



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

VICTOR COSTA DE ARAÚJO

**O TRANSCONSTITUCIONALISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA
TEORIA DOS DIRETOS FUNDAMENTAIS**

Salvador
2015

VICTOR COSTA DE ARAÚJO

**O TRANSCONSTITUCIONALISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA
TEORIA DOS DIRETOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior

Salvador
2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A658t

Araújo, Victor Costa de

O transconstitucionalismo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma análise sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais. [manuscrito] / Victor Costa de Araújo. – Salvador, 2015.

194f.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior
Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

1. Direito Constitucional. 2. Transconstitucionalismo. 3 Direito fundamental. 4. Supremo Tribunal Federal. I. Cunha Júnior, Dirley da. II. Universidade Federal da Bahia. III. Título.

CDD 342.02

TERMO DE APROVAÇÃO

VICTOR COSTA DE ARAÚJO

O TRANSCONSTITUCIONALISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS DIRETOS FUNDAMENTAIS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Direito Público, na linha de pesquisa Constituição, Estado e Direitos Fundamentais da Universidade Federal da Bahia pela seguinte banca examinadora.

Dirley da Cunha Júnior - Orientador _____
Doutor em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.
Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Wilson Alves de Souza - _____
Pós-Doutor em Direito, Universidade de Coimbra – UC/PT.
Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX _____

Salvador/ 2015

A minha irmã Roberta, pelo incentivo ao longo do Mestrado.

AGRADECIMENTOS

Encerrada mais uma importante etapa na área acadêmica, é chegado o momento de agradecer e reconhecer a importância de algumas pessoas em minha vida e, particularmente, àquelas que mais estiveram presente durante o Mestrado. Antes, contudo, não poderia deixar de agradecer ao maior de todos os Mestres: Deus. Agradeço por ter chegado até aqui. Ao longo dessa caminhada, que, às vezes, é solitária, pedi a Ele serenidade, ânimo, paciência, e resultados. Posso afirmar que fui atendido.

Agradeço aos Professores Raimundo Andrade e Marco Viana, ambos da Universidade Católica do Salvador, que foram importantes referências para mim na Graduação e ainda continuam sendo uma referência, seja como Procuradores de Estado ou como Professores.

Aos amigos e colegas Emanuel, Ezilda, e Luiz Alberto pelo estímulo para participar da seleção do Mestrado em Direito da UFBA no início do ano de 2013, após não ter logrado êxito na primeira tentativa.

Aos meus pais José Roberto e Virgínia Maria, pelo conforto material e espiritual a mim ofertado e, também, pelo esforço para propiciar a melhor formação acadêmica possível desde a mais tenra idade. A minha irmã Roberta, pelo incentivo ao longo do curso em inúmeras ocasiões, mesmo quando estive a distância em decorrência de deslocamento para outro estado quando da sua aprovação em concurso público federal.

Aos meus avós Eduardo e Rúbria, *in memoriam*, pela empolgação e alegria com cada vitória em minha vida, inclusive no campo profissional. Onde quer que estejam sei que estarão felizes com essa conquista. A Cláudia, minha madrinha, pelo carinho e atenção de sempre.

Aos meus avós Luiz Augusto e Suzana, sou grato pela dedicação dispensada ao longo dessa caminhada. Sempre procurando informações sobre cada etapa do curso, evolução das pesquisas, e cumprimento dos prazos.

Aos amigos da época do Vieira, que continuam bem presentes em minha vida e torcendo pelo meu sucesso, em especial a Nilo Jorge, Fernando Henrique, e Lucas. Aos colegas do Mestrado, pela frutífera troca de ideias, companheirismo, e colaboração, em especial a Camilo, Carliane, e Claiz.

Ao meu orientador, o Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior, agradeço à disponibilidade de tempo e atenção em meio à sua atribulada rotina de Juiz Federal e Professor universitário. O contato direto como aluno, tirocinista, e orientando só confirmou a minha certeza de que, além de um excelente ser humano, se trata de um dos maiores juristas brasileiros da atualidade.

Ao Prof. Dr. Wilson Alves de Souza, agradeço à importante participação nesta trajetória. Também agradeço à disponibilidade de tempo e atenção em meio à sua atribulada rotina de Juiz Federal e Professor universitário. Poder ser aluno, integrante do grupo de pesquisa, e colaborador de sua revista jurídica são uma grande honra para mim.

Por fim, agradeço a Ana Paula, que, mesmo doente e com curto prazo para revisar o trabalho, adequou a Dissertação às regras da ABNT, tarefa de extrema importância para a produção científica.

*"Quantas estradas um homem precisará andar
Antes que possam chamá-lo de homem?
Quantos mares uma pomba branca precisará sobrevoar
Antes que ela possa dormir na areia?
Sim, e quantas balas de canhão precisarão voar
Até serem para sempre banidas?"*

*A resposta, meu amigo, está soprando ao vento
A resposta está soprando ao vento*

(...)"

(How many roads must a man walk down
Before you can call him a man?
How many seas must a white dove sail
Before she can sleep in the sand?
Yes and how many times must cannonballs fly
Before they're forever banned?

The answer, my friend, is blowin' in the wind
The answer is blowin' in the wind

(...)"

(Blowin' in the wind - Bob Dylan)

RESUMO

No atual estágio da globalização, cada vez mais o direito pátrio deixa de ser o começo e o fim dos problemas jurídicos, inclusive das questões constitucionais. Proliferam, além do direito estatal, diversas outras ordens jurídicas: local, regional, supranacional, internacional, transnacional. Ademais, o fenômeno da "constitucionalização" dos direitos fundamentais torna essa classe de direitos um terreno fértil para a discussão do transconstitucionalismo. É que a positivação de normas que versam sobre direitos fundamentais nas Constituições dos Estados torna possível o intercâmbio constante e recíproco de decisões emanadas de Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais. Neste trabalho, são apresentados cinco casos em que o Supremo Tribunal Federal enfrentou temas em que havia potencialidade de diálogo com o transconstitucionalismo, sendo a análise da forma como esse diálogo ocorreu o principal objetivo.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo. Supremo Tribunal Federal. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

In the present stage of globalization, national law is not the only reference to resolve juridical problems, including constitutional problems. Furthermore the national law, there are other juridical systems: local, regional, supranational, international, and transnational. The inscription of human rights in many Constitutions around the world permits a discussion between the Supreme Courts. The dialogue between different juridical systems is called "transconstitutionalism". In this work, we show five cases. In each one of these cases was possible this dialogue. We analyze if the Brazilian Supreme Court used or not this kind of dialogue.

Keywords: Transconstitucionalism. Brazilian Supreme Court. Human Rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	CONCEITOS PRELIMINARES E MARCO TEÓRICO	16
2.1	SOCIEDADE MODERNA MULTICÊNTRICA	16
2.2	SOCIEDADE MUNDIAL	20
2.3	ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS	24
2.4	RACIONALIDADE TRANSVERSAL	27
2.5	NOSSO MARCO TEÓRICO - A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
3	DA SOCIEDADE LOCAL À SOCIEDADE GLOBAL	41
3.1	CONCEITO DE SOCIEDADE	41
3.2	CONCEITO DE ESTADO, A FORMAÇÃO DO ESTADO, E O “ESTADO-NAÇÃO”	43
3.3	A SOCIEDADE LOCAL	50
3.4	MEIOS DE TRANSPORTE, MEIOS DE COMUNICAÇÃO, E GLOBALIZAÇÃO	51
3.5	A SOCIEDADE GLOBAL	59
4	TRANSCONSTITUCIONALISMO	64
4.1	CONCEITO DE TRANSCONSTITUCIONALISMO	64
4.2	ESPÉCIES DE TRANSCONSTITUCIONALISMO	71
4.2.1	Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais	74
4.2.2	Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito local	77
4.2.3	Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito regional	81
4.2.4	Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito supranacional	82
4.2.5	Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito transnacional	84
4.3	TRANSCONSTITUCIONALISMO HORIZONTAL E TRANSCONSTITUCIONALISMO VERTICAL	86
4.4	DO JUSNATURALISMO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO - DIÁLOGOS COM O "AUDITÓRIO UNIVERSAL"	88

4.4.1	Conceito de “auditório universal”	90
4.4.2	A pretensão de convencimento do “auditório universal” por diferentes doutrinas jurídicas – uma análise crítica	96
4.4.2.1	No jusnaturalismo	98
4.4.2.1.1	<i>Conceito</i>	98
4.4.2.1.2	<i>Momento histórico</i>	100
4.4.2.1.3	<i>Relação com o auditório universal</i>	101
4.4.2.1.4	<i>Análise crítica</i>	101
4.4.2.2	No positivismo jurídico	104
4.4.2.2.1	<i>Conceito</i>	104
4.4.2.2.2	<i>Momento histórico</i>	106
4.4.2.2.3	<i>Relação com o auditório universal</i>	106
4.4.2.2.4	<i>Análise crítica</i>	108
4.4.2.3	No realismo jurídico	109
4.4.2.3.1	<i>Conceito</i>	109
4.4.2.3.2	<i>Momento histórico</i>	111
4.4.2.3.3	<i>Relação com o auditório universal</i>	112
4.4.2.3.4	<i>Análise crítica</i>	113
4.4.2.4	No pós-positivismo jurídico	115
4.4.2.4.1	<i>Conceito</i>	115
4.4.2.4.2	<i>Momento histórico</i>	117
4.4.2.4.3	<i>Relação com o auditório universal</i>	117
4.4.2.4.4	<i>Análise crítica</i>	119
4.5	NO TRANSCONSTITUCIONALISMO	121
5	TRANSCONSTITUCIONALISMO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	124
5.1	HC N° 82.424/RS – MINISTÉRIO PÚBLICO X SIEGFRIED ELLWANGER - ANTISSEMITISMO - CRIME DE RACISMO	125
5.1.1	Hstórico do caso	125
5.1.2	Presença de transconstitucionalismo	128
5.1.3	Comentários	
5.2	RE N° 466.343-1/SP - BANCO BRADESCO S/A X LUCIANO CARDOSO SANTOS - PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL	140

5.2.1	Histórico do caso	140
5.2.2	Presença de transconstitucionalismo	142
5.2.3	Comentários	149
5.3	ADPF Nº 153/DF - CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL X PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL - REVISÃO DA LEI DE ANISTIA DE 1979	152
5.3.1	Hstórico do caso	152
5.3.2	Presença de transconstitucionalismo	157
5.3.3	Comentários	165
5.4	ADPF Nº 132/RJ - REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO	168
5.4.1	Hstórico do caso	168
5.4.2	Presença de transconstitucionalismo	170
5.4.3	Comentários	172
5.5	AP Nº 470/MG – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL X JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA E OUTROS - ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS INFRINGENTES - DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E NO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA	174
5.5.1	Hstórico do caso	174
5.5.2	Presença de transconstitucionalismo	177
5.5.3	Comentários	180
5.6	CARTA DE INTENÇÕES PARA A COOPERAÇÃO ENTRE STF E CIDH	184
6	CONCLUSÃO	186
	REFERÊNCIAS	189
	ANEXO	195

1 INTRODUÇÃO

O mundo não é mais o mesmo após o advento da globalização. A evolução dos meios de transporte e dos meios de comunicação ao longo da segunda metade do século XX, causas principais da globalização, forjaram uma nova sociedade, a sociedade global. Aquele mundo idealizado por Lennon na imortal canção "Imagine", de 1971¹, embora longe da paz almejada pelo músico, concretizou-se, pelo menos, no projetado "mundo sem fronteiras".² A globalização influenciou todas as ciências, aí incluído o Direito. Assim como a sociedade converte-se de local a global, o Direito, por sua vez, também passa por essa transição. A ideia de que o direito estatal é a primeira e última fonte de referência para a solução de uma contenda passa a ser posta seriamente em xeque.

Questões constitucionais antes de interesse de determinado Estado ou de alguns Estados passam a ser de interesse de uma comunidade de países que estão reunidos por um tratado ou, até mesmo, de toda a comunidade internacional. Paralelamente à ordem jurídica estatal, proliferam outras ordens jurídicas: local, regional, internacional, e transnacional. A globalização do Direito criou gradativamente um sistema de níveis múltiplos, em que o direito estatal, embora continue sendo relevante, é apenas um desses níveis. Há, cada vez mais, um constante diálogo e intercâmbio entre essas ordens jurídicas distintas, sendo possível afirmar que o Direito Constitucional transpõe as fronteiras do Estado e "internaliza-se". A esse fenômeno Marcelo Neves dá o nome de "transconstitucionalismo". É o tema objeto deste trabalho, sendo feito um recorte que será explicado logo adiante.

Marcelo Neves elenca, na obra "Transconstitucionalismo", de forma não exaustiva, as seguintes possíveis formas de manifestação do transconstitucionalismo: a) transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal; b) transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito estatal; c) transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais; d) transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e transnacionais; e) transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e ordens locais

¹ LENNON, John. Imagine. Intérprete: John Lennon. In: LENNON. **Lennon Legend**. United States: records, 1998. 1 CD. Faixa 1.

² Lennon na imortal canção "Imagine", de 1971. Um dos versos da música vem a ser: "Imagine there is no countries". Esse verso pode ser interpretado de duas formas: a) literalmente, como "um mundo sem países" ou b) conotativamente, como "um mundo sem fronteiras".).

extraestatais; e f) transconstitucionalismo entre direito supranacional e direito internacional.³

Nesse novo cenário de ruptura de paradigmas tradicionais, que outrora apontavam para uma incomunicabilidade entre ordens jurídicas distintas, sendo somente o direito estatal a referência primeira e última no exercício do controle de constitucionalidade, seja no modelo difuso (americano) ou concentrado (austríaco), cumpre questionar: no Brasil, o órgão de cúpula do Poder Judiciário, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, acompanhou essa tendência verificável em diversas Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais mundo afora e é influenciado pelas decisões de órgãos jurisdicionais pertencentes a ordens jurídicas distintas ou, ao contrário, há resistência em dialogar com ordens jurídicas distintas? Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal adere ao transconstitucionalismo? Esse é o problema que irá permear a Dissertação, problema o qual se buscará chegar a uma resposta satisfatória ao final.

A discussão é atual e relevante para a evolução do controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. Pode-se dizer que o debate é atual porque a proposta do transconstitucionalismo corresponde à constatação de que se vive hoje num mundo cada vez mais globalizado e entrelaçado culturalmente. Diante da realidade de uma “sociedade global”, é mais que contemporâneo o estudo de como o órgão de cúpula do Poder Judiciário reage a esse contexto.

O debate é relevante e isso evidencia-se pelo fato de que os paradigmas clássicos de toda a dogmática construída acerca do controle de constitucionalidade ainda estão enraizados sob a ideia de que o direito válido e invocável é aquele restrito aos limites de cada Estado, produzido pelo respectivo órgão legislativo, sendo o presente trabalho uma proposta de reavaliar esta visão tradicional. A forma como será enfrentada a inserção do Supremo Tribunal Federal no debate sobre questões constitucionais comuns a ordens jurídicas distintas, fato inexorável no contexto da globalização, é uma etapa crucial e desafiadora para a atual e futura jurisdição constitucional brasileira.

A escassa bibliografia sobre o tema na doutrina brasileira e ausência de contornos claros da validade e limites da invocação, em decisões judiciais, de ordens jurídicas que transcendem os limites do direito positivo do Estado brasileiro é salutar e reflete a riqueza do tema, tornando justificável o desenvolvimento do

³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

presente trabalho. É, sem dúvida, uma das principais discussões da jurisdição constitucional dentro e fora do Brasil, não sendo meramente teórica, mas também prática, à medida em que, conforme será demonstrado, problemas de grande repercussão para a sociedade, como questões envolvendo direitos fundamentais e direitos humanos, são resolvidas a partir da compreensão das causas, consequências, e soluções oferecidas pelo transconstitucionalismo.

O marco teórico escolhido vem a ser a teoria dos direitos fundamentais. Há uma íntima relação entre transconstitucionalismo e direitos fundamentais. Com a constitucionalização dos direitos fundamentais no cenário do pós-Segunda Guerra mundial (1937-1945), esse tema (direitos fundamentais) passou a fazer parte da rotina de Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais em todo o mundo. O caráter axiológico e aberto dos direitos fundamentais exige do Juiz uma intensa atividade hermenêutica. Exige, também, habilidade na solução de colisões entre tais direitos. Nesse cenário, o recurso à análise de precedentes de Tribunais estrangeiros, que constitui uma das espécies de transconstitucionalismo, funciona como um valioso instrumento para solução de causas em que direitos fundamentais estão em jogo.

O marco teórico utilizado por Marcelo Neves é o jurista e sociólogo alemão Niklas Luhmann, utilizando-se a sua construção particular da teoria dos sistemas como referência para chegar-se à(s) resposta(s) aos problemas formulados. Embora a obra de Marcelo Neves sirva como referência constante para a Dissertação, não adotou-se, neste trabalho, o mesmo marco teórico.

A opção decorre do fato de que, enquanto a obra de Marcelo Neves aborda o transconstitucionalismo de forma geral (sem deixar de ser profundo), procurando trazer para o leitor causas, consequências, conceito, tipos, casos concretos discutidos em diversos Tribunais ao redor do mundo, possibilidades, e limites do transconstitucionalismo, a Dissertação abordará especificamente, como o próprio título indica, a presença do transconstitucionalismo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dando-se ênfase a casos envolvendo discussão acerca de direitos fundamentais. Desse modo, o recorte dado ao tema necessita da utilização de um marco teórico condizente com a proposta, sendo a teoria dos direitos fundamentais essa referência teórica.

Considerando a contribuição de Robert Alexy, sobretudo na obra "Teoria dos direitos fundamentais", na construção de uma teoria dos direitos fundamentais, será este o autor que se toma como referência conceitual. Sua diferenciação das normas

em normas-regras e normas-princípios e soluções formuladas para conflitos entre regras e colisões entre princípios influenciaram e influenciam juristas do mundo inteiro, de modo que tais formulações teóricas são incorporadas ao presente trabalho.

Outro autor que se adota como referência é Ronald Dworkin. A constatação de que, ao contrário do quanto pregado pelo projeto do positivismo jurídico, não há uma resposta fácil a todos os problemas do direito, pelo simples fato de que nem sempre se estará diante de "casos fáceis", instiga o jurista americano a demonstrar a necessidade de uma discussão mais séria sobre o que chama de "casos difíceis" (*hard cases*).⁴ São as causas segundo as quais o ordenamento jurídico não oferece uma regra de solução específica, podendo haver algumas ou muitas soluções para o mesmo caso.

Essa discussão relaciona-se muito bem com o marco teórico escolhido, direitos fundamentais, já que, em causas envolvendo direitos fundamentais, costuma ser complexa a atividade interpretativa para avaliar a extensão e limite do direito. Valores éticos, morais, e religiosos podem estar em jogo, tornando a questão ainda mais complexa. Questões debatidas por mais de uma ordem jurídica costumam carregar esses complicadores, o que torna o jurista americano uma boa referência para se discutir transconstitucionalismo.

Como explicado linhas acima, pretende-se estudar e investigar como o Supremo Tribunal Federal se comunica com ordens jurídicas distintas e como lida com o fenômeno do transconstitucionalismo em suas diversas espécies de manifestação, procurando responder ao problema proposto: se a Corte está ou não aberta ao diálogo transconstitucional.

O Capítulo 2 tem o objetivo de expor, de início, conceitos teóricos importantes para o desenvolvimento e compreensão do tema proposto, como os conceitos de "sociedade moderna multicêntrica", "sociedade mundial", "acoplamentos estruturais", e "racionalidade transversal". São expressões-chave para a compreensão do tema.

O Capítulo 3 aborda como a evolução dos meios de transporte e dos meios de comunicação ao longo da história e, sobretudo, a partir da segunda metade do século XX, com destaque para o advento da internet, ensejaram a passagem da sociedade local para a sociedade global, podendo-se vislumbrar uma interação e

⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

aproximação cada vez maior entre as pessoas integrantes de diferentes Estados. Essa interação cada vez maior entre os povos ensejou, no Direito Constitucional, a necessidade de discussão sobre questões constitucionais comuns, que ultrapassam, portanto, as fronteiras territoriais de cada Estado.

O Capítulo 4 apresenta o conceito de transconstitucionalismo e expõe as consequências para o mundo do Direito, estabelecendo a relação entre esse fenômeno constitucional e os direitos fundamentais e direitos humanos. É analisada a evolução histórica do Direito, perpassando as doutrinas do jusnaturalismo, positivismo jurídico, realismo jurídico, pós-positivismo jurídico, até chegar ao transconstitucionalismo. Ao conceito e momento histórico de cada doutrina jurídica citada, aferir-se-á como cada uma delas relacionou-se com o "auditório universal", conceito perelmaniano utilizado para analisar a eficácia e alcance de um discurso. Após, serão apresentadas as diversas espécies de manifestação do transconstitucionalismo, conceituando e exemplificando com um caso concreto e verídico cada espécie do fenômeno em estudo.

O Capítulo 5 contém uma relação de casos em que foi marcante a utilização pelo Supremo Tribunal Federal de decisões de órgãos jurisdicionais pertencentes a ordens jurídicas distintas para a construção de uma solução da controvérsia constitucional posta à sua apreciação, bem como casos em que o Tribunal demonstrou resistência em dialogar com ordens jurídicas distintas. Essa análise evidenciará o grau de influência e a intensidade da invocação de outras ordens jurídicas para a solução do caso, propiciando uma resposta ao problema formulado.

O método escolhido para abordagem do tema é o empírico. Como explicado no parágrafo anterior, será feita uma análise de casos discutidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal a fim de verificar o grau de influência e a intensidade da referência a outras ordens jurídicas para solução da questão constitucional.

2 CONCEITOS PRELIMINARES E MARCO TEÓRICO

Neste capítulo, serão expostos os conceitos preliminares que permitem uma boa compreensão do fenômeno transconstitucionalismo. O objetivo é explicar o significado de expressões bastante utilizadas por Neves ao longo do seu livro, obra que serviu de base para o estudo realizado neste trabalho. Tais expressões-chave são, em outras palavras, pré-condição para a própria compreensão do que vem a ser transconstitucionalismo.

2.1 SOCIEDADE MODERNA MULTICÊNTRICA

Historicamente, o Estado conseguiu manter sob seu controle com relativo sucesso todos os atores sociais, sendo difícil imaginar algo fora do Estado ou disperso dele na organização interna, pelo menos até o fim do século XVIII, com o advento da Revolução Francesa (1789). A concentração de poder no contexto do Estado absolutista era evidente.

Depois da dissolução do Estado absolutista e conquistado poder político e econômico pela burguesia, não só na França, como também em toda a Europa, o Estado passa, paulatinamente, a permitir o surgimento de associações, comunidades, e, sobretudo, a expansão comercial. É da essência do capitalismo limitar as tarefas do Estado e constituir novos núcleos de poder. Esse processo de expansão e abertura da sociedade é constante e progressivo. Não há mais um centro único de poder (Estado), e sim diversos centros de poder. Michel Foucault, em sua obra “Microfísica do Poder”, é uma boa referência para a análise deste fenômeno de dispersão espacial do poder.⁵

Sobre esse fenômeno de dispersão espacial de poder, associando-o ao constitucionalismo, Neves assim disserta:

O constitucionalismo relaciona-se com transformações estruturais que engendraram as bases para o surgimento da sociedade moderna. O incremento da complexidade social levou ao impasse da formação social diferenciada hierarquicamente da pré-modernidade, fazendo emergir a pretensão crescente de autonomia das esferas de comunicação, em termos de sistemas

⁵ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução: Roberto Machado. 22 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

diferenciados funcionalmente na sociedade moderna. **Há não só um desintrincamento de lei, poder e saber, nem apenas a obtenção da liberdade religiosa e econômica pelo homem, mas um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional.**⁶ (grifo nosso).

De início, o autor salienta que o constitucionalismo está diretamente associado às transformações estruturais da sociedade moderna. Em trechos anteriores ao examinado, é fornecido um conceito de Constituição e de constitucionalismo em que fica clara a posição de que, ao tratar de Constituição, está-se a tratar de fenômeno jurídico-político relacionado às Revoluções liberais de fins do século XVIII, quais sejam a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776), que culminou com a Constituição Americana de 1787, e a Revolução Francesa (1789), que culminou com a Constituição Francesa de 1791.

Portanto, é nesse momento histórico que surge a Constituição tal como conhecida hoje. Por sua vez, o constitucionalismo, inicialmente um movimento de limitação de poderes do Estado diante do cidadão, é fenômeno análogo e consequência das mesmas Revoluções liberais.

Dando continuidade à análise do trecho transcrito, é verificável, nesse momento histórico de quebra das estruturas de hierarquia e poder vertical, o surgimento da sociedade moderna. Não há de se falar mais em nobreza e clero ocupando uma posição privilegiada na tomada de grandes decisões em benefício próprio e em detrimento de uma massa de subjugados, e sim em agentes do Estado que atuam com poderes limitados por uma Constituição. Surgem, no âmbito do “povo”, diversos grupos sociais diferenciados entre si, que podem, também, ser chamados, nas palavras do autor, de “sistemas diferenciados funcionalmente”.

O referido “desintrincamento de lei, poder e saber” é, justamente, consequência da comentada ruptura do paradigma de um Estado central forte e detentor do controle extremo sobre a população, lembrando-se que a lei emanava de uma ou algumas autoridades supostamente representativas da vontade divina na Terra. Tal ou tais autoridades eram, também, as responsáveis pela transmissão de conhecimento. Obviamente, esse conhecimento era sempre

⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 23.

voltado a atender e manter o *status quo*. Ademais, o conhecimento não era difundido, ficando retido nos mosteiros e escolas voltadas aos filhos da elite. Na Idade Média, houve sim produção de conhecimento, mas o mesmo não era difundido. Portanto, a quebra desse paradigma de Estado central acarretou uma dispersão da lei, do poder, e do saber.

A religião deixava de ser imposta para ser manifestada livremente. As religiões protestantes, aliás, sempre foram consideradas como justificadoras do capitalismo em comparação com o catolicismo, dada a pregação de que o lucro era condenável pela última, enquanto a primeira o estimulava, sendo uma demonstração divina de merecimento e recompensa pelo esforço do homem no desempenho de seu trabalho. A propósito, a obra “A Ética protestante e o espírito do capitalismo”, de Max Weber, bem explica essa reflexão.⁷ A economia capitalista surgia em decorrência da vitória da classe social em ascensão, a burguesia, e, com isso, a plena liberdade de contrato e de contratar.

O chamado processo de diferenciação sistêmico-funcional é consequência dessa dispersão espacial de poder na sociedade, correspondendo à formação de vários núcleos distintos de grupos sociais, econômicos, religiosos etc. O autor melhor desenvolve esse conceito em parágrafo subsequente. Confira-se:

Mediante esse processo, a sociedade torna-se ‘multicêntrica’ ou ‘policontextural’. Isso significa, em primeiro lugar, que a diferença entre sistema e ambiente desenvolve-se em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirmam distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica. E, em segundo lugar, na medida em que toda diferença se torna ‘centro do mundo’, a policontexturalidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes. Falta, então, uma diferença última, suprema, que possa impor-se contra todas as outras diferenças. **Ou seja, não há um centro da sociedade que possa ter uma posição privilegiada para sua observação e descrição; não há um sistema ou mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos.**⁸ (grifo nosso).

O trecho supratranscrito é uma continuidade da explicação do trecho anterior. Basicamente, o que se quer dizer é o seguinte: à sociedade feudal que tinha um único centro (o Estado) sucedeu a sociedade burguesa, que tem

⁷ WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 4 ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 23-24.

diversos centros de poder que podem vir a ser tomados como referência. A interpretação que se impõe para a análise do trecho é mesmo histórica. Daí se falar em “sociedade moderna multicêntrica”.

Registre-se que cada um desses centros de poder reivindicam para si autonomia, não admitindo interferência na liberdade de constituição e exercício de atividades inerentes aos seus fins. Cada um desses sistemas tem a sua interpretação particular da vida e do mundo, tendo, assim, sua própria racionalidade. Essas diversas racionalidades podem vir a se tornar conflitantes, não sendo possível afirmar qual é a correta e qual deve prevalecer, sob pena de acirrar os conflitos.

Sobre o argumento de que a política poderia ser o sistema predominante na sociedade multicêntrica, servindo, numa perspectiva otimista e idealista, como um equilíbrio das tensões entre sistemas, assim se manifesta o autor:

[...] ao afastar-se da possibilidade de um ponto de observação único ou privilegiado do social, cumpre insistir, do ponto de vista da teoria dos sistemas, que nem mesmo a política é um centro ou um lugar privilegiado da sociedade, mas um sistema em concorrência com outros. A visão oposta, ao pôr a política no centro como supersistema da sociedade moderna, só tem levado a desilusões. [...] ⁹ (grifo nosso).

Como se vê, o autor refuta a tese de que a política seria um sistema hegemônico e poderia prevalecer sobre os demais, como uma espécie de *ultima ratio*. A política está em coexistência com tantos outros sistemas e não deve ter a pretensão de hegemonia, até mesmo para que não se perca de vista a necessidade de democracia, evitando o sufocamento das demais estruturas sociais.

Para finalizar a explicação desta importante expressão para a obra de Marcelo Neves, que se traduz como um conceito, confira-se o trecho abaixo:

[...] E a própria teoria da sociedade constitui apenas uma observação/descrição parcial da sociedade, a sua observação mais abrangente apenas do ponto de vista do sistema científico. Também a religião, a política, a economia, a família, a arte, a educação etc fazem suas observações da sociedade como um todo, que concorrem com a observação da teoria social. Esta será

⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 25.

tanto mais adequada socialmente enquanto descrever essa multicentricidade do social na modernidade.¹⁰

Desse modo, nem mesmo a teoria da sociedade, com a sua pretensão de abrangência, pode ser a razão para explicar sozinha o mundo. Outras teorias e outros ramos do conhecimento também dedicam-se a analisar a sociedade como um todo. O que importa é a tentativa de explicar a chamada “sociedade multicêntrica”.

2.2 SOCIEDADE MUNDIAL

Expressão-chave para a compreensão do que vem a ser “transconstitucionalismo”. Durante toda a história, de alguma forma, o homem buscou conhecer não só o próprio povo, como também os outros povos. Ora como curiosidade existencial de conhecer o semelhante além das fronteiras de sua terra natal, ora como necessidade de expandir fronteiras e garantir a sobrevivência material diante de um contexto de escassez de alimentos, ou até as duas coisas simultaneamente, o homem sempre transpôs limites territoriais. A história de Roma, dentre outros povos que poderiam ser citados, é uma história de conquista de territórios e transposição de fronteiras.

O período das Grandes Navegações (séculos XV e XVI), inaugurado por Portugal e Espanha, confirmam a colocação. Desejosos de expandir fronteiras e conquistar outros povos para aumentar suas riquezas, essas nações jogaram-se ao mar. Primeiramente, chegando às Índias, de onde obtinham especiarias e incrementavam o seu comércio, e depois, ao Novo Continente, a América. Mais tarde, a Inglaterra passa a ser “rainha do mar” e expande, ao redor do globo, seus domínios.

A Holanda também participa desse processo, embora com menor relevância e poder de influência que a Inglaterra. É uma apertadíssima síntese para ilustrar os primórdios da “sociedade mundial”, evidenciando o desejo do homem em conhecer o globo terrestre.

O autor assim define a “sociedade mundial”:

¹⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 25.

[...] a sociedade moderna nasce como sociedade mundial, apresentando-se como uma formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais, embora estas, na forma de Estados, constituam uma das dimensões fundamentais à sua reprodução. **Ela implica, em princípio, que o horizonte das comunicações ultrapassa as fronteiras territoriais do Estado. Formulando com maior abrangência, tornam-se cada vez mais regulares e intensas a confluência de comunicações e a estabilização de expectativas além de identidades nacionais ou culturas e fronteiras político-jurídicas.**¹¹ (grifo nosso).

O capitalismo, embora ainda em fase de desenvolvimento em toda a Europa, acelera, sobremaneira, esse processo de comunicação além fronteiras. Os Estados nacionais continuam tendo grande importância, mas começa-se a relativizar a “identidade nacional” em detrimento de uma “identidade mundial”. Os nacionais comunicam-se mais com os estrangeiros, o que diminui o choque cultural.

No parágrafo subsequente da obra, o autor traz outra boa explicação sobre o conceito ora em análise, merecendo transcrição:

A sociedade mundial constitui-se como uma conexão *unitária* de uma *pluralidade* de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade. Trata-se de uma *unitasmultiplex*. Não se confunde com a ordem internacional, pois essa diz respeito fundamentalmente às relações entre Estados. A ordem internacional é apenas uma das dimensões da sociedade mundial.¹² (grifo nosso).

É precisa a definição, sobretudo a construção da ideia de “conexão unitária de uma pluralidade”. É um conceito que carrega a ideia de unificação, o que não implica em fim das diferenças, e sim em reunião dessas diferenças em torno de algum objetivo em comum. Faz-se *mister* esclarecer que, quando o autor fala em pluralidade, não está referindo-se, necessariamente, a pluralidade de Estados. Absolutamente. Foi explicado aqui o conceito anterior de “sociedade multicêntrica”, que vem a ser a existência de diversos núcleos dentro de uma mesma sociedade, sendo o Estado e a política apenas um desses núcleos.

A economia, a arte, o esporte etc são outros núcleos também importantes. A conexão a qual o autor refere-se pode, perfeitamente, ser a conexão entre federações esportivas, instituição desvinculada do Estado, que organizam um

¹¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 26

¹² *Ibid.*, p. 26-27

campeonato de ciclismo (quando trata de “transconstitucionalismo” entre ordens jurídicas estatais e transnacionais, o autor traz exemplo de disputas envolvendo federações esportivas).

A conexão na sociedade mundial pode manifestar-se, trazendo outro exemplo, com a reunião de jovens católicos de todo o mundo em uma Jornada, como ocorreu no Brasil durante a Jornada Mundial da Juventude, no ano de 2013. Nesse caso, tem-se uma conexão entre pessoas do mundo inteiro por conta de um vínculo religioso em comum, sendo o Estado mero figurante nesse processo.

O conceito de ordem internacional, como salientado pelo autor, confunde-se, aí sim, com a relação entre Estados no plano internacional, através dos acordos e diálogos travados por Presidentes e Primeiros-Ministros. Destarte, a definição de “sociedade mundial” é bem mais ampla que a de ordem internacional, englobando-a.

Também não se confunda o conceito de “sociedade mundial” com o de “globalização”. Segundo o autor:

[...] Não simplesmente porque essa (globalização), frequentemente, contém uma forte carga prescritiva, no âmbito de uma discussão ideologicamente carregada; tampouco apenas porque, quando tem pretensão descritiva, refere-se, muitas vezes, a um sistema de relações entre diversas sociedades regionais e parte de um conceito de sociedade centrado no Estado Nacional.¹³

É nítida a intenção do autor em retirar do conceito de “sociedade” a ideia de necessária vinculação ao Estado, retratando a primeira, como de fato o é, bem mais ampla e multifacetada que o Estado. Um conceito historicamente construído sob o paradigma de Estado nacional não pode servir a uma teoria ampla da sociedade, e, portanto, ao conceito pretendido de “sociedade mundial”.

As demandas e reivindicações de uma “sociedade mundial”, ou seja, de uma sociedade que se forma sem obediência a fronteiras geográficas, passam a ser crescentes e obrigam os teóricos a repensar uma nova forma de organização dessa nova realidade. Sobre a emergência de uma nova ordem mundial, o autor assinala o seguinte:

¹³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 27.

[...] a força crescente dos sistemas baseados primariamente em expectativas cognitivas, seja no plano estrutural (economia, técnica, e ciência) ou semântico (meios de comunicação de massa) da sociedade mundial, **tornou praticamente imprescindível a emergência de uma ‘nova ordem mundial’ concernente não só a processos de tomada de decisão coletivamente vinculante, mas também a mecanismos de estabilização de expectativas normativas e regulação jurídica de comportamentos.** Isso significa uma transformação no sentido de uma contrapartida normativa à expansão dinâmica do momento cognitivo da sociedade mundial.¹⁴ (grifo nosso)

O constante intercâmbio entre sistemas na sociedade moderna acarretou um entrelaçamento. Isso faz com que as regulações estatais e antigas previsões do direito internacional tornem-se obsoletas, sendo imperiosa a criação de novas regras para a nova realidade. O autor faz um convite à reflexão sobre alternativas para responder à demanda regulatória da sociedade mundial. Quando não se trata de regulação, será necessário um diálogo com vistas à solução de eventuais conflitos normativos, questão essencial no desenvolvimento da ideia de “transconstitucionalismo”, conforme se verá adiante.

Para arrematar a explicação deste conceito, o autor assim resume a sua defesa da emergência de uma “nova ordem mundial”:

[...] Em suma, conforme esse modelo, a nova ordem mundial relaciona-se especificamente com o trabalho em redes de cooperação e administração de conflitos entre diversos agentes estatais, tendo em vista a emergência de problemas que vão além das fronteiras dos respectivos Estados.¹⁵

Uma vez que os conflitos normativos deixam de ser somente nacionais e passam a ser, também, de natureza “além fronteiras”, mecanismos de solução de tais conflitos passam a ser necessários, sob pena de ser inviabilizada a “sociedade mundial”, ocasionando um retrocesso na dinâmica de constante aproximação e diálogo entre os povos.

¹⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 31-32

¹⁵ Ibid., p. 33

2.3 ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS

Mais uma expressão-chave para a construção futura do conceito de "transconstitucionalismo". Marcelo Neves assim inicia a explicação desse termo:

A sociedade moderna multicêntrica, formada de uma pluralidade de esferas de comunicação com pretensão de autonomia e conflitantes entre si, estaria condenada à própria autodestruição, caso não desenvolvesse mecanismos que possibilitassem vínculos construtivos de aprendizado e influência recíproca entre as diversas esferas sociais. Mas não são suficientes meios que possibilitem relações pontuais e momentâneas no plano das operações do sistema, os chamados 'acoplamentos operativos'. É imprescindível que haja vínculos estruturais que possibilitem as interinfluências entre diversos âmbitos autônomos de comunicação.¹⁶ (grifo nosso).

"Sociedade moderna multicêntrica" é uma expressão já explicada. Como visto, trata-se da constatação de que, hodiernamente, é constatável a existência de uma série de esferas de comunicação no seio da sociedade (direito, política, economia, filosofia, literatura, arte etc). Todas essas esferas de comunicação reivindicam autonomia e buscam seu espaço próprio. Ocorre que, apesar da referida autonomia, é inevitável o contato entre tais esferas. Elas não poderiam sobreviver sem o auxílio das demais. Todo ramo do conhecimento interliga-se, de alguma forma, com os demais ramos do conhecimento. É o que o autor chama de "vínculos construtivos de aprendizado e influência recíproca entre as diversas esferas sociais".

Os mecanismos que possibilitam os vínculos constantes e duradouros entre as diferentes esferas de comunicação social são chamados de "acoplamentos estruturais". Não se confundem com os "acoplamentos operativos", já que estes são pontuais e momentâneos.

Prossegue o autor tratando do conceito e explicando sua origem e teórico que a desenvolveu. Logo após, explica a finalidade dos acoplamentos estruturais na construção do conhecimento:

A esse respeito, Niklas Luhmann, com base na teoria biológica de Humberto Maturana e Francisco Varela, desenvolveu o conceito sociológico de acoplamento estrutural. **Esse acoplamento**

¹⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 34-35

serviria à promoção e filtragem de influências e instigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perca a sua respectiva autonomia. Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa.¹⁷ (grifo nosso).

Como explicado no trecho transcrito acima, Luhmann importou da biologia a ideia de "acoplamento estrutural" e formulou um conceito próprio para as ciências sociais. Esferas de comunicação autônomas e diversas se interligariam através de acoplamentos estruturais para potencializarem sua influência na sociedade e melhor produzirem efeitos.

Desse modo, por exemplo, o direito e a política, a história e a arte, possuem "interpenetrações" (acoplamentos estruturais) que ampliam seu universo particular e alcançam um universo maior. Isso, como esclarece Neves, não implica em perda de autonomia de cada esfera de comunicação envolvida. O direito, a política, a história, e a arte não deixam de ter suas características e conceitos próprios porque se relacionam entre si. Tornam-se mais ricos justamente a partir desse contato com os demais ramos do conhecimento.

Marcelo Neves fornece alguns exemplos práticos de acoplamentos estruturais, o que permite uma compreensão mais clara do conceito. Um dos exemplos é a relação entre economia e direito, sendo a propriedade e o contrato e acoplamentos estruturais entre os dois sistemas. Abaixo a sua explicação:

Assim, na relação entre economia e direito, a propriedade e o contrato são apresentados como acoplamentos estruturais entre os sistemas econômico e jurídico. No âmbito do direito, o contrato e a propriedade servem como critério orientador da definição entre lícito e ilícito; no campo da economia, são instrumentos, critérios e programas para orientação do lucro conforme a diferença binária entre ter/não ter. O sentido econômico e jurídico do contrato permanecem específicos a cada um dos sistemas, um primariamente normativo e outro primariamente cognitivo. Não obstante, a economia moderna não pode prescindir desses institutos jurídicos para o seu

¹⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 35

desenvolvimento, assim como o direito moderno pressupõe uma dinâmica veloz de trocas, circulação e apropriação econômica de bens e valores para manter e inovar permanentemente os institutos do contrato e da mutação de propriedade.¹⁸ (grifo nosso).

O exemplo citado no trecho acima transcrito é esclarecedor. Economia e direito são ciências próprias. Cada uma delas tem características e conceitos particulares. Contudo, comunicam-se a partir dos conceitos de propriedade e contrato. Na economia, a propriedade e o contrato são indispensáveis para o desenvolvimento das atividades produtivas. Produz-se em um determinado espaço territorial (propriedade) e de acordo com um acerto entre tomador/prestador de serviços ou fornecedor/cliente (contrato). No direito, a propriedade é um direito fundamental individual que permite ao indivíduo usar, gozar, e dispor dos bens da vida da forma como melhor lhe aprouver. O contrato, por sua vez, é um encontro de vontades entre pessoas físicas, pessoas jurídicas, ou entre pessoas físicas e pessoas jurídicas (contratantes) que pode comportar diversos objetivos, inclusive de natureza econômica.

Pois bem, propriedade e contrato têm finalidades de extrema importância para ambos os sistemas (economia e direito) e são acoplamentos estruturais, já que propiciam um contato entre os sistemas. Para arrematar a explicação, pode-se dizer que acoplamentos estruturais são um "ponto de encontro", uma "interligação" entre sistemas (direito, política, economia, filosofia, literatura, arte etc).

Os acoplamentos estruturais não são uma mera construção teórica. Sua existência decorre também de necessidades de ordem prática. Para ficar no exemplo trazido acima, é nítida a necessidade de diálogo entre a economia e o direito. A busca por uma teoria da propriedade e dos contratos que beneficie a produção e a distribuição de riquezas depende desse diálogo. O isolamento dessas esferas de comunicação acarretaria tragédias para a sociedade, como fome, miséria, pobreza, e exclusão social.

A propósito das graves consequências da falta de diálogo entre economia e direito, a crise econômica de 2008 foi fruto, dentre outros motivos, da falta de regulação dos mercados. Ou seja, se houvesse um conjunto de normas jurídicas reguladora do sistema financeiro, a crise não ocorreria, ou, pelo menos, não teria

¹⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 36.

os graves efeitos que causou (no caso, uma espécie de direito financeiro de âmbito internacional). Faltou, em linguagem luhmanniana, "acoplamentos estruturais" entre economia e direito a fim de o segundo sistema impor freios ao primeiro, evitando o lucro irresponsável e inconsequente que poderia levar (e levou) a economia mundial a uma grave crise.

2.4 RACIONALIDADE TRANSVERSAL

Antes de trazer a definição esposada pelo autor para a expressão ora em análise, convém trazer definição do sentido denotativo da palavra "transversal", para ter uma melhor compreensão do que viria a ser uma racionalidade transversal. O termo "transversal" é "emprestado" da matemática, mais especificamente da geometria plana. Transversal é o nome dado à reta que cruza duas ou mais retas paralelas entre si. A reta transversal gera diferentes tipos de ângulos em cada reta pela qual passa. Há um cruzamento da reta transversal com as demais retas paralelas.

Ao ler o conceito dado pelo autor, fica claro que, como se está no ramo das ciências sociais, não se pode falar em uma única racionalidade, entendida racionalidade como forma lógica de enxergar a realidade ou o mundo. Daí, racionalidade transversal seria uma interação entre racionalidades distintas, todas com pretensão de autonomia e prevalência sobre as demais. A "reta transversal", para buscar uma relação com a matemática, seria uma quebra da pretensão de autonomia e isolamento das retas paralelas.

A existência de uma "racionalidade transversal" depende da existência de "acoplamentos estruturais". No entanto, a primeira, para se manifestar, depende também de outros fatores.¹⁹

Numa linguagem mais simples e direta, "racionalidade transversal" seria uma busca de consenso entre racionalidades distintas, dada a existência de um problema em comum a ser resolvido. Esse conceito e essas ideias serão de extrema importância para o conceito de "transconstitucionalismo". Não à toa, fez-se um tópico exclusivamente para tratar de expressões importantes para a compreensão do que o autor chama de "transconstitucionalismo".

¹⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 38.

Logo abaixo a explicação do autor:

[...] **Isso significa que não há um discurso supraordenado, imposto aos outros como regulador.** A imposição de um dos campos de linguagem aos outros importaria a própria destruição da heterogeneidade das esferas discursivas e dos respectivos sistemas de comunicação [...] ²⁰ (grifo nosso).

A leitura atenta do trecho transcrito parece ser uma das possíveis definições de democracia, o que induz à necessidade de diálogo entre razões diferentes, às vezes radicalmente diferentes. Verifica-se a pregação de que não há nem pode haver discurso hegemônico, sob pena de impedir o florescimento da pluralidade de ideias. Ou seja, é preciso respeitar e estimular as diferentes racionalidades e visões de mundo, e aí se estenda, de religião, economia, ética, política etc.

Pois bem, “racionalidade transversal”, na definição trazida pelo autor, e, como dito, mais tarde aproveitada para dar substrato à defesa de um “transconstitucionalismo”, vem a ser o diálogo entre diferentes racionalidades e sistemas de pensamento, permitindo uma interação e aprendizado recíprocos sem a pretensão de prevalência de uma razão sobre a outra. É a ideia de, não só respeito, como, também, de aprendizado com o diferente.

Prossegue o autor explicando o conceito e fazendo alusão a Welsch, filósofo alemão que cria a expressão:

Nessa perspectiva, Welsch propõe o conceito de 'razão transversal', que 'não tem o *status* de um hiperintelecto, mas sim, precisamente, o *status* de razão - o *status* não de impor decretos, senão de fazer transições'. Ou seja, trata-se de uma razão que não é outorgada aos jogos de linguagem particulares, mas, ao contrário, está envolvida com entrelaçamentos que lhe servem como 'pontes de transição' entre heterogêneos. [...] ²¹

O conceito é muito próximo daquele que desenvolvemos para explicar o que vem a ser "acoplamentos estruturais". Como já dito, a existência de uma racionalidade transversal depende da existência de contato entre sistemas, os acoplamentos estruturais. Isso explica a proximidade dos conceitos. Racionalidade transversal seria o discurso que surge a partir e depois dos

²⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 38.

²¹ Ibid., p. 39.

acoplamentos estruturais, sendo necessário que haja contribuição positiva para ambos os sistemas, sob pena de não se poder falar em racionalidade transversal. Como ressalta o autor, esse discurso não pode ter a pretensão de "impor decretos", mas de criar um canal permanente de diálogo entre os sistemas.

Uma reflexão do autor, resgatando o exemplo da propriedade e do contrato para a economia e para o direito, deixa claro o nível de discurso que se pode considerar como formador de uma racionalidade transversal:

[...] do contrato e da propriedade, acoplamentos estruturais que permitem a iritação e influência recíproca entre economia e direito, não surge necessariamente uma racionalidade transversal. Essa só estará presente se esses institutos estiverem estruturados de tal maneira que eles contribuam positivamente para o desenvolvimento de ambos os sistemas: regulação jurídica economicamente inadequada dos contratos e da propriedade não implica racionalidade transversal; inversamente, regime de contrato e de propriedade bem estruturado do ponto de vista econômico pode atuar negativamente contra a racionalidade jurídica referente ao direito dos envolvidos ou de terceiros. [...] ²² (grifo nosso).

Fica patente, nos termos da tese de Welsch, a necessidade de contribuição positiva de um sistema para o desenvolvimento do outro sistema, condição sem a qual não há racionalidade transversal. É que esta não pode implicar na destruição de nenhum dos sistemas envolvidos no entrelaçamento.

2.5 NOSSO MARCO TEÓRICO - A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Optou-se, neste trabalho, por adotar a teoria dos direitos fundamentais como marco teórico. Ficará claro, nos Capítulos 4 e 5, sobretudo neste último, a estreita relação do tema "transconstitucionalismo" com os direitos fundamentais, sendo um dos terrenos mais férteis para manifestação do fenômeno.

Neste tópico, o objetivo é traçar uma exposição geral e, ao mesmo tempo, breve sobre a teoria dos direitos fundamentais, trazendo, ao final, em que estágio se encontra hoje essa teoria e quais os desafios atuais e futuros para a mencionada teoria. A quantidade de estudos publicados, sejam artigos ou livros, versando sobre o tema é bem extensa. É, sem dúvida, um dos temas mais explorados do direito

constitucional. Uma vez que se trata de marco teórico deste trabalho, não se poderia escusar de tecer algumas considerações sobre o tema, até mesmo para fins de contextualização.

De início, deve-se pontuar que a consagração no respectivo texto constitucional e o respeito cotidiano dos poderes constituídos aos direitos fundamentais é condição *sine qua non* para se poder afirmar a existência de democracia plena em qualquer sociedade. Portanto, se não houver uma cultura de obediência aos direitos fundamentais dos cidadãos, não há de se falar em existência de democracia naquela sociedade, naquele Estado. Os direitos fundamentais não sobrevivem sem democracia, e a democracia não sobrevive sem os direitos fundamentais. Ao inaugurar a discussão sobre o assunto em seu Curso de Direito Constitucional, Dirley da Cunha Júnior ressalta justamente essa interrelação entre os dois conceitos:

É inegável que o grau de democracia em um país mede-se precisamente pela expansão dos direitos fundamentais e por sua afirmação em juízo. Desse modo, pode-se dizer que os direitos humanos fundamentais servem de parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade. **Não há falar em democracia sem o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais.** Eles têm um papel decisivo na sociedade, porque é por meio dos direitos fundamentais que se avalia a legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que esses direitos padeçam de lesão, a sociedade se acha enferma.²³ (grifo nosso).

O trecho acima transcrito evidencia que a cultura de obediência aos direitos fundamentais é o principal “termômetro” para aferição do grau de democracia de uma sociedade. Prosseguindo, a título de considerações iniciais, é possível também afirmar com segurança que os direitos fundamentais funcionam como um “norte” para a atuação do poder público no desempenho de suas tarefas de governo, e, portanto, serve como guia para a prática de atos administrativos. A propósito dessa reflexão, assim se pronuncia Cunha Júnior:

Convertidos em **parâmetro axiológico e referencial obrigatório e vinculante da atuação estatal**, os direitos fundamentais reduzem acentuadamente a discricionariedade dos poderes constituídos, **impondo-se-lhes deveres de abstenção (não dispor contra eles) e deveres de atuação (dispor para efetivá-lo).**²⁴ (grifo nosso)

²³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 541-542.

²⁴ *Ibid.*, p. 542.

Constata-se que os direitos fundamentais não têm o papel somente de dirigir condutas positivas a serem adotadas pelos poderes constituídos do Estado, mas, também, traçar limites aos agentes estatais, impedindo-se, dessa forma, a imposição de arbitrariedades que possam vir a causar “sufocamento” ao cidadão. Aliás, essa foi a principal bandeira do constitucionalismo desde os seus primórdios: impor limites à atuação do Estado e, portanto, dos governantes na utilização do poder de império, com vistas à formação de uma sociedade livre e permissiva do desenvolvimento das habilidades, desejos, e sonhos de cada um e de todos os cidadãos. Essa é, também, uma das bandeiras e missões da teoria dos direitos fundamentais.

A terminologia a ser utilizada ao longo do trabalho será “direitos fundamentais”, haja vista que as demais (“liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais”, “direitos subjetivos”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos humanos”, dentre outras) estão contidas nela, sendo a expressão mais abrangente.²⁵ A própria Constituição brasileira utiliza essa terminologia, ao inserir como tema do Título II a expressão “Dos direitos e garantias fundamentais”.

É comum a utilização indistinta das expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Cumpre aqui, também, esclarecer uma distinção feita por diversos doutrinadores. A primeira expressão abarca os direitos básicos do ser humano consagrados, isto é, positivados, nos textos constitucionais de cada Estado, enquanto que a segunda trata dos direitos básicos do ser humano previstos em tratados internacionais.

Disso decorre duas consequências: a) os “direitos fundamentais” têm um caráter nacional, interno, doméstico, refletindo uma opção política de cada povo em considerar determinados direitos como supremos e primordiais; e b) os “direitos humanos” têm um caráter internacional, externo, refletindo uma opção política de vários povos que, através de seus líderes (Rei, Presidente ou Primeiro-Ministro), se reúnem e firmam um compromisso conjunto de zelar e concretizar determinados direitos, considerados pelos países signatários como direitos supremos e primordiais para a existência humana.

Definida a terminologia a ser utilizada, passa-se a explicar qual seria o critério para definir o conteúdo material dos direitos fundamentais, ou seja, o que faz com

²⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 543.

que determinado direito seja considerado um direito dessa natureza. Dirley da Cunha Júnior, já citado neste trabalho, defende que o princípio da dignidade da pessoa humana sirva como parâmetro para aferir se determinado direito pode ser considerado um direito fundamental.²⁶ Todo direito que, com maior ou menor grau, guardar relação com esse princípio deve ser considerado um direito fundamental.

Em outras palavras, se um direito busca promover uma existência digna ao ser humano, está-se diante de um direito integrante dessa categoria. Advirta-se que esse critério não é absoluto nem exclusivo, haja vista que as pessoas jurídicas também possuem alguns dos direitos fundamentais e há direitos fundamentais que têm relação com outros princípios constitucionais.²⁷ Nesse contexto, importante transcrever a definição dada por Cunha Júnior:

Tendo como *núcleo essencial* a dignidade humana, os direitos fundamentais são princípios jurídicos que concretizam o respeito à dignidade da pessoa humana, seja numa dimensão subjetiva, provendo as pessoas de bens e posições jurídicas favoráveis e invocáveis perante o Estado e terceiros, seja numa dimensão objetiva, servindo como parâmetro conformador do modelo de Estado. Constituem, em face dessa última dimensão, limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado, fixando-lhes o modo de organização e atuação racional. Compreendem os direitos civis (individuais e coletivos), os direitos políticos, os direitos sociais e os direitos econômicos e culturais. Por isso, buscam 'resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e solidariedade)'.²⁸ (grifo nosso)

A citação acima transcrita confirma o raciocínio desenvolvido acerca da importância central do princípio da dignidade da pessoa humana para fins de enquadramento de um direito como de caráter fundamental. O autor ainda explica a existência de dois enfoques sob os quais é possível visualizar os direitos fundamentais, quais sejam o enfoque subjetivo e o enfoque objetivo. O primeiro cumpre o papel de dotar o sujeito de posições jurídicas exigíveis perante o Estado ou terceiros (vida, liberdade, igualdade etc), enquanto o segundo propicia a criação de um modelo de Estado atento e adequado às exigências dos direitos

²⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 547.

²⁷ *Ibid.*, p. 547.

²⁸ *Ibid.*, p. 548-549.

fundamentais, um Estado que protege e promove tais direitos, propiciando a sua concretização.

Prosseguindo com a defesa desses dois enfoques de observação dos direitos fundamentais, Cunha Júnior conclui:

Nessa perspectiva, **os direitos fundamentais representam a base de legitimação e justificação do Estado e do sistema jurídico nacional**, na medida em que vinculam, como normas que são, toda atuação estatal, impondo-se-lhe o dever sobranceiro de proteger a vida humana no seu nível atual de dignidade, **bucando realizar, em última instância, a felicidade humana.**²⁹ (grifo nosso)

Fica patente a necessidade de os Estados respeitarem e promoverem os direitos fundamentais para poderem ser considerados interna e externamente como "legítimos". Ao final do trecho, verifica-se a explicação de que, em última instância, o Estado que protege e promove tais direitos cria um ambiente favorável à realização da felicidade humana, o maior objetivo do Estado e do Direito, ideal contido inclusive na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América.

O Direito é fruto da história, e não o contrário. A história de um povo e suas características sociais, políticas, econômicas, culturais etc é que moldam e definem o Direito que ali será construído. Os direitos fundamentais hoje consagrados nas diversas Constituições e nos tratados internacionais foram fruto da gradual e contínua evolução da humanidade rumo a melhores condições de vida, buscando-se, em última instância, como analisado acima, a realização da felicidade humana. Esse processo nem sempre foi pacífico, isto é, a conquista de um melhor patamar de vida foi conquistada, em muitos momentos, após sérios e violentos conflitos. A Revolução Francesa (1789), a Independência Americana (1776), as lutas da classe trabalhadora por melhores condições de trabalho ao longo de todo o século XX, são exemplos de movimentos em que a luta pela consagração de direitos fundamentais foi a tônica. Tais movimentos buscaram impulsionar cada sociedade à frente e influenciaram outros povos a lutarem pela conquista dos mesmos direitos.

Sobre esse aspecto de historicidade e gradual evolução dos direitos fundamentais, assim disserta Cunha Júnior:

²⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 550-551.

Os direitos fundamentais foram identificados, historicamente, com os valores mais importantes da convivência humana, ou seja, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação. Desse modo, **torna-se indispensável o recurso à História, a fim de que, à vista da gênese e do desenvolvimento dos direitos fundamentais, cada um deles se torne melhor compreendido. A compreensão histórica dos direitos fundamentais, portanto, exerce um papel extraordinariamente importante, pois permite verificar a variedade de condições de realização dos direitos do homem, dentro da unidade do gênero humano, as experiências em confronto, ora de sedimentação, ora de crise e a descoberta de novos percursos e novos avanços.** Mas não basta observar passivamente a história. É necessário refletir sobre ela e vinculá-la ao destino do ser humano em concreto, à consciência que tenha de si mesmo, à consciência que tenha dos seus direitos ou da necessidade de os adquirir e alargar em todos os domínios da vida social e política. Daí a importância do estudo sobre os antecedentes históricos e a evolução dos direitos fundamentais.³⁰ (grifo nosso).

Fica claro que o rol de direitos fundamentais hoje conhecidos e, com algumas variações, presentes em todas as Cartas Políticas, não foi fruto da inspiração de brilhantes juristas reunidos numa Assembleia ou de um movimento popular específico. Trata-se de uma conquista que foi fruto da gradual evolução da história da humanidade. O autor defende, como se lê no trecho transcrito um "recurso à História" a fim de que a compreensão desse processo evolutivo se torne claro e seja possível compreender a gênese de cada direito fundamental.

Para o objetivo deste trabalho, não interessa narrar os fatos históricos que ensejaram o surgimento de cada direito fundamental. Os Manuais e Cursos cumprem bem esse propósito. Interessa apenas sinalizar o caráter histórico dos direitos fundamentais, deixando claro que o atual estágio de consagração de extenso rol desses direitos foi fruto da evolução da sociedade humana desde a Antiguidade até a Idade Contemporânea. De fato, é possível afirmar que a "certidão de nascimento" dos direitos fundamentais pode ser encontrada desde a Antiguidade.

Povos como Grécia e Roma buscaram desenvolver um sistema político que limitasse o poder dos governantes e estimulasse a participação do cidadão no processo de tomada de decisões de interesse coletivo. Mas, sem embargo do reconhecimento da presença dos direitos fundamentais desde os primórdios, a concepção de tais direitos como princípios jurídico-constitucionais e normas de

³⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 559.

ordem central no ordenamento jurídico surge no século XVIII a partir das chamadas Revoluções liberais. Sobre essa reflexão, assim posiciona-se Cunha Júnior:

Mas foi no século XVIII, com a vitória da revolução liberal na França e a independência das colônias inglesas na América do Norte, que nasceram definitivamente os direitos fundamentais, a partir da Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1776, seguida pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Após essas Declarações, quase todas as Constituições no mundo passaram a dispor de uma Declaração de direitos, a começar com a Constituição norte-americana de 17 de setembro de 1787, em face das suas primeiras dez emendas, promulgadas em 1791.³¹ (grifo nosso)

As Revoluções citadas no trecho transcrito acima foram de extrema importância não só para o progresso dos americanos e dos franceses. Os ideais ali contidos influenciaram diversos povos mundo afora, sobretudo os ocidentais. No plano jurídico, houve uma preocupação dos vitoriosos em criar um documento escrito que afirmasse seus ideais e os propósitos da Revolução, estabelecendo como deveria ser a estrutura do Estado, a serviço de quem esta instituição deveria existir, e os principais direitos do cidadão (os direitos fundamentais). Esse documento escrito recebeu o nome de "Constituição".

Como explicado, não é que não existiam direitos fundamentais antes do século XVIII, mas não haviam instrumentos sólidos para sua exigibilidade, não se podendo dizer estarem sedimentados no seio da sociedade. O respeito a tais direitos dependia de arranjos políticos muito frágeis ou pontuais, que beneficiavam apenas um grupo ou uma classe, como foi o caso da Magna Carta do Rei João Sem-Terra, celebrada no ano de 1215, na Inglaterra. Nesse caso, apenas a nobreza e o clero eram beneficiários das disposições daquele documento. A partir das Revoluções liberais do século XVIII, todo o povo é beneficiário de direitos fundamentais, sendo passível de exigibilidade, em caso de não cumprimento, junto ao Poder Judiciário. Em virtude desses fatos, associada à falta de uma Constituição escrita, é que muitos autores (inclusive o citado) atestam que os direitos fundamentais nascem a partir do século XVIII.

³¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 566.

Didaticamente, costuma-se dividir os direitos fundamentais segundo a época, momento histórico, e conjunto de fatores relativos a um período. Tal divisão ajuda a entender a relação entre a história dos povos e a conquista de direitos fundamentais.

Como já enfatizado, não há como dissociar a História do Direito. Há autores que utilizam a expressão "geração", outros a expressão "dimensão", para sistematizar um conjunto de direitos fundamentais que surgiu em determinado momento histórico. Assim, fala-se em direitos fundamentais de primeira, segunda, e terceira "gerações" ou "dimensões".

Os direitos fundamentais de primeira geração (direitos civis ou políticos) correspondem àqueles advindos das Revoluções liberais do século XVIII, quais sejam a Revolução Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789), que contaram com a inspiração do Iluminismo. Estão nesse rol os direitos à vida, liberdade, igualdade, e propriedade.

Os direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais) correspondem àqueles advindos das lutas do proletariado por melhores condições de vida e trabalho, que contaram com a inspiração do marxismo. Estão nesse rol os direitos à saúde, educação, moradia, trabalho, e lazer, dentre outros.

Os direitos fundamentais de terceira geração (direitos de solidariedade) correspondem àqueles advindos das necessidades humanas que se confrontam com a degradação do meio ambiente e do aspecto negativo do desenvolvimento tecnológico, como é o caso da fabricação da bomba atômica. Estão nesse rol os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à segurança, à paz, à solidariedade universal, ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países, à comunicação, à auto-determinação dos povos e ao desenvolvimento.³²

O caminhar da humanidade rumo a melhores condições de vida na Terra faz com que as gerações ou dimensões de direitos não se esgotem por aqui. Já se fala em direitos fundamentais de quarta e quinta dimensões. O uso da expressão "geração", embora muito corrente, pode dar a falsa ideia de que há superação de um conjunto de direitos por outro, deixando de ser importante ou, até mesmo, de ter validade os direitos de "geração" anterior. Não há essa superação. Em verdade, há uma soma de direitos, sendo que essas "gerações" de direitos são somadas umas às outras, formando um arcabouço protetivo da condição humana. Por tal motivo - a

³² CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 599.

inexistência de superação de uma "geração" por outra, haja vista a existência de uma soma de direitos - a expressão "dimensão" é mais adequada.

Cumprido ressaltar, nesse ponto da discussão, que os direitos fundamentais, desde as primeiras Constituições escritas, foram "constitucionalizados", isto é, foram inseridos nas Constituições dos Estados recém-formados e, depois, naqueles que vieram a se formar. Os legisladores se preocuparam, inspirados nos americanos e franceses, que haviam procedido desse modo, em conferir tratamento especial a essa classe de direitos. Destarte, criou-se uma tradição de inserir os direitos fundamentais no corpo da Constituição, no documento jurídico mais solene e importante do Estado, portanto.

Uma vez que a maioria dos países, pelo menos os ocidentais, adotam, quanto à possibilidade de alteração de normas, uma Constituição rígida, o processo de retirada ou alteração de direitos fundamentais (normas de hierarquia constitucional) do ordenamento jurídico é mais dificultoso do que a alteração ou retirada das demais normas, isto é, daquelas que não têm *status* constitucional. Não é só. Há sistemas jurídicos, como o brasileiro, que consideram as normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais como "cláusulas pétreas", normas estas que, devido à sua tamanha importância para o Estado e seu povo, não podem ser alteradas ou retiradas da Constituição. As cláusulas pétreas são também chamadas de "cláusulas de eternidade", dado o propósito de que valham para toda a eternidade, não se admitindo a retirada desse conjunto específico de normas nem mesmo por Emenda à Constituição.

No momento, a preocupação é expor o atual estágio da teoria dos direitos fundamentais procurando traçar, em algumas páginas, a origem, o desenvolvimento, e o presente acerca do tema em voga. Mais adiante, no Capítulo 4, quando já estiver explicado o tema central do presente trabalho - transconstitucionalismo, será feita uma relação com os direitos fundamentais, que vem a ser o marco teórico escolhido.

Ultrapassada a questão atinente à historicidade dos direitos fundamentais, as sucessivas dimensões de tais direitos, e a constitucionalização de tais direitos, cumpre abordar a questão atinente à universalidade dos direitos fundamentais. Essa característica dos direitos fundamentais, universalidade, também chamada de generalidade, significa que esses direitos não pertencem unicamente a um grupo de seres humanos, e sim a todos os seres humanos, sem exceção. Caso assim não fosse, teríamos de admitir que existem indivíduos que são considerados seres

humanos e outros que não são considerados seres humanos, o que seria um retrocesso e um déficit civilizatório. O retrocesso reside na constatação de que já houveram momentos históricos de diferentes povos em que alguns indivíduos não eram considerados seres humanos.

Na Grécia antiga, por exemplo, comerciantes, escravos, e mulheres não eram considerados cidadãos e não integravam o povo, não podendo estes participarem das decisões das instâncias governamentais. No Brasil Colônia (1500-1822) e no Brasil Império (1822-1889), os negros africanos foram retirados de sua terra e aqui escravizados durante séculos, não sendo cidadãos e não tomando parte nas decisões políticas. Tanto na Grécia antiga quanto no Brasil Colônia e Brasil Império, tem-se uma parcela da população marginalizada e desprovida de proteção de uma rede ou sistema de direitos fundamentais.

Em momento mais recente, no século XX, a Índia convivia com uma tradição secular de divisão da sociedade em castas, divisão esta que era transmitida de forma hereditária, sendo o filho integrante da mesma casta que seus pais. Essa divisão, embora não impedisse o exercício de atividade profissional nem tornasse um grupo escravo do outro, representava na prática um obstáculo à igualdade de direitos, criando grupos mais privilegiados que outros. Tal divisão só veio a ser abolida com o advento de nova Constituição, em 1950.

Então, em resumo, qualquer interpretação que não considere os direitos fundamentais ou direitos humanos como de titularidade de todos os seres humanos implicaria, sem dúvida, em reedição de situações semelhantes às observadas nos países mencionados e naqueles momentos históricos, o que seria, evidentemente, um retrocesso para toda a humanidade. Portanto, os direitos fundamentais são universais, integrando o patrimônio jurídico de todos os seres humanos.

Mais de 200 anos após a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789, o caminho para a consagração e concretização dos direitos fundamentais em prol de todos os seres humanos não se encerrou. Embora os avanços sejam inegáveis, ainda há um longo caminho a percorrer. A assimetria de desenvolvimento entre países centrais, de um lado, e periféricos e em desenvolvimento, de outro, ainda é gritante. Nesse contexto, há países que alcançaram elevado estágio de desenvolvimento sócio-econômico, sendo que seus cidadãos contam com serviços de qualidade no campo da saúde, educação, e

segurança, além de previdência etc. De outra via, há países em que esses serviços são de acesso restrito a poucos cidadãos.

A mencionada assimetria de desenvolvimento entre países centrais, periféricos e em desenvolvimento é um dos entraves à plena realização dos direitos fundamentais. O propósito "expansionista" dos direitos fundamentais, que teve como ponto de partida a Declaração Francesa de 1789 e foi reafirmado na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, foi claro no sentido de que se trata de uma questão ética e civilizatória dotar todos os seres humanos de um conjunto essencial de direitos.

Diante desse cenário em que se constata a necessidade de continuar avançando na conquista de direitos fundamentais por todos os povos, é que se reconhece a importância do processo de universalização dos direitos fundamentais. A criação das Nações Unidas em 1945 e a celebração de diversos tratados internacionais versando direitos humanos são fruto desse esforço e vão ao encontro desse objetivo "expansionista". Hoje, os direitos fundamentais ou direitos humanos são uma preocupação não só de cada Estado, mas, também, da comunidade internacional.³³

Com esse desiderato de proteção dos direitos humanos na esfera internacional, proliferam ordens jurídicas supranacionais e internacionais dotadas de determinados poderes reconhecidos pelos países signatários dos respectivos tratados internacionais constitutivos, como é o caso da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). A ideia de soberania, segundo a qual cada povo decide seu destino e aplica as suas normas, embora importante, acaba sendo relativizada em prol da necessidade de obediência de cada Estado a normas protetivas de direitos fundamentais. Não são raras as condenações de Tribunais supranacionais ou internacionais em face dos Estados os quais exerce jurisdição com vistas à concretização de direitos fundamentais previstos em tratados.

Sobre esse fenômeno, assim se manifesta Cunha Júnior:

É certo, porém, que a obrigação primária de assegurar os direitos humanos continua a ser responsabilidade interna dos Estados, com a ressalva de que **a proteção atual dos direitos fundamentais reivindica a participação de todos os Estados na luta para uma**

³³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 610.

defesa mais eficaz dessas posições jurídicas essenciais à existência humana. A universalização dos direitos fundamentais, portanto, é um fenômeno inevitável. ³⁴ (grifo nosso).

Embora seja responsabilidade primária de cada Estado assegurar os direitos humanos a seus cidadãos, cresce a importância da comunidade internacional para fazer esse processo avançar. Como exposto há pouco, organismos como as Nações Unidas e outros judiciais ou quase-judiciais de âmbito supranacional e internacional são uma realidade no mundo de hoje. Esse é o atual estágio de desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais. Sua concretização não é mais uma meta a ser alcançada por cada povo individualmente, podendo-se dizer que se trata de uma construção coletiva.

³⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 611.

3 DA SOCIEDADE LOCAL À SOCIEDADE GLOBAL

3.1 CONCEITO DE SOCIEDADE

Cumprir conceituar a palavra "sociedade". A análise não será exaustiva, mas elucidativa. Antes de formular um conceito, serão dissecados os elementos que integram a sociedade. Ficará mais fácil compreender o conceito depois.

Embora cada sociedade tenha as suas peculiaridades que a diferenciam das demais, todas têm três elementos comuns, quais sejam: poder social, manifestações de vontade ordenadas, e finalidade. Se qualquer desses elementos não existir, não se estará diante de uma sociedade, e sim de um mero agrupamento de homens. Em outras palavras, se falta um dos mencionados elementos, “desnatura-se” a ideia de sociedade.

Poder social consiste na constatação de que, em todas as sociedades, há manifestações de poder. Dentre os vários tipos de poder que podem ser verificados, o que mais sobressai é o poder do Estado. O poder social não é puramente jurídico, é também político. Na Antiguidade greco-romana, o poder se apresenta como instrumento de vontade de uma divindade. Com o passar dos séculos, contudo, essa ideia vai sendo rechaçada até chegar à ideia democrática que hoje vigora: a de que todo poder emana do povo, sendo este senhor do seu destino.

Manifestação de vontade ordenada é outro elemento da sociedade. Para que as decisões mais importantes à vida de todos os membros de uma sociedade sejam tomadas, é necessário que se estabeleça uma forma de discussão e decisão organizadas e claras. Por tal motivo, é que, desde a Antiguidade, os cidadãos reuniam-se em Assembleias para discutir e votar as questões de interesse da coletividade. A ausência de uma organização mínima para manifestação de vontade impediria a manutenção da própria sociedade.

Finalidade comum é o terceiro elemento da sociedade. Embora cada indivíduo e cada grupo que integra uma sociedade tenha seus objetivos específicos, é de extrema importância a existência de uma finalidade comum a todos. Sem um projeto de vida comum a tendência é a desagregação da sociedade e formação de outras sociedades. Os homens se unem em torno de ideias e projetos em comum. A finalidade básica deve ser o bem estar de todos, e não de algumas pessoas ou grupos.

Em resumo, sociedade é o grupamento humano, repleto de relações internas de poder, em que se constata a existência de manifestação de vontade ordenada, onde decisões são tomadas de forma organizada e clara, com vistas ao atendimento das necessidades coletivas e almejando-se uma finalidade comum, que vem a ser o bem geral.

Embora seja comum a todas as sociedades a existência dos elementos analisados acima (poder social, manifestação de vontade ordenada, e finalidade comum), cumpre ter em mente que cada sociedade tem características próprias que torna uma diferente da outra. A realidade social é totalmente ligada à natureza de cada povo, possuindo relevância fatores histórico-culturais. No atual estágio civilizatório, é imperioso o respeito à diversidade de cada sociedade, suas opções políticas, econômicas, costumes, tradições, e religião. Boaventura de Souza Santos, em reflexão bastante reproduzida em discussões sobre políticas afirmativas, mas aqui também válida, bem adverte para a importância do reconhecimento do direito à diferença:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.³⁵

A família é o núcleo mais restrito da sociedade, ou seja, o menor núcleo da sociedade. Na prática, a sociedade é a reunião de diversas famílias. Não podendo viver recluso na sua família, os homens relacionam-se entre si, constituindo vínculos de ordem afetiva, profissional, e social com pessoas pertencentes a outras famílias. Formam-se, assim, uma “teia de relações” maior e que transcende a família, formando a sociedade convencional.

Se a família é o núcleo mais restrito da sociedade, o Estado é o núcleo mais amplo da sociedade. Uma sociedade nem sempre forma um Estado. As tribos indígenas e os clãs são exemplos de sociedades. Por mais que se diga que a organização dessas sociedades é precária se comparada às sociedades contemporâneas que habitam as zonas urbanas das grandes cidades, está-se diante sim de sociedades, que, não raro, vivem em um clima de muita mais afinidade e paz

³⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2003, p.56.

que as últimas. Contudo, quando uma sociedade forma um Estado, diz-se que a mesma atingiu o mais alto estágio de organização e estabilidade interna. Uma Constituição é elaborada para consolidar essa união e descrever os principais valores, elencar direitos e garantias fundamentais, organizar o Estado, e organizar os Poderes estabelecendo as prerrogativas e limites de cada um deles etc. O conceito e a formação do Estado serão estudados no próximo subitem.

Faz-se mister pontuar, a título de arremate, que uma reunião eventual e passageira de pessoas em determinado dia, mês, semestre, ou, até mesmo, ano, não constitui uma sociedade. Por exemplo, um grupo de pessoas reunidas em um teatro ou em um show não formam uma sociedade pelo simples fato de que se trata de uma reunião eventual e passageira, não havendo intuito de busca de objetivos de vida em comum. É uma reunião ocasional e, tão logo o evento acabe, cada um retorna à sua rotina. Portanto, é necessária estabilidade e comunhão de propósitos para formar-se uma sociedade nos termos formais da Teoria Geral do Estado.

3.2 CONCEITO DE ESTADO, FORMAÇÃO DO ESTADO, E O "ESTADO-NAÇÃO"

Vale ressaltar que não se fará maiores delongas no presente subitem, já que não faz parte do foco do presente trabalho. Mas, trazer um conceito de Estado, traçar o marco temporal de formação do Estado, e explicar o que vem a ser a expressão "Estado-nação" será importante para compreender e comparar o fenômeno do Estado em dois contextos distintos: antes da globalização e depois da globalização. O item 3.3, logo adiante, discute a globalização, suas causas e consequências para o Estado e para o Direito. Essa discussão não é possível sem antes se saber o que é o Estado e como se formou.

Mais à frente, no Capítulo 4, o debate proposto neste subitem será útil para explicar que, embora relevantes a figura do Estado e o direito estatal, é inevitável e constatável empiricamente o surgimento de ordens jurídicas que vão além das fronteiras do Estado e do direito estatal. A proliferação de diversas ordens jurídicas, que antes iniciavam e terminavam no interior de cada Estado, é a causa e a origem do transconstitucionalismo.

O mundo possui hoje cerca de 200 países. Cada um desses países forma um "Estado". O Estado é uma pessoa jurídica de direito público externo dotada de quatro elementos: a) soberania; b) território; c) povo; e d) finalidade.

Soberania consiste no maior de todos os poderes dentro de um determinado território. Ela é uma, já que atributo exclusivo do Estado. Não há mais de uma soberania dentro do mesmo território. Só há uma soberania, qual seja a do Estado. Quando um grupo social ameaça esta soberania do Estado ou com ela rivaliza, diz-se que ali existe um “poder paralelo”.

Embora uma por ser atributo exclusivo do Estado, a soberania assume duas formas de expressão: no plano interno e no plano externo. No plano interno, diz-se que somente o Estado tem o monopólio da criação e edição do direito escrito ou positivo. Direito vigente e válido, numa perspectiva positivista, é somente o que advém do Estado. Em regra, é o Poder Legislativo que cria o Direito, mas é importante lembrar que o Presidente da República, no Brasil, tem a prerrogativa de editar medidas provisórias, embora dependa de posterior aprovação do Congresso Nacional. Nos últimos anos, o Poder Judiciário vem tendo um papel criativo no julgamento de casos que lhes são levados, o que sinaliza também um papel de criação do direito por este Poder. Assim, verifica-se que a produção do direito encontra sede nos Poderes do Estado.

Igualmente deve ser dito que somente o Estado tem o monopólio da coação ou força física legítima. A Constituição e as leis precisam ser cumpridas para que a sociedade seja minimamente organizada. O ilícito, seja administrativo, civil, ou criminal, precisa ser a exceção, não a regra. Em caso de descumprimento de comandos legais, o Estado impõe ao indivíduo condutas que o mesmo precisa adotar (pagar uma multa de trânsito, cumprir uma cláusula do contrato, pagar cestas básicas em virtude de um crime que praticou etc). A depender do crime que praticou e das circunstâncias, o indivíduo pode vir a perder sua liberdade, inclusive, sendo recolhido a um presídio. Não se admite que pessoas privadas utilizem-se da força contra qualquer cidadão. Somente o Estado, entidade que zela pelo bem estar geral e cumprimento da Constituição e das leis, é que detém essa prerrogativa.

Como explicado acima, o Estado detém o monopólio da coação e força física legítima. Mas, não pode deixar de ser enfatizado que essa prerrogativa precisa ser exercida de forma comedida e equilibrada. Ou seja, no uso da coação e da força física, o Estado deve respeitar certos limites. O Estado de Direito impõe limites ao Estado. Se assim não fosse, os agentes policiais poderiam, por exemplo, torturar presos para obter confissão, ou, até mesmo, para castigá-los pelo crime que praticaram. Repita-se: há limites ao Estado, limites estes que caracterizam o grau de

civilidade em contraposição à arbitrariedade do poder público no desempenho de suas atribuições.

No plano externo, diz-se que a soberania indica ser cada Estado independente em relação ao outro, não tendo a obrigação de acatar as ideias, planos, e valores de outro. Todos os Estados são independentes e devem agir de acordo com o que for melhor para seu povo. Vigem, no âmbito internacional, os princípios da igualdade e da independência dos Estados. Em palavras simples: não há Estado melhor que outro, e não há Estado que seja extensão do outro.

O financiamento externo de partidos políticos e/ou grupos de pressão integrantes de um determinado Estado, retaliações comerciais ilegítimas, intervenções militares fora do contexto de resposta a agressão armada estrangeira colidem com a soberania no plano externo, promovendo desequilíbrio nas relações internacionais, merecendo reprimenda e sanções da comunidade internacional para o Estado que pratica uma dessas condutas. A propósito, a Constituição brasileira prevê a "não intervenção em assuntos internos de cada país" (art. 4º, IV, CF).

Território é o espaço físico no qual o Estado exerce sua soberania. Não existe Estado sem território, tratando-se de elemento indispensável para a existência do Estado. Deve-se ressaltar, contudo, que a perda temporária de parte ou de todo o território não implica em extinção do Estado, já que se presume que as forças daquele Estado irão procurar recuperar o território perdido. Ademais, no atual estágio civilizatório, a tomada de território por outro país implica no repúdio da comunidade internacional, havendo, inclusive, meios de forças multinacionais intervirem militarmente para desfazimento de ocupações e invasões levadas a cabo.

O tamanho do território ou da população não são requisitos necessários para o reconhecimento de um Estado. Não há necessidade de um tamanho mínimo ou de um número mínimo de habitantes para se formar um Estado. Cuba, Uruguai, Mônaco, Suíça, e Vaticano têm uma extensão territorial mínima e uma população bem pequena e, ainda assim, são Estados.

Povo é o elemento humano do Estado. Refere-se ao conjunto de indivíduos que habitam determinado Estado. Numa democracia, o poder emana do povo, sendo ele o senhor do seu próprio destino. Para tanto, os cidadãos, não mais um Rei ou aristocratas, fazem escolhas e participam da formação da vontade estatal, exercendo esse poder de forma direta ou indireta. O conceito de povo não se confunde com o de população. Enquanto "povo" é um termo de natureza política,

utilizado para expressar um dos elementos do Estado, o termo “população” é adequado para destacar questões demográficas, ou seja, características como número de habitantes, quantidade de homens e mulheres, faixa etária, percentual de desemprego etc. Enfim, o termo “povo” é um termo jurídico-político, enquanto que o termo “população” é um termo de natureza estatística, sendo bastante utilizado para traçar dados importantes para os governos adotarem políticas públicas.

Finalidade é o objetivo principal que anima a existência do Estado. Todo Estado tem finalidade, meta, propósito de ser e existir. Admitir que o Estado é um ente sem finalidade seria admitir a figura de um Estado "sem alma". Nem todos os autores consideram a “finalidade” um dos elementos do Estado, considerando, assim, somente soberania, território, e povo elementos do Estado. Dalmo de Abreu Dallari insere a “finalidade” como elemento integrante do Estado.³⁶ Entendem esses autores que um Estado que contivesse os demais elementos descritos, mas não tivesse “finalidade”, seria uma instituição sem rumo e lógica de existir. Uma espécie de instituição “sem alma”, como dito linhas acima. Daí, inserir a finalidade como elemento integrante do Estado.

Justamente em decorrência desse elemento, é que os Estados elaboram uma Constituição. A Constituição é a base jurídica de um Estado, a principal lei. Organiza o Estado e elenca um rol de direitos básicos dos cidadãos. Além disso, a Constituição estabelece os principais objetivos de um Estado. E o que são esses objetivos senão a “finalidade”? Estabelecer as finalidades de um Estado é tão importante que, em regra, vem expressa nas Constituições. A Constituição brasileira, por exemplo, elenca uma série de objetivos logo no Título I (Dos princípios fundamentais). Um desses princípios vem a ser a “construir uma sociedade livre, justa, e solidária” (art. 3º, I, CF).

Um Estado não tem somente uma finalidade, havendo uma série de objetivos a serem alcançados. O fato de as Constituições enumerarem uma série de objetivos já denota a multiplicidade de metas de um povo. Em que pese a correção dessa afirmativa, é possível sintetizar todos os objetivos de um Estado em uma única expressão: o “bem comum”. Todos os projetos traçados numa Constituição destinam-se a atingir o bem comum, ou seja, o bem de todos os cidadãos. Por isso,

³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32 ed. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 107.

os autores costumam explicar que a finalidade do Estado consiste em promover o “bem comum”.

Em resumo, utilizando-se os elementos do Estado, conceituados neste subitem, é possível afirmar que Estado é uma pessoa jurídica de direito público externo, dotada de soberania exercida dentro de um território, constituído por um elemento humano denominado povo, que tem a finalidade de propiciar o bem comum.

Cumprido, agora, tratar da formação do Estado. Como se formou o Estado? Em que momento surgiu? Dallari explica que há, basicamente, três marcos temporais traçados pelos teóricos do Estado: i) desde o início da humanidade, ainda que de forma rudimentar e simplória, o Estado existe; ii) a sociedade humana existiu sem o Estado durante determinado período de tempo, passando este a ser formado quando a sociedade passou a se tornar maior e mais complexa; iii) para outros autores, porém, somente em 1648, quando da assinatura do Tratado de Westfália, surge o Estado.³⁷ Opta-se aqui por considerar a terceira opção como a mais pertinente. É possível afirmar e reconhecer que havia, de certa forma, um “embrião” do Estado nas duas opções anteriores, mas o caráter ainda arcaico daquelas estruturas de poder são muito distantes do grau de complexidade do Estado como hoje se conhece. Destarte, como dito, a terceira opção parece ser a mais pertinente.

Some-se à questão da precariedade das estruturas de poder supostamente formadoras de um Estado, a ausência da ideia de *soberania*, conceito já trabalhado neste subitem. Como visto, soberania é um dos quatro elementos do Estado, sendo indispensável para se considerar a existência de um Estado.

O Tratado de Westfália foi assinado em 24 de outubro de 1648, em Osnabrücke. Firmado entre Fernando III, Sacro Imperador Romano-Germânico, os demais príncipes alemães, França e Suécia, pôs fim ao conflito entre estas duas últimas potências e o Sacro Império. Além de ter sido símbolo de paz entre os países envolvidos, este Tratado representou o surgimento da ideia de *soberania*. Os países envolvidos reconheceram, no acordo, a independência recíproca.

Falta explicar o que vem a ser “Estado-nação”, expressão usada por Neves em sua obra e corriqueiramente utilizada por outros autores. É uma expressão

³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32 ed. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 60-61.

usada não só pelos juristas, mas, também, por historiadores, sociólogos, e filósofos. Rodrigo Cogo assim explica como e quando surge o conceito de "Estado-nação":

É no final do período medieval que o modelo estatal europeu denominado de Estado nacional ou Estado-nação encontra suas origens. Neste momento emergiram vários centros de poderes independentes, cada qual exercendo o que se poderia nomear de "soberania medieval", significando tão-somente determinada qualidade de poder que se investia num senhor que a exercia em seu território, ou seja, demonstrava superioridade no poder de governo e na produção de leis somente naquele local.

Entretanto o poder, quando do auge da Idade Média, não era unitário, mas sim fragmentado e negociado entre o rei e os nobres senhores feudais. Não havia, portanto, a ideia de um Estado nacional com um exército nacional, uma moeda nacional e um poder unitário e soberano.³⁸

(MAGALHÃES, 2002, p. 123).

O aparecimento do conceito de soberania e sua elevação a princípio do direito internacional se deu também nos últimos anos da Idade Média, não por acaso, quando dos primeiros passos dados rumo à formação dos Estados Nacionais, tendo implicado o fim da sociedade feudal e o nascimento de uma nova forma de organização da sociedade.

Para Faria (2004, p. 17) a soberania, então, passa a existir vinculada à concretização desses Estados, denotando um poder de mando incontestável numa determinada sociedade política, dotado de independência, inalienabilidade, superioridade e, acima de tudo, exclusividade. Um poder sem concorrência no âmbito de um território, capaz de instituir normas e comportamentos para todos os seus habitantes.³⁹

O Tratado de Westfália, de 1648, pondo fim à Guerra dos Trinta Anos, pode ser entendido como um momento histórico de grande valor por assinalar a passagem da sociedade medieval, que se encontrava sob a autoridade da Igreja, para a sociedade do Estado Nacional Moderno, ligada à noção de soberania e a um poder político centralizado.⁴⁰ (grifo nosso)

Primeiramente, cumpre frisar que as expressões "Estado-nação" e "Estado nacional" têm o mesmo significado. O autor explica que é no fim da Idade Média, também chamada de Baixa Idade Média, que surge o Estado nacional.

No início da Idade Média, Alta Idade Média, havia fragmentação de poder entre o Rei e os senhores feudais. Não havia, como ressalta o autor, dentro do território, um único poder soberano, um único exército, e uma única moeda. Tais

³⁸ MAGALHÃES, 2002, apud COGO, Rodrigo, op.cit., p. 1.

³⁹ FARIA, 2004, apud COGO, Rodrigo, op.cit., p. 1.

⁴⁰ COGO, Rodrigo. Internacionalização dos direitos humanos: de Westfália à ONU. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2923, p. 1, jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19427>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

requisitos surgiriam somente no fim da Idade Média como uma necessidade de proteção do território em face de países estrangeiros.

Essa unidade dá origem à ideia de soberania e, simultaneamente, ao Estado nacional. Portanto, o surgimento da ideia de soberania coincide com o surgimento do Estado nacional. Um conceito não se sustenta sem o outro. Logo, se a ideia de soberania surge, como já dito, com o Tratado de Westfália (1648), diga-se o mesmo quanto ao Estado nacional.

Um último registro se faz necessário: a expressão "Estado-nação" ou "Estado nacional", embora utilizada por diversos autores das ciências sociais, como é o caso de Neves, não pode ser considerada a mais técnica hoje. A expressão tem sido utilizada erroneamente para associar a cada Estado uma determinada nação, sendo que um Estado pode abrigar pessoas de diversas nacionalidades em um mesmo território, sem que deixe de existir esse Estado. Em outras palavras, não é necessário que existam pessoas de uma única nacionalidade em uma mesma base territorial para que se possa falar na existência de um Estado. São conceitos distintos e que, portanto, não devem ser associados de forma direta.

Hoje, entende-se que “nação” é um conceito mais restrito que o de “povo”. O primeiro está muito relacionado com o local de nascimento de um indivíduo, sua “terra-mãe”. Ocorre que, em determinado Estado, pode haver indivíduos que vieram de diversos lugares do mundo e resolveram fixar residência, constituir família, e trabalhar ali. O Brasil, por exemplo, foi fruto da reunião de portugueses, índios, e negros em um mesmo espaço físico. Depois, com o fim da escravidão (1888) e as duas Guerras Mundiais (1914-1917 / 1937-1945), o fluxo migratório foi bastante intenso. Muitos europeus, sobretudo alemães e italianos, vieram ao Brasil em busca de uma nova vida, longe das guerras que assolaram o Velho Continente. Portanto, o povo brasileiro é fruto da reunião de indivíduos de várias “nações”.

A par das conclusões anotadas acima, fica mais claro entender que o conceito de “povo”, por ser de caráter jurídico-político e mais abrangente que o de “nação”, é mais adequado para designar um dos quatro elementos do Estado aqui apontados. Por tais motivos, opta-se, neste trabalho, por utilizar a expressão "Estado", sem nenhum complemento ou adjetivação, por ser a mais técnica.

3.3 A SOCIEDADE LOCAL

Explicados nos tópicos anteriores os conceitos de sociedade e de Estado, já é possível compreender o que aqui se chama de "sociedade local". O conceito que será formulado é bem simples: sociedade local é aquela enraizada no seio de um determinado Estado, isto é, aquela que povoa determinado Estado. Portanto, limita-se às fronteiras de um Estado, titularizando direitos e deveres para com este ente. Diante desse conceito, é possível exemplificar dizendo que a sociedade local é a sociedade brasileira, a sociedade argentina, a sociedade chilena, a sociedade americana etc, isoladamente consideradas. Destarte, o termo "local" corresponde à amplitude nacional, em contraposição, conforme será analisado no item 3.5, à "sociedade global", que transcende as fronteiras do Estado.

Há diversos fatores que ensejam a reunião de pessoas em torno do projeto de construção de um Estado, que, como visto, é o mais alto estágio de organização e estabilidade interna, a maior e mais complexa forma de organização da sociedade. Fatores sociais, políticos, históricos, linguísticos, culturais, ou econômicos motivam as pessoas a se unirem. Todos ou alguns desses fatores podem concorrer para a organização de uma sociedade em Estado.

Os Estados Unidos da América, por exemplo, foi formado a partir da reunião das treze antigas colônias inglesas na América do Norte. Lutaram juntas pela independência em face da Coroa britânica e seus habitantes falavam a mesma língua. Inicialmente cogitada a formação de uma confederação, optou-se, posteriormente, pela criação de uma federação. A história e a língua eram comuns a essas colônias, o que aproximou os indivíduos e permitiu a criação de um Estado.

Pois bem, não só no caso dos Estados Unidos obviamente, mas no caso do surgimento de cada um dos Estados hoje constituídos, conquistada a independência (no caso dos países colonizados), formado um Estado, elaborada uma Constituição, definida a forma de governo e o sistema de governo, e escolhidos os primeiros Presidentes, diversas relações sociais serão travadas no interior desse novo Estado. Para reforçar e consolidar laços entre os cidadãos de um Estado, são criados símbolos nacionais como a bandeira e o hino. São símbolos, um musical e outro sonoro, que representam a união dos cidadãos em torno de objetivos em comum. Embora tais símbolos não garantam a união dos cidadãos, é inegável o efeito psicológico de tais símbolos nacionais.

Famílias serão formadas a partir da relação afetiva entre os cidadãos, relações profissionais serão travadas, um comércio interno será desenvolvido. Indústrias, empresas, bancos, universidades, e demais instituições construirão um novo país. Não é só. Movimentos literários, artísticos, e musicais surgirão e criarão uma cultura local. Seus cidadãos farão parte de uma determinada sociedade, que aqui se chama de "local". Pode-se dizer, para concluir a explanação, que sociedade local é aquela unida por laços histórico-culturais em comum, em um determinado território, e, em virtude de tais laços comuns, obtém êxito na formação de um Estado. Independentemente da parte do território em que se encontrem seus cidadãos, há um vínculo de identidade cultural que os une.

3.4 MEIOS DE TRANSPORTE, MEIOS DE COMUNICAÇÃO, E GLOBALIZAÇÃO

Inúmeras foram as descobertas e invenções do homem ao longo de sua existência. Uma bastante úteis, outras nem tão úteis assim, umas bastante acessíveis a todos, outras de restrito acesso devido ao alto custo e à pobreza e conseqüente exclusão do mercado consumidor. O presente tópico procura expor os inventos que revolucionaram especificamente os meios de transporte e os meios de comunicação, e relacioná-los com o fenômeno da globalização, mostrando que ela somente foi possível por conta do desenvolvimento da ciência nessas áreas, ocasionando a superação de barreiras como distância e fronteiras entre os países.

Pode-se afirmar que o primeiro meio de transporte utilizado pelo homem foi o animal. Uma vez domesticado, o animal era utilizado como meio de transporte para percorrer pequenas e médias distâncias. Com a invenção da roda, surgiram as carroças, que, puxadas pelos animais, aumentaram a velocidade da locomoção.

Mas, esse meio de transporte era limitado, não iria levar os homens a continentes que existissem além do oceano. O navio serviu para esse propósito. O navio foi o meio de transporte que propiciou as Grandes Navegações (séculos XV, XVI, e XVII), permitindo o "descobrimento" pelos europeus da América, da África, e, mais tarde, da Oceania. Os europeus souberam da existência de outros continentes e povos, e estes souberam da existência dos europeus. Estava iniciado um processo irreversível de convivência (muitas vezes pautada na

exploração de um povo sobre o outro, como não faz esquecer os livros de história) entre os homens de diversos continentes.

Com a Revolução Industrial (século XVIII), houve uma forte migração do campo para as cidades que começavam a formar-se em torno das fábricas. Para atender à massa de trabalhadores no deslocamento diário entre casa e trabalho, surgem meios de transporte como o bonde e o trem. Posteriormente, já no século XX, o carro e o metrô, meio de transporte extremamente veloz e presente em cidades mais urbanizadas, passam a fazer parte do cenário das cidades modernas. Em um continente como a Europa, onde é grande a proximidade entre os países, todos esses meios de transporte (com exceção do bonde) são bastante utilizados para locomover-se de um país a outro.

Neste ponto da discussão sobre os meios de transporte, vale dar destaque especial ao avião. O primeiro voo foi realizado por Santos Dumont em 1906, na França. Esse fato, porém, possui controvérsias. Nos Estados Unidos e em alguns países, atribui-se aos irmãos Wright a realização do primeiro voo. Sem considerar os foguetes e os ônibus espaciais, é o meio de transporte civil e militar mais rápido do planeta, podendo chegar, no caso dos aviões comerciais, a até 900 km/h de velocidade. A título de curiosidade, aviões supersônicos, que não operam para fins comerciais, podem ultrapassar a velocidade do som ($340 \text{ m/s} = 1.224 \text{ km/h}$).

O avião é o meio de transporte usualmente utilizado para viagens internacionais, dado o conforto e velocidade. Em questão de algumas horas, é possível viajar de um país a outro, ou, até mesmo, de um continente a outro. Por conta desses fatores, sem deixar de reconhecer a importância dos demais meios de transporte aqui mencionados, é o meio de transporte que permite o maior fluxo de pessoas ao redor do mundo e, portanto, mais contribui para o processo de interação entre os povos.

Hoje, se conta com meios de transporte terrestres, marítimos, ou aéreos, confortáveis e velozes, como carros, ônibus, trens, navios, e aviões para se percorrer pequenas, médias, e grandes distâncias. A criação e aprimoramento desses meios de transporte permitiu um imenso fluxo de pessoas entre os países, e, também, para fora do próprio continente onde cada indivíduo habita.

Deve-se ter em mente que, além de permitir esse fluxo de pessoas ao redor do mundo, o desenvolvimento dos meios de transporte também foi crucial

para a troca de bens entre os países, gerando uma ampliação crescente da exportação e importação. Como se verá mais adiante, ainda neste tópico, a economia deixou de ser em nível local e passou a se dar em nível mundial. Em todo o mundo, é possível encontrar produtos, desde pequenos brinquedos a carros, produzidos e fabricados em outros países. Esse comércio em escala global só foi possível em virtude justamente do desenvolvimento dos meios de transporte. Caso não se atingisse o atual estágio, a economia ainda seria local, com um comércio realizado apenas entre os habitantes de cada país.

Tratando agora do campo das comunicações, seis grandes inventos são merecedores de registro, podendo-se afirmar que revolucionaram o modo de vida das pessoas, seja no ambiente de trabalho ou no lazer: o telefone, o rádio, a televisão, o computador, a *internet*, e o celular.

O escocês, naturalizado americano, Alexander Graham Bell é considerado o inventor do telefone, tendo registrado a patente do invento em 1876. Mas, em 2002, o Congresso americano reconheceu que o italiano Antonio Meucci, embora não tenha completado totalmente seu projeto devido a uma enfermidade, o precedeu na descoberta. Inicialmente só era possível comunicar-se com as demais pessoas a uma curta distância, que habitassem a mesma cidade. Hoje, é possível utilizar o telefone para falar com pessoas de qualquer lugar do mundo.

No Brasil especificamente, era muito caro adquirir uma linha telefônica. Com a privatização do setor telefônico nos anos 90, houveram grandes investimentos no setor e expansão de sinal para diversas regiões do país, mesmo para as cidades mais afastadas dos grandes centros. Houve um processo de popularização com o barateamento para aquisição da linha telefônica e manutenção do serviço, o que permitiu a chegada do telefone em boa parte dos lares brasileiros.

Mas, em que pese a popularização do telefone, melhoria dos serviços, e alcance da cobertura, a ligação internacional ainda era muito cara, tornando inviável e proibitiva essa ligação e, portanto, a comunicação com outros países. Novas formas de comunicação como a *internet*, conforme se verá a seguir, passaram a substituir o telefone, pelo menos para o contato internacional.

Após o telefone, o grande invento, no campo das comunicações, que lhe sucede é o rádio. Nikola Tesla tem o mérito da criação do rádio reconhecido pela Suprema Corte americana, já que o italiano Guglielmo Marconi, no fim do século XIX

usara 19 patentes de Tesla no seu projeto. Embora seja menos utilizado nos dias de hoje do que foi ao longo de todo o século XX, ainda é um meio de comunicação que conecta as pessoas com as notícias do seu país e do mundo.

A patente do invento da televisão foi registrada em 1923 por Vladimir Zworykin. A televisão a cores surgiu em 1954 com transmissão da rede norte-americana NBC. Como qualquer invento tecnológico, o preço do produto é muito alto, sendo de acesso restrito a poucas pessoas mais abastadas. Aos poucos, o custo da fabricação vai diminuindo, o produto deixa de ser novidade, e a maioria dos consumidores vão adquirindo. A televisão é, hoje, um meio de comunicação mais acessível. No Brasil especificamente, quase todos os lares contam com um aparelho, sendo considerado um dos principais meios de comunicação de massa, dado o alcance de grande quantidade de pessoas.

Telefone, rádio, e televisão foram, sem dúvida, inventos que propiciaram ao homem o contato com o mundo e ainda continuam sendo importantes, mas o computador e a *internet* ampliaram de forma incrível as possibilidades de comunicação entre as pessoas ao redor do mundo. A utilização de *e-mails*, videoconferências, e, mais recentemente, das redes sociais, formas de comunicação possíveis via acesso à *internet*, inauguraram uma nova era nas comunicações. O uso do computador e da *internet* é, hoje, uma realidade para as pessoas físicas, empresas, governos, movimentos sociais, e organismos internacionais. A *internet* permite não somente o envio de uma mensagem a um receptor em qualquer lugar do mundo, mas, também, visualizar a imagem e ouvir a voz desse receptor.

A esses inventos, pode-se somar o aparelho celular. É uma versão portátil do telefone que surge, na década de 90, em decorrência da necessidade de comunicação entre as pessoas em qualquer local da cidade onde estejam. Passa a ser uma exigência da vida contemporânea, num contexto de crescimento das cidades e rotina cada vez mais externa ao ambiente doméstico. O telefone fixo, embora ainda exista e seja bastante comercializado, não atende à demanda dessa nova rotina de vida nas grandes cidades.

Além das funções de originar e receber chamadas, os celulares passaram a reunir algumas das funções de um computador, permitindo, dentre outras funções, o acesso à *internet*. Não é exagero falar que, hoje, o mundo está na

palma das mãos. É possível acessar notícias sobre acontecimentos em qualquer lugar do mundo pelo celular.

Não só uma maior e melhor comunicação entre as pessoas ao redor do mundo o computador e a internet propiciaram, como também a facilidade de acesso à informação. Os inúmeros sites de notícias informam o que ocorre no seu país e no mundo em tempo real. É possível obter informações sobre todos os países do mundo: tamanho, população, forma de governo, sistema de governo, principais cidades, atrações turísticas etc. É possível obter informações sobre formas de ingresso em Universidades estrangeiras, bastando apenas que as mesmas tenham uma página na *internet*, o que é comum quando se trata de grandes Universidades. Sem sair de casa, um indivíduo, em qualquer lugar do mundo, tem a possibilidade de acesso a tais informações.

Trata-se de uma verdadeira revolução na possibilidade de interação entre as pessoas e acesso à informação. A distância e a fronteira entre os países tornou-se insignificante. Com ironia, pode-se dizer que, diante das possibilidades oferecidas pelo computador e pela *internet*, só faltaria ao homem inventar o "teletransporte", visto em filmes de ficção científica, em que uma pessoa iria de um lugar a outro do mundo em segundos.

Uma vez exposta uma visão geral sobre a evolução dos meios de transporte e dos meios de comunicação, é chegada a hora de tratar sobre a globalização, fenômeno intimamente ligado a essa evolução, conforme ficará claro logo adiante. A globalização é um termo utilizado nas ciências sociais para designar o constante fluxo e intercâmbio de pessoas, bens, informações, capital, e serviços entre os países.

Não há consenso entre os historiadores acerca do marco inicial da globalização. Há, basicamente, dois marcos temporais mais mencionados: i) nos séculos XV a XVII, com as "Grandes Navegações"; ii) no fim do século XX, com o aprimoramento dos meios de transporte e dos meios de comunicação, sobretudo com o advento da *internet*.

O primeiro marco, que compreende os séculos XV a XVII, relaciona-se com a expansão marítima iniciada por Portugal, com o objetivo de descobrir um caminho alternativo para chegar às Índias, local onde obtinha especiarias. A Espanha e, posteriormente, outros países europeus como França, Holanda e Inglaterra iriam desbravar os mares e, em momentos distintos, foram

protagonistas desse período da história. A esse período, dá-se o nome de "Grandes Navegações" ou "Era dos Descobrimentos". Conhecendo a existência de outros continentes e povos, o europeu passa a ter ciência da existência de um planeta bem maior do que o imaginado. A necessidade de criação de novas rotas marítimas e obtenção de novas riquezas fez o homem da Idade Moderna buscar a construção de um novo mundo, não mais restrito a seu país de origem. Por isso, muitos historiadores consideram esse momento como marco inicial da globalização.

O segundo marco relaciona-se com a interconexão entre os povos gerada pelo grau de desenvolvimento dos meios de transporte e dos meios de comunicação a que se chegou na segunda metade do século XX, tendo destaque o surgimento do computador pessoal e da *internet*.

O segundo marco parece ser mais adequado do que o primeiro para considerar como o início da globalização. Ao longo dos séculos XV, XVI, e XVII, as embarcações marítimas eram o meio de transporte por excelência. As viagens da Europa para a América, para o sul da África, e para a Oceania duravam anos. Ademais, o objetivo presente nessas viagens não era o de comunicação e troca cultural entre o europeu e demais povos, e sim o de exploração do primeiro sobre os últimos, extraindo riquezas das terras que eram descobertas com recurso à violência. Não se pode falar, nesse contexto, numa convivência pacífica entre os povos e em interesse no aprendizado cultural recíproco. Não se tratava ali de globalização, mas apenas de exploração.

Totalmente diferente é o segundo marco, que remonta à segunda metade do século XX, caracterizado pelo auge no desenvolvimento dos meios de transporte e dos meios de comunicação que estimularam a constante e crescente interação entre os povos, tornando o mundo, ainda que dividido em países e suas respectivas fronteiras físicas, tão interligado a ponto de alguns pensadores usarem a expressão "aldeia global", como se todo esse desenvolvimento tivesse tornado um mundo tão grande em um mundo tão pequeno, do tamanho de uma aldeia.

A globalização não seria uma realidade prática, apenas utópica, caso a ciência não tivesse contribuído para a criação e aprimoramento dos meios de transporte e dos meios de comunicação hoje existentes, já que pessoas, bens, informações, capital, e serviços só trafegam através de um meio de transporte

(pessoas e bens), ou, através de um meio de comunicação (informações, capital, e serviços).

A facilidade e agilidade do transporte terrestre, marítimo, e aéreo de cargas de produtos tornou o comércio antes local em global. Esse comércio é dinâmico por conta obviamente do rápido processo de negociação gerado pelos modernos meios de comunicação hoje à disposição, sendo possível fazê-lo por telefone ou pela *internet*, através de solicitação via *e-mails* ou a partir do acesso ao próprio site da empresa. Antes da globalização, a economia era predominantemente local, restringindo-se a produção e distribuição de riquezas às fronteiras de cada Estado. A partir da globalização, a economia passou a ser predominantemente em escala mundial, sendo que a produção e distribuição de riquezas não começa e termina nas fronteiras de cada Estado.

Empresas nacionais exportam seus produtos e serviços para outros países, criam filiais fora do país de origem, e, por outro lado, passam a ter de conviver e dividir o mercado de seu país de origem com empresas estrangeiras ou multinacionais. Um empresário australiano pode, em seu país, comprar computadores para seu restaurante numa loja nos Estados Unidos acessando o site da mesma sem precisar levantar-se da cadeira de seu quarto ou escritório. Um escritório de advocacia brasileiro pode, em sua sede, através de teleconferência, prestar esclarecimentos jurídicos sobre a burocracia necessária para uma empresa da Alemanha abrir uma filial no Brasil.

Não se pode negar, também, que a necessidade de soluções conjuntas por vários países com vistas ao enfrentamento de um problema que a todos afeta não tenha acelerado o processo de globalização. Embora as principais causas sejam, sem dúvida, a evolução dos meios de transporte e dos meios de comunicação, assunto amplamente discutido neste tópico, tornou-se inevitável a união dos países em torno de objetivos comuns, sobretudo na área ambiental. Desmatamento de florestas, efeito estufa, danos à camada de ozônio, derretimento das calotas polares, poluição dos mares, dentre outros temas presentes na agenda ambiental, afetam a todos os habitantes do planeta Terra, não sendo problema somente de um ou alguns poucos países.

A globalização, ressalte-se, não acabou com a ideia de soberania dos Estados, mas, sem dúvida, relativiza a mesma, já que a maior interação entre os Estados, nos planos político e econômico, implica em renúncias de parte a parte. A

assinatura de tratados internacionais, por exemplo, instrumento jurídico característico de uma sociedade global, dá origem a normas obrigatórias a serem seguidas pelos Estados signatários, sendo que tais normas não têm origem no Poder Legislativo de cada país, o que representa, de certa forma, sujeição a um direito que não é próprio, mas externo. Em nome de um objetivo maior e mais amplo em diversos temas (direitos humanos, comércio, parcerias militares etc), cada Estado signatário se sujeita ao conjunto de regras presentes no tratado.

A soberania nacional passa a coexistir com a necessidade de abertura da economia de cada país a empresas e investimentos externos, sob pena de este país ficar sem acesso a grandes mercados. Em maior ou menor grau, a depender do grau de protecionismo, após a derrocada da União Soviética, praticamente todos os países promoveram abertura econômica, o que intensificou ainda mais a globalização. Assim, as decisões tomadas pelos órgãos econômicos de cada país (Ministério da Economia e Banco Central) precisam levar em consideração que suas decisões não terão impacto somente para os cidadãos nacionais, mas, também, para agentes econômicos externos, tais como, empresas, bancos, e investidores de outros países com capital e patrimônio que desembarcaram naquele país.

A formação de blocos político-econômicos, em que países se reúnem em torno de um tratado internacional, como é o caso do Mercosul, representa um ótimo exemplo de como a ideia de soberania nacional precisa dialogar com o processo de globalização com vistas a uma convivência harmônica e produtiva. Soberania e globalização não são realidades inconciliáveis. A União Europeia, maior exemplo de integração entre países, possui órgãos, como o Parlamento Europeu, que tomam decisões válidas para todos os países integrantes do bloco, ainda que alguns países discordem da medida. Assim, como dificilmente há unanimidade sobre todos os temas de interesse da União Europeia e para manter a unidade do bloco, os países renunciam a parcela de sua soberania em nome da integração regional.

Em suma, é possível dizer que a globalização e a constante interação entre os Estados, decorrente deste fenômeno, embora não acabe com a importante ideia de soberania, coloca em declínio a rigidez desse conceito.

3.5 A SOCIEDADE GLOBAL

Sociedade global é justamente o oposto da sociedade local. É a sociedade que não se limita às fronteiras de um ou de alguns Estados, transcende a ideia de Estado. No item 3.3, explicou-se que a sociedade local é a sociedade restrita a determinado Estado, em que os habitantes uniram-se em decorrência de fatores sociais, políticos, históricos, linguísticos, culturais, ou econômicos em comum. Todos ou alguns desses fatores podem ter concorrido para a organização de uma sociedade em Estado. Destarte, a partir dessa noção, exemplificou-se que a sociedade brasileira, argentina, chilena, americana etc, são sociedades locais, já que existem dentro de um Estado e nele desenvolvem toda uma dinâmica de relações sociais.

Pode-se dizer que a sociedade global é aquela que une todas as sociedades locais, ou seja, aquela em que todas as sociedades locais estão interligadas de alguma forma. Portanto, a sociedade global é formada pela unidade em meio à diversidade. Ela não anula nem combate a cultura e as tradições de cada sociedade, que persistem, mas promove uma aproximação maior e constante entre os povos. A sociedade global não pressupõe uma ordem jurídica única para todos os povos, respeitando a soberania de cada Estado e do povo que nele habita. Não é isso que está em pauta.

Uma pergunta importante a ser feita é sobre quando teria surgido essa sociedade global, em que as relações sociais não mais se dão somente em nível nacional, mas mundial? A resposta não pode ser outra senão a partir da globalização. É a globalização, objeto de análise no item anterior, que faz surgir a sociedade global. Logo, a sociedade global é a sociedade da globalização, isto é, do mundo globalizado.

Sobre a polêmica acerca de qual momento teria surgido a globalização, optamos por filiar-nos a historiadores que entendem ter sido a partir do fim do século XX, conforme registrado no item anterior, com o aprimoramento dos meios de transporte e dos meios de comunicação, sobretudo com o advento da internet. Tais inovações no campo dos transportes e das comunicações tornaram insignificantes as distâncias geográficas e as fronteiras entre os países, permitindo a passagem da sociedade local à sociedade global, título deste Capítulo.

Poucos minutos depois de ocorrido um fato em qualquer lugar do mundo, todos os cidadãos dos demais países podem tomar conhecimento da informação. Toda essa evolução dos meios de comunicação gerada por modernos satélites de propriedade de governos ou de emissoras de televisão, e, também, pela *internet*, propiciando um grande fluxo de informações entre os povos, influenciou todas as ciências, aí incluído o Direito. Uma das influências para o Direito vem a ser justamente o transconstitucionalismo, tema objeto deste trabalho, que será discutido no próximo Capítulo.

Um dos reflexos dessa nova sociedade, a sociedade global, vem a ser a universalização da sociedade local, como se o todo pudesse ser encontrado nas partes. O mundo inteiro está em cada lugar. Exemplifique-se: em mais um dia de trabalho, um indivíduo acorda despertado pelo alarme de um celular produzido no Vale do Silício (Califórnia-EUA), desce até a garagem por um elevador de tecnologia alemã, dirige-se ao escritório da empresa com um carro fabricado na Coreia do Sul, comunica-se ao longo da manhã com empresários espanhóis interessados em abrir uma filial no seu país, almoça um churrasco com os colegas de trabalho num restaurante argentino, comunica-se à tarde com investidores chineses interessados em adquirir ações de um banco nacional e ajusta a visita de alguns sócios ao seu escritório para a próxima semana, janta com a esposa e filhos na franquia de um bar australiano e, antes de dormir, assiste a um filme italiano.

O exemplo é ilustrativo de uma sociedade global, sociedade esta em que pessoas, bens, informações, capital, e serviços circulam com grande desenvoltura e facilidade ao redor do mundo. É uma rotina previsível e comum na sociedade atual, que é a sociedade inserida num mundo globalizado. Trata-se de uma rotina específica, mas, mesmo mudando a profissão, a cidade, ou o país do indivíduo, o grau de interação entre as pessoas pertencentes a diferentes países, inclusive na culinária e na arte (conforme sugerido no exemplo com o restaurante argentino e o filme italiano), é constante e intenso. Hoje, repita-se, o mundo inteiro está em cada lugar. Corroborando essa reflexão, vem a calhar o pensamento de Milton Santos:

O espaço se globaliza, mas não é mundial como um todo, senão como metáfora. **Todos os lugares são mundiais, mas não há**

espaço mundial. Quem se globaliza, mesmo, são as pessoas e os lugares.⁴¹ (grifo nosso)

Claro que há países em que esse processo de transição da sociedade local à sociedade global se deu de forma mais acelerada. Dentro de cada país, essa transição também é diferenciada, dado o grau de desenvolvimento assimétrico entre as diversas regiões de um mesmo país. Em São Paulo, Buenos Aires, Nova Iorque, e Paris, por exemplo, é possível encontrar restaurantes das culinárias portuguesa, espanhola, francesa, italiana, árabe, japonesa, chinesa etc. É possível assistir a filmes brasileiros, americanos, espanhóis, italianos etc. Há obras de pintores e artistas plásticos de diversas nacionalidades. São cidades bem desenvolvidas e inseridas na globalização. Mas, como dito, esse desenvolvimento não é o mesmo para outras cidades dos próprios países os quais tais cidades pertencem.

A popularização da televisão e da internet acabam por diminuir os entraves de inserção dos países menos desenvolvidos, sendo que, mesmo havendo um subdesenvolvimento da localidade, a informação chega de diversos cantos do mundo, permitindo a conexão com o todo.

O avanço tecnológico alcançado no campo das comunicações, conforme analisado no item anterior, permitiu o diálogo em tempo real entre pessoas de qualquer lugar do mundo. É possível uma pessoa no Brasil comunicar-se com amigos que moram nos Estados Unidos, Alemanha, Portugal, e em qualquer outro país, em um só dia, bastando que todos estejam conectados à internet e acessando o mesmo programa ou rede social. Não é pouco, comparando-se à antiga comunicação por cartas escritas que levavam meses para chegar em outro país com as notícias e novidades do emissor.

Uma expressão que tem sido utilizada para definir o cidadão dessa sociedade global é "cidadão do mundo". A expressão "cidadão cosmopolita" é sinônima. A palavra "cidadão" remete imediatamente à ideia de indivíduo pertencente a uma determinada localidade delimitada, a um país (cidadão brasileiro, italiano, japonês etc). Mas, com a transição da sociedade local à sociedade global, será que essa definição ainda faz sentido? Será que não

⁴¹ SANTOS, Milton. **Técnica, espaço, tempo**: globalização e meio técnico-científico informacional. São Paulo: Hucitec, 1994, p. 31.

passamos a ser cidadãos não de um país, mas "cidadãos do mundo"? A melhor resposta aponta para essa dupla condição, ou seja, somos cidadãos integrados a determinado Estado, mas, também, cada vez mais conectados com o mundo e pertencentes a esse mundo. A globalização concedeu a cada habitante do planeta Terra essa segunda cidadania: a cidadania mundial. A propósito desse tema, Adela Cortina explica de forma clara:

[...] a ideia de cidadania nos liga especialmente a uma comunidade política, a cidadania cosmopolita é um ideal em princípio estranho, que exige a superação de todas as barreiras. E, contudo, a partir das tradições ético-políticas universalistas, é o que continua a dar sentido a todas as realizações éticas e políticas.⁴² (grifo nosso)

A ideia parece ser, inicialmente, estranha, conforme fala a filósofa espanhola, porque o conceito de cidadão historicamente construído sempre remete a um Estado específico. A ideia de cidadão do mundo ou cidadão cosmopolita coloca em xeque esse conceito, ampliando a condição de cidadão, que, agora, passa a ser também do mundo. As realizações e avanços éticos e políticos, as quais alude a passagem, não mais se dão somente no plano doméstico, como também no plano internacional.

Outra expressão bastante utilizada quando se fala em globalização, é "aldeia global". Embora grande em termos de dimensões e dividido em fronteiras que delimitam o território de cada Estado, todo esse desenvolvimento tecnológico fez com que o mundo pareça tão pequeno, do tamanho de uma aldeia.

Não se pode olvidar, até mesmo para fazer uma análise crítica, que comunidades mais pobres, como a maioria dos países africanos por exemplo, ainda estão sem acesso a todos esses bens e serviços disponíveis no mundo globalizado. Aliás, nesses países falta o básico: água, comida, saúde, educação, moradia, etc. Miséria, pobreza, e fome são sérios problemas de ontem e hoje, devendo os governos, sobretudo dos países mais ricos, envidar todos os esforços necessários para incluir os países afastados dessa sociedade farta de produtos, serviços, e cultura. Os países hoje mais ricos têm, inclusive, uma grande responsabilidade

⁴² CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**: para uma teoria da cidadania. Edições Loyola: São Paulo, 2005, p. 30.

sobre esse estado de coisas, já que a colonização europeia em diversos países africanos explorou as pessoas e as riquezas desses países.

4 TRANSCONSTITUCIONALISMO

4.1 CONCEITO DE TRANSCONSTITUCIONALISMO

Transconstitucionalismo é fenômeno ligado à “sociedade moderna mundial”, cada vez mais repleta de problemas em comum, tratando-se de tema atual e relevante. Pouco discutido ainda, o que, por si só, já torna necessária a compreensão e estudo do assunto.

O interesse pelo tema passou a ser recente no Brasil, sobretudo a partir da publicação da já citada obra “Transconstitucionalismo”, de Marcelo Neves. Embora recente no Brasil, o tema já vem sendo discutido há algumas décadas na Europa.

O autor utiliza como marco teórico para o desenvolvimento de seu trabalho o sociólogo alemão Niklas Luhmann, especificamente a *teoria dos sistemas*. Essa base teórica permeia toda a sua obra. Logo no início do texto, o autor propõe-se a superar essa teoria, embora a cite durante todo o livro como suporte para a análise da “sociedade mundial”.

É chegado o momento de explicar o que vem a ser transconstitucionalismo. As expressões explicadas nos Capítulos 2 e 3 são conceitos importantes para a compreensão desse fenômeno do Direito Constitucional no contexto da pós-modernidade. Cumpre esclarecer que a expressão foi “batizada” por Neves, podendo ser considerado o “pai” dessa expressão e, também, da discussão sobre o assunto no Brasil.

Analisando as primeiras definições do autor sobre o tema:

A questão é outra quando se trata de transconstitucionalismo. Nesse caso, o problema consiste em delinear as formas de relação entre ordens jurídicas diversas. Ou seja, dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna, o direito, proliferam ordens jurídicas diferenciadas, subordinadas ao mesmo código binário, isto é, ‘lícito/ilícito’, mas com diversos programas e critérios. Verifica-se, dessa maneira, uma pluralidade de ordens jurídicas, cada uma das quais com seus próprios elementos ou operações (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão da identidade (dogmática jurídica). [...] ⁴³ (grifo nosso).

⁴³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 116.

Não é difícil compreender o conceito, embora o assunto seja extenso e o fenômeno complexo e multifacetado. Com suporte nas linhas gerais traçadas acima, pode-se dizer que transconstitucionalismo é um fenômeno recente, contemporâneo ao surgimento da sociedade mundial moderna (conceito já analisado no Capítulo 3), consistente na existência de ordens jurídicas distintas tratando de uma mesma questão constitucional.

Nesse contexto, não é possível afirmar qual ordem jurídica deve prevalecer, posto que todas têm, ao mesmo tempo, autonomia e validade próprias. Não há, portanto, unidade de ordem jurídica, não havendo uma única solução para o mesmo problema. Essa unidade remonta à realidade do Estado nacional, em que uma contenda entre nacionais ou entre nacionais e estrangeiros resolve-se com o recurso ao Direito do respectivo Estado onde se travou a relação jurídica. Há, como anotado pelo autor, uma “pluralidade de ordens jurídicas”.

O transconstitucionalismo propõe-se a oferecer soluções para esse fenômeno comentado, buscando solução para a coexistência de diversas ordens jurídicas regulando uma mesma questão constitucional, o que enseja respostas diversas à mesma questão. Perguntar-se-á: como irão se relacionar os diferentes sistemas normativos? O autor não diz qual sistema normativo prevalecerá, afastando, de plano, qualquer pretensão de hierarquia entre sistemas. Não há, portanto, segundo o autor, verticalidade a ser imposta.

Prossegue o autor na definição do conceito de transconstitucionalismo anotando o seguinte:

[...] Essa diferenciação entre ordens não se limita, porém, à diferenciação segmentária entre ordens jurídicas estatais com âmbitos territoriais de validade delimitados. Além disso, há não só uma diferenciação de ‘níveis’ entre ordem jurídica estatal, supranacional e internacional, mas também a diferenciação funcional de ordens jurídicas transnacionais, desvinculadas, por sua transterritorialidade, do direito estatal.⁴⁴

Da mesma forma que o conceito de sociedade mundial, o conceito de transconstitucionalismo não está, necessariamente, atrelado ao de Estado. A ideia de Estado é importante, com certeza, para a compreensão do fenômeno,

⁴⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 116.

mas convém salientar, de logo, que existem manifestações de transconstitucionalismo que transcendem a ideia de ordem jurídica emanada de um Estado. Por exemplo, existe transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e atores e organizações privados ou “quase públicos”. Esses atores privados podem ser organizações esportivas ou ONG’s. Tais atores privados, desvinculados do Estado, possuem autonomia de funcionamento em face do Estado e códigos normativos próprios, pleiteando autonomia operacional e normativa. Não se pode negar, inclusive, que há atores privados que possuem, até mesmo, mais poder, em determinadas circunstâncias, que os próprios Estados.

Reforçando o que foi comentado acerca da necessidade de se buscar o constante diálogo entre as diversas ordens jurídicas, e não uma imposição vertical de uma ordem jurídica sobre a outra, assim manifesta-se o autor:

[...] Essa situação importa relações de **observação mútua**, no contexto da qual se desenvolvem formas de **aprendizado e intercâmbio**, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma *ultima ratio* jurídica.⁴⁵ (grifo nosso).

Fica patente a defesa, por parte do autor, da necessidade de o problema da coexistência de ordens jurídicas distintas que oferecem respostas diversas para um mesmo problema constitucional (uma definição simples de transconstitucionalismo) ser solucionado a partir da observação das soluções dadas por cada Juiz, Tribunal, Corte, ou órgão de natureza privada. Qualquer posição de “autismo constitucional”, expressão utilizada pelo autor em mais de uma passagem do livro, implicará em prejuízo para o diálogo saudável e construtivo. O aprendizado e intercâmbio de ideias e culturas, ao invés de pernicioso, é saudável e enriquece a própria cultura jurídica do país que admite esse diálogo.

Destarte, segundo o autor, não se pode falar, repita-se, em soluções unilaterais para problemas constitucionais comuns. Ao invés de hierarquia e verticalidade, o autor sugere diálogo e aprendizado recíprocos, com vistas à solução mais adequada e racional para o problema.

⁴⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 117.

Citando exemplos de possíveis formas de manifestação do fenômeno em estudo e os níveis em que pode ocorrer, o autor diz o seguinte:

Nesse sentido, fala-se de ‘conversação’ ou ‘diálogo’ entre cortes, que podem se desenvolver em vários níveis: por exemplo, entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (supranacional) e os tribunais dos Estados-membros, entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (internacional) e as cortes nacionais ou o TJCE, entre cortes nacionais etc. Essa ‘conversação’ (que constitui, a rigor, comunicações transversais perpassando fronteiras entre ordens jurídicas) não deve levar a uma ideia de cooperação permanente entre ordens jurídicas, pois são frequentes os conflitos entre perspectivas judiciais diversas. No limiar, toda ‘conversação’ entre cortes carrega em si o potencial de disputa. **O problema é como solucionar essas disputas sem a imposição *top down* na relação entre ordens.**⁴⁶ (grifo nosso)

É possível começar a ter uma ideia prática de como se dá o fenômeno em estudo (transconstitucionalismo). Imagine-se a situação em que o Tribunal Constitucional alemão decide que, no caso *sub judice*, não houve violação ao direito à intimidade da autora da ação. Inconformada com o acórdão, a parte vencida propõe um recurso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), terminando este por reformar a decisão do Tribunal Constitucional alemão. Qual decisão prevalecerá? No caso, como se dará a indenização civil, já que o Tribunal nacional pode vir a se recusar a cumprir a decisão que exonera o réu de arcar com valor pecuniário a título de danos morais?

Como explicitado no trecho transcrito acima, é inevitável que existam impasses, conflitos, e atritos, mas, em algum momento, é preciso chegar a uma solução para o impasse, não havendo outro caminho, segundo o autor, a não ser o diálogo entre os Juízes e Tribunais envolvidos.

Cunha Júnior assim explica o conceito de transconstitucionalismo, procurando esclarecer algumas confusões que vem sendo feitas sobre o assunto:

O Direito Constitucional, portanto, afasta-se de sua base originária, que sempre foi o Estado, para se dedicar às questões transconstitucionais, que são aquelas, segundo Neves, que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas e que podem envolver tribunais estatais, internacionais,

⁴⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 117-118.

supranacionais e transnacionais (arbitrais) na busca de sua solução. Nesse sentido, o Direito Constitucional ultrapassa as fronteiras dos Estados respectivos e torna-se diretamente relevante para outras ordens jurídicas estatais e até não estatais. Desse modo, é inevitável o fenômeno da *globalização do Direito Constitucional*, que não propugna uma Constituição global ou internacional, mas propõe uma globalização do *Direito Constitucional doméstico*.⁴⁷ (grifo nosso)

De fato, é comum a confusão que se faz com esse fenômeno, chegando alguns a afirmarem se tratar da proposta de uma Constituição global. Não é, de forma alguma, a proposta defendida por Neves.

Explicado o que é transconstitucionalismo, cabe aqui esclarecer confusões que são feitas acerca da expressão e seu conceito, explicando e, ao mesmo tempo, afastando eventuais equívocos que venham a ser cometidos. Isso propicia uma compreensão mais clara do tema.

Primeiramente, cumpre pontuar que transconstitucionalismo nada tem a ver com a defesa de uma "Constituição global", ou seja, a necessidade de criação de uma Constituição que valha para todos os povos e seja superior às Constituições dos respectivos Estados signatários, conforme Cunha Júnior adverte na passagem transcrita. A história e o direito registram tentativas de criação de documentos dotados de validade universal, como é o caso da Declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789) e da Declaração universal dos direitos do homem (1948). Não se pode afirmar que esses documentos se tratam de "Constituições globais", mas talvez o embrião desse desejo. O projeto e o discurso do transconstitucionalismo não se confunde com esse ideal, buscando um diálogo entre diferentes sistemas para o aperfeiçoamento e aprendizado recíprocos, não a uniformização de um sistema jurídico para todos os povos.

Se nada tem a ver com a defesa de uma Constituição global, o transconstitucionalismo também nada tem a ver com a defesa de uma Constituição supranacional, ou seja, a um texto que represente as principais normas e valores de um determinado conjunto de países. A União Europeia, que se estrutura politicamente como uma confederação e é o único exemplo hoje de organização supranacional, apesar de seus países terem laços históricos e culturais muito próximos, ainda não conseguiu criar uma Constituição própria. A propósito, os

⁴⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 43-44.

problemas e dificuldades para a criação de uma Constituição para a Europa são bem explicados por Dieter Grimm em sua obra "Constituição e Política".⁴⁸ Pois bem, esse projeto de criação de Constituições supranacionais, como seria o caso de uma ainda sonhada Constituição Europeia também não se confunde com o projeto e o discurso do transconstitucionalismo.

Em verdade, a criação de uma Constituição nos moldes descritos no parágrafo anterior recebe doutrinariamente um termo próprio, que vem a ser "interconstitucionalismo". A palavra "inter" é bem adequada para fazer parte da expressão, já que significa integração, reunião, expressando bem a ideia de que haveria uma Constituição que integrasse e reunisse alguns Estados em torno de tal documento.

Transconstitucionalismo também não significa a imposição da ordem constitucional de um país sobre a ordem constitucional de outro país. Aliás, isso é contrário ao que propugna, vez que, no transconstitucionalismo, se preza pelo diálogo entre ordens jurídicas distintas, nunca a imposição de uma sobre a outra.

A imposição da ordem constitucional de um país sobre a ordem constitucional de outro país representaria, na prática, "colonização". Não há outro termo para representar esse fenômeno. Isso ocorria num cenário pré-independência, em que havia, de um lado, uma metrópole, e, de outro, uma colônia. A colônia tinha como norma jurídica superior a Constituição da metrópole. Nesse contexto, a ordem constitucional da metrópole era imposta à colônia, sendo um dos elementos de dominação e poder. Não há espaço algum para esse cenário hoje.

Os países antes dominados por Portugal (Brasil) e Espanha (todos os demais países da América Latina) conquistaram sua independência no século XIX, exceção foi o México que a conquistou somente no início do século XX. Igualmente os países africanos conseguiram sua independência ao longo do século XX.

Hoje, encerrados os movimentos de libertação, predomina a total soberania dos povos, o que implica em reconhecer o direito à auto-determinação, cabendo a cada povo, em seu Estado, construir a sociedade nos moldes que desejar. Qualquer imposição de ordem constitucional de um país sobre a ordem constitucional de outro país representa retrocesso porque implica em retorno a cenário existente em contexto de colonização. Não obstante nada ter a ver com transconstitucionalismo,

⁴⁸ GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 229-236.

trata-se de fenômeno contrário ao Direito Internacional e ao atual estágio civilizatório.

O termo "trans", presente na expressão, pode sugerir a modificação do sentido de uma norma constitucional em decorrência do passar do tempo e das mudanças sociais, políticas, econômicas, culturais, e comportamentais ocorridas numa determinada sociedade. Nessa linha, o termo "trans" estaria associado a transformação. Isso não é transconstitucionalismo. Esse fenômeno chama-se "mutação constitucional", não sendo "transconstitucionalismo" um sinônimo.

Cumprе afastar, também, qualquer confusão que se faça entre transconstitucionalismo e o Direito Internacional. Não se trata de um nome novo para o Direito Internacional. O termo "trans", por sugerir uma superação de fronteiras, poderia conduzir o leitor a acreditar que o transconstitucionalismo seria o mesmo que Direito Internacional, ou, ainda, que seria o estudo de aspectos constitucionais dos tratados internacionais, tais como a incorporação, hierarquia normativa, e aplicação do mesmo no âmbito doméstico. Como ficará claro mais adiante, ainda neste Capítulo, o transconstitucionalismo pode surgir, inclusive, a partir de ordens jurídicas não estatais. Portanto, não se trata de Direito Internacional.

Por fim, cumprе explicitar que transconstitucionalismo não é exercício de comparação da legislação pátria com a legislação de outros países com o objetivo de aferir como outros países tratam determinado tema. Se, num estudo sobre a legislação brasileira em relação ao uso e tráfico de drogas, o pesquisador ou o próprio legislador resolve analisar a legislação de outros países sobre o tema, aí se está diante de Direito comparado.

O transconstitucionalismo não se dedica ao estudo da legislação de outras ordens jurídicas, mas às decisões emanadas de órgãos jurisdicionais pertencentes a ordens jurídicas distintas a fim de incorporar tais decisões à solução de conflitos existentes em seu país, em sua ordem jurídica. Em algumas situações, como nos casos de transconstitucionalismo entre direito estatal e direito regional, transconstitucionalismo entre direito estatal e direito supranacional, e transconstitucionalismo entre ordem direito estatal e direito internacional, conforme defendemos neste trabalho e será exposto no tópico 4.3, há, inclusive, uma vinculação da ordem jurídica estatal à decisão emanada do Tribunal regional, supranacional, ou internacional. Eventual não vinculação implica em descumprimento do tratado firmado entre os países signatários, o que se caracteriza

como ilícito internacional. Essa vinculatividade não existe no exercício do Direito comparado. Neste, há uma simples análise de como outro país regula o tema.

Em resumo das considerações tecidas neste tópico a fim de evitar confusões conceituais, transconstitucionalismo nada tem a ver com a defesa de uma Constituição global, a defesa de uma Constituição supranacional, a imposição da ordem constitucional de um país sobre a ordem constitucional de outro país, com o fenômeno da mutação constitucional, com a disciplina Direito Internacional, ou com Direito comparado.

4.2 ESPÉCIES DE TRANSCONSTITUCIONALISMO

Cumprido esclarecer o significado e a diferença entre expressões que aparecem na definição de transconstitucionalismo, sob pena de ser feita confusão conceitual quando o interessado no assunto for analisar as diferentes formas de transconstitucionalismo. Abaixo, o autor prossegue conceituando e delimitando o fenômeno:

Assim, um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco. No que diz respeito às ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, que envolvem sobretudo atores privados e quase públicos, é indiscutível que problemas de direitos fundamentais ou de direitos humanos surgem perante elas. [...] ⁴⁹ (grifo nosso)

A par do conceito de transconstitucionalismo, o que mais interessa agora é diferenciar as distintas ordens jurídicas, especificando o espaço de incidência de cada uma. São elas: estatal, local, regional, supranacional internacional, e transnacional.

Ordem jurídica estatal significa uma ordem jurídica vinculada ao Estado, que emerge dos seus órgãos de poder, sobretudo do Legislativo, podendo ser composta por legislação e jurisprudência, a depender, obviamente, da importância que aquele sistema jurídico confira à jurisprudência. Cada Estado

⁴⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 121

possui sua Constituição e um conjunto de leis que regem a vida em sociedade e indica as escolhas daquela sociedade em relação aos direitos e deveres de todos. Desse modo, pode-se falar em um direito brasileiro, argentino, chileno, americano, italiano etc. Cada uma dessas manifestações origina um direito estatal, ou seja, inerente àquele Estado e válido no seu território. A ordem jurídica estatal também pode ser chamada de direito estatal.

Ordem jurídica local pode ser entendida como o conjunto de normas que vigoram em determinada microparcela do Estado, em determinado fragmento do Estado, podendo ser compreendido como o conjunto de práticas de determinadas comunidades relativamente autônomas em relação à maior parcela da sociedade, sendo bons exemplos as comunidades indígenas e quilombolas (comunidades integradas por descendentes de escravos). Essas comunidades vivem sob a égide de códigos de conduta diferentes da ordem estatal, da oficialidade, sendo necessário o respeito a fatores antropológicos e culturais que compõem essas comunidades. A ordem jurídica local também pode ser chamada de direito local.

Ordem jurídica regional se trata de sistema jurídico desenvolvido para ter validade entre um conjunto específico de Estados localizados em uma região do globo terrestre, daí o termo "regional". É um sistema formado entre países vizinhos ou muito próximos entre si. A proximidade geográfica entre os países gera questões comuns em diversas áreas: direitos humanos, comércio, trânsito de pessoas, meio ambiente etc. Cria-se a necessidade de regulação desses temas, dando origem a um sistema jurídico aplicável ao conjunto desses países.

Não é necessário que todos os países façam fronteira entre si, podendo, inclusive, nenhum deles fazer fronteira entre si. A mera proximidade dos países e o fato de estarem situados em uma mesma área específica do globo terrestre é suficiente. São exemplos de ordem jurídica regional o conjunto das regras atinentes ao Mercosul (Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai, e Venezuela), o conjunto das regras da Comunidade Andina (Bolívia, Colômbia, Equador, e Peru), o chamado Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que conta com a adesão de diversos países da América e visa à proteção dos direitos humanos, dentre outros sistemas existentes. A ordem jurídica regional também pode ser chamada de direito regional.

Ordem jurídica supranacional se trata de sistema jurídico que transcende os limites de um determinado Estado, assim como a ordem internacional. Mas,

difere da última pelo aspecto de que as decisões emanadas dos órgãos integrantes dessa ordem jurídica “vinculam diretamente os cidadãos e órgãos dos Estados-membros, sendo paradigmática a União Europeia”.⁵⁰ Diferentemente da ordem internacional, há um conjunto de medidas tendentes a não só enfrentar objetivos que interessam a todos os países envolvidos em determinado assunto estratégico, mas o nível de interação entre os países chega a ponto de serem estabelecidas medidas tendentes a formar um bloco político, jurídico e econômico extremamente coesos. Na União Europeia, há, por exemplo, uma Presidência, um Parlamento, um Tribunal de Justiça, e uma moeda única, o Euro. A ordem jurídica supranacional também pode ser chamada de direito supranacional.

Ordem jurídica internacional se trata de sistema jurídico que transcende o plano de um Estado. Pressupõe a existência de um acordo entre Estados, ou seja, entre uma pluralidade de Estados. Exemplos de ordem internacional, para facilitar a compreensão do termo, são os tratados e convenções internacionais. Esses documentos, longe de terem conteúdo meramente declaratório ou simbólico, contêm normas jurídicas obrigatórias para os Estados que o assinam, sendo ilícito internacional o descumprimento dos termos desses pactos. O Direito Internacional Público e Privado dedicam-se a estudar a ordem internacional. A ordem jurídica internacional também pode ser chamada de direito internacional.

Ordem jurídica transnacional é aquela que está desvinculada da ideia de Estado. Trata-se do conjunto de normas dos agentes privados ou “quase-públicos”, como as entidades esportivas, ONG’s etc. Trata-se de normas internas com pretensão de validade externa, inclusive em face dos Estados. Não como uma afronta aos Estados, mas como forma de preservação da autonomia dessas entidades que têm dinâmica e regras próprias. A ordem jurídica transnacional também pode ser chamada de direito transnacional.

Uma vez conhecidos esses conceitos, é possível compreender como se manifestam as diversas formas de transconstitucionalismo. Sim, não há somente uma forma de manifestação do fenômeno em estudo. Há diversas hipóteses de incidência, sendo possível a ocorrência de discussão de uma mesma questão constitucional em dois, três, quatro, ou, até mesmo, em todos os níveis de ordens jurídicas acima explicadas.

⁵⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 84.

Serão explicadas e analisadas cinco diferentes formas de interação entre ordens jurídicas distintas, portanto, em diferentes níveis, da seguinte forma:

- a) Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais;
- b) Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito local;
- c) Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito regional;
- d) Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito supranacional;
- e) Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e transnacionais.

Ressalte-se que esse rol não é exaustivo, sendo que foram trazidas as principais formas de manifestação do transconstitucionalismo. Como dito, pode haver a discussão de uma mesma questão constitucional não só entre duas ordens jurídicas, mas, entre duas, três, quatro, ou, até mesmo, em todas as esferas simultaneamente, o que parece ser mais difícil e incomum de ocorrer, mas não é impossível.

Faz-se mister ressaltar que a convergência ou divergência de posicionamento entre duas ou mais ordens jurídicas não é condição necessária para se caracterizar a existência de transconstitucionalismo. O simples fato de uma mesma questão constitucional ser examinada por duas ou mais ordens jurídicas, sucessivamente ou simultaneamente, já caracteriza a existência do fenômeno em análise. Destarte, sendo convergentes ou divergentes os posicionamentos adotados pelas distintas ordens jurídicas, há transconstitucionalismo.

Logo a seguir será feita uma análise breve sobre as cinco formas de manifestação do transconstitucionalismo acima elencadas, evidenciando como se desenvolve e apresentando um exemplo de caso prático de entrelaçamento entre as ordens jurídicas indicadas. São vários os exemplos de casos práticos que poderiam ser indicados para cada espécie, mas, como o foco deste trabalho é exibir o transconstitucionalismo em casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, relacionados no Capítulo 5, a referência a um caso prático para cada espécie já é suficiente.

4.2.1 Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais

Tem sido cada vez mais comum o intercâmbio entre decisões emanadas de diferentes Estados e o aproveitamento recíproco destas decisões, sobretudo

entre Tribunais de cúpula. Se antes da evolução dos meios de comunicação, fato estudado no item 3.3, havia uma grande demora para as informações trafegarem entre países, levando dias e meses, hoje a abertura de um site de notícias pela internet permite acesso à informação sobre o que está ocorrendo em todo o mundo, e isso em tempo real.

Advogados, Juízes, e Promotores podem hoje, em questão de segundos, ter acesso às decisões mais recentes dos principais Tribunais de diversos países, bastando, para tanto, ter à disposição algum aparelho com acesso à internet (celular, tablet, ou computador). Essa facilidade de acesso às decisões de Tribunais estrangeiros permitiu que estes profissionais do Direito procurassem embasar suas teses e entendimentos com fulcro em decisões adotadas nesses outros Tribunais, servindo como um instrumento de reforço de tese e, ao mesmo tempo, de aperfeiçoamento e evolução do direito doméstico.

O contato de um povo com outros povos permite um rico aprendizado recíproco. É assim também com o Direito, em que o conhecimento da legislação, da doutrina, da jurisprudência, da forma de administração da justiça e organização dos serviços judiciários de outros países, propicia sua evolução. Nesse espeque, a compreensão judicial de determinadas questões constitucionais desenvolvidas por Tribunais estrangeiros permite uma comparação com a compreensão judicial desenvolvida internamente ou um possível "norte" a seguir quando ainda não houve debate sobre o tema *sub judice*. Esse contato pode, até mesmo, em alguns casos, proporcionar uma quebra de paradigmas no plano interno, o que permite o acompanhamento de posicionamentos jurídicos inovadores e exitosos já adotados em outros países.

Essa forma de manifestação do transconstitucionalismo é das mais constatáveis empiricamente, inclusive nos julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, tornando mais fácil e acessível ao leitor a compreensão do assunto.

Neves assim descreve essa espécie de manifestação do transconstitucionalismo:

Entre cortes de diversos Estados vem se desenvolvendo, de maneira cada vez mais frequente, uma ‘conversação’ constitucional mediante referências recíprocas a decisões de Tribunais de outros Estados. Além do fato de que as ideias constitucionais migram mediante legislação e doutrina de uma ordem jurídica para a outra, há um entrecruzamento de problemas que exigem um diálogo constitucional no nível

jurisdicional, sobretudo através do desenvolvimento de tribunais constitucionais ou cortes supremas. [...]⁵¹ (grifo nosso)

Os problemas que antes eram resolvidos no plano doméstico sem o conhecimento de como decidiam e pensavam os outros povos, passaram a contar com o subsídio das soluções alienígenas. A expressão “subsídio” vem a calhar porque não se está falando em “transplante” de decisão, ou seja, de utilização automática da decisão estrangeira que serve de referência.

Há, cada vez mais, uma aproximação e entrelaçamento entre as nações, sendo constante o diálogo entre os problemas em comum. Esse diálogo não se dá somente nos níveis de Governo, entre Chefes de Estado através de política internacional, mas, também, como apontado por Neves, entre Judiciários.

A discussão constitucional é aberta e pauta-se por discussões relacionadas a questões universais como direito à vida, liberdade, igualdade, dignidade humana etc. Tal abertura principiológica do texto constitucional confere ao Juiz constitucional a liberdade, e, às vezes, a necessidade de recorrer a outros sistemas normativos para explicar como deve ser compreendido, por exemplo, o conteúdo desses valores consagrados constitucionalmente.

Ademais, tais questões, que carregam em si uma carga axiológica muito grande, são, inevitavelmente, discutidas, também, em outros países, posto que afligem o ser humano em qualquer ponto do globo terrestre onde esteja. Prossiga-se o tema em voga com as seguintes palavras do autor:

[...] Não se trata simplesmente de constatar que as decisões tomadas no âmbito de uma ordem estatal influenciam outras ordens estatais e têm efeitos sobre os cidadãos de outros Estados. Tampouco a questão se refere simplesmente a um ‘transjudicialismo’, como forma de referências recíprocas entre decisões de tribunais de Estados diversos. Mais do que isso, o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas importa que, em casos tipicamente constitucionais, as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de um determinado Estado não só como *obiter dicta*, mas como elementos construtores da *ratio decidendi*. [...]⁵² (grifo nosso)

⁵¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 167.

⁵² *Ibid.*, p. 167.

Apreende-se da leitura do trecho transcrito acima que a manifestação de transconstitucionalismo não se limita à mera influência ou estímulo à busca de um novo entendimento de determinada norma constitucional com base no que decidiu outra Corte Constitucional. Está-se a falar de algo mais concreto ainda, da utilização de decisões de outras Cortes Constitucionais para corroborar o entendimento do Magistrado acerca da *vexata quaestio* ou, de forma mais profunda ainda, como base para a construção da própria decisão.

Um exemplo de caso prático em que se vislumbra essa espécie de transconstitucionalismo é o julgamento do caso *State X Makwanyane*. Tratou-se de caso em que a Suprema Corte da África do Sul foi instada a se posicionar sobre a constitucionalidade da previsão de pena de morte no ordenamento jurídico daquele país.

A Suprema Corte veio a declarar inconstitucional a pena de morte e recorreu, na oportunidade, a decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), da Suprema Corte dos Estados Unidos, da Suprema Corte do Canadá, do Tribunal Constitucional alemão, da Suprema Corte indiana, do Tribunal Constitucional húngaro, do Tribunal de Apelação da Tanzânia, além de julgamentos de duas Cortes de Estados-membros dos Estados Unidos, a Corte da Califórnia e a de Massachusetts.⁵³

No exemplo supramencionado, sem dúvida, está-se diante de uma manifestação de transconstitucionalismo, havendo uma ordem jurídica estatal (Suprema Corte da África do Sul) valendo-se de decisões de outras ordens jurídicas estatais, o que autoriza afirmar que se está diante de transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais.

4.2.2 Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito local

É inegável que, embora exista no interior de um Estado, uma maior parcela do povo que aceita e se sujeita às regras traçadas pela Constituição e legislação infraconstitucional, entendendo como uma necessidade que permite a convivência estável da coletividade, proliferam grupos antropológico-culturais que não se sujeitam ao direito oficial, sendo estes possuidores de um conjunto de

⁵³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 172.

regras próprios. Seus membros estão sujeitos a esse código particular, e não ao direito oficial.

Para situar essa realidade na América, não custa lembrar que as comunidades indígenas têm características antropológico-culturais totalmente diversas do europeu que veio colonizar e explorar este continente. É sabido que as comunidades indígenas habitavam a Europa séculos antes da chegada de ingleses, portugueses e espanhóis, sendo que esse convívio, salvo em determinadas localidades e em determinados momentos, foi repleto de tensões e uso da força.

Muitas das comunidades indígenas foram dizimadas durante a colonização das Américas. Após a independência das antigas colônias, as comunidades sobreviventes procuraram preservar suas terras, hábitos, e culturas. Nesse contexto, a exigência de seguimento de um código de condutas próprio pelos membros de tribos indígenas, longe de representar uma tentativa de destruir o Estado e o direito oficial, caracteriza-se como uma forma de preservação da identidade cultural desses povos. A única coisa que eles querem é o respeito a esta identidade, que é diversa da europeia.

Esse código de condutas próprio das tribos indígenas dá origem a uma ordem local extraestatal. Registre-se que o exemplo das tribos indígenas é característico e visível na América, podendo ser utilizado o mesmo raciocínio e construção teórica para outras comunidades que vivem no interior de determinado Estado e não se sujeitam ao direito oficial, como uma forma de preservação de identidade antropológico-cultural.

Importante não confundir a realidade acima descrita com a da formação de um conjunto de regras próprias para valerem em uma comunidade em virtude da condição de pobreza e marginalização da sociedade. Moradores de um conjunto de favelas ou de habitações muito simples, em qualquer lugar do mundo, costumam formar uma espécie de "direito paralelo" a fim de dirimir os conflitos existentes entre eles, como, por exemplo, posse sobre a casa, desentendimentos entre vizinhos, uso da água disponível, dentre outras questões. Esse "direito paralelo" pode até coincidir, em alguns casos, com o direito estatal, mas não há um alinhamento constante.

A condição sócio-econômico frágil e diferenciada em relação à parte "asfaltada e civilizada" da cidade faz com que os moradores dessas localidades

criem um direito adequado aos seus problemas cotidianos. Na prática, o direito estatal não lhes serve. Esse fato é bem descrito por Boaventura de Souza Santos, na obra "O discurso e o poder", fruto de uma pesquisa de campo por ele realizada em um conjunto de favelas no Rio de Janeiro.⁵⁴

Nada tem a ver com a realidade de comunidades indígenas e com o fenômeno descrito no parágrafo anterior. O primeiro é fruto de uma afirmação de identidade cultural, não raro já construída em momento anterior à própria formação do Estado, enquanto que o segundo é fruto de uma conjuntura econômica onde predomina a concentração de renda, a falta de oportunidades iguais a todos, e a falta de assistência do Estado com os serviços que a Constituição o obriga a realizar, tais como saúde, educação, moradia, e emprego.

Em outros termos, pode-se dizer que, no primeiro caso, há uma exclusão intencional da parte "civilizada" da cidade, enquanto que, no segundo caso, há uma exclusão provocada da parte dita civilizada da sociedade.

Afastadas eventuais confusões que pudessem surgir em relação ao que se enquadra no conceito de "ordem local extraestatal", confira-se como Neves descreve essa espécie de manifestação do transconstitucionalismo:

Um outro lado do transconstitucionalismo aponta para a **relação problemática entre as ordens jurídicas estatais e as ordens extraestatais de coletividades nativas, cujos pressupostos antropológico-culturais não se compatibilizam com o modelo de constitucionalismo do estado.** [...] ⁵⁵ (grifo nosso)

A potencial tensão entre direito estatal e direito local em questões eminentemente constitucionais abre margem a um entrelaçamento entre ordens jurídicas distintas, pré-requisito característico do transconstitucionalismo. Prossegue o autor:

[...] Nesse contexto, há um paradoxo do transconstitucionalismo, pois ele se envolve em conversações constitucionais com ordens normativas que estão à margem do próprio constitucionalismo. Mas **essa situação é resultante da necessidade intrínseca ao transconstitucionalismo de não excluir o desenvolvimento de institutos alternativos que possibilitem um diálogo**

⁵⁴ SANTOS, Boaventura. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 2008.

⁵⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 216

construtivo com essas ordens dos antropológico-culturalmente "diferentes", baseadas milenarmente no território do respectivo Estado. [...]⁵⁶ (grifo nosso)

A citação do trecho acima corrobora a constatação que se defende: a existência de discussão, em nível estatal e local extraestatal, de uma mesma questão constitucional. Esse fenômeno é chamado por Neves de transconstitucionalismo entre direito estatal e direito local.

Um exemplo de caso prático em que se vislumbra essa espécie de transconstitucionalismo é o julgamento da Ação Civil Pública nº 2004.31.00.700374-6, que tramitou na Justiça Federal mais especificamente na Seção Judiciária do Estado do Amapá, tendo sido ajuizada pelo Ministério Público Federal, em que três índias ratearam pensão por morte e saldos de FGTS do segurado falecido.⁵⁷

Naquele caso, estava-se diante da seguinte situação: a comunidade indígena da qual pertencia o falecido permitia a poligamia, sendo que ele vivia com três índias daquela mesma comunidade como suas "esposas". O direito estatal (no caso, o direito brasileiro) estabelece um modelo monogâmico de sociedade conjugal (art. 226, Constituição Federal), considerando crime a bigamia (art. 236, Código Penal).

Para solucionar o caso e procurar adequar o direito estatal com o direito local extraestatal, foi firmado um acordo em que as três índias viúvas dividiriam igualmente o valor total da pensão por morte e, também, o saldo do FGTS.

Nesse caso, o Judiciário homologou um acordo em que, simultaneamente, se respeitou um princípio da Constituição brasileira (isonomia, no caso específico com os demais segurados, impedindo que cada viúva recebesse uma pensão integral) com uma regra daquela comunidade indígena (admissibilidade da poligamia). O rateamento da pensão, solução final, além de estar em consonância com o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), evitou, inclusive, um impacto orçamentário forte à Previdência Social.

No exemplo supramencionado, sem dúvida, está-se diante de uma manifestação de transconstitucionalismo, havendo uma ordem jurídica estatal, de

⁵⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 217.

⁵⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Ação Civil Pública n. 2004.31.00.700374-6. Rateamento pensão por morte e saldo de FGTS do segurado falecido, do Juizado Especial Federal da seção judiciária do estado do Amapá. Partes envolvidas: Masaupé Waiãpi, Ana Waiãpi e Sororo Waiãpi.

um lado, e uma ordem jurídica local extraestatal, de outro, o que autoriza afirmar que se está diante de transconstitucionalismo entre direito estatal e direito local. Diante de uma mesma questão constitucional, modelo de sociedade conjugal, haviam duas ordens jurídicas distintas reivindicando autonomia, a estatal (direito brasileiro) e a local extraestatal (conjunto de regras próprias da comunidade indígena).

4.2.3 Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito regional

Tem sido cada vez mais comum o fenômeno de existência de uma mesma questão constitucional ser objeto de discussão no âmbito do direito estatal e, também, no âmbito do direito regional. Ao direito de cada Estado acrescentou-se um outro direito, o direito regional, materializado através de tratados internacionais de âmbito regional. Uma vez assinado pelo Chefe de Estado de cada país e ratificado no plano interno, esse "segundo" direito torna-se válido e exigível por parte de qualquer cidadão que habite um dos países signatários.

O fluxo de pessoas, informações, mercadorias, e relações em geral entre países vizinhos enseja a ocorrência de problemas em comum, tornando inexorável a criação de órgãos dotados de jurisdição para dirimir tais conflitos. A existência crescente de discussão, em nível estatal e regional, de uma mesma questão constitucional, enseja a existência de transconstitucionalismo entre direito estatal e direito regional.

Um exemplo de caso prático em que se vislumbra essa espécie de transconstitucionalismo é o julgamento do caso *Yatama X Nicarágua*. Na Nicarágua, membros da comunidade indígena, filiados ao partido Yatama, foram impedidos de candidatar-se à eleição municipal de 05 de novembro de 2000 por decisão do Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua.

Inconformados com a decisão deste Conselho, os indígenas prejudicados com o *decisum* propuseram demanda junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Esta Corte não só condenou o Estado da Nicarágua em arcar com danos materiais e morais, como também determinou uma reforma na legislação eleitoral, a fim de que membros das comunidades indígenas pudessem exercer cidadania ativa e passiva e, assim, integrar-se, de forma mais efetiva, com a sociedade daquele país, ao invés de ficarem à margem.

No exemplo supramencionado, sem dúvida, está-se diante de uma manifestação de transconstitucionalismo, havendo provocação e posicionamento de uma ordem estatal e de uma ordem regional, o que autoriza afirmar que se está diante de transconstitucionalismo entre direito estatal e direito regional. Diante de uma mesma questão constitucional, houveram decisões de ordens jurídicas distintas, a estatal (Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua) e a regional (Corte IDH).

4.2.4 Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito supranacional

Os países podem, em conjunto, formar blocos econômicos, como é o caso do Mercosul, blocos de cunho militar, como é o caso dos países que integram a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), ou blocos com outras características. Em regra, um tratado internacional sela essa união, estabelecendo quais países são integrantes, as condições que cada país deve obedecer, bem como as regras para adesão de novos membros. A formação desses blocos pode ter um caráter permanente ou temporário, com um objetivo limitado e específico, sem maiores pretensões de perdurar após o encerramento de uma ou algumas metas.

Quando países se juntam através de um tratado que cria órgãos dotados de competência legislativa, administrativa, e judiciária com repercussão direta na vida cotidiana de todos os cidadãos desses países, está-se diante de uma supranacionalidade.⁵⁸ Trata-se de um nível de interação social, política, jurídica e econômica muito mais intenso do que aquele presente nos blocos mencionados no parágrafo anterior.

Hoje, pode-se dizer que somente a União Europeia, com seus 30 integrantes, possui essa configuração, podendo ser considerado um bloco supranacional. Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha, Inglaterra, dentre outros, juntaram-se para construir uma nacionalidade maior do que aquela adquirida por seus cidadãos internamente, forjando uma "nacionalidade europeia".

⁵⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.152.

Para tornar viável essa união e transformá-la em realidade, foram criados órgãos como o Parlamento Europeu e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE). O primeiro cria leis com validade para todos os países-membros da União Europeia. O segundo corresponde a um Tribunal responsável pela resolução de contendas entre os países-membros, entre cidadãos dos países-membros, ou entre empresas localizadas neles. Destarte, a legislação e a jurisdição interna (estatal) convivem, paralelamente, com a legislação e a jurisdição externa (supranacional).

Neves assim descreve essa espécie de manifestação do transconstitucionalismo:

[...] A questão que se põe no âmbito do transconstitucionalismo é a da relação entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica dos Estados-membros, sobretudo, porém, a conexão entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) e as cortes constitucionais ou supremos tribunais estatais com funções constitucionais, vinculados a tradições jurídicas fortemente consolidadas e diversas umas das outras.⁵⁹ (grifo nosso).

A citação do trecho acima evidencia a existência, no âmbito da União Europeia, de duas jurisdições paralelas, uma em nível estatal e outra em nível supranacional, com a possibilidade de uma mesma questão constitucional ser discutida em ambos os níveis. Esse fenômeno é chamado por Neves de transconstitucionalismo entre direito estatal e direito supranacional. Como já explicado, somente a União Europeia pode ser considerada um bloco supranacional, não se podendo, por óbvio, falar-se de direito supranacional fora desse bloco. Logo, somente no âmbito da União Europeia é que se constata essa espécie de transconstitucionalismo.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) atua como uma espécie de "maestro" de uma grande orquestra, procurando harmonizar o ordenamento jurídico e decisões judiciais de cada país-membro ao direito supranacional.

⁵⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 134.

4.2.5 Transconstitucionalismo entre direito estatal e direito transnacional

Em regra, é o Estado, através do Poder Legislativo, que edita normas de conduta, com caráter geral e abstrato, determinando aos indivíduos que ajam ou deixem agir de determinada forma. Ocorre que, numa sociedade multicêntrica, conceito explicado no item 2.1, proliferam organizações dotadas de códigos próprios e que, embora não desconsiderem a importância do Estado e da ordem jurídica estatal, reivindicam relativa autonomia.

Está-se falando das organizações privadas e "quase-públicas", que desenvolvem uma ordem jurídica transnacional. Diz-se ordem jurídica "transnacional" porque esta não se limita às fronteiras de um Estado, tendo validade em qualquer lugar do globo terrestre em que aquela atividade humana esteja sendo praticada.

Essas organizações privadas e quase-públicas são uma realidade nos países democráticos, já que, nesse regime de governo, o Estado não controla tudo nem tem essa pretensão, permitindo aos indivíduos a construção de esferas sociais relativamente autônomas, estando desvinculadas da ideia de Estado.

Neves assim descreve essa espécie de manifestação do transconstitucionalismo:

Uma das dimensões mais instigantes do transconstitucionalismo refere-se ao **relacionamento das ordens jurídicas estatais com ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, ou seja, com ordens normativas que são construídas primariamente não por Estados ou a partir de Estados, mas sim por atores ou organizações privados ou quase públicos**. Negar-lhes o caráter de ordens jurídicas com pretensão de autonomia não parece mais ser sustentável.⁶⁰ (grifo nosso).

São exemplos dessas organizações privadas ONG's, como o Greenpeace e "Médicos sem fronteiras". Outro exemplo dessas organizações privadas são as entidades esportivas, como a FIFA (futebol) e a FIA (automobilismo). São exemplos das chamadas organizações quase públicas órgãos criados pelos Estados para atender a uma necessidade específica da comunidade internacional, como a OMC, o Banco Mundial, e o FMI.

⁶⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 186.

Fundações e empresas privadas atuantes em cada país, que, assim como as entidades acima citadas, têm personalidade jurídica de direito privado, não se enquadram nessa dinâmica que aqui se explica, vez que se tratam de figuras jurídicas reguladas pelo direito estatal. As entidades citadas no parágrafo anterior são pessoas jurídicas de direito privado *sui generis*, muitas delas desempenhando uma atividade tipicamente estatal, substituindo, não raro, uma lacuna deixada pelo Estado na sociedade, como é o caso das ONG's, ou de fomento e auxílio financeiro aos Estados, como é o caso do Banco Mundial e do FMI.

Prossegue o autor:

Essas ordens, que não se restringem à dimensão econômica (embora essa se apresente como a dimensão mais relevante do transnacionalismo jurídico), **não permanecem isoladas, entrando em relação de colisão ou de cooperação com outras ordens jurídicas, inclusive com a ordem jurídica estatal. Nesse contexto, também surge o problema do transconstitucionalismo, quando questões constitucionais, a saber, casos concernentes a direitos fundamentais ou à organização básica do poder, levam ao entrelaçamento das ordens e dos respectivos tribunais. [...]**⁶¹ (grifo nosso).

A citação do trecho acima corrobora a constatação que se defende: a existência crescente de discussão, em nível estatal e transnacional, de uma mesma questão constitucional. Esse fenômeno é chamado por Neves de transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e transnacionais.

Um exemplo de caso prático em que se vislumbra essa espécie de transconstitucionalismo é o caso julgado pelo Tribunal Arbitral do Esporte (TAS) em 19 de janeiro de 2007. Um jogador de futebol de nacionalidade paraguaia e italiana firmara contrato com o clube espanhol Real Valladolid, devendo atuar neste clube de 1º de janeiro de 2005 a 30 de junho de 2010. Ocorre que o jogador não se apresentou ao clube e descumpriu com o contrato, tendo, em janeiro de 2005, sido transferido do clube paraguaio Cerro Porteño, onde jogava, para o clube espanhol Almeria.

O clube espanhol Real Valladolid, lesado com a quebra de contrato, ingressa na FIFA pedindo indenização em virtude do descumprimento do contrato

⁶¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 188.

pelo jogador. Obtém vitória junto à Câmara de Resolução de Litígios da FIFA, e, também, outra vitória em sede de julgamento de recurso interposto pelo jogador e seu antigo clube junto ao TAS.

O jogador utilizou-se, em sua defesa, da legislação paraguaia e da jurisprudência espanhola sobre contratos. De outra via, o clube espanhol Real Valladolid não se valia de nenhuma norma de direito estatal, invocando unicamente normas estatutárias da própria FIFA, sustentando a autonomia do Estatuto da FIFA sobre a ordem estatal. O TAS afastou a aplicação do direito estatal invocado pelo recorrente, seguindo as normas estatutárias da FIFA para fundamentar a decisão que confirmou a condenação do jogador e seu antigo clube a indenizarem em perdas e danos.

No exemplo supramencionado, sem dúvida, está-se diante de uma manifestação de transconstitucionalismo, havendo pretensões com base em uma ordem estatal, de um lado, e com base em uma ordem transnacional, de outro, o que autoriza afirmar que se está diante de transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e transnacionais. Diante de uma mesma questão constitucional, liberdade de exercício profissional, houve invocação de duas ordens jurídicas distintas, a estatal (direito paraguaio e espanhol) e a transnacional (Estatuto da FIFA).

4.3 TRANSCONSTITUCIONALISMO HORIZONTAL E TRANSCONSTITUCIONALISMO VERTICAL

Uma vez elencadas as principais espécies de transconstitucionalismo no tópico anterior, faz-se necessária uma divisão dessas espécies para fins didáticos e, também, para análise da decisão que deve prevalecer quando há divergência de decisão entre as ordens jurídicas envolvidas na controvérsia constitucional.

Não foi enfrentado no tópico anterior a questão sobre qual ordem jurídica tem a última palavra para resolver uma controvérsia constitucional. Obviamente, quando há coincidência na decisão dos órgãos jurisdicionais situados em diferentes níveis, não há nenhum problema. Houve, nesse caso, uma convergência. Mas, essa convergência nem sempre é observada. Podem haver tensões.

Então, cogitando a existência de divergência, qual ordem jurídica prevalecerá? Por exemplo, em caso de conflito entre a decisão emanada da ordem jurídica estatal e a decisão emanada da ordem jurídica regional quem teria a última palavra? Em caso de conflito entre a decisão emanada da ordem jurídica estatal e a decisão emanada da ordem jurídica supranacional quem teria a última palavra?

Ao contrário do que alguns constitucionalistas e internacionalistas defendem, Neves rejeita uma solução vertical nesses casos, ou seja, a imposição automática da decisão do Tribunal regional, supranacional, ou internacional em detrimento da conclusão a que chegou o Tribunal estatal, Suprema Corte ou Tribunal Constitucional.⁶² O citado autor defende um constante diálogo e intercâmbio entre as distintas ordens jurídicas a fim de se chegar a um resultado razoável e que promova equilíbrio e harmonia. Confira-se seu raciocínio nesse sentido:

[...] A 'abertura da estatalidade', ao contrário, trouxe consigo uma 'interpenetração entre ordem estatal e internacional', que exige progressivamente um **aprendizado e um intercâmbio entre as experiências com racionalidades específicas nas duas perspectivas, a estatal e a internacional**. [...] ⁶³ (grifo nosso).

Discordamos de Neves nesse ponto específico. Sua obra aqui citada e adotada como principal base para o desenvolvimento do tema, não obstante a excelência acadêmica e a nossa adesão à quase inteireza dos conceitos e pressupostos teóricos, nos parece ter uma falha quanto à questão da verticalidade. Em alguns casos, a espécie de transconstitucionalismo que se manifesta impõe a obediência por parte de uma das ordens jurídicas envolvidas. Há espécies de transconstitucionalismo que justificam uma verticalidade no processo decisório.

Propomos aqui a seguinte classificação:

a) Transconstitucionalismo horizontal: leva em consideração a ausência de obrigatoriedade de aderir à decisão adotada pela outra ordem jurídica, servindo esta como uma referência, um parâmetro que pode ou não ser adotado pelo

⁶² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 132.

⁶³ Ibid., p. 134.

órgão jurisdicional. O transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais se enquadra nessa classificação.

b) Transconstitucionalismo vertical: leva em consideração a obrigatoriedade de aderir à decisão adotada pela outra ordem jurídica, não se tratando de uma mera recomendação que pode ou não ser adotada pelo órgão jurisdicional. O transconstitucionalismo entre direito estatal e direito regional, transconstitucionalismo entre direito estatal e direito supranacional, transconstitucionalismo entre direito estatal e direito internacional se enquadram nessa classificação.

O que diferencia uma divisão da outra é que a questão da obrigatoriedade de vinculação. No caso do transconstitucionalismo vertical, eventual não vinculação implica em descumprimento do tratado firmado entre os países signatários, o que se caracteriza como ilícito internacional. Essa vinculatividade não existe no transconstitucionalismo horizontal. Neste, há uma simples análise de como a outra ordem jurídica decidiu o tema.

Quando não há mais interesse de um Estado em cumprir determinado tratado internacional, cabe a ele fazer a "denúncia" deste tratado. Não se pode admitir que o Judiciário decida que o tratado se aplica em alguns casos, mas não se aplica em outros.

4.4 DO JUSNATURALISMO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO - DIÁLOGOS COM O "AUDITÓRIO UNIVERSAL"

O Direito é uma das formas de discurso prático geral, elaborado de modo racional e com pretensão de correção.⁶⁴ Essa é uma das teses centrais difundidas por Alexy na obra "Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica". Para criar condições mínimas de convivência em sociedade e harmonia das relações internas, o Direito vale-se de um discurso racional e argumentativo de justificação da ordem política e social vigentes em determinado tempo e espaço. Esse discurso é dirigido a todos os cidadãos racionais, que integram o que Chaïm Perelman chama de "auditório universal", buscando a adesão dos mesmos. Dada a impossibilidade de alcance de aprovação

⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica 2013, p. 30.

unânime em qualquer discurso, inclusive o jurídico, este discurso precisa encontrar, ao menos, a maior aceitação possível, buscando contar, assim, com o maior número possível de adeptos.

Nas democracias contemporâneas, a meta de alcance da unanimidade foi substituída pela do alcance da vontade da maioria, seja na etapa do processo legislativo nos Parlamentos (criação de normas), seja na etapa de decisão de conflitos pelos Tribunais (aplicação de normas). Isso, contudo, não retira o direcionamento do discurso a todo o “auditório universal” (o “povo”), até porque os direitos das minorias devem ser preservados, inclusive o de discordar, respeitosa e civilizadamente, das decisões majoritárias.

Ao longo da história, o Direito assumiu diferentes formas, mas sempre esteve presente o intuito de convencimento do “auditório universal”. Sob a forma de jusnaturalismo, positivismo jurídico, realismo jurídico, e pós-positivismo jurídico, ideologias jurídicas dominantes em diferentes períodos históricos, esteve presente esse propósito de alcance do “auditório universal”. O transconstitucionalismo, que não chega a ser uma nova doutrina jurídica, mas um fenômeno que carrega, em seu bojo, a proposta de construir o melhor Direito a partir de um intercâmbio entre ordens jurídicas distintas, é mais um discurso jurídico que abraça esse mesmo propósito.

O subitem 4.3.1 propõe-se a apresentar ao leitor o conceito perelmaniano de “auditório universal”, expressão já mencionada aqui. São explicados, também, conceitos básicos dos elementos da comunicação, como os de orador, discurso, e auditório. Perelman fala da existência de três tipos de auditório: a) individual; b) particular; ou c) universal. O conceito e exemplo de cada um deles será registrado.

O subitem 4.3.2 explica como, em diferentes momentos históricos, o Direito pretendeu alcançar a adesão do “auditório universal”. Como mencionado acima, sob a forma de jusnaturalismo, positivismo jurídico, realismo jurídico, e pós-positivismo jurídico, ideologias jurídicas dominantes em diferentes períodos históricos, esteve presente esse propósito de alcance do “auditório universal”. Didaticamente, antes é apresentado o conceito e, depois, o momento histórico em que cada uma das mencionadas doutrinas ou escolas jurídicas emerge como protagonista.

O subitem 4.3.3 situa o fenômeno do transconstitucionalismo nesse cenário de busca de convencimento do “auditório universal”, explicando como se relaciona

com o mesmo e como busca sua adesão a fim de se tornar um discurso viável, legítimo, e aceitável perante a grande maioria dos indivíduos racionais.

O subitem 4.4, último do presente Capítulo, apresenta as diferentes formas de manifestação do fenômeno do transconstitucionalismo, o que permitirá uma visualização ampla do tema e consolidará a sua compreensão.

4.4.1 Conceito de “auditório universal”

“Auditório universal” é um conceito criado por Perelman, um dos mais importantes filósofos do Direito do século XX. Seu principal foco de estudo foi a teoria da argumentação, na qual se insere a argumentação jurídica. Importante advertir, desde o início, que, embora se trate de autor muito utilizado em obras jurídicas, a amplitude das discussões de Perelman no campo da teoria da argumentação o torna também importante para outras ciências, como a Sociologia, a Psicologia, a Comunicação, as Artes Cênicas etc.

O auditório, tal como descrito por Perelman, é(são) o(s) ouvinte(s) de um discurso, de uma fala. É(são) o(s) destinatário(s) desse discurso. Salvo as reflexões internas de um indivíduo, que compõem o “auditório individual”, todo discurso tem um ou mais de um destinatário. O orador é o autor do discurso que visa a convencer determinado auditório. É quem toma a palavra e argumenta. Ao conjunto de palavras, orações, proposições, e argumentos emitidos pelo orador, dá-se o nome de discurso. O discurso pode ser escrito ou oral. Nos sistemas jurídicos de *Civil Law*, predominam os discursos escritos, enquanto que, ao revés, nos sistemas jurídicos de *Common Law*, predominam os discursos orais. Assim, os elementos da comunicação seriam, basicamente, orador, discurso, e auditório.

O auditório pode ser: a) individual; b) particular; ou c) universal. Há, ainda, uma outra espécie de auditório descrito por Perelman, o “auditório de elite”, mas este pode ser enquadrado como um tipo especial de auditório particular. O “auditório individual” é aquele em que o orador confronta-se consigo mesmo. Ele é emitente e destinatário do próprio discurso. O diálogo é estabelecido de modo solitário. As cenas ou peças inteiras em que um só ator conversa consigo mesmo, externando seus pensamentos e emoções, os chamados monólogos, são bons exemplos de caracterização do “auditório individual”. William Shakespeare, escritor inglês, foi mestre não só na escrita de grandes debates entre personagens, mas, também, na

criação de monólogos em que o homem defronta-se com os dramas da vida terrena. As angústias de Romeu e Julieta, cada um em suas casas, questionando-se o ódio recíproco entre as suas famílias e alimentando a vontade de viverem juntos, são perfeitas construções de “auditório individual”.

“Auditório particular” é aquele formado por um grupo específico e delimitado de pessoas. Ao contrário do tipo anterior, nesse modelo de auditório, o orador não fala consigo mesmo, e sim com uma pessoa ou um grupo de pessoas. Há separação entre emitente e destinatário do discurso. O discurso não é para si, mas para o(s) outro(s). Esse modelo de auditório pode ser pequeno, como é, por exemplo, o auditório de uma defesa de Dissertação de Mestrado (composto por três Professores) ou Tese de Doutorado (composto por cinco Professores), ou grande, como é o caso do auditório de um padre que profere um sermão para uma igreja lotada de fiéis numa missa dominical.

“Auditório universal”, aquele que mais interessa ao estudo neste artigo, vem a ser aquele formado por todos os indivíduos racionais. E quem seriam os “indivíduos racionais”? *A priori*, partindo de uma ótica contemporânea e democrática, rejeitando-se qualquer tipo de exclusão, *i.e.*, independente de gênero, procedência, idade, estado civil, profissão, raça, etnia, religião, crença filosófica e política, ou condição sócio-econômica, seriam os indivíduos que não sejam acometidos de nenhuma deficiência de ordem mental. Nesse sentido, ao abordar a questão de quem seriam os integrantes do “auditório universal” perelmaniano, Alexy afirma que, “[...] em princípio, todos os que estão acima do nível da debilidade mental podem participar nas argumentações [...]”.⁶⁵

Assim, somente o indivíduo portador de Síndrome de *down*, *Alzheimer*, ou qualquer outra enfermidade de ordem mental que comprometa a real compreensão do mundo à sua volta, estaria excluído do “auditório universal”. As crianças, por não terem ainda desenvolvimento biopsicossocial completo, também estariam excluídas do auditório.

Questão tormentosa é saber se os adolescentes estariam ou não incluídos no conceito. Cada vez mais, os adolescentes desenvolvem-se precocemente, dispõem de maior quantidade de informações que os da geração anterior, dominam a tecnologia de forma espantosa. Mas, pondere-se, esse desenvolvimento não é

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica 2013, p. 163.

uniforme e não tem um marco temporal fixo. Não se pode dizer que todos os adolescentes, a partir de certa idade, tornam-se racionais. Dada a falta de critérios objetivos, parece recomendável não considerar os adolescentes integrantes do “auditório universal”, tal como idealizado por Perelman. Não à toa, muitos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, só consideram que a maioria civil e penal só começam aos 18 anos, ou seja, quando encerrada a adolescência.⁶⁶

Confirmam-se as palavras de Perelman sobre o conceito que se pretende tornar claro, dada a importância central para este Capítulo:

Uma argumentação dirigida a um auditório universal deve convencer o leitor do caráter coercivo das razões fornecidas, de sua evidência, de sua validade intemporal e absoluta, independente das contingências locais ou históricas. ‘A verdade’, diz-nos Kant, ‘repousa no acordo com o objeto e, por conseguinte, com relação a tal objeto, os juízos de qualquer entendimento devem estar de acordo.’ **Toda crença objetiva pode comunicar-se pois é ‘válida para a razão de todo homem’.** Apenas uma asserção assim pode ser afirmada, ou seja, expressa ‘como um juízo necessariamente válido para todos’.

De fato, presume-se que semelhante juízo imponha-se a todos, porque o próprio orador está convencido de que ele não poderia ser posto em dúvida. [...]⁶⁷

Ante a explicação colhida acima, é possível compreender que o discurso dirigido ao “auditório universal” é aquele voltado a convencer, de modo racional, todo homem acerca da clareza e veracidade de uma proposição. Esse discurso, para ser eficaz e convincente, não seria somente racional, mas persuasivo e amparado por provas lógicas.⁶⁸ A qualidade dos argumentos seria tamanha que colocaria em descrédito qualquer tese contrária. Todo homem dotado de bom senso e racionalidade mínima, também chamado de “homem médio”, ficaria de acordo com os argumentos expostos por esse tipo de discurso. Enfim, é um discurso que consegue unanimidade entre os indivíduos racionais.

⁶⁶ O requisito da maioria varia de país para país. No Brasil, a maioria civil é atingida aos 18 anos (art. 5º, *caput*, Código Civil). O requisito da capacidade também varia de país para país, embora haja uma ideia comum (sempre na perspectiva dos Estados Democráticos de Direito) de que a escolha do rol de pessoas incapazes não pode conter previsão arbitrária, devendo a incapacidade ser destinada à proteção daqueles que, por conta de problemas de ordem psíquica, não podem expressar sua vontade de modo racional. No Brasil, a capacidade civil é reconhecida ao indivíduo que não se enquadra nas hipóteses dos incisos dos arts. 3º e 4º do Código Civil.

⁶⁷ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 35-36.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 36.

Não se está falando aqui em recurso a verdades auto-evidentes, já que estas independem de demonstração por serem apreensíveis pelos sentidos, prescindindo-se, assim, de um processo argumentativo para serem confirmadas. Esse quadro remonta ao jusnaturalismo, conforme será visto no item 4.3.2.1. À medida em que as sociedades foram se desenvolvendo economicamente e o nível de instrução das massas foi crescendo, o regime de privilégios a certos indivíduos foi sendo extinto.

Os discursos de convencimento deixam de ser abstratos e irracionais, tornando-se concretos, comprováveis, e racionais. O povo passa a exigir, para se considerar convencido pelos dirigentes políticos, autoridade dos argumentos, pouco importando por quem são proferidos, rejeitando "argumentos de autoridade". O simples fato de serem proferidos por uma autoridade não tornam um discurso aceitável automaticamente.

Muitas críticas podem ser formuladas à pretensão de unanimidade desse discurso, dada a impossibilidade prática de conseguí-la. O próprio Perelman adverte que essa unanimidade é uma pretensão do orador fadada ao fracasso,⁶⁹ o que não retira a originalidade e importância de sua criação para os estudiosos da teoria da argumentação. Na verdade, ele parece adiantar-se a futuras críticas e explicar que a construção do conceito de "auditório universal" e a averiguação dos discursos eficazes ao convencimento deste auditório situa-se no plano ideal, não necessariamente constatável na vida prática.

Perelman, como enfatizado, limita-se a usar a expressão genérica "indivíduos racionais" para identificar aqueles que compõem o "auditório universal". Não entra em detalhes sobre a legislação dos países acerca de maioria e capacidade dos indivíduos. O termo utilizado foi muito pertinente porque abarca a maior amplitude possível de pessoas, excluindo somente as pessoas que, por algum motivo, não sejam dotadas das faculdades mentais normais, e, portanto, não podem participar ativamente da vida pública.

O conceito aqui apresentado, condizente com o conceito trazido por Perelman, amolda-se à contemporaneidade e às democracias ocidentais. Essa sociedade, contemporânea e democrática, é a base para a construção do "auditório" de Perelman. Mas, nem sempre foi assim. Embora Perelman não adentre essa discussão na obra citada, é plenamente possível refletir e dizer que o conceito de

⁶⁹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 35.

“auditório universal” é relativo, posto que depende do período da história e do povo que se leve em consideração. As observações a serem feitas logo abaixo acerca da relatividade do conceito de “auditório universal” não prejudicam ou confundem o entendimento deste conceito. Na verdade, ampliam o entendimento e permitem uma análise da evolução histórica dos povos rumo a um “auditório universal” perfeito, aquele idealizado por Perelman.

Na Antiguidade, tomando como referência a Grécia, haviam pessoas que não eram consideradas cidadãos: os metecos, os escravos, e as mulheres. A democracia ateniense ergueu-se com a existência de exclusões. Estes indivíduos marginalizados não podiam participar das deliberações atinentes aos negócios da cidade, sequer tomar a palavra expressando suas opiniões. Desse modo, o “auditório universal” grego, nesse período da história, certamente não incluía todos os habitantes da *pólis*. Os agentes do Estado, os artistas, os grandes oradores, em seus discursos e falas, certamente, dirigiam-se aos homens gregos adultos e anciãos, não se dirigindo a escravos e mulheres pelo simples fato de que não compunham estes o “auditório universal” da época, sendo que a tarefa de convencê-los sobre a correção de uma tese não era importante.

E o que dizer de Roma? Os romanos conquistaram outros povos, os chamados “bárbaros” (“bárbaros”, na visão etnocêntrica dos romanos, eram os povos não romanos). Os indivíduos que não faziam parte do povo romano, ao serem conquistados, eram escravizados ou encarregados de tarefas insignificantes para os demais. O mesmo que foi dito sobre a Grécia diga-se aqui: os agentes do Estado, os artistas, os grandes oradores, em seus discursos e falas, não se dirigiam aos “bárbaros”, embora estes habitassem território sob o domínio de Roma. Portanto, os homens integrantes de povos conquistados não compunham o “auditório universal”.

Na Idade Média, também havia rígida estratificação social. O modo de produção econômica, feudalismo, gestou uma sociedade dividida entre reis, membros do clero, senhores, servos, vilões, e vassalos. Cada uma dessas figuras desempenhava um papel específico e previamente determinado na sociedade da época. As três últimas classes não dispunham de nenhum poder político e econômico, sendo reféns de uma estrutura que os colocava fora dos centros de decisão. Quando não era o próprio rei o responsável pelas decisões dos conflitos cotidianos, um corpo de Magistrados por ele designado e em nome dele o faziam. Embora essas três últimas classes integrassem a sociedade de alguma forma, não

compunham o “auditório universal”. O discurso jusnaturalista medieval, vigente à época, conforme será visto no próximo item, servia para justificar uma estrutura de dominação e opressão, tornando servos, vilões, e vassallos meros atores passivos.

Na Idade Moderna, era das grandes revoluções liberais, o “auditório universal” vai aproximando-se do modelo de Perelman. Em 1789, Sob o lema de “liberdade, igualdade, e fraternidade”, os franceses espalham pelo mundo o sonho de uma sociedade livre do modelo de Estado absolutista e das relações de opressão. Em 1776, os americanos livravam-se do domínio da Coroa britânica e, por seu turno, criavam a esperança de um mundo sem colonos e colonizados. A burguesia, classe social em ascensão, derruba a Coroa e o regime de privilégios, começando a criar a ideia de igualdade de direitos e deveres, tornando todos os indivíduos, sem exceção, partícipes das decisões de interesse coletivo.

A partir destas explicações sobre a evolução paulatina das sociedades rumo a um “auditório universal” que englobasse a totalidade dos indivíduos, sendo expurgado qualquer critério excludente, parece ter ficado claro que integrou o “auditório universal” somente o conjunto de indivíduos que detinham poder de participação na vida pública. Assim, na Antiguidade, não é possível dizer que escravos e mulheres integravam o “auditório universal”. Na Idade Média, não é possível dizer que servos, vilões, e vassallos o compunham. Na Idade Moderna, ainda que grandes os avanços civilizatórios, haviam alguns países em que, por exemplo, as mulheres não eram consideradas plenamente capazes para exercer os atos da vida civil, não podiam votar, estando as mesmas, diante desse quadro, fora do “auditório universal”. No Brasil, o Código Civil de 1916 considerava as mulheres absolutamente incapazes. O direito de votar só foi conquistado com o advento da Constituição de 1934.

Na Idade Contemporânea, particularmente nas democracias ocidentais, como vem sendo enfatizado, é que se chega à constituição de um “auditório universal” perfeito, tal como idealizado por Perelman, aquele em que todos os homens e mulheres maiores, desde que não impedidos de uso da razão por questões de ordem psíquica, o integram, tendo o pleno direito de participar e intervir na vida pública, através dos meios de democracia direta, semidireta ou indireta.

O conceito de “auditório universal” em Perelman aproxima-se do conceito de “povo”, tal como definido pela Ciência Política e pelo Direito Constitucional. O próprio caráter abstrato que a formulação de Perelman cria (não se vê, não se toca, nem se

sente o “auditório universal”) é correlato ao caráter abstrato que a formulação do conceito de “povo” ganhou ao longo dos tempos. Confira-se o que diz Müller na clássica obra “Quem é o povo?”:

O povo enquanto cidadania ativa abrange apenas os eleitores; o povo enquanto instância de atribuição compreende, em regra, os cidadãos do respectivo país. **O ícone é intocável, não diz respeito a nenhuma pessoa viva.** [...] ⁷⁰ (grifo nosso)

De fato, ambos os conceitos tornam-se “ideais”, sendo, para o orador-político ou o orador-Juiz, uma entidade abstrata, uma massa humana imaginável, a qual, embora seja inadequado falar-se em subserviência, devem deferência, e precisam legitimar-se através de um discurso racional, convincente e agregador.

Diante do que foi explicado brevemente neste item, é fácil concluir que Perelman associa auditório ao conjunto de ouvintes de um discurso que se busca convencer, induzindo esses ouvintes a pensar e agir de determinada maneira. O objetivo maior do orador é, através de seu discurso, obter o convencimento dos ouvintes. Uma expressão bastante utilizada por Perelman é “adesão dos ouvintes”. Trata-se de consequência lógica do convencimento. Um indivíduo convencido “adere” à tese defendida, passando a ser, também, seu defensor. O auditório é individual, particular, ou universal, a depender da quantidade de pessoas a quem se destina o discurso e que se busca convencer.

4.4.2 A pretensão de convencimento do “auditório universal” por diferentes doutrinas jurídicas – uma análise crítica

Existem, basicamente, quatro grandes doutrinas ou teorias que procuram explicar como deve ser compreendido e construído o conceito de Direito. Em diferentes períodos históricos da humanidade, cada uma dessas doutrinas foi hegemônica e ditou os rumos do Direito naquele tempo. Em maior ou menor medida, conforme será visto ao longo deste item, cada doutrina buscou justificar a ordem social, política, e econômica vigente.

⁷⁰ MÜLLER, Friedrich. **Quem é povo?**: a questão essencial da democracia. Tradução Peter Naumann. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 69.

O objetivo do discurso jurídico sempre foi, e ainda é, o de convencer se não a todos os membros de um corpo social, pelo menos sua grande maioria, do acerto e conveniência de adoção e posterior aceitação das decisões formuladas pelas autoridades constituídas, sejam estas Imperadores, Reis, ou Juízes.

O Direito visa a uma ordem social estável, sem convulsões internas que atrapalhem a dominação de um grupo sobre a coletividade (faceta negativa) ou o alcance do bem comum (faceta positiva). Para cumprir com esse desiderato, é preciso que as autoridades constituídas consigam convencer o povo do acerto de suas decisões, atingindo, assim, o chamado “auditório universal”. O fracasso nessa missão pode ensejar um ambiente propício a governos sem crédito junto à população, descumprimento consciente e voluntário das normas jurídicas (desobediência civil), e, em última instância, uma guerra civil.

Essas quatro grandes doutrinas, escolas, ou teorias do Direito são: (I) jusnaturalismo; (II) positivismo jurídico; (III) realismo jurídico; e (IV) pós-positivismo jurídico. Cada teoria do Direito, como formas de discurso jurídico que são, buscou fundamentos para convencer o “auditório universal” de que aquele era o melhor Direito, obtendo relativo êxito nesse intento, mas, também, carregando equívocos que serão registrados ao longo da exposição.

Bobbio esclarece que as três primeiras doutrinas são fruto de distintas valorações a que se atribui à norma jurídica, sendo que cada doutrina identifica-se com um valor ou objetivo específico. O jusnaturalismo busca a justiça da norma; o positivismo jurídico busca a validade da norma; finalmente, o realismo jurídico preocupa-se com a eficácia da norma. Confirmam-se, abaixo, as palavras do jurista italiano sobre o assunto:

O primeiro ponto que, a meu juízo, é preciso ter bem claro em mente se quisermos estabelecer uma teoria da norma jurídica com fundamentos sólidos, é que **toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas, e que estas valorações são independentes umas das outras. De fato, frente a qualquer norma jurídica podemos colocar uma tríplice ordem de problemas: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz.** Trata-se de três problemas distintos: da *justiça*, da *validade* e da *eficácia* de uma norma jurídica.⁷¹ (grifo nosso)

⁷¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 45-46.

Como explicado por Bobbio, há independência entre essas valorações atribuídas à norma, de modo que é possível obter os seguintes resultados: a) uma norma pode ser justa e não ser válida; b) uma norma pode ser justa e não ser eficaz; c) uma norma pode ser válida e não ser justa; d) uma norma pode ser válida e não ser eficaz; e) uma norma pode ser eficaz e não ser justa; f) uma norma pode ser eficaz e não ser válida.

Não foi falado, ainda, de qual seria a valoração ou finalidade pretendida pelo pós-positivismo jurídico. Essa doutrina ou teoria não aparece na obra mencionada, não fazendo o jurista italiano nenhuma referência à mesma. A obra original remonta ao ano de 1993. O fenômeno do pós-positivismo jurídico já existia e ganhava cada vez mais entusiasmo entre os juristas, mas o conceito e o êxito desta nova doutrina ainda estava e está em construção. Talvez daí decorra a opção por não fazer menção à nova doutrina.

A seguir, a análise do conceito, momento histórico, e relação de cada doutrina jurídica com o “auditório universal”. Ao fim, uma análise crítica. Advirta-se ao leitor que não se pretende, neste artigo, uma explicação detalhada e completa de cada doutrina, até porque essa tarefa é bem cumprida pelos manuais e cursos de Teoria Geral do Direito. O intuito é explicar, em linhas gerais, em que consiste cada doutrina e relacioná-la com o foco do presente trabalho, qual seja a tentativa de cada escola em alcançar a adesão do “auditório universal”, e, portanto, encontrar aceitação social. Cada doutrina, no momento histórico em que teve seu auge, pretendeu esse objetivo.

4.4.2.1 No jusnaturalismo

4.4.2.1.1 *Conceito*

Como visto, a bússola do jusnaturalismo aponta para o ideal de justiça. Essa doutrina pretende uma simbiose entre Direito e justiça, de modo que o primeiro não existiria sem a realização do segundo. Em outras palavras, se uma norma não é justa não pode ser considerada pertencente ao Direito. Assim delimita Bobbio o problema da justiça:

O problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico. [...] O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser. Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. Por isso, o problema da justiça se denomina comumente de problema *deontológico* do direito.⁷²

Verifica-se que o problema da justiça situa-se no terreno do mundo ideal, isto é, prega o que deve ser bom e correto para a coletividade, ainda que isso não seja contemplado pelo ordenamento jurídico vigente num dado espaço e num dado tempo. Há um permanente conflito entre o deontológico (o que deveria ser) e o ontológico (o que é), devendo, para os jusnaturalistas, caso não haja correspondência entre ambos, prevalecer sempre o primeiro.

Como já adiantado, uma norma pode ser justa sem ser válida. Bobbio exemplifica essa situação explicando que os teóricos do Direito natural formulavam, em seus tratados, um sistema de normas advindos de princípios jurídicos universais, isto é, princípios universalmente aplicáveis e dotados de identidade com os principais valores humanos que não podiam ser negados. Mas, essas normas, salvo se escritas e inseridas no corpo de um ordenamento jurídico, não seriam válidas, o que impediria a exigibilidade por parte de qualquer do povo, ficando frustrada a tentativa de concretização da meta pretendida.⁷³

Há, também, a possibilidade de uma norma ser justa sem ser eficaz. Por mais que se defenda com veemência a importância de determinada norma para a coletividade, para o bem estar geral, e seja a mesma inclusive contemplada pelo ordenamento positivo (válida), nem sempre se verifica o seu cumprimento, seja por quem detém o poder, seja por parte dos próprios cidadãos, que podem vir a não agir em conformidade com o ideal de justiça que inspirou a criação da norma.

Após tratar do problema da justiça e sua relação com as demais valorações da norma (validade e eficácia), convém apresentar um conceito de direito natural. Continuando com a lição de Bobbio, tem-se a seguinte definição:

⁷² BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 46.

⁷³ *Ibid.*, p. 48.

[...] Poderíamos definir esta corrente de pensamento jurídico como aquela segundo a qual uma lei para ser lei deve estar de acordo com a justiça. Lei em desacordo com a justiça *non est lex sed corruptio legis*. Uma recente e exemplar formulação desta doutrina pode ser lida na seguinte passagem de Gustav Radbruch: ‘Quando uma lei nega conscientemente a vontade de justiça, por exemplo concede arbitrariamente ou refuta os direitos do homem, carece de validade... até mesmo os juristas devem encontrar coragem para refutar-lhe o caráter jurídico.’; e em outra parte: ‘Pode haver leis com tal medida de injustiça e de prejuízo social que seja necessário refutar-lhes o caráter jurídico... tanto há princípios jurídicos fundamentais mais fortes que toda normatividade jurídica, que uma lei que os contrarie carece de validade’; e ainda: ‘**Onde a justiça não é nem mesmo perseguida, onde a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, é conscientemente negada em nome do direito positivo, a lei não somente é direito injusto como carece em geral de juridicidade**’.⁷⁴ (grifo nosso)

A definição apresentada acima é uma confirmação do quanto dito logo no início da exposição: o jusnaturalismo associa o Direito à justiça, de modo que não pertence ao Direito aquela norma que não é justa.

4.4.2.1.2 *Momento histórico*

Importante explicar que o jusnaturalismo não foi um movimento doutrinário concebido e encerrado em determinada fase da história. É uma doutrina que atravessa toda a história. Ele era pregado desde a Grécia anterior ao século VI a.C., durante o denominado período cosmológico,⁷⁵ e foi sofrendo alterações e reconstruções até chegar à contemporaneidade.

Dadas as diversas fases históricas e formas do jusnaturalismo, Ricardo Maurício Freire Soares assim o divide: a) jusnaturalismo cosmológico, vigente na Antiguidade Clássica; b) jusnaturalismo teológico, surgido na Idade Média, tendo como fundamento jurídico a ideia da divindade como um ser onipotente, onisciente e onipresente; c) o jusnaturalismo racionalista, surgido no seio das revoluções liberais burguesas do século XVII e XVIII, tendo como fundamento a razão humana universal; d) o jusnaturalismo contemporâneo, gestado no século XX, que enraíza a

⁷⁴ RADBRUCH, Gustav, 1950 apud BOBBIO, 2001, p. 55.

⁷⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

justiça no plano histórico e social, atentando para as diversas acepções culturais acerca do direito justo.⁷⁶

4.4.2.1.3 *Relação com o “auditório universal”*

Definido o critério de valoração da norma com que se preocupa o jusnaturalismo (justiça), a relação deste critério com os demais (validade e eficácia), apresentada uma conceituação, e registrado o momento histórico em que predominou, falta examinar de que forma o discurso do jusnaturalismo pretendeu a adesão social dos destinatários desse discurso (o povo). Em outras palavras, de que forma o discurso jusnaturalista pretendeu convencer o “auditório universal”?

Não é difícil chegar a uma resposta clara à pergunta. Os jusnaturalistas partiam da premissa de que existem princípios e valores supremos anteriores e acima de qualquer ordenamento jurídico positivo. Tais princípios e valores são inerentes à “condição humana”, sendo contra a natureza humana qualquer lei ou ato de autoridade que ofenda esses dogmas.

Valores abstratos como liberdade, felicidade, bem comum, solidariedade entre os homens, respeito mútuo, dentre outros, teriam de ser tutelados pelo Direito e seriam facilmente identificáveis pelas autoridades encarregadas de aplicar as leis.

O discurso jusnaturalista, portanto, buscou legitimidade e a adesão do “auditório universal” através do recurso a valores supremos “auto-evidentes”, que seriam reconhecidos sem muito esforço pelas autoridades. A sociedade caminharia para a estabilidade interna a partir da aplicação desses ideais superiores, sendo o Direito baseado na justiça das normas o melhor Direito.

4.4.2.1.4 *Análise crítica*

Ao fim da explicação sobre o direito natural na obra citada, Bobbio faz contundentes críticas ao jusnaturalismo, valendo à pena transcrever e comentar os trechos principais. Confira-se:

Em uma só hipótese poderíamos aceitar reconhecer como direito unicamente o que é justo: se a justiça fosse uma verdade

⁷⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28.

evidente ou pelo menos demonstrável como uma verdade matemática, de modo que nenhum homem pudesse ter dúvidas sobre o que é justo ou injusto. E esta, na realidade, foi sempre a pretensão do jusnaturalismo nas suas várias fases históricas. Com uma outra definição poderia se dizer que a teoria do direito natural é aquela que se considera capaz de estabelecer o que é justo e o que é injusto de modo universalmente válido. Mas esta pretensão tem fundamento? [...] ⁷⁷ (grifo nosso)

A crítica acima formulada é a principal. Seria necessário que a justiça fosse algo percebível de modo claro, não deixando nenhuma dúvida sobre a norma a ser seguida e aplicada em todos os casos. Uma espécie de verdade matemática, como fala Bobbio. Os jusnaturalistas ambicionavam uma aceitação geral acerca da existência de valores superiores auto-evidentes, que seriam aceitos e acolhidos por todos.

De todas as doutrinas jurídicas que serão analisadas neste artigo, o jusnaturalismo foi a que teve a maior pretensão de adesão do “auditório universal”. Todos os cidadãos haveriam de aceitar aquela ordem natural. O problema, como exposto, é que o grau de subjetividade dos princípios e valores supremos defendidos pelos jusnaturalistas é de tamanha magnitude que se torna impossível chegar-se a um acordo sobre o conteúdo de tais princípios e valores. Isto é, de como eles se materializariam na realidade. Na prática, é impossível chegar-se a um acordo coletivo acerca de conceitos tão subjetivos e que variam de indivíduo para indivíduo.

Continuando a crítica e respondendo à pergunta sobre haver ou não fundamento na pretensão de existência de um critério de justiça aceito e verificável por todos, assim se manifesta Bobbio:

[...] A julgar pelas controvérsias entre os vários seguidores do direito natural sobre o que há de ser considerado justo ou injusto, a julgar pelo fato de que o que era natural para uns não era para outros, deveríamos responder que não. Para Kant (e em geral para todos os jusnaturalistas modernos) a liberdade era natural; mas, para Aristóteles, era natural a escravidão. Para Locke, era natural a propriedade individual, mas para todos os utopistas socialistas, de Campanella a Winstanley e a Morelly, a instituição mais adequada à natureza humana era a comunhão de bens. [...] ⁷⁸

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 56.

⁷⁸ Ibid., p. 56.

Acima, Bobbio aponta a existência de controvérsia sobre o que seria o justo entre os próprios jusnaturalistas, evidenciando a ausência de precisão dos conceitos e propostas do jusnaturalismo para ganhar a adesão social e concordância sobre o melhor caminho a trilhar na construção de uma sociedade estável e harmônica.

Como poderia haver convencimento do “auditório universal” partindo-se de conceitos tão fluidos e que ensejam divergências profundas sobre o seu conteúdo? Bobbio dirige outra crítica consistente ao jusnaturalismo. Confira-se:

De fato, se a distinção entre o justo e o injusto não é universal, é preciso colocar o problema: a quem compete estabelecer o que é justo ou injusto? Há duas respostas possíveis: **a) compete àquele ou àqueles que detêm o poder.** Mas esta resposta é aberrante, porque neste caso se conserva, é verdade, a certeza do direito, mas se converte a doutrina que transforma a validade em justiça na doutrina perfeitamente oposta, que considera a justiça como validade, no momento em que reconhece o justo no que é comandado; **b) compete a todos os cidadãos;** neste caso, uma vez que os critérios de justiça são diversos e irreduzíveis, em relação àqueles que desobedecerem a lei porque a julgam injusta, e sendo injusta é inválida, os governantes nada poderiam objetar, e a segurança da vida civil no âmbito das leis estaria completamente destruída.⁷⁹ (grifo nosso)

Essa é a faceta perversa do jusnaturalismo: dada a ausência de certeza sobre os critérios de justiça a inspirar a validade das normas, alguém terá de dizer o que é justo em dado momento. E essa tarefa é, em verdade, um ato arbitrário. Irá atender aos anseios de alguns, mas, certamente, irá desagradar a muitos que tinham uma outra expectativa normativa.

Historicamente, quem acaba por ditar o que é justo e, portanto, segundo a doutrina jusnaturalista, deve prevalecer, são, como ressaltado por Bobbio, os detentores do poder. Impõem o que é o Direito, segundo os seus próprios critérios de justiça, e o povo deve aceitar como natural. A desobediência é respondida com punição. Como exposto em tópico anterior, o jusnaturalismo foi doutrina corrente na Idade Média e prestou-se a justificar o poder dos reis, a existência de senhores e vassallos, sendo uma lógica de dominação e manutenção do *status quo* daquela sociedade.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 57.

A outra alternativa trazida e criticada por Bobbio: delegar a todos os cidadãos a missão de construir o conceito de justiça na sociedade, levaria a discussões intermináveis, tornando impossível a vida em sociedade.

Soares registra sua crítica à pretensão a-histórica, atemporal e aespacial do jusnaturalismo, nos seguintes termos:

O justo não pode ser concebido como um valor ideal e absoluto, envolto em nuvens metafísicas, visto que a axiologia jurídica contemporânea já demonstrou como o direito é um objeto cultural e como a justiça figura como um valor histórico-social, enraizado no valor da cultura humana. **O conceito de justiça é, pois, sempre relativo, condicionado ao tempo e ao espaço.**⁸⁰ (grifo nosso)

Soares, assim como Bobbio, também critica a imprecisão e vagueza dos conceitos pregados pelos jusnaturalistas, salientando o iminente choque com a busca por segurança jurídica e com a legalidade, que deve permear os Estados Democráticos de Direito.⁸¹

4.4.2.2 No positivismo jurídico

4.4.2.2.1 *Conceito*

Como visto, a bússola do positivismo jurídico aponta para o ideal de validade. Essa doutrina pretende uma simbiose entre Direito e validade, de modo que, para ser pertencente ao Direito, a norma deve fazer parte de um conjunto de leis escritas aprovadas segundo os critérios definidos, em regra, pelas Constituições. Em outras palavras, se uma norma não é válida não pode ser considerada pertencente ao Direito. Assim delimita Bobbio o problema da validade:

O problema da *validade* é o problema da *existência* da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor sobre ela ser justo ou não. **Enquanto o problema da justiça se resolve com um juízo de valor, o problema da validade se resolve com um juízo de fato, isto é, trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se tal regra assim determinada é uma regra jurídica. Validade jurídica de uma norma equivale à existência desta norma como regra jurídica.** Enquanto para julgar a justiça de

⁸⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41-42.

⁸¹ *Ibid.*, p. 42.

uma norma, é preciso compará-la a um valor ideal, para julgar a sua validade é preciso realizar investigações do tipo empírico-racional, que se realizam quando se trata de estabelecer a entidade e a dimensão de um evento. [...] ⁸² (grifo nosso)

Verifica-se que o problema da justiça situa-se no terreno do mundo real, isto é, prega que Direito corresponde ao conjunto de normas existentes, contemplado pelo ordenamento jurídico vigente num dado espaço e num dado tempo. Há abandono de um critério deontológico (o que deveria ser), para prestigiar o ontológico (o que é), devendo, para os positivistas, prevalecer sempre o segundo, dado o grau de certeza e previsibilidade propiciado pela codificação das normas.

Como já adiantado, uma norma pode ser válida e não ser justa. Bobbio exemplifica essa situação explicando que a escravidão foi aceita e prevista nos ordenamentos jurídicos de diversos países (inclusive nos países ditos “civilizados”, que se enriqueceram com o uso de escravos em suas colônias). Lembra, também, as leis oficiais de cunho racial, que, embora válidas, não podem ser consideradas *justas* por nenhum ser humano racional. ⁸³

Há, também, a possibilidade de uma norma ser válida e não ser eficaz. O exemplo clássico desse caso é o das leis de proibição de comercialização de bebidas alcoólicas (“Lei Seca”) que vigoraram durante vinte anos entre as duas guerras, nos Estados Unidos. Diz-se que o consumo de bebidas alcoólicas passou a ser superior no período em que houve proibição. ⁸⁴

Após tratar do problema da validade e sua relação com as demais valorações da norma (justiça e eficácia), convém apresentar um conceito de positivismo jurídico. Continuando com a lição de Bobbio, tem-se a seguinte definição:

A teoria oposta à jusnaturalista é a doutrina que reduz a justiça à validade. Enquanto para um jusnaturalista clássico tem, ou melhor dizendo, deveria ter, valor de comando só o que é justo, para a doutrina oposta é justo só o que é comandado e pelo fato de ser comandado. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para a teoria oposta, uma norma é justa somente se for válida. Para uns, a justiça é a confirmação da

⁸² BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 46-47.

⁸³ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 49.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 49.

validade, para outros, a validade é a confirmação da justiça. Chamamos esta doutrina de *positivismo jurídico*, [...] ⁸⁵ (grifo nosso).

A definição apresentada acima é uma confirmação do quanto dito logo no início da exposição: o positivismo jurídico associa o Direito à validade, de modo que não pertence ao Direito aquela norma que não é válida, pouco importando questionamentos acerca da legitimidade da norma e do grau de justiça social que promova.

4.4.2.2.2 *Momento histórico*

O positivismo jurídico não surge com o positivismo filosófico, até porque são conceitos distintos.⁸⁶ Como visto, o positivismo jurídico representou uma reação à doutrina jusnaturalista. Surge com a formação do Estado moderno.⁸⁷

Superado o modo de produção feudal e o modelo de Estado absolutista, que lhe dava sustentação, a burguesia, classe vitoriosa, precisava expurgar a ordem jurídica justificadora daquele estado de coisas, o jusnaturalismo medieval, passando a criar um Direito racional, previsível, e limitador da interferência do Estado na vida econômica. Condizente com esses propósitos, o Direito passava a ser escrito. O desejo de segurança jurídica e limitação do arbítrio do poder estatal justificaram essa nova forma de produção de um “direito catalogado”. A Constituição Americana, de 1787, e a Constituição Francesa, de 1791, representam grandes exemplos desse movimento jurídico.

4.4.2.2.3 *Relação com o “auditório universal”*

Definido o critério de valoração da norma com que se preocupa o positivismo jurídico (validade), a relação deste critério com os demais (justiça e eficácia), apresentada uma conceituação, e registrado o momento histórico em que predominou, falta examinar de que forma o discurso do positivismo jurídico pretendeu a adesão social dos destinatários desse discurso (o “povo”). Em outras

⁸⁵ Ibid., p. 58-59.

⁸⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

⁸⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire, op.cit., p.43.

palavras, de que forma o discurso do positivismo jurídico pretendeu convencer o “auditório universal”?

Não é difícil chegar a uma resposta clara à pergunta. Os positivistas partiam da premissa de que a defesa dos jusnaturalistas da existência de princípios e valores supremos anteriores e acima de qualquer ordenamento jurídico positivo ensejaria um grau de incerteza de tamanha magnitude que não se poderia prever como os conflitos entre os homens seriam decididos. Isso poderia levar o sistema jurídico a uma desordem que beiraria o caos. Faltava, portanto, segurança jurídica. Essa é a maior pretensão do positivismo jurídico.

Valores abstratos como liberdade, felicidade, bem comum, solidariedade entre os homens, respeito mútuo, dentre outros, não são facilmente identificáveis pelas autoridades encarregadas de aplicar as leis. Destarte, o que vigia era, em verdade, um arbítrio dos julgadores. O positivismo jurídico surge como uma crítica ao jusnaturalismo, mostrando a fragilidade dessa doutrina e procurando convencer o “auditório universal” dos perigos de permitir aos julgadores decidirem com base em ideias subjetivas.

O “povo”, através de seus representantes eleitos democraticamente, elaboraria uma Constituição e um conjunto de Códigos que regularia a vida em sociedade, os direitos, deveres, e limites do comportamento dos indivíduos. A imprecisão de conceitos abstratos defendidos pelos jusnaturalistas seria substituída por regras precisas e compreensíveis por todos, de modo que o cidadão deveria agir em conformidade com essas regras, respeitando, ainda que não concordasse, a vontade da maioria expressa na norma aprovada pelo Parlamento e, portanto, válida.

A clareza dessas regras evitaria o arbítrio dos julgadores e a interminável discussão entre os cidadãos acerca da conduta a ser adotada nas inúmeras situações da vida, prevenindo, assim, potenciais convulsões sociais.

O discurso positivista, portanto, buscou legitimidade e a adesão do “auditório universal” através do recurso a um sistema de normas escritas, rejeitando valores supremos supostamente “auto-evidentes”, que seriam reconhecidos sem muito esforço pelas autoridades e aceitas pelo próprio povo como uma realidade natural. A sociedade caminharia para a estabilidade interna a partir da aplicação da certeza de quais são as “regras do jogo”, sendo o Direito baseado na validade das normas o melhor Direito.

4.4.2.2.4 *Análise crítica*

Ao pretender identificar o Direito justo com o Direito válido, aquele que surge a partir de regras formais de processo legislativo, o positivismo jurídico revela-se insuficiente para promover muitas das aspirações sociais. A dinâmica da vida em sociedade revela-se mais rica que o conjunto de normas constitucionais e demais leis escritas, sendo, não raro, o Direito positivo um entrave à própria evolução da sociedade. A democracia representativa que emerge com o Estado moderno nem sempre consegue atender ao que espera o “auditório universal”, isto é, o conjunto de destinatários racionais da norma jurídica.

Conforme será visto pouco mais adiante, tal caráter excessivamente formal do Direito positivo e indiferente à dinâmica social passa a ser criticado pelo realismo jurídico, que tenta oferecer uma melhor proposta ao auditório.

Soares faz as seguintes críticas ao positivismo jurídico:

Ao constatar os mencionados limites do positivismo jurídico, Karl Englich critica a redução normativista operada pela doutrina do direito positivo, afirmando que a ordem jurídica deve ser entendida como um conjunto de valores, por meio dos quais os juristas elaboram juízos axiológicos sobre a justiça dos acontecimentos e das condutas humanas.

Decerto, **o positivismo legalista desemboca numa ideologia conservadora que ora identifica a legalidade com o valor fim da justiça, em face da crença na divindade do legislador, ora concebe a ordem positivada pelo sistema normativo como valor suficiente para a realização de um direito justo.**⁸⁸ (grifo nosso)

Como explicado acima, a redução do Direito à norma redundava em um Direito desprovido de valores. Ademais, a “divinização” da figura do legislador no Direito positivo desconsidera a existência e importância de outros atores sociais na criação da lei. O lema da legalidade cria uma ideologia conservadora, escondendo as relações de poder existentes na sociedade e criando uma aparência de normalidade dessas relações. É o fenômeno que Maille denomina, valendo-se de uma expressão marxista, de “fetichismo do Direito”.⁸⁹

⁸⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41-42.

⁸⁹ MAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito. 3 ed. São Paulo: Estampa, 2005.p. 86-95.

Soares, continuando com a crítica ao positivismo jurídico, lembra que a “castidade axiológica” que marcou essa doutrina serviu de manto para os regimes totalitários do século XX, tais como fascismo, nazismo, e comunismo. Os Ditadores implantaram esses modelos de Estado a partir de leis válidas sob a ordem jurídica vigente.⁹⁰

4.4.2.3 No realismo jurídico

4.4.2.3.1 *Conceito*

Como visto, a bússola do realismo jurídico aponta para o ideal de eficácia. Essa doutrina pretende uma simbiose entre Direito e eficácia, de modo que, para ser pertencente ao Direito, a norma deve ser seguida e obedecida pelos cidadãos no cotidiano. Deve fazer parte da prática social. Em outras palavras, se uma norma não é eficaz não pode ser considerada pertencente ao Direito. Assim delimita Bobbio o problema da eficácia:

O problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou. Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida. Não é nossa tarefa aqui indagar quais possam ser as razões para que uma norma seja mais ou menos seguida. Limitamo-nos a constatar que há normas que são seguidas universalmente de modo espontâneo (e são as mais eficazes), outras que são seguidas na generalidade dos casos somente quando estão providas de coação, outras, ainda, que não são seguidas apesar da coação, e outras, enfim, que são violadas sem que nem sequer seja aplicada a coação (e são as mais ineficazes). A investigação para averiguar a eficácia ou a ineficácia de uma norma é de caráter histórico-sociológico, se volta para o estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social e se diferencia, seja da investigação tipicamente filosófica em torno da justiça, seja da tipicamente jurídica em torno da validade. Aqui também, para usar a terminologia douda, se bem que em sentido diverso do habitual, pode-se dizer que o problema da eficácia das regras jurídicas é o problema fenomenológico do direito.⁹¹ (grifo nosso)

⁹⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire, op. cit., p. 51.

⁹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 47-48.

Verifica-se que o problema da eficácia situa-se no terreno das práticas sociais vigentes numa sociedade, isto é, prega que Direito corresponde ao conjunto de normas. A mera codificação das normas não é suficiente para considerá-las pertencentes ao Direito, já que precisam ser reconhecidas e praticadas pelo cidadão em suas relações com o Estado e seus concidadãos. Essa doutrina é bastante prestigiada nos Estados Unidos e na Inglaterra, estando o seu reconhecimento presente na interpretação que os Juízes conferem aos costumes, consagrando-os nos chamados precedentes judiciais, criando o Common Law.

Como já adiantado, uma norma pode ser eficaz e não ser justa. Bobbio exemplifica essa situação mais uma vez lembrando a escravidão, que, além de aceita e prevista nos ordenamentos jurídicos de diversos países, constituiu-se como norma bastante eficaz.⁹² Era uma prática rotineira entre os países colonizadores, maximizando os lucros obtidos com as atividades econômicas, dada a ausência de custo com mão-de-obra.

Há, também, a possibilidade de uma norma ser eficaz e não ser válida. O exemplo é o das normas de “boa educação”, também chamadas de “regras de etiqueta”, que vigoraram num grupo social. O simples fato dessas normas serem habitualmente seguidas pelos membros desse grupo não as tornam integrantes de um ordenamento jurídico, podendo vir a ser no futuro.⁹³

Após tratar do problema da eficácia e sua relação com as demais valorações da norma (justiça e validade), convém apresentar um conceito de realismo jurídico. Continuando com a lição de Bobbio, tem-se a seguinte definição:

No decorrer do pensamento jurídico do século XX, em diversos momentos, houve teóricos do Direito que buscaram captar o momento constitutivo da experiência jurídica não tanto nos ideais de justiça nos quais se inspiram os homens, ou dizem inspirar-se, ou ainda nos ordenamentos jurídicos constitutivos, mas sim na realidade social, onde o direito se forma e se transforma, nas ações dos homens que fazem e desfazem com seu comportamento as regras de conduta que os governam. Seguindo a terminologia adotada, poderíamos dizer que estes movimentos, dentre os vários aspectos pelos quais apresentam o

⁹² BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 50-51.

⁹³ Ibid., p. 47-48.

fenômeno jurídico, colocaram em relevo a eficácia, mais do que a justiça ou a validade.⁹⁴ (grifo nosso)

A definição apresentada acima é uma confirmação do quanto dito logo no início da exposição: o realismo jurídico associa o Direito à eficácia, de modo que não pertence ao Direito a norma que não é eficaz.

Falando sobre o realismo jurídico, em obra dedicada ao estudo da argumentação jurídica, Neil MacCornick assim descreve a doutrina em estudo:

[...] Pensando na visão de Lord Diplock, por um momento, aquela grande expansão de opiniões e a excitante irrupção de teorias nos Estados Unidos no começo do século XX, que conhecemos como o movimento do 'Realismo Americano', estava dizendo a mesma coisa que Lord Diplock. **O Direito não é uma abstração onipresente no céu, como Oliver Wendell Holmes Jr. colocou, mas uma questão de decisões e opiniões de ontem e de hoje, e ainda mais de amanhã. Conhecer o Direito é saber como prever o que as autoridades decisórias vão decidir, e não conhecer um conjunto de proposições que poderiam estar descritas num manual.**⁹⁵ (grifo nosso).

Embora refira-se especificamente à doutrina tal como se manifestou nos Estados Unidos, a definição apresentada acima representa uma perfeita síntese de como os realistas em geral formularam sua mensagem. Nem um Direito vindo do céu, nem um Direito estático vindo de manuais, mas um Direito que emanasse das pessoas e de suas ações.

4.4.2.3.1 *Momento histórico*

Movimentos de reação contra o formalismo do positivismo jurídico já podiam ser vistos no século XIX, com a Escola histórica do direito, do jurista Savigny; e com a concepção sociológica do direito, iniciado na Europa continental, no final do século XIX.⁹⁶

Essa doutrina jurídica surge com uma forma mais nítida durante o século XX, com destaque para os realistas americanos, merecendo ser citado o Juiz da

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 58-59.

⁹⁵ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da Argumentação Jurídica. Tradução Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008, p.352.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001, p. 63-64.

Suprema Corte Americana Oliver Wendell Holmes Jr., expoente deste movimento. É mais verificável a manifestação dessa forma de pensar o Direito nos países de Common Law, dada a ênfase nos costumes como fonte do Direito. Isso não significa que outros países, ao adotarem o Civil Law e sistemas mistos, não tenham conhecido essa forma de pensar o Direito.

4.4.2.3.3 *Relação com o “auditório universal”*

Definido o critério de valoração da norma com que se preocupa o realismo jurídico (eficácia), a relação deste critério com os demais (justiça e validade), apresentada uma conceituação, e registrado o momento histórico em que predominou, falta examinar de que forma o discurso do realismo jurídico pretendeu a adesão social dos destinatários desse discurso (o “povo”). Em outras palavras, de que forma o discurso do realismo jurídico pretendeu convencer o “auditório universal”?

Não é difícil chegar a uma resposta clara à pergunta. Os realistas, assim como os positivistas, consideravam que a defesa dos jusnaturalistas da existência de princípios e valores supremos anteriores e acima de qualquer ordenamento jurídico positivo criaria um sistema jurídico sem previsibilidade, o que, mais cedo ou mais tarde, levaria a uma desordem que beiraria o caos. Porém, ao contrário dos positivistas, acreditavam que a segurança jurídica deveria advir não de um sistema de normas codificadas, e sim da averiguação pelo Juiz de como os indivíduos agem no cotidiano. Esse agir cotidiano, repetitivo, por longo tempo, que constrói um conjunto de práticas sociais, deveria ser reconhecido como o Direito de determinada sociedade.

Os realistas viam, no positivismo jurídico, uma forma de discurso por vezes dissociada da realidade das pessoas, onde um mundo de normas escritas, pelo simples fato de terem sido aprovadas por representantes eleitos, corresponderia às aspirações coletivas. O grau de distanciamento entre o eleito e os eleitores é uma realidade em países periféricos, e pode também ser constatada mesmo em países centrais, de vivência democrática secular.

Nem sempre as normas aprovadas nos Parlamentos correspondem aos anseios da maioria da população. Não raro, legisla-se de acordo com as pretensões dos grupos de pressão mais organizados e integrados pelas pessoas mais

abastadas da sociedade. Embora não tenha uma pretensão de promover uma revolução social (muito longe disso), como pretende a doutrina marxista, o realismo jurídico é uma doutrina que defende um Direito mais próximo da realidade, tornando-o menos formal.

Somando-se aos positivistas na crítica ao elevado grau de abstração das formulações dos jusnaturalistas, e, depois, mostrando a fragilidade do positivismo jurídico na construção de um Direito mais próximo das pessoas e de suas práticas cotidianas, o realismo jurídico procurou convencer o “auditório universal” de que seria mais útil que o positivismo jurídico. Os códigos seriam “elaborados” pela própria sociedade, e não por legisladores distantes da realidade social. Aos legisladores, que não desapareciam, caberia o papel de fiscais dos atos do Executivo. O reconhecimento dos costumes e práticas vigentes na sociedade seriam introduzidos num sistema de precedentes judiciais, que se aplicariam aos casos idênticos, até que o costume modificasse.

Há uma tradição no Direito americano, sobretudo nos julgados da Suprema Corte, em buscar a chamada “moral community” (moral da comunidade), que vem a ser a moral média dos cidadãos da comunidade. O Juiz deve decidir com base nos costumes, valores, e hábitos reinantes. É uma espécie de decisão baseada na “sociologia moral da coletividade”, algo próximo do conceito de opinião pública. Eis uma das vertentes do realismo jurídico.

O discurso realista, portanto, buscou legitimidade e a adesão do “auditório universal” através do recurso a um sistema de normas sociais, rejeitando os valores supremos supostamente “auto-evidentes”, que seriam a essência do jusnaturalismo, e, também, um sistema rígido de normas codificadas que, dificilmente, conseguiriam sintetizar os anseios da sociedade, sistema este identificado com o positivismo jurídico. O Direito deveria ser uma “obra viva”, sendo o Direito baseado na eficácia das normas o melhor Direito.

4.4.2.3.4 *Da análise crítica*

Ao isolar o Direito do critério de justiça, o realismo jurídico retira um valor essencial para a construção de uma sociedade democrática e civilizada. Embora a justificativa para tal expediente seja a de que os jusnaturalistas pregavam valores abstratos demais, dentre estes o valor “justiça”, que nunca teriam um conteúdo

definido e aceito consensualmente, abandonar a meta de construir um Direito justo traz à doutrina em estudo uma carência de metas. A tarefa do profissional e estudioso do Direito torna-se mecânica porque visa, apenas e tão somente, a descrever a realidade tal como aparece em frente aos olhos.

Mudar a realidade e torná-la mais justa ou, ao menos, melhorar as relações políticas, sociais, e econômicas, deixariam de ser uma missão do Direito e de quem se ocupa das atividades inerentes a essa ciência. O positivismo jurídico, doutrina examinada anteriormente, também incide no mesmo equívoco ao desprestigiar a busca por um Direito justo. Mas, nas sociedades democráticas que aderiram ao positivismo jurídico, existem, pelo menos, constantes debates nos Parlamentos para que uma norma ingresse no mundo jurídico. A opinião pública, grupos de pressão, e imprensa procuram, na medida de suas forças e influência, participar desse debate e tornar o processo legislativo legítimo. Em suma, no realismo jurídico, não há nenhuma construção e intervenção na realidade, apenas constatação de como se dão as práticas sociais, cabendo ao Direito oficializá-las através de autoridades com poder de decisão.

Como já comentado, a escravidão foi uma prática recorrente em diversos momentos da história da humanidade. Foi uma prática altamente eficaz, o que não a torna justa. Um Direito que aceita passivamente a escravidão é um Direito baseado na força no plano interno quando escraviza homens que integram seu povo, e/ou na força no plano externo quando escraviza homens de outros povos. Desse modo, o realismo jurídico pode, embora não tenha sido essa a intenção de muitos de seus teóricos e seguidores, legitimar ordens jurídicas de Estados opressores.

Um outro exemplo pode ajudar a compreender o risco de adoção cega dessa doutrina. Durante muitos anos, vigorou, em muitas das comunidades cariocas, o chamado “toque de recolher”, que consistia basicamente em uma ordem vinda do grupo de traficantes de drogas que dominava determinado local no sentido de que o comércio fosse fechado e as pessoas voltassem o mais rápido possível a suas casas.

O objetivo era permitir o comércio de drogas em um ambiente livre dos olhos das pessoas e, também, facilitar a fuga em eventual operação da Polícia. Pois bem, tratava-se de uma prática altamente eficaz, já que os moradores dessas comunidades não ousavam desafiar o poder dos traficantes locais, obedecendo sem titubear ao toque de recolher. Se o Direito for reduzido a um fato social, devendo

reconhecer e oficializar a realidade das condutas humanas, restaria ao operador considerar como pertencente ao Direito a prática ora descrita, olvidando-se de levar em consideração a situação de pavor dos indivíduos que, em verdade, esperam uma intervenção do Estado para resgatar a ordem social e o direito de ir e vir. Eis um exemplo extremo que, repita-se, embora não tenha sido essa a intenção de muitos realistas e seguidores, demonstra um cenário possível à luz dessa doutrina jurídica. Inúmeras foram as situações em que práticas sociais perversas vigoraram. A história da humanidade é rica em exemplos. Com maior ou menor sucesso, os profissionais e estudiosos do Direito procuraram usar as leis para reverter essa realidade e reconstruir o curso da história a partir de novas práticas. Assim, ao ignorar o papel pedagógico e reformista que o Direito pode ter, o realismo jurídico esgota-se no fato social e torna o Direito refém de contextos perversos, como são exemplos a escravidão e o chamado “toque de recolher”, ambos aqui mencionados.

Tais “situações limite”, em que os fatos sociais demonstram não uma adesão da comunidade a uma prática, mas o domínio de um grupo de pessoas (os traficantes, no exemplo acima), não são fonte para o melhor Direito. Certamente, o “auditório universal”, para resgatar expressão central neste trabalho, não admite um Direito criado nesses termos. Ao revés, espera que o Direito repudie e puna essa prática. Destarte, o realismo jurídico, ao não responder à sociedade com medidas ativas de correção de rumo das práticas sociais ilegítimas, já que ao Direito caberia o papel de oficializá-las acriticamente, perde a adesão e simpatia do “auditório universal”.

4.4.2.4 No pós-positivismo jurídico

4.4.2.4.1 *Conceito*

O pós-positivismo jurídico pretende ser uma superação do positivismo jurídico, ainda que mantendo algumas de suas bases. A expressão “pós” já confere essa interpretação desde logo. Para superar o juspositivismo, não reedita sob outros parâmetros o realismo jurídico. Há aqui uma tentativa de resgate do jusnaturalismo utilizando-se elementos do positivismo jurídico, ou seja, mantendo algumas de suas bases, como dito acima.

Explique-se: com o surgimento do positivismo jurídico e, depois, com o realismo jurídico, o jusnaturalismo foi relegado a segundo plano, deixando de ser uma doutrina ou escola protagonista no cenário jurídico. Esse processo de perda de importância do jusnaturalismo conduziu os Estados a valerem-se de leis escritas e regularmente aprovadas pelo Legislativo para construção do ordenamento jurídico. Os Juízes deveriam ser meros aplicadores da lei, dispondo de pouca margem de interpretação e criatividade nos julgamentos. A máxima de Montesquieu de que o Juiz deveria se comportar como um mero "boca da lei" é amplamente conhecida e divulgada como símbolo máximo do positivismo jurídico, seguido sobretudo pelas correntes mais conservadoras, como a Escola da Exegese por exemplo.

Essa "castidade axiológica",⁹⁷ expressão aqui já utilizada, foi muito útil para os regimes totalitários que se ergueram durante o século XX por boa parte da Europa, sendo exemplos a Itália com Mussolini, a Alemanha com Hitler, Portugal com Salazar, Espanha com Franco, e a Rússia com Stálin. Em todos estes países, havia um ordenamento jurídico, mas este não tinha nenhum comprometimento com valores humanistas. Se a lei era aprovada pelo Legislativo, era o suficiente para ser válida e, portanto, aplicável.

É público e notório o destino desses regimes e o mal que causaram não somente ao próprio povo que com ele conviveu diretamente, mas, também, à humanidade. A reação dos estudiosos do Direito após o cenário de "terra arrasada" que se seguiu ao fim da Segunda Guerra Mundial foi imediata: era necessário que o Direito voltasse a se reencontrar com os valores humanistas. O pós-positivismo jurídico procura, pois, um reencontro do Direito com a Ética, a Justiça, e o Humanismo. O princípio da dignidade da pessoa humana, presente em diversas Constituições ocidentais (incluída aí a Constituição brasileira), ganha especial relevo, servindo de norma de primeira referência para a interpretação e aplicação das demais normas constitucionais e das normas infraconstitucionais.

Nesse diapasão, não basta uma norma ser válida sob a ótica da obediência ao processo legislativo traçado na Constituição, mas, também, é necessário que essa norma seja condizente com valores humanistas e sirva ao homem e suas aspirações de construção de uma sociedade justa e fraterna. Aliás, uma das consequências desse movimento foi justamente inserir nas Constituições valores

⁹⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

humanistas. A própria leitura da Constituição brasileira é didática para compreensão desse movimento. Um exemplo que vem a calhar pode ser vislumbrado em todos os nove títulos, sobretudo nos Títulos I (Dos princípios fundamentais) e II (Dos direitos e garantias fundamentais).

Pode-se afirmar, para finalizar a explicação do conceito desta doutrina ou escola jurídica, que o pós-positivismo jurídico teve uma preocupação dupla: a norma deveria ser válida, ou seja, aprovada regularmente pelo Legislativo, mas, ao mesmo tempo, condizente com valores humanistas, vale dizer com o princípio da dignidade da pessoa humana. Daí se dizer que o pós-positivismo jurídico procurou resgatar elementos do jusnaturalismo, sem, contudo, abandonar totalmente o positivismo jurídico, haja vista a importância da segurança jurídica, até mesmo para tornar fácil e viável a exigibilidade dos direitos fundamentais e demais direitos.

4.4.2.4.2 *Momento histórico*

O pós-positivismo jurídico surge no contexto do pós Segunda Guerra Mundial (1937-1945) como uma reação às atrocidades cometidas naquele período e da necessidade de criação de um Estado Social, mais comprometido em prover os cidadãos de um conjunto de direitos e serviços necessários à garantia do "mínimo existencial".

Trata-se da doutrina ou escola jurídica de maior influência no Direito atual, servindo de inspiração para os mais jovens juristas. Gestado no fim da primeira metade do século XX e de protagonista ao longo da segunda metade do mesmo século, o pós-positivismo jurídico ainda é uma doutrina em construção e em fase de aplicação, não se podendo afirmar de forma alguma estar consolidada, muito menos superada.

4.4.2.4.3 *Relação com o “auditório universal”*

Definido o critério de valoração da norma com que se preocupa o pós-positivismo jurídico (validade da norma e, ao mesmo tempo, justiça desta norma), apresentada uma conceituação, e registrado o momento histórico em que emerge, falta examinar de que forma o discurso do pós-positivismo jurídico pretendeu a adesão social dos destinatários desse discurso (o “povo”). Em outras palavras, de

que forma o discurso do pós-positivismo jurídico pretendeu convencer o “auditório universal”?

É inevitável, para compreender a relação do pós-positivismo jurídico com o "auditório universal", lembrar da história. É preciso ter em mente, conforme explicado nas letras "A" e "B", que se estava diante de um cenário de "terra arrasada". Boa parte da Europa havia sido governada por Ditadores e a outra parte estava parcialmente ou completamente destruída pelos combates terrestres, marítimos, e aéreos. Até mesmo os países vitoriosos daquela Guerra, como Inglaterra e França, sofriam consequências perversas, tais como nacionais mortos em combate e altos gastos canalizados para um único propósito.

Esse quadro traçado acima mostra uma carência de toda a população com serviços básicos, como saúde, educação, segurança, moradia, emprego, previdência, etc. Numa Guerra, tais direitos e serviços são um "luxo". Fome e miséria assolavam essa Europa arrasada depois da Segunda Guerra. O que era razoável que os cidadãos exigissem? Em outras palavras, o que se espera dos indivíduos racionais, aqueles que compõem o "auditório universal" perelmaniano, em termos de cobrança? Nada além de pão, casa, hospital, escola, e emprego.

Pois bem, foi exatamente isso que o pós-positivismo jurídico procurou propiciar aos homens naquele momento. Para cumprir com esse mister, os teóricos do pós-positivismo jurídico defenderam que as Constituições deveriam deixar de ser liberais e serem sociais. Desse modo, o pós-positivismo jurídico acenava para o "auditório universal" com uma Constituição social que construísse as bases e abrisse caminho para um Estado Social, provedor de pão, casa, hospital, escola, e emprego. Ademais, como já comentado, o princípio da dignidade da pessoa humana é constitucionalizado e passa a ser referência para a interpretação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais.

Para evitar o retorno àquele cenário de horror vivido durante a Guerra, as Constituições também deveriam ser claras no sentido de proteger a democracia, o que gerava estabilidade interna, e a soberania dos povos, o que gerava estabilidade externa.

4.4.2.4.4 *Análise crítica*

Sem dúvida, a proposta do pós-positivismo jurídico de criar um modelo de Estado ativo e provedor, em contraposição ao Estado absenteísta que vigeu durante o absolutismo e no período entre guerras, era adequada para aquele momento histórico e ainda é, haja vista a necessidade de aperfeiçoamento e consolidação desse modelo. O pós-positivismo jurídico influenciou, assim, a passagem do Estado legislativo de Direito para o Estado Democrático e Social de Direito.

Não obstante o reconhecimento da importância desse movimento, alguns problemas surgiram. A crença de que a simples positivação dos direitos fundamentais, de princípios como a dignidade humana, bem como de demais direitos, criou uma falsa ilusão de que se estava diante de um mundo perfeito. Não é bem assim. Os juristas, os profissionais do Direito, e a sociedade como um todo verificaram que nem sempre a positivação de direitos antes não garantidos de forma solene, implica em concretização dos mesmos. Da euforia gerada pela inserção de generoso rol de direitos nas Constituições seguiu-se a frustração causada pela não concretização desses direitos.

A propósito desse fato, Neves, em obra denominada "Constitucionalização simbólica", chama a atenção para a praxe constatada nos Parlamentos de inserir, na Constituição, normas, expressem elas princípios ou regras, com objetivo meramente retórico e simbólico. Daí o título da obra - "Constitucionalização simbólica".⁹⁸ Em outras palavras, insere-se na Constituição normas que apenas dão uma falsa aparência de que a classe política está atenta e preocupada com o clamor de grupos sociais, ou mesmo, com toda a sociedade. Chega a ser, inclusive, uma estratégia de "controle das massas" à medida em que se passa a acreditar que, em um futuro próximo, daquela positivação haverão resultados positivos para todos.

Na doutrina estrangeira, Loewenstein já chamava a atenção para essa característica que as Constituições poderiam adquirir. Criou uma classificação das Constituições quanto à normatividade, isto é, quanto ao grau de eficácia das normas constitucionais. Às Constituições que possuem normas de baixa eficácia e realização na prática, chamou de "Constituição nominal". Pois bem, muitas das Constituições da era do pós-positivismo jurídico se enquadram nessa classificação, sendo, na prática, verdadeiras promessas ainda não cumpridas.

⁹⁸ NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

Outro problema do pós-positivismo jurídico deve-se ao caráter polissêmico dos princípios. Sabe-se que essa relevante doutrina jurídica advoga a importância dos princípios no sistema jurídico. Muitas das normas constitucionais e infraconstitucionais na era do pós-positivismo jurídico expressam princípios. Cada princípio pode ser interpretado de várias formas (caráter polissêmico) e, assim, utilizado para chegar-se a diversos resultados em um mesmo processo, inclusive resultados contraditórios entre si. Sem falar na possibilidade de haver, em um mesmo caso, colisão entre princípios. Robert Alexy, na sua obra "Teoria dos Direitos Fundamentais", oferece soluções teóricas para esse problema.⁹⁹ Mas, reconheça-se, na prática, não é incomum que um Juiz dê maior relevância a determinado princípio e outro colega Juiz confira maior importância a outro princípio.

O excesso de subjetividade ligado à ampla possibilidade de escolha de linha interpretativa acabou por abrir espaço, em alguns casos, a um indesejável decisionismo. Cada Juiz e Tribunal decidiria como melhor lhe aprouvesse, sem que haja uma regra clara a seguir e sem que se tenha uma previsibilidade mínima do resultado. Haveria, desse modo, um certo arbítrio por parte do julgador. Sem que haja culpa do Magistrado, não se podendo afirmar que se trata de poder "auto-conferido" ou "auto-imposto". O próprio caráter polissêmico dos princípios existentes no ordenamento jurídico é que permite a alegada discricionariedade.

Essas constatações também autorizam a afirmação de que esse cenário gera insegurança jurídica. Identificado por alguns como princípio de viés conservador, a segurança jurídica pode ser de extrema importância para o cidadão e para as empresas. A previsibilidade das decisões judiciais permite ao cidadão e às empresas aferir a conveniência de propor uma demanda judicial ou promover um acordo, bem como comportarem-se, na esfera privada e pública, de acordo com determinadas diretrizes firmadas pelo Judiciário.

Não é o foco deste trabalho, mas fica o registro de que os sistemas jurídicos de *Civil Law* vêm, cada vez mais, utilizando ferramentas do *Common Law* a fim de criar um cenário de previsibilidade das decisões judiciais a partir do reconhecimento da importância de se criar uma cultura de respeito aos precedentes, sobretudo aqueles firmados pela Suprema Corte. Foi uma solução encontrada por países que

⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

aderiram ao pós-positivismo jurídico para minimizar a insegurança jurídica gerada em algumas situações.

4.5 NO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Pode-se dizer que, hoje, na doutrina jurídica, predomina o pós-positivismo jurídico. Não que não mais existam juristas defensores do jusnaturalismo, do positivismo jurídico, ou do realismo jurídico. Mas, o pós-positivismo jurídico representa uma natural evolução do Direito. O transconstitucionalismo, como já comentado, não chega a ser uma nova doutrina jurídica e pode conviver muito bem com o pós-positivismo jurídico.

Numa “sociedade mundial”, não se pode conceber que o “auditório universal” de um orador esteja limitado somente aos “indivíduos racionais” de seu povo. Assim, a partir dessa premissa, a melhor interpretação é a que confere à expressão a maior dimensão possível, ou seja, a de que pode abarcar todos os “indivíduos racionais” de todos os povos, isto é, toda a “humanidade racional”.

A constatação a que se chegou acima pode ser bem compreendida a partir de um exemplo prático. A União Europeia, integrada hoje por 28 países, tem uma Presidência rotativa, sendo ocupada, a cada 06 meses, por um dos Chefes de Estado de cada integrante do bloco. O Chefe de Estado que ocupa a Presidência da União Europeia, em seus discursos e decisões administrativas, tem em seu horizonte todos os cidadãos dos países que integram a União Europeia. Em outras palavras, seu auditório não se limita a um povo somente. Tal fato é consequência do grau de aproximação entre os países na contemporaneidade, especificamente os integrantes da União Europeia. É uma *unitas multiplex*.¹⁰⁰

Diga-se o mesmo sobre o auditório de um Juiz do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), Tribunal responsável por julgar os conflitos entre membros do bloco. Suas decisões têm em mira todos os cidadãos dos países que integram a União Europeia. Em outras palavras, seu auditório não se limita um povo somente.

Essa ideia ampla de “auditório universal” (que parece ter sido a intenção de Perelman) enseja a criação de um discurso jurídico que transcende fronteiras, o

¹⁰⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 26-27.

transconstitucionalismo. Na contemporaneidade, o “auditório universal” deixou de ser local e passou a ser mundial. Assim, qualquer povo pode aproveitar as decisões emanadas das Cortes Constitucionais de outros Estados porque o auditório dos Juízes constitucionais, na contemporaneidade, não está restrito somente ao seu povo. O transconstitucionalismo, dentre todos os discursos jurídicos analisados, é o que mais tem condições de dialogar de forma satisfatória com esse novo “auditório universal”, que é a “sociedade mundial”.

Nesse contexto, tem sido cada vez mais frequente decisões de Cortes Constitucionais que invocam jurisprudência de Tribunais de outros Estados, Tribunais internacionais, ou Tribunais supranacionais. A globalização tornou esse processo, que ainda está em plena fase de maturação, irreversível.

No transconstitucionalismo, novo discurso jurídico que, para legitimar-se, precisa buscar o convencimento do “auditório universal”, não há recurso à “natureza universal” do homem (jusnaturalismo), à “vontade popular” dos cidadãos expressa nas leis escritas (positivismo jurídico), ou ao “espírito do povo” (*Volksgeist*) constatável nos costumes e práticas sociais (realismo jurídico), mas a uma construção racional e dialógica com o mundo globalizado e cada vez mais interligado, discutindo-se questões constitucionais que afetam a todos de alguma forma.

Na “sociedade mundial”, o direito nacional tornou-se insuficiente para legitimar as decisões dos Juízes, sobretudo nos *hard cases*. Os Juízes passaram a recorrer à força persuasiva de decisões de casos paradigmáticos proferidas por Tribunais além fronteiras (com destaque para a Suprema Corte americana e o Tribunal Constitucional alemão) a fim de construir as melhores soluções para casos concretos. Constatadas as limitações do jusnaturalismo, positivismo jurídico, e realismo jurídico, passou-se a crer no transconstitucionalismo como um novo discurso jurídico com chance maior de convencer o “auditório universal”. Trata-se de um novo discurso jurídico, mas com velhos objetivos.

Pontue-se a possibilidade de o transconstitucionalismo poder coexistir com o pós-positivismo jurídico. O amplo rol de direitos fundamentais e a existência de princípios, com destaque para o da dignidade humana, características das Constituições do pós-positivismo jurídico, torna necessário e importante recurso a mecanismos interpretativos e argumentativos para delimitar o conteúdo e alcance dessas normas de conteúdo humanista. O transconstitucionalismo oferece,

conforme se verá ainda neste Capítulo, caminhos interpretativos bem sofisticados para lidar com essas normas dotadas de alto valor axiológico.

Ao longo da história, o Direito assumiu diferentes formas, estando sempre presente a meta de convencimento do “auditório universal”. Sob a forma de jusnaturalismo, positivismo jurídico, realismo jurídico, e pós-positivismo jurídico, ideologias dominantes em diferentes períodos históricos (a última ainda em desenvolvimento e que pode coexistir com o transconstitucionalismo), o discurso jurídico procurou se fazer legítimo e aceito.

A ideia de “sociedade mundial” e a constatação de que os problemas constitucionais não mais começam e terminam no Estado-nação, transcendendo fronteiras, indicam que o transconstitucionalismo oferece melhores respostas que as doutrinas jurídicas anteriormente citadas. Todas elas, com exceção do jusnaturalismo, prendem-se à territorialidade. E o jusnaturalismo, ao contrário do transconstitucionalismo, não admite pluralidade interpretativa, vez que os valores abstratos são auto-evidentes e unívocos, prescindindo-se de um processo argumentativo para interpretação e decisão de conflitos.

O transconstitucionalismo, analisado no item anterior, não chega a ser uma nova doutrina jurídica. Tem uma proposta menos ambiciosa nesse aspecto. Aliás, vale-se de elementos positivos de cada uma das diferentes doutrinas jurídicas. Mas, sem dúvida, tem uma proposta clara de convencimento do “auditório universal” à medida em que propõe construir o melhor direito a partir de um intercâmbio entre ordens jurídicas distintas, sendo mais um discurso jurídico que abraça o mencionado propósito.

5 TRANSCONSTITUCIONALISMO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste Capítulo, serão analisados casos concretos, todos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, em que o Tribunal enfrentou temas já discutidos por outras ordens jurídicas, tendo valido de alusão às decisões de órgãos jurisdicionais pertencentes a ordens jurídicas distintas na discussão da matéria. De outra via, também serão mencionados casos em que o esperado diálogo transconstitucional não ocorreu, tendo havido "autismo" por parte do Tribunal. Tal análise permitirá chegar a uma resposta ao problema formulado no Capítulo 1.

São muitos os processos em que o STF enfrentou uma matéria viável de ser discutida a partir do transconstitucionalismo, seja porque outras Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais já haviam enfrentado a matéria, seja por conta da existência de tratados internacionais relacionados ao assunto. Logo, surgem, de plano, duas dificuldades: a primeira consiste no número de casos a serem selecionados e a segunda consiste em quais casos selecionar.

Foram selecionados 05 casos. Uma relação maior poderia levar à exposição superficial de cada um deles, sem maior aprofundamento e sem ater-se a detalhes importantes de cada processo. Para a seleção de quais casos, levou-se em consideração a importância da matéria discutida para os direitos fundamentais e os direitos humanos.

Não que não existam outros julgamentos de grande importância para os direitos fundamentais e os direitos humanos. De forma alguma. Em tese, todas as causas levadas ao Supremo Tribunal Federal são revestidas de grande importância, o que se acentuou com a exigência de repercussão geral para interposição do Recurso Extraordinário com o advento da EC 45/2004. Mas, os casos selecionados são paradigmáticos e indicam um norte para uma infinidade de processos idênticos ou similares. Destarte, foram selecionados verdadeiros *leading cases*.

Cada item corresponde a um caso e, de forma didática, foi dividido em três partes: a primeira parte traz o histórico do caso, a segunda parte destaca o trecho dos votos e/ou do acórdão em que há presença de transconstitucionalismo, e, por fim, a terceira parte contém comentários acerca do diálogo transconstitucional

travado no caso, analisando como se deu a interação da Suprema Corte com outras ordens jurídicas, evidenciando o grau de disposição para tal diálogo. Nessa terceira parte, afere-se, também, se, naquele caso particular, a presença do transconstitucionalismo constituiu um mero *obiter dictum* ou integrou-se à *ratio decidendi*.

Por fim, antes de adentrar o cerne do Capítulo, é preciso lembrar, como foi explicado no Capítulo 4, que o transconstitucionalismo se manifesta quando há discussão, em ordens jurídicas distintas, de uma mesma questão constitucional, não ocorrendo somente na discussão sobre direitos fundamentais e direitos humanos, já que há outros temas do direito constitucional além destes. Foram selecionados somente casos envolvendo direitos fundamentais e direitos humanos porque atende à delimitação do tema e ao marco teórico.

5.1 HC N° 82.424/RS – MINISTÉRIO PÚBLICO X ELLWANGER - ANTISSEMITISMO - CRIME DE RACISMO

5.1.1 Histórico do caso

Em 12 de novembro de 1991, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia contra Siegfried Ellwanger Castan sob a acusação de prática do crime previsto no art. 20, *caput*, da Lei n° 7.716/89, com a redação dada pela Lei n° 8.081/90. Em 14 de novembro de 1991, a denúncia foi aceita pelo Juiz de Direito da 8ª Vara Criminal de Porto Alegre-RS. O réu era acusado de ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa “Revisão Editora Ltda”, editado, vendido, e distribuído ao público obras de conteúdo antissemitico.

A denúncia foi formulada a partir da representação de terceiros (um deles enquanto representante da Federação Israelita do Rio Grande do Sul). Citando as conclusões do inquérito policial, assim expôs o *Parquet* o caso em análise:

Segundo o incluso inquérito policial, o denunciado Siegfried, na qualidade de escritor e sócio dirigente da Revisão Editora Ltda., situada na Rua Voltaire Pires, n° 300, conj. 02/11, nesta cidade, de forma reiterada e sistemática, edita e distribui, vendendo-as ao público, obras de autores brasileiros e estrangeiros, que abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias e com isso procura incitar e induzir a discriminação racial, semeando em

seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.¹⁰¹

Em seguida, o *Parquet* arrolou os livros que o paciente escreveu ou editou, transcrevendo os trechos que configurariam, de forma cabal, a prática do crime apontado na denúncia. Foram as seguintes obras indicadas como meio para a prática do crime: “Holocausto Judeu ou Alemão? - Nos bastidores da mentira do século”, de autoria do réu; “O Judeu Internacional”, de Henry Ford; “A História Secreta do Brasil”; “Brasil Colônia de Banqueiros”; “Os Protocolos dos sábios de Sião”, todos três de autoria de Gustavo Barroso; “Hitler – Culpado ou Inocente”; e “Os conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra”, todos dois de autoria de Louis Marschalko.

Uma vez que o réu não detém foro por prerrogativa de função, iniciando, nesse caso, a ação penal pública perante um Juízo monocrático, o caso somente chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), em 12 de setembro de 2002, muitos anos depois da judicialização da matéria, portanto.

O *habeas corpus* nº 82.424/RS, ajuizado em 12/09/2002, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), teve como impetrantes os advogados Werner Cantalício João Becker e Rejana Maria David Becker, sendo paciente Siegfried Ellwanger. A autoridade coatora indicada foi o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que confirmou a condenação imposta pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), tendo, na oportunidade, sido cominada pena de 02 (dois) anos de reclusão, com direito a *sursis* pelo prazo de 04 (quatro) anos.

O objeto da impetração era, especificamente, o pedido de desfazimento da caracterização do crime praticado pelo paciente como de “racismo”, dotado de imprescritibilidade, nos termos do que dispõe o art. 5º, XLII, da Constituição Federal.

A última trincheira de batalha para ver revertida a decisão era o Supremo Tribunal Federal (STF). O *habeas corpus* impetrado no STF seguia, exatamente, a mesma linha argumentativa que o anterior impetrado perante o STJ, pretendia que os julgadores se manifestassem acerca do mesmo problema. Não havia negativa da prática de crime por Ellwanger, isto é, alegação de atipicidade do fato, nem foi

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antisemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. **Diário de Justiça**, [S.L.], v. 02144-03, p. 00017, mar. 2004.

suscitada a incidência de alguma das excludentes de antijuridicidade no caso concreto. A insurgência era quanto à caracterização do crime como de “racismo”, o que ensejava a imprescritibilidade. A maioria dos Ministros não considerou os argumentos da defesa e ponderou que o teor das ofensas perpetradas contra a comunidade judaica configura sim prática de “racismo”.

Em 17 de novembro de 2002, o Ministério Público Federal (MPF), por meio do Sub-Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, manifestou-se pela denegação da ordem.

Em 12 de dezembro de 2002, o Relator sorteado, Min. Moreira Alves, proferiu seu voto no sentido de que, embora estivesse clara a prática de crime pelo impetrante, ao editar e divulgar obras de conteúdo anti-semítico, a conduta não podia ser subsumida ao conceito de “racismo”, tal como o constituinte originário positivou no art. 5º, XLII, da Constituição de 1988.

O Min. Moreira Alves utilizou-se de interpretação histórica e resgatou os debates parlamentares da época em que foi proposta a inclusão do mencionado dispositivo na Carta Magna. Lembrou que foi o Deputado Federal Carlos Alberto Caó (PDT-RJ), conhecido como “Caó”, o responsável por trazer o tema à baila. Trechos do discurso do parlamentar foram transcritos no voto do Relator. O tribuno dirigia-se a seus pares falando da escravidão no Brasil, do lento processo de inserção do negro na sociedade, e da persistência do preconceito contra os negros, em que pese o transcurso de quase cem anos da abolição da escravatura. O discurso contou com a manifestação de apoio à defesa da inserção de dispositivo na Constituição que considerasse o racismo crime inafiançável e imprescritível.

Com o resgate dos debates parlamentares que antecederam a chamada “Emenda Caó”, o Min. Moreira Alves queria demonstrar que o constituinte pretendeu punir o racismo praticado contra negros em especial, e não contra judeus, palestinos, árabes, japoneses etc. A tutela dirigia-se, no entendimento do Ministro, aos negros por serem, historicamente, marginalizados na sociedade brasileira. Ao proferir seu voto, mais adiante, o Min. Marco Aurélio dá especial atenção a essa questão: a análise da história brasileira como elemento de interpretação da intenção do legislador e da “vontade da norma”. O Relator decide por conceder a ordem.

Após o voto do Relator, o Min. Maurício Corrêa faz considerações iniciais sobre a matéria, relatando a história do povo judeu, tal como descrita na Bíblia, especificamente no livro de “Gênesis”. Narra alguns episódios bíblicos em que o

povo judeu teria sofrido e sido injustiçado por outro povo para demonstrar que, há muito, não só durante a Segunda Guerra Mundial (1937-1945), infligiu-se dor aos mesmos. O faz somente a título introdutório à discussão dos autos. Na sequência, pede vista dos autos para melhor examinar a questão.

Seu voto, proferido no dia 09/04/2003, foi um dos mais completos, profundos, e bem embasados pela lei, doutrina, e jurisprudência (inclusive, estrangeira, que será objeto de análise detida no próximo item). Abre a divergência entendendo que o constituinte de 1988, ao positivizar o crime de racismo como inafiançável e imprescritível, pretendeu coibir esta conduta da forma mais ampla possível, ou seja, não deixando de punir com a mesma intensidade e consequências jurídicas as condutas preconceituosas e discriminatórias contra índios, mestiços, judeus, palestinos, árabes, japoneses etc.

Sustentou, também, para reforçar seu argumento que os tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário prevêm o combate ao racismo nesses termos, partindo-se da premissa de que incorre na prática do crime quem ofende outrem, de alguma forma, em virtude da cor da pele, etnia, local de nascimento, dentre outros caracteres que definem a pertença de um indivíduo a determinado grupo de pessoas, não sendo somente a cor da pele critério único para se considerar existente a prática de racismo.

Em 17 de setembro de 2003, o Plenário do STF decidiu, por maioria, indeferir o *habeas corpus*, mantendo, portanto, a condenação criminal imposta pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS). Em 19 de março de 2004, é publicado o acórdão. A maioria foi composta pelos Ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, César Peluzo, e Sepúlveda Pertence. Vencidos os Ministros Moreira Alves (Relator), Marco Aurélio, e Carlos Britto.

5.1.2 Presença de transconstitucionalismo

No caso em tela, a presença do transconstitucionalismo é constatada nos votos dos Ministros Maurício Corrêa, Moreira Alves, Celso de Melo, Gilmar Mendes, e Marco Aurélio. Também ficou registrada fundamentação à luz do transconstitucionalismo na ementa do acórdão.

O Min. Maurício Corrêa valeu-se do transconstitucionalismo na fundamentação de seu voto. Confirmam-se as passagens:

Os tratados antes referidos, subscritos pelo Brasil, demonstram que perante o Direito Internacional Público considera-se crime a propagação de doutrinas fundadas em discriminações e baseadas na superioridade ou ódio raciais, o que coloca o país ao lado das nações mais adiantadas no mundo no campo dos direitos humanos. Por outro lado, dá a exata dimensão do que tais normas convencionaram, tanto que inseridas no contexto da Constituição Federal e reguladas em normas infraconstitucionais, na forma do que preconiza o § 2º do art. 5º, em harmonia com o inciso II do artigo 4º da mesma Carta. [...]

No âmbito dos Tribunais, é importante anotar que questão semelhante foi enfrentada pela Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos em agosto de 1999. No caso *United States versus Lemrick Nelson*, decidiu-se que, embora o povo judeu não seja hoje tido como uma raça, tal não o retira da proteção da Emenda 13, que proíbe qualquer forma de discriminação racial, pois a Suprema Corte com firmeza declara que os judeus 'são considerados uma raça para certos direitos fundamentais estabelecidos pelo Congresso com base na Emenda 13'.

A Suprema Corte norte-americana decidiu em 1987, por unanimidade, seguindo o voto do *Justice White*, que os judeus estavam tutelados pela legislação norte-americana contra a discriminação racial (1982). Afirmou a Corte que, com base na estrutura da lei de 1982, árabes e judeus estavam entre os que, na época, eram tidos como raças distintas, estando por ela protegidos. O fato interessante é que a defesa dos réus, responsáveis por pichar uma sinagoga com mensagens anti-semitas, foi exatamente de que não sendo os judeus uma raça distinta, não estariam protegidos pela lei.

Também emblemático julgamento proferido pela Câmara dos Lordes na Inglaterra em 1983. No caso '*Mandla and another versus Dowell Lee and another*', debateu-se a existência de discriminação racial pelo fato de uma escola haver proibido um jovem '*sikh*' de usar o tradicional turbante de sua religião. A defesa alegou que os '*sikhs*' constituíam essencialmente um grupo religioso e não uma etnia para fins de aplicação da lei inglesa. Decidiu a Corte britânica que o ato era discriminatório para os fins do '*Race Relations Act*', uma vez que os '*sikhs*' são um grupo racial em face de suas origens étnicas.¹⁰² (grifo nosso)

Após o voto do Min. Maurício Corrêa, o Min. Moreira Alves, que já tinha votado por ser Relator da matéria, resolve fazer considerações sobre o voto que proferira para reforçar os seus argumentos apresentados anteriormente e confirma o

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. *Diário de Justiça*, [S.L.], v. 02144-03, p. 573-580, mar. 2004. [Voto do Ministro Maurício Corrêa].

voto no sentido de conceder a ordem ao paciente. O interessante para o objeto de estudo deste trabalho, o transconstitucionalismo, é que, ao confirmar seu voto, o Min. Moreira Alves vale-se de transconstitucionalismo, o que não havia feito na sua primeira manifestação, citando casos da Suprema Corte Americana. Confira-se:

Ora, com relação a decisões da Corte Suprema norte-americana, tomo a que foi prolatada - esse exemplo se encontra à página 45 do parecer apresentado - em 18 de maio de 1987, relativa à sinagoga de uma congregação em Maryland que tinha sido grafitada, em tinta vermelha e preta, com 'slogans' anti-semitas, frases e símbolos; a congregação e alguns de seus membros moveram ação contra os responsáveis invocando lei de 1982 voltada ao combate à discriminação racial; os acusados se defenderam alegando, à maneira do ora paciente neste habeas corpus, que, não sendo os judeus um grupo racial distinto, não eram eles objeto da tutela prevista nessa lei, vencendo em primeira e segunda instâncias, o que foi revertido por decisão da Suprema Corte em 18 de maio de 1987. Sucede que o fundamento dessa última decisão foi claro: apesar de os judeus serem parte do que é tido como raça caucasiana - consequentemente branca -, estavam tutelados pela referida lei porque ela visava a proteger da discriminação classes identificáveis de pessoas submetidas à discriminação intencional, apenas por conta de sua origem ou características próprias, afirmando a Corte, com base no histórico da mesma lei, que árabes e judeus estavam entre os que, na época, eram tidos como raças distintas, o que significava que se tratava, no caso, de interpretação da lei de 1982 para verificar o seu alcance, o que não quer dizer que, com isso, se firmava uma conceituação abstrata e genérica de racismo.¹⁰³ (Grifo nosso)

Esse julgado da Suprema Corte americana mencionado pelo Min. Moreira Alves é um dos que foram mencionados pelo Min. Maurício Corrêa, sendo que, nesse particular, o primeiro explica que a Suprema Corte não formulou um conceito de racismo, conceituando-o com a amplitude que o segundo pretendeu conferir à expressão. Explica que, em verdade, a lei de 1982 tinha alcance amplo e deixava claro que raça não se resumia a cor da pele. Tal fato, no entender do Min. Moreira Alves, não poderia ser abstraído da legislação brasileira, que não tinha a mesma clareza da lei do estado de Maryland, parâmetro de julgamento da Suprema Corte americana.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antisemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. *Diário de Justiça*, [S.L.], v. 02144-03, p. 608-609, mar. 2004. [Voto do Ministro Moreira Alves].

Prossegue o Min. Moreira Alves citando mais dois casos, desta vez nenhum deles mencionado anteriormente pelo Min. Maurício Corrêa:

Há, ainda, uma decisão mais recente da mesma Corte sobre o problema do racismo em face da liberdade de manifestação de pensamento. Isso ocorreu **em decisão de junho de 1992 no caso RAV (como era indicado o réu, que era menor) versus a cidade de Saint Paul, em Minesota. Tratava-se de caso de um garoto que atirara uma cruz incendiada contra uma família negra e, por conta disso, foi acusado de discriminação contra membro de uma raça. Foi ele absolvido, considerando que, nessa hipótese, prevalecia a liberdade de expressão.**

Outro mais antigo é um caso em que **um padre católico que, do púlpito de sua igreja, atacou, violentamente, um grupo judaico que repeliu o ataque em altos brados. Veio a polícia e o sacerdote foi preso por desordem social. A Suprema Corte o absolveu por estar ele protegido pela liberdade de expressão.**¹⁰⁴

(grifo nosso)

Os julgamentos citados não enfrentam a questão do sentido e extensão da palavra "racismo", já que enfatizam o confronto de manifestações de cunho preconceituoso com o direito à liberdade de expressão, fugindo da linha argumentativa que vinha sendo construída pelo Min. Moreira Alves. Aliás, ele mesmo reconhece isso após citar os dois casos, explicando que se situam mais no plano da liberdade de expressão.

Mais tarde, o Min. Ayres Britto irá seguir essa linha, dando primazia ao direito à liberdade de expressão, mas, na confirmação de voto do Min. Moreira Alves, esses dois casos ficam sem sentido. Ademais, são julgados que fragilizam o combate ao preconceito e, portanto, fragilizam a defesa dos direitos humanos, não sendo grandes exemplos de brilhantismo da Suprema Corte americana. Ao revés, são exceções no histórico de combate ao preconceito contra as minorias.

O Min. Celso de Mello também valeu-se do transconstitucionalismo na fundamentação de seu voto. São nove das vinte e quatro páginas do voto ocupadas com referências a tratados internacionais que versam sobre o combate ao preconceito, seja ele de que forma se manifeste, contendo referência ao caso específico do anti-semitismo. Obviamente, não serão transcritas as 09 páginas. Além de desnecessário, torna a leitura cansativa. Confirmam-se algumas das

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antisemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. **Diário de Justiça**, [S.L.], v. 02144-03, p. 609-610, mar. 2004. [Voto do Ministro Moreira Alves].

principais passagens em que o Ministro recorre ao transconstitucionalismo (no caso, transconstitucionalismo entre ordem jurídica estatal e direito internacional público):

Cumpra bem destacar, por isso, Senhor Presidente, dentro desse contexto, a significativa importância que representou, no processo de conquista e preservação das liberdades fundamentais, a promulgação, há quase 55 (cinquenta e cinco) anos, em 10/12/1948, pela 3ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos da pessoa humana.

Esse estatuto das liberdades públicas representou, no cenário internacional, importante marco histórico no processo de consolidação e de afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana, pois refletiu, nos trinta artigos que lhe compõem o texto, o reconhecimento solene, pelos Estados, de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e titularizam prerrogativas jurídicas inalienáveis que constituem o fundamento da liberdade, da justiça, e da paz universal.¹⁰⁵ (grifo nosso)

No trecho supracitado, o Ministro destaca a importância histórica e jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) para a humanidade, especialmente para os direitos humanos, conceito que abrange as liberdades públicas.

Seguindo sua alusão ao documento:

Com essa proclamação formal, os Estados componentes da sociedade internacional - impulsionados pelo estímulo originado de um insuprimível senso de responsabilidade e conscientes do ultraje representado pelos atos hediondos cometidos pelo regime nazi-fascista e pelos gestos de desprezo e de desrespeito sistemáticos praticados pelos sistemas totalitários de poder - tiveram a percepção histórica de que era preciso forjar as bases jurídicas e éticas de um novo modelo que consagrasse, em favor de todas as pessoas, a posse da liberdade em todas as suas dimensões. assegurando-lhes o direito de viver protegidas do temor e a salvo de todas as necessidades.¹⁰⁶ (grifo nosso)

No trecho supracitado, o Ministro contextualiza o momento histórico e as circunstâncias que ensejaram a elaboração da Declaração, assinalando que se tratou de uma resposta às atrocidades praticadas pelos regimes totalitários que

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. *Diário de Justiça*, [S.L.], v. 02144-03, p. 610, mar. 2004. [Voto do Ministro Celso de Melo].

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 618.

vigoraram na Europa até 1945, sobretudo o nazi-facismo. É justamente sobre a reedição de teses nazistas o pano de fundo da discussão do processo. Portanto, a menção feita à Declaração Universal dos Direitos Humanos e a lembrança do móvel dessa Declaração não foi à toa e são de grande valia para a causa.

Prossegue o Ministro enfatizando a necessidade de os Estados signatários da Declaração efetivarem, no plano interno, os preceitos ali inseridos a fim de que não se torne letra morta:

Esse **documento extraordinário**, mais do que simples repositório de verdades fundamentais, de promessas essenciais e de compromissos irrenunciáveis, **deve constituir, no plano doméstico dos Estados nacionais - e do Brasil, em particular -, o instrumento de realização permanente dos direitos e das liberdades nele proclamados.**¹⁰⁷ (grifo nosso)

Mais à frente, reitera a necessidade de o Brasil reafirmar seus compromissos internacionais no plano interno, tarefa que também incumbe ao Judiciário, dando concretude aos preceitos humanistas que inspiram os documentos assinados, e cita outros tratados além da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Confira-se:

Essa reação - que deve repercutir no próprio sistema de poder e no aparato governamental que lhe dá suporte - deve buscar os meios que permitem transformar, em concreta realidade, os compromissos que o Brasil assumiu ao subscrever a Declaração Universal dos Direitos da pessoa humana, e, considerado o contexto da presente causa, as obrigações éticas e jurídicas que incidem sobre o Estado brasileiro, por efeito de sua adesão a importantes atos, declarações, convenções e estatutos internacionais, como a **Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial (1965)**, a **Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais (UNESCO/1978)** e a **Declaração de Durban e Plano de Ação, resultantes da III Conferência Mundial de Combate ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia e à intolerância correlata (África do Sul/2001)**, '*inter alia*'.¹⁰⁸ (Grifo nosso)

Já ao final de seu voto, o Min. Celso de Melo lembra Resolução da Assembleia Geral da ONU, aprovada em 09/12/1998, que adverte para as novas

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. **Diário de Justiça**, [S.L.], v. 02144-03, p. 618, mar. 2004. [Voto do Ministro Celso de Melo].

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 623.

formas de discriminação racial, como é exemplo o anti-semitismo, prevendo, portanto, que este tipo de preconceito deve ser enquadrado no conceito de racismo para fins penais. Esta tese foi acatada pelo Ministro:

Não se pode ignorar, Senhor Presidente, a propósito do tema que ora julgamos, que **a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas proclamou, em 09/12/1998 (na véspera do 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos da pessoa humana), pela Resolução 623, que o anti-semitismo e todos os atos de intolerância a ele relacionados constituem manifestações preocupantes de formas contemporâneas de racismo, impondo-se, por isso mesmo, a adoção, pela comunidade internacional e pelos Estados nacionais, de medidas que impeçam a propagação desse modo perverso de exclusão social.**¹⁰⁹ (grifo nosso)

O Min. Gilmar Mendes também valeu-se do transconstitucionalismo na fundamentação de seu voto. Fez referência aos tratados regionais e internacionais dos quais o Brasil é signatário: "[...] diversos instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil não deixam dúvida sobre o claro compromisso no combate ao racismo em todas as suas formas de manifestação, inclusive o anti-semitismo.", bem como a dois dos três casos citados pelo Min. Maurício Corrêa¹¹⁰ que, por já terem sido transcritos, não faz sentido repetir.

Mais adiante, ao discorrer sobre questionamento formulado pelo Min. Sepúlveda Pertence acerca da possibilidade de o livro ser meio para a prática de crime, o Min. Gilmar Mendes responde de forma afirmativa e discorre, também, acerca da possibilidade de a negativa do holocausto ser considerada uma conduta criminosa, citando que decisões de Cortes Europeias assim entenderam:

Que, em tese, é possível o livro ser instrumento de crime de discriminação racial, não parece haver dúvida. **As decisões de Cortes Europeias a propósito da criminalização do 'Holocaust Denial' confirmam-no de forma inequívoca (Cf. Boyle, Hate Speech, cit., p. 498).** É certo, outrossim, que a história confirma o

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. **Diário de Justiça**, [S.L.], v. 02144-03, p. 634, mar. 2004. [Voto do Ministro Celso de Melo].

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. **Diário de Justiça**, [S.L.], v. 02144-03, p. 646-647, mar. 2004. [Voto do Ministro Gilmar Mendes].

efeito deletério que o discurso de intolerância pode produzir, valendo-se dos mais diversos meios ou instrumentos.¹¹¹ (Grifo nosso)

Embora o paciente do *habeas corpus* tenha procurado, em obras suas e de terceiros, negar a existência do holocausto da forma como ficou registrado para a história, no caso em tela as publicações, em linhas gerais, também consideravam o povo judeu inferior, indigno, e merecedor de perseguições. Portanto, ainda que a negativa do holocausto por si só não configurasse crime, haviam inúmeros outros elementos que levariam à condenação do réu. Mas, o Min. Gilmar Mendes, como visto, quis também enfrentar essa questão.

O Min. Marco Aurélio Mello também valeu-se do transconstitucionalismo na fundamentação de seu voto. Fez referência aos tratados regionais e internacionais dos quais o Brasil é signatário e a julgados de Tribunais estrangeiros. Primeiramente, cita a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Confira-se:

O pós-guerra - 1948 - fez surgir a Organização das Nações Unidas, vindo-nos a Declaração Universal dos Direitos Humanos: 'Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras'. Em 1950, em Roma, no Convênio Europeu para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, ressaltaram-se aspectos a serem considerados, tais como a liberdade de expressão, o recebimento e a comunicação de informações e o afastamento da ingerência de autoridades públicas. Mais recentemente, via o Pacto de São José da Costa Rica, com a Convenção Americana de Direitos Humanos, selou-se: 'Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda índole, sem consideração de fronteiras'. Eis as normas matrizes de direito internacional em questão.¹¹²

Assim como os Ministros Maurício Corrêa e Celso de Melo, o Min. Marco Aurélio faz menção expressa à Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948),

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. **Diário de Justiça**, [S.L.], v. 02144-03, p. 655, mar. 2004. [Voto do Ministro Gilmar Mendes].

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. **Diário de Justiça**, [S.L.], v. 02144-03, p. 867-868, mar. 2004. [Voto do Ministro Marco Aurélio].

mas, desta vez, o destaque vai para dispositivo da Declaração que trata sobre a liberdade de expressão. Os primeiros haviam se referido a este documento para destacar os dispositivos relacionados ao repúdio à toda forma de discriminação e preconceito contra o próximo.

É que o Min. Marco Aurélio deu primazia, no seu entendimento, à liberdade de expressão, explicando que o paciente quis expressar ideias e apresentar uma versão do nazismo diferente da oficial, trazendo dados, mapas, e fatos que colocariam em xeque a tese de que os judeus foram as maiores vítimas. Ressaltou o Ministro que, assim como fez o Min. Carlos Brito, ainda que absurdas as teses defendidas por Siegfried Ellwanger, ele tinha direito de expressá-las.

O Min. Marco Aurélio traz três julgados da Suprema Corte americana em que se prestigia o direito à liberdade de expressão para reforçar sua tese:

À medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário. **É nesse sentido que, por inúmeras ocasiões, a Suprema Corte americana, em hipóteses a evidenciar verdadeiras colisões de direitos fundamentais, optou pela primazia da liberdade de expressão, mesmo quando resultasse em acinte aos valores culturais vigentes (por exemplo, pornografia, no caso 'Miller v. California') ou em desrespeito à imagem de autoridades e pessoas públicas, como no caso 'Farwell v. Hustler Magazine'. No caso, 'New York Times v. Sullivan', o juiz William Brennan, redator do acórdão, salientou: 'a liberdade de expressão sobre questões públicas é assegurada pela Primeira Emenda, e esse sistema garante o livre intercâmbio de ideias para propiciar as mudanças políticas e sociais desejadas pelo povo'.¹¹³** (grifo nosso)

Pouco mais adiante em seu voto, dedica parte especial a outros julgados de Tribunais estrangeiros que dão guarida a seu entendimento pela prevalência da liberdade de expressão, ressaltando, como dito, que a conduta do paciente estaria protegida por este direito. São decisões do Tribunal Constitucional alemão, da Suprema Corte americana, e do Tribunal Constitucional espanhol.¹¹⁴

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. *Diário de Justiça*, [S.L.], v. 02144-03, p. 875, mar. 2004. [Voto do Ministro Marco Aurélio].

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 902-907.

Essas foram as referências ao transconstitucionalismo expostas nos votos dos Ministros do STF no caso em análise. Importante ressaltar que tais referências não ficaram somente nos votos e foram constar na própria ementa do acórdão, que é o resumo da decisão. Abaixo, os trechos da ementa do acórdão em que ficou consignada a manifestação de transconstitucionalismo:

HABEAS CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

[...]

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo.

[...]

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.

[...]

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.¹¹⁵ (grifo nosso)

Como se vê, nos itens 6 e 9, há, respectivamente, referência expressa a tratados internacionais e a julgados de Tribunais estrangeiros, o que revela o importante espaço ocupado pelo diálogo com o transconstitucionalismo para solução da causa.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Denunciante: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. **Diário de Justiça**, [S.L.], v. 02144-03, p. 00017, mar. 2004.

5.1.3 Comentários

Verifica-se, no caso em tela, uma ampla utilização de decisões emanadas de Tribunais estatais estrangeiros (transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais), alusão a tratados e convenções de âmbito internacional (transconstitucionalismo entre direito estatal e direito regional), bem como alusão a tratados e convenções de âmbito internacional (transconstitucionalismo entre direito estatal e direito internacional). Não só nos votos dos Ministros citados, como também na própria ementa do acórdão, como ficou demonstrado.

O Min. Maurício Corrêa foi o que mais valeu-se do transconstitucionalismo na fundamentação de seu voto. Deixou claro que os tratados de âmbito regional e internacional dos quais o Brasil é signatário tornaram inevitável a interpretação que o mesmo estava conferindo à palavra "racismo", núcleo do debate travado no *habeas corpus*. Fez questão, também, de citar julgados da Corte de Apelação do estado da Califórnia, da Suprema Corte americana, e da Câmara dos Lordes em casos idênticos ou parecidos com o que estava *sub judice* no STF. Seu voto, como dito, recheado de diálogo com o transconstitucionalismo, utilizou três espécies de transconstitucionalismo.

Importante verificar que, ao iniciar a menção à decisão da Corte de Apelação do estado da Califórnia, ressaltou o Ministro que a discussão foi muito semelhante à enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal. É uma forma de dizer que, embora a celeuma no Judiciário brasileiro seja nova, não o é em outros Tribunais, sendo que os debates e decisões adotadas alhures podem servir para iluminar o caminho daqueles que enfrentam o tema pela primeira vez. O segundo caso citado pelo Min. Maurício Corrêa, este julgado pela instância máxima do Judiciário americano, a Suprema Corte, é anterior ao da decisão da Corte do estado da Califórnia, e, muito provavelmente, serviu de parâmetro para a última.

O que mais chama a atenção no voto do Min. Maurício Corrêa é o alerta ao fato de que a defesa dos réus, na Suprema Corte americana, sustentou exatamente a mesma tese de Siegfried Ellwanger: por não existirem raças distintas, apenas uma (a raça humana), o que é comprovado pelas mais modernas pesquisas do genoma humano, o paciente não podia ter discriminado alguém pelo motivo da raça. Assim, não se estava diante de crime de racismo.

O precedente da Suprema Corte afirma que, de fato, para fins biológicos, não existem raças humanas distintas, mas, para fins históricos, políticos, e culturais, é inegável que os seres humanos foram “divididos” em distintas raças com o fim de segregar, discriminar, e humilhar certos grupos de pessoas em virtude da cor da pele, etnia, ou cultura. O Direito não podia ficar indiferente a esse fato social. Ademais, usar essa interpretação seguida pela defesa, como ressaltou o Prof. Celso Lafer, em Parecer apresentado à Corte, e mencionado em diversos dos votos dos Ministros, transformaria o crime de “racismo” em “crime impossível”, retirando, nesse caso, a intenção do constituinte e do legislador ordinário em punir uma conduta repreensível e que causou e ainda causa tantos males à coletividade, mais especificamente aos grupos vulneráveis.

Nos dois casos, discutia-se a aplicação do conceito de “raça” aos indivíduos judeus, tendo-se chegado à conclusão de que, embora ultrapassada cientificamente a ideia de “raça”, para fins legais, condutas tendentes a discriminá-los deveriam ser enquadradas como prática de racismo.

O terceiro caso citado é da Câmara dos Lordes, na Inglaterra. Embora as vítimas da discriminação não sejam judeus, como é o caso dos dois precedentes analisados acima, o cerne da questão acaba sendo o mesmo: se grupos sociais portadores de traços e características peculiares poderiam ser considerados ou não como integrantes de uma “raça”, e, portanto, gozar de proteção das normas incriminadoras de condutas preconceituosas e segregacionistas.

A necessidade de interpretação ampla do termo “racismo”, entendimento exposto na divergência aberta pelo Min. Maurício Corrêa, foi a principal linha seguida pelos Ministros que compuseram a maioria.

Cumprir destacar, no voto do Min. Celso de Melo, que nove das vinte e quatro páginas de seu voto foram ocupadas com referências a tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, o que demonstra a importância que o mesmo confere ao transconstitucionalismo, especificamente ao transconstitucionalismo entre direito estatal e direito internacional, por nós considerado uma das espécies de transconstitucionalismo vertical. Serviu-se de Resolução da Assembleia Geral da ONU para analisar que, hoje, o melhor conceito de racismo para fins de punição penal não deve ater-se somente à cor da pele, mas a novas formas de manifestação, como é o caso do anti-semitismo, formando o seu convencimento a

partir dessa ideia e demonstrando deferência à orientação da ONU aos países-membros dessa organização internacional.

Os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes procuraram ressaltar, em seus votos, que as normas constitucionais, até mesmo os direitos fundamentais, que são cláusula pétrea, não têm caráter absoluto e aplicabilidade irrestrita, devendo ser feito um juízo de ponderação entre os direitos que estão em jogo em cada caso concreto. Trata-se da aplicação do juízo de proporcionalidade pelo julgador. No caso em tela, havia uma colisão entre o direito à liberdade de expressão e, de outro lado, o princípio da dignidade humana, dentre outros.

Os argumentos que prevaleceram no Tribunal foram aqueles sustentados pelo Min. Maurício Corrêa. Seu voto abordou diversos aspectos do problema. Lastreou-se em lei, doutrina, textos científicos, em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, e em decisões estrangeiras, estes últimos dois pontos os que mais interessam ao trabalho. Evidente que todas essas fontes subsidiam a decisão.

Não se pode afirmar que somente as referências transconstitucionais foram decisivas para o deslinde do feito. Mas, sem dúvida, serviram, de forma significativa, para a formação da tese vencedora. Sem dúvida, integraram a *ratio decidendi* do HC 82.424/RS. Como dito, não só nos votos dos Ministros citados, como também na própria ementa do acórdão, foi feita referência ao transconstitucionalismo. Ou seja, de tão importante que foi o diálogo com o transconstitucionalismo para a solução da causa, não pôde ficar de fora do resumo, o que ratifica a tese de que se tratou de elemento integrante da *ratio decidendi*.

5.2 RE Nº 466.343-1/SP - BANCO BRADESCO S/A X LUCIANO CARDOSO SANTOS - PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL

5.2.1 Histórico do caso

O Banco Bradesco S/A propôs Ação de busca e apreensão contra Luciano Cardoso Santos, objetivando a retomada do veículo alienado fiduciariamente em garantia do contrato de financiamento celebrado entre as partes, informando que o réu estava em situação de inadimplemento das prestações pecuniárias, que totalizavam, à época da propositura da demanda, o montante de R\$ 3.114,59 (Três mil, cento e quatorze reais, e cinquenta e nove centavos).

Citado, o réu afirmou não mais estar de posse do bem, o que ensejou a conversão da demanda em Ação de depósito. O réu, novamente citado, não apresentou o bem no prazo fixado nem depositou o valor correspondente em dinheiro.

A sentença prolatada julgou procedente os pedidos formulados na Inicial e condenou o réu a devolver o veículo ou a entregar o seu equivalente em dinheiro no prazo de 24 horas, mas não decretou a sua prisão por entendê-la inaplicável. Inconformado com a não decretação da prisão civil, o autor interpôs Apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo este confirmado a sentença de procedência da Ação de depósito, fundada em alienação fiduciária em garantia, deixando de determinar a prisão civil ao devedor fiduciante, em caso de descumprimento da obrigação de entrega do bem, tal como o postulava o autor fiduciário, por entendê-la inconstitucional.

Contra o Acórdão, a instituição financeira apresentou Recurso Extraordinário, sustentando, em síntese, que a previsão da prisão civil do depositário infiel, assim como a do devedor de alimentos, é constitucional, razão pela qual não há de se falar em nenhuma abusividade da pretensão que motivou a interposição da Apelação e, agora, do Recurso Extraordinário. Ademais, a legislação infraconstitucional prevê a conversão da Ação de busca e apreensão em Ação de depósito quando o autor da ação não logra êxito na retomada do bem que estava na posse do réu.

Pondera que a possibilidade de prisão civil nesses casos é um forte instrumento de coação para que o alienante honre com as prestações que se comprometera a pagar, evitando-se que o mesmo venha a locupletar-se do bem sem pagar pelo mesmo, o que privilegiaria a conduta desonesta do contratante.

A disposição infraconstitucional aplicável ao caso vem a ser o art. 4º do Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, com a redação introduzida pela Lei nº 6.071, de 03 de julho de 1974, que concede ao credor fiduciário Ação de depósito fundada no contrato de alienação fiduciária em garantia, quando não encontre o bem ou não se ache este na posse do devedor fiduciante.

Militava em favor do recorrido, além das decisões do Juízo monocrático e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, uma crescente discussão doutrinária e a divergência jurisprudencial acerca da matéria. Na doutrina, alguns autores entendiam que, com a internalização do Pacto de São José da Costa Rica ao direito brasileiro em 1992, somente a previsão de prisão civil do devedor de alimentos era

permitida, tendo a previsão de prisão civil do depositário infiel incompatibilidade com o referido tratado internacional. Caso isso ocorresse, o Brasil estaria descumprindo o tratado.

A discussão sobre a aplicação desse importante documento internacional esteve presente no voto de todos os Ministros que participaram do julgamento, conforme se verá no próximo subitem. Ficou claro o intuito de compatibilizar o direito brasileiro ao direito internacional público, ou seja, a ordem jurídica estatal à ordem jurídica internacional, o que enseja a incidência de uma das espécies de transconstitucionalismo - transconstitucionalismo entre ordem jurídica estatal e direito internacional público. Daí decorre a importância da seleção do caso para o presente trabalho.

Em 03 de dezembro de 2008, o Plenário do STF decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, mantendo, portanto, as decisões do Juízo monocrático e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Neste caso em análise, votaram os Ministros Cezar Peluzo, Gilmar Mendes, Carmem Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio, Celso de Mello, e Menezes Direito.

5.2.2 Presença de transconstitucionalismo

Como adiantado no subitem anterior, a discussão sobre a aplicação do Pacto de São José da Costa Rica foi uma constante no julgamento da presente causa. Esteve presente no voto de todos os Ministros que participaram do julgamento. Confira-se um a um como aplicaram esse importante tratado internacional na sua decisão.

O Min. Cezar Peluso, Relator do processo, assim se manifestou nesse particular:

Penso que, neste voto, não preciso comprometer-me definitivamente com uma dessas teorias, porque - e disto estou seguro - me basta negar que o Tratado tenha *status* legal, equivalente ao de qualquer lei em sentido estrito, de modo que lhe não pode ser oposto o Código Civil superveniente. [...]
De modo que, para concluir, é com a grande satisfação de ver a evolução da Corte que adiro inteiramente à conclusão de que, nos casos em exame, não subsiste, perante a Constituição da República e o Pacto de San José da Costa Rica, a

admissibilidade de prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a natureza do depósito.¹¹⁶
(grifo nosso)

No primeiro trecho transcrito, o Min. Cézar Peluso faz alusão às teorias existentes em relação à hierarquia dos tratados internacionais no direito brasileiro, tema que estava sendo discutido pelo Min. Gilmar Mendes e que, na opinião deste, o Tribunal precisava firmar um entendimento definitivo. O Min. Cézar Peluso sustenta que não pretende se filiar a uma teoria específica no momento, mas tem a convicção intelectual de que os tratados internacionais não podem assumir nível de mera lei ordinária, merecendo nível supralegal ou mesmo constitucional. E, por assim pensar, considera que o Pacto de São José da Costa está acima do Código Civil. Voltar-se-á a esse tema da hierarquia dos tratados internacionais ao final da análise desse caso por merecer uma reflexão mais aprofundada.

No segundo trecho transcrito, o Ministro conclui seu voto evidenciando que a previsão de prisão civil do depositário infiel "não subsiste perante a Constituição da República e o Pacto de San José da Costa Rica". Não faz nenhuma ressalva quanto à modalidade de depósito de que se esteja tratando (voluntário, judicial, contratual etc), ou seja, qualquer modalidade de depósito de que se esteja tratando não pode ensejar a prisão civil por dívida.

O Min. Gilmar Mendes assim concluiu seu voto:

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7o, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cézar Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.283, jun. 2009. [Voto do Ministro Cézar Peluso].

1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).¹¹⁷ (Grifo nosso)

O Ministro segue a tese da suprallegalidade dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Estando acima das leis ordinárias, ocasiona o efeito de tornar inaplicável a lei ordinária com ela incompatível.

A Min.(a) Cármen Lúcia assim se pronunciou:

Registro, também, que a aplicação do art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69 não foi recepcionada, porém teria uma outra base, conforme destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, **após termos acolhido o Pacto de São José da Costa Rica, por força do artigo 7º, item 7, e até pela cláusula desse mesmo Pacto, a que se refere à impossibilidade de se dar interpretação extensiva a tudo que limita a liberdade, como é o caso específico em que o devedor responderia com o seu corpo por uma dívida de dinheiro.**¹¹⁸ (grifo nosso).

Além de considerar o art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69 não recepcionado pela Constituição de 1988, a Ministra demonstra total adesão à tese sustentada pelo Min. Gilmar Mendes e demais Ministros que o antecederam na votação, no sentido de que o art. 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica tornaram insustentável a prisão civil do depositário infiel.

O Min. Ricardo Lewandowski assim se pronunciou:

Dentro desse contexto, o eminente Ministro Gilmar Mendes traz um novo cenário a essa discussão que é justamente a mudança de paradigmas que se estabelece no cenário internacional, no conserto internacional das nações. **Depois da Declaração Universal de 1948, dos Pactos de Proteção dos Direitos Cívicos e Políticos, e depois dos Pactos de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, das várias convenções e tratados de proteção dos direitos humanos, estabeleceram-se novos paradigmas no mundo todo, um novo *ethos* no que diz respeito aos direitos fundamentais. Isso, necessariamente, tem que influir na interpretação dos direitos fundamentais no plano interno de cada um dos Estados.**

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.191, jun. 2009. [Voto do Ministro Gilmar Mendes].

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.195, jun. 2009. [Voto da Ministra Cármen Lúcia].

Portanto, muito mais que uma interpretação restritiva com relação às restrições que se colocam aos direitos e liberdades fundamentais. Penso que se deve dar uma interpretação proativa, no sentido de se fazer com que os direitos e garantias expressos na Constituição possam se concretizar efetivamente.¹¹⁹ (grifo nosso)

Sem fazer uma menção direta ao Pacto de São José da Costa Rica, o Ministro traçou um panorama geral de importantes tratados internacionais com os quais o Brasil demonstrou aquiescência, e ressaltou a necessidade de efetivação no plano interno dos princípios que inspiraram a elaboração dos mesmos, devendo influir também na interpretação dos direitos fundamentais.

O Min. Joaquim Barbosa assim se pronunciou:

Com o advento do Pacto de San José da Costa Rica, norma internacional de cuja elaboração a República Federativa do Brasil foi partícipe e cujos preceitos integram o catálogo de direitos fundamentais do nosso país, tornou-se ainda mais insustentável a tese que acolhia a prisão civil nos casos que envolvem alienação fiduciária em garantia. Incorporado ao direito positivo brasileiro em 1992, o Pacto de San José, como se sabe, proíbe taxativamente a prisão por dívida no artigo 7º, 7, contrariando assim o disposto no Decreto-lei de 1969. Eis o teor do artigo 7º, inciso 7:

Art. 7º - Direito à liberdade individual

[...]

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.

É patente a situação de conflituosidade entre a norma do Pacto de San José da Costa Rica e a norma doméstica de 1969.¹²⁰

(Grifo nosso)

O Ministro, antes dessa passagem de seu voto, explicava que o fato de a Constituição não prever a prisão civil do devedor fiduciário já era um argumento que militava contra a prisão civil do mesmo, entendendo que o legislador infraconstitucional criou uma hipótese de prisão civil não amparada na Constituição. Com o advento do Pacto de São José da Costa Rica, que previu a impossibilidade

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.196-1.197, jun. 2009. [Voto do Ministro Ricardo Lewandowski].

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.200, jun. 2009. [Voto do Ministro Joaquim Barbosa].

de prisão civil por dívida, salvo a do devedor de alimentos, não há o menor amparo à pretensão dos credores fiduciários em almejar essa modalidade de coerção.

O Min. Ayres Britto assim se pronunciou:

O Ministro Gilmar Mendes também trouxe à colação, em reforço da sua tese, **o Pacto de San José da Costa Rica, que temos aqui nesta Corte entendido que entra no direito brasileiro como norma supralegal: abaixo da Constituição, é certo, mas acima das leis comuns.**¹²¹ (grifo nosso)

Verifica-se o entendimento do Ministro de que o Pacto de São José da Costa Rica tem caráter supralegal, isto é, acima das leis ordinárias, tema que, como falado anteriormente, será objeto de tratamento mais detido ao final da análise deste caso, no próximo subitem. O que aqui interessa no momento é aferir que o Ministro vale-se do supramencionado tratado internacional para fundamentar seu voto e sustentar que há uma colisão entre este e a legislação infraconstitucional que estabeleceu a prisão civil do devedor fiduciário.

O Min. Marco Aurélio assim se pronunciou:

[...] Hoje temos preceito na Carta que versa duas situações concretas a encerrarem a ressalva. E normas a revelarem exceção devem ser interpretadas de forma estrita, é o que nelas se contém. Mas há mais, ainda que pudéssemos confundir a figura do devedor fiduciário com a figura do depositário infiel - e desenganadamente não podemos confundir -, subscrevemos o Pacto de San José da Costa Rica. Fizemo-lo não para tê-lo no mesmo patamar dos dispositivos constitucionais, porque há uma exigência maior, indispensável para que se alcance essa envergadura, que se observe o mesmo procedimento alusivo às emendas constitucionais. **Quando subscrevemos esse Pacto, a legislação regulamentadora do texto constitucional quanto ao depositário infiel ficou suplantada. É que o Pacto de San José da Costa Rica apenas viabiliza a prisão no caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, não versando, portanto, o inadimplemento do depositário infiel.**¹²² (grifo nosso)

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.205, jun. 2009. [Voto do Ministro Carlos Britto].

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.208, jun. 2009. [Voto do Ministro Marco Aurélio].

Na mesma linha de argumentação daquela desenvolvida pelos Ministros Cézar Peluso e Joaquim Barbosa, o Min. Marco Aurélio inicia seu voto explicando que há uma diferença substancial entre a figura do contrato de depósito e a do contrato de alienação fiduciária, tendo o legislador extrapolado a previsão constitucional de prisão civil somente nos casos do devedor de alimentos e do depositário infiel. Contudo, com o advento do Pacto de São José da Costa Rica, nem mesmo a segunda hipótese (depositário infiel) passou a ser sustentável.

O Min. Celso de Mello assim se pronunciou:

É que, em tal situação, cláusulas convencionais inscritas em tratados internacionais sobre direitos humanos - como aquelas previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (Art. 7º, § 7º) -, ao limitarem a possibilidade da prisão civil, reduzindo-a a uma única e só hipótese (inexecução voluntária e inescusável de obrigação alimentar), nada mais refletirão senão aquele grau de preeminência hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos em face da legislação comum, de caráter infraconstitucional, editada pelo Estado brasileiro.

Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais.¹²³ (grifo nosso)

O Ministro explica que o Pacto de São José da Costa Rica estabeleceu somente uma hipótese de prisão civil por dívida, a do devedor de alimentos. A par desse dado, prossegue explicando como deve ser o diálogo entre as duas ordens jurídicas distintas: estatal e internacional.

Estabelece, como se verifica, "preeminência hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos em face da legislação comum, de caráter infraconstitucional, (...)". Explica que, em caso de conflito entre a legislação ordinária e a norma prevista em tratado internacional que versa sobre direitos humanos, a segunda prevalece. Logo, o art. 7º, item 7, do Pacto, prevalece.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cézar Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.228-1229, jun. 2009. [Voto do Ministro Celso de Mello].

O Min. Menezes Direito assim se pronunciou:

Entendo, portanto, que Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos passaram a integrar o ordenamento jurídico interno com hierarquia especial, embora infraconstitucional. Isso não quer dizer que o legislador não possa socorrer-se do § 3º do art. 5º para elevar a hierarquia desses atos internacionais ao plano constitucional.

Por força de consequência, **tenho como suspensa a eficácia das normas internas ordinárias que estabelecem a prisão civil do depositário infiel tanto sob o regime da alienação fiduciária como sob o regime do puro contrato de depósito regulado pelo Código Civil.** Não avanço, porém, nem é necessário fazê-lo, no caso, sobre a possibilidade de reconhecer-se a contrariedade à Constituição com base no princípio da proporcionalidade como pretende o Ministro Gilmar Mendes. A tanto não vou.¹²⁴ (grifo nosso).

A argumentação do Ministro não muito difere da posição dos demais Ministros que tiveram trechos dos votos aqui transcritos. Acrescenta ao Pacto de São José da Costa Rica, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e prefere utilizar a denominação "hierarquia especial", ao invés de "hierarquia supralegal", como prefere o Min. Gilmar Mendes.

Por fim, vale à pena trazer à baila a informação de que a utilização do transconstitucionalismo no presente caso constou expressamente na ementa do acórdão, o que demonstra sua importância para deslinde do feito:

PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. **Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).** Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. **E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.**¹²⁵ (grifo nosso)

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.303, jun. 2009. [Voto do Ministro Menezes Direito].

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 01106, jun. 2009.

Uma vez que se tratou de relevante elemento para formação do convencimento dos Ministros, tal referência não poderia, certamente, deixar de constar na ementa do acórdão.

5.2.3 Comentários

O Min. César Peluso, Relator do processo, iniciou seu voto traçando uma comparação entre o contrato de depósito e o contrato de alienação fiduciária. Explicou que se tratavam de contratos distintos, por mais que fossem apontadas algumas similitudes. Tal distinção tornaria, no seu entendimento, ilógica a previsão de conversão da Ação de busca e apreensão em Ação de depósito, previsão esta expressa no art. 4º do Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, com a redação introduzida pela Lei nº 6.071, de 03 de julho de 1974. Tal assunto, embora relevante para a própria reflexão da matéria, não foi objeto de maiores considerações por não constituir o foco do presente trabalho, o estudo do fenômeno do transconstitucionalismo no STF.

Para além da discussão no âmbito legal, que não deixa de ser importante, era necessário adentrar a questão constitucional, dever e missão de uma Suprema Corte. E, como foi visto no subitem anterior, a "questão constitucional" foi analisada em conjunto com a "questão internacional".

Com o crescente fenômeno da internalização do Direito Constitucional, questões constitucionais, como os direitos humanos por exemplo, são, cada vez mais, positivadas nos tratados e convenções internacionais, exigindo-se um diálogo entre ordem jurídica estatal e ordem jurídica internacional. Esse fenômeno, embora não necessariamente crie um novo ramo do Direito, dá origem sem dúvida a uma nova fronteira de estudo, chamada por Flávia Piovesan de "Direito Constitucional Internacional".¹²⁶ A propósito, Piovesan tem uma importante obra em que usa a expressão no título: *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Neves, como já amplamente abordado neste trabalho, chama de "transconstitucionalismo entre direito estatal e direito internacional".

A análise do caso, como visto no subitem anterior, seguiu uma linha comum em todos os votos: a prisão civil do depositário infiel está prevista expressamente na

¹²⁶ PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Constituição de 1988, mas, com a internalização do Pacto de São José da Costa Rica em 1992, essa hipótese não mais pode subsistir. O art. 7º, § 7º, da referida Convenção modifica o panorama autorizativo antes vigente. Esse entendimento foi uma linha comum em todos os votos. Como exposto no histórico do caso, houve unanimidade na negativa de provimento ao recurso.

Portanto, houve, por parte de todos os Ministros, a busca clara por um diálogo entre ordem jurídica estatal e ordem jurídica internacional, ou seja, transconstitucionalismo entre ordem jurídica estatal e direito internacional público. Tal espécie de transconstitucionalismo foi utilizado como elemento integrante da *ratio decidendi*, podendo-se dizer ter sido o elemento principal para a formação do convencimento e, portanto, decisão final de cada um dos Ministros. A ementa do acórdão refletiu isso, evidenciando expressamente o fato aqui constatado.

Um último aspecto do presente *leading case* a merecer alguns comentários, embora breves, mas necessários, refere-se à questão da hierarquia normativa dos tratados internacionais no direito brasileiro. Em outras palavras, agora em forma de pergunta, qual seria o *status* normativo dos tratados internacionais no direito brasileiro? Esse tema foi bastante debatido na presente causa e é de extrema relevância para a jurisdição constitucional, sobretudo para as causas em que há transconstitucionalismo entre ordem jurídica estatal e ordem jurídica internacional, como foi o caso concreto aqui analisado.

Há, basicamente, quatro linhas de entendimento acerca da hierarquia dos instrumentos internacionais no direito brasileiro: 1ª) os tratados internacionais estão acima da Constituição; 2ª) os tratados internacionais estão no mesmo nível da Constituição; 3ª) os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos estão abaixo da Constituição, mas acima da lei ordinária. Não versando sobre direitos humanos, situam-se no mesmo nível das leis ordinárias; e 4ª) os tratados internacionais estão abaixo da Constituição, no mesmo nível das leis ordinárias.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, criou-se uma quinta possibilidade. Foram acrescentados dois Parágrafos aos dois já existentes no art. 5º, CF, prevendo o novo § 3º que os tratados internacionais aprovados, em ambas as Casas do Congresso Nacional, por 3/5 dos parlamentares, em 02 turnos de votação, têm o mesmo nível da Constituição, servindo, nesse caso, de parâmetro para fins de controle de constitucionalidade.

Entendeu-se que esse novo § 3º teria criado uma nova configuração ao tema da hierarquia normativa dos tratados internacionais no direito brasileiro, que, desta vez, ao invés de ampliar o debate e torná-lo mais ainda fascinante e complexo, encerra a dúvida acerca de qual das quatro linhas de entendimento anteriormente expostas deve prevalecer, criando uma quinta e definitiva regra, que pode ser assim organizada:

1 - Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e forem aprovados de acordo com as mesmas regras previstas para a inserção de uma Emenda à Constituição estão no mesmo nível da Constituição;

2 - Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e não forem aprovados de acordo com as mesmas regras previstas para a inserção de uma Emenda à Constituição estão abaixo da Constituição, mas acima da lei ordinária;

3 - Os tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos estão no mesmo nível das leis ordinárias.

Essa é a linha de entendimento defendida e liderada pelo Min. Gilmar Mendes, também conhecida como tese da supralegalidade dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Sustenta o Ministro que não pode ser outro o entendimento sobre o tema após o advento do novo § 3º ao art. 5º, CF. Isso ficou claro no seu voto neste RE 466.343-1/SP. O Min. Ayres Britto aderiu a esse entendimento. Por outro lado, o Min. Celso de Mello e o Min. Cezar Peluso manifestaram entendimento diverso. Os demais Ministros não se manifestaram, o que leva a crer que, ao contrário do que muitos sustentaram após esse julgamento, ainda não houve um pronunciamento definitivo do STF acerca do tema.

Destarte, a par das considerações aqui articuladas, revela-se que o presente caso concreto assume grande relevância para o transconstitucionalismo por dois motivos: pela ampla utilização do diálogo entre ordem jurídica estatal e ordem jurídica internacional desenvolvida, e, também, pelo debate, ainda não concluído, em nosso entendimento, apesar da consistência da tese defendida pelo Min. Gilmar Mendes, acerca do *status* normativo dos tratados internacionais no direito brasileiro, que tem íntima relação e repercussão na espécie de transconstitucionalismo utilizada para solucionar o *leading case* analisado. Esse tema inevitavelmente voltará a ser discutido.

5.3 ADPF Nº 153/DF - CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL X PRESIDENTE DA REPÚBLICA E CONGRESSO NACIONAL - REVISÃO DA LEI DE ANISTIA DE 1979

5.3.1 Histórico do caso

Em 1º de abril de 1964, militares em conjunto com civis simpáticos ao movimento, assumem o poder e depõem o Presidente João Goulart. O General Castello Branco, um dos líderes do movimento militar vitorioso, assume a Presidência da República e inicia esse que foi um dos episódios mais tristes da história política brasileira, a Ditadura Militar, que perdura de 1964 até 1985.

Vice-Presidente da República, durante o efêmero Governo Jânio Quadros, João Goulart, alçado ao cargo em uma eleição que o povo escolhia pelo voto Presidente e Vice-Presidente de forma separada, assume a Presidência após a renúncia de Jânio Quadros em 24 de agosto de 1961. Não sem resistência de setores das Forças Armadas que o enxergavam como líder fraco e muito próximo dos comunistas.¹²⁷

Uma das condições impostas pelos militares para que Jango, o sucessor imediato do Presidente Jânio Quadros, pudesse assumir a Presidência era aceitar a adoção do parlamentarismo no Brasil, alternativa que enfraqueceria seus poderes de Presidente, haja vista que, como é da natureza desse sistema de governo, diversas atribuições que seriam suas passariam a ser do Primeiro-Ministro. Premido pela necessidade de ceder, pelo menos no primeiro momento, para poder exercer a Presidência, Jango aceita essa condição e é empossado Presidente da República. Após, a partir de uma engenharia política bem costurada no Congresso, consegue, com esforço de sua base parlamentar, convocar um plebiscito para permitir ao povo manifestar-se acerca de qual sistema de governo preferia: presidencialismo ou parlamentarismo. A primeira opção vence e o Presidente retoma todos os seus poderes em plenitude.

Sua comentada aproximação com movimentos populares, sobretudo aqueles ligados à reforma agrária, continuavam a despertar desconfiança por parte das Forças Armadas e de setores da sociedade civil, receosos que o Presidente João

¹²⁷ A estratégia que permitiu a Jango (apelido político) chegar à Presidência é bem contada por Cunha Júnior em: CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 1.047-1.48.

Goulart não conseguisse controlar tais movimentos e estivesse, de alguma forma, até estimulando atos revolucionários, como a tomada de terras no campo.

O fato concreto é que, num mundo dividido entre o bloco capitalista liderado pelos Estados Unidos e o bloco comunista liderado pela União Soviética, predominava o radicalismo e, até mesmo um homem moderado como Jango, era capitalista ou comunista. Não havia meio termo. Não à toa, o renomado historiador inglês Eric Hobsbawm denominou o século XX de "Era dos Extremos".¹²⁸ Entre uma alternativa e outra, levando em consideração a base popular que votara em João Goulart, seus programas de governo, e a ligação com movimentos populares, os militares consideravam Jango comunista (por mais que isso não tivesse sintonia com a realidade). Decididos a depor o Presidente, setores representativos das Forças Armadas arquitetam a tomada do poder. No dia 31 de abril, tropas saem de Minas em direção a Brasília e os militares chegam ao poder à força, sem enfrentar maiores resistências, com, registre-se, apoio de setores da sociedade civil. Ampla parcela da classe média apoiou o Golpe de Estado e o comemorou. O Presidente, sem um plano de combate e enfrentamento bem estruturado, estava ciente de que as chances de êxito de uma reação era mínima e parte com sua família para o Uruguai, onde exilou-se com a família até sua morte em 06 de dezembro de 1976, na Argentina.

À deposição do Presidente João Goulart, o que sucedeu no Brasil foi um período longo e sombrio de extinção dos partidos políticos então existentes, fechamento do Congresso Nacional, censura à imprensa e aos artistas, cassações de mandatos de parlamentares não alinhados ao regime autoritário, aposentadoria compulsória de Ministros do Supremo Tribunal Federal, cessação do direito de reunião e manifestação pacífica, prisões arbitrárias, e, chegou-se a esse extremo, tortura. Foi um período marcado pela deliberada e consciente violação dos direitos humanos em nome da sustentação da nova ordem política e social instaurada, configurando-se uma perfeita aplicação do princípio maquiavélico de que "os fins justificam os meios", por mais horrendos que estes sejam.

Passam-se os anos, o "milagre econômico" que fez o Brasil crescer uma média de 10% a.a. entre 1968 e 1973 não tem vida longa e a inflação galopante retiram significativo prestígio de que os militares gozavam junto a parte da sociedade brasileira, perdendo, assim, apoio junto a seus próprios apoiadores. As denúncias de

¹²⁸ HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos**: o breve século XX. 10 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

violações a direitos humanos no Brasil começam a repercutir junto à opinião pública interna e no mundo civilizado. Os militares passam por um processo de profundo desgaste em diversas frentes e não têm outra alternativa senão começar a pensar numa transição para a democracia e passam a defender uma alternativa lenta e gradual de saída do poder. Essa alternativa lenta e gradual evitaria o que eles costumavam chamar de "revanchismos", que, na visão particular dos mesmos, não traria uma transição segura e equilibrada.

Nesse contexto de conscientização de que era hora de pensar em sair de cena, ainda que de forma lenta e gradual, é que se dá início aos debates sobre a elaboração de uma lei que representasse um grande pacto de reconciliação nacional, que contemplasse os interesses de civis e militares, e agradasse a líderes do governo e da oposição. Não se pode deixar de registrar que havia, também, o inconfessável propósito por parte dos militares de proteger a si e aos seus aliados de eventuais punições na esfera penal quando do retorno à democracia. Não foi por crença na democracia nem por vontade de deixar o poder que os militares passaram a encarar a Lei de Anistia como importante.

Essa lei perdoaria os erros e excessos de ambos os lados (daí se falar em bilateralidade), permitindo uma transição sem maiores traumas para a democracia plena. Está-se a falar da elaboração de uma Lei de Anistia, palavra de origem grega que significa "esquecimento". E a lei veio. Em 19 de dezembro de 1979, é publicada a Lei nº 6.683/79, que assim dispõe no caput e no § 1º do seu art. 1º:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.
§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.¹²⁹ (grifo nosso)

É verdade que a elaboração da supramencionada lei foi fruto de intensa participação de vários atores sociais, dentre eles a Ordem dos Advogados do Brasil

¹²⁹ BRASIL. Lei nº 6.683 de 19 de dezembro de 1979. Lei de Anistia. Casa Civil da Presidência da República Subchefia para assuntos jurídicos.

e grupos de direitos humanos que, embora não encantados com a lei, dada a impunidade que poderia gerar para agentes públicos que praticaram tortura naquele período (e foi o que aconteceu, conforme se verá ao fim deste item, nos Comentários), reconheciam avanços que levariam o país a uma transição da ditadura para a democracia de forma mais célere, além de permitir a volta de diversas pessoas, líderes políticos ou não, ao Brasil, tranquilos de não ficarem sujeitos a nenhuma punição na esfera penal por conta de condutas "subversivas" (termo bem recorrente nos discursos oficiais da época).

A própria oposição consentida ao regime, o MDB, já bastante fortalecido nesta altura, entendia que se tratava de medida saneadora de feridas que se avolumavam ao longo de mais de quinze anos de ditadura, e iria ser uma janela aberta para a tão almejada transição.

De fato, a Lei de Anistia veio a ser uma ponte para a redemocratização completa do país, permitiu a eleição do primeiro civil para Presidente da República após 20 anos de domínio dos militares (Tancredo Neves, que vem a falecer meses depois da sua eleição no Colégio Eleitoral, e é sucedido pelo Vice José Sarney), e culminou com a feitura da moderna e garantista Constituição de 1988.

Contudo, olhando para o passado já em tempos de plena democracia, e estimulados pelas experiências ocorridas na América Latina, especificamente na Argentina, Uruguai, e Chile, que também enfrentaram ditaduras perversas, passou a crescer entre sociólogos, historiadores, políticos, juristas, demais estudiosos das ciências sociais, e por parte de setores da sociedade civil o simplório e legítimo desejo de ver punidos aqueles agentes públicos que ultrapassaram todos os limites que a condição humana impõe e promoveram a tortura, física ou psicológica, de presos políticos.

Foi imbuído desse sentimento, amparada na experiência de países vizinhos, e também com base em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuíza uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com o objetivo de ser declarada a não recepção de dispositivos da Lei de Anistia pela Constituição de 1988 que impedem a punição, na esfera penal, de agentes públicos que praticaram crimes como, dentre outros, homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro, e atentado violento ao pudor contra opositores políticos ao regime militar.

A ADPF teve como Relator o Min. Eros Grau. Salienta a arguente que a Lei de Anistia, em especial o § 1º do art. 1º, não se coaduna com o dever do poder público de não ocultar a verdade, com os princípios republicano e democrático, e com o princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, não está em harmonia com a Constituição de 1988, não tendo havido, nesse caso, recepção pela nova ordem constitucional.

Em 30 de outubro de 2008, o Relator do caso, o Min. Eros Grau, em atendimento ao art. 7º, Parágrafo único da Lei nº 9.882/99, solicitou informações às autoridades indicadas no pólo passivo da ADPF. A Câmara dos Deputados prestou informações e esclareceu que a Lei nº 6.683/79 fora aprovada na forma do projeto de lei do Congresso Nacional. O Senado Federal alegou inépcia da inicial, impossibilidade jurídica do pedido, e ausência do interesse de agir do arguente.

A Advocacia-Geral da União encaminhou manifestação da qual constaram informações prestadas pela Secretaria Especial de Direitos Humanos, Subchefia de Assuntos jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, Ministério da Defesa, e Consultoria-Geral da União. Desses órgãos, todos vinculados ao Executivo, não havia uniformidade de entendimento, sendo que o Ministério da Defesa e a Consultoria-Geral da União manifestavam-se pelo indeferimento do pedido formulado pela arguente.

O Ministério Público Federal, em seu Parecer, opina pelo conhecimento da ADPF e, no mérito, pelo indeferimento do pedido. Sustenta que a Lei de Anistia foi fruto de amplo debate na sociedade, que se fez representar por vários atores e entidades comprometidas com a democracia e os direitos humanos, e que tal lei viabilizou a transição da ditadura para a democracia.

A Associação dos Juízes para a democracia, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), a Associação Brasileira de anistiados políticos (ABAP), e a Associação Democrática e Nacionalista de militares (ADNAM) requereram ingresso no feito na condição de *amicus curiae*. O pleito de todas essas associações foi deferido pelo Relator.

Em 29 de abril de 2010, pronunciou-se o resultado, tendo o Plenário do STF decidido, por maioria, indeferir os pedidos formulados na ADPF, firmando o entendimento de que a Lei nº 6.683/79 foi recepcionada pela Constituição de 1988. O Min. Marco Aurélio acolheu uma das preliminares suscitadas, a falta de interesse de agir, decidindo pela extinção do processo sem resolução de mérito. Os demais

rejeitaram todas as preliminares e admitiram da ação proposta. A maioria foi composta pelos Ministros Eros Grau, Carmem Lúcia, Ellen Gracie, Celso de Mello, Gilmar Mendes, e César Peluso. Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Britto. O Min. Joaquim Barbosa estava licenciado e o Min. Dias Toffoli estava impedido de participar do julgamento.

5.3.2 Presença de transconstitucionalismo

No caso em tela, a presença do transconstitucionalismo é constatada nos votos dos Ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Celso de Melo, e César Peluso. Há presença do transconstitucionalismo na ementa do acórdão, mas para rejeitar a sua aplicação em virtude do fato de que o tratado internacional citado é posterior à Lei nº 6.683/79.

O Min. Eros Grau, Relator da ADPF, que, como informado ao final do subitem anterior, compôs a maioria que indeferiu o pedido formulado na ação, valeu-se do transconstitucionalismo na fundamentação de seu voto. Mas, o uso do transconstitucionalismo no seu caso foi para explicar que as mudanças que permitiram a revisão da lei de anistia em países como Chile, Argentina, e Uruguai foram fruto de atividade do Legislativo, tendo o Judiciário valido-se de tais mudanças legislativas para proceder à revisão. Como isso não ocorreu na experiência brasileira, não seria válida a importação dos exemplos.

Em verdade, o Ministro utilizou-se do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais para rejeitar a aplicação no caso enfrentado pelo STF, explicando, como dito, que a experiência alienígena tem peculiaridades que não autorizam a importação. É uma espécie de "utilização às avessas do fenômeno do transconstitucionalismo", que, ainda assim, não deixa de ser utilização, já que procura explicar como se desenvolveu o enfrentamento da mesma questão constitucional em outra ordem jurídica. O raciocínio do Ministro, embora a experiência possa realmente demonstrar que, na experiência alienígena, haviam peculiaridades que desautorizam a importação do exemplo, apresenta pontos frágeis que merecem críticas a serem tecidas ao longo deste tópico. Confirmam-se as passagens:

Começo com o exemplo do Chile.
O Decreto-Lei nº 2.191, de 18 de abril de 1978, conhecido como "*Ley de Amnistia*", concedeu-a a todas as pessoas que, na qualidade de

autores, cúmplices ou partícipes, tenham incorrido em delitos durante a vigência da situação de estado de sítio, compreendida entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978, desde que não se encontrassem submetidas a processo ou condenadas. Foram também excluídos da anistia delitos mais graves, como parricídio, infanticídio, subtração ou corrupção de menores, estupro, incesto, etc. Resultaram todavia beneficiados pela anistia todas as pessoas condenadas por Tribunais Militares em período posterior a 11 de setembro de 1973.

Em janeiro de 2007 a Corte Suprema Chilena por maioria considerou não suscetíveis de anistia e imprescritíveis os crimes cometidos contra o desaparecido político José Matías Nanco, fazendo-o com esteio em normas de Direito Internacional, sob o argumento de que se tratava de crimes de lesa-humanidade. Em novembro seguinte, no entanto, contrariando esse entendimento, declarou prescritos os crimes cometidos pelo Coronel de Exército Claudio Lecaros Carrasco.¹³⁰ (grifo nosso)

O Ministro, que é Relator da matéria, traz à baila o exemplo do Chile. Explica o teor da lei de anistia aprovada naquele país e decisões adotadas pelo Judiciário com base na respectiva lei. Informa que a Suprema Corte chilena, em um primeiro momento, invalida a lei de anistia, afastando, também, a alegada prescrição dos crimes, mas, num segundo momento, recua numa possível tendência que manteria para futuros casos, e Coronel de Exército Claudio Lecaros Carrasco sob o fundamento da prescrição.

No voto, não há detalhes sobre o último caso, como, por exemplo, se houve mudança na composição da Corte para alterar-se em questão de meses um entendimento firmado. Pouco mais adiante, registra que há projeto de lei no Legislativo chileno contendo a previsão de revogação da lei de anistia com o intuito de ver punidos os crimes praticados no período do regime militar chileno liderado pelo General Augusto Pinochet (1973-1990).

Prossegue o Ministro na análise da matéria no âmbito da América Latina:

Na Argentina, estando ainda no exercício do poder os militares, a Lei nº 22.924 - chamada "*Ley de Pacificación*" -, em 23 de março de 1983 concedeu anistia aos delitos cometidos com motivação, finalidade terrorista ou subversiva desde 25 de maio de 1973 até 17 de junho de 1982. Tido posteriormente como lei de "auto-anistia", a

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In:_____. Arguente Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 39-40, ago. 2010. [Voto do Ministro Eros Grau].

Lei nº 23.040, de 22 de dezembro do mesmo ano, derogou-a, declarando-a nula.

Ao final de 1983 passaram a ser promovidas perseguições penais contra guerrilheiros e juntas militares passaram a ser promovidas perseguições penais contra guerrilheiros e juntas militares (Decretos 157 e 158, de 13 de dezembro de 1983).

Em 24 de dezembro de 1986 foi promulgada a Lei nº 23.492, conhecida como "*Ley de Punto Final*", que estabeleceu um prazo de sessenta dias para a citação, nas ações penais promovidas contra pessoas envolvidas nos conflitos políticos conhecidos como "Guerra Sucia", pena de extinção dessas mesmas ações penais.

No dia 8 de junho de 1987 foi sancionada a Lei nº 23.521, conhecida como "*Ley de Obediencia Debida*", que isentou de culpa oficiais chefes, oficiais subalternos, sub-oficiais e pessoal de tropa das Forças Armadas, bem assim policiais e agentes penitenciários que reprimiram o terrorismo entre 24 de março de 1976 e 26 de setembro de 1983, por terem atuado cumprindo ordens.

No dia 21 de agosto de 2003 sobreveio a Lei nº 25.779, que declarou nulas as Leis do Ponto Final - 23.492 - e da Obediência Devida - 23.521.

É certo que, em junho de 2006, a Câmara de Cassação Penal argentina declarou a inconstitucionalidade do indulto concedido pelo então Presidente Carlos Menem ao ex-General Santiago Riveros, decisão confirmada em junho de 2007 pela Corte Suprema, abrindo caminho para a declaração de inconstitucionalidade de indultos similares. Mas na Argentina - dir-se-á que em razão de mudanças do tempo e da sociedade - a revisão das leis de anistia foi procedida pelo Poder Legislativo. A Corte Suprema não as reviu, limitou-se a aplicar os preceitos aportados ao ordenamento jurídico por essa revisão.¹³¹ (grifo nosso)

Traz-se à baila agora o exemplo da Argentina. Explica o teor da lei de anistia aprovada naquele país e decisões adotadas pelo Judiciário com base na respectiva lei. Informa que a Suprema Corte ratificou decisão da Câmara de Cassação Penal que declarou a inconstitucionalidade de indultos concedidos para agentes da repressão. Mas, esclarece que o Judiciário só o fez amparado em mudanças legislativas, e não por conta própria, aludindo à revogação das Leis do Ponto Final - 23.492 - e da Obediência Devida - 23.521 pela Lei nº 25.779.

Ora, mas não se pode deixar de ponderar que a Suprema Corte argentina poderia ter considerado inconstitucional a revogação das duas Leis anistiadoras. Ou seja, poderia "desfazer" a iniciativa legislativa, reafirmando a constitucionalidade, e, portanto, validade destas. E não o fez. Não o fez porque estava decidida a rever a história e mudá-la.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In:_____. Arguente Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 40-41, ago. 2010. [Voto do Ministro Eros Grau].

O último exemplo de julgado da América Latina colacionado pelo Min. Eros Grau vem a ser o seguinte:

Também no Uruguai aconteceu assim.

No dia 8 de março de 1985 foi promulgada a Lei nº 15.737, que concedeu indulto a presos políticos, bem assim aos que haviam cometido 'crimes de sangue' conexos com crimes políticos. No dia 22 de dezembro seguinte, a Lei nº 15.848/86, a chamada '*Ley de La Caducidad de la Pretensión Punitiva de Estado*', anistiou os delitos cometidos até 1º de março de 1985 por funcionários policiais e militares, por motivação política ou assemelhada, bem assim os praticados no cumprimento de suas funções, em ações ordenadas pelo regime que comandou o país durante o período de fato.

Em abril de 1989, no dia 16, a maioria dos eleitores uruguaios votou, em referendo então realizado, pela sua não revogação.

(...)

É verdade que no dia 19 de outubro, a despeito da iminência do plebiscito, a Suprema Corte de Justiça, apreciando denúncia referente à morte de uma militante comunista detida em uma unidade militar em junho de 1974, afirmou a inconstitucionalidade dessa mesma '*Ley de La Caducidad de la Pretensión Punitiva de Estado*'. Isso porque ela violara o princípio da separação de poderes na medida em que excluía da órbita do Poder Judiciário o julgamento de condutas com aparência delitativa e afetara seriamente garantias que o ordenamento constitucional depositou em suas mãos. Não obstante, seis dias após, 25 de outubro, data da eleição presidencial, a maioria dos eleitores manifestou-se, em plebiscito, pela preservação de sua vigência.¹³² (grifo nosso)

Neste caso, em que há declaração de inconstitucionalidade da '*Ley de La Caducidad de la Pretensión Punitiva de Estado*', a Lei de Anistia uruguaia, quando da análise da morte de uma militante comunista detida em uma unidade militar em junho de 1974, há uma decisão cristalina no sentido de se abrir uma janela para a punição dos agentes da repressão. O fato de, posteriormente, um plebiscito em que o povo uruguaio decide por manter intacta a Lei de Anistia não apaga da história a decisão daquela Suprema Corte. O Ministro menciona o plebiscito como se o mesmo apagasse a existência da decisão.

Em todos os exemplos de julgados citados pelo Relator, há decisões claras do Judiciário no sentido de rever a lei de anistia em tempos de democracia.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In:_____. Arguente Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. *Diário da Justiça*, n. 145, p. 41, ago. 2010. [Voto do ministro Eros Grau].

Procurou, em todos os casos, pretextos para justificar o porquê ele, como Ministro, não fazia o mesmo que seus colegas latinos fizeram, desta vez aqui no Brasil.

O Min. Ricardo Lewandowski, um dos dois votos divergentes, valeu-se de transconstitucionalismo em algumas passagens de seu voto. Confirmam-se:

Ainda que se admita, apenas para argumentar, que o país estivesse em uma situação de beligerância interna ou, na dicção do Ato Institucional 14/1969 - incorporado à Carta de 1967, por força da EC 1/1969 - enfrentando uma 'guerra psicológica adversa', 'guerra revolucionária' ou 'guerra subversiva', **mesmo assim os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concernentes ao direito humanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado.**¹³³ (grifo nosso)

Na passagem transcrita, o Ministro lembra que o Brasil precisava cumprir tratados internacionais dos quais havia se comprometido a fazê-lo. Independentemente do cenário interno, de um país e um mundo que vivia momentos de radicalismo de parte a parte, tais documentos internacionais precisam ter eficácia no plano interno.

Em verdade, os termos utilizados pelos militares, reproduzidos pelo Ministro, serviram como "salvo-conduto" para a prática de atos horrendos contra os opositores do regime. Tais atos eram, como deixa claro, injustificáveis e contrariaram os pactos internacionais dos quais o Brasil era aderira. Nesse trecho, o Ministro está a defender nada menos que o transconstitucionalismo entre ordem jurídica estatal e o direito internacional público como uma forma de tutela dos direitos humanos.

Prosseguindo sua explanação, pouco mais adiante, traz à tona, respectivamente, o entendimento do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas acerca das providências que o Judiciário dos Estados partes devem adotar acerca dos períodos autoritários em que vigia a flagrante violação de direitos humanos:

Nesse passo, convém lembrar, também, que o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas já assentou que os Estados partes do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos - ratificado pelo Brasil - têm o dever de investigar,

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In:_____. Arguente Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 118, ago. 2010. [Voto do Ministro Ricardo Lewandowski].

ajuizar e punir os responsáveis por violações de direitos nele protegidos, assinalando especialmente que:

'(...) nos casos em que algum funcionário público ou agente estatal tenha cometido violações dos direitos reconhecidos pelo Pacto aos quais faz referência este parágrafo (tortura e outros tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes, privações sumárias e arbitrárias de vida, desaparecimentos forçados), os Estados partes dos quais se trate não poderão eximir os autores de sua responsabilidade jurídica pessoal, como aconteceu em certas anistias (ver observação Geral nº 20 (44) e em imunidades anteriores. Além disso, nenhum cargo oficial justifica que sejam eximidas de responsabilidade jurídica as pessoas às quais é atribuída a autoria dessas violações. Também devem ser eliminados outros impedimentos ao estabelecimento da responsabilidade penal, entre eles a defesa baseada na obediência a ordens superiores ou os prazos de prescrição excessivamente curtos, nos casos em que forem aplicadas tais prescrições.'¹³⁴ (grifo nosso)

O teor da orientação transmitida pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas é claro no sentido de que os crimes praticados devem ser punidos, sem que as leis de anistia e argumentos potencialmente excludentes de ilícitos, como o de obediência a ordens superiores. Postura inerte implica em descumprimento do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos.

Logo em seguida, o Ministro menciona que a Corte Interamericana de Direitos Humanos segue a mesma linha de inteligência e exorta os Estados partes do Pacto de São José da Costa Rica a adotarem providências concretas contra os agentes da repressão:

Na mesma linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os Estados partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - também internalizada pelo Brasil - têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação do seu texto, conforme estabelece o seu art. 1.1. A Corte Interamericana acrescentou, ainda, que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos.'¹³⁵ (grifo nosso)

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In:_____. Arguente Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 128-129, ago. 2010. [Voto do Ministro Ricardo Lewandowski].

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In:_____. Arguente Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 129, ago. 2010. [Voto do Ministro Ricardo Lewandowski].

A Corte Interamericana determina, assim como explicado pouco antes em relação ao Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, que os Estados partes têm o dever de punir as graves violações de direitos humanos ocorridas no passado e no presente, medida esta sem a qual o Estado está descumprindo a Convenção, e sujeito à responsabilização internacional. Em nota de rodapé a esse comentário, o Min. Ricardo Lewandowski elenca casos julgados pela Corte IDH em que se fixou esse entendimento. São eles: *Caso Goiburú e outros*; *Caso Ximenes Lopes*, *Caso Caso Baldeón Garcia*, *Caso Massacre de Pueblo Bello*, *Caso do Massacre de Mapiripán*.

Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos - como aqueles proferidos, p. ex., nos casos contra o Peru ("*Barrios Altos*", em 2001 e "*Loayza Tamayo*", em 1998) e contra o Chile ("*Almonacid Arellano e outros*", em 2006) -, proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas 'leis de auto-anistia'. A razão dos diversos precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apoia-se no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica não tolera o esquecimento penal de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana nem legitima leis nacionais que amparam e protegem criminosos que ultrajaram, de modo sistemático, valores essenciais protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos e que perpetraram, covardemente, à sombra do Poder e nos porões da ditadura a que serviram, os mais ominosos e cruéis delitos, como o homicídio, o sequestro, o desaparecimento forçado das vítimas, o estupro, a tortura e outros atentados às pessoas daqueles que se opuseram aos regimes de exceção que vigoraram, em determinado momento histórico, em inúmeros países da América Latina.

É preciso ressaltar, no entanto, como já referido, que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, a Lei nº 6.683/79 - que traduz exemplo expressivo de anistia de 'mão dupla' (ou de 'dupla via'), pois se estendeu tanto aos opositores do regime militar quanto aos agentes da repressão - não consagrou a denominada anistia em branco, que busca, unicamente, suprimir a responsabilidade dos agentes do Estado e que constituiu instrumento utilizado, em seu próprio favor, por ditaduras latino-americanas.¹³⁶ (grifo nosso)

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In: _____. Arguente Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. *Diário da Justiça*, n. 145, p. 183-184, ago. 2010. [Voto do Ministro Celso Mello].

Como visto, o Min. Celso de Mello evidencia o conhecimento de precedentes oriundos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, externa seu repúdio pessoal à ditadura militar brasileira e às violações de direitos humanos praticadas naquele período, mas explica que os julgamentos Corte IDH se referiram a países onde a lei de anistia não teve o caráter bilateral, ou seja, de contemplar os dois lados envolvidos na disputa política. Desse modo, a Corte IDH teria demonstrado repreensão apenas às chamadas leis de "auto-anistia".

Não é bem assim. O Min. Celso de Mello ignorou os precedentes daquela Corte antes lembrados pelo Min. Ricardo Lewandowski, em que há uma orientação expressa de que todos os crimes devem ser investigados, julgados, e, se for o caso e houverem provas suficientes, os responsáveis devem ser punidos. Não há ressalvas. Não há orientação para fazê-lo somente se a lei for de "auto-anistia". Ademais, em todos os países da América Latina onde vigoraram regimes ditatoriais, os militares também fizeram concessões para os opositores do regime autoritário. Se não o fizessem não teriam encontrado um ambiente favorável para a aprovação das respectivas leis, o que revela ser, no mínimo, duvidosa a alegação de que se trataram de "leis de auto-anistia". Não obstante, isso não impediu a Corte IDH de determinar a punição dos agentes da repressão.

Para finalizar, cumpre analisar comentário expresso no voto do Min. César Peluso, que, à época, presidia o STF:

[...] o caso não é de autoanistia, censurada pelos tribunais internacionais. Seria de autoanistia, se tivesse provindo de ato institucional ou de unilateral ato normativo equivalente. Ela proveio de um acordo, como tantos outros celebrados no mundo, e dos quais, só para lembrar caso que me parece mais exemplar, o consumado na África do Sul, que concedeu anistia ainda mais ampla do que a nossa.¹³⁷ (grifo nosso)

De certa forma, aqui há repetição da explicação do Min. Celso de Mello de que o caso brasileiro não se refere a uma lei de "auto-anistia", tendo havido um grande acordo em torno da reconciliação nacional e dotado de bilateralidade que a todos beneficiou. Linhas acima, já foi exposta a refutação a esse argumento no sentido de

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In:_____. Arguente Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 210, ago. 2010. [Voto do Ministro César Peluso].

que esse caráter bilateral da lei de anistia não impediu a Corte IDH de considerar que não se transige com a barbárie, sendo imperiosa a punição de agentes estatais, na alta ou baixa escala de comando, que praticaram atos que mais se assemelham a de animais irracionais. Em verdade, as leis aprovadas na Argentina, Uruguai, e Chile diferem pouco da lei brasileira, tendo a Corte IDH se manifestado pela revisão.

5.3.3 Comentários

Se o HC 82.424/RS, já analisado neste Capítulo, demonstra uma incontestável disposição por parte do Supremo Tribunal Federal para o diálogo com o transconstitucionalismo, oportunidade em que os Ministros prestaram deferência aos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e se basearam em precedentes de Tribunais estatais estrangeiros notoriamente comprometidos com os direitos humanos, o caso em análise demonstra exatamente o inverso.

O STF ignorou decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que apontam para a necessidade de o Judiciário não só instar os órgãos estatais a trazerem a público todas as informações e documentos do período autoritário, como também de rever as leis de anistia aprovadas naquele período para punir na esfera penal todos os agentes públicos que praticaram crimes contra a vida, notadamente lesão corporal, estupro, tortura, e homicídio.

Não é só. O STF também ignorou, embora não se trate aí de decisões com eficácia vinculante para o Estado brasileiro, decisões de Tribunais estatais estrangeiros, como a Suprema Corte chilena, Suprema Corte argentina, e a Suprema Corte uruguaia. Seriam exemplos que poderiam pautar os Ministros na solução da causa.

Esclareça-se, de início, que, de fato, como assinalou os Ministros Eros Grau e César Peluso em seus votos, não caberia, no caso, a aplicação da Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis (1984). Isso está posto e bem explicado em passagem do voto do Min. Eros Grau, transcrita logo abaixo:

Anoto a esta altura, parenticamente, a circunstância de a Lei nº 6.683 preceder a Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes - adotada pela Assembleia Geral em 10 de

dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 - e a Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura. E, mais, o fato de o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição - preceito que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes - não alcançar, por impossibilidade lógica, anistias consumadas anteriormente a sua vigência. A Constituição não recebe, certamente, leis em sentido material, abstratas e gerais, mas não afeta, certamente, *leis-medida* que a tenham precedido.¹³⁸ (grifo nosso)

No trecho supracitado, o Min. Eros Grau está a chamar a atenção para o fato de que tal pacto internacional entrou em vigor no Brasil em 1987, não se podendo falar, na esfera penal, de retroatividade da lei que prejudicaria o réu. Como a Lei de Anistia trata de crimes praticados entre 1961 e 1979, não haveria como a convenção internacional alcançar as condutas desse período. A seguir, acrescenta que, também em decorrência do princípio da irretroatividade da lei penal, a Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, e a Constituição de 1988, que considera insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura e de outros crimes, não poderiam alcançar as condutas praticadas no período abrangido pela lei objeto de questionamento na ADPF. Em relação a esse ponto, não há dúvida, tanto que não foi contestado pelos Ministros que acabaram vencidos.

Feita a ponderação em relação à impossibilidade jurídica de utilização de um tratado internacional que poderia, em virtude de regular tema debatido na causa (tortura), ser aplicado, é preciso continuar tecendo justas críticas á decisão final do Plenário. Dos Ministros que compuseram a maioria, como visto no subitem anterior, somente o Min. Eros Grau debruçou-se sobre julgados das mencionadas Cortes em relação à matéria da revisão da anistia. Mas, tenta explicar os motivos particulares que levaram cada Corte a decidir pela revisão das respectivas leis de anistia. Traz situação em que a própria Corte teria voltado atrás (Chile), situação em que a Corte seguiu uma mudança legislativa ulterior (Argentina), e situação em que a decisão da Corte foi prejudicada por decisão popular expressa em plebiscito (Uruguai).

O Min. Eros Grau, em verdade, buscou pretextos pouco convincentes para tentar justificar o porquê de não estar seguindo decisões históricas e corajosas de Tribunais da América Latina. É fato que decisões emanadas de Tribunais estatais estrangeiros não têm eficácia vinculante na ordem jurídica de outro país, haja vista o

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In:_____. Arguente Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 37, ago. 2010. [Voto do Ministro Eros Grau].

princípio da soberania, mas, quando nitidamente vanguardistas e sinalizadoras de defesa intransigente de valores humanistas, como foi o caso, servem como bom parâmetro decisório.

Sua Excelência externou, também, o entendimento de que a revisão da Lei de Anistia depende de "mudanças do tempo e da sociedade", e, se sobrevier mudança, cabe ao Legislativo fazê-la, e não ao Judiciário, porque, no seu entendimento, haveria aí um exercício de atividade legiferante, que não é prerrogativa deste Poder.¹³⁹ Esse foi um dos argumentos do Ministro para justificar sua decisão de manter intacta a Lei de Anistia.

Esse comentário do Ministro, que foi repetido algumas vezes ao longo de seu voto, vai de encontro à própria missão histórica da jurisdição constitucional contemporânea. No histórico e emblemático caso *Brown X Board of Education*, de 1954, a Suprema Corte americana determinou a uma instituição pública de ensino médio exclusiva para brancos no estado do Kansas que procedesse à matrícula de uma jovem negra.¹⁴⁰ Essa decisão é considerada um dos principais marcos do fim da segregação racial nos Estados Unidos da América. A escolha foi justamente não esperar por "mudanças do tempo e da sociedade". Talvez essas mudanças não viriam ou muito retardariam a vir se não fosse a postura ativa e corajosa daqueles Juízes. Esperar que a sociedade civil ou o Legislativo se mobilize para tornar um projeto realidade leva o Judiciário a escusar-se de fazê-lo.

A par das considerações aqui feitas, chega-se à conclusão de que, no caso em análise, o STF descartou decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e de importantes Tribunais estatais estrangeiros que já haviam enfrentado o tema, não demonstrando disposição para o diálogo com o transconstitucionalismo, nem o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais, nem o transconstitucionalismo entre ordem jurídica estatal e direito internacional público, ambos cabíveis no caso concreto.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In:_____. Arguente Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 39, ago. 2010. [Voto do Ministro Eros Grau].

¹⁴⁰ Suprema Corte dos Estados Unidos da América - *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 – 1954.

5.4 ADPF 132/RJ – REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

5.4.1 Histórico do caso

As relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo sempre foram uma realidade, não de décadas, mas de séculos, não em determinado país, mas em diversos países, conforme reconheceu muitos dos Ministros que nessa causa votaram. Tais relações sempre existiram e as reações de preconceito sempre foram fortes.

Tido por algumas religiões ou doutrinas como uma "aberração" ou "anomalia", os casais homossexuais foram historicamente vítimas de toda a sorte de preconceito e intolerância. O regime nazista, para ficar em um exemplo emblemático, perseguiu, além de judeus, portadores de deficiência física, e idosos, também os homossexuais. Indivíduos que mantinham relações homossexuais não se encaixavam no ideal de "raça ariana" e teriam de ser exterminados.

No Brasil, ingenuamente considerado por muitos um "paraíso" em termos de tolerância e convivência harmônica entre as pessoas, onde, independentemente de sexo, idade, cor, religião, etnia, origem etc, todos teriam tratamento respeitoso e mesmas oportunidades, os homossexuais sempre viveram em um processo de exclusão, contrariando o mito da cordialidade.

Nenhuma das oito Constituições brasileiras tratou do tema atinente à relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo. Nem mesmo a Constituição de 1988, batizada por Ulysses Guimarães de "cidadã". Após sua promulgação, foram criadas 83 Emendas. Nenhuma dessas 83 Emendas tratou do tema. Quanto à legislação infraconstitucional, especificamente o Código Civil, que poderia trazer regulação do tema, também nada havia. O Livro IV, que trata do Direito de Família, possui 272 artigos (arts. 1.511 a 1.783). Nenhum deles trata do tema em voga, procurando dar alguma proteção a esse tipo de relação entre duas pessoas. A par dessas constatações, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que havia um silêncio sepulcral do legislador. O quadro predominante era de lacuna normativa.

É certo que houve uma vagarosa e paulatina evolução da jurisprudência nacional no tratamento conferido às uniões homoafetivas a partir do momento em que se passou a reconhecer a existência, nessa relação, de uma "sociedade de

fato". Isso implicava em permitir a ocorrência de alguns benefícios de ordem patrimonial. Mas, essa figura jurídica acima apontada, tradicionalmente utilizada para relações de natureza comercial, contudo, em nada se aproxima de uma relação afetiva entre dois indivíduos do mesmo sexo. Por gostarem um do outro, decidem empreender um projeto de vida em comum, morando sob o mesmo teto ou em casas separadas (a coabitação não é um requisito da união estável), compartilhando alegrias e dividindo tristezas, e, também, construindo um patrimônio em conjunto, fruto do esforço mútuo em buscar uma vida confortável em termos materiais.

Uma série de países, como Argentina, Espanha, Holanda, e Inglaterra já haviam avançado nessa matéria e conferido às uniões entre pessoas do mesmo sexo o *status* de união estável, permitindo-se, em alguns países, a realização, inclusive, de casamento. Sem contar que esse caminho também já fora seguido por alguns estados-membros dos Estados Unidos da América, que instituíram em suas leis estaduais essa modalidade de união, reconhecendo e protegendo.

Diante da inegável existência do preconceito de setores da sociedade, da omissão do legislador em regular a matéria, do exemplo de tolerância e proteção jurídica vindo de diversos países que constitucionalizaram ou legalizaram a união estável entre pessoas do mesmo sexo, os homossexuais, com o apoio de movimentos pelos direitos humanos e de tantos outros setores da sociedade civil, passaram a ambicionar um reconhecimento mais elevado do Poder Judiciário em relação ao tratamento jurídico a ser conferido às relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo.

Não era necessário reconhecer somente a existência de uma sociedade de fato, como muitos Juízes e Tribunais já vinham fazendo. Impunha-se, numa sociedade democrática, civilizada, e tolerante, o reconhecimento de que tais relações afetivas constituem, para todos os efeitos, uma verdadeira "união estável".

A propositura da ADPF 132/RJ foi um divisor de águas nesse processo de marginalização dos homossexuais na sociedade brasileira. E o foi porque, a partir dela, é que o Poder Judiciário, através de seu órgão de cúpula, reconheceu que as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo configuram uma "união estável", desde que, obviamente, atendam aos requisitos de "convivência pública, notória, e duradoura", previstos na lei civil (art. 1.723, CC), não se podendo admitir que o afeto das pessoas que optam por um projeto de vida em comum com uma pessoa do

mesmo sexo seja considerado menor ou menos importante que o afeto entre pessoas de sexos opostos.

A ADPF 132/RJ foi ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, teve como Relator o Min. Ayres Britto, e contou com a participação de 14 *amici curiae*, revelando o interesse de diversos setores da sociedade civil, sobretudo aqueles ligados aos direitos humanos, na participação desse momento histórico para a sociedade e para o direito brasileiro. Advocacia-Geral da União e Ministério Público Federal apresentaram manifestação favorável ao deferimento do pedido.

Em 05/05/2011, o Plenário do STF decidiu, por unanimidade, admitir, e, no mérito, julgar procedente a ADPF 132/RJ, firmando o entendimento de que as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo, uma vez obedecendo aos requisitos previstos na lei civil, configura-se como união estável, merecendo a mesma proteção e direitos conferidos à união estável entre homem e mulher. Participaram desse julgamento os Ministros Ayres Britto, Luiz Fux, Carmem Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello, e Cezar Peluso.

5.4.2 Presença de transconstitucionalismo

O Min. Gilmar Mendes vale-se de posicionamento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos acerca da matéria para mostrar que, no cenário mundial, outras Cortes vêm discutindo e definindo direitos dos casais homossexuais:

A tendência mundial é, entretanto, a crescente afirmação das uniões homoafetivas. **Na Europa, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ainda que não tenha reconhecido nenhuma espécie de direito para casais do mesmo sexo, já indicou que os parâmetros para sua aceitação devem ser desenvolvidos nos Estados europeus.**¹⁴¹ (grifo nosso)

Como se verifica do trecho supratranscrito, o Ministro explica que, embora o Tribunal Europeu de Direitos Humanos não tenha uma decisão que reconhece

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132/RJ. União estável entre pessoas do mesmo sexo. In:_____. Arguente: governador do estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de Maio de 2011. Diário da Justiça, n. 198, p. 168-169, out. 2011. [Voto do Ministro Gilmar Mendes].

direitos para casais do mesmo sexo, já estabeleceu que os Estados europeus devem fixar parâmetros para o reconhecimento de direitos a essas pessoas.

Há uma lógica dessa postura do TEDH: cada país europeu tem uma legislação específica para casamento e para união estável. Fixar um critério único a todos os países europeus para que uma relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo seja reconhecida como união estável ou casamento seria uma atividade complexa, e, talvez, tipicamente legislativa. Por outro lado, a omissão quanto à matéria implicaria em descaso com o preconceito sofrido por esse grupo vulnerável da sociedade. O TEDH encontrou uma solução intermediária: mesmo sem estabelecer os parâmetros para reconhecimento jurídico da relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo, indica que cada país estabeleça as regras para que esses casais não fiquem à margem da sociedade e da lei.

O Min. Marco Aurélio dedicou trecho de seu voto para falar na vedação, seja do Estado ou de terceiros, de impedir a plena realização dos projetos de vida de cada indivíduo. Não se trata aí de uma mera divagação filosófica do Ministro, sem sentido no contexto da matéria em debate. É, evidentemente, uma decorrência lógica do direito à liberdade, direito fundamental amparado pela Constituição de diversas formas. E relaciona que esse seu entendimento coaduna-se com decisões da Corte IDH. Confira-se essa relação traçado por Sua Excelência:

Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. Loayza Tamayo versus Peru, Cantoral Benavides versus Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana.**¹⁴² [...] (grifo nosso)

O Ministro evidencia que a causa deve também ser examinada sob essa ótica, a da defesa do projeto de vida das pessoas, independentemente de qual seja. Como salientou-se antes da transcrição, trata-se de consequência do próprio direito à liberdade. Os julgados da Corte IDH sobre a importância desse reconhecimento pelos Juízes reforça sua crença de que essa ideia precisa permear o julgamento da causa.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132/RJ. União estável entre pessoas do mesmo sexo. In: _____. Arguente: governador do estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de Maio de 2011. Diário da Justiça, n. 198, p. 211, out. 2011. [Voto do Ministro Marco Aurélio].

O Min. Celso de Mello, em seu voto, dedicou trecho significativo para tratar sobre o direito à busca da felicidade, direito este que tem como previsão mais remota a Declaração de Independência dos EUA. Sustenta que tal direito foi reconhecido em alguns julgamentos e elenca tais decisões. Confira-se:

[...] a Suprema Corte dos Estados Unidos da América tem aplicado esse princípio em alguns precedentes - como In Re Slaughter-House Cases (83 US 36, 1872), Butchers' Union Co v. Crescent City Co (111 US 746, 1884), Yich Wo v. Hopkins (118 US 356, 1886), Meyer v. Nebraska (262 US 390, 1923), Pierce v. Society of Sisters (268 US 510, 1925), Griswold v. Connecticut (381 US 479, 1965), Loving v. Virgínia (388 US 1, 1967), Zaboch v. Redhail (434 US 374, 1978), v.g., nos quais esse Alto Tribunal, ao apoiar os seus 'rulings' no conceito de busca da felicidade ('pursuit of happiness'), imprimiu-lhe significativa expansão, para, a partir da exegese da cláusula consubstanciadora desse direito inalienável, estendendo-lhe a situações envolvendo a proteção da intimidade e a garantia dos direitos de casar-se com pessoa de outra etnia, de ter a custódia de filhos menores, de aprender línguas estrangeiras, de casar-se novamente, de exercer atividade empresarial e de utilizar anticoncepcionais.¹⁴³ (grifo nosso)

Explica que o direito à felicidade está em jogo no caso submetido à Suprema Corte brasileira, posto que eventual desconsideração da relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo como uma realidade a ser considerada e tutelada pelo direito seria, de alguma forma, impedir ou diminuir a realização existencial de um indivíduo pelo simples fato de este não se enquadrar nos padrões tradicionais de sociedade machista e heterossexual predominante.

5.4.3 Comentários

Além de utilizarem os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, do argumento de que não se admite preconceito em razão do sexo, seja no plano do gênero ou da orientação sexual, e de que a norma prevista no art. 226, § 3º, CF, não proíbe o reconhecimento de outros tipos de relações pautadas no afeto, também foi importante a utilização de transconstitucionalismo.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132/RJ. União estável entre pessoas do mesmo sexo. In: _____. Arguente: governador do estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de Maio de 2011. Diário da Justiça, n. 198, p. 252-253, out. 2011. [Voto do Ministro Marco Aurélio].

O Min. Marco Aurélio trouxe casos em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou a tutela do projeto de vida de cada ser humano como um bem a ser protegido juridicamente, cabendo aos Tribunais guiar-se pela adequação dos julgados a esse direito, que, reconhece o Ministro, integra o núcleo da dignidade humana.

O Min. Celso de Mello, que teve trecho de seu voto transcrito, elenca precedentes da Suprema Corte americana e evidencia que o direito à busca da felicidade já foi invocado por aquela Corte para a quebra de paradigmas tradicionais, como, por exemplo, nas situações de casar-se com pessoa de outra etnia e de casar-se novamente. São condutas vistas com preconceito pelas sociedades mais conservadoras.

Embora o Ministro não cite um precedente da Suprema Corte americana específico acerca da temática em análise na ADPF 132/RJ, dá a entender que o caso enfrentado exige também a invocação do direito à busca da felicidade para, também, quebrar outros paradigmas tradicionais, como é o caso da impossibilidade de reconhecimento da condição de união estável a outro relacionamento que não se limite a um homem e uma mulher.

Portanto, levando-se em consideração o nítido diálogo estabelecido pelos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, citando, respectivamente, as ordens jurídicas estatal e regional, pode-se dizer que, nesse caso, foram utilizados o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e o transconstitucionalismo entre direito estatal e direito regional.

Seria exagero, contudo, embora tendo feito parte de reflexões dos Ministros, afirmar-se que as referências transconstitucionais integraram a *ratio decidendi*. Serviram as referências para reforçar posições já decididas pelos Ministros a partir do próprio direito brasileiro. Fica claro que os mesmos já entendiam que o direito brasileiro fornecia elementos para chegar à conclusão do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Tratou-se, assim, de instrumento de reforço de tese.

5.5 AP Nº 470/MG – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL X JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA E OUTROS - ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS INFRINGENTES - DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E NO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

5.5.1 Histórico do caso

Mais uma cena indicativa de mais uma lamentável demonstração de corrupção no serviço público é exibida por diversas emissoras de televisão em meados de maio de 2005. Um funcionário da Empresa de Correios e Telégrafos - ECT, popularmente conhecida pelos brasileiros como "Correios", recebe propina de um empresário interessado em uma licitação a ser realizada na estatal. Maurício Marinho, que chefiava o Departamento de Contratação e Administração de material dos Correios, fora indicado para o cargo pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), era o nome do funcionário. Teoricamente indicado para assumir uma importante função nesta importante estatal, sua função, na prática, era a de arrecadar recursos em benefício do partido que o indicara, recursos estes que seriam utilizados em campanhas da agremiação.

Seria mais um fato lamentável em meio a um noticiário repleto de notícias igualmente lamentáveis como furtos, roubos, e homicídios em uma grande cidade brasileira, ou a notícia de favorecimento, em uma importante licitação realizada em um estado da federação, a uma empreiteira onde os donos da empresa tinham financiado a campanha do Governador eleito. Mas, a dimensão e desdobramento que a cena alcançou foi gigantesca.

O então Deputado Federal e Presidente do PTB, Roberto Jefferson (PTB-RJ), sentiu que o então Ministro da Casa Civil José Dirceu estaria por trás da descoberta de que havia um foco de corrupção nos Correios e que teria sido ele, José Dirceu, o informante do fato. O objetivo, com a ação, seria diminuir o poder de influência política do Deputado Roberto Jefferson dentro do seu partido.

A falta de suporte político do Ministro e de importantes lideranças do Governo Lula para proteger o Deputado de eventual responsabilização pela indicação de Marinho reforçaram essa impressão. Vendo-se isolado pelo Governo do qual era aliado e, na iminência de responder sozinho, pela corrupção descoberta nos Correios, Roberto Jefferson resolve revelar um esquema de corrupção muito maior,

que atingiria diretamente o Ministro da Casa Civil José Dirceu, transformado, nessa altura dos acontecimentos, de aliado a inimigo pessoal e político.

Segundo o Deputado Roberto Jefferson, o Ministro da Casa Civil José Dirceu comandava, junto com o desconhecido publicitário e empresário mineiro Marcos Valério e o Tesoureiro do PT Delúbio Soares, com o conhecimento do Presidente do PT, José Genoíno, um sofisticado sistema de compra de votos de Deputados para aprovar projetos de interesse do Governo. Projetos como a prorrogação da alíquota de 27,5% do IR, a Reforma da Previdência, e a Lei de Falências teriam sido aprovados a partir desse sistema de compra de votos.

A base de apoio ao Governo Lula seria construída, segundo o Deputado, a partir da "compra" de apoio político, que, na prática, consistiu em pagamentos mensais para cada parlamentar que votasse de acordo com a orientação do Governo. Por esse sistema, parlamentares do PT, PMDB, PL, PR, e PP teriam recebido pagamento mensal para votar com o Planalto. Como o delator Roberto Jefferson se referira a um pagamento mensal, o escândalo foi logo apelidado de "Mensalão". Essa rotina que vigorou nos primeiros anos do Governo Lula só teria sido extinta após o deputado ter comunicado pessoalmente ao Presidente Lula que parlamentares estavam sendo comprados na Câmara para votar de acordo com o interesse do Governo, e que seu Chefe da Casa Civil era o responsável pela direção desse esquema.

Após a revelação dos fatos, o Ministro da Casa Civil cai, volta à Câmara e, junto com o Deputado Roberto Jefferson, tem o mandato cassado. Curiosamente, o primeiro foi cassado por ter liderado o "Mensalão" e o segundo por não ter provado a existência do "Mensalão", já que teria acusado muitos dos seus colegas sem ter provas. Foi uma solução da Câmara para tentar afastar-se do escândalo: expulsou os dois principais envolvidos no escândalo. Uma CPI foi instalada para apurar o escândalo, que se chamou "CPI dos Correios".

Na esfera judicial, o Procurador-Geral da República, Antônio Fernando de Souza, reunia as provas e preparava a denúncia contra os envolvidos. Ofereceu denúncia contra 40 pessoas, dentre elas empresários, banqueiros, publicitários, agentes políticos, e servidores públicos, indicando o agora ex-Ministro da Casa Civil José Dirceu como o líder do esquema de compra de votos na Câmara dos Deputados. O Relator da Ação Penal, que ganhou o número 470, foi o Min. Joaquim

Barbosa. A denúncia foi aceita contra 37 dos 40 denunciados, transformando-os em réus.

Em toda a história do Supremo, que existe desde a primeira Constituição republicana (1891), foi o maior processo em termos de tamanho. O que teve maior repercussão na imprensa e na sociedade E, talvez, também o mais complexo de todos por diversos motivos. Grandes nomes da advocacia criminal brasileira como Márcio Thomaz Bastos, José Carlos Dias, Arnaldo Malheiros Filho, Carlos Alberto de Almeida Castro, e novos expoentes como José Luis de Oliveira Lima e Alberto Zacarias Thoron foram contratados para atuar na defesa dos réus.

Dos 37 réus, 26 foram condenados. Publicado o acórdão, foram opostos embargos de declaração por todos os réus. Publicada a decisão dos embargos de declaração, foram opostos embargos infringentes pelos réus que, nos termos do art. 333, I, do Regimento Interno do STF, obtiveram 04 votos pela sua absolvição de uma ou de algumas das imputações que contra si recaía. A admissibilidade desse recurso gerou muita polêmica no Tribunal, dentre os profissionais do Direito, e, também, no meio acadêmico.

O Relator da AP 470/MG, Min. Joaquim Barbosa, não admitiu o recurso, motivando a interposição de agravo regimental pela defesa em face dessa decisão. Quando da votação, o Tribunal dividiu-se ao meio, literalmente falando. Antes do voto do último Ministro, o decano Celso de Mello, o placar estava empatado, com 05 Ministros rejeitando o agravo regimental, de um lado, e 05 Ministros deferindo o pedido da defesa pela admissibilidade do recurso em comento, de outro. O decano decidiu em favor dessa última solução e desempatou o placar.

Alguns Ministros entendiam que a Lei nº 8.038/90 teria revogado tacitamente o dispositivo regimental que previa a existência dos embargos infringentes. Outros entendiam que essa revogação deveria ser expressa, não ocorrida no caso. Alguns deles, como o Min. Celso de Mello, lembrou, também, que um projeto de lei objetivando a revogação dos embargos infringentes, enviado ao Congresso por iniciativa do Executivo, fora rejeitado na Câmara dos Deputados, o que demonstraria o intuito do legislador em manter esse recurso no ordenamento jurídico.

Também ganhou relativo espaço na discussão da admissibilidade dos embargos infringentes a questão relacionada à adequação do ordenamento jurídico pátrio ao Pacto de São José da Costa Rica, especificamente quanto ao direito dos réus ao duplo grau de jurisdição, como uma garantia fundamental, decorrente do

direito fundamental à ampla defesa. Está-se falando, portanto, de um diálogo transconstitucional, no caso transconstitucionalismo entre ordem jurídica estatal e direito internacional público. Como este tema é o foco do presente trabalho, sendo uma das espécies de transconstitucionalismo, esse caso foi selecionado para análise.

Em 18/09/2013, o Plenário do STF decidiu, por maioria, admitir os embargos infringentes, entendendo, portanto, estar intacta a disposição regimental que prevê essa modalidade recursal. A maioria foi composta pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavaski, Rosa Weber, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, e Celso de Mello. Vencidos os Ministros Luiz Fux, Carmem Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, e Joaquim Barbosa.

5.5.2 Presença de transconstitucionalismo

No caso ora em análise, o Ministro que mais fundamentou seu entendimento à luz do transconstitucionalismo e, portanto, inseriu em seu voto essa conexão com outra ordem jurídica, foi, sem dúvida, o Min. Celso de Mello. Houve, em verdade, um conjunto harmônico de argumentos utilizados por Sua Excelência, dentre os quais o transconstitucionalismo ganhou espaço destacado, conforme se verá a seguir a partir de transcrições de trechos de seu voto.

No trecho a seguir, o Ministro faz alusão ao Pacto de São José da Costa, especificamente à previsão do duplo grau de jurisdição:

*De outro lado, há a considerar, ainda, um outro aspecto que tenho por pertinente **no exame** da controvérsia ora em julgamento e **que se refere** ao fato de que a regra consubstanciada no art. 333, inciso I, do RISTF **busca permitir, ainda que de modo incompleto, a concretização**, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **no contexto** das causas penais originárias, *do postulado do duplo reexame*, **que visaria amparar** o direito consagrado **na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que realiza, embora insuficientemente**, a cláusula convencional da proteção judicial efetiva (**Pacto de São José da Costa Rica, Art. 8º, n. 2, alínea “h”**).¹⁴⁴ (grifo do autor)*

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 470/MG. Duplo grau de jurisdição na constituição brasileira e no pacto de São José da Costa Rica. In:_____. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 de Setembro de 2013. **Diário da Justiça**, n. 074, p. 25, abr. 2013. . [Voto do Ministro Celso de Mello].

Interessante verificar que o Ministro já deixa claro, de início, que considera "pertinente no exame da controvérsia ora em julgamento" a análise da disposição do art. 333, I, do RISTF à luz do Pacto de São José da Costa Rica. Portanto, embora não use essa terminologia em seu voto, o Ministro sinaliza que promoverá o transconstitucionalismo entre ordem jurídica estatal e direito internacional público. Entende que a admissibilidade dos embargos infringentes é uma tentativa de concretizar a exigência do duplo grau de jurisdição prevista no Pacto de São José da Costa Rica.

A adoção do critério do duplo reexame nos julgamentos penais condenatórios **realizados** pelo Supremo Tribunal Federal, **possibilitando** a utilização *dos embargos infringentes na hipótese singular* prevista no art. 333, **inciso I**, do RISTF, **permitirá** alcançar solução, *não obstante limitada, nos casos* em que o Supremo Tribunal Federal, **atuando** originariamente *como instância judiciária única*, **proferir, por votação majoritária**, julgamentos penais **desfavoráveis** ao réu.¹⁴⁵ (grifo do autor)

A expressão "duplo reexame" implica em redundância, sendo a expressão "duplo exame" a correta. Há uma impropriedade terminológica que é repetida em outras passagens do voto. Feita essa observação de cunho linguístico, Verifica-se, como já explicitado na análise do trecho anterior, uma nítida tentativa por parte do Min. Celso de Mello de proferir um voto que se coadune com o importante Pacto de São José da Costa Rica.

Reconhece, contudo, que a previsão do RISTF em relação ao duplo grau de jurisdição é limitada quando comparada ao tratado internacional. Por quê? Pelo simples fato de que o direito a apresentar embargos infringentes só será exercido pelo réu que tiver recebido 04 votos pela sua absolvição de determinado crime.

Embora esse não tenha sido um ponto bastante debatido entre os Ministros, o decano do STF ainda foi mais longe quanto à previsão do duplo grau de jurisdição no Pacto de São José da Costa Rica. Explicou que, de fato, em relação ao duplo grau de jurisdição, a mera aceitação dos embargos infringentes, previsto no art. 333,

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 470/MG. Duplo grau de jurisdição na constituição brasileira e no pacto de São José da Costa Rica. In:_____. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 de Setembro de 2013. **Diário da Justiça**, n. 074, p. 25, abr. 2013. . [Voto do Ministro Celso de Mello].

I, do RISTF, estava muito longe de se comparar à amplitude do tema no Pacto de São José da Costa Rica. Salientou que, inclusive, a questão do duplo grau de jurisdição se aplica para aqueles que detêm foro por prerrogativa de função. É o que se depreende da leitura do trecho a seguir:

Esse direito ao duplo grau de jurisdição, consoante adverte a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é também invocável mesmo nas hipóteses de condenações penais em decorrência de prerrogativa de foro, decretadas, em sede originária, por Cortes Supremas de Justiça estruturadas no âmbito dos Estados integrantes do sistema interamericano que hajam formalmente reconhecido, como obrigatória, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica.¹⁴⁶
(grifo do autor)

Tal constatação, conforme explicação feita mais adiante, decorre da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Barreto Leiva X Venezuela*. Nesse julgado, a Corte IDH, de forma expressa, fixou o entendimento de que o duplo grau de jurisdição deve ser uma garantia fundamental também em favor daqueles que gozam de foro por prerrogativa de função e, portanto, são julgados diretamente pelo STF, sem que o processo antes tramite em uma Corte inferior e lá chegue somente em grau de recurso.

Ao final de seu voto, o Min. Celso de Mello faz uma intransigente defesa do respeito que os Estados partes devem ter em relação aos tratados e convenções internacionais dos quais é signatário, tornando-os vivos no plano interno, saindo do plano do discurso para a efetiva concretização desses documentos. Confira-se:

A questão central, neste tema, considerada a limitação da soberania dos Estados (com evidente afastamento das concepções de JEAN BODIN), notadamente em matéria de Direitos Humanos, e a voluntária adesão do Brasil a esses importantíssimos estatutos internacionais de proteção regional e global aos direitos básicos da pessoa humana, consiste em manter fidelidade aos compromissos que o Estado brasileiro assumiu na ordem internacional, eis que continua a prevalecer, ainda, o clássico dogma – reafirmado pelo Artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, hoje incorporada ao ordenamento interno de nosso País (Decreto nº 7.030/2009) –, segundo o qual “*pacta sunt servanda*”, vale dizer,

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 470/MG. Duplo grau de jurisdição na constituição brasileira e no pacto de São José da Costa Rica. In:_____. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 de Setembro de 2013. **Diário da Justiça**, n. 074, p. 26, abr. 2013. . [Voto do Ministro Celso de Mello].

“*Todo tratado em vigor **obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé**, sendo-lhe **inoponíveis**, consoante diretriz **fundada** no Artigo 27 dessa mesma Convenção de Viena, *as disposições do direito interno do Estado nacional*, que **não** poderá justificar, *com base em tais regras domésticas*, **o inadimplemento** de suas obrigações convencionais, **sob pena** de cometer grave *ilícito internacional*.¹⁴⁷ (grifo do autor)*

Como se verifica, trata-se de uma intransigente defesa da deferência aos tratados internacionais. E essa deferência se dá com a utilização dos dispositivos dos pactos internacionais firmados pelo Estado brasileiro em cada processo submetido ao Judiciário brasileiro, sobretudo pela sua mais alta Corte, o Supremo Tribunal Federal. É assim, pois, que se atende ao princípio do *Pacta sunt servanda*, ou seja, "Pactos devem ser cumpridos". Embora possa ser relativizado no âmbito do Direito Civil por motivos especiais, é plenamente cabível no âmbito do Direito Internacional.

5.5.3 Comentários

Importante registrar, para fins de melhor compreensão do caso em tela, que a Constituição brasileira não menciona expressamente a existência de garantia ao duplo grau de jurisdição. No art. 5º, que elenca extenso rol de direitos e garantias fundamentais, não há nenhuma menção ao duplo grau de jurisdição. Em outras partes da Constituição em que estão previstos outros direitos e garantias fundamentais, também não há nenhuma menção ao duplo grau de jurisdição.

Essa constatação conduz a dois caminhos: ou se entende que o duplo grau de jurisdição é uma garantia fundamental implícita, que pode ser intuída a partir de uma leitura sistemática da Constituição, ou, ao revés, não se trata de garantia fundamental, vez que não há nenhuma previsão expressa nesse sentido ao longo do texto, dando-se a entender que se trata de questão confiada à lei ordinária, devendo ser examinado nas leis processuais, cível ou penal, aplicáveis em cada situação.

Cumprir trazer à baila que essa questão - duplo grau de jurisdição na Constituição brasileira - não foi enfrentada diretamente pelo STF no caso em tela, nem mesmo pelo Min. Celso de Mello, que, como verificado, deu especial atenção a

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP nº 470/MG. Duplo grau de jurisdição na constituição brasileira e no pacto de São José da Costa Rica. In:_____. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 de Setembro de 2013. **Diário da Justiça**, n. 074, p. 28-29 abr. 2013. . [Voto do Ministro Celso de Mello].

esse tema em seu voto. Isso porque o Min. Celso de Mello, ao contrário do Min. Gilmar Mendes, entende que os tratados internacionais sobre direitos humanos, ainda que não tenham sido aprovados segundo as regras previstas no § 3º do art. 5º, da CF, têm hierarquia constitucional. Portanto, para Sua Excelência, a omissão da Constituição é suprida pela previsão de duplo grau de jurisdição, de forma expressa, no Pacto de São José da Costa Rica.

Quanto à afirmação categórica de que o STF, na AP 470/MG, alinhou-se, de forma perfeita, com o Sistema Interamericana de Direitos Humanos ao decidir, por maioria, pela admissibilidade dos embargos infringentes propostos por alguns dos réus daquele processo, intenção esta externada expressamente pelo Min. Celso de Mello, conforme analisado no subitem anterior, deve-se refletir que é frágil.

A um porque, conforme reconheceu o próprio Ministro, não havia duplo grau de jurisdição por não se estar falando de reexame da condenação por um Tribunal distinto e hierarquicamente superior.

A dois porque nem todos os réus, como preza o Pacto de São José da Costa Rica, tiveram direito a ver sua causa examinada em duas ocasiões distintas. Apenas aqueles réus que tiveram 04 votos pela absolvição poderiam apresentar os embargos infringentes.

A três porque, ainda que determinado réu condenado por mais de um crime obtivesse 04 votos favoráveis à absolvição por uma das imputações, não teria, automaticamente, o direito a ver a condenação pela outra imputação revista. A não ser que também obtivesse 04 votos pela absolvição para essa outra imputação. Isso poderia implicar, e acabou implicando, em uma situação *sui generis*: uma revisão pela metade, de parte da condenação.

Perguntar-se-á: diante dessas ponderações, há mesmo deferência ao Pacto de São José da Costa Rica, especificamente à previsão do duplo grau de jurisdição? A resposta é logicamente negativa.

Essa garantia fundamental seria respeitada em uma única hipótese: caso os réus que não gozavam de foro por prerrogativa de função, fossem julgados pelo Juízo monocrático, no caso um Juiz de uma das Varas Criminais do estado de Minas Gerais, centro operacional e financeiro do "Mensalão". Ao Supremo, caberia apenas julgar os réus que gozavam de foro por prerrogativa de função, como reza a Constituição.

Aliás, logo antes do início do julgamento no STF, Márcio Thomaz Bastos, advogado de um dos réus, em estratégia conjunta com os demais advogados que atuavam na causa, sustentou oralmente ao Plenário a necessidade de adequação da causa ao Pacto de São José da Costa Rica, requerendo, ao final da sustentação oral da Questão de ordem, o desmembramento do processo, devendo ser confiado à 1ª instância o julgamento dos réus sem foro privilegiado.¹⁴⁸

A tese sustentada por Márcio Thomaz Bastos encontrou como adeptos somente os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que votaram pelo desmembramento do processo. Os demais votaram pelo prosseguimento do caso no STF.

A estranheza quanto à escolha do STF de, nesse caso, tomar para si o julgamento de todos os réus fica mais evidente quando se verifica que, em dois processos, um anterior e outro posterior ao "Mensalão", a solução foi distinta. Na AP 536/MG, o chamado "Mensalão tucano", a opção foi por julgar apenas o réu que possuía foro por prerrogativa de função, no caso o Deputado Eduardo Azeredo (PSDB-MG), que, anos mais tarde, renunciou ao mandato às vésperas de seu julgamento com a nítida tentativa de remeter seu caso à primeira instância e ganhar tempo para talvez ser extinta a punibilidade pela via da prescrição. O STF entendeu que, uma vez que não mais era Deputado, não deveria ser julgado pela Corte, remetendo o caso para a 1ª instância.¹⁴⁹

Nas ações penais decorrentes da amplamente divulgada "Operação Lava Jato", deflagrada no ano de 2014, e conduzida pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal, o raciocínio seguido foi idêntico ao do chamado "Mensalão tucano": réus que têm foro por prerrogativa de função serão julgados pelo STF, enquanto aqueles que não o têm serão julgados pela 1ª instância da Justiça Federal. Foi essa a decisão da Segunda Turma do STF, em 10/06/2014. Hoje, a sistemática de julgamento do caso está assim estruturada: o Min. Teori Zavaski, Relator do processo no STF, fica responsável pelas investigações dos réus com foro por prerrogativa de função, enquanto, em outra frente, o competente Juiz Federal da

¹⁴⁸ Bastos chegou a referir-se a essa situação, desfavorável à defesa, sem direito ao duplo grau de jurisdição, a um "julgamento com bala de prata", uma metáfora utilizada para explicar que, assim como tiros com bala de prata são letais (dependendo obviamente de que parte do corpo seja atingida), um julgamento sem dar ao réu uma nova oportunidade de ter a sua causa revista em grau de recurso também seria "letal" (Sustentação oral nos autos da Ação Penal nº 470/MG. Questão de Ordem. Sessão Plenária de 02 de agosto de 2012).

¹⁴⁹ A propósito dessa manobra processual, o jornalista político Josias de Souza escreveu interessante coluna acerca do tema: "No mensalão do PSDB, o STF chancela o deboche" (SOUZA, Josias de. **No mensalão do PSDB, o STF chancela o deboche**. Disponível em: < <http://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2014/03/27/no-mensalao-do-psdb-stf-chancela-o-deboche/>>. Acesso em: 28 fev. 2015)

Seção Judiciária do estado do Paraná, Sérgio Moro, proferirá a sentença dos réus que não têm foro por prerrogativa de função.

Ou seja, diante de uma mesma questão - ausência de foro por prerrogativa de função, a Suprema Corte deu duas soluções distintas. Tal tratamento diferenciado levou membros do Partido dos Trabalhadores (PT) a questionarem a lisura do julgamento e a existência de motivações políticas e midiáticas para que ambos os processos citados não recebessem a mesma solução. Salvo uma mudança legislativa ou uma justificada mudança de entendimento, conferir duas soluções distintas para um mesmo caso, em curto espaço de tempo, não se coaduna com a busca por julgamentos justos.

Ambas as soluções encontradas no "Mensalão tucano" e na "Operação Lava Jato" se coadunam com o espírito do Pacto de São José da Costa, o que, como visto, não ocorreu quanto ao "Mensalão". Nos dois primeiros casos, há uma perfeita adequação e concretização do transconstitucionalismo entre direito estatal e direito regional. Uma outra alternativa, distinta do julgamento coletivo de réus com e sem foro privilegiado e distinta do desmembramento do processo, é defendida pelo Min. Roberto Barroso já há algum tempo. Em recente artigo, curto, mas completo em termos de solução viável a um problema complexo, o Ministro assim sugere:

Para o julgamento das autoridades que hoje têm foro por prerrogativa de função poderia ser criada uma vara federal de primeiro grau, em Brasília. O juiz titular seria escolhido pelo STF, para um mandato improrrogável de quatro anos. Ao final desse período, seria automaticamente promovido para o Tribunal Regional Federal, na primeira vaga aberta, o que o imunizaria contra qualquer retaliação. Haveria tantos juízes auxiliares quantos necessários. Das decisões dessa vara especializada caberia recurso ordinário diretamente para o STF ou para o STJ, conforme a autoridade.¹⁵⁰

Na AP 470/MG, como analisado no subitem anterior, o próprio Min. Celso de Mello, de forma honesta, explicou que a admissibilidade dos embargos infringentes propiciaria um "duplo exame", e não "duplo grau de jurisdição". O que se deve reconhecer, pelo menos, é que Sua Excelência procurou, com a decisão, aproximar-se do preceito contido no mencionado tratado internacional. E essa tentativa de aproximação com dispositivo do tratado internacional foi uma das principais

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Foro privilegiado deve ser restrito a poucas autoridades. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-02/luis-roberto-barroso-foro-privilegiado-restrito-autoridades>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

justificativas para a sua decisão, o que revela estar-se diante de caso em que o diálogo transconstitucional, ainda que imperfeito, como reconheceu o próprio Ministro, integrou a *ratio decidendi*.

O preceito, em verdade, confere um alcance muito maior e mais benéfico aos réus, a todos os réus, não apenas àqueles que conseguiram atender a condições específicas para apresentação de um recurso. Destarte, a par das considerações aqui feitas, conclui-se que o caso não foi de efetivo transconstitucionalismo entre ordem jurídica estatal e direito internacional público, e sim de tentativa imperfeita de construir essa espécie de diálogo.

5.6 CARTA DE INTENÇÕES PARA A COOPERAÇÃO ENTRE STF E CIDH

Ao assumir a Presidência do Supremo Tribunal Federal, o Min. Ricardo Lewandowski indicou como uma de suas prioridades a aproximação da Corte dos sistemas jurídicos regionais e internacionais, o que está em consonância com a tese por nós defendida neste trabalho de que, com o advento da globalização, tornou-se inexorável a necessidade de o STF globalizar-se e internalizar-se.

De certa forma, isso significa em parte o reconhecimento institucional de que o STF não estava e ainda não está inserido na sociedade global vigente, ou, na melhor das hipóteses, não está inserido de forma completa e satisfatória.

Para dar concretude a seu desiderato, o Presidente do STF e o representante da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o mexicano José Jesús Orozco Henríquez, firmaram, no dia 10 de fevereiro de 2015, "Carta de Intenções" visando à maior aproximação entre a STF e CIDH, bem como a capacitação e o desenvolvimento do Judiciário brasileiro na área de direitos humanos. A assinatura contou com a participação de representantes da CIDH, da Corte IDH, do CNJ, e da Comissão Nacional de Direitos Humanos (CNDH). O documento foi assinado também pelo secretário executivo da Comissão, Emilio Álvarez Icasa.

Na assinatura do documento, o Presidente do STF e do CNJ, Min. Ricardo Lewandowski, destacou a importância do protocolo de intenções e assim se pronunciou:

O primeiro ponto a ser aprofundado é a divulgação, entre os 16 mil magistrados brasileiros, da jurisprudência da Corte Interamericana de

Direitos Humanos, das decisões da Comissão, da linha de pensamento que domina esses órgãos, as grandes questões discutidas, e mostrar que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, assim como o sistema internacional, liderado pela ONU, se interligam.¹⁵¹

Louvável a iniciativa e demonstra a disposição do atual Presidente do STF em inserir a Corte num processo de busca de diálogo com outras ordens jurídicas. É, justamente, uma das principais teses defendidas neste trabalho.

O presidente da Corte IDH, Humberto Antonio Sierra Porto, externou, na oportunidade, a importância da difusão dos sistemas de proteção dos direitos humanos pelos profissionais do direito, “para que conheçam os padrões internacionais de direitos humanos e possam aplicá-los”. Henríquez lembrou que os principais garantidores dos direitos humanos são as autoridades.

¹⁵¹ LEWANDOWSKI, Ricardo. **Assinatura de Carta de Intenções entre Supremo Tribunal Federal e Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Pronunciamento do Presidente do Supremo Tribunal Federal, em 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=285129>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

6 CONCLUSÃO

O surgimento de uma sociedade cada vez mais interligada nos âmbitos social, político, econômico, e cultural, fato este propiciado pela evolução dos meios de transporte e dos meios de comunicação, fatores analisados no Capítulo 3, tornou insignificante a distância geográfica e as fronteiras entre os países, e criou uma sociedade global.

O Direito sofreu influência desse processo e, assim como a sociedade, também globalizou-se, sendo possível constatar que os problemas constitucionais das múltiplas ordens jurídicas existentes (estatal, local, regional, supranacional, internacional, e transnacional) são, cada vez mais, idênticos ou parecidos, tornando inexorável a exigência de um diálogo entre essas ordens jurídicas distintas a fim de propiciar um aprendizado e enriquecimento recíprocos. É o que também defende autores nacionais citados neste trabalho, como Neves e Cunha Júnior.

Quanto ao problema formulado, qual seja o questionamento se o Supremo Tribunal Federal é influenciado pelas decisões de órgãos jurisdicionais pertencentes a ordens jurídicas distintas, demonstrando aceitação do fenômeno do transconstitucionalismo, ou, ao contrário, há resistência em dialogar com ordens jurídicas distintas, a resposta dependerá de que espécie de transconstitucionalismo se esteja falando.

É uma prática já incorporada à rotina decisória de vários Ministros, como visto no Capítulo 5, e o próprio colegiado já consagrou em decisões importantes, a utilização do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais, por nós chamado neste trabalho de "transconstitucionalismo horizontal". No HC 82.424/RS, o chamado "Caso Ellwanger", citado no Capítulo 5, a própria ementa do acórdão faz referência a jurisprudência estrangeira, o que demonstra a importância conferida a essa espécie de transconstitucionalismo na solução de um caso.

Contudo, ao revés, se está falando de transconstitucionalismo entre direito estatal e direito regional e transconstitucionalismo entre direito estatal e direito internacional, por nós considerado neste trabalho espécies de "transconstitucionalismo vertical", a resposta é negativa. Há, nesses casos, resistência da Suprema Corte em seguir as decisões, seja da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ou da Corte Interamericana de Direitos

Humanos (Corte IDH), ambos órgãos integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário são citados apenas para reforçar uma decisão já tomada em determinado sentido, e isso quando a decisão se coaduna com os preceitos do tratado, o que conduz a um papel meramente decorativo ou simbólico, para usar uma expressão de Neves, dos tratados internacionais, ao invés de vinculante.

A improcedência da ADPF 153/DF, que pedia a revisão da Lei de Anistia de 1979, é o maior exemplo da mencionada resistência em aderir à orientação firmada pela Corte regional, sendo que, como comentado no item 5.3, o Estado brasileiro assumiu o compromisso de acatar as decisões emanadas deste órgão jurisdicional regional.

A princípio, pode parecer estranho o fato de um mesmo fenômeno - o transconstitucionalismo, ter adesão parcial no mesmo Tribunal, o STF, já que, como assinalamos linhas acima, o transconstitucionalismo horizontal é bem aceito na Corte e serve como frequente instrumento de reforço de tese, sendo usado por vencedores e vencidos na votação final, e, por outro lado, o transconstitucionalismo vertical não é bem aceito. Todavia, parece que aí existe um componente extrajurídico, de cunho mais psicológico, que seria uma irresignação por parte dos seus integrantes quanto à hipótese de uma decisão da Corte poder ser alterada no todo ou em parte por outro órgão. No caso do STF, esse órgão seria a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou o Tribunal Penal Internacional. Está-se a falar em perda da condição de órgão jurisdicional que dá a última palavra. Em outros termos, isso implicaria em certa redução de poder para o STF como instituição, o que enseja reação de seus Ministros.

Destarte, a análise de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal no Capítulo anterior permite afirmar que este Tribunal ainda demonstra, apesar de algumas decisões de nítida abertura ao diálogo transconstitucional quando se trata de transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais, certa resistência para inserir-se nessa sociedade global. A busca por um diálogo criativo e produtivo com outras ordens jurídicas, colocando o Direito Constitucional brasileiro aberto às possíveis contribuições advindas de outros sistemas, ao invés de caracterizar uma desnaturação da Constituição, pode vir a torná-la mais aberta e moderna. Logo, convém que a Suprema Corte brasileira demonstre mais disposição e abertura para o transconstitucionalismo, em todas as suas espécies.

A Carta de Intenções assinada no dia 10 de fevereiro de 2015 pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Ricardo Lewandowski, e o representante da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o mexicano José Jesús Orozco Henríquez, no gabinete da Presidência do STF, acontecimento este narrado no item 5.6, evidencia que o passado e o presente são de distância entre a Suprema Corte brasileira e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sem falar nos demais Tribunais e Juízes pelo país. Se o diálogo do STF com esse sistema jurídico regional fosse uma praxe, não haveria a necessidade de assinatura de Carta de Intenções visando à maior aproximação entre ambos.

A assinatura do mencionado documento, sem embargo de reconhecer a grande importância simbólica e prática do ato, é uma confissão de que predominou e ainda predomina a falta de sintonia. É importante esse reconhecimento oficial porque é a partir da auto-crítica que as pessoas e as instituições evoluem.

A assinatura do documento, que, como assinalado no item 5.6, terá desdobramentos, como a realização de cursos de formação e capacitação de Juízes e funcionários de Tribunais, criação de bibliografia eletrônica contendo a jurisprudência da CIDH, bem como a publicação de livro com os textos dos tratados internacionais que compõem o Sistema Internacional de proteção dos direitos humanos, aponta para uma tentativa de mudança de rumo da até então reinante falta de sintonia entre STF e Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o que é bem vindo e plenamente salutar para o próprio futuro da jurisdição constitucional brasileira, que não pode adotar posições de autismo em meio a uma sociedade global.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Foro privilegiado deve ser restrito a poucas autoridades. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-02/luis-roberto-barroso-foro-privilegiado-restrito-autoridades>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

BRASIL. Lei nº 6.683 de 19 de dezembro de 1979. Lei de Anistia. **Casa Civil da Presidência da República Subchefia para assuntos jurídicos**.

BRASIL. Ministério Público Federal. Ação Civil Pública n. 2004.31.00.700374-6. Rateamento pensão por morte e saldo de FGTS do segurado falecido, do Juizado Especial Federal da seção judiciária do estado do Amapá. Partes envolvidas: Masaupe Waiãpi, Ana Waiãpi e Sororo Waiãpi.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132/RJ. União estável entre pessoas do mesmo sexo. In: _____. Arguente: governador do estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de Maio de 2011. **Diário da Justiça**, n. 198, p. 168-169, out. 2011. [Voto do Ministro Gilmar Mendes].

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132/RJ. União estável entre pessoas do mesmo sexo. In: _____. Arguente: governador do estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de Maio de 2011. **Diário da Justiça**, n. 198, p. 211, out. 2011. [Voto do Ministro Marco Aurélio]

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132/RJ. União estável entre pessoas do mesmo sexo. In: _____. Arguente: governador do estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de Maio de 2011. **Diário da Justiça**, n. 198, p. 252-253, out. 2011. [Voto do Ministro Marco Aurélio].

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In: _____. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 39-41, ago. 2010. [Voto do ministro Eros Grau].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In: _____. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de

Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 118-129, ago. 2010. [Voto do Ministro Ricardo Lewandowski].

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In:_____. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 183-184, ago. 2010.. [Voto do Ministro Celso Mello].

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In:_____. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 210, ago. 2010. [Voto do Ministro César Peluso].

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In:_____. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 37, ago. 2010. [Voto do Ministro Eros Grau].

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153. Revisão da Lei de Anistia de 1979. In:_____. Arguente: Conselho Federal da OAB. Arguido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de Abril de 2010. **Diário da Justiça**, n. 145, p. 39, ago. 2010. [Voto do Ministro Eros Grau].

_____. Supremo Tribunal Federal. AP nº 470/MG. Duplo grau de jurisdição na constituição brasileira e no pacto de São José da Costa Rica. In:_____. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 de Setembro de 2013. **Diário da Justiça**, n. 074, p. 25, abr. 2013. . [Voto do Ministro Celso de Mello].

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. **Diário de Justiça**, [S.L.], v. 02144-03, n., p. 00017, mar. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Rio Grande do Sul, 19 de março de 2004. **Diário de Justiça**, [S.L.], v. 02144-03, p. 573-580, mar. 2004. [Voto do Ministro Maurício Corrêa]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. **Diário**

de Justiça, [S.L.], v. 02144-03, p. 608-610, mar. 2004. [Voto do Ministro Moreira Alves].

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. **Diário de Justiça**, [S.L.], v. 02144-03, p. 617-634, mar. 2004. [Voto do Ministro Celso de Melo].

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. **Diário de Justiça**, [S.L.], v. 02144-03, p. 634-655, mar. 2004. [Voto do Ministro Gilmar Mendes].

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 82.424. Denúncia antissemitismo, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Denunciante: Ministério Público. Denunciado: Siegfried Ellwanger Castan. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 19 de março de 2004. **Diário de Justiça**, [S.L.], v. 02144-03, p. 867-907, mar. 2004. [Voto do Ministro Marco Aurélio].

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.283, jun. 2009. [Voto do Ministro César Peluso].

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.191, jun. 2009. [Voto do Ministro Gilmar Mendes].

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.195, jun. 2009. [Voto do Ministra Cármem Lúcia].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.196-1.197, jun. 2009. [Voto do Ministro Ricardo Lewandowski].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente:

Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.200, jun. 2009. [Voto do Ministro Joaquim Barbosa].

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.205, jun. 2009. [Voto do Ministro Carlos Britto].

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.208, jun. 2009. [Voto do Ministro Marco Aurélio].

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.228-1.229, jun. 2009. [Voto do Ministro Celso de Mello].

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 1.303, jun. 2009. [Voto do Ministro Menezes Direito].

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1. Prisão civil do depositário infiel, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça**, v. 02363, n. 104, p. 01106, jun. 2009.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**: para uma teoria da cidadania. Edições Loyola: São Paulo, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32 ed. Saraiva: São Paulo, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FOUCALT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução Roberto Machado. 22 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HOBBSAWN, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX**. 10 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

LENNON, John. Imagine. Intérprete: John Lennon. In: LENNON. **Lennon Legend**. United States: Records, 1998. 1 CD. Faixa 1.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Assinatura de Carta de Intenções entre Supremo Tribunal Federal e Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Pronunciamento do Presidente do Supremo Tribunal Federal, em 10 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=285129>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução: Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008.

MAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito. 3 ed. São Paulo: Estampa, 2005.p. 86-95.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é povo?: a questão essencial da democracia**. Tradução Peter Naumann. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2003.

SANTOS, Boaventura. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 2008.

SANTOS, Milton. **Técnica, espaço, tempo: globalização e meio técnico-científico informacional**. São Paulo: Hucitec, 1994.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 4 ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.