

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 vinga 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] inexistente 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), Binenbojm, 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 dúplici 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 dispor 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 planejar 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 Derechos 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 Derechos 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 *hechos*” (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.

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). Conformar 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 Derechos 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 Direitos 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: <http://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 outros) 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.

HOBBS, 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.
- LATOURET, Bruno (2000). *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.

ONUF, 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: Edpuccs, 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). *Ensaios 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.