou em seu voto que o normativo

[...] marca o diálogo e o compromisso deste Conselho [Nacional de Justiça] com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua jurisprudência no que concerne ao esforço de incorporação de parâmetros internacionais em benefício da promoção dos direitos humanos, sobressaindo-se, no ponto, o direito à saúde (Brasil, 2022).

A exposição de motivos contém importante contextualização sobre os fundamentos da resolução, destacando-se o seguinte fragmento:

A minuta apresentada considera um conjunto robusto de normativas legais internacionais e domésticas que demarcam avanços expressivos quanto ao reconhecimento dos direitos das pessoas com transtorno mental ou qualquer forma de deficiência psicossocial. Nas últimas décadas, o Estado brasileiro promulgou ou aderiu a normas que tratam da proteção e defesa dos direitos humanos deste público, cuja garantia é buscada com a criação de distintos conjuntos de deveres a ensejar a responsabilização de cidadãos, da administração pública dos Estados nacionais, nos âmbitos interno e internacional. Sob o último aspecto, o esforço também busca responder à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos proferida no Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, dado que o CNJ atua como mecanismo para implementação de deliberações de natureza internacional (Brasil, 2022).

O referido ato normativo, como citado, teve a sua validade questionada no STF na ADPF 1076-MC, proposta pelo partido político União Brasil, cuja liminar foi indeferida pelo Relator, Ministro Edson Fachin. Na oportunidade, o Ministro legitimou a atuação do Conselho Nacional de Justiça ao disciplinar a política antimanicomial por meio da

Resolução 487/2023, reconhecendo que o ato normativo impugnado tem sustentação em arcabouço convencional, constitucional, legal e infralegal (Brasil, 2023.b).

Na ADI 7389-DF, com idêntico objeto, o STF também indeferiu a liminar, consignando que o Brasil ainda tem um longo passivo no que tange à necessidade de atualização da sua prática antimanicomial e que a resolução impugnada busca ajustar a estrutura judiciária às diretrizes internacionais (Brasil, 2023.c).

Percebe-se, pois, que se trata de ato normativo emanado do CNJ que, realizando o entrelaçamento entre diversas ordens jurídicas em torno de um problema-caso de direitos humanos e fundamentais, procura articular formas transversais de articulação para a solução desse problema (Neves, 2014.b).

3.4.1.4 Resolução CNJ 492, de 17 de março de 2023

Trata-se de ato normativo que estabelece, no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, bem como institui a obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva de gênero.

Nesse caso, extrai-se, também, o entrelaçamento entre as ordens jurídicas interna, por meio da mobilização dos dispositivos da Constituição Federal, e da ordem internacional, tanto do sistema global (Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher), como do SIDH (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará). Ademais, apoia-se em precedente da Corte IDH, qual seja, o caso *Márcia Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil*.

Nessa espécie normativa, observa-se a busca pela atualização da prática judiciária brasileira a fim de aproximá-la da programação da ordem jurídica do sistema

internacional, com ênfase para o interamericano, em relação às questões de gênero, por meio de diálogo multinível alinhado ao transconstitucionalismo.

Após a breve análise dos normativos apontados, infere-se que os diálogos entre ambos os sistemas geraram “interações com resultados concretos no sistema de justiça e proteção a garantias constitucionais”, na perspectiva apontada por Torelly (2017). Este parte da hipótese de que,

No sistema jurídico mundial, tomando-se ainda o Estado nacional como referência, a relação entre este e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos constitui, em dados momentos, uma relação transversal na qual os atores nacionais somam-se a atores transnacionais (ou simplesmente internacionais), de modo a mobilizar suas pretensões de normatividade quanto a dados, fatos e direitos (Torelly, 2017, p. 54).

Nessa toada, considerando o protagonismo do Poder Judiciário no sistema de justiça brasileiro, extrai-se a potencialidade desses normativos de contribuir, concretamente, para o aperfeiçoamento do sistema de proteção de direitos humanos nas temáticas ali tratadas. Evidentemente que a normatização, por si só, não altera realidades, sendo necessário o engajamento dos tribunais na contínua capacitação dos juízes, bem como o engajamento no cumprimento das diretrizes preconizadas.

3.4.2 Função de fomento

Na seara da função de fomento ao transconstitucionalismo latino-americano, destaca-se a Recomendação nº 123, de 07 de janeiro de 2022, por meio da qual o Conselho Nacional de Justiça recomenda aos órgãos do Poder Judiciário que observem os tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Disposto em apenas dois artigos, esse instrumento normativo procura difundir e fomentar, na prática judiciária brasileira, a necessidade de recorrer não só aos tratados e convenções internacionais, mas ao sistema de precedentes jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para maior clareza, recruta-se a literalidade da referida norma:

Art. 1º Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário:

I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

II – a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral.

Art. 2º Esta Recomendação entra em vigor na data da sua publicação.

Entre os considerandos que conferem embasamento ao normativo, destaca-se aquele que aponta o dever do Poder Judiciário de controlar a convencionalidade, cabendo aos juízes e juízas aplicar a norma mais benéfica à promoção dos direitos humanos no equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente, com a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes.

Sabendo-se que o transconstitucionalismo parte de uma perspectiva heterárquica entre as ordens jurídicas, cabe desmistificar a ideia de que haveria, nessa recomendação, um viés de sobreposição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) sobre o sistema interno. O tratamento heterárquico entre as ordens fica patente quando se observa o décimo primeiro considerando ao dispor que

Cabe aos juízes extrair o melhor dos ordenamentos buscando o caminho para o equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes (Brasil, 2022).

Segundo Thiago Carvalho Borges (2022), o considerando em tela significa reconhecer que a “multiplicidade de ordens deve ser considerada nas decisões do centro da ordem jurídica interna, evitando-se o bloqueio da hierarquização dessas programações normativas” (Borges, 2022, p. 332).

Portanto, a recomendação em tela não parte da prevalência de uma ou outra ordem jurídica, bem na linha do que preconiza a teoria do transconstitucionalismo. A norma estimula a construção de uma racionalidade transversal entre os juízes e cortes de ambos os sistemas, mediante a disposição para um aprendizado construtivo entre eles.

A Secretária-Geral do Conselho Nacional de Justiça, Juíza Federal Adriana Cruz, comentando sobre a Recomendação nº 123, afirmou que a postura colaborativa do Poder Judiciário indica que o Conselho tem atuado para que “cada juiz brasileiro e cada juíza brasileira também se reconheçam como juízes interamericanos, em verdadeiro diálogo jurisdicional multinível”, apontando a relevância da formação e sensibilização de magistrados e magistradas para a realização desse diálogo (Brasil, 2023).

A análise da aludida recomendação evidencia, assim, o alinhamento com a perspectiva transconstitucionalista. Pela clareza, invoca-se o próprio autor da teoria, para quem

O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversação’ constitucional é indispensável (Neves, 2009, p. 129).

Nesse sentido, a Recomendação 123 do CNJ estimula que juízes e tribunais brasileiros realizem essa conversação entre ambos os sistemas, fomentando a produção de soluções transconstitucionais para os problemas ou questões de direitos humanos.

No que toca à eficácia da espécie normativa em tela, Vitor Fonseca (2023) considera a recomendação uma manifestação de *soft law*. Em razão de seu caráter flexível, as recomendações do CNJ podem ser classificadas, segundo o autor, como normas de caráter prescritivo, ainda que não cogente, com o escopo de fornecer parâmetros de conduta, de interpretação ou de regramento sobre determinadas questões a partir do ponto de vista do Conselho. “A recomendação do CNJ induz condutas e, por isso, tem algum grau de normatividade” (Fonseca, 2023, p. 226).

O autor em tela afirma que, “não obstante as críticas ao teor de algumas recomendações do CNJ, tem-se que o poder de recomendar do CNJ tem fundamento constitucional”, encontrando respaldo na jurisprudência do STF e

possuindo cunho minimamente normativo. Isso “especialmente com caráter de orientação e de indução de condutas, não sendo possível concluir, de outro modo, que a recomendação não tem efeito algum” (Fonseca, 2023, p. 227).

Na mesma linha, Francisco Gérson Marques de Lima (2023, p. 162) assevera que, apesar de não se revestirem de obrigatoriedade, “as recomendações do CNJ possuem grande influência no Judiciário e seu cumprimento pode ser considerado para efeitos de avaliação dos magistrados e órgãos judicantes”, na perspectiva de verificação de sua aderência às políticas do Judiciário em geral, estabelecidas pelo CNJ.

Em arremate, concluímos que a recomendação em tela possui aptidão para irradiar efeitos sobre o sistema judiciário, seja paralisando interpretações em sentido contrário à conversação transconstitucional entre ambos os sistemas, seja servindo como vetor interpretativo e de fomento ao diálogo jurisdicional multinível.

3.4.3 Função de monitoramento

Além de realizar o transconstitucionalismo com o SIDH por meio da elaboração de atos normativos e do fomento da cultura do diálogo entre os sistemas interno e interamericano, o Conselho Nacional de Justiça também se ocupa de uma importante função de monitoramento.

Nesse sentido, por meio da Resolução nº 364, de 12 de janeiro de 2021, posteriormente alterada pela Resolução nº 544, de 11 de janeiro de 2024, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Unidade de Monitoramento e Fiscalização das decisões do Sistema Interamericana de Direitos Humanos (UMF/CNJ) envolvendo o Estado brasileiro. A Unidade está vinculada ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF).

3.4.3.1 Da UMF - Unidade de Monitoramento e Fiscalização das Decisões do Sistema Interamericana de Direitos Humanos

O escopo da unidade é aperfeiçoar o efetivo cumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) pelo Estado brasileiro, especialmente nas hipóteses em que houve manifestação emanada do SIDH. As suas atribuições, que estão elencadas no artigo 2º da Resolução nº 364, extraem o seu fundamento de validade da função do Conselho de fiscalizar e normatizar o Poder Judiciário e os atos praticados por seus órgãos, conforme previsto no artigo 103-B, § 4º, I a III, da Constituição Federal.

Pode-se afirmar, ainda, que a instituição de um sistema de monitoramento e fiscalização do cumprimento de decisões do sistema interamericano ancora-se na opção do Constituinte de conferir prevalência aos direitos humanos como princípio regente das relações internacionais da República Federativa do Brasil, de acordo com a previsão contida no artigo 4º, inciso II, da nossa Constituição (Borges, 2022, p. 324-325).

A criação da UMF/CNJ decorre da necessidade de a ordem jurídica brasileira “absorver os sentidos das decisões tomadas pelo centro da ordem jurídica internacional, com a finalidade de tornar efetivos os mecanismos internacionais a partir da atuação do Poder Judiciário Nacional”. Nesse sentido, o escólio de Thiago Carvalho Borges:

A UMF-CtIDH funciona como um meio de amplificar a comunicação entre a ordem jurídica interna e o sistema regional de proteção dos direitos humanos, colocando-se como um direcionador das ações no âmbito interno no cumprimento das sentenças e medidas provisórias da Corte Interamericana e, ao mesmo tempo, com um informante qualificado das medidas em curso para satisfazer as expectativas de comportamento criadas pelas decisões tomadas no centro da ordem jurídica internacional (Borges, 2022, p. 325).

Nesse ponto, importante rememorar que a teoria do transconstitucionalismo parte de uma perspectiva heterárquica. Tributária que é da teoria dos sistemas de Luhmann (2016), ela se ancora na premissa de que “a unidade do sistema jurídico (a aplicação do código lícito/ilícito) mantém-se ainda que haja a presença de uma

pluralidade de ordenamentos”. Logo, “o órgão decisório, e não importa se ligado a um estado ou não ou se supra-estatal, diz o que está ou não de acordo com o sistema jurídico”, de modo que o direito, “neste sentido, preserva a sua função enquanto sistema parcial da sociedade, qual seja, a de estabilizar expectativas normativas generalizadas” (Palma, 2017, p. 145).

Como visto, o autor da teoria considera que o transconstitucionalismo, na perspectiva do sistema jurídico, “serve como um modelo estruturado de conexão funcional entre esferas funcionais fragmentadas da sociedade mundial” e, ao ofertar “‘pontes de transição’ entre ordens jurídicas, em princípio fragmentadas, serve à estruturação do sistema jurídico, sem levar a uma unidade hierárquica última” (Neves, 2009, p. 288).

Defende-se, neste trabalho, que o delineamento da UMF-CNJ encontra-se ajustado às premissas do transconstitucionalismo, na medida em que estimula a abertura da ordem jurídica interna à programação própria da ordem do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mediante estímulo a uma postura de observação.

Nessa mesma linha, Borges (2022, p. 332) preconiza que:

A UMF-CtIDH, criada pelo CNJ, é uma estrutura operacional da ordem jurídica interna voltada para assimilar os sentidos das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme interpretação que este centro confere ao Pacto de San José da Costa Rica. Não se trata, portanto, de considerar que a ordem internacional está acima da ordem jurídica interna, mas de promover uma reflexão, dentro da margem de apreciação deixada à ordem jurídica interna, sobre as inconsistências da programação normativa brasileira diante das expectativas criadas na ordem internacional pela participação no tratado.

Os mecanismos de monitoramento, fiscalização e efetivação das decisões do SIDH envolvendo o Estado brasileiro não atentam contra a autonomia de nossa ordem jurídica interna, haja vista que o Conselho Nacional de Justiça procura construir soluções customizadas, as quais promovem o entrelaçamento de normas próprias do sistema interno (constitucionais e legais) com aquelas emanadas do SIDH. Um exemplo privilegiado desse tipo de atuação singularizada do Conselho Nacional de Justiça está na já citada Resolução nº 487, que instituiu a política antimanicomial do

Poder Judiciário no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança.

Concebida para atender ao Ponto Resolutivo 8 da sentença da Corte IDH proferida no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, a normativa recrutou como fundamentos, além do pronunciamento jurisdicional ora citado, oriundo do SIDH, normas constitucionais (CF, arts. 1º, III; 5º, XLVI e LIV e 6º, *caput*), internacionais do Sistema Global (Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e seu Protocolo Facultativo), legais (Leis 10.216/2001, 13.146/2015, 8.069/1990) e do próprio CNJ (Resoluções CNJ 113/2010, 2013/2015, 288/2019 425/2021, Recomendação 35/2011, Resolução 213/2015). Promove-se, assim, um profícuo entrelaçamento entre as diversas ordens jurídicas envolvidas na questão da política antimanicomial.

Portanto, desde uma perspectiva heterárquica, mais consentânea com as novas dinâmicas da sociedade mundial, o Conselho Nacional de Justiça tem procurado atualizar a programação da ordem jurídica interna mediante os influxos da ordem jurídica do SIDH. Essa perspectiva de atuação do Conselho Nacional de Justiça coaduna-se com o transtitucionalismo, na medida em que promove a integração sistêmica do direito, a partir dos seus diversos centros, “para que a mera fragmentação não leve a estilhaços como restos sem sentido funcional”, oferecendo um modelo de tecelagem desses fragmentos (Neves, 2009, p. 288-289).

3.4.3.2 Outras atuações de monitoramento do CNJ no contexto do transtitucionalismo latino-americano

Para além da atuação da UMF/CNJ, observa-se que o Conselho Nacional de Justiça tem sido instado, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, a atuar, por meio de outras unidades, na função de monitoramento do cumprimento de certas decisões que concretizam entrelaçamentos entre os sistemas interno e Interamericano de Direitos Humanos em prol de uma maior proteção dos direitos humanos.

Nessa senda, destaca-se o julgamento conjunto das ADPFs 743, 746 e 857, realizado pelo STF, em que se buscou o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional da gestão ambiental brasileira, e, em razão disso, a determinação de adoção das providências listadas pelos autores, tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição. Isso em virtude de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no tratamento da questão ambiental no país, sobretudo nos biomas Pantanal e Amazônia (Brasil, 2024).

No referido precedente, observa-se a realização de diálogo com o SIDH, eis que o STF, por meio do voto do Relator, Ministro André Mendonça, aponta a existência de inconveniência na postura de abandono da política efetiva de combate ao desmatamento e às mudanças climáticas. Tal realidade veda ao Governo optar pela redução da proteção aos biomas. Nessa linha, invocou-se expressamente a chamada jurisprudência climática no plano internacional, com menção ao Caso *Tierra Nuestra vs. Argentina*, oriundo da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Brasil, 2024, p. 67).

Além desse aspecto, o STF realizou diálogo com o SIDH ao aplicar o parâmetro de *standard* probatório preconizado pela Comissão Interamericana no Relatório 141/2011 para avaliar a alegada omissão estrutural, o qual se revela menos rígido do que aquele praticado no sistema interno. No referido relatório, a Comissão pontua que “num procedimento de adjudicação internacional sobre violações de direitos humanos, a análise das provas tem maior flexibilidade se comparada com sistemas jurídicos nacionais” (Brasil, 2024, p. 19).

Ao final, o STF julgou parcialmente procedentes os pedidos para determinar que o Governo Federal elabore, no prazo de 90 dias, um plano de prevenção e combate aos incêndios no Pantanal e na Amazônia, que deve abarcar medidas concretas para controlar ou mitigar os incêndios e para prevenir novas devastações. Estabeleceu-se a apresentação do Plano ao Conselho Nacional de Justiça, que

centralizará as atividades de coordenação e supervisão das ações decorrentes da execução da presente decisão. Além disso, determinou-se que o Governo Federal também apresente ao CNJ o plano de recuperação da capacidade operacional do Sistema Nacional de Prevenção e Combate aos Incêndios Florestais - PREVFOGO (Brasil, 2024, p. 4-5).

No precedente, houve, também, a determinação no sentido de que o Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário, “integrante do CNJ, monitore os processos com grande impacto sobre desmatamento, em conjunto com este Tribunal” (Brasil, 2024, p. 4).

O Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário (OMA) é um conselho consultivo da Presidência do CNJ, consistindo em espaço de estudo, monitoramento, pesquisa, programas, projetos e ações para a construção de diagnósticos das boas práticas, formulação de políticas e implementação de projetos e iniciativas para a tutela do meio ambiente natural da Amazônia Legal por meio da atuação do Poder Judiciário e do Sistema de Justiça (CNJ, 2024).

Verifica-se, pois, que ao CNJ foi confiada a missão de monitorar os processos com grande impacto sobre desmatamento, colaborando com o STF na execução da referida decisão. Essa atuação reflete a posição de prestígio institucional alcançada pelo órgão, o qual tem sido enxergado como instância operativa da necessária reprogramação da ordem jurídica interna à luz dos influxos do SIDH, sempre no sentido do fortalecimento do sistema de proteção dos direitos humanos.

3.4.4 Função de coordenação institucional

Como se discorreu ao longo deste capítulo, o Conselho Nacional de Justiça tem se destacado como um ator paradigmático na missão de fomentar a assimilação dos sentidos das decisões emanadas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) pela ordem jurídica interna. O órgão tem atuado em várias frentes, em uma perspectiva heterárquica, promovendo a correção de inconformidades da

programação da ordem jurídica brasileira à luz das expectativas criadas no âmbito da ordem jurídica do sistema internacional a partir da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) pela República Federativa do Brasil. Em razão da multiplicidade dessas frentes de atuação e da limitação da presente pesquisa, revela-se inviável a pretensão de esgotamento dessas formas. Sem dúvida, contudo, uma das mais proeminentes é a de coordenação institucional.

Conforme já se aludiu, o CNJ, a partir da sua evolução institucional, passou a se destacar no papel de órgão de articulação e coordenação com outras instituições do sistema de justiça, tendo sido o responsável por alavancar as mais relevantes ações no campo da proteção de direitos humanos no país nos últimos anos. Passemos, pois, a examinar algumas das mais importantes atuações do Conselho nessa seara.

3.4.4.1 Julgamento da ADPF 347 pelo STF, Audiências de Custódia e Plano Pena Justa

Como consignado no capítulo anterior, o julgamento da ADPF 347 pelo Supremo Tribunal Federal configura um exemplo privilegiado de transconstitucionalismo triangular, na medida em que promove o entrelaçamento entre as ordens jurídicas da Colômbia, do Brasil e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), resultando em um modelo com inegável potencialidade para o enfrentamento dos problemas de violação massiva de direitos humanos e fundamentais no contexto latino-americano.

É no bojo desse precedente que sobressai a atuação paradigmática do Conselho Nacional de Justiça como coordenador institucional no contexto da concretização do transconstitucionalismo. Essa coordenação, como se verá, abarca também ações de articulação, evidenciando a respeitabilidade institucional adquirida pelo Conselho Nacional de Justiça no sistema de justiça brasileiro.

Rememoremos que esse precedente envolveu duas importantes decisões. Em 09 de setembro de 2015, o STF deferiu, parcialmente, a Medida Cautelar na ADPF 347, ao

reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, definindo uma série de providências a serem tomadas pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário nas esferas federal, distrital e estadual. Entre as determinações, destaca-se aquela que insta juízes e tribunais, em observância ao artigo 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas contadas do momento da prisão (Brasil, 2015).

Posteriormente, em 04 de outubro de 2023, foi apreciado o mérito, oportunidade em que, por unanimidade de votos, confirmou-se haver um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, em que se tem uma violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Essa realidade demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidades para a construção de uma solução satisfatória (Brasil, 2023). A partir desses dois marcos decisórios é que se pretende realizar a análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça como coordenador institucional no âmbito do transconstitucionalismo.

A gestão do então Ministro Ricardo Lewandowski à frente do Conselho Nacional de Justiça (2014-2016) foi marcada indelévelmente pelos esforços coordenados no sentido da implementação das chamadas “audiências de custódia” no sistema judiciário brasileiro, a partir do reconhecimento do cenário de omissão da ordem jurídica brasileira em relação à aplicação da norma contida no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil desde o ano de 1992. Essa foi a primeira iniciativa institucional de âmbito nacional no sentido de atualizar a programação da ordem jurídica brasileira rumo ao padrão da ordem jurídica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

Nesse contexto, em 6 de fevereiro de 2015, era assinado o termo de cooperação que marcou o lançamento oficial do “Projeto Audiência de Custódia”, no Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo projeto-piloto seria desenvolvido no Fórum da Barra Funda a partir do dia 23 daquele mês (Brasil, 2015).

Em abril de 2015, o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) assinaram acordo de cooperação técnica para facilitar a implantação do projeto em todo o país e para viabilizar a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e encaminhamentos a outros serviços sociais e de assistência social (Brasil, 2021).

Na sequência, atuando de maneira dialogada com os tribunais do país, o Conselho Nacional de Justiça, por meio do DMF, promoveu a implantação da nova prática nos demais Estados. O Espírito Santo foi o segundo Estado da Federação a aderir ao “Projeto Audiência de Custódia”, realizando o primeiro ato em 22 de maio de 2015, com a presença do Presidente do CNJ (Brasil, 2015).

Atuando de maneira singularizada com o sistema de justiça de cada Estado da federação, de modo a fomentar arranjos institucionais que respeitem as peculiaridades locais, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da coordenação realizada pelo DMF, completou o mapa da implantação das audiências de custódia no país. O CNJ vem atuando continuamente para a qualificação deste instituto em um itinerário que está descrito no Relatório “Audiência de Custódia: 6 anos¹³”.

Portanto, quando o STF realizou o julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347, em 09 de setembro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça já havia dado a largada na coordenação nacional em prol da implementação das audiências de custódia, tendo sido fixado naquele *decisum* o prazo de 90 dias para a sua realização em todo o país.

A partir da decisão, então, o Conselho Nacional de Justiça não só robustece a sua atuação como coordenador institucional, como também emite a primeira

¹³ Trata-se de relatório produzido pelo DEPEND, UNODC, PNUD e CNJ que apresenta um panorama nacional sobre o funcionamento, evolução, potencialidades e desafios das audiências de custódia no país.

normatização nacional sobre a matéria, substancializada na Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015 (Brasil, 2015).

Embora, nesse tópico, o foco não seja a atuação normativa do Conselho Nacional de Justiça, importante mencionar que um dos considerandos que embasou a Resolução 213 foi a decisão proferida na Medida Cautelar na ADPF 347, o que indica a atuação normativa concretizadora do transconstitucionalismo realizado pela Corte Constitucional.

No papel de coordenação institucional, a partir de janeiro de 2019, o Conselho Nacional de Justiça insere a Audiência de Custódia no escopo de ação do Programa Fazendo Justiça, uma parceria entre o CNJ, PNUD e DEPEN, o que conferiu maior qualificação à incidência já realizada pelo Conselho.

O Programa Fazendo Justiça é coordenado pelo DMF/CNJ e contém um portfólio de ações para todo o ciclo penal e também para o socioeducativo, desde a porta de entrada até a porta de saída, priorizando-se o diálogo interinstitucional e a construção de soluções customizadas e colaborativas que levam em consideração as diferentes realidades locais (Brasil, 2024).

Nesse percurso de coordenação institucional, o Conselho Nacional de Justiça, no âmbito do Programa Fazendo Justiça, já realizou a entrega de diversos produtos, os quais têm fomentado a qualificação da atuação não só do Judiciário, mas também dos demais atores que integram o sistema de justiça, como Ministério Público, Defensoria Pública, OAB, Assistência Social e Administração Penitenciária, no que tange à prática da audiência de custódia. Dentre os citados produtos, encontram-se manuais sobre tomada de decisão na Audiência de Custódia, de proteção social, de prevenção e combate à tortura e maus-tratos, sobre o uso de algemas, cadernos de dados das prisões em flagrante durante a pandemia, cartilha com informações para a pessoa presa e seus familiares, entre outros (Brasil, 2024).

Esse consistente conjunto de ações no âmbito da coordenação institucional levado a efeito pelo Conselho Nacional de Justiça impactou o cenário do ciclo penal no país, vindo a culminar na alteração do Código de Processo Penal. Com a edição da Lei 13.964/2019, o Diploma passou a conter a previsão expressa sobre a Audiência de Custódia, nos artigos 287 e 310, adequando a programação normativa brasileira ao padrão preconizado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Brasil, 2019).

Feitas essas considerações acerca da audiência de custódia, passemos, agora, a nos debruçar sobre a atuação do Conselho Nacional de Justiça no campo da coordenação institucional a partir do julgamento de mérito realizado pelo STF no bojo da ADPF 347, com ênfase para o Plano “Pena Justa”.

Em seu voto, o Relator, Ministro Marco Aurélio, destacou os influxos das normas constitucionais e internacionais incidentes sobre o cenário de violação generalizada de direitos fundamentais no sistema prisional, mencionando expressamente os artigos 5 a 8, 11 e 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Brasil, 2023, p. 64). Deixou antever, dessa maneira, a promoção de entrelaçamentos entre ambas as ordens jurídicas, em claro alinhamento com a teoria do transconstitucionalismo.

O Ministro Luís Roberto Barroso, redator do acórdão, também suscita precedentes oriundos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), especialmente em relação à compensação punitiva em hipóteses de cumprimento de pena em condições indignas ou mais gravosas do que aquelas a que a pessoa foi efetivamente condenada. Nessa esteira, o Ministro cita as decisões em que a Corte IDH, ao constatar superlotação de 200% em determinados presídios brasileiros, decidiu pela contagem em dobro de todo o período de pena cumprido em situação degradante para os seus internos. Trata-se das resoluções da Corte IDH relativas ao Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho – IPPSC (RJ), de 22.11.2018, e ao Complexo Penitenciário de Curado (PE), de 28.11.2018 (Brasil, 2023, p. 141-142).

Nesse ponto, o referido Ministro, em uma construção inovadora, reconheceu a possibilidade, a título de *obiter dictum*, de aplicação da compensação punitiva consistente no abatimento proporcional da pena, delegando, no entanto, a calibragem dessa proporção ao Conselho Nacional de Justiça. Isso por meio do DMF, mediante inclusão no plano a ser elaborado por uma fórmula específica de proporcionalidade, considerado o grau de superlotação de cada unidade prisional, plano esse que deverá ser submetido ao STF para fins de homologação (Brasil, 2023, p. 143).

Tem-se, assim, um exemplo típico de transconstitucionalismo, pois implica o reconhecimento de que as duas ordens jurídicas (brasileira e interamericana) devem estar entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional, ou seja, de direitos humanos e fundamentais. Nessas hipóteses, conforme preconiza Neves (2009, p. 297), as ordens “devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender seus próprios limites e possibilidades” de contribuição para a solução. Já o Conselho Nacional de Justiça tem sido chamado, nesse contexto, como um ator diferencial a quem se confiou a missão de concretizar, no plano da realidade, esse entrelaçamento transconstitucional realizado, no plano jurídico, pelo STF.

Na ementa do acórdão (item “9”), afirma-se a necessária participação do DMF/CNJ na elaboração do plano nacional e submissão dos planos ao debate público e à homologação pelo STF, bem como no monitoramento da sua execução também pelo DMF/CNJ, sob a supervisão da Corte (Brasil, 2023, p. 6). Nesse sentido, pela clareza, transcrevem os itens 10 e 11 da ementa:

10. A elaboração do plano nacional de enfrentamento do problema carcerário deve ser atribuída, conjuntamente, ao DMF/CNJ e à União, ambos dotados de competência e expertise na matéria (art. 103-B, §4º, CF; Lei 12.106/2009; art. 59 da MP nº 1.154/2023; art. 64 da LEP). O DMF/CNJ deve ser responsável pelo planejamento das medidas que envolvam a atuação do Poder Judiciário enquanto o Governo Federal deve realizar o planejamento nacional das medidas materiais de caráter executivo.

11. O plano nacional deve contemplar o marco lógico de uma política pública estruturada, com os vários órgãos e entidades envolvidos, bem como observar os objetivos e as medidas objeto de exame no voto, que incluem: (i) controle da superlotação dos presídios, melhoria da qualidade e aumento de vagas; (ii) fomento às medidas alternativas à prisão e (iii)

aprimoramento dos controles de saída e progressão de regime. O plano deve, ainda, definir indicadores de monitoramento, avaliação e efetividade, bem como os recursos necessários e disponíveis para sua execução e os riscos positivos e negativos a ele associados. Competirá ao DMF/CNJ, sob a supervisão do STF, o monitoramento da sua execução, e a regulamentação necessária a tal fim, retendo-se ainda a competência desta Corte em casos de impasse ou de atos que envolvam reserva de jurisdição.

O plano nacional mencionado foi batizado no Conselho Nacional de Justiça como “Pena Justa”. Ele possui 4 eixos: (i) controle da entrada e das vagas do sistema prisional; (ii) qualidade da ambiência, dos serviços prestados e da estrutura prisional; (iii) processos de saída da prisão e da inserção social e (iv) políticas para não repetição do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional. Além disso, há etapas claras e bem definidas (Brasil, 2024).

A elaboração do plano Pena Justa contou com a contribuição de 59 instituições, entre elas 15 ministérios e a Casa Civil, Tribunal de Contas da União (TCU), Advocacia-Geral da União (AGU), Controladoria-Geral da União (CGU), associações de magistrados, conselhos e associações de procuradores e de defensores públicos, além do Ministério Público do Trabalho (MPT) e os Grupos de Monitoramento e Fiscalização dos Sistemas Carcerário e Socioeducativo (GMFs) das 27 unidades da Federação. Ao todo, foram realizados 33 encontros, sendo 28 reuniões de trabalho com as entidades citadas, duas reuniões do Comitê Interinstitucional para Enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional e participação em 3 eventos: o 93º Encontro Nacional dos Corregedores-Gerais de Justiça, a 7ª Reunião Ordinária do CONSEJ e uma audiência pública no Senado Federal, resultando no recebimento de 317 documentos e na inclusão de 41 novas ações incorporadas ao plano (Brasil, 2024).

Percebe-se, pois, que a elaboração do plano encontra-se alinhada à técnica de processos estruturais, cujo objeto é a falha crônica no funcionamento das instituições estatais que gera ou perpetua violação a direitos fundamentais. Esse tipo de processo, geralmente, demanda solução bifásica, dialógica e flexível, envolvendo duas etapas bem claras: uma de reconhecimento do estado de desconformidade

com a ordem constitucional ou internacional e uma segunda, de detalhamento das medidas, homologação e monitoramento da execução da decisão.

O itinerário institucional do Conselho Nacional de Justiça, já revelado neste trabalho, conferiu-lhe a necessária maturidade e envergadura para se tornar esse ator diferencial no âmbito do transconstitucionalismo latino-americano. A ele, têm sido confiadas relevantes missões no sentido de intensificar os esforços do Estado brasileiro na construção de um sistema de justiça mais alinhado com os compromissos internacionais, especificamente, com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

No aspecto ora analisado, de coordenação institucional, tanto a implementação das audiências de custódia como a construção do Plano “Pena Justa” demonstraram que o Conselho Nacional de Justiça legitimou-se perante os demais atores institucionais, sendo reconhecido por sua liderança no sistema de justiça brasileiro. Com isso, a instituição contribuiu para a assimilação pela ordem jurídica brasileira das expectativas de comportamento existentes no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

Enfim, após a pesquisa empreendida, depreende-se que o Conselho Nacional de Justiça, em seu itinerário de amadurecimento institucional, acabou por assumir uma feição não imaginada pelo Constituinte derivado, mas totalmente alinhada com os princípios constitucionais, em especial, com a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), tornando-se um ator paradigmático na defesa e proteção dos direitos humanos e fundamentais no Brasil.

Assim, embora o foco do espírito reformista pudesse ser sintetizado na pretensão de abrir a chamada “caixa preta” do Judiciário, para usar a expressão empregada pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, à época em seu primeiro mandato (Christofolletti, 2003), bem como nos anseios da sociedade em prol de maior eficiência na prestação dos serviços judiciários, fato é que o Conselho Nacional de

Justiça vem superando as expectativas iniciais e se consolidando no cenário nacional como um agente catalisador de importantes transformações no sistema de proteção dos direitos humanos e fundamentais.

Um dos fatores que contribuiu para o surgimento dessa nova potencialidade não vislumbrada em seus antecedentes históricos reside na considerável liberdade que o STF tem lhe concedido no exercício de suas competências, viabilizando que o órgão se transforme em “uma espécie de laboratório de soluções institucionais”, por meio de práticas experimentalistas, conforme já apontado por Rosilho (2011, p. 12).

Esse fenômeno decorre de uma conjunção de fatores históricos, políticos, sociais e jurídicos, os quais, combinados, colocaram em rota de alinhamento os escopos do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, gerando a potencialização recíproca de suas capacidades institucionais.

O contexto histórico e social remete à recente redemocratização após o fim da ditadura militar no país, ao que se soma o advento de uma Constituição compromissária e garantista, contendo um rol inesgotável de direitos fundamentais. Do ponto de vista jurídico e político, é de se destacar, ainda, a missão de curadoria da Constituição atribuída ao STF pela nova Carta Constitucional (artigo 102, *caput*). Era, portanto, necessário readequar as forças institucionais para a efetivação da Constituição, especialmente do recém-inaugurado sistema de proteção dos direitos fundamentais, de forma a converter a Constituição em força ativa, conforme preconizou Konrad Hesse (1991).

Segundo o autor, em sua emblemática obra sobre a força normativa da Constituição, “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas”. A transformação da Constituição em força ativa requer o que o autor denomina de “vontade de Constituição” (Hesse, 1991, p. 19).

Especula-se, assim, que o Conselho Nacional de Justiça tenha se tornado um aliado de primeira hora do STF nessa missão de transformar a Constituição em força ativa, concretizando a chamada vontade de Constituição. Esse movimento ganhou desenvolvimento em um contexto de grandes transformações na sociedade mundial, as quais moldaram uma compreensão contemporânea de Constituição como o referencial de uma ordem jurídica que coexiste com outras ordens nacionais, internacionais, transnacionais e supranacionais, todas inseridas no mesmo sistema jurídico da sociedade mundializada.

Assim, parte-se da perspectiva de que “não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*”, rejeitando-se o estatalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaços privilegiados de solução de problemas constitucionais (Neves, 2009, p. XXV).

Nesse contexto, observa-se que a atuação do Conselho Nacional de Justiça, no âmbito das quatro funções sistematizadas neste trabalho, ou seja, normativa, de fomento, de monitoramento e de coordenação institucional, alinha-se à ideia de construção de pontes de transição, da promoção de conversações e entrelaçamentos entre ordens jurídicas, especialmente entre a nacional e interamericana, no sentido do fortalecimento do sistema de proteção de direitos humanos e fundamentais, em uma concepção heterárquica, o que encontra respaldo na teoria do transconstitucionalismo.

A promoção desses entrelaçamentos entre a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) por parte do Conselho Nacional de Justiça tem contribuído para fomentar a “reflexão, dentro da margem de apreciação deixada à ordem jurídica interna sobre as inconsistências da programação normativa brasileira”, considerando as expectativas criadas na ordem internacional a partir da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Borges, 2022, p. 332). Com efeito, podemos afirmar que,

Ao reconhecer as inconsistências e procurar corrigi-las por meio de medidas compatíveis com os padrões estabelecidos na decisão da corte internacional, o CNJ indica que o sistema de justiça brasileiro mantém uma

abertura ao diálogo e à aprendizagem, que tendem a produzir resultados melhores no seu funcionamento (Borges, 2022, p. 332).

Essa dinâmica pode ser verificada, por exemplo, no tratamento que a nossa ordem jurídica passou a conferir às audiências de custódia. Isso porque, a partir da normatização de sua prática pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio de um modelo que articulou o entrelaçamento entre dispositivos legais e constitucionais do sistema jurídico interno e da Convenção Americana de Direitos Humanos, atualizou-se a programação da ordem jurídica brasileira à luz dos influxos da ordem internacional do SIDH. Isso, posteriormente, veio a ser incorporado pelo legislador brasileiro por meio da Lei nº 13.964/2019, que introduziu importantes alterações na legislação processual penal, entre elas, a previsão expressa da necessidade de realização de audiências de custódia como requisito de validade dos comandos prisionais.

Com tudo isso, procurou-se demonstrar, neste trabalho, que a sociedade mundial, hodiernamente, passa por profundas transformações “no sentido da superação do constitucionalismo provinciano ou paroquial pelo transconstitucionalismo”, o que retira o Estado do “*locus* privilegiado de soluções de problemas constitucionais”. Este, “embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos loci em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas” (Neves, 2009, p. 297).

Para esse novo contexto, a teoria do transconstitucionalismo busca formas transversais de articulação para a solução dos problemas que se revelam relevantes para as diversas ordens jurídicas, estimulando a observação recíproca entre elas a fim de que possam compreender os seus próprios limites e possibilidade de contribuir para solucioná-los (Neves, 2009, p. 297).

Dessa maneira, conclui-se que a atuação do Conselho Nacional de Justiça tem encontrado subsunção às premissas do transconstitucionalismo por estimular, por meio de uma pluralidade de ações concretas já detalhadas, que a ordem jurídica

brasileira observe, com a necessária reflexibilidade, a ordem jurídica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

Essa postura tem, inexoravelmente, contribuído para a atualização da programação da ordem jurídica interna à luz dos influxos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), tornando o CNJ um ator diferencial no contexto da densificação do sistema de proteção dos direitos humanos e fundamentais no Brasil.

Há que se ter cautela, porém, para que o Conselho Nacional de Justiça não se torne refém de seu próprio prestígio institucional, sendo chamado a atuar em contextos que fogem às suas atribuições, mesmo consideradas em uma visão maximizadora como aquela adotada neste trabalho, ou às suas capacidades técnicas e instrumentais.

Em um contexto de erosão de algumas instituições históricas em nosso país, seja pela incapacidade ou omissão no exercício de suas atribuições, deve-se resistir à tentação de transformar o CNJ em um arquétipo de herói corporativo para as múltiplas falências institucionais que assolam o Brasil, sob pena de desconfiguração de um modelo exitoso de legitimação e bom desempenho institucional.

Da mesma maneira, deve-se evitar, como alerta Neves (2017, p. 213), cair na armadilha de considerar o transconstitucionalismo como uma panaceia capaz de resolver todos os problemas da sociedade mundial. Este modelo, como visto, não se reveste de caráter totalizante ou totalitário apto a debelar de forma absoluta os males que afligem a sociedade global, remetendo, ao revés, a uma razão precária, cuja força advém exatamente da postura de reconhecimento de seus limites, algo necessário a qualquer instituição em uma democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma importante instituição que integra o Poder Judiciário nacional, tendo sido criado por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 com a missão de realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e de zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais da magistratura, conforme previsão contida no artigo 103-B, § 4º, da Constituição Federal.

No presente trabalho, procuramos analisar a atuação desse órgão por meio das lentes teóricas do transconstitucionalismo, construção elaborada por Neves (2009). Partimos, assim, do exame de algumas interações entre a ordem jurídica brasileira e a ordem jurídica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) deflagradas por meio da ação direta do Conselho Nacional de Justiça, pretendendo averiguar uma possível densificação dessa ação para o sistema de proteção dos direitos humanos e fundamentais no Brasil.

Evidentemente que esse desiderato demandou a realização de uma contextualização do constitucionalismo no cenário mundial, com a abordagem de seus desafios e potencialidades. Para isso, foram analisadas as principais propostas teóricas no campo do chamado “constitucionalismo global”, dentre as quais se destaca a teoria do transconstitucionalismo, marco teórico aqui empregado.

Passamos, então, à teoria de base, que, partindo do cenário já exposto, procura apresentar respostas para essa nova dinâmica mundial, superando aquelas construções que se limitam a constatar o declínio dos estados nacionais. Nesse sentido, tem-se que o autor Marcelo Neves (2009) desenvolveu uma teoria refinada que concebe os Estados nacionais inseridos em uma relação de interação com outros atores (ordens jurídicas) por meio de um mecanismo de conversações com a possibilidade de aprendizados recíprocos. Por essa concepção, o Estado nacional continua a ser o espaço por excelência para a reprodução dos sistemas político e jurídico.

O transconstitucionalismo possui dois pontos de partida bem marcados: o conceito de racionalidade transversal, elaborado pelo filósofo alemão Wolfgang Welsch (2003), e a teoria dos sistemas sociais, formulada por Niklas Luhmann (2016). Desse modo, embora a definição luhmanniana de acoplamento estrutural seja um referencial relevante para a sua teoria, Marcelo Neves procurou ir além, passando a desenvolver a concepção de racionalidade transversal.

Considerando-se, assim, que não só a sociedade mundial é multicêntrica, mas também o seu sistema jurídico, admite-se a existência de ordens jurídicas diversas com pretensão de autonomia, o que vai importar em relações de observações recíprocas, as quais podem gerar aprendizados para as ordens envolvidas, sem que haja a pretensão de busca de consenso. O foco aqui é a construção de pontes de transição e o fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas. Assim, a concepção de Constituição transversal idealizada por Marcelo Neves (2009) é um *plus* em relação ao conceito de Luhmann (2016), que a define como o acoplamento estrutural entre os sistemas autônomos do direito e da política, concebendo-a como ponte de transição ou como uma instância promotora da relação duradoura e recíproca de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas no direito e na política.

Tendo esse mecanismo da Constituição transversal como norte, o autor desenvolve a ideia do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas como uma nova forma de tratamento dos problemas constitucionais, de modo a articular formas de relação entre ordens jurídicas diversas. Esses problemas tipicamente constitucionais e que são enfrentados por meio do transconstitucionalismo referem-se à necessidade de reconhecimento dos direitos fundamentais e humanos e de organização e controle do poder. A relevância da proposta teórica reside no fato de que, com a intensificação das relações na sociedade mundial, os problemas constitucionais extrapolaram as fronteiras dos estados nacionais. O direito constitucional estatal revela-se insuficiente, portanto, para enfrentá-los.

No essencial, o transconstitucionalismo requer a disponibilidade para a reconstrução permanente da identidade constitucional numa relação de alteridade. O objetivo não é buscar convergência total, mas sim que cada ordem jurídica mantenha uma postura de abertura cognitiva e normativa para outras ordens entrelaçadas em casos concretos. Nessa toada, reconhecemos a inegável potencialidade da teoria do transconstitucionalismo para densificar o sistema de proteção dos direitos humanos na sociedade mundial, uma vez que estimula que as várias ordens jurídicas se entrelacem na busca da melhor solução para os problemas constitucionais, por meio de observações recíprocas, baseadas na alteridade e na abertura ao diálogo.

Na sequência, expusemos o conceito de transconstitucionalismo latino-americano a fim de realizar a análise sobre o desempenho do Conselho Nacional de Justiça na sua concretização e a potencialidade dessa atuação para a densificação do sistema de proteção de direitos humanos no Brasil. Esse empreendimento requereu que fosse traçado o itinerário histórico dos direitos humanos e fundamentais, a fim de viabilizar uma contextualização sobre a importância e função desses direitos na sociedade contemporânea.

Referimos, assim, que os direitos fundamentais são o produto clássico do pensamento liberal burguês do século XVIII, sendo caracterizados como direitos do indivíduo frente ao Estado, percorrendo suas primeira, segunda e terceira dimensões. Com Bobbio (2004), lembramos que mais importante do que justificar os direitos humanos é protegê-los, tendo-se a dignidade humana como valor referencial e admitindo a relação inquietante e simbiótica entre democracia e direitos humanos.

Incursionamos, então, no processo de internacionalização dos Direitos Humanos como trajeto para a abordagem do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), um dos pontos de interesse específicos deste trabalho. Consignou-se que, por meio de seu olhar criterioso, Neves (2009) enxerga uma potencialidade relevante para o fenômeno do transconstitucionalismo na América Latina, reconhecendo a disposição dos tribunais constitucionais dos estados de rever a sua

jurisprudência à luz das decisões da Corte IDH, com um ambiente favorável ao diálogo sobre questões constitucionais comuns entre essas ordens jurídicas.

A partir do exemplo privilegiado do julgamento da ADPF 347 pelo STF, que reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, constatamos a relação transconstitucional da ordem jurídica brasileira com a ordem colombiana e também do próprio Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), evidenciando a manifestação do fenômeno que o autor denomina de transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos. A América Latina, região que compartilha contextos históricos, políticos, sociais e culturais bastante similares, caracterizando-se pelo elevado grau de exclusão e desigualdade social, pela fragilidade democrática, pela cultura da violência e da impunidade e pela precária tradição de proteção aos direitos humanos, emerge como importante *locus* para o aprofundamento da experiência transconstitucional e a intensificação do diálogo entre as ordens jurídicas.

Assim, com base na construção de Neves (2009) e nas peculiaridades que circundam esse diálogo entre ordens jurídicas nessa região do planeta, sustentamos a definição de transconstitucionalismo latino-americano como o diálogo entre ordens jurídicas dos estados nacionais e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), com disposição para o aprendizado recíproco, de forma bilateral, triangular ou multiangular, podendo envolver inclusive ordem jurídica de comunidade nativa extra-estatal. Tudo isso com vistas ao tratamento de questões tipicamente constitucionais e específicas da América Latina, com ênfase para as violações de direitos humanos e fundamentais.

A fim de correlacionar a atuação do Conselho Nacional de Justiça com o transconstitucionalismo latino-americano, no fito de apurar uma eventual densificação para o sistema de proteção dos direitos humanos no Brasil, percorremos os antecedentes históricos da criação do órgão pelo constituinte derivado.

A ideia de se criar um órgão para fiscalizar o Poder Judiciário ganhou força no Brasil durante as discussões da Assembleia Nacional Constituinte, com o fomento realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil. Apesar de rejeitada inicialmente, a necessidade de uma reforma no Judiciário se tornou consenso nos anos seguintes, devido a críticas sobre lentidão, ineficiência e falta de *accountability*. Após um longo processo de debates e discussões, a criação do CNJ foi finalmente aprovada em 2004. Nos anos seguintes, o órgão enfrentou diversos desafios, incluindo questionamentos sobre sua constitucionalidade e o alcance de seu poder normativo. Com o passar do tempo, o CNJ se consolidou como um importante ator na defesa dos direitos fundamentais e humanos no Brasil, alcançando maturidade institucional. No contexto do transconstitucionalismo latino-americano, o órgão tem atuado para promover a integração entre a ordem jurídica brasileira e a ordem do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), buscando soluções para problemas constitucionais e combatendo violações de direitos.

Essa atuação abrangente do Conselho Nacional de Justiça no âmbito do transconstitucionalismo latino-americano foi sistematizada no presente trabalho a fim de possibilitar uma abordagem mais qualificada, propondo-se a classificação das funções em quatro espécies: normativa, de fomento, de monitoramento e de coordenação institucional.

Com isso, tem-se que o itinerário institucional do Conselho Nacional de Justiça conferiu-lhe a necessária maturidade e envergadura para se tornar esse ator diferencial no âmbito do transconstitucionalismo latino-americano. Ao referido órgão têm sido confiadas relevantes missões no fito de intensificar os esforços do Estado brasileiro na construção de um sistema de justiça mais alinhado com os compromissos assumidos com o SIDH.

É pouco provável, porém, que o Constituinte derivado tenha tentado ou sequer imaginado a criação de uma instituição com a feição assumida pelo CNJ, especialmente no campo da proteção dos direitos fundamentais e humanos. Apostamos, assim, que esse protagonismo foi sendo conquistado em um processo

de amadurecimento natural e também induzido dentro do contexto de experimentalismo institucional. Consideramos que o surgimento dessa nova potencialidade do CNJ decorre, entre outros fatores, da substancial margem de liberdade que o STF tem lhe concedido no exercício de suas competências, viabilizando que o órgão se transforme naquilo que Rosilho (2011) denominou de “laboratório de soluções institucionais”.

Concluimos, assim, que a atuação do Conselho Nacional de Justiça no âmbito das quatro funções sistematizadas neste trabalho, ou seja, normativa, fomento, monitoramento e coordenação institucional, alinha-se à ideia de construção de pontes de transição, da promoção de conversações e entrelaçamentos entre ordens jurídicas, especialmente entre a nacional e interamericana, no sentido do fortalecimento do sistema de proteção de direitos humanos e fundamentais. Trata-se de uma concepção heterárquica, o que encontra respaldo na teoria do transconstitucionalismo.

Essa prática tem contribuído para a atualização da programação da ordem jurídica interna à luz dos influxos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), tornando o CNJ um ente propulsor no contexto da densificação do sistema de proteção dos direitos humanos e fundamentais no Brasil.

Por fim, em um cenário de erosão de algumas instituições históricas em nosso país, seja por omissão ou incapacidade no exercício das respectivas atribuições, constatamos o risco de que o CNJ seja transformado em uma espécie de arquétipo de herói corporativo, sendo chamado a atuar em contextos que fogem às suas atribuições ou capacidades técnicas. Da mesma maneira, deve-se evitar a tentação de considerar o transconstitucionalismo uma panaceia capaz de resolver os mais diversos males que assolam a nossa sociedade, em especial no sistema do direito, pois, conforme reconhece o próprio autor da teoria, ele é um produto escasso na sociedade mundial.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; Campos, Ricardo. Caminhos do Constitucionalismo Global: por uma antropofagia hermenêutica. In: ABBOUD et al. **Constitucionalismo global**. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 11-62.

ALVES, Eliana Calmon. Conselho Nacional de Justiça – Fundamentos, processo e gestão. In: MENDES, Gilmar F.; SILVEIRA, Fabiano Augusto M.; MARRAFON, Marco A. **Conselho Nacional de Justiça: fundamentos, processo e gestão**; coordenação executiva: Atalá Correia, Ricardo Morishita Wada. São Paulo: Saraiva, 2016 (Série IDP: Linha doutrina), p. 70-90.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BÍBLIA. **A Bíblia Sagrada**. Tradutor: João Ferreira de Almeida. 2.ed. Barueri, São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BORGES, Thiago Carvalho. O monitoramento e fiscalização do cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a relação heterárquica entre o Direito internacional e o Direito brasileiro. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, vol. 19, N. 1. 2022.

BRASIL. **Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 50/2023**. Apresentada em 27 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2391567>. Acesso em: 11: jul. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição. **PEC 96/1992**. Apresentação: 26/03/1992. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14373>. Acesso em: 12 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia no ES concede liberdade provisória a acusado**. 22 de maio de 2015. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-no-es-concede-liberdade-provisoria-a-acusado/>. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiências de Custódia**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **CNJ 18 anos**: Conselho amadurece atuação e transforma relação com a sociedade. 14 de junho de 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-18-anos-conselho-amadurece-atuacao-e-transforma-relacao-com-a-sociedade/#:~:text=Transforma%C3%A7%C3%A3o%20social%2C%20otimiza%C3%A7%C3%A3o%20da%20presta%C3%A7%C3%A3o,excel%C3%Aancia%20em%20governan%C3%A7a%20e%20gest%C3%A3o>. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Direito à vida, anistia e direito à verdade**. Brasília: CNJ. 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/09/f3c02a70c7442459b17ca9684b2e7946.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Em ato público, CNJ reafirma o compromisso do Judiciário brasileiro com a garantia dos direitos humanos**. 27 de outubro de 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/em-ato-publico-cnj-reafirma-o-compromisso-do-judiciario-brasileiro-com-a-garantia-dos-direitos-humanos/#:~:text=%E2%80%9CO%20Poder%20Judici%C3%A1rio%20brasileiro%20continuar%C3%A1,e%20%C3%A0%20dignidade%E2%80%9D%2C%20disse>. Acesso em: 07 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Em Brasília, Corte Interamericana de Direitos Humanos abre 167º Período de sessões**. 20.05.2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/em-brasilia-corte-interamericana-de-direitos-humanos-abre-167o-periodo-de-sessoes/>. Acesso em: 22 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Observatório do Meio Ambiente do Poder Judiciário**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/observatorio/observatorio-meio-ambiente/>. Acesso em: 07 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pena Justa**: Plano Nacional para o Enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Sumário Executivo. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/sumario-executivo-pena-justa-consulta-publica.pdf>. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Presidente do CNJ participa de lançamento do Projeto Audiência de Custódia**. 6 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/presidente-do-cnj-participa-de-lancamento-do-projeto-audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Programa Fazendo Justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/fazendo-justica/>. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Audiência de Custódia: 6 anos**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-6-anos-audiencia-custodia.pdf>. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 325, de 29 de junho de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3365>. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 348, de 13 de outubro de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 487, de 15 de fevereiro de 2023**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4960>. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 492, de 17 de março de 2023**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original144414202303206418713e177b3.pdf>. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 67, de 03 de março de 2009**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 75, de 12 de maio de 2009**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/100>. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema Carcerário, Execução Penal e Medidas Socioeducativas**. Plano Pena Justa. Diálogos interinstitucionais. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/plano-pena-justa/dialogos-interinstitucionais/>. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp->

<content/uplo:ads/2024/05/sumario-executivo-pena-justa-consulta-publica.pdf>. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Decreto nº 678/1992**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 19 jul. 2024.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 12. Ago. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. **Atas da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público**. 1987.a. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/3c_Subcomissao_Do_Poder_Judiciario.pdf. Acesso em: 05 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. **Atas da Comissão de Sistematização**. 1987.b. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Assembleia Nacional Constituinte. **Atas da Assembleia Nacional Constituinte**. 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N016.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 29/2000**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/44577>. Acesso em: 12. ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 04 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 473-DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 de março de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 12-DF**. Julgamento em 20 de agosto de 2008. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur171166/false>. Acesso em: 12 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (Medida Liminar) nº 3367**. Julgamento em 13 de abril de 2005. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&numProcesso=3367>. Acesso em: 12 ago. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4145-DF**. Julgamento em 26 de abril de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428873/false>. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240**. Julgamento em 20 de agosto de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%205240%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4638-DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 03 de julho de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur484546/false>. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6259**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 22 de agosto de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206259%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6324**. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 22 de agosto de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206324%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1076-MC**. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, DF, 25 de junho de 2024. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%201076%22&base=decisooes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 13 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347-DF**. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>. Acesso em: 21 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635-RJ**. Julgamento em 18.08.2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433905/false>. Acesso em: 21 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343**. Julgamento em 03.12.2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>. Acesso em: 21 jul. 2024.

BRIOSCHI, L.; BITTI, C. Leal Vieira; FABRIZ, D. Cesar. O Transconstitucionalismo e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil. **Cadernos Eletrônicos Direito Internacional sem Fronteiras**, v. 4, n. 1, p. e20220111, 5 out. 2022. Disponível em: <https://www.cadernoseletronicosdisf.com.br/cedisf/article/view/165/100>. Acesso em: 07 nov. 2024

CAMPOS, Ricardo. **Metamorfose do direito global**: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: 2012. Edições Almedina S/A.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

CARRAZZA, Roque. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Tercera Edición Aumentada. Buenos Aires: Editora Abelado-Perrot, 1986.

CHRISTOFOLETTI, Lilian. Lula critica “caixa preta do Judiciário e defende controle. **Folha de São Paulo**, 23 de abril de 2003. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2304200302.htm>. Acesso em: 16 set. 2024.

COMISIÓN Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), **Panorama Social de América Latina y el Caribe**, 2023 (LC/PUB.2023/18-P/Rev.1), Santiago, 2023.

Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/a7e44226-d41f-4a4a-b84e-f02e415bd620/content>. Acesso em: 22 jul. 2024.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 11**: povos indígenas e tribais. Tradução de María Helena Rangel. San José, C.R.: Corte IDH, 2022; Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11_2022_port.pdf. Acesso em: 21 jul. 2024.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 36**: Jurisprudência sobre o Brasil. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo36_2022_port1.pdf. Acesso em: 21 jul. 2024.

CORTE IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Pareceres consultivos**. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm?lang=pt. Acesso em: 20 jul. 2024.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. **Ambassade de France au Brésil**, 13 jan. 2017. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 11 jul. 2024.

ELMAUER, D. Transconstitucionalismo: Do acoplamento estrutural à racionalidade transversal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.]**, v. 108, p. 855-864, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/68006>. Acesso em: 11 jul. 2024.

FABRIZ, Daury Cesar. **Biotética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FONSECA, Vitor. A Recomendação CNJ n. 123/2022 e a jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 52, p. 217-233, ago. 2023. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/124701/89659>. Acesso em: 03 set. 2024.

GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da constituição**: a transformação paradigmática da teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Lisboa: Edições Almedina, 2020.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Mendes da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, matéria, palavra e poder de uma república eclesiástica e civil**. Tradução de Gabriel Lima Marques e Renan Marques Birro. Petrópolis, RJ: Vozes, 2020.

HOSPERS, John. **Introducción al análisis filosófico, 1**. Versión española de Julio César Arnero San José. Revisión de Néstor Míguez. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 1976.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

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

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa/Portugal: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAZARI, Rafael de. **Conselho Nacional de Justiça**: dimensões operacionais e controvérsias. Curitiba: Juruá, 2017.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Exame de Convencionalidade dos Direitos Humanos no Brasil: A Recomendação nº 123/2022 do CNJ e sua aplicação no Plano Trabalhista. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região**, nº 42, 2023,

p. 157-178. Disponível em: <https://revistas.trt7.jus.br/REVTRT7/article/view/153/151>. Acesso em: 03 set. 2024.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Kriger; tradução das citações em latim de Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACIEL, Cláudio Baldino. **O Juiz independente no Estado Democrático**. Palestra apresentada na Reunião do Grupo Ibero-americano da União Internacional de Magistrados, em 25 de fevereiro de 2000, na Costa Rica. Disponível em: https://www.dhnet.org.br/w3/fsmrn/biblioteca/28_claudio_maciel.html. Acesso em: 04 ago. 2024.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. A reforma do Poder Judiciário Brasileiro: motivações, quadro atual e perspectivas. Conferência proferida no “Seminário sobre a Reforma do Judiciário”, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 24 e 25 de fevereiro de 2003, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, Brasília-DF. **R. CEJ**, Brasília, n. 21, p. 79-86, abr./jun. 2003. Disponível em: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1315/artigo13.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 ago. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira. As contribuições do CNJ para o Judiciário brasileiro. **Revista Justiça & Cidadania**, ed. 143, 18 de julho de 2012. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/as-contribuicoes-do-cnj-para-o-judiciario-brasileiro/>. Acesso em: 28 ago. 2024.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Apresentação: Renato Janine Ribeiro. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA, Nelson Camatta. LORENZONI, Lara Ferreira. Invenção da democracia e dos direitos humanos. **ConJur**, 4 fev. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-04/moreirae-lorenzoni-invencao-democracia-direitos-humanos/>. Acesso em: 29 jul. 2024.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Democracia e Direitos Humanos**. 15 de setembro de 2010. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/55783-democracia-e-direitos-humanos>. Acesso em 18 jul. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal da Democracia**: resolução A/62/7. Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, setembro de 1997. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/243080/000954851.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jul. 2024.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. Dezembro de 2014.b, p. 201-232. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/MrhW55tXvNwHyZb4jWK6shB/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 9 jul. 2024.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 20, jan/mar. 2014.a. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502958>. Acesso em: 13 jul. 2024.

NEVES, Marcelo. Primeiro comentário em torno de fugas e variações múltiplas sobre transconstitucionalismo. In: CALÁBRIA, Carina; PALMA, Maurício (Orgs.). **Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 197-215.

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

PERIM, Maria Clara Mendonça; FABRIZ, Daury Cesar. A afirmação constitucional e transconstitucional dos direitos fundamentais: justiça ou democracia? **Revista Quaestio Iuris**, [S. l.], v. 15, n. 1, p. 97–117, 2022. DOI: 10.12957/rqi.2022.52597. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/52597>. Acesso em: 4 nov. 2024.

OLIVEIRA, Gisele Souza de. FABRIZ, Daury Cesar. Transconstitucionalismo como técnica para a densificação do sistema de proteção dos Direitos Humanos: uma análise a partir do Julgamento da APDF 347 pelo Supremo Tribunal Federal. In: LARA, Caio Augusto; SANTOS, Diogo de Almeida Viana dos; TORRES, Vivian de Almeida Gregori. **VI Encontro Virtual do CONPEDI**. Constituição, teoria constitucional e democracia I [recurso eletrônico online]. Florianópolis: CONPEDI, 2024, p. 256-272. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/v38r977z/4o4d9lix/ZVv4zUJ5vV5TinBh.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH. **Mecanismos Nacionais de Implementação de Recomendações de Direitos Humanos**: aprovado em 26 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/MecanismosSeguimiento_ES.pdf. Acesso em: 30 ago. 2024.

PALMA, Maurício. Heterarquias Hierárquicas: Semânticas e Paradoxos de Atuais Arranjos Jurídicos Globais. In: CALÁBRIA, Carina; PALMA, Maurício (Orgs.). **Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 125-168.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, jan./dez. 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROCHA, Leonel Severo. Observaciones sobre autopoiesis, normativismo e pluralismo jurídico. **Hendu - Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**, v. 2, nº 1, 2011. Pag. 56-70. Disponível em <https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/667/948>. Acesso em: 7 jul. 2024.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, pp. 473-496, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/385/440>. Acesso em: 8 jul. 2024.

ROSILHO, André Janjácomo. O poder normativo do CNJ: um caminho para se pensar o experimentalismo institucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, out/dez. 2011. Disponível em: <https://pauloandrenassar.wordpress.com/wp-content/uploads/2015/02/7-rosilho-cnj-e-experimentalismo.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2024.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. Tradução de Vicente Sabino Jr. São Paulo: CD, 2005.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Crítica a uma cultura estática e anestesiada dos Direitos Humanos. Um olhar a partir do instituinte. In: SÁNCHEZ RUBIO, David. **Direitos humanos instituintes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 17-63.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Introdução. In: SÁNCHEZ RUBIO, David. **Direitos humanos instituintes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 1-16.

SANTOS JÚNIOR, José Alfredo dos. **Do transconstitucionalismo à transjfundamentalidade**: verdade e memória na América Latina. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. Transição autoritária: o discurso de independência do judiciário e a Constituinte de 1987, IV Congresso Internacional de Ciências Criminais: Criminologia e Sistemas Penais Contemporâneos. **Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais**. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/39.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2024.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Apresentação. In: MENDES, Gilmar F.; SILVEIRA, Fabiano Augusto M.; MARRAFON, Marco A (Coords.). **Conselho Nacional de Justiça**: fundamentos, processo e gestão. Coordenação executiva: Atalá Correira, Ricardo Morishita Wada. São Paulo: Saraiva, 2016 (Série IDP: Linha doutrina), p. 15-17.

STRECK, Lenio Luiz. SARLET, Ingo Wolfgang. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Migalhas**, 21 de novembro de 2005. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/18408/os-limites-constitucionais-das-resulocoos-do-conselho-nacional-de-justica--cnj--e-conselho-nacional-do-ministerio-publico-cnmp>. Acesso em: 13 ago. 2024.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. Série IDP – linha Direito Comparado. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TEUBNER, Gunther. Quod omnes tangit (o que respeita a todos): constituições transnacionais em democracia? In: ABBOUD et al. (Orgs.). **Constitucionalismo global**. São Paulo: Contracorrente, 2022, p. 63-108.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. ROBL FILHO, Ilton Noberto. Accountability e Independência Judiciais: Uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45. mar. 2013, p. 29-46. . Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsocp/a/s7QsTNvBPDdBfPYTjTVD69S/abstract/?lang=pt#>. Acesso em: 12 ago. 2024.

TONET, Fernando. **Reconfigurações do constitucionalismo**: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TORELLY, Marcelo. Transconstitucionalização do Direito e Justiça de Transição: Elementos para a análise de emergências constitucionais por interações institucionais na Argentina e no Brasil. In CALÁBRIA, Carina; PALMA, Maurício (Orgs.). **Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 51-74.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

WELSCH, Wolfgang. Razão e Transição: Sobre o conceito de razão transversal. Cornell University Library. **Coleções**: Publicações acadêmicas da Internet. 01. Dez. 2003. Disponível em: <https://ecommons.cornell.edu/items/74a9df7e-e18e-4e1d-b5e7-bd09513c588f/full>. Acesso em: 09 nov. 2024.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. CASTRO, André Giovane. Direitos Humanos e estado de coisas inconstitucional: o transconstitucionalismo latino-americano na ADPF 347. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, vol. 11, n. 2, ago. 2021, p. 783-800. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7400/0>. Acesso em: 24 mar. 2024.

WERNER, José Guilherme Vasi. **O CNJ e a reconfiguração do campo judiciário**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio; Vlex; Synergia, 2019.