



Há espaço para o princípio *pro persona* no âmbito da racionalidade transversal do transconstitucionalismo?

Is there space for the pro persona principle in the framework of the transversal rationality of transconstitutionalism?

Francisco Camargo Alves Lopes Filho¹

 0000-0003-0931-3401
<http://lattes.cnpq.br/5158771181145477>

Thiago Oliveira Moreira¹

 0000-0001-6010-976X
<http://lattes.cnpq.br/8030681636075210>

Resumo

A expansão quantitativa e qualitativa do direito internacional e o surgimento de outras formas de produção jurídica têm suscitado discussões sobre novas formas de compreender o acoplamento entre os diversos ordenamentos jurídicos. Dentro desse novo conjunto de teorias, encontra-se o transconstitucionalismo, proposto por Marcelo Neves, amparado numa proposição de racionalidade transversal entre as ordens envolvidas na resolução de um problema constitucional concreto. Dessa forma, pretende-se investigar a compatibilidade da racionalidade transversal com a vertente normativa do princípio *pro persona*, uma das propostas clássicas de resolução de incompatibilidade entre os ordenamentos jurídicos. A pesquisa é eminentemente bibliográfica, empregando as obras do autor do transconstitucionalismo e de outros estudiosos que comentam a referida teoria, bem como escritos sobre a seleção normativa a partir do princípio *pro persona*.

Palavras-chave

Princípio *pro persona*. Racionalidade transversal. Seleção normativa. Transconstitucionalismo.

Abstract

The quantitative and qualitative expansion of international law and the appearance of other forms of legal production have sparked discussions about new ways of understanding the coupling between different legal systems. Within this new set of theories, we find transconstitutionalism, proposed by Marcelo Neves, supported by a transversal rationality proposition among the orders involved in the resolution of a concrete constitutional problem. Thus, it is intended to investigate the compatibility of transversal rationality with the normative aspect of the pro persona principle, one of the classic proposals for resolving incompatibility between legal systems. The research is eminently bibliographic, using the works of the author of transconstitutionalism and other scholars who study and comment on it, as well as writings on normative selection based on the pro persona principle.

Keywords

Pro persona principle. Transversal rationality. Normative selection. Transconstitutionalism.

¹ Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Av. Senador Salgado Filho, n. 3000, Lagoa Nova, 59078-970, Natal, RN, Brasil. Correspondência para/Corresponde to: F.C.A. LOPES FILHO. E-mail: <camargoa@live.com>.

Como citar este artigo/How to cite this article

Lopes Filho, F. C. A.; Moreira, T. O. Há espaço para o princípio *pro persona* no âmbito da racionalidade transversal do transconstitucionalismo? *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v.1, e205208, 2020.

INTRODUÇÃO

O crescimento quantitativo e qualitativo do direito internacional, o desenvolvimento de um direito supranacional, bem como o aparecimento de novas fontes de direito oriundas de atores não estatais tem despertado o interesse da doutrina pelo estudo de novas perspectivas no relacionamento entre as diversas ordens jurídicas que compõem a sociedade atual. Dentro desses pensamentos, fundados no reconhecimento da inexistência de primazia de uma ordem sobre as demais (heterarquia), encontra-se o transconstitucionalismo, proposto por Marcelo Neves.

O transconstitucionalismo surge com o objetivo de resolver problemas constitucionais (relacionados a direitos fundamentais ou separação de poderes) comuns a mais de uma ordem jurídica, independentemente de sua natureza (direito estatal, internacional, supranacional, transnacional, local) a partir da adoção de uma racionalidade transversal, empregada na resolução dos problemas decorrentes dos atritos entre tais sistemas jurídicos.

Nesse contexto de resolução de conflitos decorrentes de ordens normativas com dispositivos conflitantes, fala-se, corriqueiramente, especialmente no âmbito dos direitos humanos, na aplicação do princípio *pro persona*, como forma de garantir a prevalência da norma mais favorável ao indivíduo, a partir de seu uso como forma de seleção normativa dentre os diversos dispositivos aplicáveis ao caso concreto, ou, ainda, como ferramenta hermenêutica entre as exegeses possíveis.

Assim, com o presente estudo, pretende-se responder à seguinte indagação: o princípio *pro persona* pode ser aplicado no âmbito da racionalidade transversal proposta pelo transconstitucionalismo? Parte-se da hipótese de que a transversalidade da teoria de Marcelo Neves se trata de uma racionalidade mais ampla, que não se confunde com a proposta discursiva do princípio *pro persona*, embora seja possível, em alguns casos, que esse último se insira no âmbito da primeira, o que, ilustrativamente, dá espaço a uma ideia de continência (conteúdo e continente, respectivamente).

Dessa forma, objetiva-se verificar em que medida o princípio *pro persona* pode fazer parte do processo de aplicação da racionalidade transversal do transconstitucionalismo na resolução de incompatibilidades decorrentes do trato comum de questões constitucionais por mais de uma ordem jurídica. Especificamente, pretende-se estudar o acoplamento entre as diversas ordens jurídicas a partir dos aspectos gerais do transconstitucionalismo e do conteúdo discursivo da racionalidade transversal proposta por seu autor, especialmente a partir do esboço metodológico por ele proposto (Capítulo 2). Em seguida, busca-se analisar o princípio *pro persona* a partir do seu conceito e, especificamente, no seu uso como forma de escolha da norma a ser aplicável no caso concreto, quando estiverem envolvidas na questão normas oriundas de ordenamentos jurídicos distintos (Capítulo 3).

Finalmente, intenciona-se contrastar os resultados obtidos nos capítulos anteriores no

escopo de identificar se o conteúdo discursivo do princípio *pro persona* no que tange à escolha da norma a ser aplicável quando concorrem dispositivos oriundos de ordenamentos jurídicos diferentes encontra guarida na racionalidade transversal do transconstitucionalismo (Capítulo 4). Para tanto, far-se-á uso de fontes bibliográficas para evidenciar os principais pontos do transconstitucionalismo, notadamente a partir dos escritos de seu autor (complementando-a com trabalhos que a comentam, no escopo de evidenciar limites e propor rumos para seu desenvolvimento), bem como para construir o conteúdo e a aplicação do princípio *pro persona*.

Tal estudo se faz necessário para contribuir com o desenvolvimento adequado de uma metodologia para o transconstitucionalismo, de modo a não esvaziar sua racionalidade discursiva a partir de anseios sociais e políticos que, apesar de legítimos, não podem desconfigurar o direito positivo como ele é.

1 O acoplamento entre ordens jurídicas no âmbito do transconstitucionalismo

O crescimento quantitativo e a expansão qualitativa do direito internacional que tiveram início no século passado culminaram com a conversão de sua natureza, que deixou de ser um direito eminentemente interestatal e se transformou em um direito capaz de fixar direitos e deveres aos indivíduos no interior dos Estados. Paralelamente, viu-se o desenvolvimento de novas instâncias de produção jurídica, seja pela assunção de um nível supranacional de governança, bem como pelo reconhecimento de normas oriundas de atores privados ou quase-públicos.

Esse novo conteúdo jurídico repercute, mais ou menos, em uma variedade de campos regidos pelos ordenamentos dos Estados e, por vezes, são a eles contrários, surgindo, então, a necessidade de se buscar novas formas de compatibilização, que sejam capazes de levar em consideração todas as perspectivas jurídicas envolvidas no conflito normativo ou interpretativo, tendo em vista a impossibilidade de fazê-lo por meio das teorias clássicas de primazia do direito constitucional ou do direito internacional.

Assim, ao lado de teorias como interconstitucionalidade, constitucionalismo multinível, pluralismo constitucional e outras, surge o transconstitucionalismo, proposto por Marcelo Neves, como pensamento vocacionado à resolução de problemas constitucionais envolvendo duas ou mais ordens jurídicas, independentemente de sua natureza.

A seguir, pretende-se expor os aspectos gerais do transconstitucionalismo e, em seguida, analisar a racionalidade transversal proposta por Marcelo Neves como metodologia para aplicação de sua teoria.

1.1 Aspectos gerais do transconstitucionalismo

O transconstitucionalismo surge como teoria heterárquica vocacionada à resolução de problemas de natureza constitucional, ou seja, envolvendo matéria de direitos fundamentais ou

separação de poderes², decorrentes de conflitos normativos existentes entre as mais diversas ordens jurídicas (estatal, internacional, supranacional³, transnacional⁴, local *etc.*), sem que se confira primazia teórica em abstrato a qualquer uma delas. A presença dessas ordens jurídicas não estatais no tratamento de temas eminentemente constitucionais decorre do fato de que diversos problemas de escala mundial (migrações, meio ambiente, conflitos armados, terrorismo, intensificação de miséria e desigualdades *etc.*) não podem ser apreciados isoladamente pelos Estados, em virtude da reduzida capacidade política e técnica para tanto^{5,6}.

A problemática da insuficiência das Constituições se revela a partir da percepção de que os antigos “problemas nacionais” se revelaram como envolvendo também ordens jurídicas e contextos sociais diversos, de maneira que escapam do controle estatal puro, de maneira que os limites das Constituições nacionais não poderia mais ser ignorado⁷. Dessa forma, o aparecimento de problemas envolvendo a temática dos direitos humanos e fundamentais que escapam à circunscrição territorial ao qual o Estado exerce seu poder e atinge bem tutelados por diversas outras ordens jurídicas apontam para a necessidade de uma reformulação do conceito clássico de constitucionalismo na resolução de tais problemas, que não podem mais permanecer limitados ao âmbito estatal⁸.

Na verdade, apesar de ator fundamental e indispensável na resolução de problemas constitucionais, o Estado perdeu o monopólio sobre essa área temática, de modo que, hoje, passa a ser apenas um dos locais que concorrem em termos de cooperação para o tratamento desses problemas⁹.

Por outro lado, Marcelo Neves não enxerga abertura do constitucionalismo para

² O recorte de aplicação restrito aos problemas de cunho constitucional se justifica pelo fato de que a teoria de Marcelo Neves é uma proposta resolutiva para os novos desafios experimentados pelo constitucionalismo do séc. XVIII na sociedade contemporânea, notadamente a relevância que esses temas ganham “para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução” (NEVES, M. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, n. 93, p. 205-206, 2014).

³ Marcelo Neves restringe o conceito de supranacionalidade a uma “organização fundada em tratado que atribui, para os seus próprios órgãos, competências de natureza legislativa, administrativa e jurisdicional abrangente no âmbito pessoal, material, territorial e temporal de validade com fora vinculante direta para os cidadãos e órgãos dos Estados-membros” apontando que a União Europeia é a sua única manifestação atualmente (NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 152).

⁴ Ordens transnacionais seriam aquelas construídas por atores ou organizações privados ou quase públicos, ou seja, sem a presença de um ente estatal, como ocorre com a *lex mercatoria*, a *lex digitalis* e a *lex sportiva*.

⁵ CARVALHO, A. D. Z. Cosmopolitismo ou transconstitucionalismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo. In: CALABRIA, C.; PALMA, M. (org.). *Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 76-77.

⁶ Visto de fora, isso é, por alguém que não seu autor, o transconstitucionalismo é descrito como “esse esforço da construção recíproca de ‘pontes de transição’ entre as mais diversas espécies de constituição. Essas ‘pontes de transição’ possibilitam o intercâmbio e aprendizado recíprocos entre os mais diversos tipos de racionalidades” (ELMAUER, D. Revisitando os limites e possibilidades do transconstitucionalismo: o atual horizonte de tendências e contra-tendências do modelo. In: CALABRIA, C.; PALMA, M. (org.). *Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 107).

⁷ NEVES, M. From transconstitucionalism to transdemocracy. *European Law Journal*, v. 23, p. 381, 2017.

⁸ SILVA, J. H.; SILVA, M. R. F. Entre tupã e o leviatã: o transconstitucionalismo e as ordens locais indígenas. *Revista Jurídica da Ufersa*, v. 1, n. 1, p. 166, 2017.

⁹ NEVES, M. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 201, p. 211, 2014.

espaços além das fronteiras de cada Estado como fundamento para admissão do surgimento de novas Constituições, mas o interpreta como a concorrência de tratamentos normativos por diversas ordens jurídicas, inclusive não estatais, para o mesmo problema constitucional^{10,11}. Assim, diferentemente de outras teorias (como o constitucionalismo multinível e o pluralismo constitucional), não interessa ao transconstitucionalismo a análise acerca da existência de outras esferas constitucionais para além do Estado quando uma nova ordem surge com pretensão de autonomia; na verdade, “o fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas”¹².

A pretensão do transconstitucionalismo não envolve a criação de uma nova instância jurídica de resolução de conflitos normativos de natureza constitucional¹³ – inclusive porque tal proposta seria totalmente incompatível com abertura espontânea e o princípio heterárquico que o amparam¹⁴ –, tampouco é vocação da teoria transconstitucional a unidade constitucional do sistema jurídico mundial¹⁵. Por essa razão, ao lidar com a resolução de problemas constitucionais múltiplos envolvendo diversas ordens jurídicas, o transconstitucionalismo acaba operando, inclusive, com mais de duas ordens jurídicas em torno da mesma questão, prática corriqueira no âmbito dos direitos humanos.

Além disso, é pertinente registrar que o transconstitucionalismo não pode ser reduzido ao fenômeno do diálogo das cortes¹⁶, considerando que, não raras vezes, os problemas transconstitucionais são enfrentados em ambientes alheios aos tribunais, atingindo órgãos administrativos, legislativos e, também, organismos internacionais¹⁷, supranacionais não judiciais e atores privados ou tribais, como no caso da América Latina, entendimento que

¹⁰ MENESES DO VALE, L. A. M. The theories of interconstitutionality and transconstitucionalism: preliminary insights from a jus-cultural perspective (with a view to transnational social justice). *Unio EU Law Journal*, v. 1, p. 55-76, 2015.

¹¹ Vamos nos valer da seguinte síntese para expor os pressupostos teóricos do transconstitucionalismo: “[e]m um trabalho recente, denominado Transconstitucionalismo, Neves buscou de forma original, utilizar o conceito de “racionalidade transversal” (elaborado pelo filósofo alemão Wolfgang Welsch) juntamente com a teoria dos sistemas sociais de Luhmann a fim de, especificamente demonstrar que entre sistemas autopoieticos é possível estabelecer mecanismos de aprendizado recíprocos, não se atendo apenas aos acoplamentos estruturais. Será à exposição breve dessa empreitada que se prestará o presente artigo” (ELMAUER, D. Transconstitucionalismo: do acoplamento estrutural à racionalidade transversal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, p. 856, 2013).

¹² NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 121.

¹³ Sobre a proposta de criação de uma Corte Constitucional Internacional, Cf. ACHOUR, Y. B.; CUNHA, P. F. *Pour une Cour Constitutionnelle Internationale*. Oeiras: Causa das Regras, 2017.

¹⁴ NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 236.

¹⁵ NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 122.

¹⁶ Para um estudo sobre o tema, vide: MOREIRA, T. O. O necessário diálogo interjurisdicional entre a jurisdição brasileira e a interamericana. MENEZES, W. (org.). *Tribunais internacionais e a relação entre o direito internacional e o direito interno*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 478-495.

¹⁷ É o caso, por exemplo, de um transconstitucionalismo aplicado ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, cujo órgão encarregado de verificar o cumprimento de seus dispositivos, o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, não é caracterizado como tribunal, bem como é viável a aplicação do transconstitucionalismo nas relações entre o direito dos Estados e o direito internacional do trabalho, processo que envolve os órgãos da Organização Internacional do Trabalho competentes para apreciar o cumprimento das suas resoluções (sobre esse último, Cf. CARDOSO SQUEFF, T. A. F. R.; SQUEFF, A. B. A efetividade do direito do trabalhador: por um diálogo necessário entre o direito internacional e o direito do trabalho através do transconstitucionalismo. *Prisma Jurídico*, v. 16, n. 1, p. 205-240, 2017).

advém do reconhecimento de que o transconstitucionalismo se dá com as ordens jurídicas das mais diversas naturezas.

Diferentemente do que se pode imaginar, a instrumentalidade do transconstitucionalismo não é a propositura de procedimentos para o intercâmbio entre as diversas ordens jurídicas que atuam na órbita de determinado problema constitucional. Por essa razão, há quem o critique sob a acusação de que ele seria uma teoria meramente descritiva e não propositiva¹⁸. Discordando dessa visão, há de se reconhecer que a novidade e a sofisticação do transconstitucionalismo residem não em elementos procedimentais (controle de convencionalidade¹⁹, duplo controle, margem de apreciação, consultas *etc.*), mas numa proposta discursiva vocacionada à articulação de ordens jurídicas em torno de um mesmo problema constitucional comum.

A necessidade de estabelecimento dessa racionalidade jurídica própria reside no fato de que o meio por onde ela será veiculada será ineficiente se empregado sem uma abertura à racionalidade parcial das outras ordens, como mera bricolagem²⁰. No caso do transconstitucionalismo, Marcelo Neves propõe uma racionalidade transversal para o acoplamento entre ordens jurídicas diversas.

1.2 A racionalidade transversal como metodologia do transconstitucionalismo

Segundo o próprio autor da teoria do transconstitucionalismo, racionalidade transversal se trata do uso de “mecanismos estruturais que possibilitam o intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas, que, conforme o tipo e a singularidade dos respectivos sistemas ou discursos e de acordo com suas relações específicas, variará intensamente na forma e no conteúdo”²¹.

O uso dessa racionalidade, implicante de uma dinâmica permanente de relacionamento entre os sujeitos envolvidos, afasta qualquer perspectiva de hierarquia entre as ordens aproximadas para a resolução do problema constitucional concreto, de maneira que, nos termos da classificação adotada por Vicki C. Jackson²², fala-se em um modelo de engajamento

¹⁸ Nesse sentido, Cf. ACOSTA ALVARADO, P. A. Diálogo judicial, pluralismo constitucional y constitucionalismo multinível: el ejemplo colombiano. In: FIGUEIREDO, M.; CONCI, L. G. A. (coord.); GERBER, K. (org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 318.

¹⁹ Para um estudo do controle de convencionalidade na Justiça do Trabalho, vide: BELTRAMELLI NETO, S.; MARQUES, M. T. Controle de convencionalidade na justiça do trabalho brasileira: análise jurisprudencial quantitativa e qualitativa. *Revista Opinião Jurídica*, v. 18, n. 27, p. 45-70, 2020.

²⁰ Já a bricolagem se verifica quando a citação de outros tribunais se dá desprovida de “qualquer adaptação ou desenvolvimento de argumentos, são meras referências que operam no campo numérico (mais citações, mais pesquisa ou erudição) mas que servem, ao final, como meros apoios unilaterais do que se pretende decidir”, sendo, por vezes, “desnecessárias, equivocadas ou mesmo superadas nos tribunais de origem”. CONCI, L. G.; GERBER, K. Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade. In: GERBER, K. (org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 236.

²¹ NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 38.

²² Em síntese, a classificação de Vicki C. Jackson quanto às relações entre constituições domésticas e as fontes do direito transnacional, elas podem assumir três formas: um modelo de convergência, pelo qual há uma tentativa de convergir com o direito das outras nações; uma atitude de resistência, isso é, resistindo às influências externas; e, finalmente, um modelo de engajamento, que permite ser informado, embora não controlado, pelas considerações de outros sistemas legais e pelas questões por eles postas no momento de interpretação da própria constituição (JACKSON, V. C. Constitutional comparisons: convergente, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 1, p. 109-128, 2005).

(*engagement model*), ou seja, reconhece-se a existência de múltiplos interlocutores em torno da questão. Refuta-se, pois, qualquer modelo de convergência (quando uma ordem se enxerga subordinada à outra), bem como de resistência (quando uma ordem se julga superior à outra)²³.

Por outro lado, há de se considerar que se usa o conceito de uma racionalidade transversal – no singular – para facilitar sua descrição enquanto objeto de estudo; porém mesmo Marcelo Neves esclarece que, em verdade, cuida-se de racionalidades transversais parciais – no plural –, tendo em vista que cada uma delas “está vinculada estruturalmente às correspondentes racionalidades particulares, para atuar como uma ‘ponte de transição’ entre elas”²⁴. Essa sutileza indica que, apesar da existência de uma suposta “teoria geral da racionalidade transversal”, sua aplicação em cada caso concreto faz com que ela adquira contornos próprios que a diferencia de seus empregos em outras circunstâncias. Aproveitando os vocábulos do próprio autor, pode-se dizer que, enquanto ponte, a racionalidade transversal parcial se adapta aos pedaços de terra (racionalidades particulares) cujo contato se pretende estabelecer.

A racionalidade do transconstitucionalismo pressupõe “formas transversais de articulação para a solução do problema”, a partir da observação recíproca entre as ordens envolvidas ao redor do problema posta, no escopo de buscar a compreensão dos próprios limites e as possibilidades de contribuição para solucioná-lo, providência feita a partir da reconstrução da identidade da ordem (ego) a partir da alteridade (*alter*), admitindo-se a alternativa de que “o ponto cego, o outro pode ver”²⁵.

Assim, a racionalidade transversal implica uma necessária desintegração interna no sentido de fazer com que a ordem se torne mais flexível e variável a partir dos elementos externos trazidos pelas outras racionalidades particulares, situação que, no campo jurídico, fica mais evidente quando se considera a existência de um código binário comum a todos os sistemas de direito (lícito/ilícito)²⁶.

Nesse contexto, o transconstitucionalismo pode, inclusive, ser utilizado para a resolução de um determinado problema constitucional a partir do emprego da racionalidade particular de uma ordem jurídica que, naquela situação, não possua aplicação para o caso

²³ Sobre esse ponto, vale destacar as palavras do próprio autor do transconstitucionalismo: “Evidentemente, não se trata no transconstitucionalismo de ‘diálogos’ constitucionais orientados para o entendimento entre cortes ou instância de ordens jurídicas diversas. Os problemas transconstitucionais importam a dimensão contenciosa. E, mesmo quando se trata de ‘diálogo’, este não deve ser entendido em termos de conciliação ou consenso, mas, antes, para referir a formas de comunicação destinadas à absorção do dissenso, assumindo a dupla contingência” (NEVES, M. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, n. 93, p. 214-215, 2014).

²⁴ NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 42.

²⁵ NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, n. 93, p. 226-227, 2014.

²⁶ NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, n. 93, p. 212-213, 2014.

concreto²⁷. É a hipótese, por exemplo, do recurso à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos pelo juiz brasileiro (o Brasil não é parte da Convenção homônima) quando se pretende interpretar algum dispositivo constitucional. Contudo, deve-se estar atento ao fato de que, nesse caso, as possibilidades ficam mais restritas em virtude da falta de adesão do Estado brasileiro à ordem consultada, fazendo com que a aplicação do transconstitucionalismo fique restrita à esfera hermenêutica e mais estritamente balizada pela *lege lata* constitucional.

No capítulo dedicado ao esboço de uma metodologia transconstitucional, Marcelo Neves indica que o ponto de partida de tal construção é a dupla contingência permanente que se espera do processo de observância recíproca entre as ordens envolvidas e suas organizações, por meio do qual se pretende que uma determinada ordem, tomando consciência da possibilidade de que outra aja de maneira diversa da que se espera, acabe se autocatalisando e moldando o agir da outra num processo que culmina em um círculo autorreferencial²⁸. Com efeito, isso “não significa a negação da identidade conforme um modelo inocente de pura convergência”; trata-se, porém, de uma permanente abertura cognitiva e normativa às ordens entrelaçadas no problema constitucional concreto²⁹.

Dessa forma, o primeiro passo³⁰ para o desenho de um método transconstitucional reside na contenção. Entretanto, não há que se falar em contenção como uma finalidade em si, mas sim a relacionando com a dupla contingência, ou seja, a possibilidade de alteração da identidade a partir da alteridade, a possibilidade de se deixar descobrir e surpreender a partir do outro³¹. Com isso, objetiva-se a construção de metodologia apta a propiciar uma racionalidade transversal entre as ordens jurídicas envolvidas na resolução do problema constitucional posto, o que será feito a partir da diferenciação funcional construtiva entre as ordens jurídicas no plano de suas respectivas autofundamentações, por meio do desenvolvimento das pontes de transição³². Tem-se, aí, um método de estimulação recíproca de diferentes ordens envolvidas rumo a um processo de autotransformação capaz de fazê-las

²⁷ Com posicionamento semelhante, com o qual não há concordância integral: “Nessa linha, note-se que o fundamento a ser utilizado para a efetiva proteção dos direitos fundamentais do trabalhador não é uma questão principiológica atrelada ao artigo oitavo da CLT, dando ensejo à discussão da hierarquia das regras materiais de direitos humanos quando internalizadas no ordenamento jurídico nacional, mas sim a tese transconstitucional, a qual possibilita a pura e simples utilização da Norma mais Benéfica ao operário, em um determinado caso concreto, sem exigir o procedimento demorado de internalização de atos internacionalmente concebidos no ordenamento pátrio” (CARDOSO SQUEFF, T. A. F. R.; SQUEFF, A. B. A efetividade do direito do trabalhador: por um diálogo necessário entre o direito internacional e o direito do trabalho através do transconstitucionalismo. *Prisma Jurídico*, v. 16, n. 1, p. 233, 2017).

²⁸ NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 270.

²⁹ NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 272.

³⁰ Pertinente o lembrete feito novamente por Marcelo Neves no capítulo dedicado ao esboço metodológico de sua teoria que tal construção deve partir não de uma determinada ordem jurídica previamente determinada, mas, sim, o problema constitucional concretamente analisado. Cf. NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 275).

³¹ NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 274-275.

³² NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 277.

cada vez mais inclinadas a um diálogo³³.

Essa construção, que passa pelo constante aprimoramento da teoria da racionalidade transversal do transconstitucionalismo, não é uma particularidade sua. No geral, a questão da colisão entre soluções jurisdicionais envolvendo tribunais de ordens diversas e bases normativas distintas (notadamente um órgão nacional e outro transnacional) parece se afastar de um “jogo binário de prevalências” e caminhar rumo à exigência de um ônus argumentativo mais robusto na resolução de problemas envolvendo, por exemplo, colisões entre direitos fundamentais³⁴.

Nessa perspectiva, que também nega a existência de uma vinculação simples e direta, surge a necessidade de impor racionalidade a uma decisão judicial que eventualmente rejeite a fundamentação de outra de nível transnacional no escopo de possibilitar um diálogo intersubjetivo³⁵. Ou seja, exige-se a fixação de parâmetros e o desenvolvimento de uma metodologia própria.

Assim, no escopo de verificar se o princípio *pro persona* pode ser empregado pela racionalidade transversal do transconstitucionalismo e qual a relação existente entre as duas teorias, de rigor o estudo da aplicação de referido princípio no relacionamento entre ordens jurídicas.

2 O princípio *pro persona* no relacionamento entre ordens jurídicas

Notadamente no âmbito do relacionamento entre o direito estatal e o direito internacional dos direitos humanos, tem-se desenvolvido respostas próprias às questões relacionadas ao conflito normativo entre normas internas e normas internacionais. Destaque-se, inclusive, que diversos tratados internacionais de direitos humanos trazem entre suas disposições a advertência de que, em nenhuma hipótese, seus termos podem ser utilizados para reduzir a proteção conferida no ordenamento interno^{36,37}. Tal assertiva garante que a

³³ MENESES DO VALE, L. A. M. The theories of interconstitutionality and transconstitucionalism: preliminary insights from a jus-cultural perspective (with a view to transnational social justice). *Unio EU Law Journal*, v. 1, p. 55-76, 2015.

³⁴ SILVA, V. A. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, M. (coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 106.

³⁵ SILVA, V. A. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, M. (coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 111.

³⁶ Nesse sentido, confirmam-se o artigo 5 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o artigo 29 (b) da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 4 (4) da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova York, por exemplo.

³⁷ Há, inclusive, quem reconheça o princípio *pro persona* como “*prescripción de carácter normativo, en tanto constituye un principio general del derecho internacional (24) de los derechos humanos, fuente principal en el sentido del art. 38.1.b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (principio fundamental, esencial, estructural, formulación de carácter normativo concreto, surgida de la práctica internacional con carácter de norma consuetudinaria del derecho de los derechos humanos, distinta de los principios generales del derecho (art. 38.1.c), que son máximas generales, abstractas nacidas en foro doméstico*” (DRNAS DE CLÉMENT, Z. La complejidad del principio pro homine. *Revista Doctrina*, n. 12, p. 103, 2015).

norma internacional não seja utilizada com finalidade contrária à sua vocação, qual seja, garantir um piso mínimo de tutela dos direitos humanos nos Estados membros.

A despeito das diversas terminologias empregadas tanto no *law in action* como no *law in books*, utilizar-se-á, neste trabalho, a expressão “princípio *pro persona*”, seja para não comungar do ideal machista que a designação “princípio *pro homine*” pode transmitir, seja para não causar confusões conceituais com os desdobramentos práticos (espécies) que o instituto em análise (gênero) apresenta.

Neste momento, pretende-se investigar o conceito do princípio *pro persona*, a partir de suas vertentes hermenêutica e de seleção normativa, com ênfase nessa última, tendo em vista que é por meio dela que a resolução de conflitos decorrentes de ordens jurídicas distintas é proposta.

2.1 O conteúdo do princípio *pro persona*

Em termos axiológicos, o ideal do princípio *pro persona* guarda consigo uma íntima vinculação com a garantia de prevalência dos direitos humanos, daí o porquê de ser aplicado eminentemente em casos de conflitos normativos ou interpretativos envolvendo, de um lado, direitos humanos previstos em tratados internacionais e, de outro, direitos fundamentais contidos nas Constituições dos Estados³⁸. Tal assertiva não exclui a possibilidade de uso do princípio *pro persona* na compatibilização de dois conjuntos normativos de direito internacional (por exemplo, um sistema regional e o sistema universal de direitos humanos), tampouco seu uso como ferramenta interpretativa no plano da jurisdição nacional. Ocorre que, em virtude do objeto do presente estudo envolver relações entre ordenamentos distintos, conflitos intrassistêmicos serão apenas mencionados, sem longas digressões.

O primeiro impacto trazido pela adoção do princípio *pro persona* diz respeito à impossibilidade de uma avaliação em abstrato da interpretação a ser conferida ou da norma a ser aplicada dentre a pluralidade de exegeses e dispositivos, respectivamente, culminando com a necessidade de se examinar, no caso concreto, as circunstâncias que o tornam particular, bem como todo o cenário jurídico que subjaz a questão³⁹.

Assim, pode-se afirmar que o princípio *pro persona* possui duas vertentes distintas, porém relacionadas entre si: a primeira diz respeito à eleição de uma interpretação dentre às viáveis para determinada norma, ao passo que a segunda se relaciona com a escolha da

³⁸ Sobre o assunto, vale a advertência de que os “direitos ditos fundamentais e humanos gozam de uma mesma carga normativa, distinguindo-se, tão somente, quanto à fonte de cada um deles: os primeiros da Constituição e os segundos de tratados internacionais” (CONCI, L. G.; GERBER, K. Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade. In: GERBER, K. (org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 236.).

³⁹ GOMES, J. T. S.; SCHÄFER, G. Da pirâmide à bússola: considerações sobre o princípio *pro homine* e seu uso na proteção dos direitos humanos. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, v. 3, n. 2, p. 29-33, 2017.

norma a ser aplicada dentre as aplicáveis ao caso concreto. São, respectivamente, os critérios hermenêutico e de seleção normativa⁴⁰. Nesse contexto, constata-se que o princípio *pro persona* se traduz em uma ordem de preferência entre as várias interpretações e normas possíveis, favorecendo, dessa forma, a maior e melhor proteção das pessoas e seus direitos⁴¹.

Na verdade, a questão da interpretação mais favorável não diz respeito unicamente ao direito internacional, tampouco se restringe ao panorama intersistêmico do direito contemporâneo. Com efeito, trata-se de, a partir dos resultados obtidos pelos tradicionais meios de interpretação jurídica (literal, histórico, sistêmico, teleológico *etc.*), escolher aquele que oferece a maior proteção ao indivíduo, otimizando a tutela do direito humano que se analisa.

Assim, por sua natureza sobremaneira interpretativa, o viés hermenêutico do princípio *pro persona* admite seu emprego em qualquer ramo do direito que envolva questões de direitos humanos e suas restrições. A esse respeito, Norberto Bobbio já reconhecia a existência da chamada interpretação *favorabilis* como critério hermenêutico empregado em casos de ambiguidade da norma jurídica⁴².

Esse reconhecimento, contudo, não o exime de críticas, notadamente aquelas decorrentes da dificuldade de serem estabelecidos critérios a serem empregados como parâmetros na aferição do que seria a interpretação mais favorável do direito em questão, inclusive na conciliação de suas perspectivas quantitativa (maior proteção) e qualitativa (maior proteção)⁴³. Daí as alegações de discricionariedade que põem em crise o uso do princípio como *pro persona* como vetor interpretativo⁴⁴.

Destaquem-se, ainda, as constantes ocorrências de conflitos interpretativos decorrentes da colisão entre direitos fundamentais titularizados por indivíduos distintos, tornando mais dificultoso o uso do princípio em virtude da consequente restrição de um direito decorrente da

⁴⁰ MEDELLÍN URQUIAGA, X. Principio pro persona: una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, v. 17, n. 1, p. 401, 2019.

⁴¹ MATA QUINTERO, G. El principio pro persona: la fórmula del mejor derecho. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 39, p. 212, 2018.

⁴² BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 99.

⁴³ MATA QUINTERO, G. El principio pro persona: la fórmula del mejor derecho. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 39, p. 212.

⁴⁴ Acerca da alegada ausência de racionalidade e constatação de discricionariedade no âmbito da teoria do sopesamento, vale o contra-argumento formulado por Virgílio Afonso da Silva: “[o] principal deles, menos voltado ao sopesamento em si e mais para a interpretação e aplicação do direito em geral, é a constatação de que não é possível imaginar qualquer forma de interpretação e aplicação que exclua totalmente a subjetividade do intérprete e do aplicador. Essa simples e trivial constatação é de extrema importância porque nenhum dos críticos do sopesamento parece estar disposto a demonstrar a existência de alternativas nesse sentido. A posição de Kelsen é, nesse sentido, emblemática. Embora tenha sido o autor que, em maior medida, tentou conferir ao direito um estatuto de ciência, os limites da sua objetividade podem ser percebidos em suas considerações acerca da interpretação jurídica. Segundo ele, não existe nenhum método que permita, diante das possibilidades interpretativas de um dispositivo legal, definir qual delas é a correta” (SILVA, V. A. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, M. (coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 104).

prevalência, em maior grau, de outro⁴⁵. Por outro lado, nesse tipo de situação, o princípio pode agir relativizando proteções absolutas a determinados direitos, conferidas unilateralmente por um dos ordenamentos⁴⁶, sendo necessário concorrer, para a resolução do caso concreto, a um exame racional da questão para identificar a melhor resposta em termos quantitativos e qualitativos⁴⁷.

No seu segundo aspecto, o princípio *pro persona* diz respeito ao exame de escolha da norma dentre aquelas aplicáveis ao caso concreto, optando-se por aquela que resulte em um maior grau de proteção do direito em análise, independentemente de sua origem normativa ou posição hierárquica. Esse aspecto lhe empresta feições de bússola, “direcionando a atuação do operador do Direito para a aplicação das disposições normativas que melhor realizam a proteção dos direitos humanos, conferindo-lhes primazia a partir da análise de cada caso concreto”⁴⁸. Tendo em vista que é justamente esse segundo aspecto o que mais interesse ao presente escrito, ser-lhe-á dedicada a íntegra do subcapítulo seguinte, que abordará o uso do princípio *pro persona* no conflito normativo envolvendo ordens jurídicas distintas.

2.2 A aplicação do princípio *pro persona* no conflito entre ordens jurídicas

Inicialmente, vale registrar que não é pretensão deste escrito investigar a fixação de critérios para a aplicação do princípio *pro persona*. Tendo em vista que o estudo que se faz neste momento diz respeito ao seu uso na resolução de conflitos entre normas de diferentes ordenamentos, permanecer-se-á no campo teórico de investigação acerca da natureza da vinculação existente entre as ordens envolvidas e da sua racionalidade discursiva.

⁴⁵ Sobre o assunto, André de Carvalho Ramos sustenta “a insuficiência do princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, justamente nos *hard cases*, nos quais dois direitos entram em *colisão aparente*” (CARVALHO RAMOS, A. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e os tratados de direitos humanos: o “diálogo das cortes” e a teoria do duplo controle. In: FIGUEIREDO, M.; CONCI, L. G. A. (coord.). GERBER, K. (org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 25. Grifo do autor.). Também sobre essa questão, Norberto Bobbio esclarece que “[o] cânone, por outro lado, é muito menos evidente do que possa parecer, pela simples razão de que a norma jurídica é bilateral, quer dizer, ao mesmo tempo atribui um direito a uma pessoa e impõe uma obrigação (positiva ou negativa) a outra, donde resulta que a interpretação a favor de um sujeito é ao mesmo tempo odiosa para o sujeito em relação jurídica com o primeiro e vice-versa” (BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 99).

⁴⁶ É a constatação de Yota Negishi: “*Such limits, however, do not render the pro homine principle completely meaningless in cases of conflicting rights. In the 2012 in vitro Fertilization judgment, the IACtHR relied on the pro homine principle to settle the collision between unborn children’s rights and mothers’ rights. In this context, the San José Court rejected the respondent’s argument that ‘its constitutional norms grant a greater protection to the right to life and, therefore, proceed to give this right absolute prevalence’.* 145 *This is because ‘this approach denies the existence of rights that may be the object of disproportionate restrictions owing to the defense of the absolute protection of the right to life, which would be contrary to the protection of human rights, an aspect that constitutes the object and purpose of the treaty’.* [...] *In this reasoning, the pro homine principle itself did not provide a direct answer for resolving the conflict of rights in question. The principle’s role is rather found in the previous stage – it relativizes the absolute protection of conflicting rights supported by the supremacy of the national constitution and thereby creates an open circumstance for striking an appropriate balance most favourable to persons in terms of their substance*” (NEGISHI, Y. The pro homine principle’s role in regulating the relationship between conventionality control and constitutionality control. *European Journal of International Law*, v. 28, n. 2, p. 479-480, 2017).

⁴⁷ Cf. MATA QUINTERO, G. El principio pro persona: la fórmula del mejor derecho. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 39, p. 201-228, 2018.

⁴⁸ GOMES, J. T. S.; SCHÄFER, G. Da pirâmide à bússola: considerações sobre o princípio pro homine e seu uso na proteção dos direitos humanos. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, v. 3, n. 2, p. 35, 2017.

Utilizado como critério resolutivo de antinomias envolvendo dispositivos oriundos de ordens jurídicas distintas, o princípio *pro persona*, apesar de não se classificar como parâmetro de controle de validade das normas – mas, sim, de eficácia delas, visto que se refere sempre à sua aplicação –, é tratado de duas formas pela doutrina: de um lado, há aqueles que enxergam nele uma perspectiva hierárquica, traduzindo a primazia do direito internacional sobre o direito estatal; do outro, há os que defendem a ausência de hierarquia na aplicação do princípio *pro persona*.

O primeiro grupo justifica sua pretensão na alegação de que o princípio se ampara na expressa previsão legal de diversos tratados internacionais⁴⁹ que determinam a aplicação da norma internacional no caso de o campo de proteção dessa segunda ser superior ao da primeira. Nessa visão, o viés hierárquico estaria identificado a partir da assertiva segundo a qual “[o] direito internacional público, assim, *sempre* prevalece ao direito interno, até mesmo para dizer que esse último é o que deve ser aplicado”⁵⁰.

A premissa é facilmente compreensível quando se considera que a proteção conferida pelo nível internacional funciona sempre como estândar mínimo de garantia, e não como a tutela a ser efetivamente observada pelos Estados vinculados a determinado tratado. Dessa forma, a instância internacional funcionaria como mecanismo de supervisão da obrigação assumida de fornecer, no mínimo, aquele padrão. Ou seja, o tratado internacional somente altera o plano normativo interno quando foi lhe acrescer algo de positivo em relação à tutela da pessoa humana, não agindo, em hipótese alguma, para reduzir esse patamar.

É o que se poderia dizer, por exemplo, da questão do depositário infiel no direito brasileiro: de um lado, o dispositivo constitucional traz duas exceções à vedação da prisão civil, do outro, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) apenas contém uma exceção. À luz da aplicação da vertente normativa do princípio *pro persona*, haveria de prevalecer a norma interamericana, pois mais vantajosa à tutela individual da liberdade da pessoa humana.

Todavia, insistir na visualização do princípio *pro persona* como uma manifestação da primazia do direito internacional sobre o direito estatal (ou seja, adotando-se uma visão hierárquica) traduz um apego excessivo à fonte normativa do dispositivo aplicado, pensamento incompatível com o princípio, que preza não pela origem do direito aplicado (forma), mas sim

⁴⁹ Cf. nota 37.

⁵⁰ MAZZUOLI, V. O.; BICHARA, J.-P. *O judiciário brasileiro e o direito internacional: análise crítica da jurisprudência nacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 3. Em sequência: “[h]á, como se vê, prevalência do direito internacional relativamente ao direito interno mesmo na hipótese em que o direito internacional deixa de ser aplicado (por sua própria vontade)” (*Ibid.* p. 4). Ainda: “[é] o próprio Direito Internacional, por meio de cláusulas previstas em tratados internacionais, que possibilita a aplicação de norma interna, desde que mais favorável ao indivíduo. De fato, essa cláusula de ‘primazia da norma mais favorável’ é assaz comum em tratados de direito humanos, nos quais firma-se, em geral, que as disposições da referida convenção não poderão ser utilizadas como justificativa para a diminuição ou eliminação de maior proteção oferecida por outro tratado. [...] A primazia da norma mais favorável ao indivíduo preconiza que é o Direito Internacional quem estipula a possibilidade de se invocar norma interna mais protetiva. Usa-se, então, a norma interna, porque a norma internacional fez-lhe referência” (CARVALHO RAMOS, A. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e os tratados de direitos humanos: o “diálogo das cortes” e a teoria do duplo controle. *In*: FIGUEIREDO, M.; CONCI, L. G. A. (coord.). GERBER, K. (org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 22-23).

por seu conteúdo (matéria). Esse é o principal argumento empregado por aqueles que defendem uma perspectiva heterárquica na aplicação do princípio *pro persona*. Nessa visão, fala-se não em prevalência do direito internacional ou do direito estatal, mas, sim, em primazia da pessoa humana⁵¹.

Tal posição, dita pluralista, vislumbra, na ausência de hierarquia, uma interação aberta e orientada a partir da substância normativa dos dispositivos aplicáveis no conflito de normas de direito internacional e direito estatal, opção bastante mais favorável aos indivíduos do que as doutrinas da primazia do direito internacional e do direito estatal⁵². Ademais, essa corrente reconhece uma relação de complementação na interação dos dois sistemas jurídicos vocacionada à proteção dos direitos humanos a partir da prevalência da norma mais favorável⁵³.

De toda forma, a conjuntura de sua aplicação é simples quando a conclusão a que chega o intérprete a partir do uso do princípio *pro persona* não culmina por inviabilizar a produção de efeitos de norma central de um dos ordenamentos envolvidos na situação concreta. É o caso, por exemplo, da prisão perpétua: prevista no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) e vedada pela Constituição Federal do Brasil, observa-se a existência de uma proteção internacional garantida em menor grau quando comparada com a tutela nacional. Ocorre que, nesse caso, a exigência de se fazer prevalecer a norma que impede a aplicação de prisão perpétua afetaria a cooperação do Estado brasileiro (ou de qualquer outro cujo ordenamento contenha disposição semelhante) e, conseqüentemente, prejudicaria o exercício da jurisdição internacional penal pelo TPI.

Além disso, a fixação de uma “via de mão única” decorrente da adoção do princípio *pro persona* resulta na impossibilidade de se admitir, em certos casos, a conclusão de um tratado internacional como fonte de norma que possua o condão de restringir determinado direito previsto em sede nacional, ainda que relativo a bem jurídico que guarde relação com outros direitos fundamentais ou separação de poderes e, assim, legitime a limitação.

Dessa maneira, constata-se que o emprego do princípio *pro persona* nos casos envolvendo a escolha da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto possui uma racionalidade discursiva limitada à busca do maior campo de proteção dos direitos humanos, sem estar aberta a outros elementos que podem compor a análise sistêmica da relação entre ordenamentos diversos.

Cumprido, agora, verificar se o princípio *pro persona* encontra guarida na racionalidade transversal do transconstitucionalismo, cuja racionalidade discursiva já foi analisada anteriormente.

⁵¹ PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 99.

⁵² NEGISHI, Y. The pro homine principle's role in regulating the relationship between conventionality control and constitutionality control. *European Journal of International Law*, v. 28, n. 2, p. 480, 2017.

⁵³ MOREIRA, T. O. *Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: Edufrn, 2015. p. 130.

3 O princípio *pro persona* é admitido pela racionalidade transversal do transconstitucionalismo?

Do quanto já exposto, verifica-se, inicialmente, que, se por um lado a racionalidade transversal do transconstitucionalismo possui um aspecto amplo de abertura dialogal entre os atores envolvidos no processo de resolução do problema constitucional do caso concreto – amplitude essa justificada pela tomada em consideração das ordens parciais em suas respectivas integralidades –, do outro o princípio *pro persona* possui uma racionalidade limitada à busca da norma que consiga potencializar a tutela dos direitos humanos.

A proposta discursiva do transconstitucionalismo, contudo, não é antagônica aos anseios (legítimos, frise-se) do princípio *pro persona*. A questão é apenas de abertura das ordens jurídicas mais garantistas em termos de proteção de direitos humanos a soluções que, mais ou menos – dependendo do caso concreto –, exijam delas algumas cessões em nome de bens jurídicos igualmente dignos de tutela.

Conforme explica o próprio Marcelo Neves, a leitura transconstitucional no campo dos direitos humanos envolve uma “rede de expectativas normativas” a partir de uma perspectiva dupla: inclusão generalizada pela sociedade mundial, bem como imunidade e isolamento das comunidades nativas em face das contaminações por essa mesma sociedade mundial, especialmente na forma de “imperialismo dos direitos humanos”⁵⁴.

Ainda no âmbito da dita sociedade mundial, o relacionamento entre o direito internacional e o direito estatal fornece exemplo de uma questão que pode envolver a redução do patamar de garantia de direitos humanos: é o caso da pena de prisão perpétua prevista no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (art. 77(1)(b)), conduta vedada pelos ordenamentos jurídicos de alguns Estados, dentre os quais a Constituição Federal do Brasil (art. 5º, XLVII, “b”)⁵⁵.

Faz-se necessário, pois, abertura à consideração dos argumentos do lado oposto, postura incompatível com uma racionalidade unidirecional movida pela busca de um resultado específico, por mais legítimo que possa ser como o é a busca pela proteção máxima dos direitos humanos^{56,57}. Não se trata simplesmente do debate entre universalização e regionalização dos direitos humanos, mas, sim, da constatação de que, por vezes, uma

⁵⁴ NEVES, M. From transconstitucionalism to transdemocracy. *European Law Journal*, v. 23, 2017, p. 386.

⁵⁵ Conforme indica Marcelo Neves, a resolução da questão envolve a compreensão dos fundamentos que levam cada uma das ordens a adotarem suas disposições que, quando confrontadas, mostram-se incompatíveis (as disposições, e não os fundamentos em si): “[p]or um lado, a compreensão de direitos humanos pelo direito internacional público parte das preocupações com os crimes escandalosos e chocantes contra a humanidade. Por outro, o ponto de partida da compreensão constitucional brasileira dos direitos fundamentais reside no entendimento de que a prisão perpétua viola os direitos humanos. Uma solução unilateral não é adequada nesse caso” (NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 148).

⁵⁶ Marcelo Neves critica o emprego de uma abordagem cosmopolita eurocêntrica ou ocidental, ou, ainda, de um pós-colonialismo que reivindica identidades culturais puras, imaculadas da influência estrangeira de ideias constitucionais quando se refere à imposição de uma determinada cultura jurídica de direitos humanos (NEVES, M. From transconstitucionalism to transdemocracy. *European Law Journal*, v. 23, p. 387/2017, p. 387).

⁵⁷ “O direito hegemônico serve hoje ao imperialismo cínico, produzindo através dos interesses das grandes potências e do poder econômico, os quais pervertem a real aplicabilidade de outras formas de direitos (tal como os direitos humanos) instrumentalizando-os apenas na forma de uma fachada simbólica. [...] O imperialismo (na forma de neocolonialismo ou pós-colonialismo) promovido pelos regimes hegemônicos leva à opressão e à paradoxal desdiferenciação da sociedade mundial” (ELMAUER, D. Revisitando os limites e possibilidades do transconstitucionalismo: o atual horizonte de tendências e contra-tendências do modelo. In: CALABRIA, C.; PALMA, M. (org.). *Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 117).

determinada ordem jurídica não é capaz de suportar a aplicação de dispositivo de ordenamento alheio, o que não prejudica seu comprometimento com uma finalidade legítima.

No caso da prisão perpétua, por exemplo (no qual se insiste para manter a unidade exemplificativa), tem-se que a imposição de pena de prisão perpétua não é um capricho de um regime autoritário, mas a tradução de uma preocupação com os riscos de impunidade dos agentes que cometeram os crimes mais graves em termos de violação a direitos humanos (penalidade aplicada apenas excepcionalmente e revista continuamente pelo Tribunal). Tal fundamento é facilmente identificado no espírito da Constituição Federal brasileira quando se fala em dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III, CF), prevalência dos direitos humanos e defesa da paz no âmbito das relações internacionais (art. 4º, II e VI, CF) e criação de um tribunal internacional de direitos humanos (art. 7º, ADCT).

Essa possibilidade não exclui o cenário hipotético no qual o Tribunal Penal Internacional prefira a aplicação de outras penalidades, especialmente quando se considera que a arquitetura jurídica do Estatuto de Roma busca alinhar os mais relevantes princípios de garantia dos direitos humanos no aspecto processual e material de direito penal das duas grandes famílias jurídicas (*common law* e *civil law*).

Mencione-se, em tempo, também a problemática envolvendo algumas práticas de povos originários incompatíveis com a proteção dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos ocidentais contemporâneos. Conforme expõe Marcelo Neves, a postura simplista de coibir certas condutas e, inclusive, punir penalmente esses grupos, pode levar à sua extinção, consequência incompatível com a perspectiva de uma racionalidade transversal, tampouco adequada aos preceitos que promovem o respeito às culturas indígenas nos casos de tribos isoladas⁵⁸.

Todavia, não se tratam a racionalidade transversal e o princípio *pro persona* de institutos absolutamente incompatíveis. Dessa forma, o critério da norma mais benéfica à proteção dos direitos humanos pode ser utilizado no emprego da racionalidade transversal, especialmente quando se considera que, atualmente, a tutela da dignidade da pessoa humana está presente em diversos ordenamentos jurídicos. É exatamente isso que deveria ocorrer especialmente na interação travada entre os ordenamentos estatais e os órgãos de fiscalização de cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos (judiciais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, ou não judiciais, como o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas).

Basta lembrar o exemplo fornecido pelo próprio Marcelo Neves do julgamento dos RE nº466.343/SP, RE nº349.703/RS e HC nº87.585/TO, no quais o STF se manifestou acerca da alegada incompatibilidade entre o art. 7º (7) da CADH e o art. 5º, LXVII da CF. Na oportunidade, o Tribunal entendeu que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados com quórum ordinário no Congresso (caso da Convenção) gozariam de status supralegal. No caso concreto, o STF concluiu que, não obstante haja previsão constitucional no sentido da prisão civil do depositário infiel, o dispositivo tão somente autoriza a instituição

⁵⁸ Dentre outras questões, Marcelo Neves destaca as relações sexuais mantidas entre adultos e menores de quatorze anos, poligamia e, situação extrema, a morte de bebês com deficiência em algumas tribos indígenas. Sobre o assunto, Cf. NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 216-229.

dessa modalidade de prisão civil, de modo que caberia à legislação ordinária se manifestar acerca de sua concretização. A Convenção, contudo, por dispor de eficácia supralegal, teria o poder de impedir a atuação legislativa nesse sentido, ainda que não possua aptidão para alterar ou revogar o respectivo dispositivo constitucional. Analisando essa decisão, o autor do transconstitucionalismo comenta que, apesar de não ter sido admitida uma validade interna ilimitada da norma internacional, a interpretação restritiva feita pelo Tribunal é apta a ampliar, efetivamente, o rol de direitos fundamentais⁵⁹.

Dessa forma, evidencia-se que, apesar de possuírem racionalidades discursivas distintas, a proposta de transversalidade do transconstitucionalismo e o princípio *pro persona* não são incompatíveis ou anulam um ao outro. Com efeito, vale pensar o primeiro como uma esfera continente e o segundo como um conteúdo dele, de maneira a encarar a racionalidade transversal como um todo mais amplo que admite, inclusive, a busca pela normativa mais benéfica à tutela dos direitos humanos, ainda que, em algumas situações, esse critério seja suavizado ou mesmo descartado.

CONCLUSÃO

À luz do exposto, verifica-se que o transconstitucionalismo surge como uma teoria heterárquica de relacionamento entre as diversas ordens jurídicas que compõe a sociedade mundial contemporânea, destacando-se, para fins do presente escrito, as relações entre o direito estatal e o direito internacional, que já não mais admitem teses de primazia irrestritas (seja constitucional ou internacional) diante de suas incapacidades para resolver os problemas normativos que aparecem.

No âmbito do transconstitucionalismo, seu autor, Marcelo Neves, lança mão da racionalidade transversal como valor discursivo para a resolução de problemas de natureza constitucional, ou seja, envolvendo separação de poderes e direitos fundamentais. Sua proposição advoga a necessidade de que as diversas ordens jurídicas chamadas a oferecer resposta a uma questão particular levem em consideração a identidade das outras, sob a ótica recíproca de reconstrução da identidade a partir da alteridade.

Por outro lado, observa-se que, atualmente, os conflitos normativos decorrentes costumam ser resolvidos a partir da aplicação do princípio *pro persona*. Viu-se que referido instituto possui duas vertentes, uma hermenêutica, pela qual o intérprete deve extrair do enunciado a norma mais favorável dentre as interpretações possíveis, e outra normativa, legitimando a seleção da norma que melhor defenda os direitos humanos.

No que toca ao presente trabalho, constatou-se que o viés de seleção normativa do princípio *pro persona* possui uma racionalidade discursiva limitada, na medida em que se apresenta como uma via de mão única, sempre buscando a norma mais favorável independentemente da possibilidade de as outras ordens jurídicas possuírem capacidade de

⁵⁹ NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 145. Ousamos discordar do autor da teoria nesse ponto. Apesar de, em termos práticos, a decisão culminar com o acatamento do dispositivo convencional (hoje, no Brasil, somente há que se falar em prisão civil do devedor de alimentos), o discurso reproduzido no Supremo Tribunal Federal não configura um diálogo com a Corte IDH, tampouco uma racionalidade transversal, tendo em vista que a posição hierárquica continua fortemente presente nas razões da decisão, inclusive subjugando o status normativo da Convenção (supralegal) aos termos da Constituição Federal.

sustentar essa norma. Além disso, seu emprego apresenta limitações quando se verifica que, em determinados casos, o gozo de um direito fundamental implica em restrição de outro direito de igual *status* de titularidade alheia.

Dessa forma, comparadas as racionalidades analisadas nos dois primeiros capítulos, concluiu-se que a relação existente entre elas parece ser de continência: a racionalidade transversal seria o continente e o princípio *pro persona* seria o conteúdo, assertiva que possui como consequência o reconhecimento de que, apesar de institutos distintos, é viável a aplicação da seleção da norma mais benéfica pelo transconstitucionalismo, ainda que não se possa reduzi-lo a tal fim.

Por essa razão, a racionalidade transversal do transconstitucionalismo parece comportar mais formas de resolução de problemas constitucionais do que o princípio *pro persona*, de modo que seu emprego se apresenta mais adequado ao exame das incompatibilidades que surgem no relacionamento entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.

Não se trata de negar sistematicamente a dignidade da pessoa humana, mas, sim, de reconhecer que, por vezes, decisões supostamente contrárias à tutela dos direitos humanos possuem fundamentos que, de outra forma, encaixam-se nessa finalidade e, por isso, devem ser considerados, sob pena de inviabilizar a existência de uma determinada ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

- ACOSTA ALVARADO, P. A. Diálogo judicial, pluralismo constitucional y constitucionalismo multinível: el ejemplo colombiano. In: FIGUEIREDO, M.; CONCI, L. G. A. (coord.); GERBER, K. (org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 279-318, 2016.
- BELTRAMELLI NETO, S.; MARQUES, M. T. Controle de convencionalidade na justiça do trabalho brasileira: análise jurisprudencial quantitativa e qualitativa. *Revista Opinião Jurídica*, v. 18, n. 27, p. 45-70, 2020.
- BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- CARDOSO SQUEFF, T. A. F. R.; SQUEFF, A. B. A efetividade do direito do trabalhador: por um diálogo necessário entre o direito internacional e o direito do trabalho através do transconstitucionalismo. *Prisma Jurídico*, v. 16, n. 1, p. 205-240, 2017.
- CARVALHO, A. D. Z. Cosmopolitismo ou transconstitucionalismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo. In: CALABRIA, C.; PALMA, M. (org.). *Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 75-104.
- CARVALHO RAMOS, A. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e os tratados de direitos humanos: o “diálogo das cortes” e a teoria do duplo controle. In: FIGUEIREDO, M.; CONCI, L. G. A. (coord.); GERBER, K. (org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.1-40.
- CONCI, L. G.; GERBER, K. Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade. In: GERBER, K. (org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 233-277, 2016.
- DRNAS DE CLÉMENT, Z. La complejidad del principio pro homine. *Revista Doctrina*, n. 12, p.

98-111, 2015.

ELMAUER, D. Revisitando os limites e possibilidades do transconstitucionalismo: o atual horizonte de tendências e contra-tendências do modelo. In: CALABRIA, C.; PALMA, M. (org.). *Fugas e variações sobre o transconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 105-123.

ELMAUER, D. Transconstitucionalismo: do acoplamento estrutural à racionalidade transversal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, p. 855-864, 2013.

GOMES, J. T. S.; SCHÄFER, G. Da pirâmide à bússola: considerações sobre o princípio pro homine e seu uso na proteção dos direitos humanos. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, v. 3, n. 2, p. 22-38, 2017.

MATA QUINTERO, G. El principio pro persona: la fórmula del mejor derecho. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 39, p. 201-228, 2018.

MAZZUOLI, V. O.; BICHARA, J.-P. *O judiciário brasileiro e o direito internacional: análise crítica da jurisprudência nacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

MEDELLÍN URQUIAGA, X. Principio pro persona: una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, v. 17, n. 1, p. 397-440, 2019.

MENESES DO VALE, L. A. M. The theories of interconstitutionality and transconstitucionalism: preliminary insights from a jus-cultural perspective (with a view to transnational social justice). *Unio EU Law Journal*, v. 1, p. 55-76, 2015.

MOREIRA, T. O. *Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: Edufrn, 2015.

MOREIRA, T. O. O necessário diálogo interjurisdicional entre a jurisdição brasileira e a interamericana. MENEZES, W. (org.). *Tribunais internacionais e a relação entre o direito internacional e o direito interno*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. p. 478-495.

NEGISHI, Y. The pro homine principle's role in regulating the relationship between conventionality control and constitutionality control. *European Journal of International Law*, v. 28, n. 2, p. 457-481, 2017.

NEVES, M. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 201, p. 193-214, 2014.

NEVES, M. *From transconstitucionalism to transdemocracy*. *European Law Journal*, v. 23, p. 380-394, 2017.

NEVES, M. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, n. 93, p. 201-232, 2014.

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

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, V. A. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, M. (coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, p. 101-112, 2010.

SILVA, J. H.; SILVA, M. R. F. Entre tupã e o leviatã: o transconstitucionalismo e as ordens locais indígenas. *Revista Jurídica da Ufersa*, v. 1, n. 1, p. 165-187, 2017.

Recebido em 13/10/2020, aprovado em 7/12/2020