

VINICIUS JOSÉ POLI

**DAS RAZÕES UNILATERAIS À RAZÃO TRANSVERSAL E ALÉM:
sobre a complementação do transconstitucionalismo por um critério de decisão
para a proteção dos direitos fundamentais nos sistemas de justiça constitucional
brasileiro e convencional interamericano.**

Tese de Doutorado.

Orientador: Professor Dr. Marcos Paulo Veríssimo.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2016**

VINICIUS JOSÉ POLI

**DAS RAZÕES UNILATERAIS À RAZÃO TRANSVERSAL E ALÉM:
sobre a complementação do transconstitucionalismo por um critério de decisão
para a proteção dos direitos fundamentais nos sistemas de justiça constitucional
brasileiro e convencional interamericano.**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Marcos Paulo Veríssimo.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2016**

Nome: POLI, Vinicius José.

Título: DAS RAZÕES UNILATERAIS À RAZÃO TRANSVERSAL E ALÉM: sobre a complementação do transconstitucionalismo por um critério de decisão para a proteção dos direitos fundamentais nos sistemas de justiça constitucional brasileiro e convencional interamericano.

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Marcos Paulo Veríssimo.

Aprovado em: _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____.

Julgamento _____ Assinatura: _____.

Prof. Dr. _____ Instituição: _____.

Julgamento _____ Assinatura: _____.

Prof. Dr. _____ Instituição: _____.

Julgamento _____ Assinatura: _____.

Prof. Dr. _____ Instituição: _____.

Julgamento _____ Assinatura: _____.

Prof. Dr. _____ Instituição: _____.

Julgamento _____ Assinatura: _____.

AGRADECIMENTOS

Retomo o que disse certa vez o Prof. Dalmo de Abreu Dallari: a medida de uma caminhada é um dado relativo – para compreender sua extensão é preciso conhecer o ponto de partida e o ponto de chegada. De longe parecia perto, mas não era. Só agora, a um passo de finalizar meu Doutorado em Direito do Estado no Largo São Francisco percebo o tamanho dessa conquista. Como forma de retribuição, gostaria de agradecer aos que mais contribuíram para a realização desse sonho.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Marcos Paulo Veríssimo, agradeço pela confiança em mim depositada e pelos três anos de profundo e ininterrupto aprendizado.

Aos meus pais, Antonio José Poli e Édina Isolina Talarico Poli, e ao meu irmão, Olavo José Poli, também agradeço profundamente, pois sem eles nada em minha vida seria possível.

Ao amigo de sempre, agora padrinho, Paulo José Leonesi Maluf, agradeço pela leitura atenta da tese e pelo auxílio nos momentos difíceis.

Agradeço, por fim, e de maneira especial, à Natália Castilho Gilio Poli, pela presença carinhosa, orientação, apoio e incentivo constantes. Seguimos adiante em nossa caminhada, querida, e alcançamos o maior presente que poderíamos almejar: Alice Gilio Poli. Para você e para a nossa *pequerrucha* dedico toda esta tese, desculpando-me pela ausência forçada que a produção deste texto demandou. Amo vocês!

Para Natália e Alice.

“Two leading systems exist today for protecting the fundamental rights of individuals: constitutional law and human rights law. Both systems assert an ultimate authority to evaluate whether governmental practices comply with fundamental rights, and each system sits potentially in judgment over the other”¹

1 Neuman, 2003, p. 1863.

Resumo: POLI, Vinicius José. “Das Razões Unilaterais à Razão Transversal e Além: sobre a complementação do transconstitucionalismo por um critério de decisão para a proteção dos direitos fundamentais nos sistemas de justiça constitucional brasileiro e convencional interamericano”. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Cada um a seu modo, Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos colocam-se, a propósito da mais alta hierarquia que imputam aos instrumentos normativos que lhes subsidiam a atuação, como autoridades máximas detentoras da última palavra em questões relacionadas à proteção de direitos fundamentais e à organização e limitação do poder estatal. Pelo lado do sistema de justiça constitucional, o Estado brasileiro arroga para si tanto a capacidade de disciplinar o processo de formação e incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos quanto a de estabelecer sua respectiva hierarquia no conjunto de fontes de direitos e deveres nos planos interno e externo. Pelo lado do sistema de justiça convencional, por sua vez, as pretensões nacionais de proteção dos direitos fundamentais e de organização e limitação do poder estatal são concebidas como meras manifestações de fato, inoponíveis como escusas ao descumprimento de obrigações assumidas internacionalmente. Seria possível superar os conflitos interpretativos que emergem dessas pretensões contrapostas de hegemonia, ou, ao menos, minimizar os efeitos deletérios deles decorrentes, harmonizando os esforços despendidos para a proteção dos direitos fundamentais? Transcendendo essa disputa pela última palavra até uma perspectiva mais proximamente vinculada às ideias de diálogo e de aprendizagem recíproca, relevantes desenvolvimentos argumentativos têm afirmado que sim. Nesta tese, tomo parte neles, levando-os adiante conforme o modelo teórico que reputo mais completo e sofisticado: o transconstitucionalismo, segundo proposto por Marcelo Neves. Não o faço, contudo, incondicionalmente. Qualificando-o como uma espécie de teoria da justiça (*Como decidir?*), defendo que o específico critério de justiça do transconstitucionalismo – como, de resto, qualquer critério de justiça – não pode prescindir por completo da perspectiva da última palavra. Se alguém sempre deve decidir por último – e alguém *sempre* deve decidir por último –, essas expectativas de diálogo e de aprendizagem recíproca precisam ser complementadas por alguma teoria da autoridade (*Quem decide?*) capaz operacionalizar suas premissas e suas pretensões.

Palavras-chave: Ordens Jurídicas; Conflitos; Supremo Tribunal Federal; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Transconstitucionalismo.

Abstract: POLI, Vinicius José. “From unilateral reasons to transversal reason and beyond: about complementing transconstitutionalism through a decision criterium for fundamental rights protection in the Brazilian constitutional and inter-American conventional justice systems”. Doctorate – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

Brazilian Supreme Court and Inter-American Court of Human Rights, each in their own way, attributing the highest hierarchy to the normative instruments in which they base their decisions on, assume a position of maximum authority detainer of the last word on fundamental rights protection and state power restriction matters. On one side, constitutional justice system intend to both discipline the international human rights treaties formation and incorporation process and establish hierarchy for these treaties among different rights and obligations sources, internally and externally. On the side of conventional justice system, these national pretensions of fundamental rights protection and state power restriction are conceived as mere manifestations worthless as excuses to disrespect internationally recognize obligations. Would it be possible to overcome interpretative conflicts that arise from these opposite pretensions of hegemony, or, at least, minimize their deleterious effects, harmonizing applied efforts for fundamental rights protection? Transcending this dispute for the last word into a perspective more closely linked to the dialogue and reciprocal learning ideas, relevant argumentative developments have been stating yes. In this thesis, I take part in these developments, taking them forward according to the most complete and sophisticated theoretical model in my opinion: transconstitutionalism, by Marcelo Neves. I do not do it, however, unconditionally. Qualifying it as a form of theory of justice (*How to decide?*), I defend that the specific justice criterium of transconstitutionalism – as well as any justice criterium – must not completely renounce the last word perspective. If someone always has to decide last – and someone *always* has to to decide last – these dialogue and reciprocal learning expectations must be complemented by some authority theory (*Who decides?*) able to operationalize their premises and pretensions.

Key-words: Legal Orders; Conflicts; Brazilian Supreme Court; Inter-American Court of Human Rights; Supremo Tribunal Federal; Transconstitucionalism.

Resumen: POLI, Vinicius José. “De las razones unilaterales hasta la razón transversal y más allá: acerca de la complementación del transconstitucionalismo por un criterio de decisión para la protección de los derechos fundamentales en los sistemas de justicia constitucional brasileño y convencional interamericano”. Doctorado – Facultad de Derecho, Universidad de São Paulo, São Paulo, 2016.

Cada uno de ellos a su propia manera, Supremo Tribunal Federal y Corte Interamericana de Derechos Humanos se colocan, a propósito de la más alta jerarquía que imputan a los instrumentos normativos que les subsidian la actuación, como autoridades máximas poseedoras de la última palabra en cuestiones relacionadas a la protección de derechos fundamentales y a la organización y limitación del poder estatal. En el lado del sistema de justicia constitucional, el Estado brasileño pretende tanto disciplinar el proceso de formación e incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos cuanto establecer su respectiva jerarquía en el conjunto de fuentes de derechos y deberes en el plano interno y externo. En el lado del sistema de justicia convencional, por su vez, las pretensiones nacionales de protección de los derechos fundamentales y de organización y limitación del poder estatal son concebidas como meras manifestaciones de hecho, inaplicables como excusas al incumplimiento de obligaciones asumidas internacionalmente. Sería posible superar los conflictos interpretativos que emergen de estas pretensiones contrapuestas de hegemonía, o, al menos minimizar los efectos deletéreos producidos por ellos, armonizando los esfuerzos emprendidos para la protección de los derechos fundamentales? Trascendiendo esa disputa por la última palabra hasta una perspectiva más cerca de las ideas de diálogo y de aprendizaje recíproca, relevantes desarrollos argumentativos afirman que sí. En esta tesis doctoral, tomo parte en ellos, conduciéndoles conforme el modelo teórico que considero más completo y sofisticado: el transconstitucionalismo, como propone Marcelo Neves. No lo hago, todavía, sin reserva. Calificándole como una especie de teoría de la justicia (*Como decidir?*), defiendo que el específico criterio de justicia del transconstitucionalismo – como así también cualquier otro criterio de justicia – no puede prescindir por completo de la perspectiva de la última palabra. Si alguien siempre debe decidir por último – y alguien *siempre* debe decidir por último –, esas expectativas de diálogo y de aprendizaje recíproca precisan ser complementadas por alguna teoría de la autoridad (*Quien decide?*) capaz de operacionalizar sus premisas y sus pretensiones.

Palavras-chave: Órdenes Legales; Conflictos; Supremo Tribunal Federal; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Transconstitucionalismo.

Sumário

1. APROXIMAÇÃO INICIAL.....	8
1.1. Introdução.....	8
1.2. Direitos fundamentais antes das Constituições?.....	11
1.3. Nacionalização dos direitos fundamentais: os direitos constitucionais.....	18
1.4. Internacionalização dos direitos fundamentais: os direitos humanos.....	25
1.4.1. Que soberania?.....	26
1.4.2. Indivíduo cidadão do mundo.....	31
1.5. Qual é o problema?.....	34
1.6. Estrutura da tese e percurso argumentativo.....	44
2. DAS RAZÕES UNILATERAIS (...).	47
2.1. Quanto valem os direitos humanos? O sistema de justiça convencional interamericano segundo o Supremo Tribunal Federal.....	47
2.1.1. Da indiferenciação (...).	47
2.1.1.1. Caso GATT.....	47
2.1.1.2. Caso Lei Uniforme de Genebra.....	48
2.1.1.3. Caso Liberdade Sindical.....	52
2.1.2. (...) à supra-legalidade: a adequação de constitucionalidade e a transitiva pretensão de hegemonia nacional.....	55
2.1.2.1. Caso Depositário Infiel 1.....	55
2.1.2.2. Caso Reintegração Compulsória.....	60
2.1.2.3. Caso Duplo Grau de Jurisdição.....	64
2.1.2.4. Caso Depositário Infiel 2.....	68
2.2. Quão suprema é a suprema lei do Estado? O sistema de justiça constitucional brasileiro segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	77
2.2.1. Da subsidiariedade (...).	84
2.2.1.1. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala.....	84
2.2.1.2. Caso Tibi vs. Ecuador.....	88
2.2.1.2. Caso Vargas Areco vs. Paraguay.....	91
2.2.2. (...) à integração: a adequação de convencionalidade e a expansiva pretensão de hegemonia internacional.....	99
2.2.1.1. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.....	99
2.2.1.2. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.....	101
2.2.1.3. Caso Gelman vs. Uruguay.....	105

3. (...) À RAZÃO TRANSVERSAL (...)	110
3.1. Transconstitucionalismo: um panorama	110
3.2. Da Constituição transversal (...)	120
3.3. (...) ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas	128
3.4. O método do transconstitucionalismo: limites e possibilidades	134
4. (...) E ALÉM	142
4.1. Um exemplo de como <i>não</i> resolver um problema de autoridade: o blefe-Dworkin	142
4.2. Transconstitucionalismo: critério de justiça para um problema de autoridade?	149
4.3. Sobre a complementação do transconstitucionalismo por um critério de decisão para a proteção dos direitos fundamentais nos sistemas de justiça constitucional brasileiro e convencional interamericano	153
4.4. Conclusão	161
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	167

1. APROXIMAÇÃO INICIAL.

1.1. Introdução

Há inúmeros conceitos de direitos fundamentais². Alguns tautológicos, que põem em relevo a conexão desses direitos com a própria qualidade de ser humano. Aqui, afirmar a existência de direitos fundamentais equivale a afirmar que existem “derechos que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad”³. Outros preponderantemente formalistas, que derivam o especial regime de fundamentalidade da reconhecida necessidade de positivação desses direitos. Aqui, “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”⁴. Outros teleológicos, que apelam à indispensabilidade dos direitos fundamentais para a concretização de uma vida digna. Aqui, os “direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida”⁵. Outros, por fim, concomitante e propositalmente tautológicos, formalistas e teleológicos. Aqui, os direitos fundamentais aparecem como um conjunto de faculdades e instituições que “concretan las exigencias de la dignidad, libertad e la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos”⁶.

Conceitos, todavia, se dizem alguma coisa, dizem muito pouco. Todo o “o que é isso?” impõe-se relacionalmente como uma postulação de sentido a partir de alguma coisa outra: o postulante. A essencialidade é, antes de mais nada, perspectiva que pressupõe multiplicidade. Subjacente a ela está sempre o “o que é isso para mim?”. Que falte um único postulante de sentido, com suas peculiares perspectivas em relação à coisa, e ela não estará bem conceituada. Daí por que:

2 Como ficará claro no decorrer deste capítulo, utilizo a expressão “direitos fundamentais” como gênero, cujas espécies são “direitos constitucionais” (direitos fundamentais positivados em constituições estatais) e “direitos humanos” (direitos fundamentais positivados em tratados internacionais de direitos humanos).

3 Truyol y Serra, 1994, p. 11. Do mesmo modo, Miranda entende os direitos fundamentais como “os direitos ou as posições jurídicas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas (2008, p. 9).

4 Bonavides, 2013, p. 578. Também Moraes compreende os direitos fundamentais como o “conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano” (2011, p. 20).

5 Dallari, 1998, p. 7. De maneira semelhante, Carvalho Ramos conceitua os direitos fundamentais como o “conjunto de direitos considerados indispensáveis para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade” (2015, p. 27).

6 Pérez Luño, 2010, p. 50.

Um conceito constitui uma apreensão sempre parcial do mundo num universo de possibilidades; um conceito é uma simplificação, uma redução. [...] Todo conceito, como representação (formal) do pensamento, pouco ou nada diz sobre seu conteúdo, isto é, pouco ou nada diz sobre as inúmeras formas que ele pode histórica e concretamente assumir, até porque, embora pretenda valer para o futuro, é pensado a partir de uma experiência passada, a revelar que definir algo é de certo modo legislar sobre o desconhecido. Também por isso, um conceito, como expressão da linguagem, é estruturalmente aberto, e, pois, pode compreender objetos históricos os mais díspares [...]. Conceitos são cheques em branco⁷.

Também a ideia de direitos fundamentais é indefinível. Toda ela – e o que se lhe relaciona – é resultado de um processo. E é um processo, um desenvolvimento, um devir. Direitos fundamentais não são “categorias normativas que existem em un mundo ideal que espera ser puesto en práctica por la acción social” – ao contrário, “se van creando e recreando a medida que vamos actuando en el proceso de construcción social de la realidad”⁸. Eles não possuem uma essência, e, como tal, não existem: só são enquanto estão sendo produzidos⁹. São fruto de um “espaço simbólico de luta e de ação social”¹⁰. São concessões conquistadas em contínuos processos evolutivos repletos de vicissitudes, por meio dos quais aspirações humanas são articuladas em estandartes políticos antes de se afirmarem como direito ou sucumbirem como meras pretensões. Direitos fundamentais, em uma palavra, são história – e “todos os conceitos em que um processo inteiro se condensa semioticamente se subtraem à definição; definível é apenas aquilo que não tem história”¹¹.

Por certo que um tal processo evolutivo – que não tende necessariamente para o melhor – varia sincrônica e diacronicamente. Ele não se move como “flecha irreversível do tempo”, para usar uma imagem de Latour¹², mas como ondas. Abrangendo tanto “progressos” quanto “retrocessos”, elas simbolizam mudanças axiologicamente neutras –

7 Queiroz, 2014, p. 36-7.

8 Herrera Flores, 2000, p. 27.

9 “Com efeito”, sintetiza Paulo Queiroz, citando François Ewald, “aquilo que uma teoria do direito objetiva como direito [...], como natureza do direito, como essência do direito, não tem existência real. O Direito – demos-lhe inicial maiúscula – não existe. Ou antes, não existe a não ser como um nome que não reenvia a um objeto, mas serve para designar uma multiplicidade de objetos históricos possíveis – que, como realidades, não têm os mesmos atributos, e que podem mesmo ter atributos irreduzíveis’, de sorte que assim como não existem fenômenos morais, mas uma interpretação moral dos fenômenos, tampouco existem fenômenos jurídicos, mas só uma interpretação jurídica dos fenômenos, pois nada é onticamente jurídico, lícito ou ilícito, mas socialmente construído. Em direito, nada é dado; tudo é construído” (2014, p. 39-40).

10 Piovesan, 2013, p. 181.

11 Nietzsche, 1998, p. 68.

12 Latour, 2000, p. 68.

pois ainda não qualificadas, quer positiva, quer negativamente – mas já internalizadas, não somente como novidades em relação à coisa, senão como integrantes da coisa mesma. Não por outro motivo, a história da concretização dos direitos fundamentais é não apenas um processo de sucessivas tentativas de *estabilização* de reivindicações políticas relativas à liberdade, igualdade e participação, como também a história de *protestos* contra a unilateralidade na estabilização de certas reivindicações políticas relativas à liberdade, à igualdade e à participação, que criaram novas injustiças e reafirmaram antigas¹³. Com razão Nietzsche, portanto, quando afirma:

Assim nascem os direitos: graus de poder reconhecidos e assegurados. Se as relações de poder mudam substancialmente, direitos desaparecem e surgem outros – é o que mostra o direito dos povos, em seu constante desaparecer e surgir. Se nosso poder diminui substancialmente, modifica-se o sentimento daqueles que vêm assegurando o nosso direito: eles calculam se podem nos restabelecer a antiga posse plena – sentindo-se incapazes disso, passam a negar nossos “direitos”. Do mesmo modo, quando nosso poder cresce consideravelmente muda o sentimento daqueles que até então o reconheciam, e cujo reconhecimento não mais necessitamos: eles tentarão empurrá-lo até seu nível anterior e desejarão intervir, nisso invocando seu “dever” [...]. Onde o direito prenomina, um certo estado e grau de poder é mantido, uma diminuição ou um aumento é rechaçado. O direito dos outros é a concessão, feita por nosso sentimento de poder, ao sentimento de poder desses outros. Quando nosso poder mostra-se quebrantado cessam os nossos direitos: e, quando nos tornamos muito mais poderosos, cessam os direitos dos outros sobre nós, tal como havíamos reconhecido a eles até então¹⁴.

Tratados em termos típico-ideais, a avaliação de alguns desses movimentos oscilantes de concessão e retomada pode fornecer elementos descritivos e qualificativos aptos a delimitar uma noção operativa *suficiente* dos direitos fundamentais. De fato, a utilização desses modelos generalistas da realidade acarreta uma inversão do ônus de adaptação em favor da teoria, o que possibilita a identificação dos diversos fatores reais não enquadráveis no tipo como irrelevantes desvios do ideal. Assim compreendidos, os tipos ideais apresentam-se como um simples mas efetivo recurso analítico, que propicia tanto um palavreado mais conciso quanto uma disposição mais ordenada dos argumentos. Com eles, aduz Weber, não se procura forçar esquematicamente a infinita e multifacetária experiência histórica, mas apenas criar enquadramentos úteis para finalidades específicas¹⁵.

13 Bielefeldt, 2000, p. 102.

14 Nietzsche, 2004, p. 62 (livro digital).

15 Weber, 1974, p. 345.

Expô-los e interpretá-los constituem o objetivo imediato deste primeiro capítulo. Não se trata, como será visto, de identificar o nascimento ou a já existência de um determinado direito fundamental em tal ou qual codificação da antiguidade, movimento político ou declaração de direitos passados, num ingênuo exercício anacrônico de universalismo a-histórico de todo dispensável para os propósitos da tese¹⁶. Mais que isso, pretendo analisar a maneira pela qual os direitos fundamentais reciprocamente influenciaram e foram influenciados por um complexo de transformações semânticas e estruturais que sintetiza, num primeiro momento, a emergência do constitucionalismo e da Constituição em sentido moderno (item 3), e, num segundo momento, a emancipação das aspirações constitucionalistas do âmbito do Estado (item 4), para, posteriormente, ao delimitar a parcela do problema enfrentado nesta tese (item 5), descrever sua estrutura e seu respectivo percurso argumentativo (item 6). Antes, porém, com vistas à não arbitrariedade na utilização de termos e expressões fundamentais para o desenvolvimento do texto, algo sobre a formação social pré-moderna deve ser dito.

1.2. Direitos fundamentais antes das Constituições?

A formação social pré-moderna desconheceu, como padrão de juridicidade, a concepção de direito como um conjunto de normas imposto exclusivamente com base em sua positivação. A fonte de seu direito limitava-se quase que exclusivamente aos costumes sacralizados, cuja obediência era assegurada pelo temor ao sobrenatural e pelo desprezo do grupo¹⁷. A tarefa da política, da qual o direito não dependia nem em seu conteúdo, nem em sua validade, esgotava-se já na imposição de um direito que vigorava independentemente dela: “ela não precisava formá-lo, mas conservá-lo e, no caso de uma violação, restabelecê-lo”¹⁸.

Caracterizada pela prevalência de uma estrutura política de dominação que se afirmava mediante a diferenciação entre poder superior e poder inferior, essa formação

16 Nessa abordagem anacrônica que procuro evitar, as ideias vão sendo destacadas do contexto que as viu surgir e sedimentadas, pouco a pouco, em lugares diversos, e, na maioria das vezes, com elas incompatíveis. Com isso, “perde-se de vista não só as relações que ligam [*a ideia*] com os caracteres sociais e económicos da época que a viu nascer [...], mas sobretudo, a problemática sobre a qual se apoia” (Miaille, 1979, p. 51). Para uma análise crítica mais abrangente sobre o mau uso da história nas pesquisas jurídicas brasileiras, cf. Oliveira, 2004.

17 Gilissen, 2001, p. 37.

18 Grimm, 2006, p. 4.

social reproduzia a semântica moral-religiosa que, idealizada conforme as dicotomias bem/mal e transcendente/imanente, sobrelevava, dentre outras, as distinções lícito/ilícito (no direito), ter/não ter (na economia), verdadeiro/falso (no saber) e belo/feio (na arte). Como consequência, uma tal hierarquização refletia, por um lado, a inclusão dos estamentos superiores como membros plenos da sociedade, associando-os com a semântica do bem, e, por outro, a exclusão dos estamentos inferiores como não-membros, associando-os com a semântica do mal¹⁹.

Nesse ambiente primariamente orientado pelo cristalizado no passado, a indisponibilidade de um direito não alterável por decisão política fez nascer uma percepção do direito como imposição verdadeira e imutável²⁰. Dentre suas notas características podem ser destacadas, primeiro, a pretensão de universalidade, que presume a existência de princípios que “escapam à história e, por isso, podem ser vistos como intertemporais”, aos quais “os homens têm acesso através da razão, da intuição ou da revelação”, e, segundo, a noção de que a “função primordial do Direito não é comandar, mas sim qualificar como boa e justa ou má e injusta uma conduta”, pois, retomando clássica passagem de Cícero, “a *vera lex – ratio naturae congruens –* por estar difundida entre todos, por ser *constans e sempiterna, vocet ad officium jubendo, vetendo a fraude deterreat*”²¹.

A não criação política do direito não significava, entretanto, o não aproveitamento estratégico dele por ela. Ao contrário, constringendo-o, o poder político faticamente não criticável e juridicamente incontrolável emprestava de um direito deificado sua legitimação. Nesse contexto, e dada a incipiência da ideia de pessoa/individualidade, a integração social não se relacionava com a instituição de direitos, senão com o estabelecimento de *status*²². Com isso, emergiam relações assimétricas entre

19 Neves, 2009, p. 6-7.

20 Neves, 2006, p. 10.

21 Lafer, 1988, p. 36.

22 Neves, 2009, p. 8. Como bem esclarecem Dimoulis e Martins: “Pode parecer supérfluo dizer que a existência dos indivíduos é um requisito dos direitos fundamentais. Não existem pessoas desde o início da humanidade? Do ponto de vista da filosofia e da teoria política, a resposta aqui é negativa. Nas sociedades do passado, as pessoas eram consideradas *membros* de grandes ou pequenas coletividades (família, clã, aldeia, feudo, reino), sendo subordinadas a elas e privadas de direitos próprios. As Constituições modernas, em consonância com imperativos da organização social capitalista, fizeram a opção oposta. Consideram o indivíduo enquanto ‘ser moral, independente, autônomo e, destarte (essencialmente) não social’. Essa opção, que caracteriza todas as sociedades capitalistas, possibilita o reconhecimento de direitos individuais: liberdade, igualdade, propriedade. O indivíduo pode fazer valer esses direitos tanto perante o Estado como perante a sociedade, já que a Constituição garante sua autonomia enquanto ‘sujeito de direito’” (2014, p. 11). Remoldado da imposição de *status* para o

poder superior e poder inferior. Àquele, destacavam-se os “privilégios estamentais ou as prerrogativas soberanas a serem gozadas ou exercidas em detrimento das camadas inferiores”, para as quais, “carentes de privilégios ou prerrogativas, resta[va] o dever de sujeição ou obediência”²³.

O antigo Estado oriental apresenta-se como o exemplo mais bem acabado de Estado teocrático, amplamente assimilável a partir desse modelo de formação social pré-moderna²⁴. Em sua estrutura, a interação entre poder divino e poder soberano estatal podia ocorrer de duas formas: ou bem o soberano representava o poder sacralizado, e sua vontade assemelhava-se à vontade divina, ou se encontrava ele, ainda que muito sutil e parcialmente, condicionado pelo poder divino, que expressava sua potestade através do próprio Estado²⁵. No primeiro caso, fortalecido pela teocracia, o Estado apresentava-se como um objeto submetido a um poder estranho e a ele superior, num bastante peculiar dualismo externo que se afirmava com base na necessidade, por parte do soberano, de um complemento transcendente e supra-humano, a partir do qual adquiria capacidade política e legitimidade. No segundo, debilitado o soberano pela teocracia, implantava-se um dualismo no interior do próprio Estado, cindindo-o em dois poderes, um humano e outra supra-humano²⁶.

Jellinek identifica o Estado hebreu como o mais importante dentre os enquadráveis nesse segundo tipo, seja porque sua monarquia teria sido concebida como um centro de poder vinculado à lei divina, e, conseqüentemente, por ela limitado, seja porque a idolatria aos monarcas, embora frequente em outros Estados teocráticos, não teria sido vivenciada pelos hebreus²⁷. Conclusão semelhante é apresentada por Loewenstein, para quem o soberano teocrático dos hebreus, longe de ostentar um poder absoluto e arbitrário, encontrava-se limitado pelas leis de deus, que igualmente submetiam governantes e governados²⁸. A despeito dessas avaliações positivas, contudo, a experiência teocrática do

estabelecimento de direitos fundamentais, esse processo de alteração semântico-estrutural restará mais claro no decorrer deste item 1.2..

23 Neves, 2009, p. 9.

24 Miranda, 2002, p. 39. Sigo, nesse particular, o percurso argumentativo de Neves (2009), parcialmente baseado na tipologia desenvolvida por Jellinek (2005), segundo a qual a estrutura hierárquica da formação social pré-moderna pode ser rastreada até quatro tipos históricos fundamentais de Estados antigos: o teocrático, o grego, o romano e o da idade média. Tanto quanto esses autores, prescindindo da discussão sobre ser apropriada a utilização do termo “Estado” nesses contextos.

25 Jellinek, 2005, p. 380.

26 Jellinek, 2005, p. 381.

27 Jellinek, 2005, p. 382.

28 Loewenstein, 1964, p. 154.

antigo Estado oriental não pode ser tomada como expressão do constitucionalismo, tampouco seu direito deificado pode ser equiparado, com propriedade, às constituições em sentido moderno. E isso porque, com a prevalência da máxima *princeps legibus solutus est*, a indisponibilidade do direito sacralizado funcionava não como barreira, senão como justificativa inatacável de investidura, titularidade e exercício do poder. Se, por um lado, uma tal instrumentalização do direito não significava que “o soberano não sofresse algumas limitações jurídicas quando atuava como pessoa privada (e, portanto, precisamente, como não soberano)”, implicava, por outro lado, a inexistência de “limitações jurídico-positivas relevantes ao soberano no exercício do *jus imperium*”²⁹. Em outras palavras, religião é poder. Quando e se confrontado por ela, do poder nada se subtrai, algo se soma.

Ademais, como a diferenciação entre poder superior/inclusão e poder inferior/exclusão reproduzia-se – e ainda hoje se reproduz – no âmbito religioso com base em dicotomias tais como nós/fiéis e eles/infiéis, o Estado teocrático de outrora – e a contemporânea aspiração teocrática de Estado – tampouco podem ser tomados como modelos em que se faz possível o estabelecimento generalizado de direitos fundamentais (tendo em vista que, num Estado que se pretende laico, o respeito ao direito fundamental à liberdade de crença e de não crença pressupõe a existência de um espaço público absolutamente livre de qualquer simbologia direta ou indiretamente vinculada a qualquer profissão de fé, essa é uma questão particularmente problemática no Brasil, cuja Constituição em vigor foi promulgada sob a proteção de deus e cujos órgãos de poder decidem questões republicanas sob os auspícios de um crucifixo). Há, não nego, algumas tentativas justificadoras dessa possibilidade, a partir das quais se sustenta como factível uma certa vinculação entre a pretensa universalização dos direitos fundamentais e as grandes religiões monoteístas. Dolinger, por exemplo, dirigindo-se contra aqueles que costumam relegar a religião como um “fator inoperante na atualidade”, apresenta um apanhado disforme e desconexo de ideias e autores os mais variados e incompatíveis entre si – de Sócrates à Bentham, de Platão à Hegel – para, sobrevalorizando “o colosso do direito bíblico-mishnaico-talmúdico-rabínico que atravessa milênios”, sustentar que “a ideia e a prática da dignidade humana sempre estiveram presentes, acompanhando a vida

29 Neves, 2009, p. 8-9. Mesmo Jellinek reconhece, no Estado teocrático, a existência de um “poder absoluto del príncipe establecido por Dios, el cual reconoce sin duda alguna limitaciones religiosas, pero no limitaciones jurídicas” (2005, p. 383).

dos povos dos quais herdamos os valores éticos e jurídicos”³⁰. Tentativas como essas, todavia, só se fundamentam enquanto *crenças*, pois, como tais, podem fazer vistas grossas tanto para a lógica diferenciadora e não inclusiva de seu funcionamento³¹ quanto para a arbitrária seletividade de suas indignações³².

Em maior ou menor grau, tais impossibilidades são replicadas nos demais tipos históricos de Estado pré-moderno. Na Grécia antiga, por exemplo, destacavam-se como traços fundamentais da organização social o desvalor do indivíduo e a onipotência do Estado: “aquél se disuelve dentro de éste y no es tal sino por el Estado”³³. Apenas a desconsideração desses traços, por um lado, e a aceitação de que, comparado ao impacto da cultura helênica no mundo ocidental, “tiene poca importancia el hecho de que la polis-Estado fuese más bien el dominio oligárquico de una clase ociosa, relativamente reducida, montada sobre la infraestructura de una economía de esclavos”, por outro, podem sustentar a compreensão do Estado grego como um “régimen político absolutamente constitucional”, tal qual pretendido por Loewenstein³⁴. Também a noção aristotélica de *politeia* não pode ser associada com a Constituição em sentido moderno, já que, reproduzindo-se a estrutura

30 Dolinger, 2011, p. 453-55.

31 Vale lembrar, com Koselleck, que, no cristianismo, por exemplo, essa lógica diferenciadora e não inclusiva se estrutura “quando Paulo – de início internamente – divide uma comunidade ‘herética’ em crentes e não crentes (1 Cor. 14, 22), ou quando, dando um passo adiante, introduz a divisão como verdadeiro critério de fé (1 Cor. 11, 19): ‘*Nam oportet et haereses esse, ut et qui probati sunt, manifesti fiant in vobis*’ [Pois é preciso que haja dissensões, a fim de que se manifestem os de provada virtude entre vós]. Da reta disposição para receber a mensagem de Cristo pôde ser formada aquela série de negações que terminaria por caracterizar negativamente todos os descrentes: eles são prisioneiros da *asebeia* [impiedade], da *adikia* [injustiça] (Rom. 1, 18); helenos e judeus incorrem igualmente no pecado (Rom. 3, 9). Nas palavras de Karl Barth: ‘Quem diz humanidade [*nesse contexto*] diz humanidade não redimida” (2006, p. 207).

32 Sobre essa seletividade, cabe destacar, com Onfray, que “los judíos tienen su Alianza, los cristianos, su Iglesia y los musulmanes, su Umma. Los tres tiempos escapan a la Ley y disfrutan de una extraterritorialidad ontológica y metafísica. Todo se defiende y justifica entre los miembros de la misma comunidad. Un judío, Ariel Sharon, puede (mandar) exterminar a un palestino [...] y no ofende a Yahvé, porque el asesinato se lleva a cabo en Su nombre; un cristiano, Pío XII, tiene el derecho de justificar a un genocida que asesina judíos – Eichmann pudo salir de Europa gracias al Vaticano –, no disgusta al Señor, porque el genocida venga el deicidio atribuido al pueblo judío; un musulmán – el mulá Omar – puede (mandar) arrestar a mujeres acusadas de adulterio y complace Alá, puesto que el cadalso se levanta en Su nombre ... Detrás de todas esas abominaciones hay versículos de la Torá, pasajes de los Evangelios, suras del Corán que legitiman y bendicen ...” (2006, p. 201). Cf., a propósito, a noção de “conceitos antitéticos assimétricos”, *infra*, p. 29-30, especialmente nota 92.

33 Jellinek, 2005, p. 383. Que prossegue: “La liberad antigua consistía exclusivamente en que el individuo tenía capacidad para participar en la formación de las leyes sin dejarle esfera alguna de libertad en el sentido más importante que tiene este concepto de libertad para el hombre moderno. Por eso, la idea socialista, según la cual el individuo sólo tiene el valor de miembro de una comunidad, halla su expresión más alta y pura en el Estado griego cuando se trataba, al menos, del ciudadano” (2005, p. 383-4). Cf., também, Abadía, 1991, cujo capítulo primeiro intitula-se, precisamente, “La Disolución del Individuo en la Comunidad Reducida de los Pueblos Primitivos”.

34 Loewenstein, 1964, p. 155.

de diferenciação do Estado teocrático, ela implicava, igualmente, a hierarquização de dois grupos estamentais: “os incluídos na *pólis*, isto é, os senhores dos *oíkoi* ou das *oikías*, os cidadãos (*zôon politikón*); e os excluídos da *pólis*, dependentes ou objetos dos senhores no espaço familiar doméstico”³⁵.

No Estado romano, por sua vez, muito embora tenha havido um intenso desenvolvimento de procedimentos de *aplicação* do direito, inexistiam condições estruturais para a emergência de procedimentos de *criação* do direito, que permanecia sob o qualificativo da indisponibilidade³⁶. Não desconheço, por certo, a existência de expressões criativas do direito. Contudo, ainda aqui, as reformas jurídicas constituíam-se como exceção, e, além disso, necessariamente vinculavam seu conteúdo ao direito antigo, sendo-lhes possível concretizá-lo e complementá-lo, mas não mudá-lo ou revogá-lo. Como todo ato reformatório precisava apoiar-se no direito vigente, eventuais alterações não eram concebidas como criação de direito novo, mas como desdobramento do direito existente³⁷. Dessa forma, como o “poder hierarquicamente diferenciado, ancorado na comunidade de culto, era a base de reprodução do Estado”³⁸, uma pequena ressalva à autoridade independente e não derivada do Estado atribuída ao *pater familias* possibilita estender ao Estado romano tudo o que foi dito sobre o Estado grego³⁹.

Com maior força, por fim, aquela semântica moral-religiosa idealizada conforme as distinções bem/mal e transcendente/imanente reproduziu-se durante toda a idade média, servindo de justificativa a uma estrutura hierárquica de dominação que se

35 Neves, 2009, p. 13. A propósito, é significativa a reciprocidade de influência entre modificações semânticas e alterações estruturais. Como indica Canotilho, o termo *politeia* “só nos fins do séc. XVIII e no séc. XIX passou a entender-se como ‘constituição’ (*constitutio*), enquanto anteriormente ela era traduzida através de conceitos como ‘policy’, ‘government’ e ‘Commonwealth’ (também como ‘commonwealth or government’ ou ‘policy or government’). Por sua vez, governo (‘government’) significava a organização e exercício do poder político, de modo algum se identificando com o poder executivo como veio a suceder nas doutrinas modernas da divisão de poderes” (2003, p. 54).

36 Neves, 2009, p. 10.

37 Grimm, 2006, p. 5. Que conclui: “[...] a validade de normas jurídicas surgidas dessa maneira não se baseava em decisão política. Elas retiravam sua força de vigência muito mais na concordância em seu conteúdo com o direito tradicional ou transcendental. Caso essa concordância não acontecesse, elas também não tinham o condão da obrigatoriedade”.

38 Neves, 2009, p. 15.

39 “La familia romana descansa en la concepción de una severa organización autoritaria: el *pater familias* tenía un poder político sobre los suyos que duraba lo que su vida; en tanto que el poder de padre de familia en Grecia estaba reglado por la ley y limitado en interés de los que estaban sometidos a su poder, poder que además expiraba, por lo que respecta a los hijos, cuando llegaban éstos a su mayor edad” (Jellinek, 2005, p. 408). Cf., também, Abadía, realçando que, na Roma antiga, o *pater familias* “posee una virtud mágica, que le permite crear Derecho, apoyándose en la *fe* (*fides*) prestada por todos al resultado de los actos que practica con arreglo a determinados ritos, de forma que el que falta a aquélla comete un *fraude* (*fraus*)” (1991, p. 15).

expressava em distinções tais como suserano/vassalo, soberano/súdito e poder divino/poder secular⁴⁰. De fato, o caráter tradicional do direito perpassou todo esse período. Se, por um lado, o soberano submetia-se ao direito sacralizado – pois a manutenção de uma ordem dita natural garantia-lhe um prêmio de legitimação – por outro, ele instrumentalizava o direito como um meio que emprestava vinculação coletiva aos seus decretos, que, todavia, não prescindiam da circular referência ao direito natural indisponível. Entre esses dois momentos de retroalimentação, quais sejam, o da *indisponibilidade* do direito pressuposto para a regulação de conflitos e o da *instrumentalidade* do direito posto para o exercício do poder de decisão coletivamente vinculante, há uma tensão insolúvel⁴¹, gradualmente corroída apenas a partir da emergência dos processos históricos de secularização, sistematização, positivação e historicização do direito, que subjazeram a emergência do Estado moderno⁴². Também aqui, portanto, a ideia de Constituição só se justifica como conceito empírico-descritivo válido para absolutamente qualquer formação social⁴³ – o que não se conforma à normatividade característica da ideia de Constituição em sentido moderno. E também aqui, por consequência, a atribuição generalizada de direitos fundamentais não se fez possível.

40 Neves, 2009, p. 16.

41 Habermas, 2003, p. 231.

42 Com Lafer, a “secularização está ligada à afirmação dos conceitos de soberania e razão-de-Estado e à reforma protestante, que levaram à separação entre Direito e Teologia e à busca de um fundamento para o Direito, que fosse válido independentemente da discussão sobre a existência de Deus. [...] A ideia de sistema constituiu um aspecto fundamental da contribuição do Direito Natural à jurisprudência europeia, que deixou de limitar-se à interpretação prudencial de textos singulares e passou a ter características de uma estrutura lógico-demonstrativa. [...] A identificação entre Direito e Poder, derivada da positivação, está na raiz da construção do Estado Moderno e é a base da afirmação de Hobbes: ‘It is not wisdom, but authority that makes a law’. [...] Ao impacto [desses] processos, cabe acrescentar o da percepção da historicidade do direito [*que passa a ser reconhecido como contingente e variável*]” (1988, p. 37-9).

43 Nesse sentido amplíssimo, parcialmente identificável com a ideia de *politeia*, “em qualquer época e lugar, encontra-se sempre um conjunto de normas fundamentais, respeitante à sua estrutura, à sua organização e à sua actividade – escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples ou complexas” (Miranda, 2007, p. 7). Como indica Grimm (2005, p. 488), essa compreensão factual de Constituição não desapareceu com a emergência do Estado moderno, tendo sido reconstruída, mais recentemente, a partir das ideias de “realidade constitucional” e “concretização constitucional”, no mais das vezes vinculadas, comparativamente, à concepção moderna de Constituição normativa. Ao menos indiretamente, essa referência comparativa para análise pode ser identificada, por exemplo, na dicotomia “fatores reais de poder” e “folha de papel” de Lassale (2002), na classificação ontológica da Constituição em normativa, nominal e semântica de Loewenstein (1964) e nos conceitos de constitucionalização simbólica como corroboração de determinados valores sociais, como fórmula de compromisso dilatatório e como álibi de Neves (2007).

1.3. Nacionalização dos direitos fundamentais: os direitos constitucionais.

O advento do Estado moderno não significou, ainda, o surgimento do constitucionalismo e da Constituição em sentido moderno⁴⁴. Com o absolutismo, a capacidade de dominação tendeu a emancipar-se de sua originária vinculação ao direito deificado. Como consequência, o poder político passou a “preencher, por conta própria, mediante legislação, a lacuna deixada pelo direito natural administrado teologicamente”, e, assim, “a legislação, a execução e a aplicação das leis [tornaram-se] três momentos no interior de um único processo circular regulado politicamente”⁴⁵. Dessa evolução não decorreu, todavia, preocupações imediatas com limitação de poder e estabelecimento de direitos fundamentais. A renitente invocação de princípios metajurídicos racional-jusnaturalistas “servia antes para legitimar um espaço juridicamente livre para o soberano, no âmbito do qual ele tinha o poder de estabelecer, aplicar e impor o direito”⁴⁶. A tomada do corpo dos condenados pelo soberano como objeto do intermitente sistema de castigos e apenamentos talvez seja o exemplo mais significativo desse espaço para arbitrariedades, amplamente subsumível em uma má economia do poder⁴⁷.

Nesse contexto, a revitalizada insubordinação do soberano a leis postas por outros homens aguçava a tensão entre instrumentalidade e indisponibilidade do direito, apenas parcialmente processada pelos chamados pactos de poder ou cartas de liberdade, “leis fundamentais” que não regulavam “senão muito esparsamente a actividade dos governantes e não traçavam com rigor as suas relações com os governados”⁴⁸. A

44 Neves, 2009, p. 17.

45 Habermas, 2003, p. 232.

46 Neves, 2009, p. 18.

47 Como percebido por Foucault, apesar “de o carrasco ser, em certo sentido, o gládio do rei, partilhava da infâmia do adversário. O poder soberano que o obrigava a matar, e que agia através dele, não estava presente nele; não se identificava com sua fúria. E justamente nunca aparecia com tanta ostentação do que ao sustar eventualmente com uma carta de indulto o gesto do executor. [...] O soberano está presente à execução, não só como o poder que vingava a lei, mas como o poder que é capaz de suspender tanto a lei quanto a vingança. Só ele como senhor deve decidir se lava as mãos ou as ofensas que lhe foram feitas; embora tenha conferido aos tribunais o cuidado de exercer seu poder de justiça, ele não o alienou; conserva-o integralmente para suspender a pena ou fazê-la valer” (2012, p. 52-3).

48 Miranda, 2007, p. 11. Como ressalta Grimm: “This is not to assert the complete absence of legal restrictions on the ruler. There were restrictions of this kind even under absolute monarchy. But insofar as they were not simply the vestiges of earlier historical layers, they could only be conceived as self-restrictions on princely power. Normally they were wrested from the ruler by particular groups of well-placed subjects and fixed in so-called charters [*Herrschaftsverträgen*], whose validity was based on the unanimous wills of the participants. As contractually binding, however, these restrictions always presupposed the authority of the monarchy to rule. They restricted his authority to rule [...] only punctually. They did not benefit all the subjects; rather, their effects were reserved for the privileged contractual partners. As far as they extended, they juridified political rule, but nowhere did they appear

insuportabilidade desse desenho político tornar-se-ia patente apenas quando as amplas reivindicações do soberano passassem a esbarrar em concepções de ordem liberal da burguesia ascendente, momento em que se cristalizaria a perspectiva de construção de um modelo de Estado cujo raio de ação estivesse consistentemente limitado pelo direito. Como observa Bittar, na medida em que a pretensão de legalidade se insculpe como uma espécie de libelo antimonárquico, posteriormente traduzido como um libelo anti-arbítrio, a ideia mesma de Estado de Direito decorre dessa aspiração liberal de domesticação do poder⁴⁹. O problema que se colocava, então, era o seguinte: como evitar a transfiguração do direito em instrumento de (des)mando do poder?

Enfraquecida a crença em um direito natural derivável tanto de deus quanto da razão⁵⁰, a limitação à disposição política do direito só poderia ser alcançada por intermédio do próprio direito, que haveria de ser superior ao direito posto, sem, contudo, afirmar-se como suprapositivo. A solução passava, assim, pela necessidade de normatização da normatividade. Com ela, solidificou-se a noção de constitucionalismo como semântica político-jurídica que refletia a pressão estrutural por diferenciação entre política e direito, o que, por sua vez, reagindo construtivamente no plano estrutural, serviu como ideologia revolucionária para a configuração da Constituição como artefato possibilitador e garantidor dessa diferenciação⁵¹. A Constituição é, em seus traços fundamentais, direito positivo⁵². Quando de sua introdução, porém, o direito positivo tornou-se reflexivo,

with the comprehensive claim to legitimation and regulation that distinguishes the modern constitution” (2005, p. 449-50). Relacionando os conceitos teórico-sociais luhmannianos de dimensão social, material e temporal com os conceitos jurídicos kelsenianos de âmbito pessoal, material e temporal, cf., também, Neves, contrapondo, respectivamente, o particularismo, a especificidade e a facticidade dos pactos de poder com o universalismo, a abrangência e a normatividade das constituições em sentido moderno (2009, p. 20-1).

49 Bittar, 2009, p. 74.

50 Embora em outro contexto, Ely capta com sagacidade a incompatibilidade do jusnaturalismo com o ceticismo moderno: “a ideia do direito natural não é considerada importante em nossa sociedade [...], e por uma boa razão: ‘todas as teorias jusnaturalistas caracterizam-se por uma singular falta de clareza, que tanto é uma vantagem quanto uma desvantagem na aplicação de suas teses’. A vantagem, supõe-se, é que você pode invocar o direito natural para defender o que quiser. A desvantagem é que todos sabem disso” (2010, p. 67). Assim, também, Kelsen: “Não é de admirar, pois, que os vários adeptos da doutrina do Direito natural tenham reduzido princípios de justiça extremamente diversos entre si a partir da natureza divina ou os tenham encontrado na natureza humana. [...] Através dos métodos do Direito natural, que se baseiam em um sofisma, pode-se provar tudo e, portanto, nada” (2001, p. 22-3).

51 Neves, 2009, p. 53.

52 Não se pode desconsiderar, contudo, o caráter quase sobrenatural atribuído à Constituição por essa época. A propósito, Neves relembra que no “número 20 do jornal *Révolutions* de Paris, de 21 a 28 de novembro de 1789, constava a seguinte asserção: ‘Uma Constituição é objeto de anseio de todos. E para alcançar isso os cidadãos sacrificam seus bens, seus negócios pessoais e sua tranquilidade [...]’. Associado a esse anseio por Constituição, proliferavam no período revolucionário as ‘Sociedades de Amigos da Constituição’, que eram mais conhecidos como Clubes Jacobinos, e a Constituição era

cindindo-se em dois complexos de normas dos quais um impunha a regulamentação das condições de criação e de validade do outro. A política reafirmou, assim, sua competência para prescrever o direito, mas não gozava mais da ampla liberdade dos monarcas absolutistas, pois era, ela própria, condicionada por disposições legais⁵³.

El estado constitucional de derecho no es otra cosa que este “derecho sobre el derecho”: un conjunto de límites y vínculos jurídicos – formales y sustanciales – que deberían envolver cualquier ejercicio de poder, no sólo público sino también privado, no sólo ejecutivo sino también legislativo, y *no sólo en el seno de los ordenamientos estatales sino también en las relaciones internacionales*. La técnica jurídica sobre la que se funda es la articulación del ordenamiento en varios niveles, regulador cada uno de ellos de de grado inferior y regulado por el de grado superior, según el modelo del constitucionalismo rígido [...]. Gracias al paradigma constitucional el derecho ya no regula sólo su “ser” sino también su “deber ser”; no programa sólo los comportamientos humanos sino que también se proyecta a sí mismo, vinculándose a opciones positivas (de hacer) y negativas (de no hacer) en garantía de los derechos fundamentales; ya no se funda sólo sobre el principio *autorictas, no veritas, facit legem*, sino que también sobre el principio de la coherencia, y por lo tanto de la *veritas* que lógicamente debe caracterizar el juicio de compatibilidad de las normas de grado inferior con las de grado superior. Y lleva a cabo por consiguiente, a través de los vínculos de forma y contenido impuestos a su producción, la superación de la vieja dicotomía expresada por los pares *auctoritas/veritas* y “racionalidad formal”/“racionalidad sustancial” con la que normalmente se formula la oposición entre paradigma iuspositivista y paradigma iusnaturalista⁵⁴.

O constitucionalismo e a Constituição em sentido moderno surgem, portanto, com as revoluções liberais do final do século XVIII ocorridas nos Estados Unidos da América e na França⁵⁵. A partir de então, a concepção empírico-descritiva de Constituição como simples modo de ser da realidade político-social internaliza uma pretensão normativo-contrafactual amplíssima, e, *toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes*⁵⁶ vê-se, repentinamente, sem Constituição. Quanto ao modo pelo qual se efetivaria uma tal pretensão, contudo, essa evolução semântico-estrutural conheceria duas tendências antagônicas.

designada como o ‘catecismo do gênero humano’. Também nos Estados Unidos, a ‘maravilhosa Constituição’ era chamada de ‘pergaminho mágico’, que estava presente em quase toda família como ‘a Bíblia política do Estado’” (2009, p. 4-5).

53 Grimm, 2006, p. 9.

54 Ferrajoli, 2013, p. 463, sem grifo no original.

55 Desconsidero, com essa afirmação, o atípico desenvolvimento constitucional inglês, e assumo que apenas “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).

56 Art. 16, Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

De fato, inicialmente concorrentes, as experiências constitucionais americana e francesa desenvolveram-se com base em desconfianças diversas⁵⁷. Nos Estados Unidos da América, a preocupação com o direito de propriedade diante da “voracidade legislativa de governos populares acabou elevando o judiciário à condição de poder político, capaz de se colocar entre o governo e o cidadão, na defesa dos direitos individuais deste último”⁵⁸. Nesse contexto, a ainda viva memória da condição de colônia, por um lado, e a identificação de um período crítico pós-independência estrategicamente veiculado nos artigos federalistas⁵⁹, por outro, fundamentaram um desenvolvimento constitucional baseado no medo das maiorias populares. Tal temor funcionou como substrato para o enfraquecimento dos poderes representativos e a caracterização do judiciário como poder de sobreposição⁶⁰, capacitando-o a controlar a constitucionalidade da atuação política do governo⁶¹. Assim é que, antes mesmo da sempre rediviva decisão de John Marshall em *Marbury v. Madison* (1803), Madison já argumentava no Artigo Federalista LXXVIII:

57 Uma análise mais detalhada sobre a influência dessas desconfianças na diversificação dos modelos constitucionais americano e francês poder ser encontrada em Elster, 2009, p. 167 ss, Fioravanti, 2001, p. 100 ss e Veríssimo, 2006, p. 32 ss. Branco empreende estudo semelhante (2008, p. 18 ss; cf., também, Mendes; Branco, 2014, p. 39 ss). Contudo, ao imputar o valor da Constituição nessas experiências constitucionais toma como decisiva a existência ou não de controle judicial de constitucionalidade e, incorretamente, contrapõe supremacia do parlamento (França) com supremacia da Constituição (Estados Unidos), e não, como era de se esperar, supremacia do parlamento (França) com supremacia do judiciário (Estados Unidos). Uma tal contraposição só pode significar uma espécie de blindagem contra o dilema “quem vigia os vigilantes?”: se, na França, como argumenta Branco, a Constituição não se encontrava protegida contra o legislativo, nos Estados Unidos, quem a protegeria contra o judiciário? Como argumentei em outro trabalho, há nessas posturas “uma flagrante confusão entre um problema prático e um problema lógico. O dever do judiciário de não aplicar uma norma que efetiva ou pretensamente contrarie a Constituição não pode ser expresso como algo contingentemente necessário, senão como algo necessariamente contingente. Argumentar que a não adoção da revisão judicial seja uma impossibilidade lógica ou que um tal sistema negaria a supremacia da Constituição constitui uma grosseira confusão entre gênero (controle de constitucionalidade) e espécie (controle judicial de constitucionalidade)” (Poli, 2015, p. 358).

58 Arantes, 2004, p. 82

59 Onuf, 2001, p. 174.

60 Como nota Loewenstein, o “control de constitucionalidad es, esencialmente, control político y, cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es, en realidad, una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores de poder instituidos” (1964, p. 309).

61 Gargarella, 1996, p. 17. Cf., também Maus, 2009 (para quem: “[...] a competência de controle de constitucionalidade do legislador, aprovada pela facção conservadora dos federalistas nas deliberações da Constituição da União norte-americana e, mais tarde, aplicada pela *Supreme Court*, tinha relação, desde o início, com uma profunda desconfiança contra processos democráticos e de base democrática”, p. 281). Mais detidamente, analisei a origem e o desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos da América em Poli, 2012b.

Se se imaginar que os congressistas devem ser juizes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem será obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio em qualquer dispositivo da Constituição. Por outro lado, não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepor a própria vontade à de seus constituintes. É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma Constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juizes. Em consequência, cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes⁶².

Na França, pelo contrário, a lembrança da complacência do corpo judicial com os abusos da monarquia forjou um modelo de proteção de direitos fundamentais e limitação de poder desconfiado das minorias aristocráticas. É válido dizer, reconhecer Tocqueville, em 1856, que a revolução destruiu inteiramente “tudo o que na antiga sociedade decorria das instituições aristocráticas e feudais, tudo o que de algum modo se ligava a elas, tudo o que trazia delas, em qualquer grau que fosse, a menor marca”⁶³. Não por outro motivo, as três constituições do período revolucionário (1791, 1793 e 1795), a despeito de refletirem em maior ou menor medida a radicalização das diversas fases da revolução, apenas realçaram a função do judiciário como prestador de justiça comum, proibindo-lhe a interferência em questões relativas à vontade geral da nação, expressada pelo poder legislativo⁶⁴. Assim é que, em oportuna passagem, Valdés apresenta a defesa do *référé* legislativo feita por Maximilien de Robespierre, na sessão de 22 de outubro de 1790 da Assembleia Nacional, que sumariza esse temor:

La chiarezza della sua tesi a questo proposito giustifica l'intera citazione del nucle centrale delle sua refessione: “I tribunali sono istituiti – affermava il deputato – per decidere le discussioni tra cittadini e cittadini; lì dove cessa il potere giudiziario, comincio l'autorità del tribunale di cassazione. È sull'interesse generale, sil mantenimento della legge e dell'autorità legislativa che pronunciarsi il tribunale di cassazione. Considerato che il potere legislativo no determina che la legge generale, la cui forza dipende della sua corretta ossevanza, se i magistrati potessero

62 Madison; Hamilton; Jay, 2010, p. 478-80.

63 Tocqueville, 2009, p. 24.

64 Arantes, 2004, p. 82.

sostituirla con la loro volontà si trasformerebbero in legislatori. È pertanto necessario determinare la vigilanza que spetta ai tribunali rispetto ai principi legislativo. Questo potere i vigilanza [...] dovrà fare parte del potere giudiziario? No, perché è lo stesso potere giudiziario ad essere vigilato. Dovrà essere il potere esecutivo? No, perché si trasformerebbe nel padrone della legge. Dovrà esse essere, allora, un potere diverso dal potere legislativo, esecutivo e giudiziario? No, perché io no conosco quattro poteri nella Costituzione. Questo diritto di vigilanza [...] è. Pertanto, una derivazione del potere legislativo. In effetti, secondo i principi autenticamente riconosciuti, à al legislatore che spetta l'interpretazione della legge che lui stesso ha creato; anche nell'antico regime era consacrato questo principio”⁶⁵.

Mais recentemente, todavia, com a assimilação do paradigma americano como um “modelo global para a democratização”⁶⁶, essa diversificação se tornou sutil o suficiente para fragilizar a distinção desses modelos ideais de constitucionalismo. Como observa criticamente Hirschl, ao longo dos últimos anos, tem-se presenciado uma transição surpreendentemente rápida para o que poderia ser denominado de *juristocracia*⁶⁷. Ao redor do globo, do leste europeu ao Canadá, da América latina à África do Sul, da Inglaterra à Israel, reformas políticas têm transferido para o judiciário uma quantidade sem precedentes de poder de decisão coletivamente vinculante, mediante constituições que, para além de uma vasta declaração de direitos fundamentais, estabelecem alguma forma mais ou menos agressiva de controle judicial de constitucionalidade⁶⁸. A aceitação desse modelo é tão maciça que a caracterização dos tribunais como órgãos preferencialmente encarregados da limitação do poder e da proteção de direitos fundamentais parece não encontrar concorrência à altura no âmbito interno do Estado⁶⁹. De fato, o senso comum teórico

65 Valdés, 1997, p. 232-3.

66 Waldron, 1998, p. 335.

67 Uma parte da crítica que o termo carrega pode ser reconduzida à Tocqueville, que, em 1835, quando de sua visita à América, escreveu: “Se me perguntassem onde situo a aristocracia americana, responderia sem hesitar que não o faço entre os ricos, que não possuem nenhum laço comum que os assemelhe. A aristocracia americana está no banco dos advogados e na cadeira dos juizes” (1977, p. 206), na medida em que “encontramos, oculta no fundo da alma dos juristas, uma parte dos gostos e dos hábitos da aristocracia. Como ela, têm um instintivo pendor para a ordem, um amor natural pelas formas; assim como a aristocracia, concebem um grande desgosto pelas ações da multidão e, secretamente, desprezam o governo do povo” (1977, p. 203).

68 Hirschl, 2004, p. 1. Quanto ao Brasil, Vieira, 2008, fala em uma *supremocracia*.

69 Dado o mimetismo internacionalista nesse aspecto, tampouco parece factível a afirmação de alternativas não judiciais – ou não *quase* judiciais – à proteção dos direitos fundamentais no âmbito internacional. “A ciência jurídica internacionalista”, afirmou Ferrajoli, “depois de três séculos de direito internacional pactício, ainda não atualizou suas categorias e ainda hoje é afetada por uma espécie de insegurança de si, quase um complexo de inferioridade científica e jurídica, que a leva a desvalorizar a nova dimensão normativa do direito internacional e achatá-la sob a efetividade das relações de força entre Estados” (2007, p. 42). Traduzida em alguns debates internacionalistas como uma vontade nem sempre honesta de pioneirismo sobre expressões, ideias e teorias, essa insegurança de si pode ser tomada como hipótese para explicar por que à reprodução de estruturas judiciais ou *quase* judiciais estatais para a proteção de

parece ter se convencido de que existe algo de indecoroso em um sistema no qual “uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direitos e princípios”⁷⁰. Há, é claro, uma gigantesca idealização do papel que o judiciário desempenha na contemporânea ideia de constitucionalismo. Basta lembrar, nesse sentido, do elitismo epistemológico a partir do qual a imagem do juiz herói Hércules foi desenvolvida por Dworkin, para quem inexistem qualquer razão pela qual “seja mais provável um legislador ter opiniões mais precisas [do que um juiz] sobre o tipo de fatos que, sob qualquer concepção plausível de direitos, seriam relevantes para determinar o que são os direitos das pessoas”⁷¹. No Brasil, também ilustrativamente, e no mesmo sentido, Mendes retira do seu horizonte de preocupações a possibilidade de juízes abusarem de seu poder – ao que parece, proposital e conscientemente, dada a estratégia laudatória do seu texto em relação ao judiciário – para sustentar que “os eventuais detentores do poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem não raras vezes, à tentação do abuso do poder e da perversão ideológica”⁷².

direitos fundamentais no âmbito internacional não seguiu, em sua inteireza, o enfrentamento acadêmico de questões relativas à ilegitimidade democrática dessas estruturas.

- 70 Waldron, 2003, p. 5. Que prossegue: “Parece que tal fórum é considerado indigno de questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter”.
- 71 Dworkin, 2001, p. 26. Contra esse elitismo epistemológico, argumenta Nino: “The common view that judges are better situated than parliaments and other elected officials for solving questions dealing with rights seems to arise from an epistemic elitism. It assumes that in order to arrive at correct moral conclusions, intellectual dexterity is more important than the capacity to represent vividly and to balance impartially the interests of all those affected by a decision. It is understandable that scholars who celebrate the marvels of judicial review should identify themselves more closely with judges than with politicians and, thus, are inclined to think, as Michael Walzer remarks, that what they deem to be right solutions – their own – would be more readily obtained by judges than by politicians” (1996, p. 186). Retomo esse debate *infra*, item 4.1, p. 143-9.
- 72 Mendes, 1999, p. 32. Para manifestações semelhantes, cf. Ferreira Filho, 2009 (para quem: “Onde [o controle judicial de constitucionalidade] inexistiu ou é ineficaz, a Constituição perde no fundo o caráter de norma jurídica, para se tornar um conjunto de meras recomendações cuja eficácia fica à merce do governante”, p. 219), Silva Ramos, 2010 (para quem: “de nada adiante erguer essa barreira [a rigidez da Constituição] diante do Poder Legislativo ordinário se não se estabelecer um mecanismo para controlar a compatibilidade dos atos dele emanados à Constituição [o controle judicial de constitucionalidade]”, p. 45), Barroso, 2011 (para quem: “A tutela [de] valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional”, p. 80), Tavares, 2005 (para quem: “a limitação da autodeterminação legislativa do Estado [por meio do controle judicial de constitucionalidade] não há mais de ser questionada”, p. 517), Binbenbojm, 2004 (para quem: “quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a [...] princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia”, p. 246), Coelho, 2011 (para quem, sem controle pelo judiciário, “o valor do Estado de Direito será o da sua tragédia: suprimir-se a si próprio, nisso consistindo a sua grandeza e também a sua miséria”, p. 9) e Vieira, 1999 (para quem: “A experiência nazista aponta-nos que a simples regra da maioria não é suficiente para assegurar uma associação política baseada na igualdade e autonomia dos indivíduos”, p. 113).

A somatória dessas idealizações com o ultrarrealismo comumente utilizado para descrever os braços representativos do poder não poderia ser outro, portanto, que uma desejada falta de alternativa tornada real – outro sintoma daquele *dirty little secret* identificado por Unger na teoria constitucional contemporânea, também evidenciado na criação “incessante de limitações à regra da maioria”, na “hipertrofia de práticas e estruturas” que lhes são contrárias, no abandono “da reconstrução institucional a momentos raros e mágicos de recriação nacional”, na oposição a todo tipo de “reforma institucional, principalmente aquelas concebidas para elevar o nível de engajamento político popular, como ameaças ao sistema de direitos”, no esforço para obter judicialmente “os avanços que a política popular não consegue produzir”, e, fundamentalmente, na compreensão do sistema político moderno como “uma fonte subsidiária e derradeira da evolução jurídica, a ser tolerada quando nenhum dos métodos mais sofisticados de resolução jurídica de controvérsias se aplica”⁷³. Seguindo com a avaliação de Stone Sweet, desde essa perspectiva, a despeito de alguns esforços teóricos revitalizadores da dignidade da legislação e do legislador⁷⁴, parece possível afirmar que, talvez com uma educada reverência para Westminster, a alternativa não judicializada de constitucionalismo no âmbito estatal pode ser declarada morta⁷⁵.

1.4. Internacionalização dos direitos fundamentais: os direitos humanos.

Constituições, declarações de direitos e adequação de constitucionalidade: essa a configuração básica da proteção institucional dos direitos fundamentais. Tratados internacionais de direitos humanos, declarações de direito e adequação de convencionalidade: essa a nova configuração que o segundo pós-guerra viu surgir. Para uma adequada compreensão desse processo de internacionalização dos direitos fundamentais, duas redefinições paradigmáticas precisam ser especificadas: uma quanto à

73 Unger, 2004, p. 95-6. Também no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos algo desse pequeno segredinho sujo pode ser vislumbrado. Cf., a propósito, a limitação que o dever de adequação convencional impõe, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, às manifestações democráticas favoráveis à anistia de atos violatórios aos direitos humanos, *infra*, p. 106, nota 387.

74 Em minha dissertação procurei reequilibrar o fiel dessa balança injetando uma grande dose de realismo no retrato róseo do judiciário e defendendo uma visão propositalmente idealizada e otimista da democracia (Poli, 2012a). Com propósitos semelhantes, cf., também, Waldron, 2004, e Tushnet, 2000 (ressaltando que “we do not have to have a court that will strike down laws – a court with the power of judicial review – to have a vibrant language of fundamental rights available to us”, p. 168).

75 Stone Sweet, 2003, p. 2745.

nunca esquecida concepção de soberania estatal enquanto poder absoluto e incontestável, outra quanto ao *status* tradicionalmente atribuído ao indivíduo no cenário internacional⁷⁶.

1.4.1. Que soberania?

Enquanto categoria filosófico-jurídica, ambas as dimensões interna e externa da noção de soberania são resquícios pré-modernos de matriz jusnaturalista que, concomitantemente, fundamentam a origem da modernidade jurídica e com ela se contrapõem⁷⁷. Enquanto categoria filosófico-política, o termo delimita os confluentes processos históricos relativos à sua dissolução interna, paralela à formação dos Estados constitucionais, e à sua absolutização externa, cujo ápice se deu na primeira meia parte do século XX, com as duas grandes guerras mundiais. Enquanto categoria jurídica, por fim, soberania representa a própria antinomia do direito, seja no âmbito estatal, quando confrontada pela aspiração constitucionalista de sujeição de todo e qualquer poder ao direito, seja no âmbito transestatal, quando confrontada por tratados internacionais, notadamente os relativos aos direitos humanos⁷⁸.

A pioneira teorização do aspecto externo da soberania derivou, em grande medida, da necessidade de fundamentar religiosa e juridicamente a violenta conquista e submissão do novo mundo. Para esse propósito, o pensamento de Francisco de Vitória exerceu uma função decisiva, especialmente no que se refere à configuração teórica de uma sociedade de Estados plenipotenciários mas iguais, à atribuição de uma série de direitos ditos naturais aos Estados e à caracterização da guerra justa, pois aprovada por deus, como sanção justa⁷⁹. Desobstruídas de grandes entraves por Bodin⁸⁰, e, posteriormente, laicizadas por Grotius⁸¹, essas ideias franquearam o desenvolvimento, por

76 Para o desenvolvimento dessas especificações, tomo como referência Ferrajoli, 2007.

77 Sobre essa dicotomia, esclarece Pinto Ferreira: “A soberania interna quer dizer que a autoridade do Estado, suas leis e ordens que edita para todos os indivíduos que habitam seu território e as sociedades formadas por esses indivíduos, predomina sem contraste, não pode ser limitada por nenhum outro poder. O termo soberania significa, portanto, que o poder do Estado é o mais alto, existente dentro do Estado, é a *summa potestas*, a potestade. A soberania externa significa que, nas relações recíprocas entre os Estados, não há subordinação nem dependência, e sim igualdade” (1975, p. 2006).

78 Ferrajoli, 2007, p. 2-3.

79 Um estudo de fôlego sobre o pensamento desse autor espanhol pode ser encontrado em Scott, 2000.

80 Bodin identificava nas leis divinas e naturais os únicos limites a soberano, pois “todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no tienen poder para contravenirlas, si no quieren ser culpables de lesa majestad divina, por mover guerra a Dios, bajo cuya grandeza todos los monarcas del mundo deben unirse e inclinar la cabeza con todo temor y reverencia” (1973, p. 52-3).

81 Ao definir o direito das gentes como “aquele que recebeu sua força obrigatória da vontade de todas as nações ou de grande número delas” (2004, p. 88), Grotius autonomiza-o tanto da moral e da teologia

Hobbes, da metáfora antropomórfica do Estado-pessoa, fundamental à consolidação dos Estados nacionais, à qual a soberania, agora enquanto poder incontrastável no âmbito interno, passou a ser associada como essência. O Estado, sentenciou Hobbes, há de ser “definido como una persona única cuya voluntad, en virtud de los pactos hechos entre muchos hombres, debe considerarse como la voluntad de todos ellos y que puede, por consiguiente, utilizar las fuerzas y los bienes de cada uno para la paz y defensa común”⁸².

As implicações teóricas dessa metáfora são bastante significativas. A partir dela o Estado afirma-se soberanamente no âmbito interno enquanto reação assumida como necessária à superação do hipotético estado de natureza original, deslegitimando, com isso, fontes normativas internas ou externas como inferiores a ele. Sua soberania externa, contudo, somando-se à paritária soberania externa de outros Estados, passa a ser equiparada a uma liberdade selvagem que reproduz, no âmbito internacional, a situação de constante desregramento que a sua própria instituição se propôs a superar. “É assim que a criação do Estado soberano como fator de paz interna e de superação do *bellum omnium* [...] entre as pessoas de carne e osso”, assinala Ferrajoli, “equivale à fundação simultânea de uma comunidade de Estados que, justamente por serem soberanos, transformam-se em fatores de guerra externa na sociedade artificial de Leviatã com eles gerada”⁸³.

Mesmo que jamais tivesse havido um tempo em que os indivíduos se encontrassem numa condição de guerra de todos contra todos, de qualquer modo em todos os tempos os reis, e as pessoas dotadas de autoridade soberana, por causa de sua independência vivem em constante rivalidade, e na situação e atitude de gladiadores, com as armas assestadas, cada um de olhos fixos no outro; isto é, seus fortes, guarnições e canhões guardando as fronteiras de seus reinos, e constantemente com espões no território de seus vizinhos, o que constitui uma atitude de guerra⁸⁴.

Disso resultou um Estado moderno fundado laica e racionalmente sobre uma dúplice oposição ao estado de natureza, uma por negação, a outra, paradoxalmente, por afirmação.

quanto da própria ideia de direito natural. Como nota Ferrajoli, é assim que, com Grotius, “o direito deriva do fato e, [mais] precisamente, da vontade e dos interesses dos sujeitos mais fortes da comunidade internacional” (2007, p. 18).

82 Hobbes, 1966, p. 122.

83 Ferrajoli, 2007, p.20-1.

84 Hobbes, 1983, p. 77.

Sobre a negação, enquanto “estado civil”, do “estado de natureza” originário das sociedades primitivas e selvagens dos homens de carne e osso e, portanto, sobre a oposição entre “civilidade” e “incivilidade”, como fonte de legitimação de novas formas de desigualdade e domínio; e, como corolário, sobre a afirmação de um novo estado de natureza paradoxalmente artificial porque produzido pelo mesmo artifício do qual nasce o Estado: a sociedade selvagem, mas artificial, dos Estados soberanos, virtualmente em estado de guerra entre si mas também coligados, como “mundo civil”, pelo direito-dever de civilizar o resto do mundo ainda não civilizado⁸⁵.

Com as revoluções liberais do século XVIII, essa dupla oposição precipitou dois antagônicos processos paralelos: internamente, superação de um estado de natureza hipotético, com a dissolução do poder de mando; externamente, instauração de um estado de natureza artificial, com a absolutização do poder de guerra. De fato, a efetivação das reivindicações políticas de cunho liberal por legalidade, separação de poderes e proteção de direitos fundamentais excluiu, como ilegítima, a possibilidade de sujeitos *legibus soluti*, acarretou, por outro lado, a transformação dos poderes absolutos do Estado em poderes funcionais, e correspondeu, em última análise, à própria negação da soberania interna⁸⁶. Afinal, como já afirmado, onde “o direito predomina, um certo estado e grau de poder é mantido, uma diminuição ou um aumento é rechaçado”⁸⁷.

Se a soberania é esse aspecto, essa condição do poder do Estado de não reconhecer outro poder superior, de ser supremo e irresistível na ordem jurídica interna, de ser absoluto na manifestação de sua vontade, como quer a doutrina tradicional, duas consequências decorrem daí forçosamente: primeiro, o poder do Estado torna-se arbitrário, ilimitado; nada se lhe pode opor, tudo lhe é permitido; segundo, não é possível explicar, portanto, o fato de se submeter o Estado à lei, como frequentemente se verifica. [...] Ora, a ordem jurídica não atinge somente o indivíduo, mas também o Estado; se, pois, o Estado não pode subsistir senão onde há ordem jurídica, necessariamente e naturalmente se subordina a essa ordem jurídica que ele mesmo reconhece e defende. O

85 Ferrajoli, 2007, p. 25.

86 Ferrajoli, 2007, p. 28. Realçando a importância paradigmática da metáfora do Estado-pessoa, Groppali especifica a exclusão dessa possibilidade de sujeitos *legibus soluti* e a correspondente funcionalização dos poderes soberanos da seguinte forma: “Até o momento em que o Estado se identificava com o povo organizado, como acontecia em Roma, ou com a pessoa do príncipe que o encarnava concentrando-lhe os poderes, como nas monarquias absolutas, era o próprio povo ou a própria pessoa física do príncipe que constituíam o fulcro das relações que se iam tecendo entre o Estado e os demais sujeitos de direito; mas quando, no fim do século XVII na Inglaterra e no fim do século XVIII na Europa, se firmou e se impôs uma nova forma de Estado, representada pelo Estado constitucional, onde o poder de império se via fracionado entre o Parlamento, o Chefe do Estado, o Governo e a Magistratura, não foi mais possível considerar o povo ou o príncipe como os titulares exclusivos da soberania, e no lugar do povo ou da pessoa visível do príncipe, foi colocada pela doutrina a personalidade visível do Estado” (1962, p. 147-8).

87 Cf., *supra*, p. 10, nota 14.

poder do Estado [...] em seu exercício normal reconhece e respeita limitações; [*em seu exercício anormal*] ele poderá ir até a destruição da ordem jurídica estabelecida, mas terá de substituí-la por outra se não quiser desaparecer⁸⁸.

Houve, por certo, expressões filosóficas que anularam, num plano teórico, a autonomia da individualidade, diluindo-a num comunitarismo estatal fortalecido por concepções de soberania ainda mais robustas que as fornecidas pelas tradicionais perspectivas teocráticas e contratualistas. Vejam-se, como exemplo, as noções de vontade geral rousseaniana⁸⁹ e de Estado ético hegeliana⁹⁰. Houve, igualmente, expressões jurídicas que, tomando o Leviatã e a figura antropomórfica de Estado hobbesianos como algo mais que meras metáforas, descambaram, sobretudo na Alemanha e na Itália pré-unificadas, para uma metafísica idealista e autoritária, que reconheceu no Estado a única fonte de produção legítima do direito, configurou os direitos fundamentais como dispensáveis e disponíveis autolimitações à soberania estatal interna e fundamentou a ainda em voga doutrina organicista do Estado, a partir da qual não apenas o poder soberano, como também o povo e o território, são concebidos como meros elementos constitutivos desse ente etéreo e mais abrangente⁹¹. A despeito dessas expressões, todavia, a afirmação histórica dos Estados constitucionais ratificou o processo de negação da soberania interna. Tome-se, como sintoma dessa afirmação, a possibilidade de identificação, sugerida por Neves, da ideia de

88 Azambuja, 1975, p. 67. Não desconheço, vale esclarecer, que tudo o que pode ser politicamente feito pode ser politicamente desfeito. Afinal, o direito não pode atuar quando o direito está suspenso, e ali onde o direito acaba, não há direito para controlar o poder (Atria, 2003). Assim, a expressão “negação da soberania interna” não deve ser compreendida como a absoluta deslegitimação da possibilidade de estados de exceção – refundação constitucional inclusive – mas como absoluta deslegitimação da possibilidade de estados de exceção permanentes. A diferença é significativa, e, para a correta compreensão do argumento, não pode ser desconsiderada.

89 Para Rousseau, assim como “a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe [...] o nome de soberania” (2006, p. 39). Sintomático, nesse sentido, que as cláusulas do contrato social, se bem compreendidas, reduzir-se-iam em uma só: “a alienação total de cada associada, com todos os seus direitos, a toda comunidade” (2006, p. 21). Assim, se “retirarmos do pacto social o que não é de sua essência, veremos que ele se reduz aos seguintes termos: Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo” (2006, p. 21-2).

90 O Estado, para Hegel, “é a realidade em ato da Ideia moral objetiva, o espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe o que sabe e porque sabe. [...] O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade esta que adquire consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o ser valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever. [...] Se o Estado é o espírito objetivo, então só como membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade (1997, p. 2016-7). Cf., a propósito, *supra*, p. 15, nota 33.

91 Ferrajoli, 2007, p. 31-2.

Constituição, por um lado, e da importância de chamar-se constitucional, por outro, com a noção de conceitos antitéticos assimétricos de Kosselleck, a partir dos quais “um grupo concreto reclama o direito exclusivo à universalidade, aplicando um conceito linguístico a si próprio”, fazendo decorrer dessa aplicação unilateral “a denominação usada para o outro, que para esse outro equivale linguisticamente a uma privação, mas que na realidade, pode ser equiparado a uma espoliação”⁹².

Por outro lado, contudo, se a emergência do constitucionalismo e da Constituição em sentido moderno representou a dissolução da soberania interna num modelo de Estado cujo raio de ação passou a ser consistentemente limitado, ela pouco fez porque pouco podia fazer para conter a absolutização do poder de guerra externa dos novos Leviatãs, lobos artificiais em virtual mas perene estado de guerra, subtraídos ao controle de seus criadores e capazes de destruí-los a todos⁹³. Numa singular série de eventos políticos, o entre séculos XIX e XX testemunhou a consagração de Estados nacionais, liberais e democráticos que, atribuindo para si um complexo sistema de normas conformadoras do poder de mando interno, libertaram-se, nas relações externas com outros Estados nacionais, liberais e democráticos, de qualquer freio jurídico-político. Nesses paradoxais processos simultâneos, quanto mais se limitava a soberania interna, mais se legitimava o Estado e mais se absolutizava e se legitimava, em relação aos outros Estados, sua soberania externa. E quanto mais se afirmava o Estado como poder limitado no plano interno, tanto mais ele se afirmava como autossuficiente, hipostasiando-se como sujeito não-relacionado e *legibus solutus* no plano externo⁹⁴.

Nesse contexto, moderniza-se, por assim dizer, a estrutura hierárquica típica da pré-modernidade. Com o triunfo da noção de cidadania como base de igualdade e fonte de discriminação, os direitos do *homem* achatam-se em direitos do *cidadão*, e, à consagração

92 Kosselleck, 2006, p. 192-3. Segundo Neves, essa caracterização da Constituição como expressão prestes a usos arbitrariamente metafóricos “relaciona-se com o fato de que [ela] passou a ser ‘suporte de esperança’ e seu conceito, assim como o de constitucionalismo, partiu para uma ‘ofensiva vitoriosa’, assumindo o caráter de ‘conceito político de luta’. [...] Na medida em que ‘Constituição’ em sentido moderno invoca originariamente o ‘oposto de uma ordem política de opressão’, ou seja, sugere emancipação, tornou-se usual a sua utilização retórica como rótulo da razão e correção daqueles que a defendem e daquilo que ela designa” (2009, p. 5). Em maior ou menor grau de intensidade, o mesmo pode ser dito sobre as expressões “democracia” e “direitos fundamentais”, por exemplo. Daí a incongruência das intervenções militares que, expressando toda a selvageria dos lobos artificiais que trato na sequência do texto, buscam, pela guerra, a implementação de regimes democráticos ou a proteção de direitos fundamentais.

93 Ferrajoli, 2007, p. 22.

94 Ferrajoli, 2007, p. 35.

de alguns dos tradicionais direitos ditos naturais pela Constituição como direitos positivos pretensamente universais, segue a completa restrição do universo do Estado ao seu próprio direito, ao seu próprio povo, ao seu próprio território: todos os homens nascem livres e iguais, mas alguns mais livres e mais iguais que outras⁹⁵. Segue igualmente, uma relativa anomia nas relações entre Estados e entre Estados e cidadãos de outros Estados, a partir da qual seu paradigma de legitimação, depois de seculariza-se com a filosofia contratualista tardia, volta a “sacralizar-se”, ainda que laicamente, com o idealismo alemão⁹⁶: o Estado *deus mortal* hobbesiano, “ao qual devemos, abaixo do Deus imortal, nossa paz e defesa”⁹⁷, transfigura-se, assim, no Estado *deus real* hegeliano, que “possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever”⁹⁸.

Duas derivações mais importantes podem ser apreendidas desse *Zeitgeist*. Em primeiro lugar, a negativa de autonomia à ideia de direito internacional, que, identificado por Hegel como mero direito soberano externo *do* Estado, resultará posteriormente reinterpretado e reestruturado pelo unilateralismo nacionalista. Em segundo lugar, a vocação expansionista e destrutiva desse deus tornado real, cujos corolários principais são a exaltação hegeliana da guerra como um sublime “momento ético” conservador da “saúde moral dos povos”⁹⁹, a redescoberta da razão-de-Estado como razão de potência pelos agressivos nacionalismos europeus, e, em especial, o absoluto desprezo pela *altercidadania*, sobretudo quanto aos “incivis” dos mais variados novos e velhos mundos¹⁰⁰.

1.4.2. Indivíduo cidadão do mundo.

A domesticação do paradigma descrito no item anterior seria consolidada apenas com a Carta da Organização das Nações Unidas, de 26 de julho de 1945, e, sucessivamente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de

95 Como resquício dessa noção de cidadania como base de igualdade e fonte de discriminação, cf. o art. 5º, *caput*, da CRFB/88, que, ao proclamar “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, restringe a aplicação dos direitos e deveres individuais e coletivos aos brasileiros e aos estrangeiros *residentes* no país. Retomo esse artigo no próximo item. p. 4, p. 37, nota 123.

96 Ferrajoli, 2007, p. 36.

97 Hobbes, 1983, p. 106.

98 Cf., *supra*, p. 29, nota 90.

99 Hegel, 1959, p. 334.

100 Ferrajoli, 2007, p.37-8.

1948¹⁰¹. A partir desses documentos internacionais a ordem jurídica do mundo é carregada do estado de natureza para o estado civil, e a absolutizada soberania externa do Estado deixa de ser uma liberdade selvagem para se subordinar, juridicamente, aos imperativos da paz e da proteção dos direitos humanos¹⁰². Isso não significa dizer, é bom ressaltar, que maciças violações a direitos fundamentais não sejam mais cometidas, tampouco que as inúmeras instituições nacionais e internacionais desenhadas para prevenir e conter tais violações estejam todas funcionando a contento. Ao contrário, muitos Estados fazem da sistemática violação desses direitos verdadeira política pública, e muitos outros gostariam de fazê-lo abertamente. Contudo, como assinala Buergenthal:

The fact is that they are increasingly being forced by a variety of external and internal factors to respond for their behavior to the international community. This reality limits their freedom of action and in many, albeit not all, cases contributes to an improved human rights situation¹⁰³.

De fato, o veto à guerra marca forte presença na Carta de São Francisco. Já em seu preâmbulo restringe-se o *ius ad bellum* que, desde de Francisco de Vitória, fora o principal atributo da soberania externa. São realçadas, nesse sentido, as necessidades de “preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra” e de “reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem” e na “igualdade entre as nações grandes e pequenas”¹⁰⁴. Ademais, como propósitos das Nações Unidas, são estabelecidos “a manutenção da paz e da segurança internacionais”, o “desenvolvimento de relações amistosas entre as nações e de cooperação internacional para resolver problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário”, além da “promoção do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”¹⁰⁵.

Por outro lado, ao reconhecer a “dignidade inerente a todos os membros da família humana”¹⁰⁶ e consagrar os direitos humanos como um “ideal comum a ser atingido

101 Burgers, 1992. Também Piovesan, que ressalta: “A Carta das Nações Unidas de 1945 consolida [...] o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas. Definitivamente, a relação de um Estado com seus nacionais [*e com os nacionais de outros Estados, adiciono eu*] passa a ser uma problemática internacional objeto de instituições internacionais e do Direito Internacional” (2013, p. 181-2).

102 Ferrajoli, 2007, p. 39.

103 Buergenthal, 1997, p. 704.

104 Preâmbulo, Carta das Nações Unidas.

105 Art. 1º, Carta das Nações Unidas.

106 Preâmbulo, Declaração Universal dos Direitos Humanos.

por todos os povos e todas as nações”¹⁰⁷, a Declaração Universal de 1948 desconstruiu a noção de cidadania como base de igualdade e fonte de discriminação, emancipando, com isso, as aspirações constitucionalistas do âmbito do Estado. Ela assinala, igualmente, uma parcial superação do modelo vestefaliano ao reestruturar o direito internacional de um sistema pactício puro, baseado em tratados bilaterais ou plurilaterais *inter pares*, num verdadeiro ordenamento jurídico transestatal integrado por normas que, caracterizáveis como *ius cogens*, contemplam obrigações *erga omnes*: “não mais um simples *pactum associationis* (pacto associativo), mas também um *pactum subjectionis* (pacto de sujeição)”¹⁰⁸. Nesse novo direito internacional dos direitos humanos, a reciprocidade enquanto padrão para o relacionamento entre entes soberanos passa a ser suplantada pela noção de ordem pública comum, fazendo emergir o indivíduo ele mesmo como sujeito de direitos no plano internacional. De fato, como aduz Cançado Trindade, os tratados internacionais de direitos humanos

[...] incorporam obrigações de caráter objetivo, que transcendemos meros compromissos recíprocos entre as partes. Voltam-se, em suma, à salvaguarda dos direitos do ser humano e não dos direitos dos Estados, na qual exerce função-chave o elemento do “interesse público” comum ou geral (ou *ordre public*) superior. Toda a evolução jurisprudencial quanto a interpretação própria dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se orientadas nesse sentido. Aqui reside um dos traços marcantes que refletem a especificidade dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos¹⁰⁹.

Com uma tal evolução, a soberania estatal, que já havia experimentado um progressivo desvanecimento em sua dimensão interna com a emergência do constitucionalismo e da Constituição em sentido moderno, passa a sofrer, igualmente, um esvaziamento em sua dimensão externa.

107 Proclamação, Declaração Universal dos Direitos Humanos.

108 Ferrajoli, 2007, p. 41. Como esclarece Carvalho Ramos, “o conceito de obrigação internacional *erga omnes* nasce da valoração da obrigação (contém ‘valores essenciais’), gerando como consequência o direito por parte de todos os Estados da comunidade internacional de exigir seu respeito” (2013, p. 77). Por outro lado, “pertencer ao *jus cogens* não significa ser considerado norma obrigatória, pois todas as normas internacionais o são: significa que, além de obrigatória, a norma cogente não pode ser alterada pela vontade de um Estado. A derrogação da norma imperativa só pode ser feita por norma de igual quilate, ou seja, por norma também aprovada pela comunidade internacional como um todo. A vontade isolada de um Estado ou de um grupo de Estados, então, não pode ofender uma norma cogente internacional” (2013, p. 139).

109 Cançado Trindade, 1991, p. 10-1.

Since World War II and its immediate aftermath, individuals have become subjects of international concern, not only as the charges of a sovereign state, but directly and in their own right; and on this radical foundation the scaffolding of contemporary international human rights law and policy has been erected. It is a modern structure, cantilevered and often fundamentally at odds with the classical international law doctrine of state sovereignty. No longer can it be said internationally that “the king can do no wrong”. Whatever perception may have prevailed when the Westphalian system first gave rise to the notion of state sovereignty in the mid-seventeenth century, today that notion clearly carries with it the obligation of a state to protect the welfare of its own people and to meet its obligations to the wider international community¹¹⁰.

A história jurídica da soberania revela-se, com isso, e em sua plenitude, como uma história de antinomia: sua crise é instaurada no mesmo instante em que entra em contato com o direito, dado que ela, enquanto poder sem limite, é sua negação, e ele, enquanto limite ao poder, a negação dela. Não é por acaso, observa Ferrajoli, que Carl Schmitt, um dos últimos grandes arautos da soberania, tenha reconstruído seu significado a partir de uma categoria incompatível com a lógica do Estado constitucional, como o é a do estado de exceção permanente¹¹¹.

1.5. Qual é o problema?

Como visto, com a reconstrução da ideia de dignidade humana no pós-segunda Guerra Mundial o direito internacional experimentou uma modificação estrutural cujos efeitos mais importantes podem ser sumarizados no esvaziamento da noção de soberania estatal externa, na ampliação de sua lista de sujeitos de direito e, de maneira mais abrangente, na própria emergência de um direito internacional dos direitos humanos, seja como fato, seja como saber. Por outro lado, também os ordenamentos jurídicos nacionais

110 Claude.; Weston, 2006, P. 7.

111 Ferrajoli, 2007, p. 44-5. Para Schmitt, “soberano es quien decide sobre el caso de excepción”(2001, p. 23). Assim, percebe Dotti, o poder em sua expressão mais pura (a decisão) só poder ser compreendido quando tomado como referência o *extremus necessitatis casus*, pois “el estado de excepción constituye el momento político por excelencia, porque sólo en ese momento y no durante la vigencia de la regularidad del orden, se pone de manifiesto quién es el verdadero soberano, puesto que es momento en el cual es él y sólo él quien puede decidir” (2005, p. 98). Respondida a questão “quem decide?” a partir dessa categoria excepcional, o passo seguinte no pensamento de Schmitt é o enfrentamento da questão “contra quem se decide?”. Aqui, faz eco o desprezo pela altercidadania daquele deus tornado real por Hegel (cf., *supra*, p. 31, nota 100), já que “la distinción política específica, aquella a la que pueden conducirse las acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo y enemigo” (Schmitt, 1998, p. 56). Dessa forma, a “análisis conceptual de lo político muestra que su esencia depende de la existencia del xenos, del otro, del extranjero, de aquel que puede ser considerado el enemigo, pues sin la posibilidad real del enemigo no se da lo político. La existencia de lo político depende de la posibilidad del conflicto que lo funda. Y la presencia del enemigo implica la inminencia de este conflicto” (Dotti, 2005, p. 255).

passaram por relevantes alterações. Internacionalização das pretensões constitucionalistas, abertura normativa, reformulação da teoria das fontes jurídicas e funcionalização da soberania interna são algumas das mais significativas. Bem compreendidas, essas transformações revelam uma situação paradoxal: “si bien los ordenamientos jurídicos nacionales pierden parte de su capacidad para regular la vida al interior del Estado, han ganado protagonismo a la hora de asegurar la efectividad del derecho internacional”¹¹².

Quanto à proteção dos direitos fundamentais, as consequências provenientes dessas transformações são plurais¹¹³. Ilustrativamente, sobressai um certo impacto positivo no dia a dia dos indivíduos, especialmente quanto à garantia de alguns de seus direitos civis e políticos¹¹⁴. Por outro lado, não se pode simplesmente desconsiderar, no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais, o impacto negativo de uma sua predileção perversa

112 Alvorado, 2015, p. 11. Reforçando esse paradoxo, cf., por um lado, Peters, 2006 (para quem “state constitutions can no longer regulate the totality of governance in a comprehensive way, and the state constitutions’ original claim to form a complete basic order is thereby defeated”, p. 580), e, por outro, Slaughter; Burke-White, 2006 (para quem “the primary terrain of international must shift – and is already shifting in many instances – from independent regulation above the national states to direct engagement with domestic institutions”, p. 328).

113 Dimoulis e Martins adotam um tom mais crítico acerca da relevância dessas transformações e de suas consequências. Muito embora não o endosse por completo, vale a citação, não para depreciar o problema que pretendo enfrentar, evidentemente, mas para delimitá-lo em seu próprio valor, se se lhe reconhecer algum. Assim, apesar “do indiscutível fortalecimento do direito internacional, deve-se redimensionar a relevância do tema, contrariando a recente tendência da doutrina que se resume na exaltação acrítica das supostas virtudes políticas e da suposta relevância jurídica do direito internacional. Em primeiro lugar, essa evolução não afeta substancialmente a primazia dos Estados nacionais, que continua dispendo de um poder de coerção invencível no interior do respectivo país. Indício e resultado disso é o fato de que a esmagadora maioria dos problemas envolvidos na limitação de direitos fundamentais resolve-se no âmbito do direito interno. O Estado permanece a principal força protetora dos direitos humanos que encontram respaldo constitucional positivo [...]. Isso não significa, evidentemente, que não se deva reagir em face de abusos e omissões das autoridades estatais. Indica tão somente o restrito papel das organizações internacionais no âmbito da tutela dos direitos humanos. [...]. Em segundo lugar, os casos de indivíduos que requerem a proteção de autoridades internacionais invocando normas de direito internacional são estatisticamente limitadíssimos (apesar de sua relevância política) se forem comparados com a massa de conflitos decididos em âmbito interno. [...] Em terceiro lugar, temos o fenômeno da duplicação. Praticamente todos os direitos humanos garantidos em âmbito internacional são reconhecidos pelo direito interno de forma mais completa, com menos reservas legais e dotados de maiores garantias. Basta comparar as normas internacionais e o direito brasileiro para perceber que esse último é muito completo, sendo a incidência do direito internacional limitada em pouquíssimos casos, em franca desproporção ao interesse que o tema encontra na recente doutrina brasileira” (2014, p. 29-30).

114 Como ressalta Paulus: “[...] we are witnessing a tremendous influence of international law on our daily lives, from the construction of bridges over our rivers to the treatment of foreigners abroad” (2011, p. 56). De fato, “basta planear un viaje para convertirse en objeto de regulaciones sobre la libertad de circulación transfronteriza, hacer parte de una empresa para estar sometido al cumplimiento de requisitos tributarios, laborales o de competencia que suelen delinarse desde órbitas regionales o internacionales, ir al supermercado para beneficiarse o verse afectado por las normas relacionadas con la calidad de las mercancías; tanto el ciudadano más cosmopolita como el más arraigado sujeto puede – y suele – vivir los efectos de la regulación internacional de los mercados, la protección al medio ambiente, el uso de la fuerza, la delimitación de fronteras, etc” (Alvorado, 2015, p. 11).

por coisas, em detrimento de pessoas¹¹⁵. Para o desenvolvimento da tese, contudo, concentrar-me-ei numa outra consequência negativa, ainda insuficientemente explorada pela literatura jurídica nacional, qual seja: os conflitos entre textos e interpretações constitutivos dos sistemas de justiça constitucional brasileiro e convencional interamericano, respectivamente encabeçados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹¹⁶.

Conflitos entre textos ocorrem quando a proteção concedida a um determinado direito, no âmbito interno, é mais abrangente ou mais restrita que a proteção destinada ao mesmo direito no âmbito internacional¹¹⁷. Por sua vez, conflitos entre interpretações ocorrem quando uma decisão de autoridade nacional, baseada em texto nacional ou internacional, contraria, marginal ou frontalmente, uma decisão de autoridade internacional, baseada em texto internacional sobre a mesma temática. Naquele, o conflito seria de primeiro grau, bilateral e a ênfase recairia na legislação – colisão entre textos. Nesse, o conflito seria de segundo grau, quadrilateral e a ênfase recairia na interpretação – colisão entre soluções de colisões¹¹⁸.

Para ambos os tipos de conflitos há exemplos no sistema interamericano de direitos humanos que envolvem o Brasil. Quanto aos conflitos entre textos, o caso mais

115 Lima Trindade lembra, nesse sentido, que a “preferência da ‘globalização’ neoliberal, finalmente assumida sem os constrangimentos de outrora, é por coisas, não por pessoas – a menos, evidentemente, que se trate de pessoas proprietárias de coisas” (2002, p. 206). Cf., também, Ribotta, 2003 (para quem: “[...] si hay un localismo que se globaliza mediante la dominación y la imposición frente a otros localismos hay, por ende, determinados factores, ideologías, modelos, personas que son los que se globalizan, mientras otros se marginan”, sem paginação), e Zambrano, 2013 (para quem: “La globalización económica avanza mas rápidamente que la globalización ética: la de los derechos fundamentales. El reto o desafío que enfrentamos es que la globalización ética o moral consiga neutralizar los efectos nocivos de la globalización económica respecto a los derechos humanos, y esto constituye un elemento decisivo en los procesos de gobernabilidad democrática de los Estados”, p. 148).

116 Uma abordagem completa do problema pressuporia o enfrentamento de uma ordem muito mais ampla de conflitos que emergem numa igualmente mais vasta rede institucionalizada de pretensões de proteção dos direitos fundamentais. Muito embora a caracterização do problema e a solução proposta na tese possam ser argumentativamente ampliados para dar conta dessa complexidade, não despenderei esforços nesse sentido. Foco-me, portanto, e com exclusividade, nos conflitos entre os dois sistemas e os dois autores indicados no texto.

117 Em complemento, poder-se-ia afirmar que o conflito entre textos também ocorre quando, no mesmo âmbito, nacional ou internacional, há uma disparidade de pretensões relativas à proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, vale como exemplo o tratamento dado ao *ne bis in idem* pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Pelo Pacto, “ninguém poderá ser processado ou punido por um *delito* pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país” (art. 14.7). Pela Convenção, “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos *feitos*” (art. 8.4). Conforme a delimitação indicada na nota anterior, todavia, desconsiderarei esse tipo de conflito, que não será levado em consideração nesta tese.

118 Afonso da Silva, 2010, p. 101-2.

conhecido talvez seja a vedação da prisão civil por dívidas, excepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil nas hipóteses de *obrigação alimentícia* e de *depositário infiel*¹¹⁹, e, pela Convenção Americana de Direitos Humanos, apenas na hipótese de obrigação *alimentícia*¹²⁰. Há outros, todavia. Como já assinalado, a Constituição restringe a aplicação dos direitos fundamentais aos estrangeiros *residentes* no país¹²¹; a Convenção, ao contrário, estabelece como garantia a plena fruição desses direitos por *toda* pessoa¹²². A Constituição fala em *presunção de não culpabilidade*¹²³; A Convenção, em *presunção de inocência*¹²⁴. No plano infraconstitucional, há o direito de ter qualquer prisão imediatamente *comunicada* ao juiz competente¹²⁵; no plano convencional, o direito de ser imediatamente *conduzido* à presença de juiz competente em caso de detenção¹²⁶. Como último exemplo, o recentemente aprovado Código de Processo Civil sanciona uma das hipóteses de ato atentatório à dignidade da justiça com a *proibição de falar nos autos* até a purgação do atentado¹²⁷; a Convenção, por sua vez, assegura o *direito de ser ouvido* com todas as garantias para que sejam determinados direitos e deveres de natureza civil¹²⁸.

É bem verdade que, funcionando o texto como simples ponto de partida para a interpretação, o conflito entre textos pode ser produzido ou evitado por ela. Afinal, assim como “não existem fenômenos morais, mas uma interpretação moral dos fenômenos,

119 CRFB/88, art. 5º, LXVII: “Não haverá prisão por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de *obrigação alimentícia* e do *depositário infiel*”.

120 CADH, art. 7.7: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de *obrigação alimentar*”.

121 CRFB/88, art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos *estrangeiros residentes no País* a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

122 CADH, art. 1.1: “Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a *toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição*, sem discriminação alguma [...]”.

123 CRFB/88, art. 5º, LVII: “Ninguém será considerado *culpado* até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

124 CADH, art. 8.2: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se *presuma sua inocência* enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

125 CPP, art. 306: “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão *comunicados imediatamente ao juiz competente*, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

126 CADH, art. 7.5: “Toda pessoa detida ou retida *deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz* ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”.

127 CPC, ART. 77, §7º: “Reconhecida a violação ao disposto no inciso VI [*proibição à prática de inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso*], o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, *proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado*, sem prejuízo da aplicação do § 2º [*multa de até vinte por cento sobre o valor da causa*]”.

128 CADH, art. 8.1: “Toda pessoa tem *direito a ser ouvida*, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial [...] para que determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil [...]”.

tampouco existem fenômenos jurídicos, mas só uma interpretação jurídica dos fenômenos”¹²⁹, e, sendo o direito uma construção social relativamente arbitrária, nada há *a priori* que não possa ser interpretado como direito ou como não direito¹³⁰. É preciso ressaltar, assim, que a relação entre os tipos de conflito não é necessária, mas contingente.

Dessa forma, por um lado, há conflito entre textos sem que haja conflito entre interpretações. Vale como referência a parcial desconstrução da restrição constitucional à aplicação dos direitos fundamentais aos estrangeiros residentes no país operada pelo Supremo Tribunal Federal, que, evitando o conflito interpretativo, conformou a Constituição da República à exigência convencional por universalidade.

Cumpra reconhecer, desde logo, por necessário, que o fato de o paciente ostentar a condição jurídica de estrangeiro e de não possuir domicílio no Brasil não lhe inibe, só por si, o acesso aos instrumentos processuais de tutela da liberdade, nem lhe subtrai, por tais razões, o direito de ver respeitadas, pelo Poder Público, as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional que o ordenamento positivo brasileiro confere e assegura a qualquer pessoa que sofra persecução penal instaurada pelo Estado. Isso significa, portanto, [...] que o súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar os remédios constitucionais, como o mandado de segurança ou, notadamente, o habeas corpus¹³¹.

Por outro lado, também há conflito entre interpretações sem que haja conflitos entre textos. Basta lembrar que, com base na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, reiterando jurisprudência anterior, decidiu pela obrigatoriedade da prévia consulta aos povos indígenas sobre qualquer ato estatal que possa interferir com seus direitos, (...)

Puesto que el Estado debe garantizar estos derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar al territorio sobre el cual se asienta una comunidad

129 Cf., *supra*, p. 9, nota 9.

130 Queiroz, 2014, p. 43.

131 STF, HC 94.016-1/SP, J. 7/04/2008, Rel. Min. Celso de Mello, p. 17 do arquivo inteiro teor. Embora amplamente rechaçado pelo STF, esse tipo de decisão em que o sim se torna não e vice-versa não me parece explicável senão pelo reconhecimento de hierarquia entre normas constitucionais, tal qual defendido, por exemplo por Bachof (1994). O mesmo se diga sobre a decisão relativa ao reconhecimento, como entidade familiar, da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Caracterizá-las eufemisticamente como um esforço interpretativo dirigido à compatibilização de normas em prol de uma rumorejada unidade da Constituição não convence. Não fosse por isso, também a instituição de cláusulas pétreas (CRFB/88, art. 60, §4º) e de princípios constitucionais sensíveis, cujas transgressões ensejam intervenção federal (CRFB/88, art. 34, VII), parece condicionar-se ao reconhecimento dessa hierarquia – ela mesma feita conhecida pelo próprio pode constituinte de 1988.

indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes. En esta línea, el Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones de poder público que afectarían sus derechos e intereses. Por ello, en su caso, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes¹³².

(...) e o Supremo Tribunal Federal, esclarecendo julgamento anterior, decidiu que, em linha de princípio, esse direito de participação mediante prévia consulta deve ceder quando confrontado por questões estratégicas relacionadas à defesa nacional.

Dessa forma, o acórdão [...] destaca que, em linha de princípio, o direito de prévia consulta deve ceder diante de questões estratégicas relacionadas à defesa nacional. Naturalmente, o acórdão embargado não sugere – nem poderia sugerir – que a expressão “defesa nacional” possa ser usada como rótulo para qualquer tipo de fim, apenas como subterfúgio para afastar a participação dos indígenas. Via de regra, o planejamento das operações militares não envolverá a necessidade de prévia consulta. Situação inversa ocorrerá, por exemplo, em relação à construção de uma estrada, ainda que ela seja estrategicamente relevante para o País. Caberá às autoridades competentes e, conforme o caso, ao Poder Judiciário, fazer valer as disposições da Convenção, ponderando os interesses em jogo à luz do princípio da razoabilidade-proporcionalidade¹³³.

Para além do estabelecimento da contingencialidade daquela relação, algumas outras hipóteses de conflitos entre interpretações podem ser manejadas para uma mais precisa delimitação do problema a ser enfrentado na tese. Assim, em 2005, no caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que a valorização da periculosidade do agente como critério para a qualificação típica de fatos e para a aplicação de determinadas sanções contraria o princípio da legalidade penal, sendo, portanto, incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos

132 Corte IDH, Caso Pueblo Kichwa vs Ecuador, Fondo y Reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C, nº 245, § 167.

133 STF, Pet. 3388 ED/RR, j. 23/10/2013, Rel. Min. Roberto Barroso, p. 48 do arquivo inteiro teor.

realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirían. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo [...] no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. El pronóstico será efectuado, en el mejor de los casos, a partir del diagnóstico ofrecido por una pericia psicológica o psiquiátrica del imputado. En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención. En consecuencia, la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención¹³⁴.

Em 2013, no Recurso Extraordinário nº 453.000, por unanimidade e com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da reincidência, presunção absoluta de maior periculosidade que acarreta sobreapenamento com base em fato já punido, diverso e alheio ao fato sob julgamento¹³⁵.

Estamos a vivenciar um período de desmonte do sistema criminal normativo em que pese o aumento sem igual da prática criminosa? Sinceramente, não creio, ante o fato de o Supremo, na dicção do ministro Néri da Silveira, ser um Tribunal comprometido com a preservação de princípios, de valores maiores da vida gregária, com os interesses protegidos dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. Por tudo, surge constitucional o instituto – existente desde a época do Império – da reincidência, não se podendo, a partir da exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, desmantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido. Com a palavra, está a sempre ilustrada maioria¹³⁶.

Em 2005, no caso *Palamara Iribane vs. Chile*, reafirmando que “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria,

134 Corte IDH, Caso Fermín Ramírez vs Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C, nº 126, §§ 95 e 96.

135 Reincidência é uma espécie de pena tarifada, na medida em que “atua como causa de agravamento da pena fundada em fato diverso, gerador de culpabilidade e de responsabilidade próprias, de modo que o *plus* de gravidade decorrente da reincidência equivale à pena sem culpabilidade, estranha ao fato” (Queiroz, 2014, p. 466). Ela significa, ademais, “dupla punição do crime anterior: a primeira punição é a pena aplicada ao crime anterior. A segunda punição é o *quantum* de acréscimo obrigatório à pena do crime posterior, por força da reincidência” (Santos, 2012, p. 322).

136 STF, RE 453.000/RS, j. 04/04/2013, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 10 do arquivo inteiro teor.

se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso”¹³⁷, a Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió que “la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo”, competiendo a los Estados respetar “el alcance restrictivo y excepcional que tiene la jurisdicción militar y excluir del ámbito de dicha jurisdicción el juzgamiento de civiles”¹³⁸. Por su vez, embora acene para uma interpretação restritiva acerca da competência da Justiça Militar, em 2013, no HC 113.128/RJ, o Supremo Tribunal Federal reconheceu-a como constitucionalmente competente para julgar civil acusado de desacato praticado contra militar no desempenho de “serviços de garantia e preservação da ordem pública”¹³⁹. A propósito, a Comissão Interamericana de Derechos Humanos já se pronunciou no sentido de que leis nacionais que tipificam o delito de desacato outorgam proteção desigual e irrazoável aos funcionários públicos e invertem o princípio democrático que sujeita os agentes de governo ao escrutínio popular, sendo, por isso, incompatíveis com o direito à liberdade de pensamento e de expressão assegurados pela Convenção Americana de Derechos Humanos.

Las leyes de desacato otorgan una protección a los funcionarios públicos de la que no disponen el resto de integrantes de una sociedad, e invierten el principio democrático que procura la sujeción del gobierno – en consecuencia, de los funcionarios públicos – al escrutinio público, para prevenir o controlar el abuso del poder. Los ciudadanos tienen derecho de criticar y examinar las actitudes de los funcionarios en lo que se relaciona con su función pública. Este tipo de leyes pueden tener un efecto disuasivo en quines desean participar en el debate público por temor a acciones judiciales o a las sanciones, particularmente cuando no distinguen entre los hechos y los juicios de valor. [...] Según la argumentación de la Comisión, el orden público encuentra su máxima garantía en una democracia funcional, por lo tanto, defender la figura de desacato en aras de la preservación del orden público contradice la lógica que sustenta la protección de la libertad de expresión y pensamiento en la Convención Americana¹⁴⁰.

Já em 2014, no caso *Tibi vs. Ecuador*, a Corte Interamericana de Derechos Humanos decidiu que a garantia do processo em prazo razoável “se debe apreciar en

137 Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, nº 135, § 143.

138 Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, nº 135, § 139.

139 STF, HC 113.128/RJ, j. 10/12/2013, Rel. Min. Roberto Barroso.

140 Comissão IDH, Informe sobre las Leyes de Desacato y Difamación Criminal, 2004, Capítulo VI, ítem B, subítem 2, § 14. Em 2012, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo denunciou o Brasil à Comissão Interamericana de Derechos Humanos por violação ao art. 13, pedindo que seja declarada a inconveniência do art. 331 do Código Penal Brasileiro, tipificador do delito de desacato. Até o momento, desconheço qualquer pronunciamento da Comissão sobre a denúncia.

relación con la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva”¹⁴¹, e que, “particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo o procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse”¹⁴². Por outro lado, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, e, ao que parece, acatado pois não revertido pelo Supremo Tribunal Federal, “pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”, e “encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”¹⁴³.

Por fim, como hipótese de conflito entre interpretações ainda mais retumbante, em 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a anistia da lei 6.683/79 teria sido reafirmada, no texto da Emenda Constitucional 26/85, pelo próprio poder constituinte que redemocratizou o Brasil, sendo despidendo, por consequência, qualquer discussão acerca da sua recepção pela Constituição da República de 1988.

A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugurou uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na ordem da nova ordem fundamental. [...] Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a *norma-origem*. No bojo dessa totalidade [...] tem-se que “[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos” praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979”¹⁴⁴.

Também em 2010, pouco mais de seis meses após a decisão do Supremo Tribunal Federal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou pronunciamentos anteriores para decidir que são inadmissíveis disposições de anistia que pretendam impedir “la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las

141 Corte IDH, Caso Tibi vs Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, nº 114, § 168.

142 Corte IDH, Caso Tibi vs Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, nº 114, § 169.

143 STJ, súmulas 21 e 52, respectivamente.

144 STF, ADPF 153/DF, j. 29/04/2010, Rel. Min. Eros Grau, item 9 de ementa.

desapariciones forzadas”¹⁴⁵, todas proibidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. [...] Além disso [...], o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar. A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1 e 2¹⁴⁶.

O tema, porém, ainda é uma questão em aberto, já que o Supremo Tribunal Federal há de revolvê-lo num futuro próximo. De fato, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil interpôs embargos de declaração nos autos da ADPF 153, requerendo esclarecimentos sobre a aplicabilidade da Lei da Anistia aos chamados crimes permanentes, cujos momentos consumativos de protraem no tempo (v.g., ocultação de cadáver). Corre em seus arquivos, igualmente, a ADPF nº 320/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) com o objetivo de “declarar que a Lei Federal 6.683/79

145 Corte IDH, Caso Barrios Altos vs Perú, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de noviembre de 2001, Serie C, nº 87, § 41.

146 Corte IDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2010, Serie C, nº 219, §§ 174 e 175. Em resolução de supervisão de cumprimento da sentença desse caso, datada de 17/10/2014, a Corte Interamericana de Direitos Humanos asseverou que, apesar de reconhecer e apreciar os esforços empreendidos para a investigação das graves violações de direitos fundamentais ocorridas durante a ditadura militar no Brasil, “esfuerzos resultan infructuosos dada la posición de determinadas autoridades judiciales con respecto a la interpretación de la Ley de Amnistía, la prescripción y la falta de tipificación del delito de desaparición forzada. De acuerdo con el Derecho Internacional, que ha sido soberanamente aceptado por el Estado, es inaceptable que una vez que la Corte Interamericana haya emitido una Sentencia el derecho interno o sus autoridades pretendan dejarla sin efectos. Por consiguiente, Brasil no puede oponer decisiones adoptadas a nivel interno como justificación de su incumplimiento de la sentencia emitida por este tribunal internacional de derechos humanos, ni siquiera cuando tales decisiones provengan del tribunal de más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional. Independientemente de las interpretaciones que se hagan a nivel interno, la Sentencia emitida por la Corte Interamericana en este caso tiene carácter de cosa juzgada internacional y es vinculante en su integridad. Por tanto, resulta contrario a las obligaciones convencionales de Brasil que se interprete y aplique a nivel interno la Ley de Amnistía desconociendo el carácter vinculante de la decisión ya emitida por este Tribunal” (Corte IDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 17 de octubre de 2014, §22).

não se aplica aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos, militares e civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos”, e, “de modo especial, que a Lei de Anistia não se aplica aos autores de crimes continuados ou permanentes, tendo em vista que os efeitos desse diploma legal expiraram em 15 de agosto de 1979”¹⁴⁷. As perspectivas de superação desse conflito, todavia, não são das mais promissoras¹⁴⁸.

1.6. Estrutura da tese e percurso argumentativo.

Os conflitos entre textos e entre interpretações expostos no item anterior ilustram que a interação entre sistemas de justiça constitucional brasileiro e convencional interamericano não é de todo concordante¹⁴⁹. Cada um a seu modo, Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos colocam-se, a propósito da mais alta hierarquia que imputam aos instrumentos normativos que lhes subsidiam a atuação, como autoridades máximas detentoras da última palavra em questões relacionadas à proteção de direitos fundamentais e à organização e limitação do poder estatal¹⁵⁰. Pelo lado do sistema de justiça constitucional, o Estado brasileiro arroga para si a capacidade de disciplinar tanto o processo de formação e incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, quanto a de estabelecer sua respectiva hierarquia no conjunto de fontes de direitos e deveres nos planos interno e externo. Pelo lado do sistema de justiça

147 PGR, Parecer ADPF nº 320/DF, 28/08/2014, p. 4 do arquivo inteiro teor.

148 Indicativo disso é a improcedência do pedido de Extradicação nº 1362, requerido pela Argentina contra Salvador Siciliano, ex-integrante da Triple A (Aliança Anticomunista Argentina), já condenado por sequestros e inúmeros homicídios perpetrados contra militantes políticos de esquerda entre 1973 e 1975, durante o regime militar desse país. Fundamentado na imprescritibilidade e insuscetibilidade de anistia desses crimes, tidos como de lesa-humanidade, o pedido fora acolhido pelos ministros Edson Fachin (relator), Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowsky, mas repelido pelos ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, após o que pediu vista a ministra Cármen Lúcia. Se nenhuma alteração de voto se der, já há maioria formada para o indeferimento.

149 Casos de harmonia há, evidentemente. Apenas para citar um exemplo, no RE 511.961/SP, j. 17/06/2009, rel. Min. Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, com lastro na opinião consultiva nº 5/1985 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a exigência de diploma universitário como requisito obrigatório para o exercício da profissão de jornalista viola o direito à liberdade de expressão amparado pelo art. 5º, IX, da Constituição brasileira, e pelo art. 13, da Convenção Americana.

150 A imagem da disputa pela última palavra é bastante utilizada no debate normativo sobre a ilegitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade, onde proliferam expressões como “last say”, “last word” e “ultimate authority” (cf., nesse contexto, Hübner Mendes, 2008b). Em minha dissertação, vali-me dela para sintetizar a caracterização dos poderes judiciário e legislativo como contendentes no plano interno (cf. Poli, 2012a). Nesta tese, ela me parece igualmente proveitosa. A uma porque aquelas expressões começam a aparecer no debate que ora analiso (cf., por exemplo, *infra*, p. 72, nota 262, e também p. 162, nota 589). A duas porque, como será mais bem especificado no próximo capítulo, alterados os contendentes, as pretensões de superioridade permanecem as mesmas.

convencional, por sua vez, as pretensões nacionais de proteção dos direitos fundamentais e de organização e limitação do poder estatal são concebidas como meras manifestações de fato, inoponíveis como escusas ao descumprimento de obrigações assumidas internacionalmente. No Capítulo 2 da tese, objetivo expor e interpretar essas pretensões contrapostas de hegemonia, bem como particularizar um certo consequencialismo entre a evolução por que passou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativamente ao enfraquecimento da pretensão de superioridade dos direitos constitucionais – evolução que, igualmente identificável em outros Estados signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pode ser compreendida como um possível ponto de transição rumo à absoluta funcionalização da soberania estatal externa, parcialmente equiparável, nesse particular, com a atribuição e reconhecimento de *status* constitucional ou supraconstitucional aos tratados internacionais de direitos humanos – e o preenchimento, por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, desse vácuo momentâneo de poder, notadamente a partir da parcial desconstrução do princípio da subsidiariedade (*local remedies rule*).

Seria possível superar os conflitos interpretativos que emergem dessas pretensões contrapostas de hegemonia, ou, ao menos, minimizar os efeitos deletérios deles decorrentes, harmonizando os esforços despendidos para a proteção dos direitos fundamentais? Postulando a desconstrução dessa disputa pela última palavra por uma perspectiva mais proximamente vinculada às ideias de diálogo e de aprendizagem recíproca, relevantes desenvolvimentos argumentativos têm afirmado que sim. Ao conceberem as ordens jurídicas nacional e interamericana como sistemas *concorrentes*, propugnam eles, os unilateralismos nacionalistas e internacionalistas sobrevalorizam a ideia de um ponto final no dinâmico e contínuo processo jurídico-político de proteção de direitos fundamentais, e, assim fazendo, desperdiçam os potenciais benefícios que um enfoque não hierárquico que privilegie a *cooperação* entre elas poderia oferecer. No Capítulo 3, objetivo tomar parte nesses desenvolvimentos argumentativos, levando-os adiante conforme o modelo teórico que reputo mais completo e sofisticado: o transconstitucionalismo, segundo proposto por Marcelo Neves. Para tanto, traço-lhe um panorama, especificando os motivos e as consequências da superação do conceito luhmanniano de acoplamento estrutural entre sistemas funcionais da sociedade moderna por um conceito de racionalidade transversal, reconstruído por Neves a partir de Welsch.

Ato contínuo, tomando-o como um ponto de partida para o enfrentamento de complexas questões relacionadas à proliferação de ordens jurídicas dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade moderna mundial, cada qual detentora dos seus particulares elementos (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão de identidade (dogmática jurídica), defendo o transconstitucionalismo como um adequado modelo de entrelaçamento entre racionalidades jurídicas parciais com pretensões contrapostas de hegemonia, a partir do qual se tornaria virtualmente possível, em substituição aos unilateralismos nacionalista e internacionalista que subsidiam o duelo pela última palavra travado entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma compreensão mais alargada dos direitos fundamentais, disposta a integrar os mais diversos atores nacionais e internacionais numa cadeia de contribuições específicas, em cujo funcionamento boas decisões seriam construídas e refinadas com a passagem do tempo.

Não o faço, contudo, de maneira incondicional. Qualificando o transconstitucionalismo como uma espécie de teoria da justiça, vale dizer, como um tipo de resposta teórica que concentra seus esforços argumentativos na pergunta “*Como* decidir questões relacionadas à proteção de direitos fundamentais e à organização e limitação do poder estatal de modo a evitar a instauração de conflitos entre ordens jurídicas que sustentam pretensões contrapostas de hegemonia?”, defendo, no Capítulo 4 da tese, que o seu específico critério de justiça não pode prescindir por completo de uma teoria da autoridade (“*Quem* decide?”). Em outros termos, conforme restará mais claro no desenvolvimento do texto, o transconstitucionalismo de Neves dá bons conselhos para que conflitos interpretativos entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos não sejam instaurados, mas não dispõe de qualquer critério de decisão – uma teoria da autoridade – capaz de, uma vez instaurados, solucioná-los. Se alguém sempre deve decidir por último – e alguém *sempre* deve decidir por último – essa não resposta à questão “*Quem* decidir questões relacionadas à proteção de direitos fundamentais e à organização e limitação do poder estatal quando conflitos entre ordens jurídicas que sustentam pretensões contrapostas de hegemonia forem instaurados?” fará concentrar meus argumentos na necessária – e possível – complementação do transconstitucionalismo por algum critério de decisão – uma teoria da autoridade – que seja capaz de operacionalizar suas premissas e suas pretensões.

2. DAS RAZÕES UNILATERAIS (...)

2.1. Quanto valem os direitos humanos? O sistema de justiça convencional interamericano segundo o Supremo Tribunal Federal.

A despeito de algumas normas relativas à competência para a celebração, aprovação e ratificação de tratados internacionais, os textos constitucionais brasileiros originários não abordaram expressamente a questão da hierarquia desses instrumentos. A esse silêncio, todavia, correspondeu um copioso debate jurisprudencial sobre o tema. Neste item 2.1, procuro reconstruí-lo em seus aspectos principais, analisando-o criticamente¹⁵¹. Para tanto, tomo a Constituição da República de 1988 e a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 como pontos intermediários de um espectro mais amplo, a partir dos quais sistematizo o referido debate em três movimentos. Primeiro, a indiferenciação entre tratados internacionais, tratados internacionais de direitos humanos e lei ordinária federal identificável na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal antes de 1988 (itens 2.1.1.1, 2.1.1.2 e 2.1.1.3). Segundo, a manutenção dessa jurisprudência não diferenciadora mesmo após 1988 (itens 2.1.2.1, 2.1.2.2 e 2.1.2.3). E, por fim, a parcial alteração desse entendimento jurisprudencial após a Emenda Constitucional nº 45/2004, derivada do reconhecimento de um duplo estatuto aos tratados internacionais de direitos humanos (item 2.1.2.4).

2.1.1. Da indiferenciação (...)

2.1.1.1. Caso GATT.

Após alguma hesitação em suas decisões mais antigas, o Supremo Tribunal Federal acabou por estabelecer a equivalência entre tratados internacionais em geral e leis

151 Para o desenvolvimento deste item 2.1 e do 2.2 que lhe segue, assumo como uma distante referência o modelo de análise desenvolvido por Toulmin (2001, p. 135 ss), integrado pelos seguintes elementos: *dados* (alegações de fatos nas quais o sujeito apoia seu argumento), *conclusão* (alegação que o sujeito procura sustentar com a partir dos dados), *garantias* (afirmações que o sujeito utiliza para vincular os dados, como antecedentes, à conclusão, como consequente), *apoios* (afirmações que o sujeito utiliza para assegurar a validade das garantias), *qualificadoras* (afirmações que o sujeito utiliza para referenciar a força que as garantias e os apoios conferem à conclusão) e *condições de refutação* (afirmações que o sujeito utiliza para excepcionar a conclusão ou a força que as garantias e os apoios conferem à conclusão). Não o faço, todavia, canonicamente, afastando-me dele sempre que a fluidez do texto e a organização do trabalho assim o exigirem.

ordinárias como o entendimento da Corte¹⁵². Tal se deu com a Súmula 88, aprovada em sessão plenária realizada no dia 13 de dezembro de 1963, que, ao reconhecer a validade da majoração da tarifa alfandegária resultante da lei ordinária 3.244/1957, modificou o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), anteriormente aprovado pela lei ordinária 313/1948.

O enunciado baseou-se em alguns precedentes, notadamente no Recurso de Mandado de Segurança nº 5.789, julgado em 1/09/1958, no Agravo em Mandado de Segurança nº 8.598, julgado em 11/10/1961, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8.902, julgado em 11/10/1961, e no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.021, julgado em 22/04/1963. Neles, importadores pretendiam eximir-se de tributos cobrados pela Fazenda Nacional, alegando que o GATT, tratado internacional que era, gozava de primazia frente ao ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual não poderia ser derogado por legislação interna posterior.

Com o laconismo típico das formações passadas, o Supremo Tribunal federal rechaçou essa alegação. O assunto era conhecido e não mereceria maiores apreciações, afirmou o ministro Cândido Motta Filho. “Com a vigência da Lei nº 3.244, de 1957 (Lei das Tarifas), ficou derogada a tarifa convencionada pelo GATT”¹⁵³. Como consequência, “somente no que não colide com a vigente lei de tarifas é que se aplicam os acordos tarifários anteriores”¹⁵⁴.

As possíveis razões que fundamentaram a equiparação hierárquica entre tratados internacionais e leis ordinárias federais, e a consequente aplicação da regra *lex posterior derogat legi priori* em caso de conflito no tempo, todavia, só seriam conhecidas mais tarde, em 1977.

2.1.1.2. Caso Lei Uniforme de Genebra.

Com o Recurso Extraordinário nº 80.004, julgado em 1/07/1977, o Supremo Tribunal Federal reiterou a equivalência hierárquica entre tratados internacionais e leis ordinárias federais. O caso cuidou da derrogação, pelo Decreto-lei nº 427/1969, da

152 Antes do Caso GATT, o Supremo Tribunal Federal chegou a decidir que “o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, mas não pode ser revogado pelas leis posteriores” (STF, Apelação Civil nº 9.587-DF, j. 21/08/951, Rel. Min. Lafayette de Andrada, p. 12 do arquivo inteiro teor).

153 STF, MS 8.598/SP AgR, j. 11/10/1961, Rel. Min. Cândido Motta Filho, p. 4 do arquivo inteiro teor.

154 STF, RMS 11.021/SP, j. 22/04/1963, Rel. Min. Victor Nunes, ementa, p. 1 do arquivo inteiro teor.

Convenção de Genebra relativa à adoção de uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, promulgada internamente pelo Decreto nº 57.663/1966. Como novidade, há o enfrentamento direto da seguinte questão: lei ordinária ulterior que conflite com dispositivo de tratado tem validade e deve ser aplicada?

Concluindo pela invalidade do Decreto-lei nº 427/1966, o ministro relator Xavier de Albuquerque respondeu negativamente à questão. Em seu voto, ressaltou que o Supremo Tribunal Federal “vem decidindo reiteradamente que as Leis Uniformes adotadas pelas Convenções de Genebra incorporaram-se ao nosso direito interno e entraram em vigor, no Brasil, a contar dos decretos que as promulgaram”, o que reforçaria e atualizaria uma “antiga orientação de nossa jurisprudência no sentido do primado do direito internacional sobre o direito interno”¹⁵⁵. Sustentando uma distinção relativamente aos casos albergados pela súmula 88 – em que fora levada em conta a circunstância decisiva de que “o próprio GATT autorizara o Brasil a aplicar imediatamente a nova lei tarifária, derogando-se assim, em sua própria origem, a norma internacional que se pretendia preponderante”¹⁵⁶, citou Rubens Requião para concluir que:

[...] assentadas as duas premissas fundamentais anteriormente enunciadas, de que as Convenções de Genebra sobre cambiais se incorporam ao nosso direito interno e de que os tratados e convenções não podem ser revogados por leis ordinárias, mas pela necessária denúncia, torna-se evidente ao nosso entendimento que a Lei nº 421, de janeiro de 1969, e ser regulamento baixado pelo Decreto nº 64.156, de março de 1969, que sujeitou a registro, sob pena de nulidade, as letras de câmbios e notas promissórias – são inválidas ante o texto e o sentido da lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, integrantes do Anexo I, daquela convenção¹⁵⁷.

A distinção não convenceu, todavia, e por razões variadas. Para o ministro Cunha Peixoto, o cerne do problema não poderia ser encontrado senão no próprio direito constitucional de cada país, e não em teorias monistas ou dualistas sobre o direito internacional¹⁵⁸. Eventualmente, porém aderindo a um dualismo bastante radical, sustentou que, dada a impossibilidade de um tratado internacional introduzir normas nos sistemas jurídicos estatais, não se poderia reconhecer vigência à Convenção de Genebra, que obrigaria somente aos Estados, mas não aos seus cidadãos. Subsidiariamente, admitindo-

155 STF, RE 88.004/SE, j. 1/07/1977, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, p. 15 do arquivo inteiro teor.

156 STF, RE 88.004/SE, j. 1/07/1977, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, p. 18 do arquivo inteiro teor.

157 STF, RE 88.004/SE, j. 1/07/1977, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, p. 19 do arquivo inteiro teor.

158 STF, RE 88.004/SE, j. 1/07/1977, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, p. 30 do arquivo inteiro teor.

se-lhe vigência interna, negou qualquer pretensão de superioridade aos tratados internacionais. Com base em Triepel, argumentou:

[...] se a Lei Uniforme transformou-se em direito positivo brasileiro, evidentemente que pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal. Do contrário, transformar-se-ia qualquer lei que procedesse de algum tratado em super lei, em situação superior à própria Constituição Brasileira. [...] Ademais, não existe na Constituição nenhum dispositivo que impeça ao membro do Congresso apresentar projeto que revogue, tácita ou expressamente, uma lei que tenha sua origem em um tratado. [...] Do contrário, teríamos, então – e isto sim, seria inconstitucional – uma lei que só poderia ser revogada pelo Chefe do Poder Executivo, através da denúncia do Tratado¹⁵⁹.

Socorrendo-se do decidido em julgados anteriores, o ministro Cordeiro Guerra contradisse de Cunho Peixoto quanto à não vigência da Convenção de Genebra no direito interno brasileiro, mas não viu óbice algum capaz de impedir a alteração desse tratado por lei ordinária posterior. O argumento de que a denúncia seria o meio próprio para revogar um tratado internacional só seria válido, segundo ele, no campo do direito internacional, não, porém, no campo do direito interno.

Quando muito, poderá, face à derrogação do tratado por lei federal posterior, ensejar reclamação de uma outra parte contratante perante o governo, sem contudo afetar as questões de direito interno. Fosse a denúncia internacional o único meio de nulificar um tratado, e não se compreenderia pudesse o Supremo Tribunal Federal negar-lhe validade por vício de inconstitucionalidade¹⁶⁰.

Reconhecendo que os tratados “quebram o direito local, quer se considerados a ele equiparados, em termos hierárquicos, que *a fortiori*, se a ele, sob esse aspecto, reputados superiores”¹⁶¹, Leitão de Abreu parece seguir o relator, Xavier de Albuquerque, ao afastar a derrogação da Convenção de Genebra pelo Decreto-lei nº 427. Paradoxalmente, porém, o ministro acabou por aderir à posição majoritária que então se formava. Segundo ele, a questão não se encerraria com a anuência à opinião de que a lei não revoga tratado, restando por analisar se, não o revogando, ela despojar-se-ia de toda

159 STF, RE 88.004/SE, j. 1/07/1977, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, p. 39-40 do arquivo inteiro teor.

160 STF, RE 88.004/SE, j. 1/07/1977, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, p. 55-6 do arquivo inteiro teor. A competência indicada pelo ministro refere-se à previsão do art. 119, III, “c”, da Constituição da República de 1969: “Compete ao Supremo Tribunal Federal: julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

161 STF, RE 88.004/SE, j. 1/07/1977, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, p. 65-6 do arquivo inteiro teor.

sua eficácia¹⁶². Como inexistiria atribuição constitucional de competência para que o judiciário derogasse tratados internacionais por incompatibilidade com lei interna superveniente, tampouco seria constitucionalmente justificável a anulação de leis internas que pretensa ou efetivamente contrariassem tratados internacionais – o que hoje chamaríamos de controle de convencionalidade –, razão pela qual os Tribunais encontraram-se obrigados a aplicar leis incriminadas de incompatibilidade com tratados.

Não se diga que isso equivale a admitir que a lei posterior ao tratado e com ele incompatível reveste eficácia revogatória deste, aplicando-se, assim, para dirimir o conflito, o princípio *lex posterior revogat priori*. A orientação, que defendo, não chega a esse resultado, pois, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei, que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogadora. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas¹⁶³.

Por sua vez, realçando a inexistência de norma constitucional “que outorgue, aos tratados internacionais, predominância sobre leis ulteriores, tornando-as inválidas se lhes forem contrárias”¹⁶⁴, Rodrigues Alckmin decidiu que princípios de escolas teóricas não seriam suficientes para justificar, na ordem positiva, o primado internacionalista, razão pela qual, “na contradição entre o tratado anterior e a lei interna posterior”, teria ele “como certa a validade desta”¹⁶⁵. O ministro Antonio Neder, igualmente, acompanhou a maioria, sem, contudo, reconhecer qualquer incompatibilidade entre lei e tratado no caso em análise: “o Decreto-lei nº 427/1969 não se acha incompatibilizado com ela [*a Convenção de Genebra*], senão que em harmonia com uma de suas cláusulas, especialmente redigida para exprimir a reserva”¹⁶⁶. Eloy Rocha seguiu a hipótese de harmonia aventada por Neder, não sem antes expressar que “lei ordinária não pode revogar norma constante das mesmas

162 STF, RE 88.004/SE, j. 1/07/1977, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, p. 70 do arquivo inteiro teor.

163 STF, RE 88.004/SE, j. 1/07/1977, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, p. 71-2 do arquivo inteiro teor.

164 STF, RE 88.004/SE, j. 1/07/1977, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, p. 81 do arquivo inteiro teor.

165 STF, RE 88.004/SE, j. 1/07/1977, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, p. 84-5 do arquivo inteiro teor.

166 STF, RE 88.004/SE, j. 1/07/1977, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, p. 100 do arquivo inteiro teor.

Convenções”¹⁶⁷, no que foi confrontado por Carlos Thompson Flores, que realocou a solução da controvérsia na necessidade de apurar a existência ou não da primazia dos tratados internacionais sobre as leis internas. Nesse ponto, respondeu negativamente: “somente se a Constituição o autorizasse, gozaria o Tratado de tal prerrogativa”¹⁶⁸.

Como resultado, por sete a um, decidiu-se que, embora a Convenção de Genebra, que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, tivesse aplicabilidade no direito interno brasileiro, ela não se sobreporia às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 427/1969, que instituiu como obrigatório o registro de notas promissórias em repartição fazendária competente, sob pena de nulidade do título. Há algo mais por trás desse extrato de emenda, todavia, que a análise dos votos procurou trazer à tona. Dos oito ministros que votaram no caso – não tomaram parte do julgamento, total ou parcialmente, Djaci Falcão, Bilac Pinto e Moreira Alves, este último impedido – apenas quatro deles reconheceram que os tratados internacionais gozavam do mesmo estatuto normativo que as leis ordinárias federais (Cunha Peixoto, Cordeiro Guerra, Rodrigues Alckmin e Carlos Thompson Flores). O ministro relator Xavier de Albuquerque fundamentou seu voto na superioridade hierárquica dos tratados internacionais relativamente à legislação interna do país, no que, nesse particular, foi acompanhado por Leitão de Abreu. Antonio Neder não vislumbrou qualquer incompatibilidade entre lei e tratado internacional no caso concreto, no que, também nesse particular, foi acompanhado por Eloy Rocha, que adicionalmente, como visto, negou a possibilidade de tratado internacional ser alterado por lei nacional superveniente. A despeito disso, contudo, o caso Lei Uniforme de Genebra fora incorretamente tomado – e ainda hoje o é¹⁶⁹ – como o precedente consagrador da equivalência entre tratados internacionais em geral e leis ordinárias.

2.1.1.3. Caso Liberdade Sindical.

Com a Representação nº 803, julgada em 15/09/1977, buscou-se a declaração de inconstitucionalidade parcial do Decreto Legislativo nº 33/1964 e do Decreto nº 58.826/1966, que versavam, respectivamente, sobre a ratificação e promulgação da

167 STF, RE 88.004/SE, j. 1/07/1977, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, p. 108 do arquivo inteiro teor.

168 STF, RE 88.004/SE, j. 1/07/1977, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, p. 106 do arquivo inteiro teor.

169 Assim, por exemplo, Carvalho Ramos, 2015 (para quem: “Esse estatuto equivalente à lei ordinária foi consagrado, ainda antes da Constituição de 1988, no Recurso Extraordinário 80.004, de 1977”, p. 385).

Convenção nº 110 da Organização Mundial do Trabalho, adotada em 1958 pela Conferência Internacional do Trabalho. Entre seus artigos 62 e 70, a Convenção previu uma série de direitos fundamentais relativos à liberdade sindical de trabalhadores rurais, notadamente à de constituição de organizações representativas sem autorização prévia, que não poderiam ser dissolvidas ou suspensas por autoridades administrativas, e ao dever estatal de adaptar legislativa ou interpretativamente as normas internas, de modo a não contrariarem tais garantias.

Alegava o então Procurador-Geral da República que a liberdade sindical convencional exorbitava dos limites traçados pelo direito positivo nacional. Aplicá-la, afirmou, significaria “drástica e radical subversão no sistema sindical brasileiro, alienando-lhe as peculiaridades já estratificadas depois de longa experiência legislativa”¹⁷⁰. E isso porque, seja com base no art. 159 da Constituição de 1946¹⁷¹ – em vigor quando da adoção da Convenção –, seja com base no art. 159, da Constituição de 1967, integralmente repetido pelo art. 166, da Constituição de 1969¹⁷² – em vigor quando do julgamento da representação, não poderia “o legislador ordinário, sem ofensa ao texto constitucional permitir a liberdade de associação profissional ou sindical incondicionalmente, sem qualquer regulamentação legal”, nem, tampouco, “tornar lei interna, Convenção Internacional que assim disponha”¹⁷³.

No ponto que interessa ao desenvolvimento da tese, o ministro relator Djaci Falcão argumentou que, ratificados por força de preceito constitucional, os tratados internacionais passariam a compor a legislação interna nacional, e, ao menos em princípio, deveriam ser cumpridos em sua inteireza. A relativização de seu raciocínio se justificaria, segundo ele, porque não obstante provenientes de instrumento internacional que haja merecido ratificação interna, as normas convencionadas não guardariam validade na órbita interna no caso de afronta à Constituição¹⁷⁴. Assim, se “por um lado compete ao Poder Legislativo conhecer da Convenção Internacional para que se transforme em lei”, por

170 STF, Representação nº 803, j. 15/08/1977, Rel. Min. Djaci Falcão, p. 7 do arquivo inteiro teor.

171 CRFB/46, art. 159: “É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo poder público”.

172 CRFB/67, art. 159, e CRFB/69, art. 166: “É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de poder público serão regulados em lei”

173 STF, Representação nº 803, j. 15/08/1977, Rel. Min. Djaci Falcão, p. 7-8 do arquivo inteiro teor.

174 STF, Representação nº 803, j. 15/08/1977, Rel. Min. Djaci Falcão, p. 9 do arquivo inteiro teor.

outro, seria “irrecusável a competência do Poder Judiciário para dizer da constitucionalidade das leis”¹⁷⁵.

Em partes, o ministro Rodrigues Alckmin seguiu o relator. Retomando a premissa que aparentemente o levou a reconhecer a superioridade normativa da ordem jurídica interna no caso Lei Uniforme de Genebra¹⁷⁶, todavia, aventou a existência de um mandado constitucional de legislação restritiva para reconhecer a vinculação dos instrumentos internacionais à Constituição estatal, sem, contudo, especificar expressamente qualquer entendimento acerca da hierarquia jurídica dos tratados internacional, em geral, ou dos tratados internacionais de direitos humanos, em particular, dentre seus pares infraconstitucionais. “Se o legislador constituinte declarou que a associação profissional ou sindical era livre, mas que ‘a sua constituição [...] havia de ser regulada em lei’”, destacou o ministro, ele não teria dado, “ao legislador ordinário, o poder de recusar-se a essa regulamentação determinada no texto constitucional”¹⁷⁷.

[...] quando a Constituição determina que o legislador ordinário discipline essas organizações [*sindicais*], não lhe dá uma faculdade, impõe-lhe um dever. [...] Desde o momento em que uma convenção suprima o exercício desse dever, não porque regule a organização, pois, no caso, revogaria a lei ordinária, mas porque suprime a ingerência do legislador ordinário na disciplina da organização, nesse ponto há ofensa à Constituição¹⁷⁸.

Os demais ministros tomaram parte nessas duas vias argumentativas, declarando a parcial procedência da representação, com exceção de Xavier de Albuquerque, que, recuperando a pretensão de primazia do direito internacional sobre o direito interno apresentada no caso Lei Uniforme de Genebra¹⁷⁹, concluiu: “se a convenção se choca com a lei, prevalece sobre ela”¹⁸⁰. Alternativamente, porém, cedeu à hipótese da equivalência lá estabelecida, para contrariar o reconhecimento do dever de legislar proposto por Rodrigues Alckmin.

A Constituição Federal remete à lei a disciplina da constituição dessas entidades [*sindicais*]. Não me parece que chegue ao ponto de influir

175 STF, Representação nº 803, j. 15/08/1977, Rel. Min. Djaci Falcão, p. 10 do arquivo inteiro teor.

176 Cf., *supra*, p. 51, notas 164 e 165.

177 STF, Representação nº 803, j. 15/08/1977, Rel. Min. Djaci Falcão, p. 19 do arquivo inteiro teor.

178 STF, Representação nº 803, j. 15/08/1977, Rel. Min. Djaci Falcão, p. 35 do arquivo inteiro teor.

179 Cf., *supra*, p. 49, notas 155 a 157.

180 STF, Representação nº 803, j. 15/08/1977, Rel. Min. Djaci Falcão, p. 33 do arquivo inteiro teor.

diretamente no seu funcionamento por via de intervenção, suspensão, ou o que quer que seja. A lei pode fazê-lo, sim, sem transgressão. Mas, uma convenção não pode dispor a respeito, limitando esse poder do legislador? Tenho dúvida, e, na dúvida, rejeito a arguição¹⁸¹.

Assim, se – a despeito da incompletude do material disponível, da invariável pluralidade de fundamentações apresentadas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal e da ressalva que encerrou o tópico anterior – a análise dos Casos GATT e Lei Uniforme de Genebra demonstra a equiparação jurisprudencial entre tratados internacionais e leis ordinárias, a do Caso Liberdade Sindical, por um lado, demonstra a equiparação jurisprudencial entre tratados internacionais e tratados internacionais de direitos humanos, e, por outro, a pretensão de submissão da validade de ambos aos imperativos da Constituição do Estado brasileiro.

2.1.2. (...) à supra-legalidade: a adequação de constitucionalidade e a transitiva pretensão de hegemonia nacional.

2.1.2.1. Caso Depositário Infiel 1.

Em 1995, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 72.131-1, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de retomar a questão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Num pedido de concessão de ordem para afastar a possibilidade de o paciente vir a ser preso, o Caso Depositário Infiel 1 tratou da aplicabilidade do art. 4º do Decreto-lei nº 911/1969, que admitia, na alienação fiduciária, a prisão civil do devedor como depositário infiel por até um ano. Segundo propugnado pelo autor da demanda, dada a reconhecida vigência interna do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos, introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro pelos Decretos nº 592/1992 e nº 678/1992, respectivamente, competiria ao Supremo Tribunal Federal declarar a inaplicabilidade do referido Decreto-lei, restringindo as hipóteses de prisão civil constitucionalmente autorizadas ao caso único do devedor inescusável de alimentos^{182 183}.

181 STF, Representação nº 803, j. 15/08/1977, Rel. Min. Djaci Falcão, p. 35 do arquivo inteiro teor.

182 PIDCP, art. 11: “Ninguém pode ser preso por não cumprir com uma obrigação contratual”.

183 CADH, art. 7.7: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de *obrigação alimentar*”.

Acolhendo o pedido, o ministro relator Marco Aurélio reconheceu que já não subsistia na ordem jurídica brasileira a possibilidade de prisão do depositário infiel. “O preceito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, afirmou, “passou a vigor com estatura de legislação ordinária, suplantando, assim, enforque contrários [...] até então em vigor”¹⁸⁴. Dessa forma, reconhecida “a igualação dos diplomas – tanto o Decreto-lei quanto a Convenção estão no âmbito da legislação ordinária – forçoso é concluir que a última, disciplinando a matéria de forma contrária, resultou na revogação do primeiro”¹⁸⁵.

Por fundamentos outros, Francisco Rezek acompanhou o ministro relator. Apesar de reconhecer que os tratados internacionais convivem hierarquicamente com lei ordinária federal, ambos submetidos ao controle de conformação constitucional, retomou a premissa anteriormente explicitada por Xavier de Albuquerque no Caso Liberdade Sindical para desconstruir qualquer hipótese de conflito entre textos constitucional brasileiro e convencional interamericano¹⁸⁶. “Não estou lendo na lei fundamental nada semelhante a ‘Prenha-se o depositário infiel’”, sentenciou o ministro, “mas apenas uma autorização para que o legislador ordinário, caso queira, tome esse caminho”¹⁸⁷. Assim, aquilo que a Constituição entendeu possível – a prisão do depositário infiel – poderia ser invalidado pela assunção de um compromisso internacional. Relembrando o contexto da aprovação do Decreto-lei nº 911/1969 – uma “obra prima da legislação brasileira”, que “traz a assinatura dos três membros da junta militar que assumiu, na época, o poder”¹⁸⁸ – reconheceu no caso uma oportunidade para que o Tribunal, sem autopenitência maior, honrasse com uma obrigação internacional, reconhecendo que ela “não derroga o instituto do depósito, em absoluto, mas tudo aquilo que, na legislação ordinária, facultava a prisão civil do depositário infiel”¹⁸⁹.

Retomando o articulado por Leitão de Abreu no julgamento do Caso Lei Uniforme de Genebra¹⁹⁰, o ministro Carlos Velloso asseverou que o “tratado, posterior à norma infraconstitucional, paralisaria a eficácia daquelas normas infraconstitucionais que, mediante equiparações e ficções legais, autorizariam a prisão do devedor inadimplente”,

184 STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 15 do arquivo inteiro teor.

185 STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 16 do arquivo inteiro teor.

186 Cf., *supra*, p. 54-5, notas 180 e 181.

187 STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 47 do arquivo inteiro teor.

188 STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 49 do arquivo inteiro teor.

189 STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 47 do arquivo inteiro teor.

190 Cf., *supra*, p. 50-1, notas 162 e 163.

razão pela qual “teríamos, no caso, a aplicação da velha regra *lex posterior derogat legi priori*”¹⁹¹. Por força da norma prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição da República¹⁹², reconheceu que três seriam as espécies de direitos e garantias fundamentais: os expressos na Constituição, os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e os inscritos em tratados internacionais firmados pelo Brasil. A Convenção Americana de Direitos Humanos seria, segundo o ministro, vertente de direito fundamental com estatura constitucional, e, portanto, “o direito assegurado no art. 7º, item 7, da citada Convenção, é um direito fundamental em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição”¹⁹³.

Encerrando os votos minoritários, o ministro Sepúlveda Pertence deferiu a ordem, mas sem se manifestar sobre o tema da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, irrelevante para o deslinde do caso, segundo ele¹⁹⁴.

Nenhuma dessas fundamentações foi capaz de convencer a maioria dos ministros, todavia. A despeito da então nova ordem constitucional vigente, o Supremo Tribunal Federal denegou o pedido, reafirmando, majoritária, sua jurisprudência pré-1988. O ministro Maurício Corrêa afirmou não emprestar a elasticidade que Carlos Velloso teria pretendido entregar à cláusula de abertura constitucional, já que, “elevator à grandeza de ortodoxia essa hermenêutica seria minimizar o próprio conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua Lei Maior”¹⁹⁵. Face à Constituição, argumentou, uma norma decorrente de tratado “pode perfeitamente padecer de vício de inconstitucionalidade, e pois sujeitar-se ao controle do Supremo Tribunal Federal”¹⁹⁶.

191 STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 73 do arquivo inteiro teor.

192 CRFB/88, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

193 STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 71 do arquivo inteiro teor.

194 “Afasto a fascinante discussão sobre o Pacto de São José da Costa Rica: não preciso dele para o meu convencimento. É manifesto que a Constituição excetuou, da proibição de prisão por dívida, a prisão do inadimplente de obrigação alimentar e a do depositário infiel. A extensão dessa norma de exceção, não o contendo, pode sofrer mutações ditadas do legislador ordinário e até por tratado. Mas, também me parece, ninguém discordará, em tese, de que, ao concretizar os seus termos [...] o legislador não pode, mediante ficções ou equiparações, ampliar arbitrariamente o texto constitucional, além da opção constituinte nele traduzida. E esta há de ser aferida à base da Constituição e de suas inspirações. Não, à base da lei. Em outras palavras, a admissibilidade, segundo a Constituição, da prisão por dívida de alimentos e da prisão do depositário infiel não é cheque em branco passado ao legislador ordinário” (STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 95-6 do arquivo inteiro teor).

195 STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 39 do arquivo inteiro teor.

196 STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 39-40 do arquivo inteiro teor.

No mesmo tom, Moreira Alves chegou a reconhecer um verdadeiro direito fundamental dos credores à prisão civil dos devedores nos casos excepcionados pela Constituição. Nada interferiria na questão a Convenção Americana de Direitos Humanos, não se lhe aplicando o disposto no art. 5º, § 2º, pois não seriam admitidas, no Brasil, emendas constitucionais mediante ratificação de tratado. “Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse § 7º do artigo 7º da Convenção, não pode restringir o alcance das exceções previstas no art. 5º, LVII, da nossa atual Constituição”, e isso, prossegue o ministro, “até para o efeito de revogar, por interpretação inconstitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a Constituição brasileira admite expressamente, as normas sobre prisão civil do depositário infiel”¹⁹⁷.

O ministro Ilmar Galvão reconheceu que a Convenção Americana de Direitos Humanos fora integrada ao direito positivo brasileiro como lei ordinária mas, incompreensivelmente, não admitiu a revogação por lei posterior das normas internas que cuidavam do depositário infiel. Não haveria outra interpretação cabível, argumentou o ministro, não lhe parecendo possível admitir que os países que “a ela aderiram, na maioria subdesenvolvidos, houvessem tido a iniciativa de esvaziar de eficácia a garantia representada pelo depósito embutido nos contratos”, deixando, com isso, “praticamente à míngua de qualquer proteção a instituição do crédito, unanimemente tido como a mola propulsora da atividade econômica e, portanto, do desenvolvimento”¹⁹⁸.

Celso de Mello, por sua vez, recoloca a questão em termos jurídicos, abstraindo do peculiar argumento econômico mobilizado por Ilmar Galvão. Assumindo como inquestionável que a normatividade dos tratados internacionais permite situá-los em idêntico plano e grau de eficácia em que se posicionam as leis ordinárias internas, defendeu não ser possível atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, § 2º, da Constituição da República, “um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional”, sob pena de se “inviabilizar, como manifesta ofensa à supremacia da Constituição, [...] o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade político-jurídica”¹⁹⁹.

197 STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 37 do arquivo inteiro teor.

198 STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 56 do arquivo inteiro teor.

199 STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 80 do arquivo inteiro teor.

Ao qualificar a norma constitucional excepcionalmente permissiva da prisão civil do depositário infiel como “típica norma revestida de eficácia contida ou restringível, eis que, em função de seu próprio conteúdo material, contempla a possibilidade de o legislador comum limitar o alcance da vedação constitucional”²⁰⁰, Celso de Mello parece tangenciar a lógica *lex posterior derogat legi priori*, o que contraria frontalmente o sentido de seu voto. Ora, uma norma de eficácia contida que não tenha sofrido contenção ou cuja contenção tenha sido revogada por lei posterior possui eficácia de norma plena²⁰¹, o que redundaria, no caso, na impossibilidade da prisão civil do depositário infiel. Afinal, se, como especificou o ministro Celso de Mello, a Convenção Americana de Direitos Humanos situa-se em “idêntico plano e grau de eficácia em que se posicionariam as leis ordinárias internas”, sendo lei posterior, revoga lei anterior com ela incompatível, tornando plena, por consequência, a restringível – mas não mais restringida – eficácia da norma constitucional que proíbe esse tipo de prisão. Curiosamente, porém, o ministro parece reconhecer uma espécie de mandado constitucional de legislação restritiva, tal qual pretendido por Rodrigues Alckmin no Caso Liberdade Sindical²⁰², tomando, corretamente, a norma como de eficácia contida, mas tratando-a, incorretamente, como se de eficácia limitada fosse. Com isso, leva ao plano constitucional o que, segundo a lógica de seu voto e a tipificação por ele mesmo proposta do art. 5º, LXVII, da Constituição de República de 1988, deveria ser resolvido no plano infraconstitucional, para afirmar, não sem contradizer-se, que a proibição convencional à prisão civil do depositário infiel “não vincula o legislador constituinte, que sempre poderá dispor em sentido contrário no próprio texto da Constituição”²⁰³.

O ministro Octavio Galloti, por fim, acompanhou a maioria, no que foi seguido por Sydney Sanches e Néri da Silveira. A Convenção Americana de Direitos Humanos, argumentou Sanches, “mesmo contendo normas gerais sobre a liberdade, incorporadas a

200 STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 81 do arquivo inteiro teor.

201 Muitas dessas ditas normas constitucionais de eficácia contida, assinalou José Afonso da Silva, “fazem menção a uma legislação futura, motivo por que alguns as incluem entre as normas de eficácia limitada, que não as programáticas, ou seja, aquelas que Crisafulli denomina *normas de legislação*. Trata-se, a nosso ver, de equívoco manifesto, porquanto o fato de remeterem a uma legislação futura não autoriza equipará-las a outras que exigem uma normatividade ulterior integrativa de sua eficácia. O contrário é que se verifica [...], pois, com relação a elas, a legislação futura, antes de completar-lhes a eficácia, virá impedir a expansão da integridade de seu comando jurídico” (1988, p. 103, grifo no original).

202 Cf., *supra*, p. 54, notas 177 e 178.

203 STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 78 do arquivo inteiro teor.

nosso Direito interno, não revogou normas especiais da legislação brasileira”²⁰⁴. Se nela se prevê a proibição de prisão por dívida, concluiu Néri da Silveira, “não cabe, aí, ver senão a caracterização de norma geral, que não revoga norma especial anterior, consoante [...] Lei de Introdução ao Código Civil”²⁰⁵.

2.1.2.2. Caso Reintegração Compulsória.

O Supremo Tribunal Federal confirmou sua jurisprudência não diferenciadora no julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480, realizado no dia 04/09/1997. Em disputa, estavam o Decreto Legislativo nº 68/1992 e o Decreto nº 1.855/1966, que, respectivamente, aprovou e promulgou a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho. Formalmente, alegava-se que, para o trato da matéria versada pela Convenção, a Constituição da República exigiria lei complementar. Materialmente, dentre outros pontos, que a possibilidade de reintegração compulsória do trabalhador arbitrariamente demitido, prevista na Convenção²⁰⁶, contrariaria o sistema constitucional brasileiro instaurado em 1988, que apenas consagra o direito à indenização compensatória^{207 208}.

O ministro relator Celso de Mello principiou sua análise estabelecendo que a possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos de direito internacional – mais precisamente, dos atos domésticos que incorporam normas convencionais ao sistema de direito positivo interno –, emerge, no Brasil, como uma “consequência necessária que deriva da irrecusável supremacia da Constituição da República sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro”²⁰⁹. Em absolutamente nada obstará o

204 STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 92-3 do arquivo inteiro teor.

205 STF, HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 94 do arquivo inteiro teor.

206 Convenção nº 158, OIT, art. 10: “Se os organismos mencionados no art. 8º da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é injustificado e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a reintegração do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada”.

207 CRFB/88, art. 7º, I: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

208 CRFB/88, ADCT, art. 10, I: “Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966”.

209 STF, ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello, p. 19 do arquivo inteiro teor.

acerto dessa conclusão, ponderou ele, o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados²¹⁰.

A Constituição qualifica-se como o estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa desse instrumento básico. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. É que o sistema jurídico brasileiro não confere qualquer precedência hierárquico-normativa aos atos internacionais sobre o ordenamento constitucional. É essencial reconhecer, portanto, que a inconstitucionalidade de tratados internacionais impedirá a aplicação de suas normas na ordem jurídica interna brasileira [...]²¹¹.

A despeito de identificar uma tendência contemporânea que busca pela equiparação hierárquica entre tratados internacionais, em geral, e tratados internacionais de direitos humanos, em particular, às próprias constituições estatais, não seria essa a situação prevalecente no Brasil, sentenciou Celso de Mello, “que prestigia, de maneira incondicional, a absoluta supremacia da Constituição sobre todo e qualquer ato de direito internacional público”²¹². Como consequência, eventual antinomia entre tratado internacional e a Constituição da República imporá, irrestritamente, a precedência hierárquica da ordem normativa consubstanciada no texto constitucional, sob pena de invalidade e de ineficácia das cláusulas convencionais²¹³.

Especificamente sobre a Convenção, em seu aspecto material, reconheceu-lhe conteúdo meramente programático, haja vista a necessidade de intervenção disciplinadora do legislador nacional de cada Estado contratante para a implementação das diretrizes nela consagradas²¹⁴. Em seu aspecto formal, argumentou que, ainda que se revestisse de autoaplicabilidade, não seria possível conferir-lhe eficácia no plano interno, “eis que

210 CVDT, art. 46: “1. A circunstância de o consentimento de um Estado em ficar vinculado por um tratado ter sido manifestado com violação de uma disposição do seu direito interno relativa à competência para concluir tratados não poder ser invocada por esse Estado como tendo viciado o seu consentimento, salvo se essa violação tiver sido manifesta e disser respeito a uma norma de importância fundamental do seu direito interno. 2. Uma violação é manifesta se for objectivamente evidente para qualquer Estado que proceda, nesse domínio, de acordo com a prática habitual e de boa fé”.

211 STF, ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello, p. 19-20 do arquivo inteiro teor.

212 STF, ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello, p. 22 do arquivo inteiro teor.

213 STF, ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello, p. 24 do arquivo inteiro teor.

214 STF, ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello, p. 65 do arquivo inteiro teor.

tratados e convenções internacionais – mesmo guardando relação de paridade normativa com as leis ordinárias – não podem reger matérias, sujeitas, por efeito de reserva constitucional, ao domínio normativo das leis complementares”²¹⁵. Por tais razões, Celso de Mello indeferiu, inicialmente, o pedido de medida cautelar. Contudo, após a intervenção do ministro Moreira Alves, que seguiu-lhe, na essência, o posicionamento, acabou por deferi-la parcialmente para, em interpretação conforme a Constituição, afastar qualquer exegese que, desconsiderando o caráter meramente programático das normas inscritas na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, viesse a tê-las como autoaplicáveis, “desrespeitando, desse modo, as regras constitucionais e infraconstitucionais que especialmente disciplinam, no vigente sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores”²¹⁶.

Carlos Velloso, por sua vez, fundamentou a divergência que abriu assumindo que a “Convenção 158/OIT, nas suas regras maiores, especialmente as que consubstanciam direitos e garantias, é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou auto-aplicável”²¹⁷. Rechaçou, ademais, a alegação de inconstitucionalidade formal. Segundo o ministro, celebrado o tratado pelo Presidente da República, e aprovado este pelo Congresso Nacional, dar-se-ia sua incorporação ao direito interno, tradicionalmente mediante decreto do Presidente. Como no sistema constitucional brasileiro os tratados internacionais são equiparados à lei enquanto gênero, e não a uma das suas espécies, tal incorporação ocorreria diretamente na condição de norma infraconstitucional, seja como lei ordinária, seja como lei complementar, seja como qualquer de suas espécies²¹⁸.

Então, se, para a regulamentação de determinada norma constitucional exige a Constituição lei complementar, e se, no trato da matéria, celebra o Presidente da República um tratado, tratado que vem, justamente, regular matéria constitucional dependente de lei complementar, aprovado esse tratado pelo Congresso Nacional, e incorporado ao direito interno, por decreto do Presidente da República, essa incorporação que ocorre como lei, nesse caso ocorrerá como lei complementar. É que [...] lei é gênero, do qual lei ordinária, lei complementar, medida provisória e lei delegada constituem espécies²¹⁹.

215 STF, ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello, p. 69 do arquivo inteiro teor.

216 STF, ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello, p. 89 do arquivo inteiro teor.

217 STF, ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello, p. 112 do arquivo inteiro teor.

218 STF, ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello, p. 99 do arquivo inteiro teor.

219 STF, ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello, p. 100-1 do arquivo

Tampouco lhe convenceu a alegação de inconstitucionalidade material. O que deveria ser entendido, argumentou ele, é que, de acordo com o art. 5º, § 2º, da Constituição da República, a Convenção nº 158 trouxe aos trabalhadores brasileiros mais uma garantia, ampliando-lhes o leque já existente²²⁰. Retomando as espécies de direitos fundamentais aventadas por ele no Caso Depositário Infiel 1²²¹, concluiu ser lícito afirmar que:

[...] a Convenção 158/OIT incorporou-se à ordem jurídica brasileira com características autônomas, vale dizer, independentemente da disposição inscrita no art. 7º, I, da CF. [...] A inconstitucionalidade material, não custa repetir, não ocorreria, dado que a Convenção 158/OIT, na forma do disposto no § 2º do art. 5º, da CF, incorporou-se à ordem jurídica brasileira de forma autônoma. É dizer, ela contém direitos e garantias, que são direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores de cunho constitucional, na forma do que estabelece o § 2º do art. 5º, da CF²²².

Seguindo o voto do ministro Celso de Mello, Nelson Jobim opôs-se à divergência instaurada por Carlos Velloso. Adotá-la, objetou o ministro, significaria burla à “exigência constitucional de que aquele tema, para ser aprovado e tratado pela legislação infraconstitucional, deva passar pelo crivo da maioria absoluta, que é a forma pela qual se protegem as minorias”²²³. Quanto à incidência do art. 5º, § 2º, da Constituição da República, igualmente sugestionada por Velloso em seu voto, Jobim ilustra uma “situação curiosíssima”, que, segundo ele, esvaziaria por completo o encanto da proposta.

Em relação ao segundo aspecto do raciocínio do eminente Ministro Carlos Velloso, no que diz respeito à interpretação dada ao § 2º do art. 5º, teríamos uma situação curiosíssima se o interpretássemos de forma a entender que abrangeria também os tratados posteriores à edição da Constituição. [...] Se o considerássemos integrados à Constituição, observaríamos uma situação, no mínimo, estranha: formulado o tratado multilateral, se todos os países o denunciasses, só o Brasil não poderia fazê-lo porque ele haveria adquirido a condição de cláusula pétrea! A consequência mostra o absurdo, ou melhor, o equívoco da premissa²²⁴.

inteiro teor.
220 STF, ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello, p. 112 do arquivo inteiro teor.
221 Cf., *supra*, p. 56-7, notas 191 a 193.
222 STF, ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello, p. 107 do arquivo inteiro teor.
223 STF, ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello, p. 125 do arquivo inteiro teor.
224 STF, ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello, p. 130-1 do arquivo inteiro teor.

Acompanharam o voto do relator os ministros Octavio Galloti, Néri da Silveira e Maurício Corrêa. Por sua vez, indeferiram a cautelar, cada um a seu modo, os ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Anuindo com o ministro Jobim, Marco Aurélio reconheceu a dificuldade em se colocar no mesmo plano o tratado, aprovado por maioria simples, e a lei complementar. Deixou de seguir a maioria, contudo, dada a alegada impossibilidade de se acionar a Convenção nº 158, concluindo, daí, não concorrer qualquer risco quanto à eficácia do nela contido²²⁵. Sepúlveda Pertence, por fim, não viu qualquer ambiguidade no texto do tratado a legitimar uma interpretação conforme a Constituição, tal qual propugnado pelo relator. “No estado atual das coisas, no direito brasileiro”, argumentou o ministro, “enquanto permaneça a omissão do legislador – incide a norma transitória do art. 10 do ADCT, e, em consequência, a hipótese de reintegração está excluída”²²⁶. Não enfrentou, dessa forma, a questão relativa à hierarquia dos tratados internacionais, em geral, e dos tratados internacionais de direitos humanos, em especial. Sua participação no Caso Duplo Grau de Jurisdição, nesse particular, seria muito mais significativa, conforme exposto no item seguinte.

2.1.2.3. Caso Duplo Grau de Jurisdição.

Dentre outras tantas oportunidades, com o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 79.785-7/RJ, julgado em 29/03/2000, mais uma vez o Supremo Tribunal Federal viu-se diante de um caso cujo deslinde pressupôs o enfrentamento do tema relativo à hierarquia dos tratados internacionais. Em discussão, colocou-se a garantia do duplo grau de jurisdição no direito brasileiro, nomeadamente em processos de competência originária dos Tribunais, tanto à luz da Constituição da República, que não o explicita, quanto da Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê, dentre outras garantias processuais mínimas, o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior²²⁷.

225 STF, ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello, p. 163 do arquivo inteiro teor.

226 STF, ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello, p. 141 do arquivo inteiro teor.

227 CADH, art. 7.6: “Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa”. Também o art. 8.2, “h”: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às

Em voto pioneiro, que direcionaria a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal rumo à diferenciação entre tratados internacionais, em geral, e tratados internacionais de direitos humanos, em especial, o ministro relator Sepúlveda Pertence iniciou seu pronunciamento reconhecendo que as opiniões pela identificação constitucional do postulado do duplo grau de jurisdição guardam menos de base dogmática do que de forte *wishfull thinking*, fundamentado, sobretudo, na utilidade dos recursos como instrumentos de segurança, controle e isonomia. “Não obstante as graves preocupações subjacentes à tese – não é fácil, no Brasil, alçar, *de lege lata*, o duplo grau a princípio e garantia constitucional”, haja vista a quantidade de “previsões na própria Constituição de julgamentos de única instância, já na área cível, já, particularmente, na área penal”²²⁸. A Constituição, na linha de suas antecedentes republicanas, não teria originalmente erigido o duplo grau de jurisdição em garantia fundamental²²⁹. Restaria por examinar, todavia, se a situação teria se alterado quando, já vigente o art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, sobrevieram os arts. 25.1 e 2, b, e 8º, h, da Convenção Americana de Direitos Humanos²³⁰.

Põe-se aqui, não resta dúvida, uma antinomia entre o Pacto – promulgado no Brasil em 1992 – e a Constituição [...]. A partir daí, a questão é saber, da perspectiva do juiz nacional, se as convenções de que decorrem direitos e garantias fundamentais do indivíduo, aplicáveis independentemente da intermediação normativa dos Estados pactuantes, têm hierarquia constitucional e conseqüente força ab-rogatória da Constituição, de modo, por exemplo, a nela inserir o princípio questionado do duplo grau de jurisdição²³¹.

Respondeu-a negativamente, o ministro relator, aderiu ao “entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional”²³². Se, dado o estágio ainda incipiente de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional, a questão haveria de ser resolvida desde a perspectiva do juiz nacional – que, órgão do Estado que é, derivaria sua autoridade da própria Constituição –,

seguintes garantias mínimas: direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Da mesma forma, o art. 25.1 e 25.2, “b”: “1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados parte comprometem-se: (b) a assegurar as possibilidades de recurso judicial”.

228 STF, RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 11 do arquivo inteiro teor.
229 STF, RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 13 do arquivo inteiro teor.
230 STF, RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 14 do arquivo inteiro teor.
231 STF, RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 16 do arquivo inteiro teor.
232 STF, RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 17 do arquivo inteiro teor.

Pertence afirmou não compreender como pudesse ele “buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais”, o que seria bastante para estabelecer a supremacia sobre as últimas da Constituição, mesmo quando esta, eventualmente, imputa aos tratados a prevalência em caso de conflito: “é que, mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional”²³³.

Disso não resultaria, contudo, no acerto da equiparação entre tratados internacionais e tratados internacionais de direitos humanos, tal qual se constata em decisões anteriores do Supremo Tribunal federal. “Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional [...] dos tratados a ela incorporados”, especificou o ministro, não se sujeitaria ele a assumir compromisso com o entendimento então majoritário, “que, também em relação as convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às lei”²³⁴.

Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, §2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim [...] a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementa, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constante²³⁵.

Para o que se analisava, porém, o aprofundamento dessas reflexões foi tido como ocioso por Pertence, já que, mais que conceder à Convenção Americana de Direitos Humanos o poder de aditar a Constituição da República, acrescentando-lhe limitações oponíveis às leis, far-se-ia necessário, no caso concreto, reconhecer-lhe uma impensável força ab-rogatória da Constituição mesma²³⁶. “À falta de órgãos jurisdicionais *ad qua*, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais”, concluiu, “segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada”²³⁷.

233 STF, RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 18-9 do arquivo inteiro teor.

234 STF, RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 21 do arquivo inteiro teor.

235 STF, RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 22 do arquivo inteiro teor.

236 STF, RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 22 do arquivo inteiro teor.

237 STF, RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 23-4 do arquivo inteiro teor.

Por tais razões, Pertence negou provimento ao recurso, no que fora acompanhado pelo ministro Nelson Jobim²³⁸. Moreira Alves alegou sérias dúvidas quanto à possibilidade de se “considerar que, em face do disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição, possa haver hierarquia entre a lei ordinária e os tratados internacionais sobre direitos humanos”²³⁹, não se lhe parecendo que “haja hierarquização entre normas infraconstitucionais em face do sistema de nossa Carta Magna”²⁴⁰.

Marco Aurélio e Carlos Velloso, por sua vez, não se convenceram os argumentos trazidos pelo ministro Pertence, dando provimento ao recurso. Não se pronunciaram, todavia, acerca da força supralegal sugerida pelo ministro. Marco Aurélio propugnou pela necessidade de “emprestar alguma eficácia ao que se contém no Pacto, subscrito pelo Brasil, no que possui, pelo menos, uma nomenclatura pomposa a direcionar quanto à necessidade de dar-se atenção aos direitos humanos”, e enquadrar, por consequência, “a recorribilidade, na hipótese de sentença condenatória, como inserida no grande campo alusivo à dignidade do homem e, por conseguinte, aos direitos humanos”²⁴¹. Carlos Velloso, por fim, retomando mais uma vez a tese aventada por ele no Caso Depositário Infiel 1, no sentido de que seriam três as vertentes dos direitos e garantias fundamentais²⁴², decidiu que “a disposição inscrita na Convenção de São José da Costa Rica, estabelecendo como garantia fundamental o duplo grau de jurisdição, é, pois, direito consagrado na Constituição do Brasil”²⁴³, no que fora contraditado pelo ministro Sepúlveda Pertence:

Teria muita sedução pela posição de V. Exa. [...] se não me ocorresse um argumento: se a Convenção significasse inserir essa cláusula da Convenção no art. 5º da Constituição brasileira, ela não teria que ser interpretada em conjunto com a Constituição? Vale dizer, com as exceções nele estabelecidas? [...] Se o constituinte de 88 – e deve ter

238 STF, RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 25 ss do arquivo inteiro teor.

239 STF, RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 36 do arquivo inteiro teor.

240 STF, RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 36 do arquivo inteiro teor.

241 STF, RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 32 do arquivo inteiro teor.

Que prossegue: “Entendo que, julgada a ação penal ante a competência originária do Tribunal de Justiça e imposta condenação, abre-se a porta para a observância irrestrita à Convenção Americana sobre Direitos Humanos; abre-se a via recursão para o acusado, até então simples acusado, vir a lograr um novo crivo quanto à imputação feita. [...] Fora isso [...] é fecharmos o grande livro do nosso ordenamento jurídico – a Constituição Federal e demais leis – [...]; fora isso, é desprezarmos esse diploma tão importante, e por isso subscrito pelo Brasil, que é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (p. 32-3).

242 Cf., *supra*, p. 56-7, notas 191 a 193.

243 STF, RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 40-1 do arquivo inteiro teor.

havido proposta neste sentido – tivesse estabelecido, no art. 5º, como garantia fundamental, o duplo grau de jurisdição, como esse dispositivo da própria Constituição teria de ser lido? [...] Como vou admitir que se dê à cláusula do Tratado de São José mais força do que teria a inserção na própria Constituição da garantia do duplo grau?²⁴⁴

A transição para o reconhecimento da hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, em contraposição à hierarquia legal ordinária dos tratados internacionais em geral, era, assim, iniciada, e seria concluída com o julgamento do Caso Depositário Infiel 2, analisado no item abaixo.

2.1.2.4. Caso Depositário Infiel 2.

Com a apreciação conjunta dos Recursos Extraordinários nº 349.703-1/RS e nº 466343-1/SP, e do Habeas Corpus 87.585-8/TO, julgados em 03/08/2008, colocou-se em disputa, mais uma vez, a aplicabilidade do art. 4º do Decreto-lei nº 911/1969, que, como visto, admitia, na alienação fiduciária, a prisão civil do devedor como depositário infiel por até um ano. Ilmar Galvão fora o ministro relator do Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS. Como deixaria o Supremo Tribunal Federal no dia 03/05/2003, achou por bem antecipar seu voto, proferindo-o no dia 03/04/2013. Fê-lo para registrar a mudança de sua posição a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no sistema constitucional brasileiro, anteriormente assinalada no Caso Depositário Infiel 1²⁴⁵. Segundo o ministro, compreendida a dignidade da pessoa humana à luz da cláusula de abertura tipificada no art. 5º, § 2º, da Constituição da República²⁴⁶, o Estado brasileiro, se se quisesse um Estado de Direito, haveria de situar “os direitos fundamentais num contexto mais vasto e mais sólido que o da Constituição, por que no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos”²⁴⁷. Assim o fazendo, prosseguiu, caberia ao Supremo Tribunal Federal revisar sua jurisprudência até então majoritária, conferindo, por via interpretativa, tratamento hierárquico condigno aos tratados internacionais de direitos humanos.

244 STF, RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, p. 41-2 do arquivo inteiro teor.

245 Cf., *supra*, p. 58, nota 198.

246 CRFB/88, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

247 STF, RE nº 349.703-1/RS, j. 03/12/2008, Rel. Min. Ilmar Galvão, p. 12 do arquivo inteiro teor.

[...] ainda que se admita que tais tratados não têm o condão de emendar a Constituição, parecendo fora de dúvida, no entanto, que podem adicionar novos princípios que equivalem às próprias normas constitucionais, como se estivessem nela escritos, ampliando o que se costuma chamar de ‘bloco da constitucionalidade’ [...]. São normas materialmente constitucionais que, conquanto não se incorporem ao Texto Fundamental, ampliam o núcleo mínimo de direitos e garantias nele consagrados, ganhando hierarquia constitucional. [...] Eventuais conflitos entre uma norma de Direito Internacional de Direitos Humanos e um preceito constitucional pode muito bem ser composto pelo princípio da primazia da norma mais favorável à vítima, corolário do princípio da prevalência dos direitos humanos consagrados no art. 4º, II, da Carta²⁴⁸.

Os ministros Moreira Alves e Sydneu Sanches reafirmaram, todavia, a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel. O tema já havia sido exaustivamente debatido em plenário, e, conforme supunham, não haveria de ser remexido²⁴⁹. Cinco anos após o adiamento desses votos, contudo, a alteração na composição do Supremo Tribunal Federal impulsionaria o debate desde um novo ponto de partida. Já em 2008, no mesmo Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS, o ministro relator para o acórdão Gilmar Mendes abordou o tema, reafirmando as bases lançadas por Sepúlveda Pertence no Caso Duplo Grau de Jurisdição para a revisão da jurisprudência não diferenciadora do Supremo Tribunal Federal²⁵⁰.

Inicialmente, Gilmar Mendes contrapôs-se à vertente teórica que reconhecia natureza supraconstitucional aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Haveria de se considerar a dificuldade para a adequação da tese à realidade de Estados nacionais que, a exemplo do Brasil, são fundados em sistemas orientados pela ideia de supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Assim, mesmo quando atuam nas relações internacionais em exercício do *treaty-making power*, os poderes da República não estariam menos submetidos aos imperativos da Constituição. Tanto quanto as convenções internacionais em geral, os tratados internacionais de direitos humanos devem ser “celebrados em consonância não só com o procedimento formal descrito na Constituição, mas com respeito ao seu conteúdo material, especialmente em tema de direitos e garantias fundamentais”²⁵¹.

248 STF, RE nº 349.703-1/RS, j. 03/12/2008, Rel. Min. Ilmar Galvão, p. 13-4 do arquivo inteiro teor.

249 STF, RE nº 349.703-1/RS, j. 03/12/2008, Rel. Min. Ilmar Galvão, p. 22 e 23, respectivamente, do arquivo inteiro teor.

250 Cf., *supra*, p. 65-6, especialmente nota 235.

251 STF, RE nº 349.703-1/RS, j. 03/12/2008, Rel. Min. Ilmar Galvão, p. 38 do arquivo inteiro teor.

Ademais disso, apesar de compreendê-la como interessante alternativa, contrapôs-se, também, à tese que reconhece-lhes natureza constitucional. Seu apelo teria se esvaziado por completo com uma das novidades trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004: a adição de um § 3º ao art. 5º, da Constituição da República²⁵². Em termos práticos, asseverou Gilmar Mendes, essa manifestação do poder constituinte reformador teria funcionado como uma “declaração eloquente” de que os tratados internacionais de direitos humanos “já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”²⁵³. Por outro lado, contudo, ela também acenaria para a insuficiência da tese da legalidade ordinária desses instrumentos internacionais, preconizada pela jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do Caso Lei Uniforme de Genebra.

É preciso ponderar [...] se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada. Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um ‘Estado Constitucional Cooperativo’, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais²⁵⁴.

A premente necessidade de se conceder efetividade à proteção dos direitos fundamentais nos planos interno e internacional tornaria imperiosa a mudança da orientação do Supremo Tribunal Federal acerca do papel dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, tida pelo ministro como anacrônica. Far-se-ia necessário assumir “uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano”²⁵⁵. Tal

252 CRFB/88, art. 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

253 STF, RE nº 349.703-1/RS, j. 03/12/2008, Rel. Min. Ilmar Galvão, p. 43 do arquivo inteiro teor. Ademais disso, ponderou Gilmar Mendes, adotando-se a tese da constitucionalidade correríamos “o risco de produzirmos uma atomização de normas constitucionais. Identificados os tratados de direitos humanos como de hierarquia constitucional, passaremos a ter essas normas como parâmetro de controle, gerando, portanto, um quadro de insegurança jurídica” (STF, RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso, p. 161 do arquivo inteiro teor).

254 STF, RE nº 349.703-1/RS, j. 03/12/2008, Rel. Min. Ilmar Galvão, p. 46-7 do arquivo inteiro teor.

255 STF, RE nº 349.703-1/RS, j. 03/12/2008, Rel. Min. Ilmar Galvão, p. 59 do arquivo inteiro teor.

postura, argumentou Gilmar Mendes, identificava-se com a assunção do caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos.

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana²⁵⁶.

Retomando passagem do voto do ministro Leitão de Abreu no Caso Lei Uniforme de Genebra²⁵⁷, suscitou que, diante desta supralegalidade, a internalização dos tratados internacionais de direito humanos “no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição”, teria o condão de “paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”²⁵⁸. Resguardando-se a possibilidade de o legislador constitucional submeter tais instrumentos internacionais ao procedimento especial de aprovação trazido pelo art. 5º, § 3º, da Constituição da República, conferindo-lhes, assim, *status* de emenda constitucional²⁵⁹, concluiu estabelecendo que:

[...] desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém, acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão²⁶⁰.

256 STF, RE nº 349.703-1/RS, j. 03/12/2008, Rel. Min. Ilmar Galvão, p. 53 do arquivo inteiro teor.

257 Cf., *supra*, p. 50-1, especialmente nota 163.

258 STF, RE nº 349.703-1/RS, j. 03/12/2008, Rel. Min. Ilmar Galvão, p. 59 do arquivo inteiro teor.

259 STF, RE nº 349.703-1/RS, j. 03/12/2008, Rel. Min. Ilmar Galvão, p. 60 do arquivo inteiro teor.

260 STF, RE nº 349.703-1/RS, j. 03/12/2008, Rel. Min. Ilmar Galvão, p. 90 do arquivo inteiro teor.

A seu turno, numa guinada espetacular, o ministro Celso de Mello reviu radicalmente sua posição acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Como fundamento para uma tal mudança, principiou um longo voto alçando o Poder Judiciário pátrio – nomeadamente o Supremo Tribunal Federal, “que detém, em matéria constitucional, o monopólio da última palavra”²⁶¹ – à condição de instrumento concretizador dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República e em tratados internacionais subscritos pelo Brasil. Segundo Celso de Mello, o eixo de atuação do direito internacional público teria se concentrado na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade teria sido reconhecida, em sucessivos tratados internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousaria o edifício institucional dos Estados nacionais contemporâneos²⁶². “Tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos”, assegurou o ministro, elas guardariam “primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais”²⁶³.

As razões invocadas neste Caso Depositário Infiel 2 teriam lhe convencido da necessidade de se distinguir, para efeito de caracterização de sua específica posição hierárquica frente ao ordenamento jurídico brasileiro, entre tratados internacionais de direitos humanos e tratados internacionais sobre matérias outras que não os direitos fundamentais – que permaneceriam, de qualquer forma, compreendidos numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias. Não se convencendo do esvaziamento alegado por Gilmar Mendes, tampouco anuiu com a tese da supralegalidade, que, qualificando os tratados internacionais sobre direitos humanos como impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, acabaria por subordiná-los à autoridade da Constituição. Isso seria pouco para com a fundamentalidade desses atos internacionais, sustentou Celso de Mello, que, acolhendo a orientação que lhes atribui natureza constitucional, aduziu a existência de três distintas situações a eles concernentes²⁶⁴ – os tratados internacionais de direitos humanos incorporados à ordem interna: (a) em momento anterior ao da promulgação da Constituição da República de 1988, que se revestiriam “de

261 STF, RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso, p. 147 do arquivo inteiro teor.

262 STF, RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso, p. 116 do arquivo inteiro teor.

263 STF, RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso, p. 124 do arquivo inteiro teor.

264 STF, RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso, p. 125 do arquivo inteiro teor.

índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição”; (b) em data posterior à da promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que, “para se impregnarem de natureza constitucional”, deveriam “observar o *iter* procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição”; e (c) entre a promulgação da Constituição da República de 1988 e a superveniência da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que assumiriam o “caráter materialmente constitucional, porque essa qualificação hierárquica jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade”, compreendido pelo ministro como “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”²⁶⁵.

Desse modo, a hipótese de eventual antinomia entre tratados internacionais em geral e a Constituição da República haveria de se solucionar com a atribuição de irrestrita precedência hierárquica à ordem normativa consubstanciada no texto constitucional, ressalvando-se, por outro lado, “as hipóteses excepcionais previstas nos §§ 2º e 3º do art. 5º da própria Lei Fundamental, que conferem hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos”²⁶⁶. Nesse particular, não haveria como fugir da ideia de prevalência da norma mais favorável, tangenciada pelo ministro Celso de Mello:

Tenho por irrecusável [...] a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) importem em supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, eis que os direitos e garantias individuais qualificam-se, como sabemos, como limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional²⁶⁷.

Inicialmente, o ministro Cezar Peluso, relator do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/RS, retomou uma manifestação de Sepúlveda Pertence no caso Depositário

265 STF, RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso, p. 133 do arquivo inteiro teor.

266 STF, RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso, p. 155 do arquivo inteiro teor.

267 STF, RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso, p. 150 do arquivo inteiro teor. Na mesma oportunidade, quando da análise do HC nº 87.585-8/TO, rearticulou sua posição da seguinte forma: “Proponho que se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle da ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico” (STF, HC nº 87.585-8/TO, j. 03/12/2008, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 105 do arquivo inteiro teor).

Infiel 1²⁶⁸ para afastar a necessidade de discutir a hierarquia dos tratados internacionais, em geral, e dos tratados internacionais de direitos humanos, em especial. “Por dar pela ilegitimidade da prisão civil neste caso”, sentenciou, “não preciso ir ao Pacto de São José da Costa Rica, como assentado-se em muitos dos argumentos aqui deduzidos, não precisou o Min. Sepúlveda Pertence, para, em voto sucinto mas irresponsável, sustentar igual coisa”²⁶⁹. Após o voto do ministro Celso de Mello, todavia, alterou sua posição para acompanhá-lo, aderindo à tese que “sustenta que a temática dos direitos humanos, por dizer respeito aos direitos fundamentais, que têm primazia na Constituição, é sempre *ipso facto* materialmente constitucional”²⁷⁰. Seguiram-lhes o entendimento os ministros Eros Grau e Ellen Gracie, já no *Habeas Corpus* nº 87.585-8/TO. Segundo argumentaram, como a “exata aplicação do § 2º do artigo 5º garante que esses tratados, no caso específico o Pacto de San José da Costa Rica, tenham efetivamente reconhecida a sua dignidade constitucional”²⁷¹, eles haveriam de integrar o bloco de constitucionalidade brasileiro, sendo cabível, conseqüentemente, “tomá-los como parâmetro para o controle de constitucionalidade”²⁷².

Carmen Lúcia, pelo contrário, consentiu com o ministro Gilmar Mendes, reconhecendo que a aplicação do art. 4º do Decreto-lei nº 911/69 “não fora recepcionada após o Brasil ter acolhido o Pacto de São José da Costa Rica”²⁷³. Nesse ponto, fora seguida pelos ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Menezes Direito. Apoiando a “guinada histórica” que o Plenário do Supremo Tribunal Federal então acusava, Lewandowski aduziu a necessidade de se estabelecer uma interpretação mais proativa, apta a fazer com que os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição possam efetivamente se concretizar²⁷⁴. Já Marco Aurélio, a

268 Cf., *supra*, p. 57, nota 194.

269 STF, RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso, p. 26 do arquivo inteiro teor.

270 STF, RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso, p. 201 do arquivo inteiro teor. Que prossegue: “E é possível extrair da conjugação dos §§ 2º e 3º do art. 5º que o que temos aí é, pura e simplesmente, uma distinção entre os tratados sem *status* de emenda constitucional, que são materialmente constitucionais, e os do § 3º, que são material e formalmente constitucionais”.

271 STF, HC nº 87.585-8/TO, j. 03/12/2008, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 119 do arquivo inteiro teor.

272 STF, HC nº 87.585-8/TO, j. 03/12/2008, Rel. Min. Marco Aurélio, p. 99 do arquivo inteiro teor.

273 STF, RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso, p. 90 do arquivo inteiro teor.

274 STF, RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso, p. 92 do arquivo inteiro teor. Realçando a mudança de paradigma descrita no item 1.4, *supra*, p. 25-34, prosseguiu: “Depois da Declaração Universal de 1948, dos Pactos de Proteção dos Direitos Civis e Políticos, e depois dos Pactos de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, das várias convenções e tratados de proteção dos direitos humanos, estabeleceram-se novos paradigmas no mundo todo, um novo *ethos* no que diz respeito aos direitos fundamentais. Isso, necessariamente, tem que influir na interpretação dos direitos fundamentais

despeito de reconhecer que a legislação regulamentadora do texto constitucional quanto ao depositário infiel havia sido suplantada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, reavivou a impossibilidade de tê-la no mesmo patamar dos dispositivos constitucionais, porque haveria “uma exigência maior, indispensável para que se alcance essa envergadura, que se observa o mesmo procedimento alusivo às emendas constitucionais”²⁷⁵. Barbosa, por sua vez, após patentear a situação de conflituosidade entre o Pacto de São José e o direito interno brasileiro, ponderou que “a prevalência, sem sombra de dúvidas, [haveria] de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo”²⁷⁶. Os ministros Carlos Britto e Menezes Direito, por fim, cada um a seu modo, realçaram a natureza especial dos tratados internacionais de direitos humanos, que, ressalvada a possibilidade de o legislador constituinte “socorrer-se do § 3º do art. 5º para elevar a hierarquia desses atos internacionais ao plano constitucional”²⁷⁷, passariam a integrar o “direito brasileiro como norma supra-legal: abaixo da Constituição, é certo, mas acima das leis comuns”²⁷⁸.

Assim, dos quatorze ministros que votaram no Caso Depositário Infiel 2, dois deles – Moreira Alves e Sydney Sanches – manifestaram-se favoravelmente à estabilização da jurisprudência não diferenciadora do Supremo Tribunal Federal, equiparando tratados internacionais, em geral, e tratados internacionais de direitos humanos, e compreendendo-os a todos como hierarquicamente equivalentes à legislação ordinária brasileira. Outros doze colocaram-se em favor dessa diferenciação, divergindo, todavia, quanto à posição hierárquica que haveriam de reconhecer aos tratados internacionais de direitos humanos. Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie aderiram à tese que lhes reconhece natureza constitucional, compreendendo-os como partes integrantes do bloco de constitucionalidade a partir do qual se estrutura o sistema de justiça constitucional brasileiro. A maioria deles, contudo, integrada pelos ministros Ilmar Galvão, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Menezes Direito, aderiu à tese do duplo estatuto dos tratados internacionais de direitos humanos, que lhes assegura natureza infraconstitucional, mas supralegal, reconhecendo-lhes autoridade bastante para tornar inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão,

no plano interno de cada um dos Estados”.

275 STF, RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso, p. 103 do arquivo inteiro teor.

276 STF, RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso, p. 95-6 do arquivo inteiro teor.

277 STF, RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso, p. 198 do arquivo inteiro teor.

278 STF, RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso, p. 100-1 do arquivo inteiro teor.

mas não o suficiente para contrariar a Constituição da República, ressalvando-se, de qualquer modo, a possibilidade de incorporação como se emenda constitucional fosse, hipótese em que assumiriam a natureza constitucional.

Em absolutamente nenhum momento, contudo, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre a autoridade da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja competência para apreciar todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos fora reconhecida pelo Estado brasileiro, de pleno direito e por prazo indeterminado, sob reserva de reciprocidade, mediante a promulgação do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. É de se concluir, todavia, que, seguindo com a lógica por trás da consagração desse duplo estatuto, as manifestações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tanto quanto o instrumento internacional que lhe subsidia o desenvolvimento, haveriam de se submeter ao regime jurídico-político de proteção de direitos fundamentais traçado pela Constituição da República de 1988 – o que equivale a dizer, ao fim e ao cabo, que a interpretação que o Supremo Tribunal Federal fizer desse regime jurídico-político, seu significado, seu alcance, seus limites e suas consequências, haveria de prevalecer, como corolário da sua alegada condição de detentor da última palavra em questões constitucionais, sobre a interpretação que qualquer outro agente da cadeia de proteção de direitos fundamentais em que se insere o Brasil pudesse fazer.

2.2. Quão suprema é a suprema lei do Estado? O sistema de justiça constitucional brasileiro segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos fora aprovada em 22 de novembro de 1969. Em observância ao disposto no seu art. 74.2, entrou em vigor no dia 18 de junho de 1978²⁷⁹. Atualmente, encontra-se ratificada por vinte e três Estados integrantes da Organização dos Estados Americanos²⁸⁰. Após aprová-la mediante o Decreto Legislativo nº 27, de 6 de maio de 1992, o Estado brasileiro depositou sua respectiva carta de adesão no dia 25 de setembro de 1992, concluindo a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica com a promulgação do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992²⁸¹.

A Convenção delineou dois órgãos com competência para conhecer dos assuntos afetos ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados signatários: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos²⁸² e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Criada em 1959, a Comissão exerce um duplo papel. De um lado, funciona como órgão de proteção dos direitos humanos no continente americano, atuando, nesta hipótese, sobre todos os trinta e cinco Estados independentes das Américas que ratificaram a Carta da Organização dos Estados Americanos²⁸³. Por outro lado, funciona como órgão

279 CADH, art. 74.2: “A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou de adesão na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou de adesão”.

280 São eles: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai.

281 No Brasil, a incorporação de um tratado internacional, seja ele relativo a direitos humanos ou não, passa por quatro fases: (a) assinatura pelo Presidente da República (CRFB, art. 84, VIII); (b) aprovação congressional (CRFB, art. 49, I); (c) ratificação pelo Presidente da República; e (d) promulgação interna. Fundada exclusivamente num costume constitucional, essa última fase encontra certa resistência por parte da doutrina. Assim, Carvalho Ramos: “Temos, após a ratificação, o fim do ciclo de formação de um tratado pelo Brasil. Porém, a norma válida internacionalmente não será válida internamente até que seja editado um Decreto de Promulgação (também chamado de Decreto Executivo ou Decreto Presidencial) pelo Presidente da República e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores [...]. Nossa posição é pela desnecessidade do Decreto de Promulgação, para todo e qualquer tratado. A publicidade da ratificação e entrada em vigor internacional deve ser apenas atestada (efeito meramente declaratório) nos registros públicos dos atos do Ministério das Relações Exteriores (*Diário Oficial da União*). [...] Para que essa seja a nova praxe na observância dos tratados, não é necessária nenhuma alteração constitucional: como já mencionado, a Constituição é cumprida pela observância das fases de formação de um tratado; a incorporação pelo Decreto Executivo é reprodução de um costume analogicamente criado, sem apoio no texto constitucional” (2013, p. 258-9).

282 Cf., a propósito, *supra*, p. 36, nota 116.

283 São eles: Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, El Salvador, Estados Unidos da América, Grenada, Guatemala,

de fiscalização dos direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, atuando, nessa hipótese, apenas sobre os vinte e três Estados que a ela aderiram. Dentre suas principais atribuições, nesse particular, destaca-se a filtragem de casos que serão submetidos à apreciação e decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁸⁴, condicionando-se tal envio, contudo, ao reconhecimento, pelos Estados-Partes, da sua competência para a interpretação e aplicação da Convenção, segundo dispõe seu art. 62²⁸⁵.

Instalada em 3 de setembro de 1979, a Corte Interamericana de Direitos Humanos define-se estatutariamente como uma “instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”²⁸⁶. Exerce, da mesma forma que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, um duplo papel. De um lado, funciona como órgão consultivo acerca da interpretação dos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como de outros tratados internacionais concernentes à proteção dos direitos fundamentais nos Estados americanos²⁸⁷. Por outro lado, exerce função contenciosa sobre todos os vinte Estados que reconheceram sua jurisdição como obrigatória, dentre os quais, como já assinalado, o Brasil. Nesse particular, o papel tradicional da Corte Interamericana de

Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Santi Kitts e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

284 CADH, art. 44: “Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidades não governamentais legalmente reconhecidas em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte”.

285 CADH, art. 62: “1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial”. O Estados que reconheceram a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos como obrigatória são: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai.

286 Estatuto da Corte IDH, art. 1º.

287 CADH, art. 64: “1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. [...] 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais”.

Direitos Humanos consiste em determinar, inapelável e definitivamente²⁸⁸, se um Estado signatário teria violado, por ação ou omissão, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e se, como consequência, haveria de se lhe reconhecer e atribuir responsabilidade internacional²⁸⁹, hipótese em que restaria previamente obrigado ao cumprimento da decisão condenatória²⁹⁰. No Caso Castillo Petruzzi y outros vs. Perú, a Corte Interamericana de Direitos Humanos bem delimitou a envergadura dessa função contenciosa:

La Corte advierte que tiene atribuciones para establecer la responsabilidad internacional de los Estados con motivo de la violación de derechos humanos, pero no para investigar y sancionar la conducta de los agentes del Estado que hubiesen participado en esas violaciones. Esta es la característica de un tribunal de derechos humanos, que no es un tribunal penal. Al resolver otros casos, la Corte hizo notar que no es un tribunal penal en el sentido de que en su seno pueda discutirse la responsabilidad penal de los individuos. [...] Por lo tanto, la Corte determinará las consecuencias jurídicas de los hechos que ha tenido por demostrados dentro del marco de su competencia, señalará si existe o no responsabilidad del Estado por violación de la Convención y no examinará las manifestaciones de las partes sobre la presunta responsabilidad penal de las supuestas víctimas, materia que corresponde a la jurisdicción nacional²⁹¹.

Há alguns anos, contudo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem tratado de exponenciar o alcance de sua atuação, graças, sobretudo, à consolidação jurisprudencial da doutrina do controle de convencionalidade. Em seus traços mínimos, a exigência de compatibilização da atuação jurídico-política dos Estados com um parâmetro normativo que se lhe pretende superior – em si mesma análogo à exigência que impulsiona

288 CADH, art. 67: “A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpreta-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença”.

289 CADH, art. 63: “1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. 2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão”.

290 CADH, art. 68: “1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado”.

291 Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de mayo de 199, Série C, n° 52, § 90.

o controle de constitucionalidade no âmbito interno – não parece ser algo novo no sistema de justiça convencional interamericano²⁹². Tanto quanto o controle de constitucionalidade em suas origens²⁹³, todavia, é de se observar a inexistência de disposição expressa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos que forneça substrato normativo para o exercício desse controle de convencionalidade. Ademais dessa dificuldade inicial, como bem percebido por Dulitsky, a maneira pela qual essa exigência de adequação convencional tem sido argumentativamente desenvolvida e apregoada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos tem forçado a complementação do princípio da subsidiariedade (*local remedies rule*) – que fundamentou a sua própria criação e funcionamento inicial – por uma pretensão de integração que, demandando dos Estados signatários a aplicação da Convenção Americana tal qual interpretada *pela* Corte Interamericana sobre a legislação interna – sobre, inclusive, as constituições nacionais –, acaba por posicioná-las – a Convenção e a Corte – no topo dos seus respectivos ordenamentos jurídicos internos.

[...] the theory of conventionality control partly modifies the theoretical paradigm on which the inter-American system of human rights rests. Traditionally, the inter-American human rights system was conceived of as being subsidiary and complementary to the national legal order. The conventionality control, however, does not act in a complementary or subsidiary manner, but places the American Convention and its inter-American judicial interpret, the Court, at the top of the legal order. The Convention is no longer a subsidiary treaty but an integral, fundamental, and hierarchically superior norm of the national domestic legal system. In this way, the Court is developing a new principle, [...] the integration principle²⁹⁴.

292 A expressão “controle de convencionalidade” é atribuída ao juiz Sérgio García Ramírez, que a teria cunhado pela primeira vez no voto concorrente que apresentou no Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, julgado em 25/11/2003. É verdade que alguns autores fazem pouca monta dessa evolução jurisprudencial. Segundo Hitters, por exemplo, “claro está que cuando se utiliza la terminología ‘control de convencionalidad’ no se quiere decir que recién a partir del citado asunto la Corte IDH haya ejercido tal potestad, porque desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde ese momento se utiliza tal fraseología” (2009, p. 110-1). Como será visto na sequência deste parágrafo, todavia, há algo de novo na maneira pelo qual a doutrina do controle de convencionalidade tem sido desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e que parece escapar da compreensão desses autores.

293 A Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, “não previu explicitamente a capacidade de o judiciário rever as decisões políticas dos demais poderes. Significativamente controversa, a adoção do instituto da revisão judicial permaneceria em aberto por aproximadamente mais quinze anos, quando da decisão proferida por Marshall no caso *Marbury vs. Madison*” (Poli, 2012b, p. 14).

294 Dulitsky, 2015, p. 47.

O princípio da subsidiariedade é uma das ferramentas conceituais desenvolvidas para mediar o reconhecimento e atribuição de autoridade dentro de uma ordem jurídico-política, nomeadamente naquelas que a dispersam entre vários atores nacionais e internacionais. Não obstante as inúmeras versões a partir das quais o princípio se desenvolveu na história do pensamento político ocidental²⁹⁵, uma delas pode ser resumida – de maneira simplificada, mas suficientemente precisa para os propósitos da tese – da seguinte forma: “subsidiarity is the principle that each social and political group should help [...] more local ones accomplish their respective ends without, however, arrogating those tasks to itself”²⁹⁶. Tal versão do princípio da subsidiariedade é reconhecidamente essencial tanto para a concretização da função protetiva do moderno direito internacional dos direitos humanos quanto para a própria identidade institucional dos órgãos internacionais delineados para o controle da proteção desses direitos. Daí argumentar Melish:

Triggered once a sovereign state undertakes supervised international human rights commitments, [*the principle of subsidiarity*] operates as an essential flexibility device in governing the appropriate relationship between international, national, and subnational supervision in the shared project of protecting the human rights of all individuals within a state’s jurisdiction. As such, the principle of subsidiarity has both a negative and a positive dimension. Designed to ensure the maximum flourishing of the human individual in his or her context, these dual dimensions are reflected in the complementary duties of *noninterference* and *assistance* (or *subsidium*), each owed by all social actors and institutions to each other, at the local, national and international level²⁹⁷.

Não por outra razão, o sistema de justiça convencional interamericano fora originalmente concebido como uma alternativa de proteção complementar ao sistema de justiça constitucional de cada Estado signatário. Assim, já no Preâmbulo da Convenção

295 “There are several versions of subsidiarity, with very different implications for the allocation of authority. They differ as to the objectives of the members units and the central authorities, the domain and roles of member unites such as states, how they allocate the authority to apply the principle of subsidiarity itself, and how they conceive of the relationship between different levels of political authority. To mention some central variations: a) does the conception of subsidiarity stress the immunity of members units, or instead insist on the obligations of larger unites to assist as they – or the members units – see fit? b) what are the fundamental units of normative concerns? States – or individuals? c) who should have the authority to specify the objectives and interests to be protected and promoted – and to determine whether more centralized actions is required? The upshot is that the choice of *conception* of subsidiarity has drastic implications for the preferred institutional configuration, including the appropriate authority of international institutions vis-à-vis domestic authorities” (Follesdal, 2013, p. 41).

296 Carozza, 2003, p. 38.

297 Melish, 2009, p. 51-2.

Americana sobre Direitos Humanos reconheceu-se que “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humano”, motivo pelo qual justificariam eles “uma proteção internacional, de natureza convencional, *coadjuvante* ou *complementar* da que oferece o direito interno dos Estados americanos”²⁹⁸. Por meio dessa consideração, asseverou Ledesma,

[...] los Estados americanos han querido dejar suficientemente claro que el sistema instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. En consecuencia, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos tiene carácter subsidiario, en el sentido de que entra a operar sólo después de haber hecho uso de los recursos jurisdiccionales locales, sin haber obtenido un remedio para la violación que se alega. Es decir, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos es subsidiario, en el sentido de que debe permitir, en primer lugar, que el propio Estado pueda adoptar las medidas correctivas que sea necesario²⁹⁹.

Outra expressão do princípio da subsidiariedade pode ser encontrada no art. 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, funcionalizando-o procedimentalmente, impõe a obrigatoriedade do esgotamento dos recursos da jurisdição interna como critério para a filtragem de casos serão submetidos, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos³⁰⁰, à apreciação e decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁰¹. Por meio dele, por sua vez, pode-se derivar a ideia segundo a qual os Estados detêm a responsabilidade primária para proteger os direitos fundamentais dos indivíduos através de suas próprias legislações e atuações internas, e que, apenas em caso de falha para com essa obrigação, haveriam de interferir os órgãos convencionais interamericanos com competência atribuída pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos para conhecer dos assuntos afetos ao cumprimento dos compromissos assumidos

298 CADH, Preâmbulo, sem grifo no original.

299 Ledesma, 2007, p. 43.

300 Cf., *supra*, p. 77-8.

301 CADH, art. 46: “1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 e 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. *que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos*; [...]. 2. As disposições das alíneas *a* e *b* do inciso I deste artigo não se aplicarão quando: a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se aleguem tenham sido violados; b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos”.

pelos Estados signatários³⁰². Assim o fez a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, no longínquo Caso Velásquez-Rodríguez vs. Honduras, julgado em 1988, oportunidade em que reconheceu que “la regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional”, o que seria especialmente válido “en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta ‘coadyuvante o complementaria’ de la interna”³⁰³.

Desde essa perspectiva, e conforme estatuído pela própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o princípio da subsidiariedade implica aceitar que à *ordem jurídica doméstica dos Estados signatários* compete fazer respeitar e garantir os direitos fundamentais nela previstos³⁰⁴. A Convenção reforça, nesse sentido, o compromisso dos Estados Partes em adotar, *segundo suas normas constitucionais internas*, medidas legislativas ou de qualquer outra natureza necessárias à efetivação dos direitos assegurados por ela³⁰⁵, e, adicionalmente, estabelece-lhes a obrigação de proporcionar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos “informações que esta lhes solicitar sobre a *maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva* de quaisquer disposições desta Convenção”³⁰⁶. Ela não chega a requerer expressamente sua integração ao sistema de justiça constitucional dos Estados nacionais. Tampouco manifesta qualquer pretensão no sentido de substituir-se a esse sistema. Ao contrário, ela construiu-se textualmente apenas como uma espécie de quadro normativo subsidiário e complementar, a

302 Dulitsky, 2015, p. 53.

303 Corte IDH, Caso Velásquez-Rodríguez vs. Honduras, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Série C, nº 4, § 61. Reafirmando essa ideia, cf., igualmente, Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Série C, nº 147, em cujo § 66 se lê: “[...] la Corte recuerda que el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto de violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y reparar antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos”.

304 CADH, art. 1.1: “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

305 CADH, art. 2: “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos”.

306 CADH, art. 43.

partir do qual seria possível identificar um mínimo de proteção de direitos fundamentais que deve ser reconhecido e garantido pelos Estados signatários, conforme as disposições fundamentais de seu sistema de justiça constitucional³⁰⁷. Para o desenvolvimento e concretização da doutrina do controle de convencionalidade como parte de um projeto mais abrangente que objetiva a ascensão de si mesma à condição de “Corte Constitucional” para as Américas, contudo, é precisamente contra a subsidiariedade e complementariedade desse quadro normativo que, desde uma série de votos concorrentes proferidos pelo juiz Sergio García Ramírez, a Corte Interamericana de Derechos Humanos tem trabalhado. Neste item 2.2 reconstruo essa transição paradigmática, analisando-a em contraste com a pretensão de superioridade do sistema constitucional brasileiro manifestada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme já indicado no item 2.1.

2.2.1. Da subsidiariedade (...)

2.2.1.1. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala.

Myrna Mack Chang nasceu no Departamento de Retalhuleu, Guatemala, em 24 de outubro de 1949. Graduado em Ciências Sociais pela Universidad de San Carlos de Guatemala, obteve diploma de Estudios Avanzados em Ciências Econômicas e Sociais na Victoria University of Manchester e uma Maestría em antropologia na University of Durham, ambas na Inglaterra. Dedicou-se ao estudo das causas e consequências das migrações forçadas de comunidades indígenas rurais da Guatemala, das condições de vida das vítimas desse fenômeno e das políticas governamentais a elas destinadas³⁰⁸. Concluiu, com base em seus estudos, que algumas das principais causas para as migrações forçadas dessas comunidades foram os mínimos esforços do Governo para estancá-las, bem como os programas de contrainsurgências executados pelo Ejército da Guatemala, definidos pelo Resumen del Manual de Guerra Contrasubversiva como aqueles que tratavam de impedir a “transformación del sistema social, político y económico existente, propugnada por el comunismo internacional, que [*pretendía*] reemplazarlo por otro de corte marxista-leninista”³⁰⁹.

307 Dulitsky, 2015, p. 53.

308 Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, nº 101, § 134.

309 Molina; Herrera, 2009, p. 107.

Esfaqueada vinte e sete vezes por um esquadrão de morte, Myrna Mack Chang fora assassinada em frente ao seu escritório. Segundo propugnado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e acatado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Estado guatemalteco

[...] es responsable de la privación arbitraria del derecho a la vida de Myrna Mack Chang, toda vez que el asesinato de la víctima, perpetrado el día 11 de septiembre de 1990, fue consecuencia de una operación de inteligencia militar, que obedeció a un plan previo y cuidadosamente elaborado por el alto mando del Estado Mayor Presidencial. Dicho plan consistió, en primer lugar, en seleccionar a la víctima de manera precisa debido a su actividad profesional; en segundo lugar, en asesinar brutalmente a Myrna Mack Chang; y en tercer lugar, en encubrir a los autores materiales e intelectuales del asesinato, entorpecer la investigación judicial y dejar en la medida de lo posible el asesinato inmerso en la impunidad. [...] Esta situación se ha visto agravada por la existencia y tolerancia por parte del Estado guatemalteco de mecanismos de hecho y de derecho que obstaculizan una adecuada administración de justicia³¹⁰.

Para os propósitos da tese, importa assinalar que, pela primeira vez no sistema de justiça convencional interamericano, num voto concorrente apresentado neste caso pelo juiz Sergio García Ramírez, fez-se referência à doutrina do controle de convencionalidade. García Ramírez principiou seu voto especulando que o desenvolvimento das democracias americanas, tanto quanto o desenvolvimento da cultura emergente em matéria de direitos fundamentais, haveriam de abolir o emprego da violência que suprime vidas, ataca a liberdade e afeta a integridade dos indivíduos, quando, então, a Corte Interamericana de Direitos Humanos “estará en posición de abordar casi exclusivamente otros temas, característicos de una etapa diferente, como lo hace hoy día, en la gran mayoría de los casos, la Corte Europea de Derechos Humanos”³¹¹. Até lá, contudo, tendo em vista o propósito mesmo da atribuição de responsabilidade internacional a um Estado signatário que tenha infringido as obrigações assinaladas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, caberia à Corte, segundo seu juízo, posicionar-se contra a discrepância que, em certas ocasiões, existe entre determinadas declarações formuladas por representantes qualificados para emití-las internacionalmente em nome do Estado e as declarações que porventura haveriam de fazer outros órgãos aos quais o sistema de justiça constitucional de

310 Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, nº 101, § 4.

311 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, § 3.

cada país atribui competência e autoridade para resolver questões contenciosas³¹².

Pela ótica nacional, tal discrepância entre manifestações até poderia ser adequadamente processada pelo princípio da separação de poderes, que assinala a cada órgão estatal determinadas faculdades específicas que outros não poderiam assumir. Contudo, asseverou García Ramírez, a questão demandaria algumas especificações desde a perspectiva do direito internacional, sobretudo quando enfocadas as atribuições resolutivas de um tribunal internacional de direitos humanos, que “son inatacables – cuando así lo dispone la norma internacional soberanamente reconocida por el Estado parte en un tratado, como en efecto sucede a la luz de la Convención Americana –”, e “deben ser cumplidas por aquél, en mérito de sus compromisos convencionales”³¹³. Desde essa ótica, quando os órgãos representativos do Estado em suas relações internacionais atuam por si ou por meio de delegatários, formulando declarações, admitindo fatos, reivindicando pretensões ou apresentando defesas, fazem-no, conforme sustentado por García Ramírez, em representação do Estado como um todo unitário, obrigando-o, nessa mesma condição, no âmbito internacional. Como consequência, tais atos de vontade estatal não poderiam subsistir condicionados ao que eventualmente pudesse ser decidido, segundo sua legislação doméstica, por outros órgãos de instância nacional, o que aconteceria, por exemplo, “cuando la autoridad ejecutiva manifiesta que el Estado en cuya representación actúa reconoce hechos, que entrañan [...] consecuencias penales, o se allana a pretensiones aducidas en la demanda, que igualmente traen consigo efectos internos”, mas, concomitante ou posteriormente, “reconsideran el alcance de su expresión, aunque ésta sea enfática y terminante, y deja a salvo el pronunciamiento que pudiera emitir un órgano judicial interno”³¹⁴.

Para García Ramírez, isso teria acontecido neste caso em particular, pois, apesar de prévia e reiteradamente reconhecer que o ocorrido à Myrna Mack foi “un de los casos paradigmáticos resultado del legado que dejó a nuestro país el enfrentamiento de 36 años de guerra interna”, “el pasado, en una guerra en la cual no existió un sistema de derecho, ni un sistema de administración de justicia eficiente y eficaz”, “una de tantas

312 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, § 26.

313 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, § 26.

314 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, § 28.

violaciones a los derechos humanos que fatídicamente se vivieron en esa época”³¹⁵, o Estado guatemalteco rechaçou, posteriormente, os pontos indicativos da participação do Estado Mayor Presidencial no assassinato da antropóloga, conforme exposto no Informe Confidencial 39/01 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, porque, segundo alegou, “de haber existido tal reconocimiento se hubiera atentado contra la independencia de poderes” toda vez que “la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa que la función de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado corresponde con exclusividad al Organismo Judicial y a los Tribunales de Justicia”³¹⁶.

Colocar-se em favor dessas posturas estatais propiciaria o esfacelamento daquilo que, para García Ramírez, funcionaria como pressuposto de existência da própria função contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos – a competência para controlar a convencionalidade dos atos domésticos, decidindo se, em uma determinada hipótese, os Estados que ratificaram a Convenção americana sobre Direitos Humanos transgrediram, por ação ou omissão, os direitos e liberdades nela reconhecidos. Isso não poderia acontecer, sustentou. Se o Estado pudesse subordinar a existência de determinados fatos a atos domésticos posteriores, todos os reconhecimentos de pretensões efetuados pela autoridade competente para conduzir suas relações internacionais teriam caráter precário, “se hallarían expuestas a convalidación o rectificación por parte de otra autoridad interna, a través de un acto de Derecho nacional que podría contradecirlas, modificarlas o revocarlas”, o que acabaria por semear uma absoluta incerteza no cumprimento “de los compromisos internacionales, contraídos a la hora en que el Estado se constituye formalmente en parte de un convenio internacional y acepta las consecuencias jurídicas que de ello derivan”³¹⁷.

Daí por que, sem desconhecer que a imputação de responsabilidades individuais concerne mais propriamente à jurisdição penal interna de cada Estado signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – “la Corte Interamericana no es un tribunal penal, ni está llamada a pronunciarse sobre responsabilidades penales individuales a cargo de personas que en el desempeño de sus cargos públicos violaron

315 Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, nº 101, § 68.

316 Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, nº 101, § 71.

317 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, § 31.

derechos humanos” –, tampouco supondo que “un poder del Estado puede predeterminar la conducta de los otros en un régimen democrático de separación de poderes y distribución de funciones”, García Ramírez alertou para a necessidade de combater essa precariedade, estabelecendo-se que o reconhecimento de fatos por parte do Estado “implica que éste admite la verdad de esos hechos y adquiere el deber de extraer de ahí las consecuencias correspondientes, tanto penales como de cualquier otro orden”³¹⁸, sob pena de se cancelar uma consequência prática que obscureceria o desempenho das jurisdições internacionais, que restariam comprometidas por determinados atos estatais internos, previsíveis ou imprevisíveis desde as óticas nacional ou internacional³¹⁹. Contra esse obscurecimento, concluiu:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio – sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto – y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional³²⁰.

2.2.1.2. Caso Tibi vs. Ecuador.

Comerciante francês de pedras preciosas, Daniel Tibi fora detido sem ordem judicial por agentes da Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL) enquanto conduzia seu carro por uma das ruas de Quito, Equador, no dia 27 de setembro de 1995. Conduzido de avião para a cidade de Guayaquil, distante cerca de seiscentos quilômetros da capital equatoriana, fora recolhido a uma cela prisional onde permaneceu ilegalmente privado de sua liberdade por quase vinte e oito meses. Ademais disso, fora torturado por agentes do Estado em várias ocasiões, com o intuito de obrigá-lo a confessar uma alegada participação num caso de narcotraficância. Quando de sua liberação em 21 de

318 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, § 29.

319 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, § 32.

320 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, § 27.

janeiro de 1998, não se lhe restituíram bens de sua propriedade anteriormente apreendidos pelo Estado, valorados em cerca de um milhão de francos franceses³²¹.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu que o Equador violou várias liberdades asseguradas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, dentre as quais destacam-se os direitos à liberdade pessoal, à integridade pessoal, à proteção judicial, à proteção da família e à propriedade privada. Imputando-lhe responsabilidade internacional por esse fatos, condenou o Estado, entre outras medidas, a: investigar os fatos que geraram tais violações e identificar, julgar e sancionar os responsáveis; publicar partes pertinentes da sentença da Corte em jornal de grande circulação, tanto no Equador quanto em França, especificamente na região em que residia Daniel Tibi; emitir uma declaração de reconhecimento de responsabilidade internacional pelos fatos praticados; criar programas de capacitação e qualificação para o corpo de funcionários vinculados aos órgãos de administração de justiça; e pagar a quantia fixada na sentença como forma de reparação dos danos materiais e morais provocados causados ao senhor Daniel Tibi e à sua família³²².

Delimitado mais uma vez conforme os propósitos assinalados para a tese, o Caso Tibi vs. Ecuador deve ser destacado em razão de outro voto concorrente proferido pelo juiz Sergio García Ramírez. Já de início, García Ramírez indica como objetos de reflexão necessária o sentido que têm e a transcendência que deveriam possuir, segundo seu ponto de vista, as sentenças contenciosas e as opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos³²³. Ressalta, nesse sentido, que a Corte Interamericana não é, nem pretende ser, algum tipo de nova e última instância para o conhecimento que se principia e se desenvolve perante os órgãos dos sistemas de justiça constitucional nacionais. Pelo contrário, seus desígnios seriam outros: confrontar os atos “generados en el marco nacional con las estipulaciones de los tratados internacionales que confieren a la Corte competencia en asuntos contenciosos”, para estabelecer, a partir daí, “orientaciones que posean amplio valor indicativo para los Estados partes en la Convención”, ademais da “eficacia preceptiva – carácter vinculante de la sentencia, como norma jurídica individualizada – que tienen para el Estado que figura como parte formal y material en un

321 Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, nº 114, § 3.

322 Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, nº 114, §§ 254-264.

323 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, § 1.

proceso”³²⁴. Sobre o papel da doutrina do controle de convencionalidade nesse projeto, especifica uma equiparação que deixara implícita no Caso Myrna Mack Chang.

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados – disposiciones de alcance general – a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, e tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público – y, eventualmente, de otros agentes sociales – al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía³²⁵.

Apesar dessa equiparação, García Ramírez não chega a contradizer o paradigma da subsidiariedade. Tanto quanto um tribunal constitucional, argumenta ele, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não poderia aspirar trazer a si todos os casos em que se questione ou se possa questionar a convencionalidade de certos atos ou normas dos Estados signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Não lhe caberia solucionar uma grande quantidade de litígios nos quais se reproduzem violações de direitos fundamentais previamente submetidas à sua jurisdição e acerca dos quais, em seus temas fundamentais, já teria apresentado – enquanto intérprete natural das normas das internacionais que lhe compete precisar o sentido – sentenças que expressam seus entendimentos³²⁶. Levando em consideração o caráter subsidiário da jurisdição da Corte Interamericana, segundo entabulado pela própria Convenção, seria impossível, e mais que

324 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, § 2.

325 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, § 3. No Caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, nº 141, em outro voto concorrente, Sergio Ramírez reafirmaria a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para realizar esse tipo de controle de convencionalidade. Segundo ele, ao “analizar la complejidad del asunto [em *juigamento*], la Corte, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención – es decir, el órgano que practica el ‘control de convencionalidad’ – debe explorar las circunstancias *de jure y de facto* de caso” (Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso López Álvarez vs. Honduras, e 1 de febrero de 2006, § 30).

326 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, § 4.

isso, indesejável, que ela recebesse um grande número de casos sobre fatos idênticos ou muito parecidos entre si para reiterar, seguidamente, os critérios de decisão sustentados em litígios precedentes. Seria o caso de insistir, nesse sentido, que os próprios Estados, garantes do sistema de justiça convencional interamericano, são peças fundamentais para o seu adequado funcionamento, para o qual concorrem através de uma vontade jurídico-política “que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentados en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos”³²⁷. Consequentemente, concluiu García Ramírez,

[...] en la lógica del sistema – y en las aspiraciones institucionales de la Corte Interamericana, como elemento de éste – reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno – que son el puente entre el sistema internacional y el nacional –, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional. Es esto – un poder de influencia, reconstrucción, orientación, información – lo que explica y justifica, a la postre, una jurisdicción internacional que no tiene la posibilidad ni la capacidad para abocarse al conocimiento de millares de juicios en los que se ventilen idénticos litigios y se reproduzcan razonamientos y pronunciamientos establecidos y reiterados con antelación³²⁸.

2.2.1.2. Caso Vargas Areco vs. Paraguay.

Em 29 de janeiro de 1989, com quinze anos de idade, Gerardo Vargas Areco fora recrutado pelas forças armadas do Paraguai. Por volta do dia 10 de novembro de 1989, recebeu uma licença para visitar sua família. Ao seu término, decidiu desertar. Como consequência, um oficial do exército paraguaio apresentou-se em sua casa para fazê-lo retornar ao destacamento de Villarrica, onde seria sancionado por não ter regressado no prazo assinalado³²⁹. Em dezembro de 1989 recebeu outra licença para visitar sua família. Da mesma maneira, ao seu término, decidiu não regressar ao destacamento, pelo que, mais uma vez, fora retirado de sua casa por um suboficial do exército paraguaio e levado para a

327 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, § 5.

328 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, § 6.

329 Corte IDH, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, nº 155, § 71.4.

base militar de Villarica³³⁰.

No dia 30 de dezembro de 1989, já aprisionado como sanção pelo não regresso, Vargas Areco teve uma hemorragia nasal. No trajeto de volta da enfermaria, onde conseguiram estancá-la, ele disparou a correr, ao que tudo indica para fugir do destacamento e da sanção militar a que se submeteria pela dupla falta³³¹. Ao afastar-se correndo, um suboficial que lhe acompanhava em escolta atirou-lhe pelas costas, ocasionando-lhe a morte. Seu cadáver fora encontrado às 6:00 da manhã do dia 31 de dezembro de 1989, a cerca de cem metros da enfermaria do destacamento. A causa da morte fora descrita por um médico forense como “hemorragia aguda por herida de arma de fuego [...] con orificio de entrada en la región dorsal y orificio de salida en la región anterior del mismo tórax”, sendo que o “examen del resto del cuerpo de pie a cabeza no presentaba otras lesiones”³³².

No mesmo dia 31 de dezembro de 1989, o cadáver de Vargas Areco fora transportado num avião da Força Aérea paraguaia para sua cidade natal, Bella Vista, e entregue a sua mãe por um suboficial do exército, “en un ataúd sellado y con órdenes expresas de no abrirlo”³³³. Inconformada, obteve autorização judicial para a realização de outra perícia sobre as causas da morte de seu filho. Além da confirmação da “herida por arma de fuego”, constatou-se a existência de inúmeras outras lesões indicativas de tortura, descritas como segue:

[...] lesiones en la región olecráneo derecho interesando el brazo y el antebrazo, en algunas partes con pérdida de la epidermis, sugestivos de quemaduras de segundo grado por liquido en ebullición. El globo ocular izquierdo estaba prácticamente fuera de órbita. Enfisema subcutáneo interesando el parietal izquierdo y la región retroauricular, con algunas lesiones bollosas destacando la epidermis, en algunas partes con pérdida de la piel, la piel estaba oscurecida como si hubiese sido quemada por objeto combustible en llamas, lesiones semejantes se notaban en las fases lateral del cuello y del hombro izquierdo, también como en la parte del tronco y dorso, en la región infraescauplar vertebral³³⁴.

Tomando todos esses fatos como provados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a responsabilidade internacional do Estado do Paraguai pela

330 Corte IDH, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, nº 155, § 71.4.

331 Corte IDH, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, nº 155, § 71.6.

332 Corte IDH, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, nº 155, § 71.7.

333 Corte IDH, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, nº 155, § 71.8.

334 Corte IDH, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, nº 155, § 71.9.

execução extrajudicial do adolescente Gerardo Vargas Areco, bem como pela falta de investigação do caso e de sanção adequada aos seus responsáveis, condenando-o a, dentre outras medidas resolutivas, desenhar e implementar programas de formação e cursos regulares sobre direitos humanos para todos os membros das Forças Armadas, adequar sua legislação interna em matéria de recrutamento militar de menores de dezoito anos, segundo os padrões internacionais na matéria, e realizar um ato público de desculpas e reconhecimento de sua responsabilidade³³⁵.

Também delimitado conforme os propósitos assinalados para a tese, o Caso Vargas Areco vs. Paraguay merece ser colocado em relevo em razão de mais um voto concorrente proferido pelo juiz Sergio Ramírez García. Nessa oportunidade, Ramírez García iniciou seu pronunciamento aduzindo que, em situações semelhantes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estimou pertinente formular algumas considerações sobre fatos graves que chamavam sua atenção – no caso em comento, a desproporcional pena imposta a López Insfrán, responsável pela morte de Vargas Areco³³⁶ –, e, ao fazê-lo, teria levado em conta a função que propriamente lhe compete enquanto órgão protetor de direitos humanos, cuja institucionalização teria se dado para, evitando a concretização de fatos violatórios desses direitos, “orientar la acción de los Estados a este respecto, aun cuando el estudio detallado de tales hechos quede sustraído a su competencia y no forme parte, por lo tanto, de la resolución que emite”³³⁷. Ao expor considerações desse tipo, a Corte não teria pretendido abordar e resolver uma questão que corresponderia, com

335 Corte IDH, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, n° 155, Puntos Resolutivos, §§ 9-18.

336 “[...] en el presente caso la justicia ordinaria impuso un año de prisión al cabo segundo López Insfrán por el delito de ‘homicidio culposo’ en agravio de Gerardo Vargas Areco, sanción que se enmarca dentro de la pena permitida en el derecho interno para el tipo penal por el que fue sentenciado. [...] En la sentencia condenatoria [...] el juzgador consideró que el señor López Insfrán actuó de acuerdo con el procedimiento militar establecido para prevenir la fuga de una persona arrestada, a saber: ordenar a la persona, en tres ocasiones, que se detenga, luego disparar al aire y en última instancia disparar a las piernas del prófugo con el propósito de herirlo y prevenir su fuga. Según el Juez de la causa, el señor López Insfrán no tenía la intención de matar a Gerardo Vargas Areco; sin embargo, debido a la oscuridad prevaleciente en el lugar de los hechos y a la falta de cuidado del cabo segundo, el disparo realizado de conformidad con el reglamento militar causó la muerte del niño Vargas Areco. En consecuencia, el homicidio cometido fue culposo, no doloso. Aun cuando la Corte Interamericana no puede, ni lo pretende, sustituir a la autoridad nacional en la individualización de las sanciones correspondientes a delitos previstos en el derecho interno, ni en la determinación de los procedimientos aplicables a determinadas situaciones en el ámbito militar, la propia Corte observa con preocupación la falta de proporcionalidad que se advierte: a) entre el método utilizado frente a la fuga de un recluta de las fuerzas armadas y la falta de disciplinaria en la que dicho recluta habría incurrido; y b) entre la respuesta del Estado a la conducta ilícita del agente y el bien jurídico supuestamente afectado – el derecho a la vida de un niño” (Corte IDH, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, n° 155, Puntos Resolutivos, §§ 107-8).

337 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio Ramírez a la sentencia del Caso Vargas Areco vs. Paraguay, del 26 de septiembre de 2006, § 3.

exclusividade, à ordem interna do Estado³³⁸. Pelo contrário, a Corte Interamericana de Direitos Humanos,

[...] que tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende – jamás lo ha hecho –, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos³³⁹.

Para aclarar as pretensões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo sua perspectiva, Ramírez García retoma a comparação das suas funções com as de um tribunal constitucional, anteriormente exposta por ele no Caso Tibi vs. Ecuador³⁴⁰. A um tribunal constitucional caberia analisar a conformidade de processos e de suas decisões correspondentes com a Constituição nacional, e não arrogar para si o próprio conhecimento desses processos e o proferimento das decisões. Da mesma forma ocorreria com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual, no exercício do controle de convencionalidade que lhe caberia fazer, “sólo puede confrontar hechos internos – leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo – con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y ésta”, para determinar, ao final, e sobre essa base, “si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza”³⁴¹. Não empreenderia ela, por consequência, uma nova etapa do juízo ordinário: “[este] comienza, se desarrolla y concluye en el ámbito de la jurisdicción interna”, e, por isso, “el juez internacional, al igual que el constitucional, no sustituye al juez de la causa en la apreciación de hechos y pruebas y la emisión de absoluciones o condenas”³⁴².

338 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Vargas Arencó vs. Paraguay, del 26 de septiembre de 2006, § 4.

339 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Vargas Arencó vs. Paraguay, del 26 de septiembre de 2006, § 6.

340 Cf., *supra*, p. 89-90, especialmente nota 325.

341 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Vargas Arencó vs. Paraguay, del 26 de septiembre de 2006, § 7.

342 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Vargas Arencó vs. Paraguay, del 26 de septiembre de 2006, § 7.

A despeito dessas restrições comparativas, García Ramírez dá um passo adiante em defesa da doutrina do controle de convencionalidade ao pressupor que, na lógica mesma do sistema interamericano de proteção de direitos fundamentais, carregada para as normas convencionais que lhe definem a estrutura, residiria “la necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de hechos determinados, desde la perspectiva dos derechos humanos”³⁴³. Não obstante esse avanço, e apesar de acenar para a insuficiência da apenação imposta ao responsável pela morte de Vargas Areco³⁴⁴, ele não chega a colocar as pretensões resolutivas da Corte Interamericana em conflito com o princípio da subsidiariedade, mantendo-se coerente, pois, com o voto concorrente proferido no Caso Tibi vs. Ecuador.

El juez de convencionalidad no se erige, por esta vía, en legislador o juzgador nacional, sino aprecia los actos de aquéllos al amparo de la Convención, aunque detenga su análisis en ese ejercicio de mera apreciación y no llegue a fijar, por su parte, medidas cuya determinación específica incumbe al Estado, principalmente si existen, como los hay en el presente caso, límites derivados del acto de reconocimiento de la competencia de la Corte. Es válido, pues, que en el despliegue de estas reflexiones la Corte Interamericana plantee interrogantes para el análisis nacional de la materia, sin perjuicio de que detenga su propio examen en la formulación de la interrogante y no avance hacia la solución de ésta, que eventualmente implicaría la emisión de una condena que el Tribunal internacional no está en posición de expedir³⁴⁵.

Antes de expor como essa compreensão restritiva da doutrina do controle de convencionalidade evoluiu até o rompimento dos limites estatuídos pelo princípio da subsidiariedade, cabe uma observação crítica acerca da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativa à imputação, aos Estados signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do dever de investigar, julgar e punir criminalmente pretensos ou reconhecidos violadores de direitos fundamentais. Dados os

343 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Vargas Areco vs. Paraguay, del 26 de septiembre de 2006, § 8.

344 “Más allá de la tipificación de la conducta delictuosa – porque finalmente tanto la instancia militar como la civil admitieron que se trataba de un comportamiento delictuoso –, cabría preguntarse si dentro del tramo de punibilidad previsto por la norma penal resultaba razonable aplicar una sanción notoriamente benigna – un año de prisión, frente a la posibilidad de llegar hasta cinco, – a pesar de las características del hecho realizado, la edad del ofendido, su absoluta indefensión, inocuidad y vulnerabilidad” (Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Vargas Areco vs. Paraguay, del 26 de septiembre de 2006, § 15).

345 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Vargas Areco vs. Paraguay, del 26 de septiembre de 2006, § 12-3.

aspectos definitorial e criminógeno dos sistemas penais³⁴⁶, bem como a sua arbitrária seletividade estrutural³⁴⁷, não deixa de ser paradoxal o aparentemente irrefreável apreço que a Corte Interamericana, uma instituição desenhada para *proteger* direitos fundamentais, tem para com o discurso punitivista. O Caso Barrios Altos vs. Perú bem demonstra esse paradoxo. Dentre outros pontos relevantes, nele, a Corte Interamericana decidiu que, como consequência da “manifiesta incompatibilidad entre leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, essas leis carecem de “efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables”³⁴⁸ – o que seria reafirmado em casos semelhantes posteriores, dentre os quais, os relativos ao Paraguai³⁴⁹, Chile³⁵⁰, Uruguai³⁵¹ e Brasil³⁵². Em favor dessas pretensões punitivistas, García Ramírez chegou a reconhecer, num voto concorrente proferido no Caso Barrios Altos vs. Perú, que na base mesma desse tipo de

[...] razonamiento se halla la convicción, acogida en el Derecho internacional de los derechos humanos y en más recientes expresiones del

346 “Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que fez, ou pelo que é. Não há nada na natureza do fato [...] que permita reconhecer se se trata ou não de um crime [...]. O que há em comum entre uma conduta agressiva no interior da família, um ato violento cometido no contexto anônimo das ruas, o favorecimento pessoal, a receptação, uma tentativa de golpe de Estado, etc? [...] O fato de elas serem definidas como ‘crimes’ resulta de uma decisão humana modificável; o conceito de crime é operacional. Um belo dia, o poder político para de caçar as bruxas e aí não existem mais bruxas. [...]. É a lei que diz onde está o crime; é a lei que cria o ‘criminoso’” (Hulsman; Celis, 1997, p. 64). Em outras palavras: “El delito no es una ‘cosa’. Es un concepto aplicable en ciertas situaciones sociales donde es posible cometerlo y cuando a una o varias partes les interesa que se aplique. Podemos crear el delito creando sistemas que requieran esa palabra. Podemos extinguirlo creando los tipos opuestos de sistemas” (Christie, 1988, p. 101).

347 “Hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais*” (Zaffaroni, 2001, p. 15, grifo no original).

348 Corte IDH, Caso Barrio Altos vs. Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, nº 75, §§ 41 e 44.

349 Corte IDH, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C, nº 153.

350 Corte IDH, Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, nº 154. Retomo alguns aspectos desse caso *infra*, item 2.2.1.1, p. 99-101.

351 Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Excepciones Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, nº 221. Também retomo alguns aspectos desse caso *infra*, item 2.2.1.3, p. 105-9.

352 Cf., *supra*, p. 43, nota 146.

Derecho penal internacional, de que es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores – así como de otros participantes – constituye obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieran llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofendan gravemente esos bienes jurídicos primordiales³⁵³.

Não é preciso muita diligência para, com Pastor, observar que, na parte destacada dessa citação, entre as causas de impunidade que haveriam de ser proibidas, García Ramírez adiciona um “y otras”, de modo a potencialmente abranger, por exemplo, a absolvição por falta de provas ou a que se fundamenta na inadmissibilidade de provas ilícitas. Há, nessas posturas da Corte Interamericana de Derechos Humanos, uma inflexível devoção para com o apenamento a qualquer custo, a partir da qual emergem jurídica e faticamente enfraquecidas quaisquer alternativas compensatórias ou retributivas não penais. Afirmar essa devoção de um modo tão categórico, ademais, “equivale a refundar un derecho penal medieval y contrailustrado ya superado por la humanidad hace mucho tiempo”, razão pela qual, “en materia penal, se puede decir que la jurisprudencia actual de la Corte IDH atrasa unos 200 años”³⁵⁴. Ora, o questionável reconhecimento do direito penal como instrumento para a prevenção e repressão de fatos violatórios de direitos fundamentais não pode servir de parapeito para que o sistema convencional interamericano “caiga en la desidia de considerar que siempre, ilimitadamente, *con relajamiento de los derechos de los acusados* y sin alternativas hay que aplicar a estos casos el castigo punitivo (poder penal absoluto)”³⁵⁵. Com bem percebido por Basch, o caso *Bulacio vs. Argentina* vale como indicativo desse perigo de relaxamento dos direitos fundamentais de acusados

353 Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Barrios Altos, del 14 de marzo de 2001, § 13, sem grifo no original. Também no Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, García Ramírez abordou a questão. “Se podría decir”, reconheceu ele, “que no corresponde a quien analiza estos temas desde la óptica de los derechos humanos propiciar el rigor de los tipos penales, la severidad de las punibilidades o la elevación de las sanciones que aplica el juzgador en ejercicio de las facultades que la ley pone en sus manos, pero indudablemente compete a ese analista procurar que la garantía de respeto a los derechos observe la regla de proporcionalidad y no culmine en medidas ilusorias que sólo aparentemente satisfacen la exigencia de justicia. Se se acepta esto última, la formulación de los tipos penales, la previsión de punibilidades, las condiciones del enjuiciamiento y las decisiones contenidas en la sentencia pasan a constituir una cuestión central para la tutela efectiva de los derechos” (Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, del 26 de septiembre de 2006, § 16).

354 Pastor, 2005, item 2.2.2, sem paginação.

355 Pastor, 2005, item 2.2.2, sem paginação, sem grifo no original.

no âmbito do sistema convencional interamericano³⁵⁶.

The Inter-American Court clarified three issues in *Bulacio*. First, the duty to punish doctrine applies to all human rights violations and is not limited to the massive or gross violations [...]. Second, the doctrine not only rejects amnesty provisions, provisions on prescription, or the establishment of measures designed to eliminate responsibility – those legal institutions explicitly rejected in *Barrios Altos* – but also rejects any ‘domestic legal provision or institution’ viewed as an obstacle to punishment. Furthermore, *Bulacio* illustrates that when the complete exercise of defendants’ rights conflicts with victims’ rights, the Inter-American Court explicitly privileges the latter. Therefore, [...] while broadening victims’ rights, *Bulacio* demonstrates that application of the duty to punish doctrine by domestic criminal courts may restricted the constitutional rights of defendants³⁵⁷.

Com esse tipo de decisão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos inevitavelmente flerta com aquele desprezo pela *altercidadania*³⁵⁸ – aqui representada pelo violador de direitos fundamentais assegurados pela Convenção Americana de Direitos Humanos –, trazendo, assim, para o interior do seu próprio funcionamento, aquela distinção política específica entre amigo e inimigo³⁵⁹, que fundamenta a identificação, o etiquetamento e o rebaixamento de *alter* como uma subclasse de sujeitos cidadãos do mundo, para os quais nem todos os direitos haveriam de ser respeitados e garantidos³⁶⁰. As

356 Nesse Caso, a Corte Interamericana problematizou, a partir do seu discurso punitivista, o exercício do direito de defesa pelo Comissário Miguel Ángel Espósito, acusado pelos delitos de privação ilegal de liberdade, abuso de autoridade e descumprimento dos deveres dos funcionários públicos. “La Corte observa que desde el 23 de mayo de 1996, fecha en la que se corrió traslado a la defensa del pedido fiscal de 15 años de prisión contra el Comisario Espósito, [...] la defensa del imputado promovió una extensa serie de diferentes articulaciones y recursos (pedidos de prórroga, recusaciones, incidentes, excepciones, incompetencias, nulidades, entre otros), que han dado lugar a que se opusiera la prescripción de la acción penal. Esta manera de ejercer los medios que la ley pone a la defensa, ha sido tolerado y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos. En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno [...], este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en [...] la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana” (Corte IDH, Caso *Bulacio vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C, nº 100. §§ 113-116).

357 Basch, 2007, p. 207.

358 Cf., *supra*, p. 31, nota 100.

359 Cf., *supra*, p. 34, nota 111.

360 Nesse sentido, mais uma vez, Basch: “Two categories of defendants are likely to confront domestic

consequências desse flerte são absolutamente problemáticas quando confrontadas com a pretensão de universalização que, historicamente, teria subsidiado a internacionalização dos direitos fundamentais e o subsequente estabelecimento dos sistemas global e regionais para sua proteção. A Corte Interamericana de Direitos Humanos não parece ter se dado conta dessas consequências. Ou, pelo contrário, se as divisou, não parece disposta a enfrentá-las e corrigi-las.

2.2.2. (...) à integração: a adequação de convencionalidade e a expansiva pretensão de hegemonia internacional

2.2.1.1. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.

Nesse Caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos cuidou da responsabilidade internacional do Estado chileno pela morte de Almonacid Arellano, professor, militante do Partido Comunista, secretário regional da Central Unitaria de Trabajadores e dirigente do Sindicato Unitario de Trabajadores de la Educación (SUTE), perpetrada por carabineiros no dia 17 de setembro de 1973³⁶¹. A Corte considerou esse homicídio como parte integrante da repressão generalizada dirigida aos indivíduos tidos como opositores pelo regime militar instaurado após a derrocada do Governo do Presidente Salvador Allende³⁶². Para tanto, tratou de negar validade jurídica ao Decreto-Lei nº 2.191/1978, por meio do qual o Estado chileno concedeu anistia a todas as pessoas que

criminal systems in countries by the Inter-American Court's duty to punish doctrine. In the first category are defendants charged with crimes constituting violations of rights protected by the American Convention. In the second category are defendants charged with crimes that do not constitute breaches to the American Convention. While the latter group would enjoy the full exercise of their right to defense and every other guaranty under the due process of law, the former would not. Under this system, every person accused of committing a crime in violation of any right protected by the American Convention would likely be treated the way enemies are treated under 'criminal law of the enemy' systems. For these offenders, the Inter-American Court stated that 'no domestic legal provision or institution' could impede punishment. The unequal treatment thus created for these defendants accused of crimes violating the American Convention would be flagrant" (2007, p. 218).

361 "El día 16 de septiembre de 1973 fue detenido [el señor Almonacid Arellano, de 42 años de edad], en su domicilio ubicado en la población Manso de Velasco, por carabineros, quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció en el Hospital Regional de Rancagua el día 17 de septiembre de 1973" (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, nº 154, § 82.8).

362 "Esa represión estuvo caracterizada por una práctica masiva y sistemática de fusilamientos y ejecuciones sumarias, torturas (incluida la violación sexual, principalmente de mujeres), privaciones arbitrarias de la libertad en recintos al margen de escrutinio de la ley, desapariciones forzadas, y demás violaciones a los derechos humanos cometidos por agentes del Estado, asistidos a veces por civiles" (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, nº 154, § 82.4).

haja incorrido em fatos delituosos entre 1973 e 1978.

Ademais de representar a primeira vez em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, enquanto órgão colegiado, pronunciou-se em favor da doutrina do controle de convencionalidade, o caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* destaca-se pela atribuição dessa tarefa aos juízes nacionais dos Estados signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Conforme argumentou a Corte, a obrigação de adotar disposições de direito interno, estipulada no art. 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos³⁶³, também teria a finalidade de facilitar a atividade dos Poderes Judiciais nacionais, de tal forma que o aplicador de uma determinada lei passe a dispor de uma opção clara para resolver um caso particular que lhe seja submetido. Assim, quando os órgãos legislativos internos falham em sua tarefa de suprimir e/ou não adotar leis que contrariem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os órgãos judiciais permaneceriam vinculados ao dever de garantia assinalado pelo seu art. 1.1³⁶⁴, condicionando-lhes a atuação, por consequência, o dever de não aplicar qualquer normativa que lhe seja contrária. O cumprimento, por parte de agentes do Estado, “de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado”, o que seria um princípio básico do direito de responsabilidade internacional do Estado, acolhido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no sentido de que todo o Estado “es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”³⁶⁵.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención*³⁶⁶.

363 Cf., *supra*, p. 83, nota 305.

364 Cf., *supra*, p. 83, nota 304.

365 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, nº 154, § 123.

366 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones

Apesar da reticência desse pronunciamento em favor da doutrina do controle de convencionalidade - “una especie de ‘control de convencionalidad’” –, a Corte Interamericana de Derechos Humanos sustenta aqui uma pretensão de superioridade derivável de sua condição de “intérprete última de la Convención” que não pode passar despercebida. Foi a partir dessa pretensão que a Corte Interamericana delineou uma espécie de jurisdição convencional difusa significativamente abrangente, que incluiria todos os Estados signatários da Convenção Americana sobre Derechos Humanos, fossem ou não partes em casos contenciosos analisados por ela, e cujo ponto de referência haveria de ser invariavelmente reconduzido à prevalência de suas interpretações acerca do sistema de justiça convencional interamericano, seu significado, seu alcance, seus limites e suas consequências.

2.2.1.2. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú.

No Caso Trabajadores Cesados del Congreso, a Corte Interamericana de Derechos Humanos tratou da responsabilidade internacional do Estado peruano pela execução de um processo de racionalização de funcionários do Congresso que, autorizado por uma série de decretos e resoluções expedidos pelo denominado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional” imposto por Alberto Kenya Fujimori, acabaria por cassar irregularmente mais de mil servidores³⁶⁷. Segundo decidido pela Corte Interamericana, o tratamento dado pelo Estado aos indivíduos afetados por esse processo de racionalização violou as garantias judiciais asseguradas pela Convenção Americana sobre Derechos Humanos, em especial a obrigação geral de respeitar e garantir tais direitos, bem como a de adotar disposições de direito interno em consonância com o sistema convencional interamericano³⁶⁸. Em razão disso, condenou o Peru a assegurar, dentre

y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, nº 154, § 124, sem grifo no original.

367 Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, nº 158, § 89.14.

368 “[...] la Corte observa que este caso ocurrió en un contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar hechos como los del presente caso. En ese contexto, y en particular el clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba la impugnación respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas, es claro que éstas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraban vulnerados [...]. En el presente caso, los recursos internos existentes no fueron efectivos, ni individual ni en conjunto, para los efectos de una adecuada e efectiva garantía del derecho de acceso a la justicia de las presuntas víctimas cesadas del Congreso peruano, en los términos de la Convención

outros pontos, o acesso a um “recurso sencillo, rápido y eficaz, para lo cual deberá constituir a la mayor brevedad un órgano independiente e imparcial”, que conte com “facultades para decidir en forma vinculante y definitiva si esas personas fueron casadas regular y justificadamente del Congreso de la República, o, en caso contrario, que así lo determine y fije las consecuencias jurídicas correspondientes”³⁶⁹.

Comparado ao Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reafirmou o dever imputado aos juízes nacionais de controlarem a convencionalidade dos atos dos Estados sob os quais exercem judicatura, bem como a necessidade de, nessa tarefa, levarem em consideração não apenas o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, senão também as interpretações cristalizadas a partir dela pela Corte Interamericana. Como importante novidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos especificou, ainda, que esse controle de convencionalidade – não mais “una especie de ‘control de convencionalidad’” – haveria de ser realizado *sua sponte* pelas autoridades judiciais nacionais³⁷⁰.

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también está sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la

Americana” (Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, nº 158, § 129 e 131).

369 Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, nº 158, § 163.4.

370 Mais que isso, no Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, a Corte Interamericana de Direitos Humanos abarcaria nesse dever de controlar a convencionalidade *sua sponte* todos os órgãos de alguma forma vinculados à administração da justiça: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también está sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, nº 220, § 225).

Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones³⁷¹.

Pelo que argumentou o juiz Sergio García Ramírez, contudo, o parâmetro para o controle de convencionalidade não haveria de restringir-se à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo interpretada pela Corte Interamericana. Pelos mesmos fundamentos, ele haveria de corrigir a atuação dos Estados conforme outros instrumentos de igual natureza, integrantes do *corpus juris* convencional de direitos humanos, dentre os quais o Protocolo de San Salvador, o Protocolo Relativo à Abolição da Pena de Morte, a Convenção para Prevenir e Sancionar a Tortura, a Convenção de Belém do Pará para a Erradicação da Violência contra a Mulher etc, pois, “de lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”³⁷².

Seria bastante conhecida, prosseguiu García Ramírez, a cadeia jurisdicional de meios de controle de atos de autoridade, que, de acordo com diversos critérios de competência, mas nem sempre conforme um sistema de instâncias representativas de novas etapas de um mesmo processo, procura ajustá-los às normas que se lhes pretendam superiores. Esses controles entrariam em funcionamento cada vez que seja um juízo de legalidade - “en el sentido de adhesión del acto analizado a la norma que debe presidirlo, en los diversos planos de la jerarquía normativa” –, por exemplo, pelos tribunais constitucionais “a propósito de actos de diversas autoridades nacionales”, e pelo tribunal internacional de direitos humanos interamericano “en lo que respecta a hechos atribuibles a un Estado que ha reconocido la competencia de aquél para resolver asuntos contenciosos surgidas en el ámbito interno”³⁷³.

371 Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, nº 158, § 128.

372 Corte IDH, Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (aguado Alfaro y otros) vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, § 2.

373 Corte IDH, Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (aguado Alfaro y otros) vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, § 3.

[As *cortes constitucionais*] tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores [...] que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. [...] De manera semejante [...], existe un “control de convencionalidad” depositado en tribunales internacionales – o supranacionales –, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella³⁷⁴.

Dado que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Estatuto da Corte Interamericana, enquanto produtos da vontade normativa dos Estados signatários, confeririam à Corte Interamericana de Direitos Humanos a atribuição de interpretar e aplicar o Pacto de São José da Costa Rica e os demais instrumentos componentes daquele *corpus juris* convencional de direitos humanos, incumbiria a esse tribunal internacional, em última instância, “fijar el sentido y alcance de las normas contenidas en esos ordenamientos internacionales”³⁷⁵. Dentro da lógica que teria sustentado a criação e o funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, entretanto, não caberia pressupor que ela se visse confrontada pela necessidade de julgar milhares de casos sobre uma mesma temática convencional, pronunciando-se sobre todo e qualquer litígio que se apresente a qualquer tempo e em todos os países, resolvendo um a um sobre os atos violatórios de direitos humanos e garantindo, também um a um, os direitos e liberdades fundamentais. A única possibilidade de tutela razoável, concluiu García Ramírez, pressuporia reconhecer que, uma vez fixado o critério de interpretação e aplicação, “este sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico”, através de “políticas, leyes, sentencias que den transcendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte”, constituída, conforme lembrado por ele, “merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos” que seriam “explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales”³⁷⁶. Para manter o passo nessa direção, caberia à Corte Interamericana de

374 Corte IDH, Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (aguado Alfaro y otros) vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, §§ 4 e 5.

375 Corte IDH, Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (aguado Alfaro y otros) vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, § 7.

376 Corte IDH, Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Trabajadores Cesados

Direitos Humanos acalentar a conexão entre as ordens internas e a ordem internacional, sobrevalorizando, todavia, o papel dessa última para a proteção dos direitos fundamentais.

Si existe esa conexión clara y rotunda – o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones –, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio “control de convencionalidad”. [...] Este “control de convencionalidad”, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener [...] carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos. Esto permitiría trazar un sistema de control extenso – vertical y general – en materia de juridicidad de los actos de autoridades – por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos –, *sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del corpus juris regional*. Me parece que ese control extenso – al que corresponde el “control de convencionalidad” – se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos³⁷⁷.

2.2.1.3. Caso Gelman vs. Uruguay.

No caso Gelman vs. Uruguay, a Corte Interamericana de Direitos Humanos cuidou da condenação internacional do Estado uruguaio pelo desaparecimento forçado de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, perpetrado, sob o marco da doutrina de segurança nacional e da chamada “Operação Condor”, pela ditadura civil-militar que governou o Uruguai entre 1973 e 1985³⁷⁸. Para tanto, dentre outros pontos relevantes, houve por necessário desqualificar a legitimidade democrática auferida pela Lei nº 15.848 (Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado), em duas oportunidades ratificada diretamente pelos cidadãos uruguaiois, argumentando que:

El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada un en régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia

del Congreso (aguado Alfaro y otros) vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, § 8.
377 Corte IDH, Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (aguado Alfaro y otros) vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, § 11-3, sem grifo no original
378 Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Excepciones Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, nº 221, § 2.

– recurso de referéndum [...] en 1989 y plebiscito [...] sobre un proyecto de reforma constitucional [...] –, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respecto del [...] Derecho Internacional de los Derechos Humanos [...]. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido”, por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial³⁷⁹.

O caso *Gelman vs. Uruguay* se destaca por representar o ponto mais elevado dentre os percursos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para a consolidação da doutrina do controle de convencionalidade. De fato, em uma resolução de supervisão de cumprimento de sentença, a Corte reiterou o reconhecimento dessa pretensão de adequação convencional, concebendo-a como uma “institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”³⁸⁰. Reiterou, igualmente, ter consciência de que as autoridades internas encontram-se sujeitas ao império da lei, e, por isso, estão obrigadas a aplicar as disposições normativas nacionais, mas reconheceu, em contrapartida, que quando um Estado se torna parte em um tratado internacional de direitos humanos como a Convenção Americana, absolutamente todos os seus órgãos, incluindo os juízes e outros órgãos vinculados à administração da justiça em qualquer nível, também se submetem ao tratado, o qual lhes imporia a obrigação de velar para que seus efeitos úteis não sejam empobrecidos pela aplicação de disposições normativas contrárias ao seu objetivo e fim. “Es decir”, resumiu mais uma vez a Corte, “todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana”, observando, para uma adequada consecução dessa tarefa, “no

379 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Excepciones Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, nº 221, § 238-9.

380 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, § 65.

solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”³⁸¹.

Como novidade, ratificando as expectativas assinaladas pelo juiz Sergio García Ramírez no Caso Trabajadores Cesados del Congreso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu ser possível divisar duas distintas manifestações dessa obrigação de adequação convencional, conforme alguma de suas sentenças tenha sido proferida em um caso em que um determinado Estado tenha sido parte ou não. Paradoxalmente, contudo, acabou por atribuir-lhes o mesmo efeito. Assim, existindo uma sentença proferida com caráter de coisa julgada internacional contra um Estado que tenha sido parte em um caso submetido à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, como expressão mesma do seu tradicional papel, consistente em determinar, inapelável e definitivamente, se um Estado signatário teria violado, por ação ou omissão, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e se, como consequência, haveria de se lhe reconhecer e atribuir responsabilidade internacional, todos os seus órgãos, “incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia”, estariam submetidos ao tratado e à sentença proferida com base nele, “lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención” e, conseqüentemente, de “las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”, bem como por “decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia”³⁸². Por outro lado, a respeito da segunda manifestação do controle de convencionalidade, a Corte Interamericana estende os efeitos vinculantes pressupostos pela doutrina mesmo aos Estados que não tenham sido partes em um processo internacional em que se estabeleceu uma determinada jurisprudência convencional, e isso porque, segundo argumentou,

381 Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, § 66.

382 Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, § 68. Que prossegue: “En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso *Gelman*. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto [...]”.

[...] por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, *incluidas las instancias democráticas*, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana³⁸³.

Como consequência dessa versão mais radical, a conformação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos impinge à doutrina do controle de convencionalidade altera sensivelmente o princípio da subsidiariedade, complementando-o com uma pretensão de integração a partir da qual a Convenção Americana sobre Direitos Humanos deixa de ser concebida como um mínimo de proteção de direitos fundamentais que deve ser reconhecido e garantido pelos Estados signatários, conforme as disposições específicas do seu respectivo sistema de justiça constitucional³⁸⁴, para, mais incisivamente, ser reconhecida como se “Constituição” fosse, vale dizer, como uma parcela hierarquicamente superior dos sistemas jurídicos dos Estados signatários³⁸⁵. É também a partir dela que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, dada a sua alegada condição de intérprete última dessa parcela hierarquicamente superior dos sistemas jurídicos nacionais, alça-se à posição de “Corte Constitucional” para as Américas, impondo a prevalência das suas interpretações a respeito do regime jurídico-político de proteção de direitos fundamentais traçado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, seu significado, seu alcance, seus limites e suas consequências, sobre as interpretações que qualquer outro agente da cadeia de proteção de direitos fundamentais que constitui o sistema convencional

383 Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, § 69, sem grifo no original.

384 Cf., *supra*, p. 84, nota 307.

385 “By requiring domestic judges in each cases to examine the compatibility of state actions or omissions and the compatibility of the national legal framework with the Convention, the Inter-American instrument becomes an integral part of domestic legal systems at the highest possible level (p. 54). [...] The conventionality control, as it appears to be understood by the Court, not only requires, as a matter of an international obligation, that the Convention be incorporated as domestic law but also that it have a higher status than any other domestic norm, including the Constitution or any other lower legislative act. If domestic judges must check the compatibility of all action, whether constitutional or legislative, with the American Convention as a matter of international and domestic law, this means that the Convention must be of a higher legal rank. If it were at the same hierarchical level as the rest of the normative order, judges would simply apply the principle *lex posterior derogat priori*, or that the act later in time should prevail over the earlier one, or the principle *lex specialis derogat generali*, which claims that the special or specific law overrules the general law” (Dulitsky, 2015, p. 57).

interamericano pudesse fazer³⁸⁶, sejam elas baseadas em normativas infraconstitucionais, sejam elas expressões da própria norma suprema do Estado respectivo³⁸⁷.

386 “The conventionality control doctrine as developed by the Court could be seen as an attempt to place the Convention as inter-American constitution and the Court as an inter-American constitutional court. The discourse used by the Court when referring to the conventionality control clearly resembles the constitutional language of judicial review” (2015, p. 65). Vale como indicativo a renitente comparação feita pelo juiz Sergio García Ramírez entre um tribunal constitucional e a Corte Interamericana de Derechos Humanos, segundo a qual esta última “should deal only with ‘big issues’ and develop case law standards in some paradigmatic cases rather than being a human rights court to provide remedies for individual victims in as many cases as necessary” (Dulitsky, 2015, p. 66).

387 Cf., a propósito, o Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, nº 73, em que a Corte Interamericana de Derechos Humanos realçou o dever dos Estados partes no sistema de justiça convencional interamericano de adequar inclusive suas normas constitucionais originárias à Convenção Americana sobre Derechos Humanos: “Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial” (§72).

3. (...) À RAZÃO TRANSVERSAL (...)

Cada um a seu modo, Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos colocam-se, a propósito da mais alta hierarquia que imputam aos instrumentos normativos que lhes subsidiam a atuação, como autoridades máximas detentoras da última palavra em questões relacionadas à proteção de direitos fundamentais e à organização e limitação do poder estatal. Em estado bruto, a reafirmação de qualquer dessas pretensões contrapostas de hegemonia não pode ser compreendida como uma resposta plausível ao problema delimitado nesta tese, dado que, nessa específica condição, elas mesmas, enquanto pressupostos desse conflito entre ordens jurídicas, constituem o problema que procuram solucionar. Como será visto mais detalhadamente no Capítulo 4, para não configurar a si mesmo como um esforço argumentativo inútil, todo desenvolvimento teórico preocupado com um determinado problema de justiça precisa ser complementado por alguma teoria da autoridade capaz de operacionalizar suas premissas e suas pretensões. Contudo, há uma ordem desses elementos que concorrem para um fim, cuja modificação efetivamente alteraria o resultado: teorias da justiça (*Como decidir?*) precisam ser *complementadas* por teorias da autoridade (*Quem decide?*), e não *substituídas* por elas. Neste Capítulo 3, cuido do primeiro desses fatores, enfrentando a questão “*Como decidir questões relacionadas à proteção de direitos fundamentais e à organização e limitação do poder estatal de modo a evitar a instauração de conflitos entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos, ordens jurídicas que sustentam pretensões contrapostas de hegemonia?*”. Para tanto, tomo parte numa perspectiva mais proximamente vinculada às ideias de diálogo e de aprendizagem recíproca, levando-a adiante conforme o modelo teórico que reputo mais completo e sofisticado: o transconstitucionalismo, segundo proposto por Marcelo Neves.

3.1. Transconstitucionalismo: um panorama.

O transconstitucionalismo “implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: *o ponto cego, o outro pode ver*”³⁸⁸. Essa passagem, com a qual Neves encerrou a tese apresentada para o concurso de professor titular de direito constitucional da Faculdade de Direito da

388 Neves, 2009, p. 298, grifo no original.

Universidade de São Paulo, em maio de 2009, bem sintetiza os desígnios do seu trabalho. Há, evidentemente, muita reflexão e esforço argumentativo por trás dela. O conceito de transconstitucionalismo é, antes de qualquer coisa, complexo, e, pois, dependente de uma série igualmente complexa de condições e pressupostos teóricos. Ele não se confundiria, por um lado, com um simples transjuridicismo historicamente observável entre ordens jurídicas medievais, notadamente entre direito canônico, direito romano, direito urbano, direito real e direito feudal, já que a experiência jurídico-política pré-moderna não cuidou de problemas constitucionais em sentido moderno, vale dizer, não cuidou “nem de questões de direitos fundamentais nem de limitação e controle jurídico-político do poder, muito menos de pretensões diversas de autofundamentação do direito”³⁸⁹ – que, em última instância, como já assinalado, tinha na deificação sua mais marcante característica³⁹⁰. Por outro lado, ele tampouco poderia ser identificado com a inflacionária referência à existência de uma Constituição em toda e qualquer nova ordem jurídica local, estatal, internacional, transnacional ou supranacional que despontasse, na sociedade mundial, com pretensão de autonomia³⁹¹. Bem compreendido, seu conceito aponta, antes, para a emergência de problemas tipicamente constitucionais que perpassam as mais variadas ordens jurídicas da sociedade mundial, e cujas soluções demandariam um entrelaçamento entre elas.

Cada vez mais, problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para sua solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução de problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais. [...] Em face dessa situação, introduzo o conceito de transconstitucionalismo³⁹².

Para chegar a esse conceito, Neves inicialmente assumiu o caráter multicêntrico da sociedade moderna como condição para o surgimento do

389 Neves, 2014a, p. 206-7.

390 Cf., *supra*, item 1.2, p. 11-17.

391 Sobre a importância de chamar-se constitucional, cf., *supra*, p. 29-30, nota 92.

392 Neves, 2009, p. XXI.

constitucionalismo e das Constituições enquanto instrumentos possibilitadores e asseguradores da diferença entre sistemas político e jurídico. Segundo argumentou, o aumento da complexidade social conduziu a formação social pré-moderna hierarquicamente diferenciada a um impasse, o que teria feito disparar não apenas um desintrincamento entre lei, poder e saber, como também um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional a partir do qual a sociedade moderna se tornaria “multicêntrica” ou “policontextual”³⁹³. Esse processo teria conduzido, ao final, a uma pluralidade de códigos-diferença que orientariam a comunicação nos diversos campos sociais.

A diferença “ter/não ter” prevalece no sistema econômico, o código “poder/não poder” tem o primado no político e a distinção “lícito/ilícito” predomina no jurídico. Na ciência, arte, educação, religião e no amor, têm o primado, respectivamente, os códigos “verdadeiro/falso”, “belo/feio” (“afinado *versus* desafinado esteticamente”), “aprovação/reprovação” (enquanto código-limite da diferença gradual “aprender/não aprender”, expressa nas notas e predicados), “transcendente/imanente” e o código amoroso (“prazer/amor” ou “amor/desamor”), que serve de base à formação da família nuclear moderna. É claro que isso leva a tensões, pois dessa maneira as diversas racionalidades confrontam-se com outras racionalidades, cada uma delas com pretensão de universalidade. Portanto, qualquer forma de “autismo” desenvolvido em uma esfera pode ter efeitos destrutivos nas outras esferas sociais e, por fim, também sobre a integração social e sistêmica de uma sociedade complexa. A diferenciação não significa isolamento, mas antes importa uma intensa capacidade cognitiva perante o entorno³⁹⁴.

Afastando-se a possibilidade de um ponto de observação social privilegiado, a sociedade moderna teria nascido, segundo a teoria sistêmica seguida por Neves, como uma sociedade mundial, vale dizer, como uma formação social desvinculada de organizações políticas territorialmente delimitadas: “[a] sociedade mundial constitui-se como uma conexão *unitária* de uma *pluralidade* de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade”³⁹⁵. Tratar-se-ia de uma *unitas*

393 Neves, 2009, p. 23. Que esclarece: “Isso significa, em primeiro lugar, que a diferença entre sistema e ambiente desenvolve-se em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirmam distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica. E, em segundo lugar, na medida em que toda diferença se torna ‘centro do mundo’, a policontextualidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes. Falta, então, uma diferença última, suprema, que possa impor-se contra todas as outras diferenças. Ou seja, não há um centro da sociedade que possa ter uma posição privilegiada para sua observação e descrição; não há um mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos” (p. 23-4).

394 Neves, 2009, p. 23.

395 Neves, 2009, p. 26.

multiplex, caracterizada, no plano estrutural, pela primazia da economia – uma “sociedade econômica”³⁹⁶ –, e, no plano semântico, pela primazia do sistema de comunicação de massa³⁹⁷. Dada a inexistente perspectiva de uma política mundial abrangente capaz de prescindir dos Estados nacionais, contudo, Neves reconheceu ser o caso de observar que a desnecessidade de segmentação territorial para reprodução desses sistemas dotados de primazia não se apresenta no sistema político e, analogamente, no sistema jurídico, o que acabaria por torná-los relativamente fracos quando comparados aos sistemas que, no plano mundial, reproduzem-se de maneira cada vez mais intensa, tanto no plano estrutural (economia, técnica e ciência), quanto no nível semântico (meios de comunicação de massa) com base em expectativas cognitivas independentes dessa segmentação³⁹⁸. Conforme argumentou, todavia, a crescente força desses sistemas dotados de primazia teria tornado imprescindível a emergência de uma “nova ordem mundial” concernente não apenas a “processos de tomada de decisão coletivamente vinculante, mas também a mecanismos de estabilização de expectativas normativas e regulação jurídica de comportamentos”, que traduziriam, fundamentalmente, uma “transformação no sentido de uma contrapartida normativa à expansão dinâmica do momento cognitivo da sociedade mundial”³⁹⁹.

396 “Não se trata de um primado ‘onticamente essencial’ nem forçosamente de perda da autonomia dos outros sistemas sociais, mas cumpre considerar que, nos ambientes dos diversos sistemas parciais da sociedade mundial (moderna), a economia (associada à técnica e à dimensão da ciência a esta vinculada) constitui o mais relevante fator, a ser observado primariamente. Em outras palavras: a economia está equipada com o mais forte código binário entre um ‘sim’ e um ‘não’, a saber, a diferença entre ‘ter’ e ‘não ter’. Em alguns casos, especialmente nas situações em que há enormes desigualdades e ampla exclusão relativamente ao sistema econômico, esse primado pode levar a experiências de desdiferenciação economicamente condicionada no âmbito da sociedade mundial, um problema que é persistente na constelação social da modernidade periférica” (Neves, 2009, p. 29).

397 “Isso porque esse sistema [*de comunicação de massa*], que se reproduz com base na diferença ‘informação/não informação’, atua seletivamente em face das diversas possíveis autodescrições da sociedade. [...] Assim sendo, o ‘saber’ religioso, o pedagógico, o jurídico e o político, mas também os ‘saberes’ científico, técnico e econômico, só ganham significado na ‘opinião pública’ quando passam pelo filtro seletivo da mídia. Pode-se afirmar que o próprio saber científico dominante na ‘opinião pública’ é aquele determinado pelos meios de comunicação de massa. Isso não significa, porém, a validade imediata do saber selecionado pela mídia nas diversas esferas sociais, pois ter o primado não significa ser o centro da semântica da sociedade [...], podendo haver reações ‘críticas’ no interior de cada esfera social aos ‘absurdos’ e ‘simplificações’ produzidas pelos meios de massa. Mas essas reações só serão tratadas como expressão de ‘saberes’ no plano da comunicação societária mais abrangente se forem novamente selecionadas e transmitidas pela mídia. Ou seja, os ‘saberes’ científicos, educacionais, médicos, econômicos e técnicos que valem na ‘opinião pública’ produzida e reproduzida pelos meios de massa não se identificam (muitas vezes divergem radicalmente) dos ‘saberes’ da ciência, da educação, da medicina, da economia, embora aqueles predominem sobre esses, constituindo ‘saberes’ da sociedade em contraposição aos ‘saberes’ especializados dos expertos” (Neves, 2009, p. 29-30).

398 Neves, 2009, 31.

399 Neves, 2009, 31-2.

Não seria o caso de compreender essa “nova ordem mundial” precipuamente como uma rede emaranhada de conexões entre instituições estatais desagregadas, relacionando-a com um trabalho de cooperação e administração de conflitos entre os mais variados agentes estatais, derivados da emergência de problemas que extrapolam as fronteiras dos respectivos Estados⁴⁰⁰. Nem, tampouco, como uma rede de atores privados ou *quase públicos* no plano global, de modo a subestimar a dimensão do papel do Estado nesse contexto⁴⁰¹. Sem desconhecer “a emergência de novos atores, sistemas, ‘regimes’ ou ‘redes’ globais com pretensão de tomar decisões coletivamente vinculantes e produzir normas jurídicas”, Neves concebe o Estado como “um foco fundamental da reprodução da nova ordem normativa mundial”, definindo-a, mais precisamente, como um “entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial”⁴⁰².

É com base nessa percepção que Neves propõe a superação do conceito luhmanniano de acoplamento estrutural entre sistemas funcionais da sociedade moderna por um conceito de racionalidade transversal reconstruído a partir de Wolfgang Welsch, que acarretaria um aprendizado recíproco entre as diversas esferas da sociedade. Integrada por uma pluralidade de esferas de comunicação conflitantes entre si, cada qual com uma própria pretensão de autonomia, a sociedade mundial multicêntrica estaria predestinada à autodestruição caso não desenvolvesse mecanismos estruturais capazes de propiciar conexões construtivas de aprendizado e influência recíproca entre as mais variadas esferas

400 Nesse sentido, Slaughter: “A disaggregated world order would be a world latticed by countless government networks. These would include horizontal networks and vertical networks; networks for collecting and sharing information of all kinds, for policy coordination, for enforcement cooperation, for technical assistance and training, perhaps ultimately for rule making. They would be bilateral, plurilateral, regional, or global. Taken together, they would provide the skeleton or infrastructure for global governance” (2004, p. 15-6).

401 Assim, por exemplo, Teubner: “O que podemos observar hoje em dia, em matéria de globalização, não é a sociedade mundial paulatinamente configurada pela política internacional, mas um processo extremamente contraditório, integralmente fragmentado de globalização, impulsionado pelos sistemas parciais individuais da sociedade em velocidades distintas. Em tais processos, a política não apenas perdeu o seu papel de liderança, mas regrediu nitidamente em comparação com outras áreas parciais da sociedade. Em que pese toda a internacionalidade da política e todo o direito internacional a ênfase da política e do direito ainda nos dias de hoje recai no Estado-nação. E mais: fazem-se sentir tendências nítidas, até dramáticas, a uma maior regionalização e localização da política. Na via da globalização, a política foi claramente ultrapassada pelos outros sistemas sociais. Já há muito tempo ela está a caminho das suas *global villages* respectivamente próprias. E essas *global villages* se preparam para defender tenazmente a sua autonomia diante das pretensões hegemônicas da política. Isso vale, em grau especial, para a globalização do direito” (2003, p. 12)

402 Neves, 2009, 34.

sociais. Seria imprescindível, nesse sentido, a existência de “vínculos estruturais que [possibilitassem] as interinfluências entre diversos âmbitos autônomos de comunicação”⁴⁰³. Confrontado por essa necessidade, Luhmann desenvolveu o conceito sociológico de acoplamento estrutural, com apoio na teoria do desenvolvimento biológico *autopoietico* de Maturana e Varela⁴⁰⁴.

Los acoplamientos estructurales restringen el campo de las posibles estructuras con las que un sistema puede realizar su *autopoiesis*. Presuponen que todo sistema autopoietico opera como sistema determinado por la estructura, es decir, como sistema que sólo a través de las propias estructuras puede determinar sus propias operaciones. El acoplamiento estructural, entonces, excluye el que datos existentes en el entorno puedan especificar – conforme a estructuras propias – lo que sucede en el sistema. Maturana diría que el acoplamiento estructural se encuentra de modo ortogonal con respecto a la autodeterminación del sistema. No determina lo que sucede en el sistema pero debe estar presupuesto, ya que de otra manera la *autopoiesis* detendría y el sistema dejaría de existir. En este sentido, todos los sistemas están adaptados a su entorno (o no existirían), pero hacia el interior del radio e acción que así se les confiere, tienen todas las posibilidades de comportarse de modo no adaptado; para ver muy claramente el resultado de estas posibilidades, baste considerar los problemas ecológicos de la sociedad moderna⁴⁰⁵.

Acoplamentos estruturais são, pois, mecanismos de filtragem que excluem determinadas influências e facilitam outras. Serviriam à seletiva promoção de “influências

403 Neves, 2009, 34-5.

404 Como observou Neves, contudo: “A concepção luhmaniana de autopoiese afasta-se do modelo biológico de Maturana, na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas não constituintes de sentido (orgânicos e neurofisiológicos). Na teoria biológica da autopoiese, há, segundo Luhmann, uma concepção radical do fechamento, visto que, para a produção das relações entre sistema e ambiente, é exigido um observador fora do sistema, ou seja, um outro sistema. No caso dos sistemas constituintes de sentido, ao contrário, a ‘auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica’. Eles mantêm o seu caráter autopoietico enquanto se referem simultaneamente a si mesmos (para dentro) e ao seu ambiente (para fora), operando internamente com a diferença fundamental entre sistema e ambiente. O seu fechamento operacional não é prejudicado com isso, considerando-se que sentido só se relaciona com sentido e só pode ser alterado através de sentido. Porém, a incorporação da diferença ‘sistema/ambiente’ no interior dos sistemas baseados no sentido (a auto-observação como ‘momento operativo da autopoiese’) possibilita uma combinação de fechamento operacional com abertura para o ambiente, de tal maneira que a circularidade da autopoiese pode ser interrompida através da referência ao ambiente” (2008, p. 61).

405 Luhmann, 2007, p. 72-3. Que especifica: “Con una terminología del ramo de la informática, podría también afirmarse que los acoplamientos estructurales *digitalizan* relaciones *análogas*. Dado que el entorno – y dentro de él otros sistemas – opera siempre en simultaneidad con el respectivo sistema de observación, a primera vista sólo transcurren relaciones análogas que corren paralelas. De ahí los sistemas participantes no pueden extraer informaciones porque esto presupondría digitalización. Los acoplamientos estructurales deben entonces primero transformar las relaciones análogas en digitales si es que el entorno quiere influir en el sistema a través de ellas. En la relación del sistema de comunicación con el de consciencia, esta es una función del lenguaje: transformar la simple yuxtaposición continua en sucesión discontinua”.

e instigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos”, vinculando-os, por consequência, “no plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perca a sua respectiva autonomia”⁴⁰⁶. Representariam, nesse sentido, “mecanismos de *interpenetrações* concentradas e duradouras entre sistemas sociais”⁴⁰⁷. Assim, por exemplo, a linguagem, na relação externa entre sociedade e consciência, o regime fiscal de despesas e receitas, na relação entre economia e política, e a propriedade e o contrato, na relação entre economia e direito⁴⁰⁸. Assim, também, a Constituição na relação entre os sistemas jurídico e político⁴⁰⁹.

[...] a Constituição em sentido especificamente moderno não se apresenta simplesmente como uma via de prestações recíprocas, mas antes como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito. [...] A Constituição assume a forma de acoplamento estrutural, na medida em que possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as. Como “forma de dois lados” (*Zwei-Seiten-Form*), inclui e exclui, limita e facilita simultaneamente a influência entre ambos os sistemas. Ao excluir certos “ruídos” intersistêmicos, inclui e fortifica outros. Enquanto para a política é provocadora de irritações, perturbações e surpresas jurídicas, para o direito provoca irritações, perturbações e surpresas políticas. Nesse sentido, “possibilita uma solução *jurídica* do problema da auto-referência do sistema *político* e, ao mesmo tempo, uma solução *política* do problema da auto-referência do sistema *jurídico*”⁴¹⁰.

Nessa perspectiva sistêmico-teorética luhmanniana, enquanto meio para a interpenetração concentrada e duradoura dos sistemas político e jurídico, a Constituição propicia que cada um desses sistemas reciprocamente coloque à disposição do outro “complexidade desordenada”, ou seja, “desordem”⁴¹¹, excluindo, todavia, a possibilidade

406 Neves, 2009, 35.

407 Neves, 2009, 37, grifo no original.

408 Luhmann, 2007, p. 78-9, 618 e 621, respectivamente.

409 “No será sino hasta finales del siglo XVIII, en la periferia de Europa, en los estados de Norteamérica, cuando se invente la forma que garantice, de manera enteramente novedosa, un acoplamiento estructural entre los sistemas jurídico y político, a saber: lo que desde entonces se conoce como Constitución” (Luhmann, 2002, p. 540). Cf., a propósito, *supra*, p. 20, nota 55.

410 Neves, 2008, p. 97-8. Em outros termos mais simples, os “sistemas jurídico e político podem ser descritos, como faz Luhmann figurativamente, como duas bolas de bilhar. Uma não se confunde com a outra. Porém, o jogo só tem sentido quando as duas bolas se tocam. As duas ‘bolas’ sugerem, de uma parte, a separação funcional dos sistemas, e, de outra, um conjunto de prestações entre a política e o direito” (Campilongo, 2000, p. 53).

411 “Hablamos de penetración (penetration) cuando un sistema pone a disposición su propia complejidad (y con ella: indeterminación, contingencia y necesidad de selección) para ayudar en la constitución de otro sistema. En este sentido los sistemas sociales presuponen la ‘vida’. Hay interpenetración cuando esa relación se hace recíproca. Cada uno de los sistemas possibilita entonces la existencia del otro merced a la aportación de la propia complejidad” (Luhmann, 1998, p. 290).

de que, reciprocamente, a “complexidade preordenada” e “a própria racionalidade processada por um dos sistemas sejam postas à disposição do outro, tornando-se acessíveis a este enquanto sistema receptor”⁴¹². De acordo com Neves, contudo, seria precisamente isso o que permitiria a construção de uma racionalidade transversal entre as mais variadas esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial, não apenas como “interferências operativas”, mas, mais apropriadamente, como “mecanismos estruturais” que possibilitam um “intercâmbio construtivo de experiências entre racionalidades parciais diversas”, cuja forma e conteúdo variariam intensamente conforme a “singularidade dos respectivos sistemas ou discursos e de acordo com suas relações específicas”⁴¹³. Assim, embora reconheça que os sentidos atribuídos por ele aos conceitos de racionalidade transversal e acoplamento estrutural sejam afins - “pois a afirmação da primeira supõe a existência do segundo” -, especifica que “a noção de racionalidade transversal importa um *plus* em relação à de acoplamento estrutural”⁴¹⁴.

Para alcançá-lo, Neves recorre à ideia de razão transversão de Welsch, reconstruindo-a à luz de outros pressupostos. A despeito de não vislumbrar a impossibilidade de um metadiscorso ou de uma metanarrativa racional que sirva de parâmetro para as mais variadas racionalidades parciais – o que não acarretaria, contudo, o reconhecimento de um ponto arquimediano forte o suficiente para incorporar em si mesmo uma posição privilegiada de observação da sociedade mundial –, Welsch concebe a razão como um instrumento para a construção de “pontes de transição” entre heterogeneidades discursivas⁴¹⁵. Com isso, expõe uma dupla unilateralidade própria da razão, sobre a qual o pano de fundo de qualquer raciocínio passaria a envolver, necessariamente, o outro lado oculto, que não se deixa ver pela observação concentrada em certo objeto, obrigando-a, assim, a deixar um flanco aberto a fenômenos outros que a transcenderiam. Tal proposta traduziria a necessidade de adoção do ponto de partida oposto como um meio para a

412 Neves, 2009, 37-8.

413 Neves, 2009, 38.

414 Neves, 2009, 38.

415 “With the departure from the Archimedean conception of reason, the axis of reason rotates from verticality to horizontality. Reasons becomes a faculty of transitions. Instead of contemplating from a lofty viewpoint (from a God’s-eye standpoint), it passes between the forms of rationality and its own procedures. Reason is thus transformed from a static and principle-oriented faculty into a dynamic and intermediary faculty. It operates processually. All reason’s activities take place in transitions. These form the *proprium* and the central activity of reason. In view of this transitional character, I designate the form of reason thus outlined as ‘transversal reason’” (Welsch, 2000, item III.1, sem paginação). Cf., também, Welsch, 1998.

reconstrução crítica das objeções do próprio quadro referencial, deslocando a questão em disputa para um parâmetro de linguagem comum a ambos os lados, com o objetivo de alcançar uma base de aceitação tida como irrefutável. Ela ofertaria, nesse sentido, “alternativas para a reconstrução crítica da razão, possibilitando transcender as próprias racionalidades ou, ao menos, não considerá-las de forma tão abrangente”, ou seja, um “procedimento que seria capaz de dotar a razão de uma visão mais imparcial acerca de sua própria posição e provocar o que Welsh chamou de ‘interpretação recíproca’”⁴¹⁶.

Nessa perspectiva, Welsh propõe o conceito de “razão transversal”, que “não tem o *status* de hiperintelecto, mas sim, precisamente, o *status* de razão – o *status* de uma faculdade não de impor decretos, senão de fazer transições”. Ou seja, trata-se de uma razão que não é outorgada aos jogos de linguagem particulares, mas, ao contrário, está envolvida com entrelaçamentos que lhe servem como “pontes de transição” entre heterogêneos. Dessa maneira, Welsh fala de uma “metanarrativa pós-moderna”. Diferentemente da “velha” metanarrativa, que se imporia, mediante opressão, aos respectivos discursos particulares, o seu efeito sobre estes não seria “voluntária ou involuntariamente opressivo, senão conscientemente liberador”. Ele acrescenta: “Poder-se-ia dizer diretamente: ela é a única *metanarrativa* verdadeira – as outras eram mesmo meramente narrativas particulares convertidas funcionalmente em metanarrativas”⁴¹⁷.

Amplamente discutíveis desde as condições de reprodução de uma sociedade mundial multicêntrica, Neves não chega a se apropriar desses conceitos de razão transversal abrangente e de metanarrativa pós-moderna sem algumas relativizações⁴¹⁸. “Tendo em vista que diversas diferenças, pretensões de autonomia e autodescrições da

416 Zaidan de Carvalho, 2015, p. 18. Que prossegue: “Essa ‘interpretação recíproca’, dotada de várias características, estaria apta a promover a saída da razão de seu isolamento posicional ou paroquial para acoplar distintos pontos de vista, submetendo-os à crítica de forma sequencial, além de ajustar pontos de acordo e desacordo segundo processos de argumentação reflexiva. A capacidade de avaliar posições sob o foco da razão construída em processos de interpretação recíproca evitaria, segundo a noção de razão transversal, a imposição de declarações desprovidas de autorreflexão e sujeitaria o discurso racional às mesmas operações lógico-procedimentais da racionalidade [...] É sobre esse esforço que Welsh sugere o seu conceito de razão transversal, situando a razão nos processos de transição entre um ponto e outro do raciocínio, ao estabelecer relações entre razão e racionalidade. Para ele, a razão opera entre as diversas formas de racionalidade; e as atividades de transição da racionalidade (comparação, oposição, interpretação recíproca e análise consequencial) são o efeito das operações lógicas construídas segundo instrumentos próprios de avaliação. Operações próprias a atuar como intermediárias entre o ‘*inferno da atomização e as profundezas da totalização*’” (p. 18-9).

417 Neves, 2009, 39.

418 “In discussing transconstitutionalism I refer to Wolfgang Welsh’s concept of ‘transversal reason’, although I keep my distance somewhat from this ambitious concept, to analyse the limits and possibilities of the existence of ‘transversal rationalities’ (or ‘bridges of transition’), both between the legal system and other social systems (transversal constitutions) and among legal orders within the law as a function system of world society” (Neves, 2015, p. 5).

sociedade encontram-se em relações recíprocas muito distintas”, sentenciou Neves, “a ideia de uma razão abrangente e de um respectivo metadiscurso torna-se sem sentido para os domínios diferenciados de comunicações”⁴¹⁹. Alternativamente, porém, caberia falar em determinadas “racionalidades transversais *parciais*”, que, vinculadas estruturalmente às correspondentes racionalidades particulares – para funcionar como “ponte de transição” específica entre elas –, poderiam desenvolver “seus próprios mecanismos estáveis de aprendizado e influência mútuos”, servindo, conseqüentemente, “à relação construtiva entre as racionalidades particulares dos sistemas ou jogos de linguagem em que se encontram em confronto”⁴²⁰. A construção dessas “pontes de transição” entre “racionalidades parciais” auxiliaria na tarefa de evitar alguns fenômenos relacionados com os aspectos negativos dos acoplamentos estruturais – qual seja, a corrupção sistêmica⁴²¹ – e, mais proximamente, das racionalidades transversais – qual seja, a negação da alteridade pelo *autismo* (atomização) ou pela *expansão imperial* de um âmbito de racionalidade parcial sem reconhecimento do outro⁴²².

No primeiro caso, o problema se associa ao “perigo da atomização”. Uma dinâmica orientada excessivamente na especialização leva a uma letargia em relação às outras formas de racionalidade presentes na sociedade. O “antídoto” contra a atomização, a saber, a construção de “entrelaçamentos” não se impõe nesses casos, antes há uma indiferença e uma apatia do sistema “autista” a respeito deles. De certa maneira, cabem usando uma expressão alemã, associar essa situação à estabilização de um

419 Neves, 2009, 42.

420 Neves, 2009, 42.

421 “A racionalidade transversal, assim como o acoplamento estrutural, é uma forma de dois lados. O lado negativo do acoplamento estrutural são os bloqueios recíprocos das autonomias sistêmicas mediante corrupção dos sistemas envolvidos. Aqui o código de um dos sistemas é sabotado pelo código de um outro sistema, de tal sorte que aquele perde sua capacidade de reprodução consistente. [...] Há inumeráveis fenômenos de corrupção sistêmica, como a face negativa dos acoplamentos estruturais, inclusive pelo código familiar ‘parente/não parente’, pelo código amoroso ‘amor/desamor’, assim como pela diferença difusa entre amigo e inimigo” (Neves, 2009, 43). A corrupção sistêmica poderia permanecer no plano operativo, sendo, pois, momentânea e eventual, ou alcançar o nível estrutural. Em trabalho anterior, Neves referiu-se a essa última situação como um caso de alopoiese do direito, que implicaria o próprio comprometimento generalizado da sua autonomia operacional. Cf., a propósito, Neves, 1996. Cf., também, Neves, 2007, p. 140 ss.

422 “Dando um passo adiante e considerando a racionalidade transversal, cabe observar que o seu lado negativo não se esgota na corrupção sistêmica. Essa se refere à quebra da capacidade de reprodução consistente (autorreferência) por força de bloqueios externos, minando a função seletiva dos acoplamentos estruturais. No nível dos entrelaçamentos que servem às racionalidades transversais como ‘pontes de transição’ entre esferas heterogêneas (aprendizado e intercâmbio recíproco entre racionalidades parciais mediante interferências estruturais), o lado negativo encontra-se especificamente no *autismo* e e na *expansão* de um âmbito de racionalidade sem reconhecimento do outro. A alteridade é negada, tendo em vista que uma esfera de racionalidade perde a capacidade de aprendizado em relação a outra ou atua negativamente para o desenvolvimento dessa” (Neves, 2009, p. 45, sem grifo no original).

“*Fachidiotismus*” [“idiotismo da especialidade”] no plano sistêmico das comunicações e expectativas. [...] Além da “atomização”, há o perigo da “expansão imperialista” de uma racionalidade contra as demais. Usando uma metáfora à francesa, dir-se-ia: uma árvore tende a crescer de tal maneira no jardim, que suas raízes e ramos poderão impedir ou prejudicar a sobrevivência das demais. [...] A “expansão imperial” como lado negativo da racionalidade transversal ocorre quando o sistema que dispõe de um código forte, ao relegar um outro à insignificância, não só prejudica as “pontes de transição”, como também dificulta que os respectivos sistemas atuem adequadamente em relação à sociedade: um por força da tendência hipertrófica; o outro, por força de uma propensão à atrofia⁴²³.

A despeito de constatar a racionalidade transversal como um “produto escasso” do mundo social contemporâneo, Neves argumenta, em contrapartida, que isso não impediria sua compreensão enquanto *exigência funcional* e *pretensão normativa* características da sociedade mundial. Tanto quanto os acoplamentos estruturais, os “entrelaçamentos” que serviriam às racionalidades transversais variariam radicalmente conforme o tipo dos sistemas envolvidos, em suas características, proporções e significados. Os acoplamentos estruturais serviriam antes para a “garantia das autonomias recíprocas mediante a seletividade das influências, relacionando complexidades desordenadas na observação recíproca (interpenetração estável e concentrada)”⁴²⁴. Já os entrelaçamentos promotores de racionalidade transversal serviriam “sobretudo ao intercâmbio e aprendizado recíprocos entre experiências com racionalidades diversas”, importando, por consequência, “a partilha mútua de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos e, portanto, compreensível para o receptor (interferência estável e concentrada no plano das estruturas)”⁴²⁵. A existência daqueles, embora condição necessária, não seria suficiente para a existência desses. Os conceitos de Constituição transversal e do próprio transconstitucionalismo, todavia, pressupõem não apenas acoplamentos estruturais como também entrelaçamentos como “pontes de transição” entre “racionalidades parciais”, sem as quais, mesmo se alcançássemos a superação das corrupções sistêmicas no plano estrutural, permaneceríamos “em um constitucionalismo autista, provinciano, autossuficiente (perigo da atomização), ou caminharíamos para um constitucionalismo imperial como *ultima ratio* do social”⁴²⁶.

423 Neves, 2009, p. 45-7.

424 Neves, 2009, 49.

425 Neves, 2009, 49-50.

426 Neves, 2009, 51.

3.2. Da Constituição transversal (...)

Como visto anteriormente, em sentido moderno, o conceito de Constituição refere-se ao constitucionalismo enquanto experiência histórica associada aos movimentos revolucionários americano e francês do século XVIII. Como semântica político-jurídica que refletiu a pressão estrutural por diferenciação entre política e direito, o constitucionalismo reagiu construtivamente no plano estrutural, servindo como ideologia revolucionária para a configuração da Constituição como artefato possibilitador e garantidor dessa diferenciação⁴²⁷. No âmbito desse amplo processo de transformação da sociedade do tipo hierárquico⁴²⁸ para o tipo funcional⁴²⁹, a concepção de soberania como poder absoluto e incontestável do Estado perdeu significado⁴³⁰, e, como consequência da normatização a normatividade, a Constituição possibilitou a diferenciação entre política e direito, atuando, concomitantemente, como acoplamento estrutural entre esses dois sistemas funcionais.

A Constituição, por um lado, torna o código-diferença “lícito/ilícito” relevante para o sistema político; isso implica que as exigências do Estado de direito e dos direitos fundamentais passam a constituir contornos estruturais da reprodução dos processos políticos de busca pelo poder e de tomada de decisões coletivamente vinculantes, inclusive na medida em que decisões majoritárias democraticamente deliberadas podem ser declaradas inconstitucionais. Por outro lado, torna o código-diferença “poder/não poder” ou, em termos contemporâneos, “governo/oposição” relevante para o sistema jurídico. Isso significa que o processo democrático de tomada de decisão política, no sentido de formação da maioria, passa a constituir variável estrutural da reprodução dos procedimentos jurídicos de solução e absorção de conflitos, inclusive na medida em que a produção de normas jurídicas legislativas fica dependente das decisões políticas deliberadas democraticamente e tomadas majoritariamente⁴³¹.

A concretização desse acoplamento estrutural entre sistemas político e jurídico se dá mediante procedimentos judiciais, administrativos, legislativo-parlamentares, eleitorais e democráticos diretos constitucionalmente instituídos. A interação estabelecida por esse mecanismo de filtragem que exclui determinadas influências e facilita outras, todavia, não é de todo harmoniosa, constituindo-se, ao contrário, como uma relação

427 Cf., *supra*, p. 19, nota 51.

428 Cf., *supra*, item 1.2, p. 11-7.

429 Cf., *supra*, item 1.3, p. 18-25.

430 Cf., *supra*, item 1.4.1, p. 26-31.

431 Neves, 2009, 57.

paradoxal de complementação e tensão recíprocas entre política e direito. Nesse sentido, Estado de direito e direitos fundamentais sem democracia “não encontram garantia de realização, pois todo modelo de exclusão política põe em xeque os princípios jurídicos da legalidade e da igualdade, inerentes, respectivamente, ao Estado de direito e aos direitos fundamentais”, ao passo que, por seu turno, “democracia sem Estado de direito e direitos fundamentais descaracteriza-se como ditadura da maioria”⁴³². A sempre presente possibilidade *jurídica* de expressões democráticas aprovadas majoritariamente serem declaradas inconstitucionais por ofensa ao Estado de direito e aos direitos constitucionais aponta para essa relação paradoxal – perceptível mesmo em termos institucionais⁴³³ –, tanto quanto, por outro lado, a irrupção *política* do poder constituinte como impulso irresistível à refundação geral do direito⁴³⁴. Segundo a teoria dos sistemas, portanto, essa ambivalência da Constituição enquanto acoplamento estrutural permitiria compreendê-la tanto como uma instância do sistema político quanto como um instituto do sistema jurídico. No primeiro caso, ela implica circulação e contracirculação estrutural básica entre *administração, política, público e povo*⁴³⁵, de tal modo ser possível afirmar que o circular processo da democracia é a Constituição em seu sentido político, vale dizer, a dimensão política da Constituição enquanto acoplamento estrutural. No segundo caso, por sua vez, como normatização da normatividade⁴³⁶, a Constituição funciona como instância mais

432 Neves, 2009, 57-8. A propósito dessas expressões democráticas aprovadas majoritariamente, é preciso guardar um certo cuidado para não se incorrer, argumentativamente, numa espécie de falácia da tirania necessária. Tratei dessa questão em Poli, 2012a. Lá, realcei que aqueles a quem o senso comum teórico (cf. *supra*, p. 24, nota 72) atribui a tarefa de concentradamente controlar a constitucionalidade dessas expressões democráticas aprovadas majoritariamente – os tribunais – são órgãos colegiados que também decidem questões por votação majoritária. Com Farber e Frickey, portanto, seria o caso de reconhecer que, se tirania, caos e incoerência “are the inevitable outcomes of majority voting, then appellate courts (which invariably having multiple members and majority voting rules [...] are equally bankrupt. [...] If we accept the thesis as to legislatures, we are left with nowhere to turn” (1991, p. 55). A respeito daquela falácia, cf., também, Waldron, 2006 (para quem: “Either we say that tyranny is tyranny irrespective of how (and among whom) the tyrannical decision is made, or we say – and this is my view – that the majoritarian aspect [*dos processos legislativos*] actually mitigates the tyranny, because it indicates that there was at least one non-tyrannical thing about the decision: It was not made in a way that tyrannically excluded certain people from participation as equal”, p. 1396).

433 Assim, Gargarella, 1996 (para quem: “Dentro de nuestro sistema institucional existe una tensión que aparece cada vez que los jueces analizan la validez de una ley. La tensión a la que me refiero tiene que ver con la posibilidad, siempre latente, de que los jueces consideren que dicha norma no es válida”, p. 11).

434 Cf., *supra*, p. 29, nota 88.

435 *Administração* no “sentido amplo dos procedimentos dos órgãos competentes para a tomada de decisão política e sua execução”, *política* no “sentido estrito, como os processos de formação de programas partidários e escolha entre pessoas e programas”, *público* no sentido de “receptor das decisões” e *povo* “como o público enquanto reage ativamente às decisões da administração” (Neves, 2009, p. 58-9).

436 Cf., *supra*, p. 19-20, especialmente nota 54.

abrangente do sistema jurídico, permeando todos os seus âmbitos de validade – material, temporal, pessoal e territorial – e importando, por consequência, um nível reflexivo do código “lícito/ilícito” – o “constitucional/inconstitucional” – no interior do próprio sistema, fazendo sobrepor a constitucionalidade à legalidade⁴³⁷.

Para além dessa caracterização luhmanianna da Constituição como filtro de irritações e influências recíprocas entre sistemas autônomos de comunicação, contudo, Neves avança no sentido de tratar a Constituição à luz da reconstrução do conceito de razão transversão de Welsch propugnada por ele, de modo a compreendê-la *também* como uma “instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito”, o que envolveria “entrelaçamentos como ‘pontes de transição’ entre ambos os sistemas, de tal maneira que pode desenvolver-se uma racionalidade transversal específica”⁴³⁸.

Se pensarmos em termos de jogos de linguagem, cabe afirmar que ocorre aqui uma síntese e, simultaneamente, uma comutação de sentido. O reingresso (*re-entry*) do político implica um “espaço imaginário” comum que possibilita a comutação discursiva. O que é predefinido politicamente é compreensível juridicamente mediante a Constituição. Diversos procedimentos constitucionais servem a esse intercâmbio e aprendizado mútuo, possibilitando que a consistência jurídica e a adequação política do direito contribua para a consistência política e a adequação jurídica da política. [...] a Constituição transversal não se restringe a uma conexão estrutural no nível da observação de primeira ordem entre sistemas. Ela pressupõe que a política e o direito se vinculem construtivamente no plano reflexivo, implicando observações recíprocas de segunda ordem. [...] No caso da Constituição transversal, o vínculo ocorre entre dois mecanismos reflexivos estruturais: por um lado, a Constituição jurídica como conjunto de normas de normas, ou melhor, processo ou estrutura de normatização de processos de normatização; por outro, a Constituição política como decisão de decisão, ou melhor, processo e estrutura decisórios sobre processos de tomada de decisão coletivamente vinculante. Essa transversalidade reflexiva possibilita uma intensificação do aprendizado, mas pode, eventualmente, atuar parasitariamente para um ou ambos os sistemas⁴³⁹.

Quanto à construção dessas racionalidades particulares transversalmente vinculadas por meio da Constituição, Neves indica o conceito de “justiça” como a racionalidade específica do direito, concebendo-a como “fórmula de contingência” que motiva a ação e a comunicação no sistema jurídico, o que implicaria, em relação a ele, a

437 Neves, 2009, 59.

438 Neves, 2009, 62.

439 Neves, 2009, 62-3.

necessidade de “consistência jurídica” no âmbito da autorreferência (fechamento normativo) e de “adequada complexidade” em relação à sociedade (abertura cognitiva), no âmbito da heterorreferência⁴⁴⁰. Como consequência dessa implicação, a falta de “justiça constitucional interna” (não fechamento normativo) acarretaria a perda da racionalidade jurídica do direito, fazendo subordinando suas decisões, no mais das vezes, “a fatores particularistas os mais diversos, sem significado jurídico específico para a orientação do comportamento e a estabilização das expectativas normativas”⁴⁴¹. Por outro lado, e da mesma forma, a “justiça” como racionalidade específica do sistema jurídico envolveria a necessidade de “justiça constitucional externa” (abertura cognitiva), de modo a possibilitar a convivência não destrutiva “de diversos projetos e perspectivas, levando à legitimação dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos, na medida em que esses servem para reorientar as expectativas em face do direito”⁴⁴².

O conceito de “democracia”, por sua vez, funcionaria como a racionalidade particular da política. Na dimensão da autorreferência (fechamento normativo: consistência política) ela se coloca num plano reflexivo de orientação de processos decisórios por meio da ideia de “povo constitucional” (*We, the People*), limite mesmo da democracia, a partir da qual se lhe concede uma espécie de legitimação por *input*, ou seja, por uma rede de “procedimentos circularmente conectados, que vincula as decisões políticas ao apoio e ao controle do povo constitucional como instância procedimental que fecha o sistema

440 Neves, 2009, 63.

441 Neves, 2009, 64.

442 Neves, 2009, 64. Não seria possível imaginar, todavia, um equilíbrio perfeito entre justiça constitucional interna (consistência jurídica) e justiça constitucional externa (adequação à sociedade). “A justiça do sistema jurídico como fórmula de contingência”, argumentou Neves, “importa sempre uma orientação motivadora de comportamentos e expectativas que buscam esse equilíbrio, que sempre é imperfeito e se define em cada caso concreto. Por um lado, um modelo de mera consistência constitucional conduz a um formalismo social inadequado. [...] Por outro lado, um modelo de mera adequação social leva a um realismo juridicamente inconsistente. [...] Trata-se de um paradoxo funcional do direito, pois o aumento da consistência jurídica implica, em regra, a redução da adequação social do direito e vice-versa. Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca será superado plenamente, pois é condição da própria existência do direito diferenciado funcionalmente: como fórmula de contingência, a superação do paradoxo da justiça implicaria o fim do direito como sistema social autônomo, levando a uma desdiferenciação involutiva ou ensejadora de um ‘paraíso moral’ de plena realização da justiça, assim como o fim da escassez como fórmula de contingência da economia conduziria a um ‘paraíso da abundância’, a saber, ao fim da economia” (2009, p. 65-6). A “justiça”, com Derrida, “é uma experiência do impossível”, vale dizer, uma “vontade, um desejo, uma exigência”, cuja estrutura, “não fosse uma experiência de aporia, não teria nenhuma chance de ser o que ela é, a saber, um *apelo*” (2010, p. 30, grifo no original). Nesse sentido, ela define-se para o direito, assim como a “abundância” para economia, como “ausência” (“injustiça” e “escassez”): inexistindo necessidade de justiça, ou de abundância, direito e economia tornar-se-iam desnecessários.

político”⁴⁴³. A relação de legitimação político-democrática *input/output*, contudo, apontaria para a dimensão da heterorreferência (abertura cognitiva: adequação à sociedade), de modo a “possibilitar o convívio de forças antagônicas em uma esfera pública política abrangente”⁴⁴⁴, integrada por um conjunto amplo de valores, interesses, expectativas e discursos que emergem do chamado “mundo da vida”⁴⁴⁵, operacionalizado “mediante as inúmeras interações cotidianas não estruturadas sistêmico-funcionalmente nem sistêmico-organizacionalmente, e reproduzido por meio da linguagem natural não especializada”⁴⁴⁶.

A vinculação das racionalidades particulares dos sistemas político e jurídico pela Constituição transversal se efetivaria pelo relacionamento construtivo entre os princípios da “igualdade” (base do conceito de “justiça” enquanto racionalidade específica do direito) e da “participação” (base do conceito de “democracia” enquanto racionalidade específica da política). Caberia observar, nesse sentido, a relevância do princípio da igualdade para a democracia, estabelecida pela Constituição – transversal – do Estado moderno: a “igualdade primariamente jurídica incorpora-se ao sistema democrático mediante as comutações procedimentais estabelecidas na Constituição como ‘ponte de transição’ que possibilita ‘re-entries’ construtivas entre racionalidade jurídica e política no

443 Neves, 2009, 71.

444 Neves, 2009, 71.

445 A propósito da releitura do conceito habermasiano de “mundo da vida” à luz da teoria dos sistemas, cf., Neves, 2008 (onde argumenta: “O modelo habermasiano de compreensão da sociedade moderna a partir primordialmente da noção intersubjetiva (e, portanto, do conceito de agir comunicativo) parece-me insuficiente em face da complexidade do mundo social contemporâneo. As relações intersubjetivas orientadas para o entendimento constituem uma variável relevante da reprodução do mundo da vida. Isso é incontestável. Mas Habermas sobrecarrega, com sua pretensão consensualista, o mundo da vida enquanto horizonte dos agentes comunicativos ou da construção da intersubjetividade. [...] Embora a contribuição habermasiana sobre o mundo da vida e a ação comunicativa não seja imprestável no que concerne à consideração das esferas de comunicação não estruturadas sistemicamente, afigura-se-me imprescindível a sua releitura à luz da teoria dos sistemas”, p. 125).

446 Neves 2009, 72. De maneira análoga ao que se passa no sistema jurídico, “legitimidade” política define-se como “ausência” (cf., supra, p. 123, nota 454), não sendo possível, por consequência, imaginar um equilíbrio perfeito entre a consistência da autolegitimação pelo “povo constitucional” enquanto instância procedimental e a adequação à sociedade: “caso haja um excesso de legitimação por *input* do sistema político, fica enfraquecida a sua legitimação por *output* e vice-versa. Essa questão relaciona-se com o fato de que a *legitimidade* como fórmula de contingência que serve à motivação da ação e comunicação no sistema político constitui um paradoxo não superável definitivamente, mas apenas controlado e solucionado em casos procedimentais concretos. [...] Daí por que a eliminação do paradoxo da legitimidade como fórmula de contingência importaria o fim de um sistema político diferenciado, seja por força de uma desdiferenciação regressiva no sentido de uma política tradicional (presente ainda no início da era moderna: Estado absoluto) orientada para o ‘bem comum’ ou em virtude da construção do ‘paraíso’ da desnecessidade de legitimidade decorrente de um consenso moral comunitário, modelos incompatíveis com a política complexa da sociedade mundial do presente” (Neves, 2009, p. 73).

plano estrutural”⁴⁴⁷. Dessa forma, por um lado, sem indivíduos com direitos políticos iguais, a racionalidade específica da política – a democracia – não teria nenhum sentido; por outro, contudo, a concretização normativa do princípio da igualdade – base do conceito de “justiça” como racionalidade específica do direito – dependeria de procedimentos democráticos de legislação, eleição e participação direta, tanto quanto da diferenciação entre política e administração.

No que diz respeito aos procedimentos democráticos, isso significa que a maioria democrática eventual não pode suspender ou destruir o princípio constitucional da isonomia, sob pena não só de destruir a própria justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico, mas também de impossibilitar o apoio político generalizado em uma sociedade complexa e heterogênea, ao negar os direitos políticos iguais. A igualdade jurídica pressuposta pela política democrática exige, mediante a Constituição transversal, que a maioria procedimental sirva de suporte para a sua manutenção, assegurando os direitos iguais das minorias e neutralizando a diferença “governo/oposição” em relação ao sistema jurídico. Tanto se essa diferença for suspensa na política quanto se ela passar a ser determinante no âmbito da solução de casos jurídicos, a isonomia jurídica perde o seu significado prático. Por sua vez, a diferença entre política e administração “possibilitar a aplicação prática do princípio da igualdade” no âmbito da burocracia estatal. Dessa maneira, os funcionários têm condições de aplicar a lei igualmente, independentemente dos interesses concretos daqueles que detêm mais poder no jogo político ou que dispõem de maior influência política em virtude de outras variáveis sociais (econômicas, familiares, científicas etc.). É evidente que, onde a diferença entre política e administração não se realiza satisfatoriamente ou não tem relevância prática, a força imunizadora da igualdade jurídica é insignificante, e portanto, a Constituição transversal está ausente⁴⁴⁸.

Mais do que simplesmente um acoplamento estrutural entre sistemas funcionais político e jurídico, portanto, a Constituição em sentido moderno teria surgido como uma “ponte de transição” institucional entre eles, servindo, conseqüentemente, ao desenvolvimento de uma “racionalidade transversal específica” que, impedindo os efeitos destrutivos do sistema político sobre o sistema jurídico e vice-versa, promoveria o aprendizado e o intercâmbio recíproco das experiências específicas com uma forma diversa de racionalidade. Todavia, tanto quanto a Constituição como acoplamento estrutural, que tem na corrupção sistêmica o seu lado negativo⁴⁴⁹, esse *plus* representado pela transversalidade constitucional entre sistemas político e jurídico configuraria uma forma de

447 Neves, 2009, 74.

448 Neves, 2009, 75.

449 Cf., *supra*, p. 119, notas 421.

dois lados, abrangente, também, de irracionalidades alimentadas reciprocamente⁴⁵⁰. Nesse contexto, caberia reconhecer a *politização* em detrimento do direito (a ação parasitária da política) e a *juridificação* em detrimento da política (o direito como parasita em face de outro parasita) como modelos de expansão sistêmica em prejuízo da relevância de uma racionalidade diversa. Nessas hipóteses de excesso de democracia enfraquecendo o Estado de direito, ou de excesso de Estado de direito enfraquecendo o jogo democrático, a prática constitucional respectiva passaria a ser inadequada para a outra esfera e, de maneira mais abrangente, para a sociedade em geral: “judiciário com pretensão de ocupar o espaço da legitimação política; parlamento e governo com aspirações de serem referências para a solução de casos jurídicos” – duas saídas *subcomplexas*, “que levam tanto à desconsideração da justiça como igualdade assegurada pelo Estado de direito quanto o desprezo à legitimidade política fundada democraticamente”⁴⁵¹. Tratar-se-ia de outro paradoxo⁴⁵², dessa vez relativo à transversalidade entre Estado de direito e democracia, que, tanto quanto os demais, embora não solucionável em definitivo, haveria de ser controlado concretamente, nos casos de conflito entre as racionalidades política e jurídica. Para esse propósito, exerceriam função decisiva os tribunais constitucionais, organizações extravagantes em que a questão da Constituição como acoplamento estrutural – e “ponte de transição” institucional – entre sistemas político e jurídico manifesta-se concentradamente⁴⁵³.

Essa interação entre Têmis e Leviatã é, por definição, uma relação difícil⁴⁵⁴. A emergência de constituições estatais como instituições da racionalidade transversal, nesse contexto, condicionar-se-ia à efetivação de amplos pressupostos sociais, nomeadamente os relativos à existência de um contexto social de diferenciação funcional e de inclusão social abrangente. Pelo lado de Têmis, somada à exclusão social primária e abrangente, a predominância de mecanismos de desdiferenciação funcional das esferas sociais tornaria

450 Cf., *supra*, p. 119, notas 422.

451 Neves, 2009, 76-7.

452 Cf., *supra*, p. 124, nota 442, e p. 125, nota 446.

453 “Além de sua função de filtragem seletiva de influências e irritações, eles [*os tribunais constitucionais*] servem ao bom funcionamento da Constituição como ‘ponte de transição’ entre racionalidades diversas. De certa maneira, pode-se dizer que eles atuam como fiscalizadores da legitimidade das passagens nos dois sentidos dessas ‘ponte’, servindo à realização da racionalidade transversal nos casos constitucionais. Embora contribuam casuisticamente para o controle e a solução do paradoxo decorrente do entrelaçamento constitucional entre política e direito, eles não podem abolir esse paradoxo, pois isso significaria a abolição da Constituição. E, muitas vezes, podem acentuar irracionalmente esse paradoxo, seja por uma atitude judicializante ou por uma postura politizante” (Neves, 2009, p. 77).

454 Neves, 2008.

impossível a “imunização do sistema jurídico perante desigualdades juridicamente irrelevantes”, não se afirmando, conseqüentemente, “a força normativa do princípio constitucional da igualdade”⁴⁵⁵. Pelo lado de Leviatã, por sua vez, a falta de autonomia política perante interesses econômicos e valores particularistas de grupos os mais diversos impede a construção da “democracia enquanto apoio generalizado ao sistema político, condição de possibilidade do fechamento desse sistema”, em cujo funcionamento, ademais, a “prevalência do código ‘inclusão/exclusão’ pode erodir de tal forma a igualdade dos direitos políticos, levando àquelas situações em que a democracia reduz-se a uma fórmula política ou é fortemente deficitária”⁴⁵⁶. Tanto quanto as racionalidades transversais⁴⁵⁷, portanto, caberia reconhecer que “as constituições transversais dos Estados são ‘produtos escassos’ da sociedade atual”⁴⁵⁸.

Nesse contexto, a subordinação estrutural de um sistema a outro, especialmente do direito à política, impede que se construa e se desenvolva uma Constituição transversal apta a promover o aprendizado e o intercâmbio recíproco, construtivo e duradouro de experiências com as racionalidades próprias de cada um desses sistemas. Na falha do acoplamento estrutural como seu pressuposto, não se pode desenvolver a respectiva racionalidade transversal. O surgimento, a formação e o desenvolvimento de Constituição transversal do Estado poder ser bloqueados em diversos níveis⁴⁵⁹.

3.3. (...) ao transconstitucionalismo entre ordens jurídicas.

Confrontado pela emergência de ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais com pretensões de autoafirmação que transcendem, pondo-o em cheque, o princípio da soberania estatal como viga mestra do direito internacional público clássico, Neves passa a considerar o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas como modelo de referência para o tratamento de questões constitucionais. Não seria o caso, argumentou ele, de restringir a discussão ao surgimento, para além do Estado, de instituições que

455 Neves, 2009, p. 78. Que prossegue, especificando o argumento: “Se a diferença ‘inclusão/exclusão’ afasta sistematicamente a validade do código jurídico ‘lícito/ilícito’, o princípio da igualdade torna-se uma ilusão textual. E, relacionado a esse problema, a presença sistemática de bloqueios (imediatos) da autonomia do direito, sistema orientado primariamente pelo código ‘lícito/ilícito’, por outras diferenças sistêmicas, como ‘ter/não ter’ ou ‘governo/oposição’, faz com que a norma da igualdade perca o seu significado funcional, pois ela, de certa maneira, pressupõe e garante a autonomia operativa do sistema jurídico”.

456 Neves, 2009, p. 79.

457 Cf., *supra*, p. 120.

458 Neves, 2009, p. 82.

459 Neves, 2009, p. 80.

configurariam equivalentes funcionais à Constituição transversal do Estado constitucional, a exemplo da paradigmática tendência teórica que aponta para a possibilidade de configuração de um constitucionalismo internacional ou supranacional no plano global⁴⁶⁰, ou, alternativamente, restringe essa possibilidade a um constitucionalismo supranacional que se desenvolva numa região determinada do globo⁴⁶¹. Tampouco haveria ela de restringir-se aos enquadramentos teóricos que, sem desconsiderar a inexistente perspectiva de uma política mundial abrangente capaz de prescindir dos Estados nacionais⁴⁶², fundamentam-se, em outra direção, no enfraquecimento do significado da Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito, e, como uma sua consequência, na emergência de “Constituições civis globais”⁴⁶³.

A questão seria outra sob a ótica do transconstitucionalismo, relacionando-se, mais propriamente, com a proliferação de ordens jurídicas diferenciadas *dentro de um mesmo sistema funcional* da sociedade mundial moderna – o direito –, subordinadas, portanto, ao mesmo código binário “lícito/ilícito”, mas com programas e critérios diversos. Em outras palavras, do surgimento dessa pluralidade de ordens jurídicas, cada qual detentora dos seus particulares elementos (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão de identidade (dogmática jurídica), teria resultado uma diferenciação no interior do próprio sistema jurídico, a partir da qual se estratificaria uma distinção de “níveis” não apenas entre ordens jurídicas estatal, supranacional e internacional, como também de outras transnacionais, desvinculadas, em razão de sua transterritorialidade, do direito estatal⁴⁶⁴.

Isso significa dizer que não só a sociedade mundial, mas também o seu sistema jurídico é multicêntrico, de tal maneira que, na perspectiva do centro (juízes e tribunais) de uma ordem jurídica, o centro de uma outra

460 Neves, 2009, p. 85 ss. Nesse sentido, cf., Habermas, 2001 (abordando a questão segundo a possibilidade ou não de uma “*mudança de rumo* no sentido de uma política interna mundial [*Weltinnenpolitik*] sem um governo mundial”, p. 132, grifo no original). De maneira semelhante, também Ferrajoli, 2007.

461 Neves, 2009, p. 99 ss.

462 Cf., *supra*, p. 113.

463 Neves, 2009, p. 108 ss. Nesse sentido, cf. Teubner, 2003 (em que, tratando da pré-condição kantiana necessária à paz mundial, qual seja, que os Estados nacionais outorgassem uma Constituição republicana e formassem um tipo de confederação política, afirmou: “Uma globalização unitária de outros aspectos sociais seria, então, possível, assim *e.g.* um direito genérico de hospitalidade como um *ius cosmopolitanum*. Mas a nova experiência não é uma globalização unitária da sociedade sob a condição da política, e sim processos globalizadores fragmentados da sociedade civil em relativa independência da política”, p. 12). Cf., também, Teubner, 2005.

464 Neves, 2009, p. 115-6.

ordem jurídica constitui uma periferia. Nesse sentido, por exemplo, para o judiciário brasileiro, tanto os juízes de outros Estados quanto os tribunais de ordens jurídicas internacionais, supranacionais e transnacionais, quando suas decisões são por ele levadas em conta, apresentam-se como periferia e vice-versa. E, a esse respeito, podemos partir de qualquer tipo de ordem jurídica com pretensão de autonomia. Essa situação importa relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, *sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma ultima ratio jurídica*⁴⁶⁵.

Com base nesse impossível reconhecimento de um primado definitivo de qualquer das ordens jurídicas diferenciadas num sistema jurídico multicêntrico, Neves assume como categoria de trabalho a ideia de “conversação” ou “diálogo”⁴⁶⁶ entre as cortes representativas desses vários níveis⁴⁶⁷. O peculiar do transconstitucionalismo, contudo, não seria o entrelaçamento de ordens jurídicas, vale dizer, o “transnacionalismo jurídico”, senão o inter-relacionamento dessas ordens no plano reflexivo de suas estruturas normativas autovinculantes que dispõem de primazia, constitutivo de uma “conversação constitucional” incompatível com a ideia de “ditado constitucional” de uma ordem em relação a outra⁴⁶⁸. Tais “conversações” – definíveis, a rigor, como comunicações transversais que perpassam fronteiras entre ordens jurídicas – não haveriam de traduzir qualquer ideia de cooperação permanente⁴⁶⁹. Sendo frequentes – e, mais que isso,

465 Neves, 2009, p. 117.

466 Essa interação “centro/periferia” entre ordens jurídicas diferenciadas num sistema jurídico multicêntrico recebeu tratamento significativamente variado pela literatura especialidade, evidenciando, assim, como bem percebido por Dias e Mohallem, “a dificuldade teórica inaugurada por uma prática que se tornou ‘lugar comum’” (2016, p. 349). Cf., por exemplo, Slaughter, 1994, compreendendo essa interação como uma espécie de “transjudicial communication” (p. 103 ss), e Slaughter, 2004, identificando-a como um tipo de “constitutional cross-fertilization” (p. 69), terminologia igualmente incorporado por Carvalho Ramos (2011/2012, p. 514), também com base em Jakobs, 2003. Cf., também, Epstein; Knight, 2003 (tratando-a como um tipo de “constitutional borrowing”).

467 Como observa Neves, contudo, nem todo entrelaçamento de ordens jurídicas ocorre entre tribunais. “Muitas vezes, há a incorporação de normas de outra ordem, sem intermediação de diálogos entre tribunais. Uma reinterpretação da própria ordem a que está vinculado um tribunal pode ocorrer em face da incorporação de sentidos normativos extraídos de outras ordens jurídicas. Além disso, em outros níveis do sistema jurídico, há aprendizados e intercâmbios permanentes, como ocorre na relação informal entre legislativo, governos e administração de diversos países. Sem dúvida, porém, a forma mais relevante de transversalidade entre ordens jurídicas é a que perpassa os juízes e tribunais, seja interjudicialmente ou não” (2009, p. 118).

468 “Ou seja, não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora; Há reconstrução de sentido, que envolve uma certa desconstrução: tanto conteúdos de sentido do ‘outro’ são desarticulados (falsificados!) e rearticulados internamente, quanto conteúdos de sentido originários da própria ordem são desarticulados (falsificados!) e rearticulados em face da introdução do outro” (Neves, 2009, p. 118).

469 “O termo ‘diálogo’ é usado, habitualmente, para referir-se ao discurso orientado para o entendimento ou consenso, nos termos da filosofia social de Jürgen Habermas. Este não é o sentido em que utilizo a expressão. Emprego ‘diálogo’ e ‘conversação’, antes, para referir-me a forma de comunicação orientada para a absorção do dissenso, pressupondo a duplo contingência [*como será visto a seguir*], embora saiba

inevitáveis – os conflitos entre perspectivas diversas, no limiar, “toda ‘conversação’ entre cortes carrega em si o potencial de disputa”⁴⁷⁰. A questão posta pelo transconstitucionalismo, nesse sentido, seria a de como solucionar essas disputas relativas a problemas constitucionais que o ensejam, mas “sem a imposição *top down* na relação entre ordens”⁴⁷¹.

Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassaram fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas. O mesmo ocorreu com a organização do poder, com a questão de como combinar a limitação e o controle do poder com sua eficiência organizacional. O tratamento desses problemas deixou de ser um privilégio do direito constitucional do Estado, passando a ser enfrentado legitimamente por outras ordens jurídicas, pois eles passaram a apresentar-se como relevantes para essas. A questão do transconstitucionalismo não se refere, portanto, à referência inflacionária à existência de uma Constituição em praticamente toda nova ordem jurídica que emergem com pretensão de autonomia. Não interessa primariamente ao conceito de transconstitucionalismo saber em que ordem se encontra uma Constituição, nem mesmo defini-la como um privilégio do Estado. O fundamental é precisar que os problemas constitucionais [*relativos à proteção de direitos fundamentais e à organização e limitação do poder*] surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas⁴⁷².

Segundo argumentou Neves, essa fragmentação dos problemas constitucionais restaria desestruturada se cada uma das ordens jurídicas envolvidas pretendesse enfrentá-los isoladamente a cada caso, impondo-se, a partir daí, e como pressuposto mesmo do transconstitucionalismo, a necessidade de “diálogo” ou “conversação” transconstitucional entre elas. Dessa forma, quando questões relativas à proteção de direitos fundamentais “submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversação’ constitucional é indispensável”, tanto quanto, “surgindo questões organizacionais básicas da limitação e controle de um poder que se entrecruza entre ordens jurídicas, impõe-se a construção de ‘pontes de transição’ entre as estruturas reflexivas das respectivas ordens”⁴⁷³. Não se trata de conceber o transconstitucionalismo como panaceia capaz de “levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial”, senão de, reconhecendo a insuficiência das racionalidades parciais constitutivas das mais variadas

não ser esse o uso habitual dessas expressões” (Neves, 2014b, p. 193-2).

470 Neves, 2009, p. 117..

471 Neves, 2009, p. 118.

472 Neves, 2009, p. 120-1, sem grifo no original.

473 Neves, 2009, p. 129.

ordens jurídicas, tomá-lo como uma “forma eficaz de dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna”⁴⁷⁴.

As ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais, consideradas como tipos específicos, são incapaz de oferecer, isoladamente, respostas complexamente adequadas para os problemas normativos da sociedade mundial. Os modelos de constitucionalismo internacional supranacional ou transnacional, como alternativas à fragilidade do constitucionalismo estatal para enfrentar os graves problemas da sociedade mundial, levam a perspectivas parciais e unilaterais, não oferecendo, quando considerados isoladamente, soluções adequadas para os problemas constitucionais do presente. O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicos do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial⁴⁷⁵.

A despeito de intensamente desenvolvido no plano estrutural, contudo, tal modelo ainda se encontra bastante “limitado no âmbito da semântica constitucional da sociedade mundial”, muito em razão da “persistência do provincianismo constitucional, especialmente no âmbito do direito estatal”⁴⁷⁶. Assim, por exemplo, nas relações entre ordens jurídicas internacional e estatal – mais precisamente entre ordens convencional interamericana e constitucional brasileira, que mais de perto interessam ao desenvolvimento desta tese⁴⁷⁷ –, problemas transconstitucionais aparecem persistentemente

474 Neves, 2009, p. 122. Em outros termos, caberia enfatizar que, “embora a sociedade mundial, até o momento, seja orientada primariamente por expectativas cognitivas [...], o transconstitucionalismo parece ser a alternativa mais promissora para a fortificação de sua dimensão normativas” (Neves, 2009, p. 130-1). Cf., a propósito, *supra*, p. 113, nota 399.

475 Neves, 2009, p. 131.

476 Neves, 2009, p. 131. Cf., a propósito, *supra*, p. 76. Cf., também, Ackerman, 1997, alertando para os riscos de um “emphatic provincialism”, identificado por ele na prática e na teoria constitucional americanas.

477 Analisando quase uma centena de casos em que ordens jurídicas de diferentes dimensões são confrontadas entre si, Neves desenvolve abrangentes considerações acerca da necessária construção de soluções fundadas no entrelaçamento entre elas. O transconstitucionalismo, nesse sentido, abarcaria “conversações” não hierárquicas entre diferentes ordens jurídicas estatais, entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas supranacionais – *v.g.*, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias –, entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas transnacionais *stricto sensu* – *v.g.*, a *lex mercatoria*, tomada como uma “ordem jurídico-econômica mundial no âmbito do comércio transnacional, cuja construção e reprodução ocorre primariamente mediante contratos e arbitragens decorrentes de comunicações e expectativas recíprocas estabilizadas normativamente entre atores e organizações privadas” (Neves 2009, p. 189), bem como a *lex sportiva*, compreendida como “ordem jurídica construída em conexão com o esporte como sistema funcional da sociedade mundial, mediante as associações esportivas transnacionais” (Neves, 2009, p. 197) –, entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais nativas, “cujos pressupostos antropológico-culturais não se compatibilizam com o modelo de constitucionalismo do Estado” (Neves, 2009, p. 216), e entre direito supranacional e direito internacional, destacando-se, nesse particular, a relação entre “o Tribunal Europeu de Direitos Humanos

perante elas em forma de *hidra*, sem que seja possível, contudo, a identificação de qualquer “Constituição-*Hércules*” capaz de solucioná-los a todos⁴⁷⁸, seja na Constituição do sistema de justiça constitucional brasileiro, seja na “Constituição” do sistema de justiça convencional interamericano⁴⁷⁹. Essa impossibilidade apontaria, invariavelmente, para a necessidade de formas de “*re-entry*” nas perspectivas de observação recíproca, pois, partindo primariamente da ordem interestatal, a perspectiva convencional confronta-se com as compreensões particulares das instituições e dos problemas por parte da correspondente perspectiva constitucional estatal brasileira. Dessa forma, se, por um lado, o unilateralismo internacionalista apresenta-se como algo absolutamente problemático – não porque seria cabível recorrer argumentativamente aos princípios tradicionais da soberania estatal ou da autodeterminação dos povos, mas sim porque, “sem autoinstitucionalização do constitucionalismo no plano estatal, falta uma das racionalidades jurídicas específicas necessárias à afirmação do transconstitucionalismo” –, por outro, de maneira igualmente problemática, o unilateralismo nacionalista, quando assume como ponto de partida exclusivamente a ordem jurídico-constitucional, é confrontado pela crescente “dificuldade de deixar de lado as instituições e normas de direito internacional público em nome da soberania”, a qual “não pode ser mais legitimada simplesmente como um conceito de autonomia territorial, mas sim cada vez mais como uma noção relativa a ‘uma responsabilidade política regional nas condições estruturais da sociedade mundial’”⁴⁸⁰.

Nesse sentido, o transconstitucionalismo específico entre ordem internacional e ordem estatal apresenta-se na forma de uma “Constituição” em que se “engatam” a responsabilidade do Estado perante o seu contexto social interno e a sua “responsabilidade interestatal”, mas também abrange o entrelaçamento dessas

(TEDH) e a ordem normativa da União Europeia, inclusive o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”, tanto quanto “a Organização Mundial do Comércio e a União Europeia” (Neves, 2009, p. 219-230), sendo possível, ainda, para além dessas cinco formas apresentadas, “vislumbrar o entrelaçamento de problemas constitucionais entre ordens internacionais, entre ordens transnacionais, entre uma desse tipo e outra daquela espécie, entre ordem internacional e local, entre ordem transnacional e local, entre ordens transnacionais e ordens supranacionais, entre ordens locais, entre ordem supranacional e local e, em perspectiva, entre ordens supranacionais em sentido estrito” (Neves, 2009, p. 235). Como já assinalado, contudo, concentro-me, e com exclusividade, nas “conversações” entre os sistemas de justiça constitucional brasileiro e convencional interamericana, respectivamente encabeçados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (cf., *supra*, p. 36, nota 116.).

478 Neves, 2009, p. 121-2. Em outro contexto, e com outros propósitos em mente, cf. essa metáfora também em Neves, 2013.

479 Cf., *supra*, p. 108, nota 385.

480 Neves, 2009, p. 133-4.

responsabilidades estatais com a “responsabilidade interestatal” da organização internacional que, por sua vez, serve à “intermediação entre ordens sociais estatais”. Ou seja, tanto em uma perspectiva quanto em outra, os problemas constitucionais passam a ter uma relevância simultânea, exigindo novos modelos de análise: não só o provincianismo estatista deve ser aqui rejeitado; igualmente é prejudicial a um modelo racionalmente adequado de solução de conflitos o pseudouniversalismo internacionalista, que, antes, constitui uma outra forma de visão provinciana dos problemas constitucionais⁴⁸¹.

3.4. O método do transconstitucionalismo: limites e possibilidades.

Funcionando como “exigência funcional” e “pretensão normativa”⁴⁸², o enquadramento teórico desenvolvido por Neves procura dar conta de situações complexas que apontam para um “sistema mundial de níveis múltiplos, no qual ocorre um transconstitucionalismo pluridimensional, que resulta da relevância simultânea de um mesmo problema jurídico-constitucional para uma diversidade de ordens jurídicas”⁴⁸³. O termo “níveis”, contudo, não haveria de ser compreendido como uma espécie de “conexão escalonada”, constitutiva de um modelo “hierárquico-piramidal” para as ordens jurídicas multicêntricas da sociedade mundial policontextual. Antes, refere-se ele a uma pluralidade de ordens fortemente diversificada em seus respectivos tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de autocompreensão e modos de concretização, da qual resultariam entrelaçamentos por meio dos quais nenhuma das ordens envolvidas poderia apresentar-se legitimamente como detentora da *ultima ratio* discursiva – em poucas palavras, um sistema multicêntrico heterárquico, em que o nexo circular entre suas ordens componentes admitiria somente uma fraca noção de “conexão entrelaçada” entre elas⁴⁸⁴.

Nesse contexto, ocorre o entrelaçamento entre diversas ordens jurídicas, cada uma delas com pretensão de autofundamentação realizada em grau maior ou menor, confrontadas com problemas jurídico-constitucionais que lhes são igualmente relevantes. [...] Nessas circunstâncias, um caminho equivocado seria negar a abertura cognitiva das respectivas ordens para os sistemas sociais com o qual se encontram confrontadas, o que impediria o surgimento da transversalidade constitucional. Mas o que é especificamente preocupante, no plano da conexão de ordens jurídicas, é o risco, sempre presente, de um fechamento normativo de uma ordem perante a outra, em detrimento da solução adequada dos problemas constitucionais comuns. Nesse caso, tende-se a uma fragmentação

481 Neves, 2009, p. 135.

482 Neves, 2009, p. 238.

483 Neves, 2009, p. 235.

484 Neves, 2009, p. 237.

destrutiva ou impeditiva da construção das “pontes de transição” entre ordens jurídicas diversas. O transconstitucionalismo, no sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, apresenta-se como um modelo fundamental de viabilização de um tratamento satisfatório desse risco⁴⁸⁵.

A questão dos direitos fundamentais aparece como tema central do transconstitucionalismo. Inicialmente configurada como um problema jurídico-constitucional dos Estados nacionais, ela perpassaria atualmente todas as ordens jurídicas integrantes daquele “sistema jurídico multicêntrico heterárquico de níveis múltiplos”. As controvérsias transconstitucionais contemporâneas decorreriam, em grande medida, da conflituosa pluralidade de interpretações e concretizações de normas a eles relativas, tanto quanto da incongruência prática dos seus diferentes tipos. É nesse contexto que, segundo Neves, tomaria significado especial o “transconstitucionalismo pluridimensional” dos direitos fundamentais, que, cortando “transversalmente ordens jurídicas dos mais diversos tipos”, tornaria tais controvérsias concomitantemente relevantes “para várias ordens jurídicas, levando a colisões de difícil solução e, por isso mesmo, exigindo que haja uma ‘conversação’ transconstitucional mediante ‘pontes de transição’ que possibilitem aprendizados recíprocos entre as ordens envolvidas”⁴⁸⁶.

Estabelecida como uma necessidade derivada da pretensão normativa de admissão do transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, essa “postura dialógica” não haveria de ser adequadamente compreendida a partir dos modelos de *convergência* ou *resistência* entre direito interno, de um lado, e direito estrangeiro e internacional, por outro. Aquele, base para a pretensão de hegemonia convencional manifestada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, orienta-se para a irrestrita inclusão do outro, tomando as Constituições estatais “as sites for implementation of international law or for development of transnational norms”⁴⁸⁷; este, por sua vez, base para a pretensão de hegemonia constitucional manifestada pelo Supremo Tribunal Federal, orienta-se, contrariamente, para a absoluta exclusão do outro, tomando as Constituições estatais como “a basis for resistance to, or differentiation from, foreign law or practice”⁴⁸⁸, e fazendo-as funcionar, como consequência, “as an affirmative reason to resist

485 Neves, 2009, p. 237.

486 Neves, 2009, p. 256-7.

487 Jackson, 2005, p. 112

488 Jackson, 2005, p. 113

constitutionalizing human rights norms derived from transnational sources”⁴⁸⁹. Nenhum desses modelos seria apropriado ao transconstitucionalismo, cujo funcionamento pressuporia a aceitação de um modelo de *articulação* entre pretensões internas e externas de proteção de direitos fundamentais. A partir dele, o direito constitucional poderia ser compreendido como um *locus* de articulação entre o direito interno e as fontes e práticas jurídicas internacionais. Nessa perspectiva, “the constitution’s interpreters do not treat foreign or international material as binding, or as presumptively to be followed”, mas tampouco “do they put on blinders that exclude foreign legal sources and experience”, de modo que “[*transnational*] sources are seen as interlocutors, offering a way of testing understanding of one’s own traditions and possibilities by examining them in the reflection of others”⁴⁹⁰.

Segundo compreendido por Neves, esse modelo de *articulação* redundaria num modelo de “entrelaçamento transversal” em que as “pontes de transição” entre ordens jurídicas ocorreriam no nível constitucional. O intercâmbio e o aprendizado com o outro, nesse sentido, constituiriam o lado positivo desse entrelaçamento, mas, justamente porque não existiria uma mera convergência, exsurgiriam momentos de colisão que implicariam a afirmação de uma identidade constitucional em detrimento da outra. Essa “dialética” do transconstitucionalismo “implica uma forma de dois lados, sendo o valor positivo a interlocução construtiva entre ordens jurídicas”⁴⁹¹. O reconhecimento desse modelo de “entrelaçamento transversal”, contudo, impediria que o método do transconstitucionalismo fosse reconduzido à identidade de uma ordem jurídica determinada. Seu ponto de partida, dessa forma, seria a “dupla contingência”, não apenas em relação ao direito como sistema funcional abrangente da sociedade mundial, mas também em relação a suas ordens jurídicas enquanto sistemas parciais na diferenciação interna do sistema jurídico, sobretudo, mas não necessariamente, entre seus tribunais⁴⁹².

A dupla contingência implica que *ego* conta com a possibilidade de que a ação de *alter* seja diversa daquela que ele projetou e vice-versa. Embora não possa persistir uma “pura dupla contingência” – pois há condicionamentos da interação e a “absorção da insegurança” mediante a “estabilização de expectativas” –, “a tentativa de prever precisamente o

489 Jackson, 2005, p. 114

490 Jackson, 2005, p. 114

491 Neves, 2009, p. 259-260.

492 Cf., *supra*, p. 130, nota 467.

outro fracassaria inevitavelmente”. Isso importa a suposição mútua de “graus de liberdade” (a ação de *alter* pode ser bem diversa da projetada no vivenciar de *ego* e vice-versa), que converte o comportamento em ação: “O comportamento torna-se ação no espaço de liberdade de outras possibilidades de determinação”. E a própria dupla contingência como “autocatalisadora” dos sistemas sociais supõe a liberdade recíproca na forma de “uma incerteza que se condiciona a si mesma” em um círculo autorreferencial: “Eu não me deixo determinar por ti, se tu não te deixas determinar por mim”. Disso decorre que a dupla contingência envolve uma combinação de não identidade e identidade. “*Ego* vivencia *alter* como *alter ego*. Ao mesmo tempo que tem a experiência com a *não identidade das perspectivas*, *ego* vivencia a *identidade dessa experiência de ambos os lados*”⁴⁹³.

Considerando especificamente o reconhecimento entre ordens jurídicas como uma questão de dupla contingência, o problema da negação (do reconhecimento) colocaria-se justamente quando um dos polos não se dispusesse a suportar a liberdade do outro, seja porque não considera o comportamento de *alter* como ação, seja porque não leva a sério a não identidade de sua particular perspectiva. “Quando o ‘também-ser-possível-de-outra-maneira’ do comportamento de *alter* não faz parte do vivenciar de *ego*, a perspectiva daquele é desprezada”, e, assim, “na negação da perspectiva do outro, a desconfiança expande-se de tal maneira que impede a construção de interações fundadas na dupla contingências”⁴⁹⁴. Dado o estabelecimento dessa dupla contingência como ponto de partida para o transconstitucionalismo, contudo, ele haveria de ser construído a partir de uma metodologia que não se concentrasse nesse tipo de identidade cega. Em outras palavras, e de maneira mais direta, como condição mesma para a operacionalização de suas premissas, o transconstitucionalismo pressupõe “que se considere ser indispensável a reconstrução permanente da ‘identidade constitucional’ por força de uma consideração permanente da alteridade”⁴⁹⁵. Essa pressuposição não acarretaria, como já assinalado, a negação da identidade segundo um modelo de pura convergência, mas apenas “a prontidão para uma abertura não apenas cognitiva, mas também normativa para outra(s) ordem(ns) entrelaçada(s) em casos concretos”, já que o caminho contrário da identidade cega levaria “ao bloqueio recíproco na solução de relevantes problemas constitucionais, tanto no plano dos direitos [...] fundamentais quanto no âmbito da organização (controle e limitação) do poder”⁴⁹⁶. Tal ênfase na alteridade é confrontada por variados limites no sistema jurídico

493 Neves, 2009, p. 270-1, grifo no original.

494 Neves, 2009, p. 272.

495 Neves, 2009, p. 272.

496 Neves, 2009, p. 272-3.

mundial de níveis múltiplos, sobremaneira quando considerada a existência de ordens jurídicas que não estão dispostas ao diálogo transconstitucional⁴⁹⁷. Não obstante isso,

[...] em um mundo de problemas constitucionais comuns para uma pluralidade de ordens jurídicas, o método transconstitucional parece mais adequado à passagem de uma simples situação de fragmentação desestruturada para uma diferenciação construtiva entre ordens jurídicas, no plano de suas respectivas autofundamentações, do que métodos hierárquicos lineares definitivos, sejam esses internacionais, estatais, supranacionais, transnacionais ou, inclusive, jurídico-antropológicos locais. Portanto, com base em uma metodologia do transconstitucionalismo cabe rejeitar tanto um modelo metódico hierárquico quanto a simples constatação da fragmentação do direito, sem horizonte metodológico. Em face da fragmentação, o método transconstitucional precisa desenvolver-se na busca de construir “pontes de transição” que possibilitem um relacionamento mais construtivo (ou menos destrutivo) entre ordens jurídicas, mediante a articulação pluridimensional de seus princípios e regras em face de problemas jurídico-constitucionais comuns, dependentes de soluções suportáveis para todas as ordens envolvidas, sem uma última instância decisória. *Antes do que de autoridade, o transconstitucionalismo precisa de método*⁴⁹⁸.

Com essa peremptória negativa à *necessidade* de uma autoridade no transconstitucionalismo, Neves rompe com as categorias jurídicas do monismo e do pluralismo, espécies de “zumbis intelectuais” de outros tempos⁴⁹⁹. Em sua perspectiva, a

497 Em relação a elas, “o transconstitucionalismo funciona de forma muito limitada: irritações, influências e pressões transconstitucionais podem levar a transformações da ordem anticonstitucional. A alternativa ao transconstitucionalismo é, nesse caso, assumir uma postura bélica contra a ordem inimiga do transconstitucionalismo, cujos efeitos colaterais a tornam normativamente não recomendável. [...] Por conseguinte, embora haja ordens jurídicas que estão à margem do transconstitucionalismo, esse não pode excluir o desenvolvimento de institutos que possam levar a uma relação construtiva de aprendizado e intercâmbio com essas ordens. Evidentemente, tal situação importa limites do transconstitucionalismo na sociedade mundial assimétrica [...], mas não exclui o seu significado para o desenvolvimento da dimensão normativa dessa sociedade” (Neves, 2009, p. 130). Sobre tais limites, cf. Neves, 2009, p. 279 ss.

498 Neves, 2009, p. 276-7, sem grifo no original.

499 Nesse sentido, Bogdandy: “As theories, monism and dualism are today unsatisfactory. Their arguments are rather hermetic, the core assertions are little developed, opposing views are simply dismissed as ‘illogical’, and they are not linked with the contemporary theoretical debate. As doctrines, they are likewise unsatisfactory since they do not help in solving legal issues. Monism and dualism should cease to exist as doctrinal and theoretical notions for discussing the relationship between international law and internal law. Perhaps they can continue to be useful in depicting a more open or more hesitant political disposition toward international law. But from a scholarly perspective, they are intellectual zombies of another time and should be laid to rest, or ‘deconstructed’. The general understanding of the relationship between international law and domestic law should be placed on another conceptual basis” (2008, p. 400). A despeito desse diagnóstico, todavia, o autor responde negativamente à questão “Should the legal pyramid be deconstructed on account of the internationalization of constitutional law?”, argumentando que “[*there*] should always be the possibility, at least in liberal democracies, to limit, legally, the effect of a norm or an act under international law within the domestic legal order if it severely conflicts with constitutional principles” (p. 412).

pluralidade de ordens jurídicas implicaria relações complementares entre identidade e alteridade, de tal modo que, envolvidas na solução de problemas jurídico-constitucionais específicos, essas ordens reconstruiriam de maneira duradoura sua identidade por meio do entrelaçamento transconstitucional com outras: “a identidade é rearticulada a partir da alteridade”⁵⁰⁰. Enquanto critério fundamental de autocompreensão do sistema jurídico estatal, a Constituição apresentar-se-ia, assim, como instância básica de autofundamentação normativa do Estado. Nesse sentido, ela constituiria um “nível inviolável” do sistema jurídico estatal, que poderia, contudo, envolver-se eventualmente em um “nível superentrelaçado”, no sentido atribuído à expressão por Hofstadter, o que significaria, no contexto do transconstitucionalismo, que, muito embora a Constituição do Estado constitucional vincule normativamente os seus concretizadores, ela é permanentemente reconstruída por meio da sua interpretação e da sua aplicação realizadas por esses mesmos concretizadores: “a sentença constitucional, subordinada normativamente à Constituição, afirma, ao concretizá-la, o que é constitucional”⁵⁰¹.

Desde essa perspectiva, Neves toma a evolução por que passou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativamente ao enfraquecimento da pretensão de superioridade dos direitos constitucionais e ao conseqüente reconhecimento de uma dupla hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos como uma demonstração clara de que a inviolabilidade da Constituição, enquanto instância básica de autofundamentação normativa do Estado, seria dinamicamente definida por atos normativos subordinados a essa mesma instância⁵⁰². Em relação a qualquer ato de jurisdição constitucional, contudo, não haveria nada de muito especial a ser derivado dessa evolução, senão a profunda transformação que tem sido levada a cabo, nas condições

500 Neves, 2009, p. XXV.

501 Neves, 2009, p. 295. “*Drawing Hands*” (1948), litografia de Maurits Cornelis Escher poderia auxiliar na compreensão desse paradoxo das hierarquias entrelaçadas. Nela, “uma mão esquerda (ME) desenha uma mão direita (MD); enquanto ao mesmo tempo a MD desenha a ME”. Com isso, “níveis que normalmente são vistos como hierarquizados – o que desenha e o que é desenhado – voltam-se um para o outro, criando uma hierarquia entrelaçada”. Uma vez que, “por trás de tudo está a não desenhada mão que desenha de M. C. Escher [o nível inviolável invisível], criador tanto da MD quanto da ME”, seria possível, ainda, “escherizar ainda mais a gravura de Escher tirando-se uma fotografia de uma mão desenhando-a. E assim por diante” (Hofstadter, 2001, p. 758).

502 “A Constituição como ‘nível inviolável’ foi reconstruída por níveis normativos ‘inferiores’. Ela, que, em princípio, seria ‘metalinguagem’ normativa em relação aos atos da jurisdição constitucional, que constituiriam a respectiva ‘linguagem objeto’, tornou-se ‘linguagem objeto’ desses atos, que se transformaram, sob outro ângulo, em ‘metalinguagem’. Esse caso é um indício claro de que a ordem jurídica estatal, autofundamentada constitucionalmente, importa hierarquias entrelaçadas ou ‘voltas estranhas’, envolvendo inclusive o próprio nível – em princípio – inviolável, a Constituição” (Neves, 2009, p. 296-7).

contemporâneas da sociedade mundial, no sentido de superação de um “constitucionalismo provinciano ou paroquial” pelo transconstitucionalismo. Ela atestaria, nesse sentido, que a cada vez maior integração sistêmica da sociedade mundial teria levado à desterritorialização de “problemas-caso jurídico-constitucionais”, que teriam se emancipam do Estado. Tal situação, porém, não haveria de conduzir a “novas ilusões” na busca de “níveis invioláveis” definitivos, vale dizer: “internacionalismo como *ultima ratio*, conforme uma nova hierarquização absoluta”, “supranacionalismo como panaceia jurídica”, “transnacionalismo como fragmentação libertadora das amarras do Estado” ou “localismo como expressão de uma eticidade definitivamente inviolável”⁵⁰³.

Contra essas tendências, o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder –, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. Isso parece-me frutífero e enriquecedor da própria identidade 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 verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de *alter* e *ego*, que “eu vejo o que tu não vês”, cabe acrescentar que o “ponto cego” de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: *o ponto cego, o outro poder ver*⁵⁰⁴.

Em suma, seria o fato de constituir uma alternativa não hierárquica de “constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens”⁵⁰⁵ que caracterizaria o transconstitucionalismo como um adequado *modelo de entrelaçamento* entre racionalidades jurídicas diversas com pretensões contrapostas de hegemonia, em cujo funcionamento se tornaria virtualmente possível, em substituição aos unilateralismos nacionalista e internacionalista que subsidiam o duelo pela última palavra travado entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma compreensão mais alargada de direitos fundamentais, disposta a integrar os mais diversos atores

503 Neves, 2009, p. 297.

504 Neves, 2009, p. 297-8, grifo no original.

505 Neves, 2009, p. 129.

nacionais e internacionais numa cadeia de contribuições específicas a partir da qual boas decisões seriam construídas e refinadas com a passagem do tempo. Não guardo qualquer dúvida sobre a capacidade de o transconstitucionalismo atuar nesse sentido. Isso não significa, todavia, reconhecê-lo como um modelo teórico capaz de fornecer critérios aptos a impedir a reafirmação daquele duelo por outros meios. Também aqui a diferença é significativa, e não pode ser desconsiderada.

4. (...) E ALÉM.

4.1. Um exemplo de como *não* resolver um problema de autoridade: o blefe-Dworkin.

A melhor forma de *não* resolver um problema de autoridade (*Quem decide?*) é tentar solucioná-lo conforme algum critério relacionado com um problema de justiça (*Como decidir?*). Assim, por exemplo, quando, em outro contexto, Dworkin se propôs a justificar democraticamente o controle judicial de constitucionalidade – ou seja, quando ele se propôs a resolver um *problema de autoridade* relacionado à questão “quem deve ser o detentor da última palavra na conformação política da sociedade, legislativo ou judiciário?”⁵⁰⁶ –, achou por bem qualificar a democracia como um esquema de governo incompleto do ponto de vista procedimental, já que ela não seria capaz de “prescrever os processos pelos quais se poderia saber se as condições que ela exige para os processos que de fato prescreve estão sendo atendidas”⁵⁰⁷. Um regime “verdadeiramente democrático”, segundo ele, exigiria a configuração de uma comunidade política que tratasse seus membros com a mesma consideração e respeito, observando, assim, as condições democráticas⁵⁰⁸. Para obtê-lo, Dworkin não viu outra possibilidade senão a utilização de um *cálculo de resultados*: a “melhor estrutura institucional”, sentenciou ele, é aquela que “produz as melhores respostas para a pergunta (de caráter essencialmente moral) de quais são efetivamente as condições democráticas e que melhor garante uma obediência estável a essas condições”⁵⁰⁹.

Com essa passagem Dworkin retoma uma distinção entre princípio e política⁵¹⁰ introduzida por ele no debate travado com Hart⁵¹¹, aprimorando-a. Como consequência daquela incompletude do regime democrático, existiriam duas classes de decisões políticas: as *sensíveis* à escolha e as *insensíveis* à escolha. Sensíveis à escolha seriam

506 Mais detidamente, abordei essa questão em Poli, 2012a, p. 70 ss. Cf., também, Poli, 2015. Para a apresentação desse exemplo de como *não* resolver uma questão de autoridade, retomo alguns argumentos lá desenvolvidos.

507 Dworkin, 2006, p. 51.

508 A propósito dessas “condições democráticas”, cf. Dworkin, 1990.

509 Dworkin, 2006, p. 52.

510 “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...]. Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (Dworkin, 2010, p. 36).

511 Cf., Hart, 2009, p. 307 ss.

aquelas questões cujas soluções, para serem consideradas “corretas”, dependeriam exclusivamente da distribuição de preferências dentro da comunidade política. Decidir, por exemplo, sobre investir algum fundo disponível na construção de uma estrada, de um hospital ou de uma praça esportiva seria uma questão sensível à escolha. Por outro lado, decidir sobre a descriminalização do aborto ou sobre a admissibilidade da pesquisa científica com células-tronco embrionárias, por exemplo, seriam questões insensíveis à escolha. Como tal, a proposição de respostas “corretas” independeria de qualquer distribuição de preferências dentro da comunidade política. Dworkin não desconhece a inevitabilidade do desacordo entre os membros dessa comunidade sobre quais questões seriam sensíveis ou insensíveis à escolha. Contra esse potencial regresso ao infinito, contudo, apõe uma “metainsensibilidade” à escolha para a definição de questões insensíveis à escolha, concluindo que “a questão de segunda ordem de se qualquer questão de primeira ordem é sensível ou insensível à escolha é, em si, insensível à escolha”⁵¹².

Com essa dicotomia em mente, Dworkin passa a enfrentar aquele problema de autoridade que teria motivado suas reflexões (*Quem decide, legislativo ou judiciário?*), delimitando o papel que haveria de desempenhar o controle judicial de constitucionalidade numa comunidade política democrática. Segundo argumentou, uma democracia minimamente operante seria inviabilizada por qualquer alteração constitucional que concedesse a um grupo de juízes não eleitos e politicamente irresponsáveis o poder de derrubar toda e qualquer decisão política que lhes parecesse “incorreta”. Condicionando-se à distribuição de preferências dentro da comunidade política, questões sensíveis à escolha não poderiam sofrer esse tipo de intervenção judicial abrangente. Ainda que os juízes sempre “melhorassem” a decisão sensível à escolha rejeitada, haveria uma injustificável afronta ao ideal de autogoverno que não poderia ser compensada pelo “acerto” das decisões judiciais. Invariavelmente, portanto, respostas “corretas” para questões de escolha sensível seriam aquelas que uma determinada maioria política indicasse como “corretas”⁵¹³.

512 Dworkin, 2005, p. 281-2.

513 Em outro trabalho (Poli, 2009a, p. 43), com base em Gabel (1977) e Richards (1977), argumentei que a recorrente caracterização dicotômica (melhor/pior, verdadeiro/falso, correto/incorreto etc), bem como a reaproximação entre direito e moral a partir da valorização dos princípios como fonte de direito, sugeririam uma adesão, por parte de Dworkin, ainda que implícita e incompleta, ao modelo jusnaturalista. Com bem colocado por Neves, contudo, em Dworkin, “os princípios jurídicos apoiam-se na moralidade de uma determinada comunidade política e surgem e transformam-se no processo histórico” (2010, p. 64), o que enfraqueceria a possibilidade de reconhecer essa adesão.

Questões insensíveis à escolha, todavia, não funcionariam sob a mesma lógica. Nelas, o aspecto quantitativo do processo de participação política cederia espaço à qualidade das decisões de mesma natureza⁵¹⁴. Como consequência, sem qualquer espécie de arrependimento moral, o modelo de democracia constitucional de Dworkin (a “verdadeira” democracia) haveria de apoiar procedimentos “não-majoritários”⁵¹⁵ (como o controle judicial de constitucionalidade) sempre que se identificasse a possibilidade de promover as condições democráticas por meio deles. Respostas “corretas” para questões insensíveis à escolha, nesse sentido, poderia ser obtidas independentemente do procedimento político de decisões adotado. Se forem alcançadas por votação democrática majoritária, devem prevalecer *porque são “corretas”*, e não porque espelham a vontade de uma maioria determinada⁵¹⁶. O que dizer, todavia, quando esse procedimento de votação democrática majoritária produzir uma resposta “incorreta”? Com esse questionamento, Dworkin especifica o vínculo entre aquele referido *cálculo de resultados* e os tribunais numa democracia constitucional “verdadeira”. Para bem compreendê-lo, pediu que nós, os leitores, imaginássemos a seguinte situação: (i) o legislativo aprova uma lei que considera crime a queima da bandeira nacional em sinal de protesto; (ii) tal lei é contestada como inconstitucional na Corte Constitucional, sob a acusação de restringir indevidamente a liberdade de manifestação; e (iii) a Corte Constitucional acata a acusação e derruba a lei, declarando-a inconstitucional.

Como avaliar essa decisão? Seria ela legítima politicamente, ou, ao menos, justificável segundo alguma imperiosidade teleológica? Para nós (incluo-me aqui), defensores da votação política majoritária como um critério de autoridade democrático (baseado em direitos) adequado ao processamento de problemas relativos ao desacordo e à

514 Como bem percebido por Hübner Mendes, Dworkin utiliza essa distinção para afastar “parcialmente uma conhecida questão epistemológica: a maioria tem maior probabilidade de estar certa. No que toca a decisões políticas fundadas em preferências sensíveis, o argumento é correto. Quando se trata de preferências insensíveis, não há razão suficiente para defender que a maioria necessariamente decida” (2008a, p. 71). Sua proposta é bastante clara, nesse sentido: “Temos de deixar de lado a premissa majoritária e, com ela, a concepção majoritária de democracia. Ela não é uma concepção coerente de o que é a verdadeira democracia” (Dworkin, 2006, p. 48-9).

515 Cf., *supra*, p. 122, nota 432.

516 “A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições ‘democráticas’ – de igualdade de *status* para todos os cidadãos. Quanto as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, *por esse motivo mesmo*, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia ou esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam as condições democráticas” (Dworkin, 2006, p. 26-7, sem grifo no original).

necessidade de coordenação social, *não*⁵¹⁷. Para Dworkin, contudo, *depende*. Se a decisão declaratória da inconstitucionalidade estiver correta, não seria possível concebê-la como antidemocrática em nenhum sentido coerente. Declará-la inconstitucional, dessa forma, teria feito prevalecer a democracia, além de torná-la algo melhor⁵¹⁸. Se o poder judiciário não tivesse cumprido com o seu papel de “guardião dos direitos morais”, se não tivesse sacado um dos *trunfos* políticos⁵¹⁹ que condicionam a efetivação de uma democracia “verdadeira”, todos os cidadãos dessa comunidade política estariam em pior situação, e seria uma perversão injustificável compreender isso como uma vitória do ideal democrático. A democracia “verdadeira” de Dworkin imporia a observância de um conteúdo mínimo de justiça: as condições democráticas. Nela, para a discussão de questões insensíveis à escolha, nenhum procedimento político de decisão (*input*) haveria de ser qualificado como justo ou injusto *per se*. Votação majoritária e revisão judicial seriam justos ou injustos conforme o produto final originado por eles (*output*). Não interessaria, portanto, *quem* decide, mas apenas *como* se decidem questões insensíveis à escolha. Seguindo com essa premissa, se a lei que criminaliza a queima da bandeira nacional como forma de protesto não favorecer aquele conteúdo mínimo de justiça (as condições democráticas), declará-la inconstitucional haveria de ser compreendido como um produto final justo (“correto”), que deveria, pois, prevalecer. Contudo, se ela favorecer aquele conteúdo mínimo de justiça, declará-la inconstitucional haveria de ser compreendido como um produto final injusto (“incorreto”), que não deveria, pois, prevalecer.

517 A dificuldade da resposta contrária é descrita por Goldsworthy da seguinte maneira: “Rights cannot be treated as objectively known truths by which democratic decision making can be impartially tested and, sometimes, proved defective. Of course, the majority is not always right – but then again, it is not always wrong, and the nub of the problem is that there is no impartial, objective method capable of telling us when it is right or wrong. Those who criticize a democratically enacted statute for violating some rights are usually expressing a partisan view of a minority for the opposing view of the majority, violating the principle that everyone should be accorded equal respect in the procedures by which decisions are made on behalf of the community” (2001, p. 79).

518 “Ninguém perdeu o poder de participar da comunidade autogovernante, pois na verdade esse poder aumentou para todos. Ninguém teve a sua igualdade comprometida, pois a igualdade, no único sentido cabível que podemos dar a essa palavra, se fortaleceu. Ninguém perdeu as vantagens éticas conferidas pela participação no processo deliberativo, pois todos tiveram a oportunidade de participar da discussão pública sobre os méritos e deméritos da decisão” (Dworkin, 2006, p. 50).

519 “Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano” (Dworkin, 2010, p. XV). Como esclarecido por Zurn, em Dworkin, portanto, os direitos individuais “have lexical priority in political arguments: they express principled considerations that cannot be simply weighed on the same level as various competing values, goods, policy goals, and the like” (2002, p. 497).

Ora, há, também nessa particular “contribuição”, algo do *blefe*-Dworkin⁵²⁰. Se a pergunta é “*Quem decide?*”, responder “Depende” equivale a não responder coisa alguma. “Se a decisão se legitimasse pelo conteúdo (se devêssemos obediência a ela pela sua substância), as pessoas que não concordassem com ela iriam desobedecer. Seria, na concepção hobbesiana, um retorno ao estado de natureza”⁵²¹. Afinal, quem decide se a lei que criminaliza a queima da bandeira nacional como forma de protesto favorece ou não as condições democráticas? Não importa *quem* decide – diria, hipoteticamente, Dworkin –, seja a votação majoritária, seja a revisão judicial, basta que questões insensíveis à escolha como essa *sejam decididas de modo* a respeitar as condições democráticas, fazendo prevalecer, por consequência, os direitos dos indivíduos componentes da comunidade política. Mas e se, como no seu exemplo, os resultados finais (*output*) alcançados pelo funcionamento ordinário de cada um desses métodos de decisão forem conflitantes entre si,

520 Cf., a propósito, Haba, 2001 (para quem as quatro contribuições básicas de Dworkin, quais sejam, a tese da única resposta correta, o direito como romance em cadeia, a crítica ao positivismo e a distinção princípio/política, são, respectivamente, a “reformulación de un mito corriente”, “simplemente metáfora, y más bien despistadora”, uma “muy grosera simplificación de las cuestiones abarcadas bajo ese rubro, elaborada con base en el desconocimiento casi total de la principal literatura existente sobre estas cuestiones” e “una clasificación entre tantas otras, por lo demás vinculada a un tratamiento muy simplista en cuanto a los ‘principios’ (con entero desconocimiento, una vez más, de fundamentales comprobaciones y precisiones efectuadas al respecto en estudios claves – y también en muchos otros – publicados antes”, p. 189-190). Streck talvez seja, entre os autores brasileiros, o maior defensor desse mito que ele chama *a* resposta correta (constitucionalmente adequada). Cf., a propósito, Streck, 2010 (definindo-a como “uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma (no sentido hermenêutico do que significa a ‘Constituição mesma’”, p. 97). Conformo expus em outro trabalho (Poli, 2015), não compartilho dessa crença ao menos por duas razões entrelaçadas. Em primeiro lugar, pela impossibilidade de conciliá-la com qualquer projeto normativo de democracia minimamente desejoso de se desvincular daquele segredinho sujo (cf., *supra*, p. 25, nota 73). Afinal, o que poderia significar “*a* resposta correta” (ainda que não seja a melhor ou a única, como paradoxalmente pretende Streck) em um contexto de insuperável desacordo (*dissenso*, não *consenso*!), senão uma afronta ao pluralismo, base estruturante da ideia de “compartir” presente no direito fundamental à participação política? Em segundo lugar, e seguindo com a ruptura paradigmática propiciada por Nietzsche, não me parece possível afirmar a existência de *algo em si*. Ora, “há muitos olhos. Também a esfinge tem olhos; conseqüentemente, há muitas verdades e, conseqüentemente, não há nenhuma verdade” (Nietzsche, 2008, p. 282). Se, como afirmado (cf., *supra*, p. 9, nota 9), não há fenômenos morais (e não há), mas apenas uma interpretação moral desses fenômenos, não há, igualmente, fenômenos jurídicos (tampouco fenômenos jurídicos corretos), mas apenas uma interpretação jurídica (que se pretende correta) de tais fenômenos. “E se existem apenas perspectivas sobre a verdade”, asseverou corretamente Queiroz, “não existe, por conseguinte, *a* verdade; conseqüentemente, não existe *a* resposta constitucionalmente adequada (ou correta etc), mas apenas perspectivas sobre *a* resposta constitucionalmente adequada. A resposta constitucionalmente adequada/correta é uma ficção inútil, portanto. Porque o que quer que possa ser pensado, como quer que seja pensado, por quem quer que seja pensado, sempre poderá ser pensado de diversas outras formas e, por isso, conduzir a resultados também diversos. Quem, à maneira de Narciso, propõe semelhante ficção oculta o essencial: ‘eu sou a resposta correta’” (Queiroz, 2014, p. 114-5). Não seria uma mera coincidência, portanto, que, no mais das vezes, à apresentação do mito da resposta correta, Narciso faça seguir alguma teoria do tipo “*I-expected-you’d-all-like-to-know-what-I-would-do-if-I-ruled-the-world*”, para seguir com a precisa denominação de Waldron (2004, p. 2).

521 Hübner Mendes, 2008a, p. 100.

qual deveria valer? Deve valer aquele que mais “corretamente” respeita as condições democráticas, fazendo prevalecer, por consequência, os direitos dos indivíduos componentes da comunidade política – reafirmaria Dworkin, um pouco cenhoso em razão da pergunta que inevitavelmente haveria de enfrentar depois de uma resposta como essa. Mas, afinal, qual desses resultados favorece as condições democráticas, fazendo prevalecer, por consequência, os direitos dos indivíduos componentes da comunidade política? Acossado por essa questão, Dworkin reproporia a utilização daquele *cálculo de resultados* como o único critério capaz de eleger qual opinião institucional deveria prevalecer – a “melhor estrutura institucional”, diria ele mais uma vez, é aquela que produz “as melhores respostas”. Contra essa tautologia, contudo, haveríamos de questionar: mas quem decide quais são as “melhores respostas”? E Dworkin responderia que não importa quem decide pois ... etc, etc, etc, e, assim, circular e indefinidamente, o conflito entre pretensões contrapostas de hegemonia (judiciário ou legislativo?) seria reafirmado por outros meios, até o momento em que esse despiendo jogo de perguntas e respostas cedesse espaço a um silêncio constrangedor, representativo, em absoluto, da impossibilidade de se resolver um problema de autoridade (*Quem decide?*) por meio de um critério relacionado a um problema de justiça (*Como decidir?*).

O acerto ou o erro da lei que criminaliza a queima da bandeira é uma questão que não pode prescindir de uma autoridade que a encerre, não apenas porque os indivíduos discordam sobre ela entre si, mas sobretudo porque, a despeito do desacordo, faz-se necessária a indicação de uma decisão que conte como a decisão de toda a comunidade política. Como, no exemplo de Dworkin, votação majoritária e revisão judicial discordaram sobre qual posição deve prevalecer e ser aplicada em nome da comunidade política (Afinal, é crime queimar a bandeira nacional como forma de protesto?), precisamos de algum critério de autoridade capaz de, em algum momento, fechar o procedimento político de decisão, determinando-se, afinal, qual deve ser precisamente essa posição. O objetivo de usar a força em nome da justiça, observou acertadamente Waldron, é garantir que os indivíduos possam usufruir aquilo a que eles têm direito (Podemos ou não queimar a bandeira?) – daí a necessidade de uma posição única e bem determinada da comunidade a respeito da questão, cuja aplicação seja, assim, compatível tanto com a integridade quanto com o caráter unívoco da justiça. Evidentemente, o ideal de justiça será afrontado se a posição identificada como a posição da comunidade não for uma resposta

“correta”. Contudo, dada a inevitável discordância *nessa* questão específica, seja por parte das instituições desenhadas para enfrentá-la, seja por parte dos indivíduos integrantes da comunidade política, não há uma saída política a partir da qual essa perspectiva de afronta possa ser impedida. “Tudo o que podemos fazer politicamente pela integridade da justiça”, nesse sentido, “é garantir que a força seja usada para sustentar uma visão e uma visão apenas”, vale dizer, “uma visão que possa ser identificada como a da comunidade por qualquer pessoa, quaisquer que sejam as suas opiniões sobre o assunto”⁵²².

Eventualmente, reconhecendo que a autoridade não pode ser impugnada pelo conteúdo dos seus atos⁵²³, Dworkin abandonaria *parcialmente* a associação entre forma e conteúdo pressuposta pelo seu *cálculo de resultados*, indicando “O judiciário” como sua resposta à questão “*Quem decide?*”, independentemente dos resultados produzidos pelo seu funcionamento⁵²⁴. Digo *parcialmente* pois, em Dworkin, ao contrário do que fazem supor alguns dos seus entusiastas discípulos⁵²⁵, o controle judicial de constitucionalidade não é um procedimento legítimo de decisão política *porque protege direitos*⁵²⁶ – antes, ele será legítimo *se proteger direitos*. Se não o fizer, contudo, haveríamos de conviver com uma decisão “errada” e “ilegítima”, que, não obstante isso, valerá como uma posição única e bem determinada da comunidade política a respeito de determinada questão⁵²⁷.

522 Waldron, 2003, p. 44-6.

523 “This is one of Thomas Hobbes’s contributions to political philosophy: any theory that makes authority depend on the goodness of political outcomes is self-defeating, for it is precisely because people *disagree* about the goodness of outcomes that they need to set up and recognize an authority” (Waldron, 2004, p. 245, grifo no original).

524 “A democracia de fato fica prejudicada quando um tribunal dotado de autoridade toma a decisão errada a respeito das exigências das condições democráticas – mas não fica mais prejudicada do que quando uma legislatura majoritária toma uma decisão constitucional errada que continua de pé. A possibilidade de erro é simétrica. Assim, a premissa majoritária é confusa e deve ser abandonada” (Dworkin, 2006, p. 50).

525 Cf., *supra*, p. 24, nota 72.

526 “[...] é essencial termos em mente os limites de nossas conclusões [*a simétrica possibilidade de erro e o abandono da premissa majoritária, indicadas na nota anterior*]. Não dispomos ainda de um argumento positivo a favor da revisão judicial das normas, quer na forma em que essa instituição assumiu nos Estados Unidos, quer em outras formas. Simplesmente desenhemos um quadro equilibrado dentro do qual as diversas estruturas institucionais de interpretação das condições democráticas possam digladiar-se, livres de qualquer falha ou pressuposto” (Dworkin, 2006, p. 50-1).

527 Conforme argumentei em trabalho anterior: “Decisões tomadas em sede de controle judicial de constitucionalidade não valem porque protegem direitos ou determinadas condições democráticas, ou porque desbloqueiam os canais de mudança política facilitando a representação de minorias [*conforme pretendido por Ely, 2010*], ou porque realizam uma feliz síntese entre conquistas passadas e aspirações futuras [*segundo pretendido por Ackerman, 2006*] etc. Todos esses objetivos são, evidentemente, louváveis, mas nenhum deles representa qualquer caminho efetivo para a compreensão do papel que um judiciário dotado do poder de revisão judicial exerce: *suplantar desacordos com autoridade*, independentemente do que qualquer teoria da justiça possa dizer sobre sua decisão, e seja ele correta ou não” (Poli, 2012a, p. 120, grifo no original)

4.2. Transconstitucionalismo: critério de justiça para um problema de autoridade?

Inegavelmente, o transconstitucionalismo lida com questões drasticamente diversas daquele específico problema de autoridade (*Quem* decide, judiciário ou legislativo?) que Dworkin tentou resolver por meio de um critério relacionado a um problema de justiça (*Como* decidir?). Da fato, tanto quanto os “problemas-caso jurídico-constitucionais” que subsidiam a emergência do transconstitucionalismo, a perspectiva teórica de Neves extrapola os bem fixados limites do Estado e de suas instituições jurídico-políticas, de modo a compreender todo um complexo de ordens diferenciadas dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna – o direito –, subordinadas, portanto, ao mesmo código binário “lícito/ilícito”, mas com programas e critérios os mais diversos. Com esse gigantesco objetivo em mente, como já assinalado, Neves desenvolve considerações abrangentes acerca da necessária construção de soluções fundadas no entrelaçamento construtivo entre identidade e alteridade, propugnando, para tanto, a configuração de “conversações” não hierárquicas entre diferentes ordens jurídicas estatais, bem como, além de outras tantas, entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas supranacionais, entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas transnacionais *stricto sensu*, entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais nativas e entre direito supranacional e direito internacional. Segundo argumentou, essa pluralidade de ordens jurídicas implicaria interações complementares entre elas, de tal modo que, envolvidas na solução de problemas jurídico-constitucionais específicos que lhes são comuns, reconstruiriam de maneira duradoura sua identidade por meio do entrelaçamento transconstitucional com outras: “a identidade é rearticulada a partir da alteridade”⁵²⁸. O ponto de apoio que possibilitaria ao transconstitucionalismo processar as pretensões de hegemonias contrapostas surgidas desse entrelaçamento transconstitucional entre identidade e alteridade é traduzido por Neves em forma de peremptória negativa geral à *necessidade* de autoridade. “Antes do que de autoridade, o transconstitucionalismo precisa de método”⁵²⁹.

A despeito dessas irretorquíveis diferenças, contudo, parece-me absolutamente necessário – e mais que isso, extremamente proveitoso – retomar os conflitos entre interpretações constitutivas dos sistemas de justiça constitucional brasileiro e convencional

528 Cf., *supra*, p. 139, nota 500.

529 Cf., *supra*, p. 138, nota 498.

interamericano, delimitados como o problema a ser enfrentado nesta tese, e confrontá-los com as propostas do transconstitucionalismo enquanto *exigência funcional* e *pretensão normativa* características da sociedade mundial. Afinal, o Estado brasileiro está obrigado ou não a realizar prévias consultas aos povos indígenas sobre qualquer ato estatal que possa interferir com seus direitos? Para agravar a pena de um selecionado pelo sistema penal, os juízes criminais brasileiros podem ou não utilizar aquela presunção absoluta de maior periculosidade representada pela circunstância agravante da reincidência, que acarreta sobreapenamento com base em ato já punido, diverso e alheio ao fato sob julgamento? A competência da justiça militar brasileira deve ser estritamente reservada a militares em serviço ativo ou compete a ela julgar civil acusado de desacato praticado contra militar no desempenho de “serviços de garantia e preservação da ordem pública”? A garantia do processo em prazo razoável deve ser apreciada, particularmente em matéria penal, com base na duração total do processo, ou, ao contrário, ultrapassada a fase de instrução, ou pronunciado o réu, restaria superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo? O Brasil deve investigar, julgar e punir criminalmente os responsáveis por violações graves aos direitos fundamentais praticadas ao tempo da ditadura militar ou deve reconhecer validade às disposições da Lei de Anistia que contrariam esse dever? O que o transconstitucionalismo tem a dizer sobre esses conflitos? Uma outra conversa imaginária pode facilitar a sumarização dos limites das contribuições do transconstitucionalismo nesse particular. Para construí-la, assumo que, enquanto típicos problemas de autoridade, todas essas questões podem ser resumidas em uma só: “*Quem decide, Supremo Tribunal Federal ou Corte Interamericana de Direitos Humanos?*”.

Neves diria que a estratificação em “níveis” num modelo não hierárquico-piramidal de ordens jurídicas estatal e convencional interamericana importa relações de observação mútua, no contexto da qual formas de aprendizado e intercâmbio são desenvolvidas sem que se possa estabelecer o primado definitivo de uma ordem sobre outra, ou seja, sem que se possa definir uma *ultima ratio* jurídica⁵³⁰. Mas, poderíamos perguntar, o funcionamento ordinário dessas relações de observação mútua no contexto da qual formas de aprendizado e intercâmbio são desenvolvidas é capaz de assegurar a produção de resultados (*output*) não conflitantes? Com base no impossível reconhecimento de um primado definitivo de qualquer das ordens jurídicas componentes do sistema

530 Cf., *supra*, p. 130, nota 465.

jurídico multicêntrico heterárquico de níveis múltiplos, responderia Neves, o transconstitucionalismo assume a ideia de “conversação” ou “diálogo” entre Cortes como categoria de trabalho. Definíveis, a rigor, como comunicações transversais que perpassam fronteiras entre ordens jurídicas, esclareceria ele, esse “diálogo” não traduz qualquer ideia de cooperação permanente. Como, no limite, toda “conversação” carrega em si mesma o potencial da disputa, a questão posta pelo transconstitucionalismo seria a de como solucionar os inevitáveis conflitos sem a imposição *top down* na relação entre ordens jurídicas. Mas isso significa que não importa a questão “*Quem decide problemas transconstitucionais?*”? – perguntaríamos nós, preocupados com o rumo da conversa. Antes do que de autoridade, responderia Neves, o transconstitucionalismo precisa de método. Mas como o transconstitucionalismo soluciona esses inevitáveis conflitos sem a imposição *top down* na relação entre ordens jurídicas? O fundamental do transconstitucionalismo, argumentaria Neves, é precisar que os problemas constitucionais relativos à proteção de direitos fundamentais e à organização e limitação do poder surgem em ordens jurídicas diversas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas. Essa fragmentação dos problemas constitucionais restaria desestruturada se as ordens jurídicas entrelaçadas pretendessem enfrentá-los isoladamente a partir de sua própria perspectiva, impondo-se, a partir daí, a necessidade de “diálogo” ou “conversação” transconstitucional. Não se trata de conceber o transconstitucionalismo como panaceia capaz de levar a uma unidade constitucional do sistema jurídico multicêntrico heterárquico de níveis múltiplos, mas de, reconhecendo a insuficiência das racionalidades parciais de cada ordem jurídica integrante desse sistema, tomá-lo como um método capaz de, levando em consideração a perspectiva do outro, dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial policontextual. E qual é esse método? A fragmentação dos problemas constitucionais não pode nos conduzir a novas ilusões na busca de níveis invioláveis definitivos, ponderaria Neves. Contra elas, o transconstitucionalismo propõe o reconhecimento de que as diversas ordens entrelaçadas devem buscar formas transversais de articulação para solucioná-los, cada uma delas observando a outra para compreender os seus próprios limites e possibilidades. Quando se leva a sério a alteridade, essas formas transversais de articulação são frutíferas e enriquecedoras da própria identidade, porque todo observador tem um ponto cego. O método transconstitucional implica o reconhecimento desses limites de observação de uma

determinada ordem, que passa a admitir a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver.

Nesse ponto, antes de lançá-lo numa espiral que poderia ser interrompida por algo bastante parecido com aquele silêncio constrangedor de Dworkin⁵³¹ – bastaria, para tanto, perguntar se o reconhecimento daquela necessidade de formas transversais de articulação para solucionar problemas transconstitucionais pelas ordens jurídicas entrelaçadas seria capaz ou não de assegurar a produção de decisões não conflitantes, fazendo seguir mais uma vez da provável resposta negativa de Neves a questão “Mas, então, quem decide?” –, eu interromperia esse diálogo hipotético. E o faria fundamentado em algo que me aprazeria chamar de “honestidade intelectual”. É que, mesmo após muita leitura e muita reflexão, eu não saberia dizer ao certo se Neves de fato conduziria a nossa conversa imaginária até aquele silêncio constrangedor. Desde a minha perspectiva de leitor, todavia, mesmo reconhecendo que um texto, “uma vez separado do seu emissor (bem como da intenção do seu emissor) e das circunstâncias concretas da sua emissão (e de seu referente implícito)”, passa a flutuar “no vácuo de um espaço potencialmente infinito de interpretações possíveis”⁵³², não vejo outras possíveis compreensões do transconstitucionalismo para além destas duas: ou bem se trata de uma teoria da autoridade (*Quem decide?*) construída a partir de um critério de justiça (*Como decidir?*) – e, nesse sentido, ela seria absolutamente incapaz de alcançar os objetivos que se propôs –, ou bem se trata de uma teoria da justiça (*Como decidir?*) construída a partir de um específico critério de justiça (“levando em consideração a perspectiva do outro”) – e, nesse sentido, ela haveria de ser invariavelmente complementada por algum critério de decisão capaz de operacionalizar suas pretensões.

A primeira opção interpretativa parece-me assaz inadequada. Se é impossível – e presumo que seja – saber ao certo se Neves de fato conduziria a nossa conversa hipotética até aquele silêncio constrangedor, insistir em trilhar esse caminho conhecendo o

531 Cf., *supra*, p. 146-7.

532 Eco, 2000, p. XIV. Que prossegue: “Consequentemente, texto algum pode ser interpretado segundo a utopia de um sentido autorizado fixo, original e definitivo. A linguagem sempre diz algo mais do que o seu inacessível sentido literal, o qual já se perdeu a partir do início da emissão textual”. Cf., também, em outro contexto e com outros propósitos, Gadamar, 1999 (para quem: “A compreensão não é uma transposição psíquica. O horizonte de sentido da compreensão não pode ser limitado nem pelo que o autor tinha originalmente em mente, nem pelo horizonte do destinatário a que foi escrito o texto na origem. [...] O que se fixa por escrito desvencilhou-se da contingência de sua origem e de seu autor e liberou-se positivamente para novas referências. Conceitos normativos como a opinião do autor ou a compreensão do leitor originário não representam, na realidade, mais que um lugar vazio que se preenche de compreensão, de ocasião em ocasião”, p. 575-6).

seu final seria de uma nescidade ímpar, para dizer o mínimo. Como, porém, “os limites de uma interpretação são dados por outra interpretação”⁵³³, essa alegada inadequação da primeira opção interpretativa deve ser demonstrada por meio de uma outra interpretação que se pretenda, em relação a ela, mais adequada. É com esse objetivo em mente que passo a tratar da necessidade – e possibilidade – de complementação do transconstitucionalismo por alguma teoria da autoridade – algum critério de decisão – para a proteção dos direitos fundamentais nos sistemas de justiça constitucional brasileiro e convencional interamericano. Considerada a delimitação do problema desta tese, todos os argumentos que seguem pressupõem a restritiva identificação do transconstitucionalismo como *um tipo específico de entrelaçamentos* entre ordens jurídicas estatal e internacional, qual seja, aquele – e tão somente ele – identificável entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵³⁴.

4.3. Sobre a complementação do transconstitucionalismo por um critério de decisão para a proteção dos direitos fundamentais nos sistemas de justiça constitucional brasileiro e convencional interamericano.

Tomando-o como um ponto de partida para o adequado enfrentamento de complexas questões relacionadas à proliferação de ordens jurídicas diferenciadas dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial, cada qual detentora dos seus particulares elementos (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexões de identidade (dogmática jurídica), as contribuições que o transconstitucionalismo oferece para a solução do problema delimitado nesta tese parecem-me inquestionáveis. Construído segundo um enfoque não-hierárquico que privilegia as vontades de *diálogo* e de *aprendizagem recíproca*, o modelo teórico proposto por Neves faz esmorecer o aspecto *concorrencial* da interação entre ordens jurídicas nacional e interamericana, pressuposto pelos unilateralismos nacionalista e internacionalista respectivamente identificados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em substituição, prescreve uma compreensão mais alargada dos direitos fundamentais, disposta a integrar os mais diversos atores nacionais e internacionais numa cadeia de contribuições específicas, em cujo

533 Queiroz, 2014, p. 109.

534 Cf., *supra*, p. 36, nota 116.

funcionamento boas decisões seriam construídas e refinadas com a passagem do tempo.

O critério de justiça proposto pelo transconstitucionalismo (*i.e.* “levar em consideração a perspectiva do outro”), contudo, não é capaz de processar os inevitáveis conflitos que emergem do entrelaçamento transconstitucional dessas ordens jurídicas com pretensões contrapostas de hegemonia. Em certo sentido, poder-se-ia mesmo afirmar que o transconstitucionalismo dá bons conselhos para que conflitos interpretativos entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos não sejam instaurados, mas não dispõe de qualquer critério de decisão – uma teoria da autoridade – capaz de, uma vez instaurados, solucioná-los. Afinal, o Brasil deve ou não investigar, julgar e punir criminalmente os responsáveis por graves violações aos direitos fundamentais praticadas ao tempo da ditadura militar? Se a pergunta for – como, de fato, é – “*Quem* decide sobre isso, Supremo Tribunal Federal ou Corte Interamericana de Direitos Humanos?”, que repetamos como um mantra “Que se faça prevalecer a decisão correta!”, “Que se façam triunfar os direitos fundamentais!”, “Que se faça valer a decisão mais favorável aos indivíduos!”, “Que se faça levar em consideração a perspectiva do outro!” etc, e ela não será respondida. Enquanto critérios de justiça, todas essas pretensas respostas reconstróem, em alguma medida, os significados possíveis da ideia de “verdade” – mas *a* verdade não é senão uma tropa em movimento de metáforas, metonímias e antropomorfismos, e, pois, imprestável ao tratamento de problemas de autoridade⁵³⁵.

Essa peremptória negativa geral à *possibilidade* de processamento de qualquer problema de autoridade (*Quem* decide?) por meio de algum critério de justiça (*Como* decidir?) – com a qual contradigo a peremptória negativa geral à *necessidade* de autoridade propugnada por Neves – poderia subsidiar algum tipo de concessão a uma espécie de relativismo cognitivo e moral. Poder-se-ia argumentar, a partir dela, que, ao menos comparativamente, a despeito de sermos muitos, e discordamos *también* sobre aspectos relacionados à proteção dos direitos fundamentais⁵³⁶, algumas respostas seriam mais

535 “¿Que es entonces la verdad?”, questionou-se Nietzsche, para responder: “[*una*] hueste en movimiento de metáforas, metonimias, antropomorfismos, en resumidas cuentas, una suma de relaciones humanas que han sido realzadas, extrapoladas y adornadas poética y retóricamente y que, después de un prolongado uso, un pueblo considera firmes, canónicas y vinculantes; las verdades son ilusiones de las que se ha olvidado que los son; metáforas que se han vuelto gastadas y sin fuerza sensible, monedas que han perdido su troquelado y no son ahora ya consideradas como monedas, sino como metal” (1996a, p. 25). Cf., a propósito, *supra*, p. 146, nota 520.

536 “There are many of us, and we disagree about justice. That is, we not only disagree about the existence of God and the meaning of life; we disagree also about what count as fair terms of co-operation among people who disagree about the existence of God and the meaning of life. We disagree about what we owe

“corretas” que outras, e, por isso, haveriam de prevalecer em caso de conflitos interpretativos. Não é disso que se trata, todavia. Bem compreendida, a minha peremptória negativa geral é, mais que um mero *relativismo* do tipo cético, uma expressão do *perspectivismo* epistemológico de Nietzsche que adoto. A diferença é sutil, mas significativa. Uma delimitação didática da proposta relativista estabeleceria que “as formas de apreensão do mundo variam conforme o ponto de vista”, ao passo que a radicalidade do *perspectivismo* nietzschiano reside “no *saber ontológico* de que não existe um ponto de vista exterior ao mundo”⁵³⁷. Nesse *perspectivismo* radical, paradoxalmente, ele mesmo uma perspectiva⁵³⁸, só podemos ver com nossos olhos⁵³⁹, sendo-nos impossível dirigir qualquer olhar para o mundo sem concomitantemente submetê-lo aos nossos próprios esquemas perceptivos e às nossas próprias projeções antropomórficas. Nesse sentido, uma perspectiva é não apenas “o que limita nosso campo de visão, mas sobretudo aquilo que o torna possível: pretender suprimi-la para alcançar as coisas ‘em si mesmas’ seria um absurdo comparável a querer suprimir os olhos para ver melhor”⁵⁴⁰. Daí por que a afinidade entre o *perspectivismo* que sustenta a minha peremptória negativa geral com o *relativismo*

each other in the way of tolerance, forbearance, respect, co-operation, and mutual aid. Liberals disagree with conservatives; socialists disagree with market economists; the party of freedom disagree with the party of community and both disagree with the party of equality; feminists disagree with those who want the government to stand up for ‘family values’; last-ditch defenders of the welfare state disagree with triumphant opponents of taxation; and pragmatists and utilitarians disagree with those who think the task of law is to vindicate the claims of order, retribution, and desert” (Waldron, 2004, p. 1).

537 Rocha, 2004, p. 213, grifo no original.

538 Este o paradoxo do *perspectivismo*: a necessidade de reconhecer-se a si mesmo como mera perspectiva. De fato, compreendido como “the view that any claim to knowledge is bound to the perspective formed by the contingent ‘interests’ of the knower”, o *perspectivismo* “is thought to generate a self-referential paradox: if every view is irretrievably bound to a perspective, how could Nietzsche [...] advocate *perspectivism* itself? The paradox is inevitable, it is assumed, because to advocate a view is necessarily to present it as true, that is to say, as making a claim on everyone regardless of their particular perspective” (Reginster, 2001, p. 217). Ora, poder-se-ia perguntar, se uma reflexão *perspectivista* é nada mais do que uma entre outras, vale dizer, se ela não pode fundar a si mesma, como poderia ainda assim ter algum valor? Cf. *infra*, p. 156, nota 541.

539 “O nosso novo ‘*infinito*’: Até onde vai o caráter *perspectivo* da existência? Possui ela mesmo outro caráter? Uma existência sem explicação, sem ‘razão’, não se torna precisamente uma ‘irrasão’? E, por outro lado, não é qualquer existência essencialmente ‘*explicativa*’? É isso que não podem decidir, como seria necessário, as análises mais zelosas do intelecto, as mais pacientes e minuciosas introspecções: porque o espírito do homem, no decurso destas análises, não se pode impedir de se ver conforme a sua própria perspectiva e só pode ver *de acordo* com ela. Só podemos ver com os nossos olhos [...]” (Nietzsche, 2000, p. 273-4).

540 Rocha, 2004, p. 215. Que prossegue: “Em função disso, se as perspectivas podem infinitamente variar, se multiplicar e se deslocar, elas não podem ser *ultrapassadas* – da mesma forma que a linha do horizonte, em constante movimento, permanece sempre inalcançável. Como indica o aforismo de *Gaia Ciência* [cf. supra, nota 539], é inútil pretender saber o que há para além das perspectivas, porque esta investigação, por sua vez, teria lugar no interior de uma perspectiva”.

do tipo cético haveria de ser caracterizada como uma mera aparência, e nada mais que isso⁵⁴¹. Mas sigamos com aquela hipotética concessão, e ela fracassará da mesma forma.

Se não há – e não há – fenômenos jurídicos (tampouco fenômenos jurídicos “corretos”), mas apenas uma interpretação jurídica (que se pretende “correta”) de tais fenômenos, não há, igualmente, fenômenos jurídicos comparativamente mais “corretos” que outros, mas apenas interpretações jurídicas comparativas de tais fenômenos que se pretendem mais “corretas” que outras⁵⁴². Desde a minha *perspectiva*, uma decisão que, aponto robustas coleiras ao poder punitivo estatal, imponha um tratamento igualitário a qualquer espécie de réu do sistema de justiça criminal é comparativamente mais “correta” que outra que não o faça. Como, contudo, os limites de uma interpretação que se pretenda “correta” (uma perspectiva) também são dados por outra interpretação que se pretenda, em relação a ela, mais “correta” (outra perspectiva)⁵⁴³, poder-se-ia qualificar essa minha preocupação com o poder punitivo estatal como algo assim exagerada, fazendo daí decorrer a “correção” de uma outra perspectiva que impute ao Estado o dever de proteger os direitos fundamentais de determinados indivíduos de maneira adequada, mesmo quando uma tal adequabilidade acarrete a não proteção (desrespeito) de direitos fundamentais de outros indivíduos, aos quais não haveríamos de oferecer o mesmo respeito e a mesma consideração⁵⁴⁴. Mas *quem* decide qual dessas interpretações é comparativamente mais “correta” que a outra? Esse é o ponto. Ainda que se reconheça – e não reconheço – uma certa objetividade (moral) às questões relativas à proteção dos direitos fundamentais, não se pode simplesmente desconsiderar a absoluta irrelevância dessa objetividade, já que, ainda que existissem – e não existem – fenômenos jurídicos em si mesmos

541 Mais uma vez com Rocha, “o paradoxo do cético é que ele ainda pretende dizer a verdade, acabando por contradizer a si mesmo. O paradoxo do perspectivismo é que ele aceita seu caráter ilusório, contrariando assim aquilo que, na ordem da *doxa* caracteriza todo o discurso: a pretensão à verdade. Dito de outro modo, o problema do ceticismo resulta de que ele pretende se excluir das ilusões que denuncia, ao passo que o problema do perspectivismo deriva justamente do motivo inverso: ao se incluir no conjunto de ilusões que procura descrever, retira seu próprio fundamento” (2004, p. 221). É nesse sentido, propõe Rocha, que haveria de ser compreendida a enigmática afirmação de *Humano, Demasiado Humano II*: “This thinker needs no one to refute him: he does that for himself” (1996b, p. 371). Por meio dela, poder-se-ia enfrentar o paradoxo autorreferencial do perspectivismo (cf. *supra*, p. 155, nota 538) da seguinte maneira: “A filosofia de Nietzsche não pode ser demonstrada porque recusa a existência de qualquer instância capaz de possibilitar tal operação. Mas o mais importante é que ela *não precisa* ser demonstrada, pois retira sua validade e sua coerência dessa mesma impossibilidade. Nesse sentido, o caráter indemonstrável do perspectivismo, em lugar de comprometer seu valor, é a prova de sua rigorosa coerências” (Rocha, 2004, p. 221).

542 Cf. *supra*, p. 146, nota 520.

543 Cf. *supra*, p. 153, nota 533.

544 Cf. *supra*, p. 95-9, especialmente nota 360.

comparativamente mais “corretos” que outros, seguiríamos discordando sobre quais seriam eles⁵⁴⁵.

No âmbito do transconstitucionalismo, esses conflitos entre perspectivas nacionalista e internacionalista dotadas de pretensões contrapostas de hegemonia não haveriam de ser invariavelmente caracterizados como o resultado de um entrelaçamento falho, vale dizer, como o resultado de um *colocar-se contra* a construção de “pontes de transição” entre “racionalidades parciais”, a partir do qual seriam identificados os riscos de negação da alteridade pelo *autismo* (atomização) ou pela *expansão imperial* de um âmbito de racionalidade parcial sem o reconhecimento do outro⁵⁴⁶. Não necessariamente se trata, portanto, de saber como lidar com *aqueles que não veem que não veem o que não veem*, mas de reconhecer que as autoridades institucionalizadas para a proteção de direitos fundamentais nos sistemas de justiça constitucional brasileiro e convencional interamericano – tanto quanto nós, os destinatários dessa proteção – podemos, mesmo tomando os direitos fundamentais a sério, discordar de boa fé sobre a melhor forma de protegê-los.

Esse desacordo é, antes de qualquer coisa, muito bem-vindo: constitui o maior indício que poderíamos obter de que aquelas autoridades – e nós – de fato tomamos os direitos fundamentais a sério⁵⁴⁷. De alguma maneira, contudo, ele precisa ser processado. Questões atinentes à proteção dos direitos fundamentais não são daquelas sobre as quais poderíamos simplesmente concordar em discordar. Elas são urgentes, e não vão embora quando teorizamos sobre *como* resolvê-las. Decisões coletivamente vinculantes precisam ser tomadas, decisões coletivamente vinculantes precisam ser implementadas: “the more we disagree about the good, the more we need to agree, or the more we need to at least settle something at the level of rights and at the level of justice”⁵⁴⁸. Também nesse

545 Em outro contexto, e com outros propósitos em mente, cf. mais sobre a irrelevância dessa objetividade moral em Waldron, 2004, p. 164 ss.

546 Cf., *supra*, p. 119, nota 422.

547 “We do disagree about rights, and it is understandable that we do. We should neither fear nor be ashamed of such disagreement, nor hush and hustle it away from the forums in which important decisions [...] are made in our society. We should welcome it. Such disagreement is a sign – the best possible sign in modern circumstances – that people *take rights seriously*. Of course, [...] a person [ou uma instituição, *acrescentaria eu*] who finds himself in disagreement with others is not for that reason disqualified from regarding his own view as correct. We must, each of us, keep faith with our own convictions. But taking rights seriously is also a matter of how we respond to contradiction by others, even on an issue of rights. Though each of us reasonably regards his own views as important, we must also (each of us) respect the elementary condition of *being with others*, which is both the essence of politics and the principle of recognition that lies at the heart of the idea of rights” (Waldron, 2004, p.311-2).

548 Waldron, 2002, p. 6.

particular, portanto, aquele pouco que politicamente poderíamos fazer pela integridade e pelo caráter unívoco da justiça precisa efetivamente ser feito: garantir que a força seja usada para sustentar uma visão, e uma visão apenas, que possa ser identificada como a visão do Estado brasileiro por qualquer pessoa, sejam quais forem suas opiniões sobre o assunto⁵⁴⁹. Retomo o problema da tese: o Brasil deve ou não investigar, julgar e punir criminalmente os responsáveis por graves violações aos direitos fundamentais praticadas ao tempo da ditadura? *Quem* decide sobre isso, Supremo Tribunal Federal ou Corte Interamericana de Direitos Humanos?

O transconstitucionalismo – como, de resto, qualquer desenvolvimento teórico que concentre seus esforços argumentativos na pergunta “*Como* decidir questões relacionadas à proteção de direitos fundamentais e à organização e limitação do poder estatal de modo a evitar a instauração de conflitos entre ordens jurídicas que sustentam pretensões contrapostas de hegemonia?” – não é capaz de indicar essa visão unitária, e, por isso mesmo, necessita ser complementado por alguma teoria da autoridade – algum critério de decisão – que o faça. Parece-me oportuno ressaltar que o transconstitucionalismo precisa ser *complementado* por alguma teoria da autoridade, e não *substituído* por ela. Se um específico critério de justiça não é capaz de processar um problema de autoridade (*Quem* decide?), tampouco um específico critério de decisão pode ser reconhecido como apto a solucionar um problema de justiça (*Como* decidir?). Teorias da justiça e teorias da autoridade, nesse sentido, dever ser vistas como agendas distintas⁵⁵⁰. Critérios de decisão precisam de *inputs*, vale dizer, a autoridade precisa de conselhos – uma teoria de si mesma –, e esta é, precisamente, a função que desempenha qualquer critério de justiça: reflexionar sobre questões substantivas (*Como* decidir?), sem ser dissuadido pela existência de desacordos substantivos ou de critérios concorrentes. Mas não é possível, porém, tomar qualquer dessas reflexões substantivas como o específico critério de decisão que necessitamos frente a discordância que incide sobre elas. Seja qual for o critério de decisão indicado perspectivisticamente como o mais adequado, sua utilidade condiciona-se à

549 Cf., *supra*, p. 147-8, nota 522.

550 “We need [...] to see that as a *distinct* agenda, not one to be engaged in simply as an upshot, consequence, or way of pursuing the procedural implications of a particular substantive view. That is, we should not be asking questions like, ‘What are the implications of (for example) John Rawls’s theory of justice so far as democratic and constitutional procedures are concerned?’. Instead, we must ask, ‘What are we to think about democratic and constitutional procedures, given that such procedures have to accommodate a politics for those who differ fundamentally about whether theories like Rawls’s are correct?’” (Waldron, 2004, p.3).

capacidade de oferecer alguma especificação que supere a fonte original dos desacordos, impedindo, assim, a sua reprodução por outros meios.

Para Neves, contudo, esse tipo de critério de decisão – essa teoria da autoridade – seria *impossível*, e mesmo *desnecessária* para o transconstitucionalismo. Em nenhuma hipótese o “sistema jurídico multicêntrico heterárquico de níveis múltiplos” identificado por ele haveria de ser assimilado como um modelo hierárquico-piramidal de ordens jurídicas da sociedade mundial policontextual (impossibilidade). E, ademais disso, antes do que de autoridade, o transconstitucionalismo precisaria de um método (desnecessidade). Não me parece que seja assim, todavia. Mesmo se considerado o transconstitucionalismo com toda a sua pretensão de abrangência, a necessidade de uma autoridade capaz de processar os conflitos que emergem do entrelaçamento transconstitucional entre ordens jurídicas dotadas de pretensões contrapostas de hegemonia não é algo que ele possa simplesmente prescindir. *Impossibilidade* e *desnecessidade* são termos que remetem a configurações específicas que não mantêm entre si um relacionamento do tipo causa/consequência. Assim, há dessas configurações específicas *possíveis*, muito embora *desnecessárias*. Penso, como exemplo, na reformulação daquela famosa equação de Einstein que determina a relação da transformação da massa de um objeto em energia e vice-versa com as letras iniciais do meu nome e do meu sobrenome ($V = jp^2$), estipulando, como condição de *possibilidade*, que ($V =$ energia), ($j =$ massa) e ($p^2 =$ o quadrado da velocidade de luz). Assim também, há dessas configurações específicas *impossíveis*, muito embora *necessárias*. Penso, como exemplo, na *impossibilidade* até agora experimentada pela física moderna no sentido de compatibilizar a relatividade geral – as leis do grande – e a mecânica quântica – as leis do pequeno –, a despeito da *necessidade* dessa “Teoria de Tudo” para a descrição unificada de todos os fenômenos do universo. Naquelas configurações específicas, a *desnecessidade* não interfere na *possibilidade* de caracterizá-las como tal. Nestas, pelo contrário, a *impossibilidade* não interfere na sua *necessidade*.

Mesmo que se reconheça como correta a generalização da *impossibilidade* de se identificar alguma autoridade capaz de processar os conflitos entre pretensões contrapostas de hegemonia em todo e qualquer tipo de entrelaçamento transconstitucional, em nada isso interfere na *necessidade* de identificá-la. Tanto quanto lá, em relação ao blefe-Dworkin, também aqui se faz *necessário* o reconhecimento de algum critério de decisão capaz de, em algum momento, fechar o aparentemente infinito processo de

rearticulação da identidade a partir da alteridade⁵⁵¹, tornando-se possível vislumbrar, ainda que provisoriamente, uma visão, e uma visão apenas, que possa ser caracterizada como a visão de uma específica ordem jurídica entrelaçada com outras em níveis múltiplos⁵⁵². Em absolutamente nada, reitero, a pretensa *impossibilidade* de identificação desse critério de decisão interfere na sua *necessidade*. Daí por que tanto quanto de um método, o transconstitucionalismo *precisa* de uma autoridade.

Mas não reconheço essa generalização como correta. Sobretudo – mas não apenas – quando considerados os entrelaçamentos transconstitucionais que envolvem ordens jurídicas transnacionais *stricto sensu* e ordens jurídicas locais extraestatais nativas⁵⁵³, Neves acerta ao fundamentar o critério de justiça do transconstitucionalismo na impossibilidade de se conceber o “sistema jurídico multicêntrico heterárquico de níveis múltiplos” como um modelo hierárquico-piramidal de ordens jurídicas da sociedade mundial policontextual. Dada a radical diversificação dos seus respectivos tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de autocompreensão e modos de concretização, parece-me mesmo que, com relação a eles, o máximo que poderíamos reconhecer como possível limita-se à insuficientemente fraca noção de “conexão entrelaçada” entre ordens jurídicas, por meio da qual nenhuma das racionalidades parciais envolvidas poderia legitimamente apresentar-se como a detentora da *ultima ratio* discursiva⁵⁵⁴.

Gostaria de fazer crível, contudo, a percepção de que Neves se equivoca quando procede à generalização dessa insuficientemente fraca noção de “conexão entrelaçada” como o máximo que poderíamos reconhecer para *qualquer tipo* de entrelaçamento transconstitucional entre ordens jurídicas. Não se trata, portanto, de questionar o valor mesmo dessa noção para o tratamento de determinadas hipóteses de entrelaçamento transconstitucional – como já estabelecido, o transconstitucionalismo precisa ser *complementado* por um critério de decisão, e não *substituído* por ele –, mas de problematizar uma sua ampliativa generalização como único critério válido para absolutamente toda e qualquer hipótese de entrelaçamento transconstitucional. De fato, quando assume a imprescindibilidade de uma teoria adequadamente complexa e potencialmente capaz de lidar com entrelaçamentos transconstitucionais tão variados como

551 Cf., *supra*, p. 149, nota 528.

552 Cf., *supra*, p. 158, nota 549.

553 Cf., *supra*, p. 132, nota 477.

554 Cf., *supra*, p. 134, nota 484.

os identificáveis entre ordens jurídicas estatais, entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas supranacionais, entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas transnacionais *stricto sensu*, entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais nativas, entre ordem jurídica supranacional e ordem jurídica internacional etc⁵⁵⁵, Neves acaba por obliterar importantes diferenças num discurso invariável pretensamente resumível numa compartilhada *impossibilidade* e *desnecessidade* de autoridades capazes de processar conflitos entre ordens jurídicas. Tomando o transconstitucionalismo restritivamente como um *tipo específico de entrelaçamento* entre ordens jurídicas estatal e internacional – qual seja, aquele, e somente ele, identificável entre os sistemas de justiça constitucional brasileiro e convencional interamericano –, há uma diferença fundamental desconsiderada por Neves que mais de perto interessa ao processamento das pretensões contrapostas de hegemonias sustentadas pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e ela pode ser reconduzida à luz por meio do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002: o critério de decisão – a teoria da autoridade – que necessitamos para o processamento dos conflitos interpretativos constitutivos dos sistemas de justiça constitucional brasileiro e convencional interamericano, para além de necessário e possível, já fora particularizado pelo próprio Estado brasileiro quando da sua declaração de reconhecimento da obrigatoriedade e vinculatividade dos pronunciamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Quem decide? Ela.*

4.4. Conclusão.

Sim, o Estado brasileiro deve processar, julgar e punir criminalmente os responsáveis por violações graves aos direitos fundamentais praticadas ao tempo da ditadura militar, mesmo que isso acarrete a não proteção (desrespeito) dos direitos fundamentais desses violadores, a quem não devemos oferecer o mesmo respeito e a mesma consideração. Ele também deve realizar prévias consultas aos povos indígenas sobre qualquer ato estatal que possa interferir com seus direitos, e os seus juízes, especialmente em matéria criminal, devem apreciar a garantia do processo em prazo razoável com base na sua duração total. O Brasil, contudo, não deve agravar a pena de um selecionado pelo sistema penal com base naquela presunção absoluta de maior

555 Cf., *supra*, p. 132, nota 477.

periculosidade representada pela circunstância agravante da reincidência, nem, tampouco, deve ele reconhecer a sua justiça militar como a competente para o julgamento de civil acusado de desacato praticado contra militar no desempenho de “serviços de garantia e preservação da ordem pública”.

Se aos tribunais constitucionais compete a fiscalização da adequação de constitucionalidade e a última palavra no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos incumbe a fiscalização da adequação de convencionalidade e a última palavra em questões relativas à interpretação e aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Quando essas pretensões de adequação entram em conflito, a necessidade de convencionalidade sobrepõe-se à necessidade de constitucionalidade. Isso é o que efetivamente resulta da declaração formal de reconhecimento da obrigatoriedade e vinculatividade dos pronunciamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos por um Estado signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, como o fez o Brasil⁵⁵⁶.

As razões que levam um Estado soberano a ratificar um tratado internacional de direitos humanos, limitando, assim, seu poder de dominação política, aparecem ainda como uma questão em aberto. As hipóteses explicativas aventadas vão desde uma reação tardia ao nazifascismo⁵⁵⁷ até um mero interesse econômico⁵⁵⁸. Seja como for, o dado fundamental que não pode ser simplesmente desconsiderado é que Estados soberanos de fato limitam seu poder de dominação política ratificando tratados internacionais de direitos humanos. O Brasil, a exemplo de outros, mostrou-se um dos maiores entusiastas dessa internacionalização dos direitos fundamentais. Antes mesmo de o consenso forçado – paradigma de legitimação política referendado pelo AI-5 – ser definitivamente substituído

556 Corte IDH, Voto Razonado del Juez *Ad Hoc* Roberto de Figueiredo Caldas con Relación a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Gomes Lund y Otros (“Gerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, de 24 de noviembre de 2010, §§ 4 e 5, sem grifo no original. Que prossegue: “Para todos los Estados del continente americano que libremente la adoptaron, la Convención equivale a una Constitución supranacional referente a Derechos Humanos. Todos los poderes públicos y esferas nacionales, así como las respectivas legislaciones federales, estatales y municipales de todos los Estados adherentes están obligados a respetarla y a ella adecuarse. Inclusive las Constituciones nacionales han de ser interpretadas o, si necesario, hasta emendadas para mantener armonía con la Convención y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

557 Cf., por exemplo, Weis, 2013 (para quem, “desconfiando da capacidade que os governos nacionais tinham de subverter a ordem democrática interna e, novamente, solapar os direitos humanos, os líderes mundiais do pós-guerra [...] ressuscitaram a ideia de uma Comunidade Internacional de Nações”, p. 80).

558 Cf., também exemplificativamente, D’amato, 1995 (para quem: “The [...] reason for the human rights revolution has to do with interests. It is economic interest – the growth and spread of free markets ... As I argue in an article written in 1979 [...] ‘there is a fundamental affinity between the goals of multinational business enterprise and the goals of human rights’”, p. 77-8).

pelo pluralístico dissenso democrático – paradigma de legitimação política referendado pela Constituição de República Federativa de 1988 –, ele iniciou sua integração ao sistema universal de proteção de direitos fundamentais com a incorporação de sete tratados internacionais de direitos humanos que compõem o assim chamado *big nine*, quais sejam: (i) Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto de Promulgação nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969); (ii) Convenção de Direitos da Criança (Decreto de Promulgação nº 99.710, de 21 de novembro de 1990); (iii) Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (Decreto de Promulgação nº 40, de 15 de fevereiro de 1991); (iv) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto de Promulgação nº 592, de 6 de julho de 1992); (v) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto de Promulgação nº 592, de 6 de julho de 1992); (vi) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Decreto de Promulgação nº 4.377, de 13 de setembro de 2002); e, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição da República, (vii) Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto de Promulgação nº 6.949, de 25 de agosto de 2009)⁵⁵⁹.

No plano regional interamericano, que mais de perto interessou ao desenvolvimento desta tese, a situação não foi diferente. O Brasil tornou-se parte na Convenção Americana de Direitos Humanos com a promulgação do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Adicionalmente, ratificou e incorporou internamente os seguintes documentos normativos: (i) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Decreto de Promulgação nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989); (ii) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (Decreto de Promulgação nº 1.973, de 1º de agosto de 1996); (iii) Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos Referentes à Abolição da Pena de Morte (Decreto de Promulgação nº 2.754, de 27 de agosto de 1998); (iv) Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador (Decreto de Promulgação nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999); e (v) Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas

559 Apenas ratificada pelo Brasil, em 2010, há a Convenção Para a Proteção de Todas as Pessoas Contra Desaparecimentos Forçados. Ainda sem ratificação, há a Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias.

Portadoras de Deficiência (Decreto de Promulgação nº 3.956, de 8 de outubro de 2001).

E fez tudo isso com base na própria Constituição da República de 1988. Foi ela quem indicou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos a partir dos quais a República Federativa do Brasil haveria de constituir-se em Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, III). Foi ela quem estipulou a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios regentes das relações internacionais travadas pela República Federativa do Brasil (CRFB, art. 4º, II). Foi ela quem estabeleceu a imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (CRFB, art. 5º, § 1º). Foi ela quem fez o Brasil se submeter à jurisdição de um Tribunal Penal Internacional a cuja criação deveria manifestar adesão (CRFB, art. 5º, § 4º). Foi ela, também, que, após uma significativamente generosa enunciação de direitos fundamentais, declarou que esse rol exemplificativo não haveria de excluir outros decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (CRFB, art. 5º, § 2º). Foi ela, por fim, quem impôs ao Brasil o dever de propugnar pela formação de tribunais internacionais de direitos humanos (CRFB, ADCT, art. 7º), o que acabaria por concretizar-se, ao menos parcialmente, com a declaração do reconhecimento da obrigatoriedade e vinculatividade dos pronunciamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de pleno direito e por prazo indeterminado, em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica.

Em certo sentido, portanto, a necessidade de fazer sobrepor a fiscalização de convencionalidade à fiscalização de constitucionalidade é, por mais paradoxal que isso possa soar, uma exigência da constituição ela mesma. Amplamente assimilável como uma vontade de não observância desses pré-compromissos constitucionais, a pretensão contraposta de hegemonia angariada pelo Supremo Tribunal Federal há de ser compreendida, pois, como constitucionalmente inadequada. Ora, como poderiam as autoridades internamente institucionalizadas para a guarda e proteção desses mandamentos constitucionais sobrepujá-los em suas atuações interpretativas? Não podem, e ponto. Por tudo isso, este o critério de decisão – uma teoria da autoridade – que reputo mais adequado ao processamento dos conflitos que emergem do entrelaçamento transconstitucional entre sistemas de justiça constitucional brasileiro e convencional interamericano: a Corte Interamericana de Direitos Humanos decide por último, suplantando desacordos com a autoridade de uma decisão ao menos provisoriamente final.

Essa minha resposta a esse problema de autoridade não entra em contradição com a defesa que fiz do transconstitucionalismo como um adequado modelo de entrelaçamento entre racionalidades jurídicas diversas com pretensões contrapostas de hegemonia⁵⁶⁰. Critérios de justiça e critérios de decisão, como já assinalado, devem ser vistos como agendas distintas. Um específico critério de justiça não é capaz de processar um problema de autoridade (*Quem decide?*), nem, tampouco, um específico critério de decisão pode ser reconhecido como apto a solucionar um problema de justiça (*Como decidir?*)⁵⁶¹. Para funcionar como tal, contudo, um critério de decisão precisa ser tautológico, vale dizer, ele precisa ser capaz de fechar-se autorreferencialmente em si mesmo para, a despeito dos *inputs* eventualmente recebidos, fornecer um resultado que valha independentemente do seu conteúdo, impedindo, com isso, a reafirmação de desacordos por outros meios. Por certo que esse fechamento autorreferencial *da – e na –* Corte Interamericana de Direitos Humanos pressupõe um *relativo desentrelaçamento momentâneo* das ordens jurídicas constitucional brasileira e convencional interamericana, para que esta se sobreponha àquela. Essa sobreposição é necessária, ela é possível, ela já foi estabelecida como obrigatória com base na Constituição da República pelo próprio Estado brasileiro e, mais do que tudo, ela precisa ser reconhecida como legítima.

Não haveríamos de sentir qualquer consternação em razão disso, todavia. A uma porque o manter-se entrelaçado não é capaz de indicar aquela uma visão, e aquela uma visão apenas, que possa ser identificada como a visão do Estado brasileiro por qualquer pessoa, sejam quais forem suas opiniões sobre o assunto⁵⁶². A duas porque, dada a impossibilidade de o Brasil desfazer o reconhecimento da obrigatoriedade e vinculatividade dos pronunciamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos sem que, concomitantemente, denuncie a Convenção Interamericana de Direitos Humanos como um todo⁵⁶³, a outra resposta possível ao problema de autoridade indicado

560 Cf., *supra*, Capítulo 3, especialmente p. 140-1.

561 Cf., *supra*, p. 158, nota 550.

562 Cf., *supra*, p. 158, nota 549.

563 Cf., nesse sentido, Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C, nº 54, onde se lê: “La competencia de la Corte no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones. Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención [*cf.*, *supra*, p. 78, nota 285]) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción. [...] La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén

no item 1.5⁵⁶⁴ – qual seja, Supremo Tribunal Federal – pressuporia um *absoluto desentrelaçamento definitivo* das ordens jurídicas constitucional brasileira e convencional interamericana, para que aquela pudesse se sobrepor a esta. Não estou disposto a justificá-lo, e, nesse sentido, é *precisamente* porque tomo as expectativas de diálogo e de aprendizagem recíproca propostas pelo transconstitucionalismo como boas respostas a um problema de justiça (*Como decidir?*) que defendo a entrega da última palavra em questões relacionadas à proteção de direitos fundamentais e à organização e limitação do poder estatal à Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Quem decide?*).

expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención. Dada la fundamental importancia de dicha cláusula para la operación del sistema de protección de la Convención, no puede ella estar a merced de limitaciones no previstas que sean invocadas por los Estados Partes por razones de orden interno. [...] No existe en la Convención norma alguna que expresamente faculte a los Estados Partes a retirar su declaración de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte [...]. Una interpretación de la Convención Americana ‘de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin’, lleva a esta Corte a considerar que un Estado Parte en la Convención sólo puede desvincularse de sus obligaciones convencionales observando las disposiciones del propio tratado. [*Nestas*] circunstancias [...], *la única vía de que dispone el Estado para desvincularse del sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, según la Convención Americana, es la denuncia del tratado como un todo* [...]; si esto ocurriera, dicha denuncia sólo produciría efectos conforme al artículo 78, el cual establece un preaviso de un año” (§§ 34, 36, 39 e 40, sem grifo no original).

564 Cf., *supra*, p. 34-44.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABADÍA, Jesús Lalinde (1991). *El Derecho en la Historia de la Humanidad*. 3ª ed. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias SA.

ACKERMAN, Bruce (1997). "The Rise of World Constitutionalism". In: *Virginia Law Review* n.º 83, p. 771-97.

____ (2006). *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey,

ALVORADO, Paola Andrea Acosta (2013). *Más Allá de la Utopía – Del Diálogo Interjudicial a la Constitucionalización del Derecho Internacional: la red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel*. Tese (Programa de Doctorado Derecho Internacional y Relaciones Internacionales) – Instituto Universitario Ortega y Gasset, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

ARANTES, Rogério Bastos (2004). "Judiciário: entre a justiça e a política". In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (orgs). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro e São Paulo: Fundação Adenauer e Unesp, p. 79-108.

ATRIA, Fernaldo (2003). "El Derecho y la Contingencia de lo Político". In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, p. 319-345.

AZAMBUJA, Darcy (1975). *Teoria Geral do Estado*. 5ª ed. Porto Alegre: Editora Globo.

BACHOF, Otto (1994). *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina.

BARROSO, Luís Roberto (2011). *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva.

BASCH, Fernando Felipe (2007). "The Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights Regarding States' Duty to Punish Human Rights Violations and Its Dangers". In: *American University International Law Review*, 23, n.º 1, Article 8, p. 195-229.

BIELEFELDT, Heiner (2000). *Filosofia dos Direitos Humanos*. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos.

BINEMBOJM, Gustavo (2004). *A Nova Jurisdição Constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar.

BITTAR, Eduardo C. B. (2009). *O Direito na Pós-Modernidade e Reflexões Frankfurtianas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

BODIN, Jean (1973). *Los Seis Libros de la República*. Seleção, tradução e introdução de Pedro Bravo. Madrid: Tolle Lege Aguilar Ediciones.

BOGDANDY, Armin von (2008). "Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: on the relationship between international and domestic constitutional law". In: *International Journal of Constitutional Law I-Con*, vol. 6, n.º 3-4, p. 397-413.

BONAVIDES, Paulo (2013). *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros.

BRASIL (1941). CPP: Código de Processo Penal – Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/Cci/ViL_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Último acesso: 24/10/2016.

____ (1951). STF: Supremo Tribunal Federal. Apelação Civil n.º 9.587-DE, j. 21/08/951, Rel. Min. Lafayette de Andrada. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25026>.

Último acesso: 03/11/2016.

_____ (1961). STF: Supremo Tribunal Federal. MS 8.598/SP AgR, j. 11/10/1961, Rel. Min. Cândido Motta Filho. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325504>. Último acesso: 25/10/2016.

_____ (1963). STF: Supremo Tribunal Federal. RMS 11.021/SP, j. 22/04/1963, Rel. Min. Victor Nunes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=109787>. Último acesso: 25/10/2016.

_____ (1977a). STF: Supremo Tribunal Federal. RE 88.004/SE, j. 1/07/1977, Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>. Último acesso: 25/10/2016.

_____ (1977b). STF: Supremo Tribunal Federal. Representação nº 803/DF, j. 15/09/1977, Rel. Min. Djaci Falcão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263608>. Último acesso: 28/10/2016.

_____ (1988). CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Último acesso: 24/10/2016.

_____ (1995). STF: Supremo Tribunal Federal. HC nº 72.131-1/RJ, j. 22/11/1995, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>. Último acesso: 01/11/2016.

_____ (1997). STF: Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.480-3/DF (Medida Liminar), j. 04/09/1997, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Último acesso: 31/10/2016.

_____ (2000). STF: Supremo Tribunal Federal. RHC nº 79.785-7/RJ, j. 29/03/2000, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>. Último acesso: 01/11/2016.

_____ (2008a). STF: Supremo Tribunal Federal. HC nº 87.585-8/TO, j. 03/12/2008, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Último acesso: 09/11/2016.

_____ (2008b). STF: Supremo Tribunal Federal. HC 94.016-1/SP, j. 7/04/2008, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578258>. Último acesso: 24/10/2016.

_____ (2008c). STF: Supremo Tribunal Federal. RE nº 349.703-1/RS, j. 03/12/2008, Rel. Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Último acesso: 07/11/2016.

_____ (2008d). STF: Supremo Tribunal Federal. RE nº 466.343-1/SP, j. 03/12/2008, Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Último acesso: 01/11/2016.

_____ (2009). STF: Supremo Tribunal Federal. RE 511.961/SP, j. 17/06/2009, rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Último acesso: 24/10/2016.

_____ (2010). STF: Supremo Tribunal Federal. ADPF 153/DF, j. 29/04/2010, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Último acesso: 24/10/2016.

_____ (2012). DPESP: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Denúncia de Violação dos Artigos 7 (2) e 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/08/PM_DEN%C3%9ANCIA_DESACATO_CIDH-DP-SP.pdf?x20748. Último acesso: 25/10/2016.

_____ (2013a). STF: Supremo Tribunal Federal. RE 453.000/RS, j. 04/04/2013, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>. Último acesso: 25/10/2016.

_____ (2013b). STF: Supremo Tribunal Federal. Pet 3388 ED/RR, j. 23/10/2013, Rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>. Último acesso: 25/10/2016.

_____ (2013c). STF: Supremo Tribunal Federal. HC 113.128/RJ, j. 10/12/2013, Rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5306447>. Último acesso: 25/10/2016.

_____ (2014). MPF-PGR: Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da República. Parecer do PGR Rodrigo Janor Monteiro de Barros na ADPF nº 320/DF, 28/08/2014. Disponível em: [file:///C:/Users/vncspoli/Downloads/texto_5102145%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/vncspoli/Downloads/texto_5102145%20(1).pdf). Último acesso: 28/10/2016.

_____ (2015). CPC: Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Último acesso: 24/10/2016.

BUERGENTHAL, Thomas (1997). “The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights”. In: *Human Rights Quarterly* 14, p. 703-723.

BURGERS, Jan Herman (1992). “The Road to San Francisco: the revival of the human rights idea in the twentieth century”. In: *Human Rights Quarterly* 14, p. 447-477.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (2008). *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional: pressupostos de fato e teóricos do seu papel e de seus limites*. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

CAMPILONGO, Celso Fernandes (2000). *Direito e Democracia*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad.

CANOTILHO, J. J. Gomes (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de (2015). “Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo”. In: *Direito, Estado e Sociedade*, nº 46, p. 10-37.

CHRISTIE, Nils (1988). *Los Limites del Dolor*. Traducción de Mariluz Caso. 1º reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica.

CLAUDE, Ricgard Pierre; WESTON, Burns H. (2006). *Human Rights in the World Community: issues and action*. 3ª ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

COELHO, Inocêncio Mártires (2011). “Apresentação”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. *A Crucificação e a Democracia*. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo, Saraiva, p. 7-30.

COROZZA, Paolo G. (2003). “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”. In: *The American Journal of International Law*, vol. 97, p. 38-79.

COSTA RICA (1969). *CADH: Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969. San José. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Último acesso: 24/10/2016.

_____ (1958). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (art. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf. Último acceso: 25/10/2016.

_____ (1979). Corte IDH. Estatuto da Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprovado pela Resolução AG/RES. 448 [IX-0/79), adotada pela ssembleia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979). Disponible em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>. Último acceso: 12/11/2016.

_____ (1988). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, n° 4. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. Último acceso: 16/11/2016.

_____ (1993). Corte IDH: Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-13/93, del 16 de julio de 1993. Ciertas Atribuciones de la Comisión Americana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por los Gobiernos de la República Argentina y de la República Oriental del Uruguay. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf. Último acceso: 14/11/2016.

_____ (1994). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf. Último acceso: 14/11/2016.

_____ (1999). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Série C, n.º 54. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_54_esp.pdf. Último acceso 02/09/2016.

_____ (2001a). Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, n° 73. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf. Último acceso: 14/09/2016.

_____ (2001b). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrio Altos vs. Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, n° 75. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. Último acceso: 25/11/2016.

_____ (2001c). Corte IDH: Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Barrios Altos. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_75_esp.doc. Último acceso: 17/11/2016.

_____ (2001d). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs Perú, reparaciones y costas, sentencia de 30 de noviembre de 2001, Serie C, n° 87. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_87_esp.pdf. Último acceso: 25/10/2016.

_____ (2003a). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C, n° 100. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf. Último acceso: 26/11/2016.

_____ (2003b). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, n° 101. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Último acceso: 17/11/2016.

_____ (2003c). Corte IDH, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_101_esp.doc. Último acceso: 17/11/2016.

_____ (2004a). Comissão IDH: Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe sobre las Leyes de Desacato y Difamación Criminal. Disponible em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/desacato/Informe%20Anual%20Desacato%20y%20difamacion%202004.pdf>. Último acceso: 25/10/2016.

_____ (2004b). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, n° 114. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Último acceso: 23/11/2016.

_____ (2004c). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_114_esp.doc. Último acceso: 23/11/2016.

_____ (2005). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez vs Guatemala, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C, n° 126. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf. Último acceso: 25/10/2016.

_____ (2006a). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Álvares vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, n° 141. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. Último acceso: 24/11/2016.

_____ (2006b) Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso López Álvares vs. Honduras, del 1 de febrero de 2006. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_141_esp.doc. Último acceso: 23/11/2016.

_____ (2006c). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs Perú, interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, n° 147. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_157_esp.pdf. Último acceso: 16/11/2016.

_____ (2006d). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C, n° 153. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf. Último acceso: 26/11/2016.

_____ (2006e). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, n° 154. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Último acceso: 15/11/2016.

_____ (2006f). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vargas Arencó vs. Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, n° 155. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_esp.pdf. Último acceso: 24/11/2016.

_____ (2006g) Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Vargas Arencó vs. Paraguay, del 26 de septiembre de 2006. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_155_esp.doc. Último acceso: 23/11/2016.

_____ (2006h). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, n° 158. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Último acceso: 15/11/2016.

_____ (2006i). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (aguado Alfaro y otros) vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_garcia_158_esp.doc. Último acceso: 15/11/2016.

_____ (2010a). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, nº 219. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf. Último acesso: 25/10/2016.

_____ (2010b). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto Razonado del Juez *Ad Hoc* Roberto de Figueiredo Caldas con Relación a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Gomes Lund y Otros (“Gerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, de 24 de noviembre de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_figueiredo_219_esp.doc. Último acesso: 25/10/2016.

_____ (2010c). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, nº 220. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Último acesso: 15/11/2016.

_____ (2011). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay, Excepciones Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, nº 221. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Último acesso: 17/08/2016.

_____ (2012a). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Rifo y niñas vs Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, nº 239. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Último acesso: 15/11/2016.

_____ (2012b). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Kichwa vs Ecuador, fondo y reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C, nº 245. Disponível em: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Último acesso: 24/10/2016.

_____ (2013a). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf. Último acesso: 29/1/2016.

_____ (2013b). Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Iribarne vs Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, nº 135. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf. Último acesso: 28/10/2016.

_____ (2014). Corte IDH, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, supervisión de cumplimiento de sentencia, 17 de octubre de 2014. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14.pdf. Último acesso: 28/10/2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu (1998). *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Editora Moderna.

D'AMATO, Anthony (1995). “Human Rights as Part of Customary International Law: a plea for change of paradigm”. In: *Georgia Journal of International and Comparative Law*, nº 25, p. 47-98

DERRIDA, Jacques (2010). *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. 2ª ed. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes.

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas (2016). “O Diálogo Jurisdiccional sobre Direitos Humanos e a Ascensão da Rede Global de Cortes Constitucionais”. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (orgs). *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, p. 347-384.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo (2014). *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas.

DOLINGER, Jacob (2001). “Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Constituição Brasileira de 1988. AS ilusões do Pós-Modernismo/Pós-Positivismo. A visão Judaica”. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (orgs). *Doutrinas*

Essenciais: Direitos Humanos – vol. 1 (Teoria Geral dos Direitos Humanos). São Paulo: Revista dos Tribunais.

DOTTI, Jorge (2005). *Carl Schmitt: época y pensamiento*. Buenos Aires: Homo Sapiens.

DULITZKI, Ariel E. (2015). “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-american Court of Human Rights”. In: *Texas International Law Journal*, vol. 50:1, p. 45-93.

DWORKIN, Ronald (1990). “Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court”. In: *Alberta Law Review*, vol. 28, nº 2, p. 324-346.

____ (2001). *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes.

____ (2005). *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes.

____ (2006). *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes.

____ (2010). *Levando os Direitos a Sério*. 3ª ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes.

ECO, Umberto (2000). *Os Limites da Interpretação*. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva.

ELSTER, Jon (2000). *Ulisses Liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução de Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: Editora Unesp.

ELY, John Hart (2010). *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack (2003). “Constitutional Borrowing and Nonborrowing”. In: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, nº 2, p. 196-223.

FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. (1991). *Law and Public Choice: a critical introduction*. Chicago: University of Chicago.

FERRAJOLI, Luigi (2007). *A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. 2ª ed. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes.

____ (2013). *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia. 1. Teoría del Derecho*. Traducción de Perfeto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (2009). *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.

FIORAVANTI, Maurizio (2001). *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta.

FOUCAULT, Michel (2002). *Vigiar e Punir*. 40ª ed. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes.

FOLLESDAL, Andreas (2013). “The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law” In: *Global Constitutionalism*, nº 2, 1, p. 37-62, Cambridge University Press.

GABEL, Peter (1977). “Reviewed Works: Taking Rights Seriously by Ronald Dworkin”. In: *Harvard Law Review*, vol. 91, nº 1, p. 302-315.

GADAMAR, Hans-Georg (1999). *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da Tradução de Ênio Paulo Giachini. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes.

GARGARELLA, Roberto (1991). *La Justicia Frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel.

GILISSEN, John (2001). *Introdução Histórica ao Direito*. 3ª ed. Tradução de A. M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

GOLDSWORTHY, Jeffrey (2001). "Legislation, Interpretation, and Judicial Review". In: *University of Toronto Law Journal*, 51, p. 75-86.

GRIMM, Dieter (2005). "The Constitution in the Processes of Denationalization". In: *Constellations*, vol. 12, nº 4, p. 447-463.

____ (2006). *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey.

GROPPALI, Alexandre (1962). *Doutrina do Estado*. 2ª ed. Traduzida da 8ª ed. italiana por Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva.

GROTIUS, Hugo (2004). *O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis) – vol. 1*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí.

HABA, Enrique P. (2001). "Rehabilitación del No-Saber em la Actual Teoría del Derecho. El *Bluff* Dworkin (retorna al realismo ingenuo y apogeo del efecto-Vicente, lanzados por una reencarnación más del Prof. Beale)". In: *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 24, Universidad de Alicante, p. 165-201.

HABERMAS, Jürgen (2001). *A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi.

____ (2003). *Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume II*. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

HART, Herbert Lionel Adolphus (2009). *O Conceito de Direito*. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, revisão da tradução de Marcelo Brandão Cipolla, revisão técnica de Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Martins Fontes.

HEGEL, G. W. Friedrich (1997). *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes.

HERRERA FLORES, Joaquín (2000). "Hacia una Visión Compleja de los Derechos Humanos". In: *El Vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer.

HIRSCHL, Ran (2004). *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press.

HITTERS, Juan Carlos (2009). "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)". In: *Estudios Constitucionales*, Año 7, nº 2, p. 109-128.

HOBBES, Thomas (1966). *Del Ciudadano*. Traducción del Latín y Nota Preliminar por André Catrysse. Caracas: Instituto de Estudios Políticos – Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela.

____ (1983). *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3ª ed. (Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural.

HOFSTADTER, Douglas R. (2001). *Gödel, Escher, Bach: um entrelaçamento de Gênios Brilhantes*.

- Tradução de José Viegas Filho. Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de (1997). *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. 2ª ed. Tradução de Maria Lúcia Karan. Niterói: Luam Editora Ltda.
- JACKSON, Vicki C. (2005). “Constitutional Comparisons: convergence resistance, engagement”. In: *Harvard Law Review*, vol. 119, p. 109-128.
- JACOBS, Francis G. (2003). “Judicial Dialogue and The Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice”. In: *Texas International Law Review Journal*, vo. 38, p. 547-556.
- JELLINEK, Georg (2005). *Teoría General del Estado*. Tradução da 2ª ed. alemã de Fernando de los Ríos. Montevideo, Buenos Aires: Julio César Faira Editor.
- KELSEN, Hans (2001). *O Que É Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no Espelho da Ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes.
- KOSELLECK, Reinhart (2006). *Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução do original alemão de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Revisão da Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto: Editora PUC-Rio.
- LAFER, Celso (1988). *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras.
- LASSALE, Ferdinand (2000). *A Essência da Constituição*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- LATOURE, Bruno (200). *Jamais Fomos Modernos: ensaio de antropologia simétrica*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34.
- LEDESMA, Héctor Faúndez (2007). “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. In: *Revista IIDH – Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vo. 46, p. 43-122.
- LOEWENSTEIN, Karl (1964). *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel.
- LUHMANN, Niklas (2002). *El Derecho de la Sociedad*. Tradução do original de Javier Torres Nafarrate. México: Ediciones Herder.
- _____ (2007). *La Sociedad de la Sociedad*. Tradução do original de Javier Torres Nafarrate. México: Ediciones Herder.
- _____ (2008). *Sistema Sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John (2010). *O Federalista*. 3ª ed. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores.
- MAUS, Ingeborg (2009). *O Direito e a Política: teoria da democracia*. Tradução de Elisete Antoniuk e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. Belo Horizonte: Del Rey.
- MELISH, Tara J. (2009). “From Paradox to Subsidiarity: The United States and Human Rights Treaty Bodies”. In: *The Yale Journal of International Law*, vol. 34, p. 389- 462.
- MENDES, Conrado Hübner (2008a). *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- _____ (2008b). *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

- MENDES, Gilmar Ferreira (1999). *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (2014). *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva.
- MIAILLE, Michel (1979). *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Moraes Editores.
- MIRANDA, Jorge (2002). *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ____ (2007). *Manual de Direito Constitucional – Tomo II: Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- ____ (2008). *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV: Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- MOLINA, Francisco Roberto Rímola; HERRERA, Rubén López (2009). *La Verdad detrás del Diario Militar: desapariciones forzadas em Guatemala 1982-1985*. Programa Nacional de Resarcimiento. Guatemala. Disponível em: [file:///C:/Users/vncspoli/Downloads/Libro%20Diario%20Militar%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/vncspoli/Downloads/Libro%20Diario%20Militar%20(1).pdf). Último acesso: 17/11/2016.
- MORAES, Alexandre de (2011). *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral*. 9ª ed. São Paulo: Atlas.
- NEUMAN, Gerald L. (2003). “Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance”. In: *Stanford Law Review*, vol. 55, nº 5., p. 1863-1990.
- NEVES, Marcelo (1996). “De la Autopoiesis a la Alopoiesis del Derecho”. In: *Doxa*, nº 19, p. 403-420.
- ____ (2007). *A Constitucionalização Simbólica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes.
- ____ (2008). *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes.
- ____ (2009). *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes.
- ____ (2013). *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes.
- ____ (2014a). “(Não) Solucionando Problemas Constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões”. In: *Lua Nova*, nº 93, p. 201-232.
- ____ (2014b). “Do Diálogo entre as Cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Transconstitucionalismo na América Latina”. In: *Revista de Informação Legislativa*, Ano 51, nº 201, p. 193-214.
- ____ (2015). “Comparing Transconstitutionalism in an Asymmetric World Society: conceptual background and self-critical remarks”. In: *Workin Papers Series 2015:02*, University of Glasgow, Adam Smith Research Foundation, p. 3-13.
- NIETZSCHE, Friedrich (1996a). *Sobre Verdad y Mentira em Sentido Extramoral*. 3ª edição. Tradução de Luiz ML. Valdés e Teresa Orduña. Madrid: Recnos.
- ____ (1996b). *Human, All Too Human*. Tradução de R. J. Hollingdale, com introdução de Richard Schacht. Cambridge: Cambridge University Press.
- ____ (1998). *Genealogia da Moral: uma polêmica*. 10ª ed. Tradução de Paulo César de Sousa. São Paulo: Companhia das Letras.
- ____ (2000). *A Gaia Ciência*. 6ª edição. Tradução de Alfredo Margarido. Lisboa: Guimarães Editores.

____ (2004). *Aurora*. Tradução, Notas e Posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras (livro digital).

____ (2008). *A Vontade de Poder*. Rio de Janeiro: Contraponto.

NINO, Carlos Santiago (1996). *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven & London: Yale University Press.

OLIVEIRA, Luciano (2004). *Não Fale do Código de Hamurábi! A pesquisa Sócio-Jurídica na Pós-Graduação em Direito*. Disponível em: https://www.uniceub.br/media/180292/Texto_IX.pdf *último acesso em 09/03/2011).

ONFRAY, Michel (2006). *Tratado de Ateología: la física de la metafísica*. 3ª ed. Tradução de Luiz Freira. Buenos Aires: Ediciones de la Flor.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (1945). *Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Assinada em São Francisco, em 26 de junho de 1945. Disponível em: http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf. Último acesso: 24/10/2016.

____ (1966). *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. Conclusão e assinatura em Nova Iorque, 16 de dezembro de 1976

____ (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/wp-content/uploads/2014/05/Pacto-Internacional-sobre-os-Direitos-Civis-e-Pol%C3%Aadticos.pdf>. Último acesso: 29/10/2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (1982). Convenção nº 158 da OIT. Aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, Genebra. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>. Último acesso: 31/10/2016.

ONU, Peter S. (2001). *The Origins of the Federal Republic: jurisdictional controversies in the United States 1775-1778*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

PASTOR, Daniel (2005). “La Deriva Neopunitivista de Organismos y Activistas como Causa del Desprestigio Actual de los Derechos Humanos”. Disponível em: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm>. Último acesso: 25/11/2016.

PAULUS, Andreas (2011). “Between Constitutionalization and Fragmentation: concepts and reality of international law in the 21st century”. In: *Humbolt Forum Recht*, nº 5, p. 56-63.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2010). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10ª ed. Madrid: Tecnos.

PETERS, Anne (2006). “Compensatory Constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures”. In: *Leiden Journal of International Law*, 19, p. 579-610.

PINTO FERREIRA, Luís (1975). *Teoria Geral do Estado – 1º volume*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva.

PIOVESAN, Flávia (2013). *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva.

POLI, Vinicius (2012a). *Controle de Constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

____ (2012b). “‘We, (Afraid of) the People’. Controle Judicial de Constitucionalidade: origens, desenvolvimento e dificuldades”. In: *Revista Digital de Direito Público*, Faculdade de Direito de Ribeirão

Preto, Universidade de São Paulo, vol. 1, nº 1, p. 1-29.

____ (2015). “Quem Deve ser o Detentor da Última Palavra, Judiciário ou Legislativo?”. In: *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, vol. 31, nº2, p. 356-380.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila (2011). “A Ampliação da Visibilidade nos Julgamentos Criminais”. In: gauier, Ruth Maria Chittó (org). *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos II*. 2ª edição. Porto Alegre: Edpuhrs, p. 232-247

QUEIROZ, Paulo (2014). *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm.

RAMOS, André de Carvalho (2011/2012). “Pluralidade de Ordens Jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional”. In: *Revista da Faculdade de Direitos da Universidade de São Paulo*, vol. 106/107, p. 497-524.

____ (2013). *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva.

____ (2015). *Curso de Direitos Humanos*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva.

RAMOS, Elival da Silva (2010). *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas e evolução*. São Paulo: Saraiva.

REGINSTER, Bernard (2001). “The Paradox of Perspectivism”. In: *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 62, nº 1, p. 217-233.

RIBOTTA, Silvina Verónica (2003). “Globalización versus Derechos Humanos. Pueden configurarse los derechos humanos como un estrategia emancipadora en el actual contexto de globalización neoliberal?”. In: *Revista Futuros – Revista Trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo Sustentable*, vol. 1, n. 3, sem paginação.

RICHARDS, David A. J. (1977). “Taking Taking Rights Seriously Seriously: reflections on Dworkin and the American Revival of Nature Law”. In: *New York Law Review*, vol. 52, nº 6, p. 1265-1340.

ROCHA, Silvia Pimenta Velloso (2004). “Os Abismos da Suspeita: Nietzsche e o perspectivismo”. In: *O Que Nos Faz Pensar*, nº 18, p. 213-224.

ROUSSEAU, J. J. (2006). *O Contrato Social: princípios de direito político*. 4ª ed. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes.

SANTOS, Juarez Cirino dos (2012). *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 2ª ed. revista e atualizada. Florianópolis: Conceito Editorial.

SCHMITT, Carl (1998). *El Concepto de lo Político*. Tradução de Rafael Agapito. Madrid: Alianza.

____ (2001). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. AGUILAR, Héctor Orestes (org). México: Fondo de Cultura Económica.

SCOTT, James Brown (2000). *The Spanish Origins of International Law: Francisco de Vitoria and his law of nations*. New Jersey: The Lawbook Exchange, Publications of The Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law.

SILVA, José Afonso da (1998). *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros

SILVA, Virgílio Afonso da (2010). “Colisões de Direitos Fundamentais entre Ordem Nacional e Ordem Transnacional”. In: Neves, Marcelo (org.). *Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, p. 101-112.

SLAUGHTER, Anne-Marie (1994). “Typology of Transjudicial Communication”. In: *University of Richmond Law Review*, v. 29, p. 99-137.

____ (2004). *A New World Order*. New Jersey: Princeton University Press.

SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William (2006). “The Future of International Law is Domestic” (or, The European Way of Law”. In: *Harvard International Law Journal*, 47, 2, p. 327-352.

STONE SWEET, Alec (2003). “Why Europe Rejected American Judicial Review – And Why It May Not Matter”. In: *Michigan Law Review*, vol. 101, p. 2744-2780.

STRECK, Lenio Luiz (2010). *O Que é Isso – Decido Conforme minha Consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

TAVARES, André Ramos (200). *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva.

TEUBNER, Gunther (2003). “A Bukowina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional”. In: *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas*, Unimep, vol. 14, nº 33, p. 9-31.

____ (2005). “Regimes Privados: direito neo-espontâneo e constituições dualistas na sociedade mundial”. In: TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, p. 105-27.

TOCQUEVILLE, Alexis de (1977). *A Democracia na América*. São Paulo: EDUSP.

____ (2009). *O Antigo Regime e a Revolução*. Organizado por J.-P. Mayer. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes.

TOULMIN, Stephen (2001). *Os Usos do Argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (1991). *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva.

TRINDADE, José Damião de Lima (2002). *História Social dos Direitos Humanos*. São Paulo: Pierópolis.

TRUYOL Y SERRA, Antonio (1994). *Los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos.

TUSHNET, Mark (2000). *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

UNGER, Roberto Mangabeira (2004). *O Direito e o Futuro da Democracia*. Tradução de Caio Farah Rodrigues e Márcio Soares Grandchamp, com consultoria do autor. São Paulo: Boitempo.

VALDÉS, Roberto L. Blanco (1997). *Il Valore della Costituzione: separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*. Tradução de Antonella Salerno e Silvio Gambini. Padova: Casa Editrici Dott. Antonio Milani.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo (2006). *A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

VIEIRA, Oscar Vilhena (1999). *A Constituição e sua Reserva de Justiça*. São Paulo: Malheiros.

____ (2008). “Supremocracia”. In: *Revista Direito GV*, 4(2), p. 441-464.

WALDRON, Jeremy (1998). “Judicial Review and the Conditions of Democracy”. In: *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, nº 2, p. 335-355.

- _____ (2002). “Disagreement on Justice and Rights”. In: *NYU Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 6, nº 5, p. 5-10.
- _____ (2003). *A Dignidade da Legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes.
- _____ (2004). *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- _____ (2006). “The Core and the Case Against Judicial Review”. In: *The Yale Law Journal*, 115, p. 1346-1407.
- WEBER, Max (1974). *Ensaio de Sociologia*. Organização de H. H. Gerth e C. W. Mills. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores.
- WEIS, Carlos (2013). *Direitos Humanos Contemporâneos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros.
- WELSCH, Wolfgang (2000). “Reason and Transition: on the concept of transversal reason”. In: *Cornell University eCommons – Cornell’s Digital Repository*. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1813/54>. Último acesso: 02/12/2016.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2001). *Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan.
- ZAMBRANO, Sonia Patricia Cortés (2013). “La Globalización Económica y los Derechos Humanos”. In: *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, vol. 8, nº 2, p. 138-149.
- ZURN, Chirstopher F. (2002). “Deliberative Democracy and Constitutional Review”. In: *Law and Philosophy*, 21, p. 467-542.