



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Isabella Faustino Alves

**PROCESSOS DE ABERTURA:**  
OS DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DA  
INTERCONSTITUCIONALIDADE

VOLUME ÚNICO

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, Mestrado em Ciências Jurídico-  
Políticas, Menção em Direito Constitucional, orientada pela Professora Doutora Paula  
Margarida Cabral dos Santos Veiga e apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra

Outubro de 2020



Isabella Faustino Alves

**PROCESSOS DE ABERTURA:**  
OS DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DA  
INTERCONSTITUCIONALIDADE

**OPENING PROCESSES:**  
HUMAN RIGHT AS THE FOUNDATION OF  
INTERCONSTITUTIONALITY

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de  
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na  
Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas /  
Menção em Direito Constitucional.*

**Orientadora:** Senhora Professora Doutora Paula  
Margarida Cabral dos Santos Veiga.

**COIMBRA**

**2020**

Dedico a minha querida avó Daicy Oliveira Faustino, que não pôde estudar Direito em Coimbra. Tenho compreendido que os sonhos às vezes levam gerações para se realizar.

Dedico também a todas as pessoas a quem tive a honra de servir na Defensoria Pública de Tocantínia, em especial ao Povo Indígena Xerente, saudade que hei de carregar por toda a vida.

Ó Divina Poesia, deusa, filha de Zeus, mantenha viva para mim esta canção do homem de múltiplos interesses que, depois de ter pilhado o âmago da cidadela da sagrada Tróia, foi levado a vagar dolorosamente pelas costas litorâneas de outros povos, vivendo segundo seus costumes, bons ou maus, enquanto seu coração, através de todas as viagens marítimas, sofria em agonia para se redimir e levar seus homens para casa em segurança. Vã esperança para eles. Os tolos! Sua própria insensatez os desgraçou. Destruir, pela carne, o gado do mais exaltado Sol, razão pela qual o deus-Sol escureceu o dia de sua volta. Faça com que essa história viva para nós em todos os seus múltiplos significados, ó Musa...

Homero

É que tem mais chão nos meus olhos do que cansaço nas minhas pernas, mais esperança nos meus passos do que tristeza nos meus ombros, mais estrada no meu coração do que medo na minha cabeça.

Cora Coralina

## AGRADECIMENTOS

Tinha uma pandemia no meio do caminho, no meio do caminho tinha uma pandemia. Por isso, antes de agradecer, presto uma singela homenagem a todas e todos que não tiveram a escolha de permanecer em casa neste período, enquanto eu me mantive, a dedicar-me a este trabalho. Mas, como estes passos vêm de longe, agradeço a meus pais, avós e ancestrais pela vida comigo compartilhada. Agradeço a meu querido Leonardo, companheiro diário de mais um desafio, desde a decisão repentina de nos mudarmos de país temporariamente. Agradeço a minha mãe, presente em todas as etapas deste caminho; a minha irmã, por toda uma jornada de partilhas; a meus irmãos e afilhados, por me recordarem da esperança latente na infância. Agradeço aos amigos que fomentaram este sonho, Vladimir, Aliny e Lúcio. Às amigas que tanto o apoiaram, Elydia, Natalya, Denize, Kênia, Esther e Franciana, esta a quem devo meu retorno a Coimbra em 2020. Agradeço ao Estado do Tocantins, sem o qual eu não poderia realizar este sonho. Sou grata aos amigos que encontrei neste percurso, na pessoa de Gabriel, solidário comigo desde o primeiro dia, aquele em que cheguei com passos claudicantes, em decorrência de recente lesão. Agradeço à valiosa orientação da professora doutora Paula Veiga, que tanto iluminou meu entendimento, e em nome de quem agradeço ao país que gentilmente me acolheu. Agradeço àquelas e àqueles a quem tenho servido nos últimos sete anos, porque, a par de me ensinarem grandes lições, a tudo inspiram, imbuindo de maior sentido todo o esforço e cada linha. Sou grata, sobretudo, à Providência Divina, ciente de que não ando só.

## RESUMO

O presente trabalho visa a promover uma reflexão acerca da teoria da interconstitucionalidade, de Canotilho, o que realiza por meio do enfoque da teoria crítica dos direitos humanos. Para tanto, opera, de início, uma digressão histórica acerca da construção filosófica dos direitos humanos, até seu processo de internacionalização, no segundo pós-guerra mundial. A seguir, realiza uma análise acerca do atual estágio da globalização e de suas inflexões sobre a soberania estatal e sobre as Constituições. Frisase, nesse contexto, a convergência entre as ordens constitucionais operada, sobretudo no Ocidente, sob a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Após um breve exame dos possíveis efeitos da conjuntura excepcional do ano de 2020 sobre o paradigma inaugurado no pós-segunda guerra, aborda a crise do Estado Social e a atual insuficiência de sua proposta, sobretudo ante a interconexão global. Articulando-se o quadro atual de integração interestatal com a globalização, dedica-se ao estudo da interconstitucionalidade, contextualizada com outras construções teóricas de enfoque análogo, com ênfase para a interculturalidade. Por fim, reflete sobre a convergência entre a interconstitucionalidade e os direitos humanos, como produtos culturais e processos de abertura, de modo que, a par das premissas comuns, propõe-se que os direitos humanos figuram como o fundamento da interconstitucionalidade.

**Palavras-chave:** Interconstitucionalidade; Direitos Humanos; Teoria Crítica dos Direitos Humanos; Globalização; Interculturalidade.

## ABSTRACT

The present work aims to promote a reflection on Canotilho's theory of interconstitutionality, through the lens of human rights critical theory. To this end, it operates, initially, a historical digression about the philosophical construction of human rights, until its internationalization process, in the the post-Second World War. Next, it analyzes the current stage of globalization and its inflections on state sovereignty and on the Constitutions. In this context, it emphasizes the convergence between constitutional orders operated, especially in the West, under the influence of the Universal Declaration of Human Rights. After a brief examination about the possible effects of the exceptional situation of the year 2020 on the paradigm inaugurated in the post-World War II, it addresses the crisis of the Welfare State and the current insufficiency of its proposal, especially in the face of global interconnection. Articulating the current framework of inter-state integration with globalization, it dedicates to the study of interconstitutionality, contextualized with other theoretical constructions of similar focus, with an emphasis on interculturality. Finally, it reflects on the convergence between interconstitutionality and human rights, as cultural products and processes of openness, so that, along with the common premises, it proposes that human rights figure as the foundation of interconstitutionality.

**Key words:** Interconstitutionality; Human rights; Human Rights Critical Theory; Globalization; Interculturality.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMS – Organização Mundial de Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>CAPÍTULO I - DIREITOS HUMANOS: A ÚLTIMA UTOPIA OU PROCESSOS DE ABERTURA?</b> .....	14
<b>I.1 CONSTRUÇÃO FILOSÓFICA DOS DIREITOS HUMANOS: UMA PROPOSTA DA MODERNIDADE OCIDENTAL</b> .....	14
<b>I.2 A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DA FILOSOFIA ÀS CONSTITUIÇÕES</b> ..	18
<b>I.3 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: UMA RESPOSTA À INSUFICIÊNCIA</b> .....	22
<b>I.4 DIREITOS HUMANOS COMO PROCESSOS DE ABERTURA: A PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS</b> .....	34
<b>CAPÍTULO II – DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO: O ESTADO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO</b> .....	40
<b>II.1 O ESTADO E A SOBERANIA: UM PARADIGMA EM QUESTÃO</b> .....	40
<b>II.2 A INTERAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL NO SÉCULO XX</b> .....	48
<b>II.3 ESTADO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS HUMANOS NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO</b> .....	54
<b>II.4 GLOBALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XXI: UM PLANETA SOCIAL?</b> .....	65
<b>III.1 INTERCONSTITUCIONALIDADE: CONSTITUIÇÕES E ESPAÇOS COMPARTILHADOS</b> .....	70
<b>III.2 INTERCULTURALIDADE: PLURALISMOS, PLURIVERSALISMO E PLURIDIVERSIDADE</b> .....	82
<b>III.3 PROCESSOS DE ABERTURA: OS DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DA INTERCONSTITUCIONALIDADE</b> .....	89
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	97
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	102



## INTRODUÇÃO

O Estado e os direitos humanos se encontram frente a um cenário de ceticismo e de contraposição, relacionado, ao menos em parte, com o ressurgimento do nacionalismo como “radicalização das ideias de unidade e independência”<sup>1</sup>, o que se soma a uma concepção dos direitos humanos como conceito abstrato, a possibilitar seu emprego como “álibi para intervenções militares, sacralização para a tirania do mercado”<sup>2</sup>, ensejando a imputação de sua utilização para fins imperialistas<sup>3</sup>.

Evidencia-se, ainda, uma “bipolaridade” que permite “respetar y reconocer los derechos en unos casos” agitando esse paradigma como exemplo de “universalidad, de civilización, progreso y de esperanza para la humanidad”<sup>4</sup>, ao tempo em que, se ignora, por vezes, a necessária abertura a processos culturais e à ação social, ademais dos reclames advindos da necessidade de garantir condições materiais de dignidade humana a toda a humanidade.

Em simultâneo, no emaranhamento da rede que hoje “propaga las teorías contemporáneas del derecho”<sup>5</sup>, na esteira do processo de globalização em curso, “o risco de a constituição não estar em condições de continuar a ser compreendida como estatuto

---

<sup>1</sup>NORBERTO BOBBIO; NICOLA MATTEUCCI; GIANFRANCO PASQUINO, *Diccionario de Política*, 11. ed., Editorial Universidade de Brasília, Brasília, 1998, p. 799.

<sup>2</sup>SLAVOJ ZIZEK, “Contra os direitos humanos”, in *Mediações – Revista de Ciências Sociais* 15 (2010), p. 11. Já no resumo desse artigo, o autor lança o seguinte questionamento: “álibi para intervenções militares, sacralização para a tirania do mercado, base ideológica para o fundamentalismo do politicamente correto: pode a ‘ficção simbólica’ dos direitos universais ser recuperada com vistas a uma politização progressiva das relações sócio-econômicas vigentes?”

<sup>3</sup>Hobsbawn (2007, p. 15) esclarece que a proposição que pode ser chamada de imperialismo dos direitos humanos, “passou a fazer parte do debate público no transcurso dos conflitos balcânicos que derivaram da desintegração da Iugoslávia comunista, especialmente na Bósnia, os quais pareciam indicar que apenas o uso externo da força armada poderia pôr fim a um massacre mútuo e infundável e que somente os Estados Unidos tinham a capacidade e a vontade de usar tal força”, acrescentando que “as guerras do Afeganistão e do Iraque, a partir de 2001, foram operações militares dos Estados Unidos que não se realizaram por razões humanitárias, embora tenham sido justificadas perante a opinião pública humanitária com base na destituição de regimes detestáveis. Mas, não fosse pelo Onze de Setembro, nem mesmo os Estados Unidos teriam considerado a situação em qualquer dos dois países como merecedora de uma invasão imediata” (HOBSBAWN, 2007, p. 17).

<sup>4</sup>DAVID SÁNCHEZ RUBIO, *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*, Akal, Ciudad de México, 2018, p. 24.

Rubio (2018, p. 24) reflete que essa dicotomia, “entre inacciones y omisiones, tolera el sufrimiento humano de muchos inmigrantes y/o mujeres agredidas y violentadas, la impunidad de los autores de delitos de cuello blanco y la criminalización de colectivos que intentan luchar por la vulneración de los derechos que guardan relación con el disfrute de una casa, el uso y la posesión de la tierra, una sanidad pública universal o un trabajo digno”.

<sup>5</sup>LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, “De la internacionalización del diálogo entre los jueces”, in *Derechos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.), Elsevier, Rio de Janeiro, 2013, p. 251.

jurídico do político torna-se agora indisfarçável”, ainda que continue pretendendo ser o “‘presente do futuro’ ao proclamar tarefas e fins para o futuro, mas, sobretudo, ao antecipar expectativas de se converter em lei para as gerações futuras”<sup>6</sup> e “mesmo que haja um «*Legal Transplant*» da ideia constitucional a nível global”<sup>7</sup>.

Ao passo que “the central event in human rights history is the recasting of rights as entitlements that might contradict the sovereign nation-state from above and outside rather than serve as its foundation”<sup>8</sup>, a globalização, a internacionalização e a regionalização interestatal formulam uma reparadigmatização da soberania do Estado, processos que se deram quase que em concomitante, sobretudo porque “somente na década de 1970”, conjuntura que possibilita a primeira fase da mundialização econômica, “a genuine social movement around human rights made its appearance”<sup>9</sup>.

Não obstante a flexibilização da soberania do Estado, que será objeto de exame aprofundado, chama a atenção a possibilidade de que o Estado conte hoje com uma legitimidade maior do que já desfrutou em qualquer outro momento, uma vez que a vulnerabilidade e a incerteza humana, situadas como alicerce de todo o poder político<sup>10</sup>, provavelmente nunca alcançaram um patamar tão alto, precipuamente ante um mercado desregulamentado, ao menos em parte, e sem fronteiras.

Com efeito, nas sociedades hodiernas, em que “tudo, por via de princípio, é susceptível de decisão política”<sup>11</sup>, e nas quais a vinculatividade das normas constitucionais

---

<sup>6</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *‘Brançosos’ e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 26.

No ponto, Canotilho (2006, p. 26) elucida que “em primeiro lugar, qualquer constituição é o ‘presente do passado’, pois não deixa de ser ‘memória na história’ mesmo quando propõe rupturas (revolucionárias ou não) com o passado. Em segundo lugar, é o ‘presente do presente’, pois ela dedica sempre uma indispensável *atentio* à conformação da ordem jurídica actual”. Zagrebelsky (2011, p. 13), por seu turno, recorda que “desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno o otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional”.

<sup>7</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “‘Brançosos’ e...”, cit., p. 190 (realce no original).

<sup>8</sup>SAMUEL MOYN, *The last utopia: human rights in history*, Harvard University Press, Cambridge, 2010, p. 13.

<sup>9</sup>SAMUEL MOYN, “The last...”, cit., p. 8.

<sup>10</sup>ZYGMUNT BAUMAN, *Daños colaterales: desigualdades sociales en la era global*, Fondo del Cultura Económica, Ciudad de México, 2011, p. cit., p. 55.

Em análise que abrange uma reflexão sobre a legitimidade do poder, a origem e os fins do Estado, Bauman (2013, p. 116) aduz que “los poderes reclaman para sí la autoridad y la obediencia prometiendo a sus súbditos una protección efectiva contra estos dos flagelos de la condición humana”.

<sup>11</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “‘Brançosos’ e...”, cit., p. 149.

Canotilho (2006, pp. 149-150) aduz que “a ‘politicização fundamental’ da sociedade política defronta-se, porém, com outras pretensões de fundamentalidade. Desde logo, *economicização fundamental*, pois mais do que nunca a sociedade esteve tão economicizada. Tudo é economia, tudo é dinheiro, tudo é mercado, tudo é cliente. Mas não só. Tudo é ciência. Assiste-se à *cientificização fundamental*. E assim sucessivamente: *mediatização fundamental*, *pedagogização fundamental*, *psiquiatrização fundamental*, *religiosização*

encontra-se perante “as sugestões *auto-organizativas* ancoradas nas ideias de direcção não estatalista da sociedade, subsidiariedade das regulações heterónomas, delegação societal de tarefas de serviço público, aberturas corporativas à regulação de interesses”<sup>12</sup>, paradoxalmente, ao menos à primeira vista, “o futuro do sistema internacional de protecção dos direitos humanos está condicionado aos mecanismos nacionais de implementação”<sup>13</sup>.

Acresce-se a essa realidade a atipicidade da conjuntura do ano de 2020, no qual “la difusión masiva de un virus (...) no puede entenderse sin la globalización incontrolada en la que se basa nuestro sistema económico y nuestra forma de vida”<sup>14</sup>, dinâmica que “ha creado una interconexión para cualquier proceso, sea el terrorismo, el cambio climático o epidemias antes localizadas”<sup>15</sup>.

Nesse cenário, refletir-se-á convergência entre a teoria da interconstitucionalidade e os direitos humanos, sob as lentes da teoria crítica dos direitos humanos, bem como por meio de uma articulação com a Teoria da Constituição como ciência da cultura, aporte que “integra tanto el pasado como el presente y el futuro”, a exemplo dos “procesos análogos de recepción – siempre y cuando y en la medida en que dichas modalidades tengan que ver con los textos constitucionales”<sup>16</sup>.

Mobilizando conceitos tais como o constitucionalismo global – na esteira do próprio constitucionalismo moderno, a par dos constitucionalismos existentes – não se olvida “o recorte cada vez mais exigente de um direito peremptório ou imperativo internacional (*jus cogens*)”, que “sugere a ideia, cada vez mais sufragada (...), de o poder constituinte dos estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, estar hoje vinculado por *princípios e regras* de direito internacional peremptório”<sup>17</sup>.

---

*fundamental*. Circunscrevendo-nos ao nosso tema, avançaríamos com a *constitucionalização fundamental*” (realces no original). Adiante, registra que “a reabilitação da política da sociedade veiculada pela constitucionalização fundamental abre a possibilidade de intensificação da cidadania através da participação política (bondade), mas o activismo dos actores políticos não significa necessariamente a capacidade de solução concreta dos problema económicos e sociais, correndo-se o risco de os ‘buracos negros’ da miséria serem cada vez maiores (maldade) apesar da movimentação política” (CANOTILHO, 2006, p. 151) (aspas no original).

<sup>12</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “‘*Brancosos’ e...*”, cit., p. 189 (realce no original).

<sup>13</sup>ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE *apud* FLÁVIA PIOVESAN, “Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano”, in “*Direitos humanos, democracia e integração...*”, cit., p. 409.

<sup>14</sup>MANUEL CASTELLS, *Tiempo de virus*, La vanguardia (2020). Disponível em: <https://www.lavanguardia.com/opinion/20200321/474278473999/tiempo-de-virus.html>.

<sup>15</sup>MANUEL CASTELLS, “*Tiempo de...*”, cit.

<sup>16</sup>PETER HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 72.

<sup>17</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7. ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 1.371.

Com foco, especialmente, para as realidades europeia e interamericana, não se descuidada, outrossim, de que “la constitucionalización de los Estados europeos pos guerra resultó de rupturas de distinta intensidad y duración, pero estaba claro un rechazo al nacionalismo”<sup>18</sup>, ao passo que “en América Latina se identifica con la denominada ‘humanización’, girando “en la órbita de los derechos humanos”<sup>19</sup>. A atentar para esse quadro, evidencia-se que, em que pese ser “o Estado nacional, em última análise, que detém o monopólio das normas, sem as quais os poderosos fatores externos perdem eficácia”<sup>20</sup>, o contexto da integração interestatal, da internacionalização e da globalização – muito embora o atual estágio da União Europeia não encontre semelhanças em outras parte do mundo – em muito mitiga esse potencial do Estado-nação.

Tem-se como objeto – a partir das rupturas paradigmáticas em matéria de constitucionalismo e da intrincada rede constitucional, a demonstrar convergências, concorrências, justaposições e conflitos – a interconstitucionalidade “como forma específica da interorganização política e social”<sup>21</sup>, de onde se extrai a imprescindibilidade de um diálogo integrado e ampliado, para muito além de sua observância em âmbito judicial/jurisdicional, frisand-se o pluralismo como princípio, dinâmica e finalidade.

O foco para formulações relativas ao quadro de superação do “constitucionalismo provinciano” dirige-se, ademais, para o fato de que as sociedades modernas perderam sua característica de “identidade comunitária baseada numa forte homogeneidade social”<sup>22</sup>,

---

Canotilho (2003, p. 1.371) ensina que, embora o conceito de *jus cogens* permaneça envolto em alguma ambiguidade, inclui “um mínimo de protecção da vida, liberdade e segurança, no âmbito das liberdades pessoais, e o direito à autodeterminação como direito básico da democracia”. Além disso, o constitucionalista (CANOTILHO, 2003, p. 1.371) consigna que “Independentemente da elevação do *jus cogens* a parâmetro de validade das constituições internas, parece indiscutível a força conformadora de alguns instrumentos internacionais dos direitos humanos no sentido de: (1) estabelecerem m conjunto de **standards materiais mínimos** impositivos da observância, por parte dos estados, de obrigações jurídicas quanto a observância de um sistema penal e processual justo; (2) de uma organização jurídica independente; (3) de protecção de direitos básicos, incluindo a definição de cidadania; (4) de reatualização dos esquemas de representação política por forma a incluir grupos, minorias e comunidades migrantes num estatuto plural de cidadanias” (realces no original). O tema também é objeto de menção na nota de rodapé de nº 346.

<sup>18</sup>MARIELA MORALES ANTONIAZZI, “La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas”, in “*Direitos humanos, democracia e integração...*”, cit., p. 188.

<sup>19</sup>MARIELA MORALES ANTONIAZZI, “La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas”, in “*Direitos humanos, democracia e integração...*”, cit., pp. 178-179.

<sup>20</sup>MILTON SANTOS, *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, 6. ed., Record, Rio de Janeiro, 2001, cit., p. 76.

<sup>21</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Direito constitucional...*”, cit., p. 1.425.

A propósito, Canotilho (2006, pp. 35-36) refere que “é razoável admitir que o conhecimento emancipatório do Estado auxilie a articulação do pensamento de realidade com o pensamento de possibilidade. (...) Noutros casos, talvez seja mais correcto acentuar as insuficiências das construções constitucionais introvertidas assentes no paradigma estatal-nacional”.

<sup>22</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Direito constitucional...*”, cit., p. 387.

fazendo com que o desafio do diálogo intercultural se mostre presente também em seu interior.

Desta feita, contextualizando-se as significativas implicações do processo de globalização sobre o ideal do Estado-social, assim como o incremento das desigualdades sociais numa era global, convida-se, com Canotilho, a “um regresso do direito constitucional à filosofia” e às “estradas da política”, tendo como norte as “margens da abertura para o mundo global”<sup>23</sup>, interconectado – a desafiar diálogo, cooperação e compromisso renovado com a “construcción dinámica, conflictiva y constante de una universalidad extensa y para todos, sin excepciones”<sup>24</sup> em matéria de direitos humanos.

Por fim, em termos metodológicos, cumpre ressaltar a opção pela reprodução das referências diretas, no corpo do texto e em notas de rodapé, via de regra, em termos originais, ainda que em idioma estrangeiro, com vistas a evitar o risco de deturpação das palavras do(a) autor(a).

---

<sup>23</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “‘Brançosos’ e...”, cit., p. 164-165.

Ao propor esse regresso, Canotilho (2006, p. 164-165) sentencia que “o direito constitucional sofre de asfixia filosófica porque se ‘purificou’ juridicamente afastando os pressupostos éticos e filosóficos. Padece ainda de falta de realismo porque as estradas da política se introverteram limitando-se ao leito jurídico e desconhecendo sobranceiramente” (aspas no original).

<sup>24</sup>DAVID SÁNCHEZ RUBIO, *Contra una cultura anestesiada de derechos humanos*, Editoriales de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2007, p. 35.

## CAPÍTULO I - DIREITOS HUMANOS: A ÚLTIMA UTOPIA OU PROCESSOS DE ABERTURA?

### I.1 CONSTRUÇÃO FILOSÓFICA DOS DIREITOS HUMANOS: UMA PROPOSTA DA MODERNIDADE OCIDENTAL

Os direitos humanos surgem relacionados a uma filosofia individualista<sup>25</sup>, na qual o poder será dito legítimo se respeitar certo número de prerrogativas concedidas ao indivíduo, que, com seus direitos, constitui o fim da associação política<sup>26</sup>. Tal como foram formulados nos séculos XVII-XVIII, os direitos humanos pressupõem as noções fundamentais de universalismo, de estado de natureza, de direito natural, de contrato social e de racionalismo<sup>27</sup>.

Nascem vinculados, ainda, à filosofia jusnaturalista, que – para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado – partira da hipótese de um estado de natureza, “onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas”<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup>Bobbio (2004, p. 109) registra que, numa concepção orgânica da sociedade, as partes estão em função do todo; ao passo que, numa concepção individualista, o todo é o resultado da livre vontade das partes.

<sup>26</sup>GUY HAARSCHER, *A filosofia dos direitos do homem*, Instituto Piaget, Lisboa, 1997, p. 16. Confira-se, por exemplo, o artigo 2º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.” Disponível em: <https://pt.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em 03.07 2019.

<sup>27</sup>GUY HAARSCHER, “*A filosofia dos...*”, cit., p. 123.

<sup>28</sup>NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2004, p. 30.

Tal estado, consistente na “condição da qual o homem teria saído, ao associar-se, mediante um pacto, com os outros homens”, trata-se de construção formulada “quase sempre apenas como hipótese lógica negativa sobre como seria o homem fora do contexto social e político, para poder assentar as premissas do fundamento racional do poder”. No contexto das lutas religiosas que assolavam a Inglaterra do século XVII, Hobbes, seu grande teórico, concebe três fontes de conflito, quais sejam: “competição pelos mesmos recursos (especialmente pelo poder, que, por definição, é raro); o medo dos outros, que nomeia modéstia; e a busca de glória como meio de garantir quanto poder se tenha adquirido” (MACKENZIE, 2011, p. 35). Conforme pontua Haarscher (1997, pp. 90-91), Hobbes parte de premissas radicalmente «modernas» de igualdade de todos no estado e *homo homini lupus*, do igual direito de cada um a defender-se como puder na natureza, a partir do que, movidos pelo razão, entendem que, para garantir sua segurança, “precisam transferir a liberdade de se autogovernarem para um terceiro «artificial» que vão instituir por uma série de pactos sociais concluídos entre eles”. A despeito disso, a autoridade instituída a partir de tais ajustes, nominada por Hobbes de «Leviatã», não se encontra como tal *minimamente comprometida*, não sendo parte na convenção”, razão pela qual possui um poder absoluto, e o seu único dever consiste em garantir a segurança de seus súditos. Assim, a teoria da autoridade política desenvolvida por Hobbes podia perfeitamente sustentar as pretensões da monarquia Stuart ao absolutismo (realces no original).

Já o contrato social<sup>29</sup>, outro elemento fundamental do contratualismo<sup>30</sup> que se desenvolveu na Idade Moderna<sup>31</sup>, trata-se da associação criada pelos próprios indivíduos, por meio do consenso comum, para proteger seus direitos fundamentais e assegurar a sua livre e pacífica convivência, consoante entende Locke<sup>32</sup>, para quem os direitos naturais consistem nos direitos à vida, à liberdade e à propriedade<sup>33</sup>, tendo feito dos direitos humanos uma afirmação constante em seu “Dois Tratados sobre o Governo”<sup>34</sup>.

Ao destacar que o contrato originário afigurava-se mais como um meio de “legitimar” o vínculo social do que como realidade<sup>35</sup>, o contratualismo apresenta-o como uma de suas características, além do estado de natureza e do racionalismo – primado da

---

<sup>29</sup>Hobbes, Locke e Rousseau são os principais proponentes da teoria do contrato social, baseando-se, “de diferentes formas, em argumentos assentes no acordo tácito” (WOLFF, 2004, p. 64). Hegel, por sua vez, combate incessantemente a ideia de contrato social, por basear o poder do Estado num princípio de direito privado (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 277). Numa perspectiva crítica, Flores (2005, p. 257), aduz que, na esfera contratualista, “el individuo abstracto – es decir, sin raza, sin sexo, sin clase social – renuncia a algo que no tiene, pero que se le dice que tiene: los derechos; para que, a continuación, la sociedad y las instituciones asuman deberes con respecto a ellos.”

<sup>30</sup>Abbagnano (2007, p. 205) ensina que a doutrina do contratualismo remonta à Antiguidade e que seus primeiros defensores, muito provavelmente, foram os sofistas. Assevera, para além, que, tendo sido eclipsada na Idade Média pela origem divina do Estado, essa doutrina ressurge na Idade Moderna e “com o jusnaturalismo, transforma-se em poderoso instrumento de luta pela reivindicação dos direitos humanos” (ABBAGNANO, 2007, pp. 205-206). Acerca do tema, oportuna, outrossim, a lição de Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 272): “Em sentido muito amplo, o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas, imperium*, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político. Num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do XVIII e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), J.Locke (1632-1704), J.J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804).”

<sup>31</sup>Giddens (1991, pp. 53-56) distingue quatro dimensões da modernidade, a saber: 1) o capitalismo, “um sistema de produção de mercadorias, centrado sobre a relação entre a propriedade privada do capital e o trabalho assalariado sem posse de propriedade, esta relação formando o eixo principal de um sistema de classes”; 2) o industrialismo, que “pressupõe a organização social regularizada da produção no sentido de coordenar a atividade humana, as máquinas e as aplicações e produções de matéria-prima e bens”; 3) a vigilância, enquanto “supervisão das atividades da população súdita na esfera política”, ressaltando que esta “pode ser direta (como em muitas das instâncias discutidas por Foucault, tais como prisões, escolas e locais de trabalho abertos) mas, mais caracteristicamente, ela é indireta e baseada no controle da informação”; e, por fim, 4) o controle dos meios de violência, contexto no qual enfatiza que “o monopólio bem-sucedido dos meios de violência dentro de fronteiras territoriais precisas é específico do estado moderno.”

<sup>32</sup>NORBERTO BOBBIO; NICOLA MATTEUCCI; GIANFRANCO PASQUINO, “*Dicionário de...*”, cit., p. 338.

<sup>33</sup>GUY HAARSCHER, “*A filosofia dos...*”, cit., p. 22

<sup>34</sup>MICHEL VILLEY, *O direito e os direitos humanos*, Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 150.

Na aludida obra, Locke trata do contrato enquanto acordo entre os homens para “unirem-se numa sociedade política”, definindo-o como “o pacto que existe e deve necessariamente existir entre indivíduos que se associam ou fundam um Estado”, ao tempo em que, para Rousseau, os homens tornam-se iguais “por convenção e direito legal”; motivo pelo qual “o direito de cada indivíduo ao seu estado particular está sempre subordinado ao direito supremo da comunidade” (ABBAGNANO, 2007, p. 206).

<sup>35</sup>NICOLA ABBAGNANO, “*Dicionário de...*”, cit., p. 206 (aspas no original).

razão sobre a vontade, tendo a própria universalidade dos direitos humanos como derivação da presença da faculdade racional em todos os seres humanos<sup>36</sup>.

Para a construção da noção de direitos humanos universais, afigurou-se fundamental, ainda, a ideia moderna de direitos naturais do indivíduo<sup>37</sup>, para a qual contribuíram as concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista – que, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, “abriram caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens”<sup>38</sup>. Posteriormente, a teoria dos valores objetivos da escolástica espanhola<sup>39</sup>, de Francisco de Vitória, Vazquez e Suarez, “substituindo a vontade divina pela «natureza ou razão das coisas», deu origem a uma concepção secular<sup>40</sup> do direito natural, posteriormente desenvolvida por Grotius, Pufendorf e Locke”<sup>41</sup>.

Acerca dos direitos naturais, Haarscher aduz que “é suposto que estes direitos pertençam ao indivíduo em virtude de sua própria essência ou, por outras palavras, são considerados como de tal modo fundamentais que nenhuma vida em sociedade digna desse nome parece possível sem que eles sejam respeitados”<sup>42</sup>.

---

<sup>36</sup>GUY HAARSCHER, “A filosofia dos...”, cit., pp. 26-27.

<sup>37</sup>Segundo leciona Abbagnano (2007, p. 278), em sua fase moderna, o direito natural é a disciplina racional indispensável às relações humanas, mas independe da ordem cósmica e de Deus. Anteriormente, na Antiguidade, o direito natural é a “participação da comunidade humana na ordem racional do universo”, o que, segundo os estóicos, aos quais se deve a primeira formulação dessa doutrina, se dava por meio dos instintos, nos animais, e da razão, nos seres humanos” (ABBAGNANO, 2007, p. 278).

<sup>38</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “Direito constitucional...”, cit., p. 382.

<sup>39</sup>Em referência à escolástica espanhola, Villey (2007, p. 144) narra que “em seu Tratado das leis, Suarez deduzia de preferência o direito da ‘lei natural’ inserida (pelo legislador divino) na ‘natureza’ comum do ‘homem’; dela ele tirara antes *deveres* que direitos. A maneira de Hobbes é muito diferente: antes de abordar a noção confusa de lei natural, ele parte do homem, pura e simplesmente” (realce no original).

<sup>40</sup>Segundo a perspectiva de Villey (2007, p. 137), não é verdadeira a afirmação de que a cultura da Europa moderna foi radicalmente secularizada, porquanto observa que Descartes, Espinosa, Leibniz “fizeram de Deus a pedra angular de seus sistemas”, ao passo que “Grócio, Hobbes, Selden, Cumberland, Pufendorf, Leibniz, Locke escreveram alguma obra de teologia”. Santos (2014, p. 107), por sua vez, tece crítica no sentido de que “os direitos humanos assumem a secularização como um fato consumado, e não como um processo histórico inacabado e cheio de contradições (...)”. A respeito da acepção do termo, Carvalho (2006, p. 209) anota que “a categoria secularização é utilizada, sem restrições, para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma laicização e um rompimento entre a cultura eclesial e as doutrinas filosóficas e demais instituições jurídico-políticas.” O autor consigna, ainda, que Enrique Dussel “delimitou o período do processo de secularização do ano de 1440, com *De Docta Ignorantia* de Nicolau de Cusa, até 1781, com a obra de Kant, *Crítica da razão pura*” (realces no original).

<sup>41</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “Direito constitucional...”, cit., p. 382.

Não obstante, “enquanto Grotius havia igualado os direitos naturais à vida, ao corpo, à liberdade e à honra”, Locke enfatizava a propriedade e não questionava a escravidão, tendo proposto uma legislação “para assegurar que ‘todo homem livre de Carolina tenha poder e autoridade absoluta sobre seus escravos negros’” (HUNT, 2009, p. 119). O referido filósofo situa a propriedade como limite da ação do governo para com o povo, sob a consequência de dar ensejo ao legítimo exercício do direito de resistência (MACKENZIE, 2011, p. 46).

<sup>42</sup>GUY HAARSCHER, “A filosofia dos...”, cit., p. 18.



O direito humano, segundo Villey, situa-se primeiramente no Leviatã, na parte que trata do Homem, em cuja natureza a Escola Moderna de Direito Natural vai tornar comum edificar o direito – que, na teologia medieval, remontava a Deus<sup>43</sup>. O nascimento dos direitos humanos enquanto concepção, obra de não juristas<sup>44</sup>, deve ser situado, portanto, na Idade Moderna<sup>45</sup>, em que pese a existência de muitas ideias constituintes destes direitos em períodos anteriores, desde a Grécia Antiga<sup>46</sup>.

Com a admissão e a concepção, por Locke, de um direito de resistência à opressão<sup>47</sup> como resultante das premissas contratualistas de sua filosofia política, a teoria dos direitos humanos deixou o domínio acadêmico e se transformou “em ideologia revolucionária”, levada a efeito pela independência das colônias inglesas da América e pela derrocada da monarquia francesa<sup>48</sup>.

---

Segundo Haarscher (1997, p. 77), a formulação de Cícero, na obra “Da República”, é tida como o primeiro articulado do direito natural, ao passo que aponta Grotius como o fundador da teoria moderna dos direitos naturais (HAARSCHER, 1997, p. 96) e Pufendorf como o fundador da Escola do Direito Natural (HAARSCHER, 1997, p. 97).

<sup>43</sup>MICHEL VILLEY, “O direito e...”, cit., p. 144.

<sup>44</sup>MICHEL VILLEY, “O direito e...”, cit., p. 144.

<sup>45</sup>Santos (2010a, p. 446) ensina que “a modernidade ocidental desdobrou-se em duas concepções e práticas de direitos humanos profundamente divergentes – a liberal e a social-democrática”, aquela “dando prioridade aos direitos cívicos e políticos”, e a última, que se plasmou em versões marxistas e não-marxistas, priorizando os direitos sociais e econômicos.

<sup>46</sup>MÁRIO REIS MARQUES, *Introdução ao Direito*, Volume I, 2. ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 205.

Oportuno registrar que, segundo Haarscher (1993, p. 72-73), “Sócrates e Platão introduzem o racionalismo em política, ou seja, a submissão da autoridade a um processo de justificação argumentada”, ao passo que Aristóteles “elabora uma filosofia política de que certos elementos, apreciados retrospectivamente, terão ajudado à formação do pensamento moderno das liberdades fundamentais: saliência da igualdade dos cidadãos, depositários da capacidade de discussão e de apreciação das opções políticas (...)”. O autor ressalta, que, no entanto, ainda estão ausentes, essencialmente, o universalismo e o individualismo contratualista. Já no contexto da Idade Média, Canotilho (2003, pp. 382-383) destaca a importância das cartas de franquias medievais dadas pelos reis aos vassallos, das quais a mais célebre foi a *Magna Charta Libertatum* de 1212, que “consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados na carta (...)” e que “embora contivesse fundamentalmente direitos estamentais, fornecia já «aberturas» para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem” (realces no original). Villey (2007, p. 107), por seu turno, afirma que a noção moderna dos direitos humanos tem raízes teológicas, complementando que “a Revelação judaico-cristã exalta mais a dignidade do homem que os filósofos gregos”.

<sup>47</sup>Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 280) destacam o papel do pensamento político inglês, notadamente Milton e Locke, na elaboração do direito de resistência ao governo, frisando que “para Locke, o povo conserva um direito em relação tanto ao príncipe como ao poder legislativo: o de julgar se eles procedem contrariamente à confiança que neles se depositou (...)”. Há, desta feita, conforme pontua Mackenzie (2011, pp. 42-43), uma distinção marcante entre Hobbes, para quem “o único direito existente no estado natural era o da autopreservação”, e Locke, segundo o qual o estado natural pressupõe uma série de direitos que qualquer governo instituído pelo povo precisa respeitar.

<sup>48</sup>GUY HAARSCHER, “A filosofia dos...”, cit., p. 98.

## I.2 A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DA FILOSOFIA ÀS CONSTITUIÇÕES

O registro do nascimento dos direitos humanos na história<sup>49</sup>, segundo Comparato, encontra-se plasmado no artigo I da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776 – a qual foi seguida pela Declaração de Independência dos Estados Unidos da América – “enquanto reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmo”<sup>50</sup>.

A assertiva é reforçada pelo artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>51</sup>, ao proclamar que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”, o que se tornou “fonte ininterrupta de inspiração e ideal para os povos que lutavam por sua liberdade e, ao mesmo tempo, o principal objeto de irrisão e desprezo por parte dos reacionários de todos os credos e facções (...)”<sup>52</sup>, sobretudo entre os defensores da tradição<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> A propósito da menção ao termo, recorda-se a advertência de Benjamin (2010, p. 12) em suas célebres “Teses sobre o conceito de história”, no sentido de que a empatia do “historiador de orientação historicista” é inegavelmente com o vencedor, o que aduz servir sempre para aqueles que, em dado momento, detêm o poder, como herança “de todos aqueles que antes foram vencedores”.

<sup>50</sup> FÁBIO KONDER COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 62.

<sup>51</sup> Conforme leciona Marques (2012, pp. 211-212), a Declaração Francesa de 1789 “eleva o antropocentrismo à sua mais elevada posição, diferenciando-se dos modelos inglês e americano não apenas pela sua origem, como pela desvitalização da dimensão religiosa que agora se vê relegada para o espaço plural do pensamento e da opinião”. Já Arendt (1989, p. 324) destaca que a aludida Declaração “destinava-se também a ser uma proteção muito necessária numa era em que os indivíduos já não estavam a salvo nos Estados em que haviam nascido, nem – embora cristãos – seguros de sua igualdade perante Deus. Em outras palavras, na nova sociedade secularizada e emancipada, os homens não mais estavam certos daqueles direitos sociais e humanos que, até então, independiam da ordem política, garantidos não pelo governo ou pela constituição, mas pelo sistema de valores sociais, espirituais e religiosos.”

<sup>52</sup> NORBERTO BOBBIO, “*A era dos...*”, cit., p. 118.

<sup>53</sup> A título de exemplo, Bentham se opunha à ideia de que a lei natural era inata à pessoa e que podia ser descoberta pela razão, argumentando que o princípio da utilidade servia como a melhor medida do certo e do errado (HUNT, 2009, p. 125); e Burke tentou “ligar a sociedade hierárquica a certa concepção de nação, argumentando que a liberdade só podia ser garantida por um governo arraigado na história de uma nação”, de modo que os direitos só funcionariam quando nascidos de tradições e práticas de longa data (HUNT, 2009, p. 178). Mesmo antes da Declaração Francesa de 1789, tem-se, com Haarscher (1997, p. 98), que Hume já houvera negado a possibilidade de uma fundação racionalista da autoridade política legítima, “vendo nas ambições da razão tal como se tinham manifestado desde o século XVII uma ilusão fundamental”. Segundo Giddens (2006, pp. 47-49), o termo tradição, no sentido que lhe é dado atualmente, é uma criação da modernidade, oportunidade em que destaca que, na Idade Média, “não havia a noção genérica de tradição”, uma vez que “tradição e costume estavam por toda a parte”. Ressalta, ainda, que “o Iluminismo chamou a si a tarefa de destruir a autoridade da tradição”, que consiste talvez no “conceito mais básico do conservadorismo, pois os conservadores acreditam que ela é depositária da sabedoria”.

Dentre as matrizes das Declarações de Direitos do século XVIII, emergem, de um lado, as instituições políticas da época e a necessidade de suprimi-las<sup>54</sup> e, de outro, concepções essenciais desenvolvidas pelo pensamento filosófico<sup>55</sup>, consoante registrado em linhas pretéritas. Merecem relevo, além disso, os conceitos de direitos imprescritíveis, que correspondem ao homem por sua qualidade de ser humano; de separação dos poderes, decorrente da necessidade de despojar o monarca do poder ilimitado de que ainda gozava no século XVIII; bem como de dignidade humana<sup>56</sup>.

Para além dos poderes do monarca, os direitos humanos irrompem para limitar o poder absoluto que

sobre vidas, propriedades e consciências tinham os senhores feudais e as autoridades religiosas, enquanto desejo, por parte daqueles que faziam riqueza com seu esforço econômico, de que existissem outros poderes políticos e culturais que lhes permitissem propor e alcançar seus objetivos com certa segurança<sup>57</sup>.

Os direitos humanos promovem uma alteração profunda no ponto de vista tradicional, que tinha por efeito a atribuição aos indivíduos não de direitos, mas de obrigações, a começar pela obediência às leis – que consistiam, em verdade, em ordens do soberano, como expressam os códigos morais e jurídicos, desde os Dez Mandamentos até a Lei das Doze Tábuas<sup>58</sup>. Impende anotar que, mesmo nas chamadas Cartas de Direitos que precederam as de 1776 e 1789, desde a Magna Charta até o *Bill of Rights* de 1689, os direitos ou as liberdades não eram reconhecidos, mas concedidos, ainda que a partir de um

---

<sup>54</sup>A burguesia em ascensão durante os séculos XVII e XVIII, consoante lembra Flores (2005, p. 221), se utilizou dos direitos do homem e do cidadão para resistir ao esquema de relações que prevalecia sob as monarquias absolutistas.

<sup>55</sup>ANTONIO CASSESE, *Los derechos humanos en el mundo contemporâneo*, Editorial Ariel, Barcelona, 1993, p. 34.

<sup>56</sup>ANTONIO CASSESE, “*Los derechos humanos...*”, cit., p. 35.

A respeito da separação dos poderes, confira-se Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, pp. 248-250). No que se refere à noção de dignidade humana, destaque-se a célebre assertiva de Kant, “em cujo pensamento a doutrina jurídica mais expressiva identifica as bases de uma fundamentação e de uma conceituação da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2009, p. 37): “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade” (KANT, 2007, p. 77). Canotilho (2003, p. 248) ensina que a “raiz antropológica do Estado de direito” “se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado”, bem como que “a densificação do sentido constitucional dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado «dignidade da pessoa humana»” (realces no original). A propósito da dignidade da pessoa humana, remete-se, ademais, à nota de rodapé de nº 456.

<sup>57</sup>HELIO GALLARDO, *Direitos humanos como movimento social: para uma compreensão popular das lutas por direitos humanos*, Faculdade Nacional de Direito, Rio de Janeiro, 2019, p. 42.

<sup>58</sup>NORBERTO BOBBIO, “*A era dos...*”, cit., pp. 94-95.

pacto entre súditos e soberano, como um ato unilateral deste, sem o qual o destinatário jamais teria qualquer direito<sup>59</sup>.

À afirmação dos direitos pela via proclamatória das Declarações Americana e Francesa, segue-se a sua consagração pelos enunciados programáticos das Constituições<sup>60</sup>, tendo o pensamento filosófico ganhado vida e se convertido em códigos juridicamente vinculantes<sup>61</sup>, na conjuntura da consolidação das nações-Estados, ao longo do século XIX, no qual os direitos do homem são absorvidos pelos direitos do cidadão<sup>62</sup>.

A despeito de a Declaração da Independência de 1776 invocar claramente os direitos universais de todos os homens, “os americanos montaram a sua própria tradição particularista com a Constituição de 1787 e a *Bill of Rights* de 1791”, em contraste com os franceses, que “adotaram quase imediatamente a versão universalista, em parte porque ela solapava as reivindicações particularistas e históricas da monarquia”<sup>63</sup>.

Todavia, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão “não considerou as perspectivas de alteridade de setores socioeconômicos e culturais”<sup>64</sup> distintos da burguesia francesa, “padecendo de elementos materiais que justificassem a alcunha da ‘universalidade’ dos direitos nela previstos”<sup>65</sup>. Além disso, entre o homem e o cidadão, a Declaração Francesa optou por este, de modo que os direitos proclamados pressupõem o Estado do contrato e a referência à vontade geral<sup>66</sup>.

Com essa ponderação, nota-se a seletividade existente na genealogia dos direitos humanos, na esteira das versões dominantes da modernidade ocidental que dividiu o mundo entre sociedades metropolitanas e coloniais, uma vez que, “enquanto discurso de emancipação, foram historicamente concebidos para vigorar apenas (...) nas sociedades metropolitanas”<sup>67</sup>, e com ressalvas mesmo no interior destas – assentes, a título de

---

<sup>59</sup>NORBERTO BOBBIO, “*A era dos...*”, cit., pp. 94-95.

<sup>60</sup>MÁRIO REIS MARQUES, “*Introdução ao...*”, cit., p. 212.

<sup>61</sup>ANTONIO CASSESE, “*Los derechos humanos...*”, cit., p. 35.

<sup>62</sup>HANNAH ARENDT, *Origens do Totalitarismo*, Companhia das Letras, São Paulo, 1989, p. 326.

<sup>63</sup>LYNN HUNT, “*A invenção dos...*”, cit., p. 117.

A assertiva chama a atenção para aquela que é apontada como a principal característica dos direitos humanos, qual seja a universalidade, consubstanciada no reconhecimento de que os direitos humanos são direitos de todos, em oposição à visão estamental de privilégios de uma casta de seres superiores (RAMOS, 2018, p. 29).

<sup>64</sup>ENZO BELLO, “O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 7 (2015) p. 53.

<sup>65</sup>ENZO BELLO, “O pensamento descolonial...”, cit., p. 53.

<sup>66</sup>MÁRIO REIS MARQUES, “*Introdução ao...*”, cit., p. 211.

<sup>67</sup>BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS; MARILENA CHAUI, *Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento*, Cortez, São Paulo, 2013, p. 44.

exemplo, na notória discriminação contra as mulheres, para quem os direitos do homem e do cidadão, como a própria designação o expressa, pouco se estendiam<sup>68</sup>.

Tal distinção foi notória também com a Revolução Haitiana, a qual demonstrou que

uma revolução de criollos negros com o apoio de escravos negros não tinha lugar em discursos libertários sobre os direitos do homem e do cidadão, que foram pensados num mundo onde a matriz invisível era branca, composta de cidadãos brancos fundamentalmente, e não de índios e negros<sup>69</sup>.

Assim, a despeito de projetarem uma ideia de sociedade em que as instituições políticas e a força pública estão a serviço de indivíduos livres e iguais, tendo a lei como elemento essencial desta construção, as Declarações estadunidense e francesa do século XVIII elaboram-se no quadro de uma visão seletiva dos direitos<sup>70</sup>. Reconhecida essa dicotomia, contemporânea ao próprio surgimento dos direitos humanos por meio das Declarações da era moderna, Santos aponta, além de uma genealogia abissal, para a existência, do lado metropolitano da linha que divide as sociedades, de uma raiz revolucionária, que identifica precipuamente com o fato de as Revoluções Americana e Francesa terem sido perseguidas “em nome da lei e do direito”<sup>71</sup>.

Tem-se, por conseguinte, a emergência do constitucionalismo moderno – a “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”<sup>72</sup> – como “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”<sup>73</sup>. Nessa quadra, o

---

<sup>68</sup>No mesmo sentido, Flores (2005, p. 80) assevera que “los derechos humanos surgen en un contexto específico de división social, sexual, étnica y territorial del hacer humano que condiciona negativa y desigualmente el acceso de todos a los bienes necesarios para una vida digna”.

<sup>69</sup>WALTER MIGNOLO, “A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade”, in *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*. Perspectivas latino-americanas. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005, p. 44.

<sup>70</sup>MÁRIO REIS MARQUES, A proteção internacional dos direitos humanos: dos sistemas regionais ao intento global da ONU, *Boletim de Ciências Econômicas*, LVII, Tomo III (2014), p. 2.012.

<sup>71</sup>BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS; MARILENA CHAUI, “*Direitos Humanos (...)*”, cit., p. 44.

Santos (2018, p. 28) concebe como uma das premissas mais relevantes de sua construção teórica, a “linha abissal” que, do ponto de vista do colonialismo de ocupação territorial, separou as formas de sociedade e de sociabilidade metropolitanas das sociedades e formas de sociabilidade coloniais, de modo que aquilo que era “válido, normal ou ético do lado metropolitano” não se aplicava “ao lado colonial”. O autor advoga a sua persistência, a dividir especialmente o norte do sul global, e considera que esta linha, por “ser tão básica quanto invisível, permite a existência de falsos universalismos que se baseiam na experiência social das sociedades metropolitanas”.

<sup>72</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Direito constitucional...*”, cit., p. 51.

<sup>73</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Direito constitucional...*”, cit., p. 51.

Streck (2018, p. 16) registra que “O Estado Moderno, fruto do rompimento com a fragmentação própria da forma estatal medieval, nasce sem Constituição (entendida *stricto sensu*). A primeira versão do Estado

próprio Estado, destinatário da autolimitação prevista pelas Declarações, é o responsável pela elaboração da lei que lhe deve circunscrever, por meio da previsão de direitos – tendo os indivíduos, e não os grupos, como objeto de proteção e sem, contudo, transcender o plano de uma tutela interna dos direitos nacionais<sup>74</sup>, paradigma que será alterado, consoante se registrará em linhas ulteriores.

### **I.3 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: UMA RESPOSTA À INSUFICIÊNCIA**

Fortemente relacionados à ascensão da burguesia<sup>75</sup> que se ia constituindo, a reivindicar direitos tidos por naturais e universais em face da tradição<sup>76</sup> – destacadamente ante o absolutismo, na França e, nos atuais Estados Unidos da América, em face do imperialismo – os direitos humanos foram posteriormente nacionalizados por meio das constituições do Estado-nação<sup>77</sup>. Tal processo foi realizado na esteira das concepções filosóficas de Hobbes, Locke, Spinoza, Montesquieu, Kant e Rousseau, os quais, ainda que atentos à “función del hombre en el interior de la sociedad”, no que se referem às relações internacionais, concluem “que en éstas sólo dominan los Estados”<sup>78</sup>, paradigma que vigorou até o início do século XX.

O nacionalismo assume gradualmente a posição de estrutura dominante para os direitos – na Europa, especialmente com a queda de Napoleão e o fim da era revolucionária<sup>79</sup> – panorama no qual a tutela dos direitos humanos é entendida como uma

---

Moderno é, pois, absolutista. Mas é exatamente o absolutismo que, dialeticamente, vai engendrar as condições para o surgimento de formas de controle do poder, através da exigência de mecanismos para conter o poder do príncipe. Assim ocorre com a Inglaterra no decorrer do século XVII, com a França revolucionária em fins do século XVIII e com a Declaração de Independência das colônias americanas, que culmina com a Constituição de 1787”.

<sup>74</sup>MÁRIO REIS MARQUES, “A protecção internacional...”, cit., pp. 2.012-2.013.

<sup>75</sup>Em um contexto determinado, que posteriormente foi se transformando, como registra Rubio (2010, p. 89), “as práticas sociais realizadas pela burguesia, em seu caminho para a modernidade contra os limites impostos pelo sistema tradicional do feudalismo, aportaram toda uma filosofia e todo um discurso sobre direitos humanos, além de um concreto sistema institucional e jurídico positivo de garantias”.

<sup>76</sup>A propósito, confira-se o teor da última parte da nota de número 53, reprodução do escólio de Giddens acerca da acepção do termo tradição.

<sup>77</sup>Nesse sentido: MÁRIO REIS MARQUES, “A hipertrofia do presente no direito da era da globalização”, *Revista Lusófona de humanidades e tecnologias* 12 (2007/2008), pp. 121-132.

<sup>78</sup>ANTONIO CASSESE, “*Los derechos humanos...*”, cit., p. 17.

<sup>79</sup>LYNN HUNT, “*A invenção dos...*” cit., pp. 178 e 184.

Santos (2013, pp. 47-48) reflete que, tendo se constituído em parte integrante dos processos revolucionários em curso no século XVIII, bem como na linguagem de tais processos, os direitos humanos, depois das

questão doméstica, integrando a reserva de soberania estadual<sup>80</sup>. Tal paradoxo, no entanto, é apenas aparente, visto que as próprias doutrinas dos direitos naturais nasceram atreladas ao Estado Absolutista, e não como forma de pisar “outside and beyond” do território do Estado<sup>81</sup>, ao passo que as Declarações de Direitos do século XVIII figuraram na base das justificativas para o surgimento ou a (re)construção de Estados<sup>82</sup>.

A menção ao cidadão, na Declaração Francesa do século XVIII, bem como seu enfoque, denota que esta se preocupou com “the justification for the creation or renovation of a citizenship space, not the protection of ‘humanity’”<sup>83</sup>, de modo que os direitos humanos nascem vinculados ao Estado e a ele continuam intimamente identificados, até que se chega à concepção de que essa relação é insuficiente<sup>84</sup>.

A constatação acerca da citada insuficiência – que começa a caracterizar-se mais acentuadamente após a Primeira Guerra Mundial<sup>85</sup>, com a exclusão de grupos definidos aleatoriamente pelo Estado<sup>86</sup> – atinge seu ápice, como é sabido, no contexto da Segunda Grande Guerra<sup>87</sup>. A esse respeito, oportuna a lição de Arendt:

A total implicação da identificação dos direitos do homem com os direitos dos povos no sistema europeu de Estados-Nações só veio à luz quando surgiu de repente um número inesperado e crescente de pessoas e de povos cujos direitos elementares eram tão pouco salvaguardados pelo funcionamento dos Estados-Nações em plena Europa como o teriam sido no coração da África. Os Direitos do Homem, afinal, haviam sido definidos como “inalienáveis” porque se supunha serem independentes de todos os governos; mas sucedia que, no momento em que os seres humanos deixavam de ter um governo próprio, não resta nenhuma autoridade para protegê-lo e nenhuma instituição disposta a garanti-los<sup>88</sup>.

---

revoluções de 1848, “deixaram de ser parte do imaginário revolucionário para passarem a ser hostis a qualquer ideia de transformação revolucionária da sociedade”.

<sup>80</sup>BUCHANAN *apud* JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 397.

<sup>81</sup>SAMUEL MOYN, “*The last...*”, cit., p. 21.

<sup>82</sup>SAMUEL MOYN, “*The last...*”, cit., p. 27.

<sup>83</sup>SAMUEL MOYN, “*The last...*”, cit., p. 26.

<sup>84</sup>SAMUEL MOYN, “*The last...*”, cit., p. 21.

<sup>85</sup>O período entre as duas guerras mundiais “não foi, em geral, fecundo no que respeita aos direitos da pessoa” (MARQUES, 2012, p. 213).

<sup>86</sup>MÁRIO REIS MARQUES, “*A protecção internacional...*”, cit., p. 2.008.

O autor registra que “esta capacidade de os Estados determinarem quem é nacional, isto é, quem está em condições de usufruir dos direitos humanos, transforma-os, de alguma forma, numa ameaça para a sua realização, gerando-se uma situação de aporia”.

<sup>87</sup>No atinente às gravíssimas violações cometidas nesse contexto, Comparato (2013, p. 225) recorda o seguinte: “calcula-se que 60 milhões de pessoas foram mortas durante a Segunda Guerra Mundial, a maior parte delas civis, ou seja, seis vezes mais do que no conflito do começo do século, em que as vítimas, em sua quase totalidade, eram militares. Além disso, enquanto a guerra do início do século provocou o surgimento de 4 milhões de refugiados, com a cessação das hostilidades na Europa, em maio de 1945, contavam-se mais de 40 milhões de pessoas deslocadas, de modo forçado ou voluntário, dos países onde viviam em meados de 1939”.

<sup>88</sup>HANNAH ARENDT, “*Origens do...*”, cit., p. 325.

Esse cenário dá ensejo à internacionalização dos direitos humanos, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, “ato fundador do direito internacional dos direitos humanos”<sup>89</sup>, em que pese a existência de antecedentes a esse processo, tais como a Organização Internacional do Trabalho – OIT, o Direito Humanitário e Liga das Nações, os quais – ao proteger direitos fundamentais em situações de conflito armado; estabelecer objetivos internacionais de manutenção da paz e segurança internacional e fixar parâmetros globais mínimos para as condições de trabalho no plano mundial, respectivamente – projetam o tema dos direitos humanos na ordem internacional<sup>90</sup>.

Com a internacionalização dos direitos humanos, tem-se o conhecido advento de nova fase, na qual o indivíduo passa a figurar como sujeito de direito internacional. A mudança em tela resulta na alteração do paradigma vestefaliano<sup>91</sup>, notadamente tendo em vista que a atuação do Estado em relação a seus nacionais torna-se passível de fiscalização

---

A autora expõe que “a desnacionalização tornou-se uma poderosa arma da política totalitária, e a incapacidade constitucional dos Estados-nações europeus de proteger os direitos humanos dos que haviam perdido os seus direitos nacionais permitiu aos governos opressores impor a sua escala de valores até mesmo sobre os países oponentes” (ARENDE, 1989, p. 302). Note-se que a evocação dos direitos humanos, de acordo com o que narra Santos (2014, p. 22) ocorreu, sobretudo em situações de erosão ou violação particularmente grave dos direitos de cidadania.

<sup>89</sup>MÁRIO REIS MARQUES, “A *protecção internacional...*”, cit., p. 2.015.

Sikkink (2015, p. 208) consigna que os países latino-americanos foram protagonistas da ideia de direitos humanos internacionais, o que sustenta, destacadamente, ante a elaboração da primeira declaração intergovernamental de direitos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada oito meses antes da DUDH. A aludida autora adiciona que, tendo representado vinte dos cinquenta Estados presentes na Conferência de São Francisco, os países da América Latina perfizeram o bloco eleitoral mais importante, protagonismo decisivo para que a Carta contivesse referências aos direitos humanos, sem o qual “it is quite likely that the Universal Declaration of Human Rights would not have been drafted in 1948” (SIKKINK, 2015, pp. 210-211). No estudo preliminar à obra “Imperialismo y Derecho Internacional”, Eslava, Obregón e Ureña (2016, p. 58) ensinam que, em reação à política expansionista dos Estados Unidos da América, o conceito de “América Latina” surge como uma adaptação do panlatinismo francês, tendo a expressão sido utilizada pela primeira vez pelo diplomata chileno Francisco Bilbao, na conferência “Ideia de um Congresso Federal para as Repúblicas”, de 1853, em oposição ao conceito de “americanos anglo-saxões”.

<sup>90</sup>FLÁVIA PIOVESAN, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 14. ed., Saraiva, São Paulo, 2013, p. 118.

Ramos (2018, p. 49) também enfatiza que, até meados do século XX, o Direito Internacional contava apenas com normas esparsas relativamente a determinados direitos essenciais, tais como o combate à escravidão, no século XIX, além da proteção dos trabalhadores, por meio da criação da OIT, em 1919.

<sup>91</sup>Destaque-se, no ponto, que “até então, prevalecia na matéria a lógica emergente da Paz de Westfália, segundo a qual as intervenções internacionais de Estados estrangeiros ou organismos internacionais em favor de direitos humanos seriam inadmissíveis, por importarem em violação da soberania nacional para tratamento de questões domésticas” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 67). Acerca do tema, oportuno o registro de Machado (2013, p. 395), no sentido de que “só num certo sentido é que se pode falar da superação do ‘modelo de Vestefália’. Com efeito, importa ter presente que a luta pelos direitos de liberdade individual e autodeterminação democrática dos povos, iniciada nos séculos XVI e XVII e consolidada no direito interno de alguns Estados, que Vestefália também representa, deve hoje extravasar para o âmbito jurídico-internacional”.



na esfera internacional, a partir da organização dos sistemas de proteção aos direitos humanos, com a possibilidade de responsabilização pela violação de determinado direito protegido, ou pelo descumprimento do dever de prover recursos internos adequados à proteção do indivíduo<sup>92</sup>.

O quadro em questão altera, assim, a realidade vigente entre o século XII e o início do século XX, no qual as relações internacionais eram substancialmente entre entidades de governo, “cada una de ellas soberana en un territorio más o menos amplio y sobre una población establecida en ese territorio”<sup>93</sup>, figurando os indivíduos como simples beneficiários das normas que regulavam as relações entre entidades soberanas<sup>94</sup>.

Com a nova organização da sociedade internacional que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, cujo marco foi a criação da Organização das Nações Unidas<sup>95</sup> em 1945, resposta às profundas implicações do holocausto e com vistas à promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais<sup>96</sup>, a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>97</sup>, recomendação que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU faz a seus membros, inaugura a proteção internacional dos direitos humanos.

No escólio de Bobbio, a Declaração de 1948, em que a afirmação de direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva, “contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na

---

<sup>92</sup>ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, *Processo internacional de direitos humanos*, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2012, pp. 43-44.

Em todos esses sistemas, consoante ressalta Ramos (2012, p. 44), é prevista a subsidiariedade da jurisdição internacional, de onde se extrai a priorização da jurisdição nacional. Mazzuoli (2015, p.1.036-1.037), por sua vez, registra que “os três sistemas regionais (...) (o europeu, o intera-mericano e o africano) são dotados de instrumentos de proteção e de mecanismos de monitoramento – em cujo ápice há tribunais regionais com capacidade para condenar Estados por violações de direitos humanos – ainda não efetivamente presentes em outros contextos regionais, em especial no Mundo Árabe e no Continente Asiático”.

<sup>93</sup>ANTONIO CASSESE, “*Los derechos humanos...*”, cit., p. 17.

<sup>94</sup>O ordenamento da comunidade tradicional entre a Paz de Vestfália (1648) e finais do século XIX, segundo Cassese (1993, p. 17), não conferia qualquer papel aos indivíduos e aos povos, ocasião em que apresenta interessante registro, no sentido de que a única categoria de indivíduos que adquire certo peso autônomo, nesse interregno, é a dos piratas, “considerados peligrosos enemigos de todo el género humano, y, por lo tanto, punibles con las penas más severas por parte de cualquier Estado del mundo” (CASSESE, 1993, p. 20).

<sup>95</sup>A propósito da Carta das Nações Unidas, aprovada na Conferência de São Francisco (1945) Marques (2012, p. 213) ensina que: “apesar do seu carácter um tanto vago, esta *Carta* tem o mérito de atribuir uma dimensão internacional aos direitos humanos e de conferir às Nações Unidas autoridade legal para os codificar. É assim que surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)” (realce no original).

<sup>96</sup>FLÁVIA PIOVESAN, “*Direitos humanos...*”, cit., p. 46.

<sup>97</sup>A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada por quarenta e oito votos a favor e sem voto em sentido contrário, oito abstenções (Bielorússia, Checoslováquia, Polônia, União Soviética, Ucrânia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul), não tendo Honduras e Iêmen participado da votação (RAMOS, 2012a, p. 61).

particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade (...) concreta dos direitos positivos universais”<sup>98</sup>.

Por meio da DUDH, “todos os homens da Terra, tornando-se idealmente sujeitos do direito internacional, adquiriram (...) a cidadania mundial, tornando-se potencialmente titulares do direito de exigir o respeito aos direitos fundamentais contra o seu próprio Estado”<sup>99</sup>. Tal assertiva é corroborada, conforme o aludido autor, por meio da afirmação da dignidade humana e do compromisso em construir e assegurar a paz, em intento que expressa nítida relação com a construção da “paz perpétua”, por Kant<sup>100</sup>.

Ao longo de seus trinta artigos, a DUDH foi condicionada por uma matriz jusnaturalista de inspiração ocidental e por uma matriz nacionalista, que, em homenagem ao Estado-nação e contrariando a vertente socialista, influenciou positivamente o caráter não vinculante da Declaração<sup>101</sup>. Não obstante, a DUDH afirmou a universalidade e a unidade de todos os direitos humanos, bem como sua centralidade e prioridade, no que diz respeito às ações e instituições do Estado e à comunidade internacional<sup>102</sup>.

Afigura-se digno de ênfase o fato de que seu artigo 28 prevê o objetivo de constituição de uma ordem internacional<sup>103</sup> respeitadora da dignidade humana<sup>104</sup>, o que se

---

<sup>98</sup>NORBERTO BOBBIO, “*A era dos...*”, cit., p. 30.

Nessa quadra, a universalidade dos direitos humanos no plano internacional configura-se como herança do período que se sucedeu à Segunda Grande Guerra, inaugurado com a Carta das Nações Unidas, que a eles refere-se, “na linha do juscontratualismo liberal, como constitutivo de uma dimensão da cooperação entre os Estados e uma questão de interesse geral da comunidade internacional” (MACHADO, 2013, p. 400). Note-se que, no plano interno ou estatal, a universalidade desses direitos também não existia, porquanto marcada por ordenamentos que traziam distinções quanto a seus nacionais, mormente mulheres, dentre outros grupos. Consoante ressalta Piovesan (2013a, p. 117), mostra-se ainda intensa a polêmica acerca do fundamento e a natureza dos direitos humanos – “se são direitos naturais e inatos, direitos positivos, direitos históricos ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral.” Não obstante, adota-se, com a aludida autora, acompanhada da mais abalizada doutrina, perspectiva assente na historicidade dos direitos humanos, situando-os como direitos históricos, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 2004, p. 5).

<sup>99</sup>NORBERTO BOBBIO, “*A era dos...*”, cit., p. 117.

<sup>100</sup>Bobbio (2004, p. 117) a respeito da aludida obra consigna que: “Kant traça as linhas de um direito que vai além do direito público interno e do direito público externo, chamando-o de ‘direito cosmopolita’. É o direito do futuro, que deveria regular não mais o direito entre Estados e súditos, não mais aquele entre os Estados particulares, mas o direito entre cidadãos dos diversos Estados entre si (...)”.

<sup>101</sup>MÁRIO REIS MARQUES, “*A protecção internacional...*”, cit., pp. 2.017-2.018.

<sup>102</sup>Zuber (2019, p. 28) apregoa que “representing the peoples of the United Nations who reaffirmed their faith in fundamental human rights, the Assembly merely proclaimed an ‘ideal’ common to all people and founded on the basic principle of equal human worth and dignity. As secular as the text is, it is broad enough to accommodate all proposals, provided that they respect its profoundly humanist terms. Its silence is where its greatness lies”.

<sup>103</sup>Como assevera Ramos (2012b, p. 187), “esse anseio de primazia internacionalista é bem resumido no artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que estabelece que o Estado não pode deixar de cumprir norma prevista em tratado internacional alegando óbice de direito interno. Em outro artigo, o artigo

considera ter contribuído especialmente para torná-la modelo de diversos textos constitucionais, pautando tanto a constitucionalização dos direitos fundamentais em nível estatal, quanto as demais Declarações e Convenções que a ela se seguiram<sup>105</sup>, e passando a integrar o *rule of Law*<sup>106</sup> da democracia – em que pese a distância entre a ordem propugnada por aquele artigo e a realidade, em âmbito mundial ou dos Estados. A propósito, ao passo que os direitos humanos são “válidos para todos os povos em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), a retirar da própria natureza humana o seu caráter inviolável, intemporal e universal”; os direitos fundamentais<sup>107</sup> são os “direitos jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”<sup>108</sup>.

Nesta breve cronologia, cumpre também consignar que os dois Pactos Internacionais adotados pela Assembleia Geral da Organização Nacional das Nações Unidas<sup>109</sup> em 1966 – o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>110</sup> – formam, juntamente com a

---

46, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados faz remissão ao Direito Interno, prevendo que um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em *violação de uma disposição* de seu direito interno sobre *competência* para concluir tratados, a não ser que essa violação for *manifesta* e diga respeito a uma norma de seu direito interno de importância *fundamental*. O mesmo artigo 46 esclarece que uma violação é ‘manifesta’ somente se for objetivamente evidente para qualquer outro Estado de boa-fé” (realces no original).

<sup>104</sup>FÁBIO KONDER COMPARATO, “A afirmação histórica...”, cit., p. 246.

<sup>105</sup>JÓNATAS E. M. MACHADO, “Direito internacional: do paradigma...”, cit., pp. 401-402.

<sup>106</sup>Com a expressão *rule of Law* “designam-se os princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda da dignidade das pessoas frente ao Estado, à luz da ideia de que o Direito deve dar aos indivíduos a necessária proteção contra qualquer exercício arbitrário de poder” (MIRANDA, 1990, p. 127).

<sup>107</sup>Relevante, neste ponto, a observação de Ferrajoli (2011, p. 49): “Na tradição do constitucionalismo democrático, as necessidades e os interesses vitais das pessoas estipuladas como merecedores de tutela têm sido expressados quase sempre sob a forma de direitos fundamentais: da vida à integridade pessoal, da liberdade à sobrevivência, da instrução à saúde, todos os valores essenciais e vitais, desde sempre proclamados nas cartas constitucionais como o fundamento e razão de ser do edifício jurídico, foram inicialmente reivindicados, e posteriormente reconhecidos e tutelados, através da atribuição aos indivíduos de expectativas, ou de pretensões ou faculdades, concebidas sempre como direitos subjetivos.”

<sup>108</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “Direito constitucional...”, cit., p. 393.

Note-se que o relacionamento entre duas entidades jurídicas, quais sejam, a pessoa individual e o Estado, é pressuposto para os direitos fundamentais (ALEXANDRINO, 2018, p. 14). A Teoria dos Status de Jellinek, segundo Alexy (2008, p. 254), tem não apenas importância histórica, mas consiste em exemplo de construção jurídica, conceitual e teórica, com grande relevância como fundamento de classificações dos direitos fundamentais.

<sup>109</sup>Registre-se, por oportuno, a importância da Convenção das Nações Unidas para a Prevenção e Repressão do Genocídio, datada de 1948, primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos aprovado no âmbito da Organização das Nações Unidas (PIOVESAN, 2013a, p. 176).

<sup>110</sup>Pertinente anotar, com Comparato (2013, p. 292) que enquanto as potências ocidentais insistiam no reconhecimento tão somente das liberdades individuais clássicas, “os países do bloco comunista e os jovens países africanos preferiam pôr em destaque os direitos sociais e econômicos”, de forma que se decidiu, desta feita, por separar essas duas séries de direitos em tratados distintos, “limitando-se a atuação fiscalizadora do

DUDH, a *International Bill of Rights* e inauguram o sistema global de proteção dos direitos humanos<sup>111</sup>.

Ao longo da segunda metade do século XX, também são firmadas as Convenções que dão origem aos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos: a Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH<sup>112</sup>, de 1950, no bojo da qual foi instituído o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – TEDH; seguida da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>113</sup>, que materializa, por sua vez, a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, por fim, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos<sup>114</sup>, de 1981, cujo protocolo adicional estabeleceu o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, em 1998.

A par do sistema geral de proteção dos direitos humanos, tem-se a consolidação de um sistema especial, voltado à proteção de pessoas ou grupos especialmente vulneráveis<sup>115</sup>, mediante previsões em tratados específicos<sup>116</sup>. Deste modo, para além da

---

Comitê de Direitos Humanos unicamente aos direitos civis e políticos, e declarando-se que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizadas progressivamente (...)”. Não obstante, “a unidade essencial do sistema de direitos humanos foi, aliás, afirmada pela Resolução n. 32/120 da Assembleia Geral da ONU, em 1968 e confirmada pela Conferência Mundial de Direitos Humanos, de 1993, na Declaração de Viena (...)” (COMPARATO, 2013, pp. 292-293).

<sup>111</sup>FLÁVIA PIOVESAN, “*Direitos humanos...*”, cit., pp. 147-148.

<sup>112</sup>Consoante a lição de Machado (2013, pp. 418-422), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, incorporada no direito da própria União Europeia, teve o mérito de criar o primeiro sistema transnacional de proteção dos direitos humanos, cujo grande ponto forte é a criação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

<sup>113</sup>Também denominada Pacto de San José da Costa Rica, entrou em vigor em 1978.

<sup>114</sup>Comparato (2013, p. 409) enfatiza que a grande novidade da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos (1981) “consistiu em afirmar que os povos são também titulares de direitos humanos, tanto no plano interno como internacional. Até então, só havia o reconhecimento do direito dos povos à autodeterminação, assentado no artigo 1º de ambos os Pactos Internacionais de 1966”. No ponto, interessa consignar o registro de Hoare (1971) *apud* Moyn (2010, p. 197), no sentido de que “in 1948 when the General Assembly had adopted the Universal Declaration of Human Rights, it had not apparently regarded self-determination as a fundamental human right, for the document which was intended to be comprehensive contained no mention to it. The first reference to a ‘right’ of peoples and nations to self-determination occurred in a General Assembly Resolution of 1950 (...)”.

<sup>115</sup>FLÁVIA PIOVESAN, “*Direitos humanos...*”, cit., p. 160.

Neste ponto, cumpre destacar a relevante lição de Santos (2019, p. 20), no prefácio da obra “Defensoria Pública e a tutela estratégica dos coletivamente vulnerabilizados”: “Efectivamente só existem grupos vulneráveis porque há outros grupos desmesuradamente mais poderosos que eles que são invulneráveis. Ou seja, ninguém é inatamente vulnerável; é vulnerabilizado pelas relações desiguais de poder que caracterizam a sociedade”.

<sup>116</sup>Destaque-se, por relevantes, os seguintes tratados internacionais de direitos humanos: Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 21.12.1965; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher, de 18.12.1979; Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 10.12.1984; Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20.11.1989; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 13.12.2006. As datas dizem respeito à adoção dos aludidos diplomas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e constam de: FLÁVIA PIOVESAN, “*Direitos humanos...*”, cit., p. 296.

proposta universalização, o desenvolvimento dos direitos humanos ocorreu no sentido de sua multiplicação, ao aumentar a quantidade de bens merecedores de tutela; ao estender sua titularidade a sujeitos distintos do ser humano e, por fim, ao reconhecer a pessoa em sua especificidade ou concretude<sup>117</sup>.

Nesse percurso, os direitos humanos – surgidos a partir da luta por segurança jurídica e contra o arbítrio do poder soberano, enquanto exigências de não intervenção consistentes em liberdades fundamentais (“*freedoms from*”) – passam à reclamação da intervenção estatal, com vistas a prestações relativas a um nível de vida decente (“*freedoms to*”)<sup>118</sup>. Posteriormente, tais reivindicações direcionam-se ao que se convencionou designar como a terceira geração/dimensão dos direitos humanos<sup>119</sup>, cuja nota caracterizadora é a de

---

<sup>117</sup>NORBERTO BOBBIO, “*A era dos...*”, cit., pp. 62-63.

Com a internacionalização da proteção aos direitos humanos, a doutrina aponta que tais direitos, superiores às demais normas e cujo conteúdo diz respeito a valores essenciais, explícita ou implicitamente retratados em convenções internacionais e nas Constituições, possuem a estrutura de direito-pretensão/ direito-liberdade/ direito-poder/ direito-imunidade, bem como gozam de fundamentalidade formal, relativa a sua inscrição nos aludidos diplomas, e também material, referente a sua indispensabilidade para a promoção da dignidade humana (RAMOS, 2018, pp. 28-31).

<sup>118</sup>GUY HAARSCHER, “*A filosofia dos...*”, cit., pp. 41-51.

No que diz respeito ao contexto da nomeada primeira dimensão dos direitos humanos, relevante a síntese de Canotilho (2003, p. 385), ao registrar que “o capitalismo mercantil, com a sua acumulação de riquezas e a necessidade de segurança das convenções comerciais, postulava a existência de um estatuto individual estável, assente numa larga autonomia do «homo oeconomicus»” (realces no original). Tal contexto deu ensejo à positivação dos direitos civis e políticos, por meio das primeiras constituições escritas, uma vez que “a principal reivindicação da burguesia era a limitação dos poderes do Estado em prol do respeito às liberdades individuais” (NOVELINO, 2016, p. 272). Posteriormente, no escólio de Haarscher (1997, p. 48), como produto de um conjunto de lutas relativas à situação de finais do século XVIII, notadamente de miséria do proletariado operário e das classes dominadas em geral, tem-se por necessário exigir do Estado prestações consideráveis – tais como direito à saúde, à educação, ao trabalho, à segurança social, a um nível de vida decente, passando-se da noção de um “mínimo” de Estado, limitado a tarefas de proteção das liberdades, inevitavelmente burguesas, a um Estado-providência. Tais direitos, fundados no postulado da igualdade, apesar de terem sido contemplados de forma embrionária nas Constituições francesas de 1793 e 1848, bem como na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849, foram consagrados em um número significativo de Constituições já no século XX, sobretudo no segundo pós-guerra (SARLET *et al.*, 2018, pp. 332-333).

<sup>119</sup>Os direitos de nova geração, segundo Bobbio (2004, p. 209) “nasceram todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico”, oportunidade em que fornece três exemplos: o direito de viver em um ambiente não poluído; o direito à privacidade, “que é colocado em sério risco pela possibilidade que os poderes públicos têm de memorizar todos os dados relativos à vida de uma pessoa”; “o direito à integridade do próprio patrimônio genético”, que vai bem mais além do que o direito à integridade física, já afirmado nos artigos 2 e 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (BOBBIO, 2004, p. 210). Observe-se, outrossim, a lição de Ramos (2018, p. 59): “A teoria das gerações dos direitos humanos foi lançada pelo jurista francês de origem checa, Karel Vasak, que, em Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo (França), no ano de 1979, classificou os direitos humanos em três gerações, cada uma com características próprias. Posteriormente, determinados autores defenderam a ampliação da classificação de Vasak para quatro ou até cinco gerações. Cada geração foi associada, na Conferência proferida por Vasak, a um dos componentes do dístico da Revolução Francesa: ‘liberté, égalité et fraternité’ (liberdade, igualdade e fraternidade)”. Mesmo que com ressalvas, Rubio (2011, p. 85) pontua que “la perspectiva generacional de derechos humanos, los historiza en cierta medida, ya que señala distintos tipos de luchas en contextos diferentes, aunque sea desde un panorama secuencial y lineal”,

que seu titular não é mais a pessoa humana individual, mas categorias ou grupos de pessoas<sup>120</sup>.

Podem-se distinguir, de outra ótica, ao menos três fases<sup>121</sup>, iniciando-se por sua formulação como expressão nuclear do direito natural difundido pelos modernos nos séculos XVII e XVIII como direitos universais de que o homem é portador, existentes já no Estado de natureza. Em seguida, tem-se o momento no qual tais direitos são “entronizados na realidade legal e política pelo movimento independentista americano e pela revolução francesa”<sup>122</sup> e, por fim, uma terceira etapa, de 1945 até o presente, na qual os direitos humanos ganham estatuto internacional, instituindo-se num sistema legal impulsionado e protegido pela ONU<sup>123</sup>.

---

sublinhando que “hay algo en esta visión generacional que no recoge realmente la riqueza y pluralidad de luchas sociales que, por distintas razones, o bien son fagocitadas e incorporadas al *ethos* social occidental o bien son silenciadas, rechazadas o invisibilizadas”. Já Gallardo (2019, p. 108) defende que “essas gerações o são efetivamente não por sua sequência temporal, senão porque os direitos que são reclamados pelas lutas que as constituem são gestados em lugares sociais diversos e implicam racionalidades diferentes”. Registre-se, por fim, a existência de divergências doutrinárias acerca da existência de três, quatro ou até de uma quinta geração/dimensão de direitos humanos, como a perspectiva de Marques (2012, pp. 218-219), para quem os direitos sociais, econômicos e culturais consistem na terceira geração de direitos humanos, ao entendimento de que os direitos de expressão democrática (direitos de participação política, de sufrágio, de associação) configuram os direitos de segunda geração. Impende ressaltar, no entanto, a indivisibilidade de tais direitos, no sentido de que, para além de uma visão geracional, acolha-se a ideia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, essencialmente complementares e em constante interação, na medida em que o esvaziamento do conteúdo de qualquer deles impacta necessariamente a realização de outro (PIOVESAN, 2013a, p. 129).

<sup>120</sup>ANTÔNIO CARLOS WOLKMER, “Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos”, in *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*, RÚBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (org.), EdIPUCRS, Porto Alegre, 2010, p. 17.

<sup>121</sup>Bobbio (2004, pp. 28-30) ressalta a existência de três fases relativamente aos direitos humanos, quais sejam: a primeira, que consiste na obra dos filósofos, notadamente do jusnaturalismo moderno; a seguinte, que consistiu no acolhimento daquelas teorias por um legislador, como se deu com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-Americanos e com a Revolução Francesa; e a terceira, que tem início com a Declaração de 1948. Nesta última, destaca que os direitos, nascidos como naturais e universais, tendo se desenvolvido posteriormente como direitos positivos particulares, finalmente encontram “sua plena realização como direitos positivos universais” (BOBBIO, 2004, p. 30). Noutra perspectiva, Flores (2005, p. 144-145) assevera que a primeira fase dos direitos humanos, cujas origens remontam às Declarações do século XVIII, pode-se denominar como a fase dos “derechos del ciudadano burgués”, ao passo que o segundo momento, iniciado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, trata-se da “fase de los derechos humanos individuales y universalizados”. A um terceiro período, que, segundo o autor, iniciou-se com a Convenção de Viena de 1993, coincidente com o fim da Guerra Fria, refere-se como a fase dos “derechos humanos integrales”, a partir de quando se começa a perceber, ainda que de modo tímido, uma mudança na retórica dos direitos humanos, notadamente ao não se diferenciar tão taxativamente entre os direitos individuais e os direitos sociais e por se reivindicar a interdependência entre os direitos humanos e as políticas democráticas representativas.

<sup>122</sup>MÁRIO REIS MARQUES, “A protecção internacional...”, cit., p. 2.005.

<sup>123</sup>MÁRIO REIS MARQUES, “A protecção internacional...”, cit., p. 2.006.

Cumpra transcrever, nesse contexto, o ensinamento do autor: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem não pode ser perspectivada como a continuação natural daquela concepção dos direitos que se impôs a partir dos séculos XVII e XVIII. Na verdade, o período que antecedeu esta declaração é de grande fragilidade no que respeita aos direitos humanos. Por exemplo, se no século XIX estes direitos não

Para Moyn, os direitos humanos figuraram como pontos periféricos tanto para a retórica durante o período da Segunda Guerra quanto para a reconstrução no pós-guerra, tendo surgido, apenas nos anos setenta do século XX, um genuíno movimento social em torno dos direitos humanos, num plano transcendente às instituições oficiais de governo e as instâncias internacionais<sup>124</sup>. Em sua análise, aponta o ano de 1977 – no qual a Anistia Internacional foi laureada com o prêmio Nobel da Paz<sup>125</sup>, dentre outros pontos que situa como determinantes – como “o ano de eclosão dos direitos humanos como um todo”<sup>126</sup>.

O citado autor ressalta que a emergência substancial dos direitos humanos “out of exasperation with the Cold War and the hope for a way beyond its divisions”<sup>127</sup>, explica-se notadamente pela morte de outras visões utópicas e sua transfiguração em uma agenda de direitos humanos<sup>128</sup> – os quais considera terem feito a diferença histórica, primeiramente, por sua sobrevivência como ideologia motivadora, “in the confusing tumult of 1970s social movements”<sup>129</sup>. Nesse contexto, Moyn pontua que:

The best general explanation for the origins of this social movement and common discourse around rights remains the collapse of other, prior utopias, both state-based and internationalist. These were belief systems that promised a free way of life, but led into bloody morass, or offered emancipation from empire and capital, but suddenly came to seem like dark tragedies rather than bright hopes. In this atmosphere, an internationalism revolving around individual rights surged, and it did so because it was defined as a pure alternative in an age of ideological betrayal and political collapse. It was then that the phrase ‘human

---

alcançaram um lugar proeminente no discurso político; no século XX os partidos liberais não operaram a sua recepção nos respectivos programas (MARQUES, 2014, pp. 2006-2007).

<sup>124</sup>SAMUEL MOYN, “*The last...*”, cit., pp. 7 e 8.

<sup>125</sup>Moyn (2010) explora vastamente o tema, em tese da qual parece ser uma das questões centrais a seguinte: “The crucial question is why human rights, which could not have been the focus of global idealism before the 1940s and failed to infiltrate it in that decade, or in the anticolonial struggles or youth activism that followed in the 1950s and 1960s, did so in the 1970s” (MOYN, 2010, p. 121). Dentre os pontos principais que teriam evidenciado a verdadeira eclosão dos direitos humanos em nível global neste período, menciona, além da visibilidade e da atuação da Anistia Internacional como a primeira Organização não Governamental a fornecer um novo modelo de ativismo em matéria de direitos humanos, por meio da advocacia internacional de base e do fomento à atuação dos cidadãos comuns; as resistências às ditaduras latinoamericanas instauradas especialmente a partir da década de setenta; os acordos de Helsink, em 1975 – um dos primeiros de natureza multilateral no período da “Guerra Fria”; e a adesão do então candidato à presidência dos Estados Unidos da América, Jimmy Carter, à linguagem dos direitos humanos como proposta de uma nova política externa para o país (MOYN, 2010, pp. 129-172).

<sup>126</sup>SAMUEL MOYN, “*The last...*”, cit., p. 129.

O autor destaca que, mesmo em 1968, declarado pela ONU como o “Ano Internacional dos Direitos Humanos”, tais direitos permaneceram periféricos e quase inexistentes como um movimento (MOYN, 2010, p. 2), enfatizando, adiante, que “in 1968, human rights were in crisis, because their partisans had not found a way to ally themselves with na exploding wave of popular movements” (MOYN, 2010, p. 171).

<sup>127</sup>SAMUEL MOYN, “*The last...*”, cit., p. 217.

<sup>128</sup>SAMUEL MOYN, “*The last...*”, cit., p. 122.

<sup>129</sup>SAMUEL MOYN, “*The last...*”, cit., p. 175.

rights' entered common parlance in the English language. And it is from that recent moment that human rights have come to define the present day<sup>130</sup>.

A mudança do paradigma da proteção nacional exclusiva é acompanhada, a par do processo progressivo de sujeição dos Estados às convenções sobre direitos humanos, pela generalização de Constituições rígidas nos ordenamentos dos Estados democráticos<sup>131</sup>, a partir da constatação de que o princípio da mera legalidade é insuficiente para garantir contra os abusos da legislação e contra as involuções antiliberais e totalitárias<sup>132</sup>.

O contexto em questão dá ensejo, ainda, ao fenómeno da constitucionalização do Direito – com a ampliação das tarefas das Constituições, o surgimento de uma cultura jurídica que valoriza cada vez mais os princípios, e a sedimentação da ideia de que a Constituição é norma jurídica e não proclamação política<sup>133</sup>.

Nessa esteira, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, guindou-a, assim, a verdadeiro superprincípio, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito interno, mormente como fundamento ou justificação da ordem estatal, norteando a instituição dos direitos fundamentais.

Numa perspectiva material do constitucionalismo, a DUDH figura como fundamento da constitucionalização do Direito Internacional Público<sup>134</sup> e do constitucionalismo global,

caracterizado, sobretudo, pela emergência de um *jus cogens* internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais e pela tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos<sup>135</sup>.

---

<sup>130</sup>SAMUEL MOYN, “*The last...*”, cit., p. 8.

Moyn (2010, pp. 148-149) assevera, ainda, que “it was the collapse of authority of Cold War frameworks, ending the absorption of many citizens in the official ideologies of its contenders and detaching some ordinary people from official justifications of power, that made the concept of human rights meaningful”.

<sup>131</sup>Canotilho (2003, p. 237) recorda que “o Estado de direito democrático – para lograr ter força político-normativa –, necessita: (1) de um conjunto de instituições políticas básicas; (2) de um conjunto de condições económicas, sociais e culturais favoráveis a estas instituições; (3) e de um conjunto de esquemas político-constitucionais (forma de governo, controlo judicial, sistema eleitoral, sistema partidário)”.

<sup>132</sup>LUIGI FERRAJOLI, *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011, pp. 43-44.

<sup>133</sup>Tal realidade guarda intrínseca relação com a difusão e o fortalecimento da jurisdição constitucional “enquanto expressão máxima da garantia da observância das regras e princípios constitucionais pelas leis e demais atos normativos do poder público” (CORREIA, 2016, p. 19).

<sup>134</sup>A respeito da constitucionalização do direito internacional, Correia (2016, p. 13) leciona que: “Perante as dificuldades de dar operacionalidade prática aos deveres e obrigações internacionais de garantia, respeito e realização dos direitos humanos, procura-se ‘transplantar’ para a internormatividade internacional certos mecanismos de direito constitucional.”

<sup>135</sup>FERNANDO ALVES CORREIA, *Justiça constitucional*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 13.



O processo de internacionalização dos direitos humanos, que se iniciou com a DUDH, vem se desenvolvendo tanto em nível global quanto regional, com a instituição de órgãos e mecanismos de fiscalização e monitoramento desses direitos, dentre os quais merecem nota especial o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas<sup>136</sup> e o Tribunal Penal Internacional<sup>137</sup>. Ademais, uma nova etapa de reconhecimento histórico dos direitos humanos importa na consagração do respeito aos chamados direitos da humanidade, como o direito de acesso aos recursos do fundo marinho; e à preservação do meio ambiente e do patrimônio cultural de todos os seres humanos<sup>138</sup>, destacando-se que, apenas em 1994, foram reconhecidos como uma das prioridades da comunidade internacional<sup>139</sup>.

A onipresença, em tese, da preocupação com a proteção dos direitos humanos, em aspiração que se identifica com o ideal democrático<sup>140</sup>, relaciona-se, em grande medida, à universalidade normativa de tais direitos – a despeito de se tratar de construção marcadamente ocidental, tendo se internacionalizado ou se difundido “por todo o globo como se fosse o mínimo ético necessário para se lutar pela dignidade”<sup>141</sup>, inclusive em face de concepções culturais que nem sequer têm em sua bagagem linguística o conceito de direito, como é o caso de inumeráveis cosmovisões de povos e nações indígenas<sup>142</sup>.

---

Barroso (2015, pp. 19-20) ensina que, a partir do marco histórico do constitucionalismo do pós- Segunda Guerra, especialmente na Alemanha e na Itália, e do marco filosófico do pós-positivismo, o novo direito constitucional envolve três conjuntos de mudanças de paradigma, os quais compõem seu marco teórico: o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata; a expansão da jurisdição constitucional, com a criação de tribunais constitucionais na grande maioria dos Estados democráticos e, por fim, o surgimento de um conjunto de ideias identificadas como *nova interpretação constitucional*, na qual foram elaboradas ou reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica. Acerca do pós-positivismo, Barroso (2009, pp. 328-329) anota que “ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade, universo no qual avulta “singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual” o reconhecimento da normatividade dos princípios.

<sup>136</sup>Suas investigações, relatórios e resoluções, ainda que desprovidos de efeito jurídico obrigatório, contam com evidente força de censura moral e política sobre os Estados violadores dos padrões internacionais adotados pela ONU (ALEXANDRINO, 2018, p. 92).

<sup>137</sup>Criado em 1998, por meio do Estatuto de Roma, com caráter permanente e jurisdição sobre os crimes de maior gravidade, que afetem a comunidade internacional em seu conjunto, quais sejam, crimes de guerra, de agressão, de genocídio e crimes contra a humanidade.

<sup>138</sup>FÁBIO KONDER COMPARATO, “A afirmação histórica...”, cit., p. 297.

<sup>139</sup>JONATAS E. M. MACHADO, “Direito internacional: do paradigma...”, cit., p. 400.

Trata-se do ano de aprovação da Resolução nº 48/141, da ONU

<sup>140</sup>GUY HAARSCHER, “A filosofia dos...”, cit., p. 10.

<sup>141</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, *A reinvenção dos direitos humanos*, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2009, p. 37.

<sup>142</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, “A reinvenção dos...”, cit., p. 37.

Realizada essa digressão, insta recorrer, como ponto relevante para a análise a ser levada a efeito no presente trabalho, à perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos.

#### **I.4 DIREITOS HUMANOS COMO PROCESSOS DE ABERTURA: A PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS**

A despeito do vasto arcabouço de diplomas e mecanismos internacionais e da normatividade jurídico-positiva estatal para a proteção dos direitos humanos existentes na atualidade, constata-se, no plano da realidade, uma distância considerável entre a teoria e prática dos direitos humanos, razão pela qual se pode falar em um quadro “típico, tópico y clásico” que considera pacífica “la separación que existe entre lo que se dice y lo que se hace en materia de derechos humanos”<sup>143</sup>.

Há, assim, como expõe a Teoria Crítica dos Direitos Humanos, na esteira de Flores, um grande paradoxo consistente no fato de “a cada vez maior consolidação e proliferação de Textos Internacionais, Conferências, Protocolos” contrastar “paralelamente, com o aprofundamento das desigualdades e injustiças que cada vez mais amplia a separação entre os polos, não só geográficos, mas também econômicos e sociais, do Sul e do Norte.”<sup>144</sup>

A crítica leva a repensar a advertência de Bobbio sobre não mais se afigurar tão necessária a justificação dos direitos humanos, à vista de sua proteção<sup>145</sup>, sobretudo ante a possibilidade de que a separação entre a teoria e a realização concreta dos direitos humanos relacione-se, dentre outros fatores, “o al esfuerzo por ligar su fundamento a propuestas filosóficas o a la voluntad de señalar que lo que interesa es promoverlos, controlarlos y garantizarlos, dejando de lado su fundamentación”<sup>146</sup>. Frisa-se, a partir dessa advertência, que a eficácia jurídica de tais direitos “es inseparable de una discusión comprensiva sobre su fundamento”, que deve ser entendido, para além de fator causal, como matriz<sup>147</sup>.

---

<sup>143</sup>DAVID SÁNCHEZ RUBIO, *Encantos y desencantos de los derechos humanos: de emancipaciones, liberaciones y dominaciones*, Icaria Antrazyt, Barcelona, 2011, p. 102.

<sup>144</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, “A reinvenção dos...”, cit., p. 70.

<sup>145</sup>*In verbis*: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*” (BOBBIO, 2004, p. 23).

<sup>146</sup>HELIO GALLARDO, *Teoría Crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Editoriales de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2008, p. 13.

<sup>147</sup>HELIO GALLARDO, “*Teoría Crítica ...*”, cit., p. 13.

A teoria crítica dos direitos humanos, que remonta a aspectos centrais da teoria crítica herdeira da Escola de Frankfurt<sup>148</sup>, situa-se como um posicionamento hermenêutico que assume a perspectiva “de aquellos a quienes se les niega las condiciones necesarias para vivir con dignidad”<sup>149</sup> para “comprender los procesos sociales donde están en juego los derechos humanos”<sup>150</sup>.

A teoria crítica, desenvolvida por Horkheimer, Adorno e Marcuse, “articula as instituições com a vida, as formas das relações humanas com a história, permitindo assim superar as rígidas delimitações de específicos campos de pesquisa”<sup>151</sup>, em ordem a reduzir “a distância que separa o conceito do fato, a ciência especulativa da ciência positiva, ao estabelecer uma permanente tensão entre o que existe na realidade e o interesse verdadeiro (uma sociedade livre, um Estado justo, etc)”<sup>152</sup>.

A partir dessa perspectiva, a teoria crítica dos direitos humanos evidencia-os enquanto produtos culturais<sup>153</sup> – apontados inicialmente como a forma ocidental

---

<sup>148</sup>Chauí (2000, p. 103) ensina que “os filósofos dessa Escola, como Theodor Adorno, Herbert Marcuse e Max Horkheimer, têm uma formação marxista e, por isso, recusam a idéia hegeliana de que a História é obra da própria razão, ou que as transformações históricas da razão são realizadas pela própria razão, sem que esta seja condicionada ou determinada pelas condições sociais, econômicas e políticas”.

<sup>149</sup>MANUEL GÁNDARA CARBALLIDO, *Los derechos humanos en el siglo XXI: una mirada desde el pensamiento crítico*, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, p. 53.

<sup>150</sup>MANUEL GÁNDARA CARBALLIDO, “*Los derechos humanos...*”, cit., p. 53.

<sup>151</sup>NICOLA ABBAGNANO, “*Diccionario de...*”, cit., p. 987.

<sup>152</sup>NORBERTO BOBBIO; NICOLA MATTEUCCI; GIANFRANCO PASQUINO, “*Diccionario de...*”, cit., p. 990.

Horkheimer (1975, p. 163) destaca, acerca da teoria crítica, que: “as situações efetivas, nas quais a ciência se baseia, não é para ela uma coisa dada, cujo único problema estaria na mera constatação e previsão segundo as leis da probabilidade. O que é dado não depende apenas da natureza, mas também do poder do homem sobre ela. Pode-se conceituar a teoria crítica como “el instrumental pedagógico operante (teórico-práctico) que permite a los sujetos inertes, subalternos y colonizados una toma histórica de conciencia, desencadenando procesos de resistencia que conducen a la formación de nuevas sociabilidades al ser poseedores de una concepción de mundo antidogmática, participativa, creativa y transformadora. Se trata de una propuesta liberadora que no parte de abstracciones, de un a priori dado o de la elaboración mental pura y simple, sino de la experiencia histórico-concreta de lucha, de la práctica cotidiana insurgente, de los conflictos contextualizados y de las interacciones sociales y de las necesidades humanas esenciales (WOLKMER, 2017, p. 23).

<sup>153</sup>Em oposição à concepção dos direitos humanos como direitos naturais, Flores (2005, p. 98) registra que “los derechos humanos no deben ser vistos como entidades supralunares, o, en otros términos, derechos naturales. Más bien, deben analizarse como producciones, como artefactos, como instrumentos que desde sus inicios históricos en la modernidad occidental, fueron instituyendo procesos de reacción, insistimos, funcionales o antagonistas, ante los diferentes entornos de relaciones que surgían de las nuevas formas de explicar, interpretar y intervenir en el mundo.” Para um maior entendimento de sua compreensão acerca da expressão produtos culturais, reproduza-se, ainda, trecho de sua lição a esse respeito: “Todo producto cultural surge en una determinada realidad, es decir, en un específico e histórico marco de relaciones sociales, psíquicas y naturales. No hay productos culturales al margen del sistema de relaciones que constituye sus condiciones de existencia. No hay productos culturales en sí mismos. Todos surgen como respuestas simbólicas a determinados contextos de relaciones. Ahora bien, los productos culturales no sólo están determinados por dicho contexto, sino que, a su vez, condicionan la realidad en la que se insertan” (FLORES, 2005, p. 121).

hegemônica de demanda pela dignidade humana – constituídos de “un conjunto de pautas, reglas, propuestas de acción y modos o formas de articulación de acciones humanas cuyos límites y fronteras son muy difíciles de determinar de un modo completo o definitivo”<sup>154</sup>, porquanto qualquer universalismo apriorístico legitimaria a expansão, universalização ou globalização de um particularismo<sup>155</sup>.

Nesse sentido, Santos assevera que, tal como são entendidos hoje os direitos humanos, tem-se que o universal “é o produto da transformação histórica do fundacional eurocêntrico, ocidental”, de modo que outras culturas foram historicamente particularizadas no mesmo processo “que permitiu ao particularismo do ocidente universalizar-se”<sup>156</sup>.

Para além da crítica do modelo de universal que se globalizou, ou que o pretende, Flores chama a atenção “al peligro del culturalismo, es decir, a la tendencia a considerar la realidad como si únicamente tuviera características culturales”<sup>157</sup>, ao asseverar que é a realidade extracultural, composta de um conjunto de relações, que constitui o dado básico a partir do qual são construídas as percepções culturais, complexo em que situa os direitos humanos como “una determinada y específica forma de reacción ante um entorno, asimismo, determinado y específico”<sup>158</sup>.

---

<sup>154</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*, Los libros de la catarata, Madrid, 2005, p. 30.

<sup>155</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, “*Los derechos humanos...*”, cit., p. 100.

Oportuna a reprodução da reflexão de Flores (2005, p. 66) a respeito do que denomina o paradoxo dos direitos humanos, os quais “por un lado, son productos culturales surgidos en un contexto particular de problemas (...) y, al mismo tiempo, propuestas que se presentan bajo el paraguas protector y globalizador de la universalidad”. Nesse contexto, ainda segundo Flores (2005, pp. 64/65), a teoria crítica dos direitos humanos propõe “reconocer la exterioridad del mundo con respecto al pensamiento, (hay que conocer el mundo, no basta con reconocerlo desde algún a priori trascendental); y, segundo, la inexistencia de que haya un criterio absoluto y trascendente desde el que enjuiciar de una vez para siempre nuestras reacciones frente a dicho mundo”; contemplando “las diferentes y plurales formas culturales de acercarse al mundo con el objetivo de explicarlo, interpretarlo y, en su caso, transformarlo”.

<sup>156</sup>BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS; MARILENA CHAUI, “*Direitos Humanos...*”, cit., p. 57.

Bauman (1999, p. 66) reflete que “assim como os conceitos de ‘civilização’, ‘desenvolvimento’, ‘convergência’, ‘consenso’ e muitos outros termos chaves do pensamento moderno inicial e clássico, a idéia de ‘universalização’ transmitia a esperança, a intenção e a determinação de se produzir a ordem”, ao tempo em que “declarava a intenção de tornar semelhantes as condições de vida de todos”. Na seara dos direitos humanos, Moyn (2010, p. 14) lembra que “distinctive globalisms and internationalisms existed all along in modern history that would have to be ruled out in order for a utopia based on individual rights to become the singular watchword of hopes for a better world”, sustentando que “human rights were discovered only in contest with and through comparison to other schemes. Human rights were a realism that demanded the possible. If so, they were only intelligible in the broad aftermath of other, more grandiose dreams that they both drew on and displaced” (MOYN, 2010, p. 121).

<sup>157</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, “*Los derechos humanos...*”, cit., p. 124.

<sup>158</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, “*Los derechos humanos...*”, cit., p. 127.

Na mesma direção, Rubio compreende os direitos humanos como sistemas de objetos – normas, instituições, valores – e ações, enquanto práticas que possibilitam a demanda pelas diferentes concepções de dignidade humana<sup>159</sup> defendida por cada comunidade, cultura, movimento ou grupo social – abrangidos os processos sociais, políticos, econômicos, culturais e jurídicos<sup>160</sup>. Provavelmente não por outra razão Moyn reflete que, somente depois de a descolonização e de o movimento dos direitos civis terem levado a cabo “formal empire and racism”, a linguagem dos direitos humanos forneceu uma arma antitotalitária potente pela primeira vez<sup>161</sup>.

A crítica formulada por Flores situa-se, enquanto contexto, na “tendência expansiva iusglobalizadora do sistema de relações baseado no capital”, a qual defende que não somente impôs uma economia mundial, mas também uma ideologia mundial sustentada “en la idea de una razón ilustrada universal absolutamente superior a cualquier otra forma de percibir y de actuar en la realidad”<sup>162</sup>. Nessa seara, avançando para contemplar a temática da globalização, Flores reflete que as características próprias desta nova fase de apropriação do capital estão a provocar uma importante mudança em relação aos direitos humanos, notadamente ao induzirem

en primer lugar, a la crisis del derecho nacional de los derechos humanos, ya que las constituciones —sobre todo, las que surgieron en América Latina y en la Europa Latina tras las dictaduras del último tercio del siglo XX, y en las que se vertió la última esperanza del Estado democrático de derecho – están perdiendo su carácter normativo y se están acercando peligrosamente a lo que Karl Loewestein denominaba constituciones nominales y semánticas<sup>163</sup>.

Exsurge dessa perspectiva o predomínio de uma concepção formalista, estatal, jurídico-normativa e pós-violatória dos direitos humanos<sup>164</sup>. A atenção para o protagonismo de tais entendimentos expõe o risco de que o discurso dos direitos humanos

---

<sup>159</sup>Flores (2009, p. 111) defende o que denomina de concepção material da dignidade humana, a partir da qual situa a existência de cinco deveres básicos “que devem informar todo compromisso com a ideia de dignidade humana que não tenha intenções colonialistas nem universalistas e que tenha sua atenção fixada sempre na necessidade de abertura dos circuitos de reação cultural: o reconhecimento, o respeito, a reciprocidade, a responsabilidade e a redistribuição.”

<sup>160</sup>DAVID SÁNCHEZ RUBIO, *Fazendo e desfazendo direitos humanos*, EDUNISC, Santa Cruz do Sul, 2010, pp. 122-123.

<sup>161</sup>SAMUEL MOYN, “*The last...*”, cit., p. 217.

<sup>162</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, “*Los derechos humanos ...*”, cit., p. 18.

<sup>163</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, “*Los derechos humanos...*”, cit., p. 226.

<sup>164</sup>DAVID SANCHEZ RUBIO, “*Encantos y desencantos...*”, cit., p. 107.

Numa perspectiva que se aproxima, de algum modo, dessa concepção, colacione-se a lição de Hunt (2009, p. 16): “As declarações – em 1776, 1789 e 1948 – providenciaram uma pedra de toque para esses direitos da humanidade, recorrendo ao senso do que ‘não é mais aceitável’ e ajudando, por sua vez, a tornar as violações ainda mais inadmissíveis. O processo tinha e tem em si uma inegável circularidade: conhecemos o significado dos direitos humanos porque nos afligimos quando são violados.”

continue centrado no “direito a ter direitos” e, conseqüentemente, em sua dimensão jurídico-normativo, reduzida a direitos já conseguidos e fundamentados.

Assim, consoante o que propugna a teoria crítica dos direitos humanos, estes consistem, para além do conjunto de normas formais que os reconhecem e garantem em nível nacional e internacional<sup>165</sup>, em produtos culturais que “forman parte de la tendencia humana ancestral por construir y asegurar las condiciones sociales, políticas, económicas y culturales que permiten a los seres humanos perseverar en la lucha por la dignidad”<sup>166</sup>. Essa concepção acentua, ainda, o processo de degradação que acomete os direitos sociais, econômicos e culturais, assim como sua construção como direitos secundários<sup>167</sup>.

A perspectiva agita, destarte, a necessidade de “una teoría que conciba y reflexione sobre los derechos en aras de mejores distribuciones de los recursos, de relaciones no explotadoras y de eliminación de las múltiples exclusiones en las que viven los seres humanos”<sup>168</sup> e a busca por reflexões que induzam à “construcción de verdaderos lugares comunes en los que todos puedan hacer valer sus propuestas partiendo (...) de las necesidades e intereses específicos”<sup>169</sup>.

O enfoque exposto pela teoria crítica sustenta, para além, que a internacionalização dos direitos humanos não logrou colmatar sua insuficiente proteção, especialmente considerando-se que, tendo sido vencida a concepção de que a forma como os Estados tratavam os direitos humanos de seus nacionais restringia-se a uma questão doméstica, está-se diante, na atualidade, de um quadro no qual “a chance de alguém viver uma boa vida não depende totalmente da constituição política interna do Estado territorial em que reside”<sup>170</sup>.

---

<sup>165</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, “*Los derechos humanos...*”, cit., p. 244.

<sup>166</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, “*Los derechos humanos...*”, cit., p. 246.

<sup>167</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, “*Los derechos humanos...*”, cit., p. 88.

Nesse contexto, Flores (2005, p. 200) assevera que a visão liberal individualista dos direitos humanos que, a partir do afã universalizador e garantista da ideologia liberal, prevaleceu no período da Guerra Fria, ainda segue funcionando como pressuposto ideológico no campo da produção jurídica. A título de exemplo, em pronunciamento no dia 10 de outubro de 2018, Dia Internacional para a erradicação da Pobreza, o secretário-geral das Nações Unidas alertou que mais de 700 milhões de pessoas em todo o mundo vivem na miséria e não conseguem atender às suas necessidades básicas. Extraído de: <https://nacoesunidas.org/onu-diz-que-pobreza-impede-mais-de-700-milhoes-de-pessoas-de-atender-suas-necessidades-basicas/>. Acesso em 03.07.2019.

<sup>168</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, *Los derechos humanos...*, cit., p. 32.

<sup>169</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, *Los derechos humanos ...*, cit., p. 73.

<sup>170</sup>NANCY FRASER, “Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado”, *Lua Nova* 77 (2009), p. 30.

No bojo dessa reflexão, a autora acrescenta que “a globalização está tornando conflituosa a relação entre a territorialidade estatal e a efetividade social”. Santos (2013, p. 52) observa que “a promiscuidade crescente entre o poder político e o poder econômico, a hipertrofia das funções de acumulação do Estado em

Desta feita, ao compreender os direitos humanos como processos de abertura e consolidação de espaços de luta por diversas formas de entender a dignidade humana e de acessar a bens que satisfazem necessidades humanas<sup>171</sup>, frisando o condicionamento destas por contextos materiais hegemônicos, a teoria crítica dos direitos humanos apresenta o que se tem como uma das premissas ao diálogo pressuposto pela interconstitucionalidade, qual seja: a ênfase nos direitos humanos como processos de abertura, proposta que se retomará oportunamente.

---

detrimento das funções de confiança e de hegemonia, as condicionalidades impostas por agências financeiras internacionais, o papel preponderante das empresas multinacionais na economia mundial, a concentração da riqueza, tudo isto tem contribuído para reorganizar o Estado, diluindo a sua soberania, submetendo-o à crescente influência de poderosos atores econômicos nacionais e internacionais, fazendo com que mandatos democráticos sejam subvertidos por mandatos de interesses minoritários, mas muito poderosos.”

<sup>171</sup>DAVID SANCHEZ RUBIO,“*Encantos y desencantos...*”, cit., p. 43.

Em referência à obra de Gallardo, Rubio (2011, p. 104) menciona que, para aquele autor, direitos humanos fazem referência ao menos a cinco elementos, quais sejam: a luta social; a reflexão filosófica ou dimensão teórica e doutrinária; o reconhecimento jurídico-positivo e institucional; a eficácia e efetividade jurídica; e a sensibilidade sociocultural.

## CAPÍTULO II – DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO: O ESTADO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

### II.1 O ESTADO E A SOBERANIA: UM PARADIGMA EM QUESTÃO

Alinhada ao projeto da modernidade<sup>172</sup> em curso, a fundação política do poder, no contexto histórico seguinte às lutas religiosas dos séculos XVI e XVII, deu ensejo à inauguração dos atributos da racionalidade e da finalidade, conferindo ao Estado a exclusividade no que diz respeito a “estabelecer, nos casos controversos, de que parte está o direito”<sup>173</sup>, bem como a

imagem moderna de única e unitária estrutura organizativa formal da vida associada, de autêntico aparelho da gestão do poder, operacional em processos cada vez mais próprios e definidos, em função de um escopo concreto: a paz interna do país, a eliminação do conflito social, a normalização das relações de força, através do exercício monopolístico do poder por parte do monarca<sup>174</sup>.

Como organização jurídica coercitiva de determinada comunidade, podem se distinguir, relativamente ao Estado, três concepções fundamentais, quais sejam: a perspectiva organicista, segundo a qual é independente dos indivíduos e anterior a eles; a atomista ou contratualista, para a qual o Estado é criação dos indivíduos – frisando-se que

---

<sup>172</sup>O projeto inaugurado pela modernidade e pela construção do Estado Moderno caracteriza-se pelos ideais de certeza, ordem e controle, além do pressuposto de que “a contingência, a aleatoriedade, uma profusão de acidentes e a imprevisibilidade geral dos eventos eram anomalias” (BAUMAN, 2011, p. 34), ao passo que modernização “significava, entre outras coisas, tornar o mundo habitado receptivo à administração supracomunitária, estatal; e essa tarefa requeria, como condição necessária, tornar o mundo transparente e legível para os poderes administrativos” (BAUMAN, 1999, p. 40). Santos (1999, p. 77) leciona que, a par de um projeto complexo e sujeito a desenvolvimentos contraditórios, “assenta em dois pilares fundamentais, o pilar da regulação e o pilar da emancipação. São pilares, eles próprios, complexos, cada um constituído por três princípios. O pilar da regulação é constituído pelo princípio do Estado, cuja articulação se deve principalmente a Hobbes; pelo princípio do mercado, dominante sobretudo na obra de Locke; e pelo princípio da comunidade, cuja formulação domina toda a filosofia política de Rousseau. Por sua vez, o pilar da emancipação é constituído por três lógicas de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura; a racionalidade moral-prática da ética e do direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica. Como em qualquer outra construção, estes dois pilares e seus respectivos princípios ou lógicas estão ligados por cálculos de correspondência. Assim, embora as lógicas de emancipação racional visem, no seu conjunto, orientar a vida prática dos cidadãos, cada uma delas tem um modo de inserção privilegiado no pilar da regulação. A racionalidade estético-expressiva articula-se privilegiadamente com o princípio da comunidade, porque é nela que se condensam as ideias de identidade e de comunhão sem as quais não é possível a contemplação estética. A racionalidade moral-prática liga-se preferencialmente ao princípio do Estado na medida em que a este compete definir e fazer cumprir um mínimo ético para o que é dotado do monopólio da produção e da distribuição do direito. Finalmente, a racionalidade cognitivo-instrumental tem uma correspondência específica com o princípio do mercado, não só porque nele se condensam as ideias da individualidade e da concorrência, centrais ao desenvolvimento da ciência e da técnica, como também porque já no século XVIII são visíveis os sinais da conversão da ciência numa força produtiva.”

<sup>173</sup>NORBERTO BOBBIO; NICOLA MATTEUCCI; GIANFRANCO PASQUINO, “*Dicionário de...*”, cit., p. 427.

<sup>174</sup>NORBERTO BOBBIO; NICOLA MATTEUCCI; GIANFRANCO PASQUINO, “*Dicionário de...*”, cit., p. 427.



tais compreensões alternaram-se na história do pensamento ocidental – e, por fim, a concepção formalista, construção moderna e mais recente, de acordo com a qual o Estado é uma formação jurídica<sup>175</sup>.

Importa realçar, contudo, que a ideia de Estado não é um conceito universal, mas “uma forma de ordenamento político surgida na Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou inícios do XIX, na base de pressupostos e motivos específicos da história europeia e que após esse período se estendeu” a todo o mundo<sup>176</sup>.

Em linhas gerais, Canotilho conceitua o Estado como “uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de *qualidades* que a distinguem de outros ‘poderes’ e ‘organizações de poder’”, campo no qual destaca “a qualidade de *poder soberano*”<sup>177</sup>. No plano interno, segundo ensina o autor, a soberania “traduzir-se-ia no *monopólio* de edição do direito positivo (...) e da coação física legítima<sup>178</sup> para impor a *efectividade* das suas regulações e dos seus comandos”<sup>179</sup>. A *soberania internacional*, por outro lado, significa a “igualdade soberana dos Estados, que não reconhecem qualquer poder superior acima deles”<sup>180</sup>.

Realizada uma digressão que contempla inclusive a conjuntura da monarquia feudal, passando pelas Guerras de Religião, Foucault aduz que a soberania “foi o grande instrumento da luta política e teórica em relação aos sistemas de poder dos séculos XVI e XVII”<sup>181</sup>. Assim, o Estado-nação moderno, “como expressão da vontade e do interesse geral, como encarnação de um poder político completo e de uma vontade impositiva, procura estruturar racionalmente a sociabilidade dos seus cidadãos através da lei”<sup>182</sup>, bem

---

<sup>175</sup>NICOLA ABBAGNANO, “*Dicionário de...*”, cit., p. 364.

<sup>176</sup>BOECKENFOERDE *apud* NORBERTO BOBBIO; NICOLA MATTEUCCI; GIANFRANCO PASQUINO, “*Dicionário de...*”, cit., p. 425.

<sup>177</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Direito constitucional...*”, cit., p. 89 (realces e aspas no original).

Por oportuno, colacione-se a lição de Han (2019, p. 61), ao rememorar que “sovereign”, writes Carl Schmitt in his *Political Theology*, ‘is who decides on the exception’. In the state of exception, legal norms are suspended for the purpose of self-preservation. In the case of an exception, an order prior to the law, a pre-legal space of power which provides order, becomes manifest”.

<sup>178</sup>Ferrajoli (2002, p. 168) anota que a soberania do Estado, a qual identifica com seu poder de punir, “pode chegar até ao *ius vitae ac necis*”, o que identifica como “a manifestação mais violenta, mais duramente lesiva aos interesses fundamentais do cidadão”. Em sentido semelhante, Mbembe (2018, p. 5) afirma que “a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Ser soberano é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder.”

<sup>179</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Direito constitucional...*”, cit., p. 90 (realces e aspas no original).

<sup>180</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Direito constitucional...*”, cit., p. 90 (realces e aspas no original).

<sup>181</sup>MICHEL FOUCAULT, *Microfísica do poder*, 13. ed., Edições Graal, Rio de Janeiro, 1998, p. 187.

<sup>182</sup>MÁRIO REIS MARQUES, “A hipertrofia do presente...”, cit., p. 124.

como “impor o princípio da unidade/uniformidade à sociedade civil quer pela imposição de uma regulamentação disciplinadora da convivência social (Leviatã), quer pelo reconhecimento de um conjunto de direitos limitadores dos abusos do poder (Direitos do Homem)”<sup>183</sup>.

A propósito dessa limitação, reitera-se que a relação entre Estado e direitos humanos é profícua e dá ensejo a fecundo debate e a distintas perspectivas, dentre as quais se sublinha que os direitos humanos, por definição, repudiam qualquer ideia de dependência de uma nacionalidade<sup>184</sup> ao passo que, de outra visão, tem-se a ênfase para a profunda conexão entre o nascimento do Estado Absolutista e o advento das formulações filosóficas acerca dos direitos naturais<sup>185</sup>.

Afigura-se inegável, no entanto, que as Declarações de Direitos do século XVIII, já objeto de análise, figuraram na base das justificativas para o nascimento ou reconstrução dos Estados nacionais<sup>186</sup>. Além disso, também os direitos fundamentais, enquanto direitos positivos instituídos pelo Estado, pressupõem o poder de sanção de uma organização que disponha “de meios para o emprego legítimo da coerção, a fim de impor o respeito às normas jurídicas”<sup>187</sup>.

No curso do movimento constitucionalizador, chama a atenção o fato de que o Estado Moderno, “fruto do rompimento com a fragmentação própria da forma estatal medieval, nasce sem Constituição (entendida *stricto sensu*)”, de modo que sua primeira versão é absolutista, regime este que, paradoxalmente, engendrou “as condições para o surgimento de formas de controle do poder, através da exigência de mecanismos para conter o poder do príncipe.”<sup>188</sup> Nessa quadra, a soberania desempenhou o importante papel, já no século XVIII e nomeadamente no período contemporâneo à Revolução Francesa, de “construir um modelo alternativo contra as monarquias administrativas, autoritárias ou absolutas, o das democracias parlamentares”<sup>189</sup>.

---

<sup>183</sup>MÁRIO REIS MARQUES, “A hipertrofia do presente...”, cit., p. 124.

Nesse ponto, oportuna a reflexão de Bobbio (2004, p. 131) no sentido de que “o alfa e o ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele.”

<sup>184</sup>Nesse sentido: LYNN HUNT, “A invenção dos...”, cit., p. 178.

<sup>185</sup>Nesse sentido: SAMUEL MOYN, “The last...”, cit., p. 21.

<sup>186</sup>SAMUEL MOYN, “The last...”, cit., p. 27.

<sup>187</sup>JÜRGEN HABERMAS, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Volume I, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 170.

<sup>188</sup>LENIO LUIZ STRECK, *Jurisdição constitucional*, 5. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2018, p. 16.

<sup>189</sup>MICHEL FOUCAULT, “Microfísica do...”, cit., p. 187.

Passada uma primeira fase na afirmação histórica dos direitos humanos, como já se pontuou, essas teorias são acolhidas por um legislador e postas na base de uma nova concepção do Estado, “que não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência”<sup>190</sup>. Desta feita, na contextura que se seguiu às Declarações de Direitos da era moderna, o constitucionalismo firmou-se como uma teoria que tem a Constituição como “lei fundamental apta a limitar o poder” em benefício de direitos que “vão se construindo no engate das lutas políticas”<sup>191</sup>, de onde se extrai a forte convergência axiológica entre constitucionalismo e direitos humanos na história do Ocidente.

Importa registrar que, no quadro do século XVIII, período em que o capitalismo se reforçava, afiguraram-se de grande relevância as ideias filosóficas que deram ensejo às Revoluções Americana e Francesa, e que se materializaram em respostas políticas, porquanto “se as técnicas houvessem sido entregues inteiramente às mãos capitalistas sem que, pelo outro lado, surgissem as idéias filosóficas (que também eram idéias morais), o mundo teria se organizado de forma diferente”<sup>192</sup>, numa “eclosão muito maior do utilitarismo, com uma prática mais avassaladora do lucro e da concorrência”<sup>193</sup>.

Não obstante, especialmente na fase posterior à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o nacionalismo brota em oposição aos direitos humanos, como novo apelo à tradição<sup>194</sup>, contestada pela Revolução Francesa e pelo Iluminismo, sobrelevando-se seu papel fundamental como critério e ideal de unificação de alguns Estados, tais como Itália e Alemanha<sup>195</sup>.

Acerca desse período de construção das nações na Europa, oportuno recordar a lição de Hobsbawm, ao enfatizar o elemento “of artefact, invention and social engineering”,

---

<sup>190</sup>NORBERTO BOBBIO, “A era dos...”, cit., p. 29.

O autor complementa que “nessa passagem, a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade. Os direitos são doravante protegidos (ou seja, são autênticos direitos positivos), mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece” (BOBBIO, 2004, p. 29).

<sup>191</sup>LENIO LUIZ STRECK, “Jurisdição..”, cit., p. 16.

<sup>192</sup>MILTON SANTOS, *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, 6. ed., Record, Rio de Janeiro, 2001, pp. 63-64.

<sup>193</sup>MILTON SANTOS, “Por uma outra...”, cit., p. 64.

Acerca do utilitarismo, Abbagnano (2007, p. 986) anota o seguinte: “Embora se possa dizer que a identificação do bom com o útil remonta a Epicuro (v. ÉTICA), do ponto de vista histórico, o U. é uma corrente do pensamento ético, político e econômico inglês dos sécs. XVIII e XIX.”

<sup>194</sup>A propósito do vocábulo tradição, remete-se ao teor da última parte da nota de número 38, reprodução do escólio de Giddens acerca da acepção do termo.

<sup>195</sup>Conforme enfatiza Hunt (2009, p. 185) “a unificação nacional da Alemanha e da Itália foi obtida nas décadas de 1850 e 1860 por guerras e diplomacia, e a garantia dos direitos individuais não desempenhou nenhum papel.”

do que observa que o nacionalismo é quem cria as nações, notadamente a partir de uma concepção mítica exurgida de culturas pré-existentes<sup>196</sup>. A par dessa construção, tem-se que, no período posterior à formação da nação-Estado

a “cena global” era o teatro da política interestatal, que – através de conflitos armados, de acordos ou ambas as coisas – visava antes e acima de tudo a traçar e preservar (“garantindo internacionalmente”) as fronteiras que separavam e encerravam o território de soberania legislativa e executiva de cada Estado, que detém a exclusividade para ordenar ou admitir a aplicação de coação física “conforme a lei”<sup>197</sup>.

Não havendo, oficialmente, nas circunstâncias supramencionadas, soberania superior à do Estado<sup>198</sup>, “a ‘política global’ concernia primordialmente à sustentação do princípio de plena e incontestada soberania de cada Estado sobre o seu território”<sup>199</sup>, caracterizado por fronteiras que se revelaram como fundamentais também para o colonialismo<sup>200</sup> europeu e para a expansão econômica, porquanto “os limites territoriais do

---

<sup>196</sup>ERIC HOBSBAWN, *Nations and nationalism since 1780*, 2. ed., Cambridge University Press, New York, 1992, p. 10.

<sup>197</sup>MAX WEBER, *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1999, p. 157.

Isso resultou no fato de que, “no cenário internacional sempre compareceram, apesar de todas as Constituições, não os povos, mas os Estados, ou se se preferir, os Estados na representação dos povos” (FERRAJOLI, 2002, p. 750).

<sup>198</sup>JEAN-BAPTISTE DUROSELLE, *Todo império perecerá*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 2000, p. 92.

<sup>199</sup>ZYGMUNT BAUMAN, *Globalização: as consequências humanas*, Jorge Zahar Ed., Rio de Janeiro, 1999, p. 70.

A propósito, observe-se a síntese de Bauman (1999, p. 68): “o significado de ‘Estado’ foi precisamente o de um agente que reivindicava e se gabava dos recursos suficientes para estabelecer e impor as regras e normas que ditavam o rumo dos negócios num certo território; regras e normas que, esperava-se, transformassem a contingência em determinação, a ambivalência em Eindeutigkeit [clareza], o acaso em regularidade (...) o caos em ordem”.

<sup>200</sup>Da leitura de Eslava, Obregón e Uruña (2016, pp. 20-21), extrai-se que o colonialismo foi parte de um projeto imperialista levado a cabo pelas metrópoles modernas europeias, tais como Inglaterra, França, Alemanha, Bélgica e Portugal, desde o século XVI até o princípio do século XIX na América, e desde o século XVIII até a primeira metade do século XX na África, Ásia e no Pacífico, para o que se utilizou do processo de conquista e da administração colonial como ferramentas para o assentamento em terras estrangeiras e para o controle de populações, tendo abarcado práticas e estratégias para estender seu poder e controlar de maneira sistemática a exploração de recursos, e a vida social e política de territórios inteiros, com ou sem a presença de um aparato de administração colonial sobre os territórios que consideravam como “atrasados”, “selvagens” ou “sem dono”. Os autores complementam que “la cara local del imperialismo galvanizó así la consolidación de identidades e intereses nacionales y generó como contrapartida la formalización de la esfera internacional” (ESLAVA; OBREGÓN; URUÑA, 2016, p. 27). Quijano (2005, p. 107) advoga que a América constituiu-se como a primeira identidade da modernidade, enquanto “primeiro espaço/tempo de um padrão de poder de vocação mundial”, forjado desde uma estrutura biológica supostamente distinta, “que situava a uns em situação natural de inferioridade em relação a outros” (QUIJANO, 2005, p. 126). Fanon (1961, pp. 220-222), por sua vez, frisa os esforços do colonialismo para arrearigar, no seio daquelas populações, que “a sua história anterior à colonização era uma história dominada pela barbárie”, o que se corrobora pela afirmação de que o “princípio da civilidade é enunciado (...) como constituindo ‘por excelência o patrimônio da civilização européia’” (FERRY, 2000 *apud* VEIGA, 2006, p.

país delimitavam o centro de poder a partir do qual era exercido o controle sobre territórios externos”, por meio de um sistema que tanto facilitava quanto obstruía o fluxo de produção e circulação<sup>201</sup>.

Já a construção/afirmação da soberania em Estados com passado colonial remete à assertiva de Moyn no sentido de que a Declaração Americana do século XVIII “não era exatamente sobre direitos”, mas pretendia, acima de tudo “to announce postcolonial sovereignty to the other nations of the world”<sup>202</sup>. A despeito disso – e ainda que, no século XX, sob o signo da autodeterminação dos povos – o modelo de estado nacional de origem europeia, e sua afirmação na nova esfera internacional, “se convirtió en el arquetipo que los territorios de la periferia deberían seguir una vez se les considerara preparados, o ganaran por sí mismos el derecho a través de las luchas anticoloniales para afrontar sus propios destinos como sujetos ‘libres’ en el mundo”<sup>203</sup>.

Essa “liberdade no mundo”, porém, encontra-se mitigada atualmente, uma vez que o princípio da soberania está a ser deslocado, no sistema jurídico internacional, para uma perspectiva condicionada à proteção e promoção dos direitos, interesses e necessidades dos seres humanos, sob a consequência, inclusive, de ser suspensa, com respaldo da comunidade internacional, que atua por meio do Conselho de Segurança das Nações Unidas<sup>204</sup>. Nesse contexto, há mudanças no estatuto do Estado e mesmo no reconhecimento de Estados e governos, a partir de uma marginalização do princípio da efetividade em favor de *standards* de legitimidade, principalmente no que toca à democracia e aos direitos humanos<sup>205</sup>.

---

409). Por fim, Arendt (1989, p. 156) informa que “o imperialismo surgiu quando a classe detentora da produção capitalista rejeitou as fronteiras nacionais como barreira à expansão econômica”.

<sup>201</sup>MICHAEL HARDT; ANTONIO NEGRI, *Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, p. XII (preface).

<sup>202</sup>SAMUEL MOYN, “*The last...*”, cit., p. 84.

<sup>203</sup>ANTONY ANGHIE (2005) *apud* LUIS ESLAVA; LILIANA OBREGÓN; RENÉ URUEÑA, “Imperialismo(s) y Derecho(s) Internacional(es): ayer y hoy”, in *Imperialismo y Derecho Internacional*, ANGHIE, Antony; KOSKENNIEMI, Martti; ORFORD, Anne, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2016, p. 28.

<sup>204</sup>ANNE PETERS, “Los méritos del constitucionalismo global”, *Revista Derecho del Estado* 40 (2018), pp. 5-6.

A autora (2018, pp. 5-6) adiciona que “la humanidad es fundacional en un sentido normativo porque los Estados no son fines en sí mismos, sino que son entidades compuestas cuya justificación radica en cumplir las funciones públicas necesarias para que los seres humanos vivan juntos en paz y seguridad. (...) Cuando las necesidades humanas se toman como el punto de partida, el enfoque cambia de los derechos de los Estados a las obligaciones del Estado en relación con las personas naturales, y un Estado que no cumple con esos deberes tiene su soberanía suspendida”. Anota, ainda, que “el proceso continuo de humanizar la soberanía es la piedra angular de la transformación actual del derecho internacional en un sistema centrado en los individuos” (PETERS, 2018, p. 6).

<sup>205</sup>ANNE PETERS, “Global Constitutionalism Revisited”, *International Legal Theory* 11 (2005), p. 53.

Destarte, a soberania estatal, tradicional fator de legitimação da governança internacional<sup>206</sup>, vem sendo gradualmente complementada, apesar de não substituída – uma vez que continua figurando como uma importante barreira, a garantir designadamente o princípio da não intervenção<sup>207</sup> – por outros princípios que funcionam como guias, dentre os quais o respeito pelos direitos humanos, a dignidade humana e o *rule of law*<sup>208</sup>. Não se deixa de recordar, contudo, neste ponto, o risco de utilização do discurso dos direitos humanos por potências dominantes como forma de intervir em outros países com finalidades outras, tais como interesses econômicos<sup>209</sup>.

A despeito da citada reconfiguração da soberania estatal, e apesar de o Estado figurar como um dos grandes violadores de direitos humanos – a partir, por exemplo, do número de condenações e recomendações advindas dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, parece inquestionável que

a political association with the comprehensive juridical scope of the nation-state is still necessary to actualize the symbolic functions of modern constitutionalism, albeit with the important complementary role played by human rights in holding open the social space of contestation given the hegemonic capacity of the state.<sup>210</sup>

No curso do século XX – período no qual a democracia finalmente veio a exigir que os direitos de se envolver plenamente na vida política se estendessem para além de uma minoria de homens adultos<sup>211</sup> – situa-se um processo de ampliação dos destinatários dos direitos humanos, da noção de indivíduo para a de grupos, o que é em alguma medida contemporâneo à desintegração da ideia moderna da racionalidade global da vida social e

---

<sup>206</sup> ANNE PETERS, “Global constitutionalism...”, cit., p. 49.

Peters (2007, p. 253) leciona que “governance, in contrast to government, denotes the activity not only of State institutions, but also that of private entities; economy, Non Governmental Organizations (NGOs) or hybrid private-public institutions which pursue objectives in the common interest.”

<sup>207</sup> ANNE PETERS, “Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures”, *Leiden Journal of International Law* 19 (2006), p. 586.

<sup>208</sup> Como registra Peters (2007, p. 271), “the primary constitutional principle is the *rule of law/Rechtsstaatlichkeit/état de droit*. The German notion of Rechtsstaat (received in France as *état de droit*), and the Anglo-Saxon rule of law are traceable back to Aristotle’s formula of the government of laws, not of men” (realces no original).

<sup>209</sup> Nesse contexto, Hobsbawm (2007, p. 15) assevera que “as grandes potências que buscam implementar seus pontos de vista na política internacional podem fazer coisas que convém aos defensores dos direitos humanos e têm consciência do valor publicitário de fazê-lo, mas isso não faz propriamente parte dos seus propósitos, os quais, quando elas julgam necessário, são perseguidos com a crueza e a barbárie que constituem a herança do século XX.”

<sup>210</sup> NATHAN GIBBS, “Human Rights, Symbolic Form, and the Idea of the Global Constitution”, *German Law Journal* 18 (2017), p. 527.

<sup>211</sup> ROBERT A. DAHL, *Sobre a democracia*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 2001, pp. 103-104.

pessoal. Nessa seara, visualiza-se um “divorcio entre el poder y la política”<sup>212</sup>, por meio do qual muitas das atribuições realizadas pelas instituições políticas do Estado foram transferidas para o “espaço dos fluxos”, cenário no qual

the space of power and wealth is projected throughout the world, while people's life and experience is rooted in places, in their culture, in their history. Thus, the more a social organization is based upon ahistorical flows, supplanting the logic of any specific place, the more the logic of global power escapes the socio-political control of historically specific local/national societies.<sup>213</sup>

Assiste-se, nessa toada, à emancipação de grande parte das restrições que os Estados antes poderiam impor – com a consequente transferência de um grande número das funções que antes desempenhavam para a habilidade e os recursos dos indivíduos<sup>214</sup> –, visto que, “no final do século XX, os países democráticos passaram a sentir cada vez mais as consequências da internacionalização – econômica, cultural, social, política, burocrática, militar”<sup>215</sup>. Nesse sentido, Dahl aponta, a partir do atual estágio de integração regional ilustrado pela União Europeia, que a negociação, a hierarquia e os mercados têm determinado os resultados no que se refere à tomada de decisões no século XXI<sup>216</sup>. Caberiam aos processos democráticos, então, praticamente o “papel de ratificar esses resultados”, o que afeta, outrossim, a soberania do Estado, além da própria soberania popular.

Antes de um maior aprofundamento acerca desse complexo quadro – e em atenção ao apontado paradoxo envolvendo os direitos humanos, no sentido de que a proliferação de textos e conferências com esse objeto tem coexistido com o agravamento das desigualdades<sup>217</sup> – necessário se faz um olhar retrospectivo a esse processo, a partir do multilateralismo<sup>218</sup> e da confluência entre Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Constitucional, inaugurado pelo pós Segunda Guerra.

---

<sup>212</sup>ZYGMUNT BAUMAN, “*Daños colaterales...*”, cit., p. 97.

O autor afirma que “‘poder’ es una expresión abreviada para denotar la capacidad de hacer cosas; ‘política’, por otra parte, significa la capacidad de decidir qué es preciso hacer (es decir, con qué fines debería usarse el poder disponible)”.

<sup>213</sup>MANUEL CASTELLS, *The rise of the network society*, 2. ed. Wiley-Blackwell, Oxford, 2010, p. 446.

<sup>214</sup>Nesse sentido: ZYGMUNT BAUMAN, “*Daños colaterales...*”, cit., p. 23.

<sup>215</sup>ROBERT A. DAHL, “*Sobre a...*”, cit., p. 129.

<sup>216</sup>ROBERT A. DAHL, “*Sobre a...*”, cit., p. 130.

<sup>217</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, “*A reinvenção dos ...*”, cit., p. 92.

<sup>218</sup>Keohane (1990, p. 731) define o multilateralismo como “the practice of co-ordinating national policies in groups of three or more states, through *ad hoc* arrangements or by means of institutions”.

## II.2 A INTERAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL NO SÉCULO XX

A Constituição, na lição de Miranda, é a “auto-organização de um povo, o ato pelo qual este se obriga a si e a seus representantes, o mais elevado ato de exercício da soberania”<sup>219</sup>; evidenciando-se que, a partir do século XX, todos os Estados que vão acedendo à comunidade internacional, qualquer que seja o regime, se dotam de Constituição<sup>220</sup>. Neste movimento, cujo objetivo é impor limites ao poder político, o constitucionalismo<sup>221</sup> chega “ao seu ápice no segundo pós-guerra, a partir da noção de Constituição dirigente e compromissória e da noção de Estado Democrático de Direito”<sup>222</sup>.

Para os fins da presente análise, insta enfatizar a perspectiva de Peters, subjacente ao constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX, e que foi consagrada no artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, para a qual direitos humanos e

---

<sup>219</sup>JORGE MIRANDA, *Curso de direito constitucional*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016, p. 112.

<sup>220</sup>Não se pode deixar de registrar aqui a importante perspectiva sociológica de Lassale (2003, p. 49), para quem a Constituição é, em essência, “la suma de los factores reales de poder” que regem determinado país; bem como a concepção da Constituição como decisão política, cujo expoente notório é Schmitt (2008, p. 77), o qual destaca que “prior to the establishment of any norm, there is a fundamental political decision by the bearer of the constitution-making power. In a democracy, more specifically, this is a decision by the people; in a genuine monarchy, it is a decision by the monarch”. Consigne-se, ainda, a consagrada assertiva de Kelsen (1999, p. 33) a respeito da Constituição como “norma fundamental que representa o fundamento de validade de uma ordem jurídica”, consistindo, portanto, na “base de uma ordem de coerção eficaz”. Em remissão ao aludido autor, Mendes (2015, p. 1.041) destaca que “o conceito de Constituição parece preservar um núcleo permanente: ‘a ideia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento’”. Em conclusão, reputa-se de grande relevância neste ponto, transcrever trecho de Hesse (1991, p. 15) que, ao tratar da força normativa da Constituição, ensina que “a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.”

<sup>221</sup>Como lembra Wet (2012, p. 1213), “on the domestic plain the term ‘constitutionalism’ usually implies a hierarchical relationship with the remaining elements of the respective domestic legal order”. Em trecho no qual trata da leitura constitucionalista do Direito Internacional, Peters (2018, p. 7) observa que “‘constitucionalismo’ no es una respuesta terminada, sino, por el contrario, una perspectiva que nos puede enfocar bien en los debates sobre equidad, justicia y efectividad”.

<sup>222</sup>LENIO LUIZ STRECK, “*Jurisdição...*”, cit., p. 16.



separação de poderes são o conteúdo necessário de uma Constituição, razão pela qual, para essa concepção, Constituição é um conceito carregado de valor<sup>223</sup>.

O percurso de internacionalização dos direitos humanos, fenômeno analisado em linhas pretéritas, é marcado pela abertura dos textos constitucionais a valores e a princípios<sup>224</sup>. Testemunha-se, desde então, e como exposto anteriormente, um contínuo processo de internacionalização do Direito Constitucional<sup>225</sup> – que consiste na incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem interna dos Estados, aos quais se reconhece, por vezes, valor superior ao das próprias leis constitucionais e eficácia jurídica diretamente vinculativa na ordem interna<sup>226</sup>. Por outro lado, observa-se a constitucionalização do Direito Internacional, fenômeno que se dá por meio da transplantação de mecanismos do Direito Constitucional para a internormatividade internacional<sup>227</sup>.

No que tange a esse contínuo processo de mão dupla, relevante a lição de Peters:

the national principle of democracy was transferred to the international level where it was transformed and developed further into an international law principle of self-determination. Nowadays, international standards relating to

---

<sup>223</sup> ANNE PETERS, “The globalization of State Constitutions”, in *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, NIJMAN, Janne E; NOLLAEMPER, André (ed.), Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 255.

Antes de explorar esse conceito, PETERS (2007, pp. 255-256) chama a atenção para duas perspectivas acerca da compreensão das Constituições sob uma perspectiva substancial, oportunidade em que leciona que: “The substantive components of constitutions are contested among lawyers. The broadest notion of a constitution refers to the bulk of *laws organizing and institutionalizing a polity*. The narrower, functional notion of a constitution relates to rules and principles fulfilling *typical constitutional functions*. In regard to the latter, the traditional constitutional functions are to constitute a political entity as a legal entity, to organize it, to limit political power, to offer political and moral guidelines, to justify governance, and finally, to contribute to integration” (realces no original). Sob uma perspectiva formal, anote-se, outrossim, o escólio de Peters (2007, pp. 254-255): “State constitutions are normally said to have typical formal characteristics. One is that they are codified in one document. (...) The ‘writtenness’ is an essential element of the modern, North American and European Continental notion of constitution. The quest for a constitutional charter was the primary objective of the constitutionalist movement in America, not least in reaction to the English Constitution, which the American colonists deemed arbitrary and unjust. (...) The second traditional formal property of constitutional law is that it supersedes ordinary law. The technical device to secure a constitution’s superiority is a special amending procedure which shields the constitution from modification through ordinary legislation. (...) The third formal feature of codified constitutions is that they are made by a *pouvoir constituant* in a kind of constitutional big bang. The most influential theorists of the *pouvoir constituant*, the French revolutionist Abbé Sieyès and the German jurist Carl Schmitt formulated their conceptions with a view to the political revolutions of their time, which brought new constitutions abruptly into being, accompanied by upheaval, chaos, and violence (1789 in France, 1918 in Germany)”.

<sup>224</sup> FLÁVIA PIOVESAN, “Direitos humanos...”, cit., p. 59.

<sup>225</sup> Peters (2005, p. 45) registra que, no plano internacional, houve movimentos constitucionais em 1945 e em 1989. Ademais, a autora consiga que “the topos of constitutionalisation appeared in the law of international organisations whose founding documents have long been understood to be both treaties and constitutions – and thus within sectoral, possibly fragmented regimes” (PETERS, 2017, pp. 4-5).

<sup>226</sup> FERNANDO ALVES CORREIA, “Justiça...”, cit., p. 13.

<sup>227</sup> FERNANDO ALVES CORREIA, “Justiça...”, cit., pp. 13-14.

human rights protection, good governance, or even democracy, are frequently incorporated into national constitutions<sup>228</sup>.

A convergência axiológica entre a proteção internacional dos direitos humanos e o constitucionalismo estatal, notadamente do Ocidente, consiste, assim, no objetivo mútuo de contenção do arbítrio e de garantia de direitos, de modo que um grande número de Constituições contemporâneas recebeu influência decisiva do processo de internacionalização dos direitos humanos, com a incorporação de tais direitos em muitos dos textos constitucionais do segundo pós-guerra<sup>229</sup>. Deste modo, sobretudo em prestígio às normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos, universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as Constituições apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, e “somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional”<sup>230</sup>.

A título de exemplo, no continente europeu, contêm alguma disposição específica sobre instrumentos de direitos humanos as Constituições portuguesa (art. 16.º), espanhola (art. 10.º), romena (art. 20), eslovena (art. 11) e checa (art. 10.º). Fora da Europa, o art. 28 da Constituição da Argélia faz referência à ONU, bem como houve menção à supervisão internacional de Constituições em Estados de transição, tais como a Constituição da África do Sul (1996), Timor Leste (2002), Afeganistão (2004), Iraque (Constituição provisória de 2004) e Kosovo (2008)<sup>231</sup>.

---

<sup>228</sup> ANNE PETERS, “Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law”, *Vienna Online Journal on International Constitutional Law* 3 (2009), p. 173.

<sup>229</sup> DANIEL SARMENTO; CLÁUDIO PEREIRA SOUZA NETO, *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 67.

Como sublinha Piovesan (2013a, p. 58), “é justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que é possível compreender, no Pós-Guerra, de um lado, a emergência do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, em resposta ao impacto das atrocidades então cometidas. No âmbito do Direito Constitucional ocidental, são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana”.

<sup>230</sup> GILMAR FERREIRA MENDES; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 12. ed. rev. e atual., Saraiva, São Paulo, 2017, p. 943.

<sup>231</sup> As informações em tela constam de material de apoio relativo à aula ministrada pela Professora Doutora Paula Margarida Cabral dos Santos Veiga, relativamente à disciplina Direito Constitucional II, do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Coimbra, na data de 15 de novembro de 2018, intitulado “Mudanças no paradigma constitucional e alteração no sistema de fontes”. Peters (2007, p. 273) frisa que “the direct or indirect adoption of international standards in national constitutions is improving the human rights record in many states at least nominally. This has happened most prominently in the post-socialist countries and in South Africa”.

Além disso, constituições recentemente aprovadas ou revisadas de novas democracias, como as da Europa Central e Oriental, incluem frequentemente um capítulo sobre direitos que refletem os direitos humanos internacionais – com uma ou duas cláusulas que visem a conferir aplicabilidade direta e *status* normativo superior aos tratados internacionais de direitos humanos no sistema jurídico nacional – além de instruir governos e tribunais a levá-los em consideração, como o faz a Constituição da Coreia da Sul, em seu artigo 6 (1)<sup>232</sup>. Outro exemplo merecedor de nota é o texto da Constituição da Suíça, o qual, explicitamente, adota o *jus cogens* como superior à própria Constituição<sup>233</sup>.

Na América, as Constituições brasileira (art. 5º, parágrafos 2º e 3º); argentina, depois da reforma de 1994; e colombiana contemplam expressamente mecanismos de abertura do Direito Constitucional ao Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>234</sup>, ao passo que Constituições de Estados europeus pós-transição, como as da Romênia e da Eslováquia, reconhecem a prioridade de tratados internacionais de direitos humanos sobre a legislação doméstica<sup>235</sup>.

Em peculiar exemplo de preservação da soberania, aliada à reunião de dois países em um único arranjo constitucional, a Constituição da Bósnia e Herzegovina anexa quinze documentos internacionais de direitos humanos e impõe um dever estatal de implantação e cumprimento, contando com a imposição da garantia do “highest level of internationally recognized human rights and fundamental freedoms”, ao tempo em que concede aplicabilidade direta e *status* superior, no sistema jurídico nacional, aos direitos e liberdades protegidos na CEDH e em seus Protocolos<sup>236</sup>.

O reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos, pela DUDH, guindou-a a verdadeiro superprincípio, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito interno<sup>237</sup>, motivo pelo qual é objeto de menção expressa em um grande número de Constituições, dentre as quais a da Alemanha (art. 1º, inc. I); Espanha (preâmbulo e art. 10.1); Grécia (art. 2º, inc. I), Irlanda (preâmbulo) e Portugal (art. 1º). Nos Estados

---

<sup>232</sup> WEN-CHEN CHANG; JIUNN-RONG YEH, “Internationalization of Constitutional Law”, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés (edit.), Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 1.168.

<sup>233</sup> ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 269.

<sup>234</sup> FLÁVIA PIOVESAN, “Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano”, in *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*, BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.), Elsevier, Rio de Janeiro, 2013, p. 391.

<sup>235</sup> ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 268.

<sup>236</sup> WEN-CHEN CHANG; JIUNN-RONG YEH, “Internationalization of...”, cit, pp. 1.167-1.168.

<sup>237</sup> FLÁVIA PIOVESAN, “Direitos humanos...”, cit., p. 59.

americanos, além da Constituição do Brasil, sublinhem-se as Constituições de Cuba (art. 8º); Peru (art. 4º); Bolívia (art. 6º, I); Chile (art. 1º) e Guatemala (art. 4º)<sup>238</sup>. Ademais, no âmbito das Constituições dos Estados do leste europeu, registrem-se aquelas da Polônia (art. 30) e da Estônia (art. 10º)<sup>239</sup>, além de Constituições de Estados da África, como é o caso da Namíbia (preâmbulo e artigo 8º); da Guiné (artigo 5º); da Etiópia (artigo 10º) e da África do Sul (capítulo 1, n.º. 10)<sup>240</sup>.

Especialmente por meio do reconhecimento da dignidade humana como fundamento da ordem jurídica estatal, a par da sistemática dos direitos fundamentais, constata-se a intrínseca relação/interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Merece relevo, outrossim, a instituição da Justiça Constitucional<sup>241</sup>, tendo em vista que “a Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens”<sup>242</sup>.

As próprias Constituições dos Estados exerceram influência sobre os padrões internacionais de proteção dos direitos humanos no segundo pós-guerra, os quais, aprimorados e parcialmente universalizados numa perspectiva global, retornam para o domínio constitucional interno, efetivando um processo convergente entre Direito

---

<sup>238</sup>INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 7. ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, pp. 70-71.

<sup>239</sup>PETER HÄBERLE, “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, in *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, p. 52.

<sup>240</sup>PETER HÄBERLE, “A dignidade humana...”, cit, p. 52.

<sup>241</sup>A respeito da relação entre a justiça constitucional e a garantia de aplicabilidade dos tratados internacionais dos direitos humanos, oportuna a reflexão de Peters (2007, p. 270), ao chamar a atenção para o fato de que “a State’s judicial practice in applying or not applying international treaty provisions directly is as important as, if not more important than, any abstract hierarchy between national law and domestic (constitutional) law. The supremacy of international law is real only if a municipal court can review a domestic act for its compatibility with international law. (...) If no judicial review is available, any constitutional clause granting superiority of international law over the national constitution is basically a dead letter.” Especificamente acerca do controle de constitucionalidade, note-se que atribuir aos tribunais tal poder, segundo ressalta Piçarra (1989, p. 206) “é subtraí-los à mera condição de aplicadores autômatos da lei”, o que, em matéria de direitos humanos e de direitos fundamentais, assume especial relevância. Um conceito material de Justiça Constitucional, como registra Urbano (2016, p. 16-17), deve levar em conta que esta “é uma função estadual que se exerce sob a forma jurisdicional; trata-se de ‘dizer o direito’ no âmbito jurídico-constitucional”, considerando-se como questões jurídico-constitucionais “aquelas que decorrem das competências atribuídas pela constituição ou pela lei ao juiz constitucional”. Em contexto acerca do constitucionalismo global, Peters (2005, p. 53) pontua que o *judicial review* é um dos elementos centrais do *rule of law*.

<sup>242</sup>RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, Martins Fontes, São Paulo, 2012, p. 285.

Constitucional e Direito Internacional, tal como se verificou com relação ao conceito de democracia<sup>243</sup>.

A confluência também se verifica no que diz respeito aos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, tendo em vista, no caso da Europa, o contexto de integração que faz com que os Estados-parte e as cortes nacionais tenham de levar em consideração as normas ditadas pela União Europeia, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>244</sup>, e a interpretação da CEDH oriunda do TEDH<sup>245</sup>. No Sistema Interamericano, por sua vez, consolida-se o controle de convencionalidade<sup>246</sup>, de onde se extrai “um novo paradigma a nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade: da hermética pirâmide centrada no *State approach* à permeabilidade do trapézio centrado no *Human Rights Approach*”<sup>247</sup>.

O panorama exposto resulta, assim, no reconhecimento dos direitos humanos como “the basic grammar in which law and politics are conducted”<sup>248</sup>, além de elemento fundante para o constitucionalismo global.

Para tanto, colaboraram e explicam a proliferação de referências constitucionais ao Direito Internacional, destacadamente, o colapso do bloco socialista – que “exigiu a elaboração de constituições inteiramente novas para os ex-países comunistas, voltando-se para um estado de direito liberal e economia de mercado” –, a integração regional europeia, e o surgimento e incremento de novas instituições internacionais com poderes de longo alcance, como o Tribunal Penal Internacional<sup>249</sup>.

---

<sup>243</sup> ANNE PETERS, “Supremacy Lost...”, cit., pp. 174-175.

<sup>244</sup> Instituição que assegura a jurisdição da União Europeia, cujo ordenamento jurídico tem primazia sobre as normas dos Estados membros nos domínios em que os Tratados lhe atribuem competência (MACHADO, 2013, p. 290).

<sup>245</sup> DANIEL SARMENTO; CLÁUDIO PEREIRA SOUZA NETO, “Direito constitucional...”, cit., p. 365.

<sup>246</sup> A doutrina do controle de convencionalidade, segundo Bogdandy e Urueña (2020, p. 412), em síntese, “tasks domestic courts with reviewing any national act, including domestic laws, for compatibility with the American Convention on Human Rights, as interpreted by the IACtHR. The conventionality control doctrine turns every national judge into an Inter-American judge (...).”

<sup>247</sup> FLÁVIA PIOVESAN, “*Ius Constitutionale Commune* em Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema Interamericano” in *Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico*, FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; KONSTANTIN, Gerber (org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017, p. 39.

<sup>248</sup> NATHAN GIBBS, “*Human Rights...*”, cit., p. 521.

<sup>249</sup> ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 295.

Peters (2007, pp. 295-296) relata, ainda, nessa seara, que “the international community, or at least its most powerful members, have been supervising regime changes and have induced, accompanied, steered, or even installed new state constitutions, such as the constitutions of Cambodia (1993), Bosnia and Herzegovina (1995), South Africa (1996), East Timor (2002), Afghanistan (2004), Iraq (interim constitution of 2004)”, todas elas “based on the modern canon of fundamental rights, rule of law, democracy, and separation of powers”.

A dissolução do bloco soviético e, conseqüentemente, o fim de suas barreiras ao capitalismo mundial, foi acompanhada, em simultâneo, por “an irresistible and irreversible globalization of economic and cultural exchanges”, as quais inauguraram uma nova lógica mundial, “along with the global market and global circuits of production”<sup>250</sup>, caracterizada por uma transfiguração da soberania<sup>251</sup>, consoante se anotou alhures.

Em ordem a compreender tais ocorrências, afigura-se imprescindível uma análise mais detida acerca da globalização, e de seus efeitos sobre os Estados e sobre o constitucionalismo tradicional, logo, sobre a trilogia democracia, Estado de Direito e direitos humanos, com especial ênfase para os últimos.

### II.3 ESTADO, CONSTITUIÇÃO E DIREITOS HUMANOS NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

A economia global surgida nos últimos anos do século XX resultou não apenas da reestruturação das empresas e dos mercados financeiros em consequência da crise da década de 1970, mas tornou-se possível por políticas governamentais, tendo se originado da interação entre mercados, governos e instituições financeiras agindo em nome dos mercados – “or of their notion of what markets ought to be”<sup>252</sup>.

---

<sup>250</sup>MICHAEL HARDT; ANTONIO NEGRI, “*Empire*”, cit., p. XI (preface).

<sup>251</sup>SEYLA BENHABIB, “Crises of the Republic: transformations of State sovereignty and the prospects of democratic citizenship”, in *Justice, Governance, Cosmopolitanism, and the politics of difference: reconfigurations in a transnational world*, APPIAH, Kwame Anthony; BENHABIB, Seyla; YOUNG, Iris Marion; FRASER, Nancy, Der Präsident der Humboldt-Universität zu Berlin, Berlin, 2007, p. 46.

Confira-se, ainda, Canotilho (2003, p. 90), ao ensinar que o modelo de Estado emergente da Paz de Westefalia, assente, basicamente, na ideia de unidade política soberana do Estado, “está hoje relativamente em crise como resultado dos fenómenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal. No entanto, ele continua a ser um modelo operacional se pretendermos salientar duas dimensões do Estado como comunidade juridicamente organizada: (1) o Estado é um esquema aceitável de racionalização institucional das sociedades modernas; (2) o Estado constitucional é uma tecnologia política de equilíbrio político-social através da qual se combateram dois ‘arbitrios’ ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico-corporativo medievais.”

<sup>252</sup>MANUEL CASTELLS, “*The rise of ...*”, cit., p. 176.

Oportuno, nessa quadra, anotar que, acerca da Nova Ordem Internacional, Gallardo (2008, p. 57) assevera que “en primera instancia es posible al menos fechar tres inicios para este nuevo orden (...) a) el Nuevo Orden habría tenido su comienzo a finales de la década de los setenta con la crisis de los precios del petróleo y el impacto económico global de tecnologías de punta, como la informática, reforzados por la inconvertibilidad del dólar estadounidense (administración Nixon) que abrieron paso a una reconfiguración de la economía mundial o a un cambio de época; b) el discurso sobre un Nuevo Orden tuvo particular resonancia al final de la administración de George Bush (1989-92), ligado tanto a la primera agresión contra el territorio y la población de Irak como a la liquidación de la experiencia socialista histórica de las poblaciones de Europa del Este y a la autodestrucción de la Unión Soviética (1991) (...); c) la tercera fecha está más cercana y corresponde al 11 de septiembre del 2001, fecha de los ataques artesanales y letales, de

Com a globalização, tem-se um território nacional<sup>253</sup> de economia internacional, no qual as normas públicas, ainda que da alçada nacional, encontram as “forças mais ativas do seu dinamismo” no plano externo<sup>254</sup>. Tal fenômeno “is characterized by the appearance of deterritorialized problems and the emergence of global networks in the fields of economy, science, politics and law, which have led to increased global interdependence”<sup>255</sup>.

Na medida em que faz com que Estados nacionais soberanos se inter-relacionem e imbriquem, “mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios”<sup>256</sup>, a globalização deve ser identificada não apenas com o aspecto econômico. Como é cediço, trata-se de uma rede complexa<sup>257</sup>, “influenciada pelo progresso nos sistemas de comunicação, registado a partir do final da década de 1960”<sup>258</sup> e possibilitada pelos novos recursos tecnológicos de informação e comunicação<sup>259</sup>, cenário no qual tornaram-se fluidos sobretudo a informação e a finança<sup>260</sup>.

Insta consignar o conceito de globalismo, de Beck, apontado como um dos elementos necessários à compreensão da temática e descrito, em suma, como a concepção segundo a qual “el mercado mundial desaloja o sustituye al quehacer político; es decir, la ideología del dominio del mercado mundial”<sup>261</sup>. Em perspectiva relacionada a essa

---

autoría aún discutida, contra el territorio y población estadounidenses (Nueva York y Washington) y que abrieron paso a la declaratoria por su gobierno de una ‘guerra preventiva, global y total contra el terrorismo’. Esta fecha es importante porque liquida el paradigma geopolítico construido tras la Segunda Guerra Mundial.”

<sup>253</sup>No que diz respeito ao território, observe-se que “para obter controle legislativo e regulador sobre os padrões de interação e lealdade sociais, o Estado tinha que controlar a transparência do cenário no qual vários agentes envolvidos na interação são obrigados a atuar” (BAUMAN, 1999, p. 37), de forma que “a legibilidade do espaço, sua transparência – consideradas nos tempos modernos a característica diferencial da ordem racional” transformaram-se “num dos maiores desafios da batalha do Estado moderno pela soberania de seus poderes” (BAUMAN, 1999, p. 40).

<sup>254</sup>MILTON SANTOS, “*Por uma outra...*”, cit., pp. 76-77.

<sup>255</sup>ANNE PETERS, “*Global constitutionalism...*”, cit., pp. 40-41.

Canotilho (2003, p. 1369) evidencia que “a globalização das comunicações e informações e a ‘expansão mundial’ de unidades organizativas internacionais (organizações não governamentais), privadas ou públicas (mas não estatais), deslocam o papel obsidante do ‘actor estatal’, tornando as fronteiras cada vez mais irrelevantes e a interdependência política e económica cada vez mais estruturante”.

<sup>256</sup>ULRICH BECK, *Qué és la globalización?: falácias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 2008, p. 34.

<sup>257</sup>ANTHONY GIDDENS, *O mundo na era da globalização*, Editorial Presença, Lisboa, 2006, p. 24.

<sup>258</sup>ANTHONY GIDDENS, “*O mundo na...*”, cit., p. 22.

<sup>259</sup>MANUEL CASTELLS, “*The rise of...*”, cit., p. 136.

<sup>260</sup>MILTON SANTOS, “*Por uma outra...*”, cit., p. 77.

<sup>261</sup>ULRICH BECK, “*Qué és...*”, cit., p. 32.

assertiva, Nunes destaca que “o neoliberalismo<sup>262</sup> é o núcleo da matriz ideológica da política de globalização que vem marcando a actual fase do capitalismo à escala mundial”<sup>263</sup>, ponto ao qual se voltará oportunamente.

Nesse quadro de interdependência, os problemas globais obrigam os Estados a cooperar com organizações internacionais e a celebrar tratados bilaterais e multilaterais, de modo que funções governamentais anteriormente típicas são em parte transferidas para níveis mais “altos”, tais como atores não estatais, a quem é cada vez mais confiado o exercício das funções tradicionais do Estado, incluindo tarefas essenciais<sup>264</sup>.

Assim, frente à tensão sob a qual se coloca a construção do Estado e das Constituições, o conceito de democracia constitucional é afetado pela globalização, mormente quanto à ideia tradicional de *governo limitado* e de *legitimidade nos processos de tomada de decisões*<sup>265</sup>. Com efeito, o carácter transfronteiriço de muitas questões prementes faz com que as atividades estatais tenham se tornado mais abrangentes e extraterritoriais e com que as decisões políticas – universo no qual os atores não estatais, não sujeitos a mandato por voto popular, não podem, em regra, ser responsabilizados

---

Já por globalidade, outro elemento necessário à compreensão da temática da globalização, o autor apregoa que “no hay ningún país ni grupo que pueda vivir al margen de los demás. Es decir, que las distintas formas económicas, culturales y políticas no dejan de entremezclarse y que las evidencias del modelo occidental se deben justificar de nuevo. Así, «sociedad mundial» significa la totalidad de las relaciones sociales que no están integradas en la política del Estado nacional ni están determinadas (ni son determinables) a través de ésta” (BECK, 2008, p. 33) (realces no original).

<sup>262</sup>O neoliberalismo, em linhas muito gerais, consiste em “an economic stance stressing cutbacks in social services, stable currencies, and balanced budgets” (CHOMSKY, 2002, p. 253). O autor aduz que o termo neoliberalismo sugere um conjunto de princípios que se baseia nas ideias liberais clássicas de Adam Smith, ao mesmo tempo em que importa em um sistema doutrinário também conhecido como “Consenso de Washington” (CHOMSKY, 1999, p. 19), o qual se refere, por sua vez ao “pacote de políticas de ajuste e de reestruturação econômica promovidas pelas instituições de Bretton Woods (o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional) e pela Organização Mundial do Comércio” e cujo catálogo “se sintetiza nos seguintes pontos: 1. Disciplina fiscal; 2. Redução do gasto público, especialmente nas rubricas militar e de administração pública; 3. Reforma de impostos; 4. Liberalização financeira, com taxas de interesse determinadas pelo mercado; 5. Competitividade nos gêneros de câmbio e unificação dos mesmos; 6. Livre comércio internacional; 7. Promoção do investimento estrangeiro direito; 8. Privatização de empresas estatais; 9. Desregulação da economia; 10. Proteção dos direitos de propriedade” (ESLAVA, OBREGÓN e UREÑA, 2016, pp. 40-41). Moreira e Gomes (2012, p. 117) alertam que “algumas tendências econômicas, que podem ser descritas como ‘globalização neo-liberal’, colocam ênfase na produção para exportação e ignoram os direitos básicos das pessoas de satisfazerem as suas próprias necessidades e de ganharem a vida com dignidade”.

<sup>263</sup>ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES, “Neoliberalismo e direitos humanos”, *Revista da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo* 98 (2003), p. 423.

<sup>264</sup>ANNE PETERS, “Global constitutionalism...”, cit., pp. 40-41 (aspas no original).

<sup>265</sup>PAULA VEIGA, “Democracia em Voga e E-Política, E-Democracia e E-Participação: Brevíssimas Reflexões”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 90, nº. 1 (2014), p. 463 (realces no original).



política e constitucionalmente<sup>266</sup> – produzam efeitos muito além das fronteiras do Estado<sup>267</sup>. Soma-se a isso a crescente ausência de *transparência* e *publicidade* de regulamentações internacionais, muitas das quais adotadas por maioria simples e a portas fechadas<sup>268</sup>, em panorama no qual “international institutions are so far away from the citizens that the idea of a democratic mandate or entrustment via the member States’ governments is rather fictitious”.<sup>269</sup>

Para além, uma vez que tais atores – organizações internacionais, organizações não governamentais, empresas transnacionais, encarregados, inclusive, de funções de interesse público – não fazem parte da burocracia do Estado e podem estar sujeitos a controle, na melhor das hipóteses, indiretamente, o controle administrativo da legalidade dos atos também é modificado pela globalização<sup>270</sup>. Agrava esse fato a impossibilidade, via de regra, de os indivíduos atuarem sozinhos em busca de reparação contra atos de atores internacionais em fóruns internacionais<sup>271</sup>.

---

<sup>266</sup> ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 281.

<sup>267</sup> Peters (2007, p. 280) pontua, exemplificativamente, que “the installation of a nuclear weapon system, the construction of a nuclear power plant and the performance of nuclear tests may crucially affect persons residing in neighbouring States. Other decisions such as tax reductions or the raising of environmental standards give rise to similar transnational effects. The democratic difficulty lies in the fact that the affected individuals have not elected the decision-makers and can in no way control them”.

<sup>268</sup> ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 281 (realces no original).

A assertiva conduz à reflexão de Bobbio (2000, pp. 40-41) acerca do regime democrático, mais especificamente do que denominou de “promessas não cumpridas” pela democracia, seara na qual defende que “a quinta promessa não cumprida pela democracia real em contraste com a ideal é a da eliminação do poder invisível”, o que convida a atentar para os poderes subjacentes ao processo de globalização.

<sup>269</sup> ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 281.

<sup>270</sup> ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 274.

Peters (2007, p. 272) registra, como efeitos positivos da globalização sobre o *rule of law*, o fato de que “the direct or indirect adoption of international standards in national constitutions is improving the human rights record in many states at least nominally”, ao tempo em que “free trade strengthens the classical liberal rights, notably property, entrepreneurial freedom, and free movement”. Contudo, a autora consigna, como impactos negativos sobre o postulado em tela, que a governança global leva a deficiências na proteção legal, uma vez que atos de organizações internacionais normalmente não são contestáveis em tribunais (nacionais ou internacionais), a par de enfatizar que os processos políticos e jurídicos em nível supra-estatal são cada vez mais complexos, e que os atores responsáveis, frequentemente, não são claramente identificáveis.

<sup>271</sup> ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 273.

Um caso ilustrativo trata-se do Kadi *case*, que, segundo Wet (2012, p. 1.211), expõe “the difficulty experienced by domestic legal orders to provide meaningful legal protection to individuals in situations where international obligations have eroded such protection”. Acerca da questão, confira-se breve resumo de Watts e Hodgson (2019, p. 58): “(...) a United Nations Security Council (UNSC) directive to member states to freeze assets of suspected terrorists was deemed to violate the rights of a Saudi Arabian national with assets in the European Union (Shekhtman, 2011). The problem here was that a non-state institutional authority operating across juridical borders was deemed to violate Mr. Kadi’s rights to ‘fair hearing, the right to judicial review, and the respect for property and principle of proportionality’ (Shekhtman, 2011, pp. 90-91). Quando da apreciação da controvérsia, o Tribunal de Justiça da União Europeia “considerou que as medidas antiterroristas do Conselho de Segurança da ONU também têm de respeitar as garantias dos direitos humanos, tais como o direito a um julgamento justo, incluindo o direito de acesso às provas e um mecanismo

Nessa tensão entre a globalização e as democracias<sup>272</sup> constitucionais, tem-se, ainda, que, embora aquela possa ter o efeito positivo de, ao disponibilizar novas técnicas de comunicação, permitir uma publicidade global, com o incremento da *pressão da opinião pública* exercida transnacionalmente<sup>273</sup>, inclusive expondo regimes tirânicos<sup>274</sup> e medidas violadoras dos direitos humanos, “comporta, outrossim, riscos e insuficiências, de entre os quais se destacam dois, pela sua importância relativamente ao princípio democrático: a impossibilidade de controlo (quer do emissor, quer do receptor) e a falta de universalização do seu uso”<sup>275</sup>. Desta feita, além de consubstanciar uma situação de desigualdade fática entre os cidadãos, a falta de controle permite a propagação de notícias falsas pela *internet*, o que importa em “barriers to educated political decision making and renders it less likely that voters will choose on the basis of genuine information”<sup>276</sup>.

Ademais, os *novos meios de comunicação individual e de obtenção de informações* – que têm o efeito positivo de possibilitar aos cidadãos o acesso a novas formas de articulação, fortalecendo a possibilidade de exercer pressão e tornando-os menos dependentes de mediações<sup>277</sup> – parecem conduzir a um menor depósito de confiança nos

---

de proteção (MOREIRA; GOMES, 2012, p. 79). Peters (2012, p. 127) frisa, sobre o desenrolar do caso, que “this interplay is at the same time an example of multilevel constitutionalism, with constitutionalist principles such as hearing and independent review being implemented on different levels of government”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62005CJ0402&from=EN>. Acesso em 20 out. 2020.

<sup>272</sup>Oportuna, neste ponto, a advertência de Dahl (2001, p. 97) no sentido de que a palavra *democracia* é usada “tanto para nos referirmos a um objetivo ou ideal como a uma realidade que é apenas uma consecução parcial desse objetivo”.

<sup>273</sup>Nesse sentido: ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 279 (realces no original).

<sup>274</sup>Nesse sentido: ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 273.

<sup>275</sup>PAULA VEIGA, “*Democracia em Voga...*”, cit., p. 464.

Vem a calhar, nesta altura, a lição de Bobbio (2000, p. 43), ao enfatizar que “o controle público do poder é ainda mais necessário numa época como a nossa, na qual aumentaram enormemente e são praticamente ilimitados os instrumentos técnicos de que dispõem os detentores do poder para conhecer capilarmente tudo o que fazem os cidadãos”. À frente, o jusfilósofo conclui a reflexão, nos seguintes termos: “A velha pergunta que percorre toda a história do pensamento político – ‘Quem custodia os custódios?’ – hoje pode ser repetida com esta outra fórmula: ‘Quem controla os controladores?’ Se não conseguir encontrar uma resposta adequada para esta pergunta, a democracia, como advento do governo visível, está perdida. Mais que de uma promessa não-cumprida, estaríamos aqui diretamente diante de uma tendência contrária às premissas: a tendência não ao máximo controle do poder por parte dos cidadãos, mas ao máximo controle dos súditos por parte do poder” (BOBBIO, 2000, p. 43).

<sup>276</sup>NATHANIEL PERSILY, Can democracy survive the internet?, *Journal of Democracy* 28.2 (2017), p. 70.

Convém consignar – à propósito da questão amplamente debatida na atualidade acerca da crise da democracia em diversas partes do globo, à exemplo de Turquia, Hungria, Polónia e Filipinas, e do incremento de “radical nationalist movements (...) achieving notoriety as they draw media attention, make parliamentary inroads and push the boundaries of public discussion toward bigotry and hate” (ALBRIGHT, 2018, p. 87) – que “democracies may die at the hands not of generals but of elected leaders – presidents or prime ministers who subvert the very process that brought them to power” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 9).

<sup>277</sup>ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 281 (realces no original).

mecanismos de cidadania organizada, tais como os partidos políticos, a par de uma sensação de menor necessidade de atuação das instituições democráticas<sup>278</sup>.

Com a governança sendo cada vez mais exercida além dos limites constitucionais dos Estados<sup>279</sup>, a Constituição é afetada pela globalização a partir da juridificação de regimes internacionais não estatais, sob a grande marca da integração regional, exemplificada pelos tratados fundadores da União Europeia, amplamente considerados Constituições "verdadeiras"<sup>280</sup>. Nesse quadrante, é frequentemente ressaltado que “current internationalization of constitutional law results primarily from the expansion of a global market, the triumph of rights-based discourse, and (...) the emergence of transnational networks by governments, non-governmental organizations (NGOs), and technocrats or professionals”<sup>281</sup>.

Ante essa realidade, conjunta e à primeira vista paradoxalmente, assiste-se a um incremento, sob os influxos da globalização, da tensão entre nacionalismo e

---

<sup>278</sup>A partir do exemplo da Espanha, Castells (2018, p. 95) aponta, como um processo subjacente à crise institucional e política do Estado democrático, a incapacidade deste de “gerir a dinâmica contraditória entre a Rede e o eu”, campo no qual deve ser reiterada a reflexão acerca da “importância das deliberações livres, bem informadas e cara-a-cara”, que se afiguram insubstituíveis “para activar e, posteriormente, manter redes de ação colectiva, que, como é óbvio, podem, depois, vir a ser desenvolvidas através de outros tipos de democracia e em espaços virtuais” (VEIGA, 2014, p. 471).

<sup>279</sup>ANNE PETERS, “*Global constitutionalism...*”, cit., pp. 40-41.

<sup>280</sup>ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 255 (aspas no original).

Peters (2007, p. 256) acrescenta que “although the State constitution remains the most important type of constitution in a normative sense, it is no longer the only ‘true’ (political, normative, more-than-organizational) constitution. The foundational documents of polities beyond the State, for example the founding treaties of the European Union (EU), are widely considered to be ‘true’ constitutions as well”. Especificamente a respeito do TEDH, Pernice (2003, pp. 11-12) lembra que “The ECHR cannot be regarded as a ‘superior’ court in relation to the supreme courts of the contracting parties, but simply as a more specialized body which exercises subsidiary external control. Its decisions are binding for Member States, but it may not challenge the validity of any decision of national or European authorities”. Por relevante para a temática em tela, sobreleve-se, com Castells (2010, p. 111) que “in 1999 the European Union became, for all practical purposes, one economy, with unified customs, a single currency, and a European Central Bank (...) This does not imply that European states disappear (...) But they have formed, together, a new form of state, the network state, one of whose key features is the sharing of a unified economy, not just a trading bloc”.

<sup>281</sup>WEN-CHEN CHANG; JIUNN-RONG YEH, “*Internationalization of...*”, cit., p. 1.166.

Os autores corroboram a afirmação, ao aduzir que “as China opened up to global trade, it took action to amend its Constitution to show due respect for private property and ensure abidance to the rule of law. The constitutional convergence – albeit to a limited degree – by the Chinese is illustrative of the function of a global market to the current convergence of domestic constitutions”. Nesse contexto, e ainda acerca da relação entre democracia e globalização, Peters (2007, p. 281) assevera que “a further structural change to democracy results from the increased influence of experts (‘technocracy’). (...) Elected politicians may still take decisions, but technical experts define the options”. No ponto, relevante a lição de Lyotard (2009, p. 27), em sua reflexão relativamente à pós-modernidade: “o acesso às informações é e será da alçada dos *experts* de todos os tipos. A classe dirigente é e será a dos decisores. Ela já não é mais constituída pela classe política tradicional, mas por uma camada formada por dirigentes de empresas, altos funcionários, dirigentes de grandes órgãos profissionais, sindicais, políticos, confessionais”.

internacionalização<sup>282</sup>, bem como entre unidade e diferenciação<sup>283</sup>, o que faz com que se presencie um movimento pelo fortalecimento da identidade de grupo “contrastado com um ‘outro’ contra o qual a nação se define”, oposto, por natureza, ao *ethos* cosmopolita<sup>284</sup>. Tal estado de coisas já fora, em grande parte, anunciado por Giddens, ao sentenciar que “a globalização é a razão que leva ao reaparecimento das identidades culturais em diversas partes do mundo<sup>285</sup>”.

Ao ver conectadas “localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”<sup>286</sup>, o Estado-nação mostra-se “too small to deal with certain problems which are genuinely global (eg climate change, infectious diseases, migration, and terrorism)”<sup>287</sup>, ao tempo em que parece “too large to handle many other issues which call for local solutions (...) and to provide a sense of belonging which is threatened by the globalization and standardization of cultures and by the extinction of traditions”<sup>288</sup>.

Resulta, por consequência, outra possibilidade de enfraquecimento da perspectiva democrática, mormente de que agentes políticos eleitos pelo povo possam tomar, de fato, as decisões fundamentais a nível de Estado. É preciso enfatizar, inclusive ante a menção ao papel do mercado global no processo de internacionalização do Direito Constitucional, o alerta de Dahl no sentido de que as economias de mercado impõem à democracia o custo de ver reduzidas “as perspectivas de atingir a plena igualdade política entre os cidadãos de um país democrático”<sup>289</sup>.

Atento a isso, Santos aduz que “o ideal de democracia plena é substituído pela construção de uma democracia de mercado, na qual a distribuição do poder é tributária da

---

<sup>282</sup>Nesse contexto, Chang e Yeh (2012, p. 1167) enfatizam que “we should be alert to the resulting bipolar extremes of internationalism versus nationalism that not only calls into question current internationalization but also politicizes and even delegitimizes the recent triumph of liberal constitutionalism over the last quarter of the twentieth century”.

<sup>283</sup>Nesse sentido, Peters (2007, p. 307) sinaliza que “we are in fact witnessing a ‘cohabitation between legal unity and differentiation’”.

<sup>284</sup>JASON STANLEY, *Como funciona o fascismo: a política do “nós” e “eles”*, L&PM Editores, Porto Alegre, 2018, p. 189.

<sup>285</sup>ANTHONY GIDDENS, “*O mundo na...*”, cit., p. 24.

<sup>286</sup>ANTHONY GIDDENS, *As consequências da modernidade*, Editora UNESP, São Paulo, 1991, p. 60.

<sup>287</sup>ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 288.

<sup>288</sup>ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 288.

<sup>289</sup>ROBERT A. DAHL, “*Sobre a...*”, cit., p. 73.

Colhe-se tal reflexão, ainda, de Peters (2007, p. 280) ao chamar a atenção para o fato de que “the reduced capacity of nation States to tackle and solve political problems poses a democratic problem (...) In terms of democracy, this general loss of effectiveness reduces self-determination, or the democratic output. Here we face a kind of indirect decline of democracy”.

realização dos fins últimos do próprio sistema globalitário”<sup>290</sup>. Tal perspectiva é corroborada por Nunes, que, ao advertir para o perigo representado pela globalização para a democracia, sustenta que a lógica da *política de globalização* é “comandada pelo capital financeiro”, pautada pela “redução do Estado ao *Estado mínimo*, a privatização de todos os serviços públicos, a desregulação das relações laborais, a limitação (eliminação) do poder dos sindicatos, a destruição do Estado-providência”<sup>291</sup>.

No mesmo sentido, Flores, no marco da teoria crítica dos direitos humanos, defende que “o sistema de valores hegemônico em nossos dias é majoritariamente neoliberal e, por conseguinte, coloca por cima as liberdades funcionais ao mercado e por baixo as políticas públicas de igualdade social, econômica e cultural”<sup>292</sup>, destacando que, ao mesmo tempo em que têm enquadrado as lutas pela dignidade humana, os direitos humanos têm sido utilizados para “justificar políticas económicas neoliberales em las que las desigualdades sociales, económicas y culturales se han legitimado en aras de la eficiencia y el beneficio inmediatos”<sup>293</sup>.

Essa desigualdade destoa da mobilidade apontada como amplamente facilitada pela globalização, visto que “a fluidez potencial aparece no imaginário e na ideologia

---

<sup>290</sup>A propósito da expressão, Santos (2001, p. 61) sustenta que “a violência estrutural resulta da presença e das manifestações conjuntas, nessa era da globalização, do dinheiro em estado puro, da competitividade em estado puro e da potência em estado puro, cuja associação conduz à emergência de novos totalitarismos e permite pensar que vivemos numa época de globalitarismo muito mais que de globalização”.

<sup>291</sup>ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES, “Neoliberalismo e...”, cit., pp. 452-453 (realces no original). Nessa conjuntura, há, para Canotilho (2003, p. 93) “duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático”, emendando que “o estado de direito é um estado materialmente referenciado por uma ideia de justiça à qual é inerente a justiça social promovida pelo Estado ou por quaisquer outras comunidades políticas” (CANOTILHO, 2003, pp. 244-245). Marques (2012, p. 127) afirma que “a supremacia do Estado sobre a sociedade civil é posta em causa pelo mercado e pela sociedade globais” ao passo que Bauman (2011, p. 56) pontua que “el Estado contemporáneo debió buscar otras variedades – no económicas – de vulnerabilidad e incertidumbre en las cuales apoyar su legitimidad. Esta alternativa, al parecer, ha sido identificada ahora (...) con el problema de la seguridad personal: las amenazas a los cuerpos, a las posesiones y a los hábitats humanos, originadas en actividades delictivas, en la conducta antisocial de las ‘clases marginales’ y, en tiempos más recientes, tanto en el terrorismo global como – cada vez más – en los ‘inmigrantes ilegales’”.

<sup>292</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, “*A reinvenção dos ...*”, cit., p. 41.

O autor enfatiza, ainda, que “la nueva fase de la globalización – denominada (...) como la ‘tercera transición’ del capital – (...) puede caracterizarse en términos generales bajo cuatro características articuladas: a) la proliferación de centros de poder (el poder político nacional se ve obligado a compartir soberanía con corporaciones privadas y organismos globales multilaterales), b) la inextricable red de interconexiones financieras (que hacen depender las políticas públicas y la constitución económica nacional de fluctuaciones económicas imprevisibles para el tiempo con el que juega la praxis democrática en los Estados Nación), c) la dependencia de una información que vuela en tiempo real y es cazada por las grandes corporaciones privadas con mucha mayor facilidad que por las estructuras institucionales de los Estados de Derecho, y d) el ataque frontal a los derechos sociales y laborales (que está provocando que la pobreza y la tiranía se conviertan en ventajas comparativas para atraer inversiones y capitales)”.

<sup>293</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, “*Los derechos humanos...*”, cit., p. 179.

como se fosse um bem comum (...) quando, na verdade, apenas alguns agentes têm a possibilidade de utilizá-la”<sup>294</sup>.

A propósito da fluência de alguns agentes, e da conjuntura do ano de 2020, marcado pelos efeitos, nas mais diversas áreas, de uma crise sanitária global<sup>295</sup> – e também humanitária<sup>296</sup>, acompanhada, inclusive, de fechamento de fronteiras – que “as crises atuais são, em última análise, uma resultante da aceleração contemporânea, mediante o uso privilegiado, por alguns atores econômicos, das possibilidades atuais de fluidez”<sup>297</sup>. Tal cenário, que parece estar conduzindo à convocação e à exaltação do papel do Estado, aparentemente põe em xeque a tendência anterior de percurso do Direito Constitucional rumo à internacionalização, à integração e à globalização, que pode assim ser expresso:

mesmo na era da globalização, o problema de constitucionalizar uma ordem política e económica através do direito continua a residir na assimetria entre a ‘responsabilidade’ imposta ao Estado de direito democrático no plano político, social e económico, e as suas reais capacidades de actuação, agora num contexto

---

<sup>294</sup>MILTON SANTOS, “*Por uma outra...*”, cit., p. 83.

Não surpreende, desta feita, que a seletividade dentre os beneficiários do fenômeno faça com que a dramática desigualdade consubstancie “um perigo mortal para a realidade compartilhada necessária numa democracia liberal saudável” (STANLEY, 2018, p. 140).

<sup>295</sup>A respeito da crise em questão, Baschet (2020) vaticina que “sem dúvida, amanhã se dirá que o século XXI começou em 2020, com a entrada em cena do SARS-CoV-2. (...) O que se configura diante de nossos olhos é um entrelaçamento cada vez mais estreito dos múltiplos fatores de crise que um elemento aleatório, ao mesmo tempo imprevisível e amplamente anunciado, pode ativar. O colapso e a desorganização do sistema vivo, o desequilíbrio climático, a decomposição social acelerada, a perda de credibilidade dos governantes e dos sistemas políticos, a expansão de crédito desmedida, a fragilidade financeira e a incapacidade de manutenção de um nível de crescimento suficiente (para mencionar apenas isto) são dinâmicas que se reforçam entre si, gerando uma extrema vulnerabilidade que decorre do fato de que o sistema-mundo se encontra em uma situação de crise estrutural permanente”. Disponível em: <https://n-ledicoes.org/017>.

<sup>296</sup>A partir do exemplo de países tais como os Estados Unidos da América, Brasil, Índia, Filipinas e Tailândia, na atuação frente à pandemia da COVID-19, Santos (2020, p. 26) sustenta que “os governos de extrema-direita ou de direita neoliberal falharam mais do que os outros na luta contra a pandemia. Ocultaram informação, desprestigiaram a comunidade científica, minimizaram os efeitos potenciais da pandemia, utilizaram a crise humanitária para chicana política”. Especificamente sobre o exemplo do Brasil e a precariedade de seu enfrentamento à conjuntura sob análise, amplamente divulgada pela mídia mundial, teóricos de diversas áreas relacionam a conduta do Executivo daquele país ao exercício da necropolítica, definida por Mbembe (2018, p. 71) como “as formas contemporâneas que subjagam a vida ao poder da morte”. A esse respeito, confira-se: VLADIMIR SAFATLE, *Bem vindo ao estado suicidário*, n1 edições (2020). Disponível em: <https://n-ledicoes.org/004>. Acesso em 8 mai. 2020. Tendo em vista o forte reclame da cidadania em tempos de exceção motivada pela crise sanitária supra aludida, é de se registrar – para além do Estado, no que tange aos indivíduos e coletividades – que a situação em tela desafia um despertar ainda maior, ante a exacerbação dos riscos da sociedade mundializada, para uma concepção da cidadania como prática (VEIGA, 2006, p. 406), a evocar o sentido da “responsabilidade cívica” como “lealdade em relação aos outros cidadãos e em relação às instituições do Estado Constitucional Democrático” (BOVENS, 1998 *apud* VEIGA, 2006, p. 409) e da virtude cívica como elemento que estabelece “uma firme ligação entre os interesses comuns e os interesses individuais” (HOLDBACH, 2002 *apud* VEIGA, 2006, pp. 410-411).

<sup>297</sup>MILTON SANTOS, “*Por uma outra...*”, cit., p. 125.

A partir de situações como esta, compreende-se, mais contundentemente, o alerta de Bauman (2011, p. 29), de que “un planeta de interdependencia universal representa, literalmente, una cuestión de vida (compartida) o muerte (colectiva)”.

global crescentemente compressor da modelação jurídico-política estatal quanto à segurança, à liberdade e ao próprio direito<sup>298</sup>.

Visualiza-se, então, uma tensão entre nacionalismo e cosmopolitismo<sup>299</sup>, que acompanha a conjuntura excepcional, em âmbito mundial, por decorrência da pandemia da COVID-19<sup>300</sup>. Não obstante, ao mesmo tempo em que se reclama uma retomada do foco para a atuação do Estado, tem-se a necessidade de um fortalecimento do multilateralismo<sup>301</sup> e das organizações internacionais, com vistas ao incremento da cooperação, inclusive com a construção de *standards* mínimos de orientação dos Estados e da sociedade civil para os inúmeros desafios emergentes<sup>302</sup>. Na análise possível a este estágio de coisas, também se delinea a importância de um constitucionalismo global voltado à preservação da institucionalidade democrática em um período no qual são necessárias e reclamadas medidas de exceção<sup>303</sup> por parte dos Estados, o que importa em colisão, ao menos aparente, entre direitos fundamentais<sup>304</sup>.

---

<sup>298</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brancosos’ e...*”, cit., p. 22.

<sup>299</sup>A propósito da aludida tensão, Moyn (2010, p. 38) aduz que a ascensão da internacionalização, na forma de integração econômica e regulatória, juntamente com uma variedade de outros projetos internacionalistas, “largely awaited the communications and transportation revolution after 1850”. A partir da observação, chama-se a atenção para o paradoxo de que uma crise sanitária global possibilitada pela fluidez da locomoção coloca sob alerta a internacionalização levada a efeito a partir dos mesmos mecanismos que a facilitaram.

<sup>300</sup>A Organização Mundial de Saúde declarou a situação de pandemia em 11 de março de 2020. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em 31 mai. 2020.

<sup>301</sup>No contexto regional, registre-se que o Conselho da Europa editou, em 17 de abril de 2020, a Resolução 2020/2616 (RSP), por meio da qual instituiu “ação coordenada da UE para combater a pandemia de COVID-19 e as suas consequências”. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0054\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0054_PT.html). Acesso em 31 mai. 2020.

<sup>302</sup>Crises globais tais como a vivenciada no ano de 2020 oferecem “a powerful argument for universal health care and rethinking deeper problems of our societies” (CHOMSKY, 2020) e robustecem a reflexão no sentido de que “a saúde é, antes de mais nada, um bem público” (BIHR, 2020, p. 25).

<sup>303</sup>Antes de a OMS elevar a declaração de emergência em saúde pública de importância internacional, relativamente ao surto do novo coronavírus (SARS-CoV-2), ao estado de pandemia, Agamben (2020, p. 15) sublinhou “a crescente tendência de usar o estado de exceção como paradigma normal de governo”, oportunidade em que asseverou que, “esgotado o terrorismo como causa de medidas de exceção”, a “invenção de uma pandemia pode “oferecer “o pretexto ideal para ampliá-las além de todo limite”(AGAMBEN, 2020, pp. 18-19). Não obstante, o autor ocupou posição aparentemente isolada, a resultar em diversas críticas, dentre as quais se destaca a de Nancy (2020): “Giorgio alega que os governos se utilizam de pretextos para estabelecer estados contínuos de exceção. Mas ele não percebe que a exceção efetivamente se torna a regra em um mundo onde as interligações técnicas de todo tipo (deslocamentos, transferências de todo tipo, exposições ou difusões de substâncias, etc.) alcançam uma intensidade até então desconhecida e que cresce junto com a população. A multiplicação desta última também inclui, nos países ricos, o prolongamento da vida e o crescimento no número de idosos e, em geral, o de pessoas em risco. Não devemos confundir o alvo: uma civilização inteira está envolvida (...)”. Disponível em <https://n-1edicoes.org/065>.

<sup>304</sup>Além do direito de livre locomoção, merecem destaque, nessa quadra, direitos de exercício coletivo, a exemplo dos direitos de reunião e de culto, por uma lado, e os direitos à saúde e à segurança, de outro.

Verifica-se, ainda, nesta seara, a insuficiência de institucionalidades aptas a dar, isoladamente, e em tempo, as respostas necessárias à salvaguarda da vida e da saúde, especialmente ante o risco de medidas de prevenção e contenção resultarem na deterioração de direitos humanos e em violação a direitos fundamentais, sobretudo em decorrência do recurso a mecanismos de vigilância eletrônica e tecnológica<sup>305</sup>, em um mundo que se encaminha para um maior incremento da digitalização<sup>306</sup>. Por outro lado, evidencia-se, especialmente no Sul global, a precariedade de alguns Estados ante a crise sanitária e econômica em curso<sup>307</sup>, de onde se observa a necessidade de “assegurar a *externalização* das ações constitucionais tendentes a assegurar o cumprimento da constituição”<sup>308</sup>, mormente com vistas à construção de sociedades mais iguais e tendencialmente mais saudáveis, a par da necessidade de Organizações tais como a Organização Mundial de Saúde – OMS contarem com mais poder executivo<sup>309</sup>.

Para a análise em tela, salta aos olhos a possibilidade de se estar efetivamente diante da inauguração de um novo paradigma, a romper com a ordem mundial instaurada no pós Segunda Guerra, num aspecto estrutural ainda mais transformador que a “guerra preventiva, global e total instaurada contra o terrorismo”<sup>310</sup> a partir do 11 de setembro nos Estados Unidos da América – os quais, ao anunciarem sua saída da OMS durante a crise da pandemia do COVID-19, confirmam o diagnóstico de que as atividades dessa

---

<sup>305</sup>Han (2020) reflete que, sob os efeitos da comoção global instaurada em razão da propagação global da COVID-19, “China will now sell its digital surveillance state as the successful model against the epidemic”, porquanto “as Naomi Klein has already said, the shock is a favorable moment for allowing a new system of domination to establish itself”. Assim, poder-se-ia concluir, com o autor, que a pandemia em curso daria ensejo a medidas que nem a “guerra contra o terrorismo” logrou êxito em conseguir. Disponível em: <https://write.as/0hwmokmqr13vm2fw.md>.

<sup>306</sup>Não se pode deixar de consignar, a propósito do incremento da digitalização, e de uma possível irreversibilidade do cenário propiciado pelas medidas de prevenção ao contágio e de contenção relativamente à pandemia do SARS-CoV-2, que “há um parentesco secreto entre virtualidade e viralidade”, cenário em que “é difícil não perceber a tremenda ironia de que o que nos impulsiona a unir e a defender a solidariedade global se manifesta diariamente através de imposições rígidas para evitar a proximidade e o contato” (ZIZEK, 2020a, p. 45).

<sup>307</sup>Butler (2020) pondera que “the virus foregrounds the racial and geopolitical differences in suffering, and we have clearly seen the racist response to pandemic conditions in India through blaming the Muslim minority, in the US and Latin America through the racism against Asians, and the willful failure of the Israeli state to provide medical assistance to Gaza where the Palestinian population is forcibly restrained in close quarters with radically inadequate health facilities”. Disponível em: <https://contactos.tome.press/human-traces-on-the-surfaces-of-the-world>. Badiou (2020, p. 39), por sua vez, consigna que “a epidemia é também um momento em que a contradição entre economia e política se torna flagrante”.

<sup>308</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 120 (realce no original).

<sup>309</sup>SLAVOJ ZIZEK, “Um golpe como o de ‘Kill Bill’ no capitalismo” in *Coronavírus e a luta de classes*, DAVIS, Mike, et al. Terra sem Amos: Brasil, 2020a, p. 45. O autor chama a atenção, ainda, para a necessidade de uma rede global de saúde pública (ZIZEK, 2020, p. 45).

<sup>310</sup>HELIO GALLARDO, “*Teoría Crítica ...*”, cit., p. 57.



superpotência “on the border-line of international legality” materializam uma das mais fortes tendências anticonstitucionalitas<sup>311</sup>.

Assim, a despeito da aludida convergência entre as ordens constitucionais, sob a tríade dos postulados da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos, robustecidos pelo cosmopolitismo em construção ao longo dos últimos anos, pode-se estar diante de uma profunda alteração do paradigma em tela, realidade na qual são esperados impactos tanto sobre o processo de globalização em curso quanto sobre os direitos humanos, tal como hoje são majoritariamente concebidos.

#### II.4 GLOBALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XXI: UM PLANETA SOCIAL?

Com a pós-modernidade<sup>312</sup>, emerge o receio de que “um novo estado de natureza” esteja a ser “projetado pelo fenômeno da mundialização econômica”<sup>313</sup>, realidade na qual a “*internet* e o mercado sugerem uma sociedade em que a dimensão físico-corpórea tende a

---

<sup>311</sup> ANNE PETERS, “*Global constitutionalism...*”, cit., p. 60.

Peters (2005, pp. 60-63) assim exemplifica sua afirmação: “First, the United States of America (USA) exercises extraterritorial jurisdiction in criminal and civil law matters in an exorbitant fashion. At the same time, the USA prevents the exercise of universal jurisdiction by other states (...). The United States consistently refuses to ratify the New World Order Treaties, such as the Kyoto Protocol on Climate Change. Moreover, the USA actively undermines the International Criminal Court (ICC) (...) ;(...) the USA makes ample use of reservations and declares the international instruments to be non-self-executing before the USA courts. Finally, the United States doctrine of pre-emptive strikes does not appear to respect Article 51 of the UN Charter. Their military attack on Iraq in the spring of 2003 was not supported by an unambiguous Security Council mandate or by traditional doctrines of self-defense. The American posture of taking exception to international law threatens international constitutional principles, concerning the unilateral use of force and the sovereign equality of states. Overall, the current United States hegemony does not reflect the constitutional ideal of checks and balances, or the traditional international ‘balance of powers’”.

<sup>312</sup> Bauman (2001, p. 19) denomina-a de modernidade líquida, destacando, como signo distintivo dessa fase, que o poder tem condições de “se mover com a velocidade do sinal eletrônico – e, assim, o tempo requerido para o movimento de seus ingredientes essenciais se reduziu à instantaneidade”.

<sup>313</sup> MÁRIO REIS MARQUES, “A hipertrofia do...”, cit., p. 132.

Marques (2008, p. 132) enfatiza a necessidade de garantir a presença do direito e a realização da justiça, com vistas a “preservar a sociedade das vertigens de uma espontaneidade desregulamentada e de uma individualização dos riscos, desprovidas de qualquer referência filosófica aos direitos do homem”. Em sentido semelhante, Arnaud (1999, p. 22) assevera que “os grandes problemas do momento passam a ser, portanto, prioritariamente o da transformação do modo de produção do direito, do modo de tratamento dos litígios e o da proteção aos indivíduos – assegurada até aqui pelo Estado – contra a opressão de grupos sociais ligada ao processo de transnacionalização econômica, social e política”. Canotilho (2006, p. 152), por sua vez, ressalta que “a diferenciação do sistema político e do sistema econômico” para a qual contribuiu a separação entre “Estado-Sociedade”, e “a distinção do sistema jurídico e do sistema político” para a qual aponta a constitucionalização do poder são “diferenciações funcionais que propendem a favorecer as traves mestras da ‘sociedade mundial’ (‘globalização’, ‘mundialização’)” (aspas no original).

estar ausente e em que as próprias obrigações sociais parecem desaparecer”<sup>314</sup>. Este quadro aparentemente aprofunda-se por um mundo ainda mais virtual, a partir da especial conjuntura do ano de 2020, em tendência aparentemente pouco reversível.

A atuação de um mercado desregulamentado e sempre em busca de ambientes mais propícios ao lucro, aliada ao fato de a globalização e a governança global estarem a minar as reivindicações de supremacia das Constituições nacionais<sup>315</sup> – o que não deixa de implicar sua pretensão de realizar determinado projeto político – afeta, deste modo, as próprias fundações do Estado-providência, “assente na intervenção econômica, na redistribuição da riqueza e do rendimento, na regulamentação das relações sociais, no reconhecimento de direitos econômicos e sociais aos trabalhadores, na implantação de sistemas públicos de segurança social”<sup>316</sup>.

A situação é mais drástica em países em desenvolvimento, onde sequer houve verdadeiramente um Estado Social<sup>317</sup>, ainda que considerando-se-o como processo e, por isso, fim do Estado<sup>318</sup>, porquanto a “passagem do Estado liberal ou de direito para o Estado social de direito, para o Estado de bem-estar, no Norte Global” não foi acompanhado do

---

<sup>314</sup>MÁRIO REIS MARQUES, “A hipertrofia...”, cit., p. 127.

Em análise acerca da relação entre a globalização e o Direito Internacional, Koskeniemi (2007, p. 26) reverbera que “in fragmentation, law emerges from expert-guided ‘regimes’; in deformalization, it transforms into administrative compromises between powerful stakeholder groups, and in ‘empire’, it collapses into domination”, concluindo, nesse particular, que “the worry about new global law reflects concerns about the absence of structures of political representation, contestation, and accountability, of a public sphere institutionally linked to global power.”

<sup>315</sup>ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 305.

<sup>316</sup>ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES, “Neoliberalismo e...”, cit., pp. 438-439.

O autor realça que “as bases (keynesianas) do Welfare State são, pois, essencialmente, de natureza econômica, ligadas à necessidade de reduzir a intensidade e a duração das crises cíclicas próprias do capitalismo, e motivadas pelo objectivo de salvar o próprio capitalismo” (NUNES, 2003, pp. 438-439). Canotinho (2003, pp. 351-352), por sua vez, leciona que “as tarefas sociais e económicas do estado não se identificam com monopólio estatal e há muito que deixaram de ser recortadas com base no esquema dicotómico da separação entre Estado e sociedade”.

<sup>317</sup>ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 285

Peters (2007, p. 285) rememora que “the core tasks of a social State are the creation of an acceptable social balance among individuals, the guarantee of social security, the creation and preservation of social peace, and the increase and spread of the wealth among citizens and inhabitants. Bonavides (2004, p. 376), por sua vez, assevera que “o centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade”. Entende-se de grande valia também, nesse contexto, atentar para a lição de Silva (2005, pp. 115-116), ao advertir que “é insuficiente a concepção do Estado Social de Direito, ainda que, como Estado Material de Direito, revele um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento a pessoa humana. Sua ambigüidade, porém, é manifesta. Primeiro, porque a palavra social está sujeita a várias interpretações. Todas as ideologias, com sua própria visão do social e do Direito, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, menos a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista (...) Em segundo lugar, o importante não é o social qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito (...)”

<sup>318</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “Direito constitucional...”, cit., p. 337.

mesmo processo no hemisfério Sul, no qual, em algumas hipóteses, houve, no máximo, uma passagem ou para o Estado desenvolvimentista ou neodesenvolvimentista<sup>319</sup>.

Por razões como esta, e com foco para grandes distorções sociais e regionais, há propostas teóricas, tais como a de Bello, com vistas à promoção de um processo de desglobalização<sup>320</sup>, exposição na qual destaca, dentre outros pontos, a necessidade de se reorientar a ênfase da produção dirigida à exportação para a produção voltada ao mercado local, a fim de reduzir o desequilíbrio ambiental; atrair a maioria dos recursos financeiros de um país para o desenvolvimento a partir de dentro, levando a cabo medidas de redistribuição de renda e redistribuição de terras “to create a vibrant internal market that would be the anchor of the economy and create the financial resources for investment”; e de sujeitar decisões econômicas estratégicas do mercado à escolha democrática<sup>321</sup>.

Assim, tendo em vista a “dramática acentuação das desigualdades econômicas e sociais no interior das nações e entre elas”<sup>322</sup>, autores como Gomes e Moreira alertam

---

<sup>319</sup>BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS; MARILENA CHAUI, “*Direitos Humanos...*”, cit., p. 66.

Importa colacionar, com Avritzer (2018, p. 281 citando Rueschemeyer; Stephens; Stephens, 1992), que “as democracias mais avançadas— ou mais antigas — do hemisfério norte forneceram para as suas populações uma solução distributiva de acesso à renda, aos bens e serviços públicos desde o pós-guerra, o que não ocorreu na América Latina até muito recentemente”. A propósito da menção, Sampaio Jr (2012, p. 674) registra que o desenvolvimentismo tem como “eixo articulador a preocupação em integrar industrialização e formação da economia nacional”, ao que acresce que “o desenvolvimentismo relaciona a especificidade do capitalismo na América Latina à perpetuação de uma dupla articulação que compromete a capacidade de a sociedade nacional controlar os fins e os meios de desenvolvimento – a situação de dependência externa e a extrema desigualdade entre as classes sociais”.

<sup>320</sup>WALDEN BELLO, *Deglobalization: ideas for a new world economy*, Zed Books, London, 2004, pp. 113-114. O autor (2004, p. 115) situa, como um dos elementos centrais a essa discussão, a referência “ao sistema de Bretton Woods-OMC “as a monolithic system of universal rules imposed by highly centralized institutions to further the interests of corporations – and, in particular, US corporations”. Acerca do tema, Moreira e Gomes (2012, p. 458) observam que “a ameaça à democracia, neste mundo globalizado, onde a tomada de decisão está muitas vezes nas mãos de forças econômicas transnacionais ou de poderosas instituições não democráticas, tem como resposta um dos maiores movimentos sociais internacionais nos nossos dias – o movimento antiglobalização. Os apoiantes da antiglobalização defendem uma variedade de causas incluindo a proteção do ambiente, o perdão da dívida, os direitos dos animais, a proteção das crianças, o anticapitalismo, a paz e os direitos humanos. O que eles têm em comum é o sentimento de que ao mundo globalizado falta espaço democrático”.

<sup>321</sup>WALDEN BELLO, “*Deglobalization...*”, cit., p. 113.

Significativas, outrossim, as possibilidades de resistência evidenciadas por Santos (2010a, p. 439), que constituem, conforme sua lição, um segundo modo de produção da globalização, de natureza contra-hegemônica, ou construída “de baixo para cima”, dentre as quais destaca o *cosmopolitismo subalterno insurgente* (realces no original), qual seja, “um conjunto muito vasto e heterogêneo de iniciativas, movimentos e organizações que partilham a luta contra a exclusão e a discriminação sociais e a destruição ambiental produzidas pela globalização neoliberal, recorrendo a articulações transnacionais tornadas possíveis pela revolução das tecnologias de informação e de comunicação”.

<sup>322</sup>ERIC HOBBSBAWN, *Globalização, democracia e terrorismo*, Companhia das Letras, São Paulo, 2007, p. 11. Nesse sentido, confira-se: “O país mais rico de hoje, o Liechtenstein, é agora três vezes mais rico do que o país mais rico em 1970, os Estados Unidos da América. O país mais pobre do mundo, o Zimbabué, é agora 25% mais pobre do que o país mais pobre em 1970 (também o Zimbabué). Hoje, um quarto da população

para a importância de que a dimensão social da globalização torne-se uma das maiores preocupações das políticas internacionais, enfatizando a necessidade de “promover padrões sociais e direitos humanos à escala internacional, de forma a assegurar estabilidade social, paz e desenvolvimento, humanizando a economia global”.<sup>323</sup>

Nessa seara, um importante mecanismo contra “the undermining of fundamental rights protection through global governance might be the extension of human rights obligations to global and transnational actors”, nomeadamente organizações internacionais e entidades privadas, tais como empresas transnacionais<sup>324</sup>. A advertência ganha especial relevo ante a facilitada mobilidade do capital para locais mais vantajosos, o que importa, não raro, e exemplificativamente, em condições menos protetivas aos direitos dos trabalhadores<sup>325</sup>.

Embora os Estados tentem garantir a supremacia de suas Constituições, haja vista a transferência de poder operada pela globalização, de comunidades locais para a arena global<sup>326</sup>

---

mundial vive em pobreza severa, confinado às margens da sociedade (MOREIRA; GOMES 2012, pp. 117-118).

<sup>323</sup>VITAL MOREIRA; CARLA MARCELINO GOMES, *Compreender os direitos humanos: Manual de educação para os direitos humanos*, Coimbra: Ius Gentium Conimbrigae: Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), 2012, p. 356.

<sup>324</sup>ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., p. 276.

A partir do exemplo da América Latina, pertinente a menção de Santos (2018, p. 38) no sentido de que muitas das inovações interculturais e plurinacionais, tais como as que foram integradas nas Constituições do Equador e da Bolívia, “não estão a ser postas em prática, sendo antes subvertidas e descaracterizadas pelas práticas políticas dominantes”. Sobre a plurinacionalidade, remete-se à nota de rodapé de nº 428.

<sup>325</sup>Nesse sentido: ZYGMUNT BAUMAN, *Globalização: as consequências humanas*, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1999, p. 16.

O autor acrescenta que “o capital pode sempre se mudar para locais mais pacíficos se o compromisso com a ‘alteridade’ exigir uma aplicação dispendiosa da força ou negociações cansativas” (BAUMAN, 1999, p. 18), de forma que “o impacto dessa globalização é mais sensível para os que menos se beneficiam dela. Daí provém a crescente polarização de pontos de vista a seu respeito, entre os que estão potencialmente protegidos contra seus efeitos negativos – os empresários, que podem reduzir seus custos utilizando mão-de-obra barata de outros países, os profissionais da alta tecnologia e os formados em cursos de educação superior, que podem conseguir trabalho em qualquer economia de mercado de alta renda, e os que não estão” (HOBBSAWN, 2007, p. 11).

<sup>326</sup>ANTHONY GIDDENS, “O mundo na...”, cit., p. 24.

Bauman (1999, p. 15) refere-se, nessa temática, ao “deslocamento dos centros de decisões, junto com os cálculos que baseiam as decisões tomadas por esses centros, livres de restrições territoriais”. Já Duroselle (2000, p. 92), recorda, acerca das comunidades plurinacionais, que “reuniões de Estados ou reunião de homens, universais ou regionais, religiosas, ideológicas, políticas ou econômicas, essas grandes comunidades aparentemente sempre existiram (as olimpíadas na Grécia, a ‘República Christiana’ ou cristandade na Idade Média, etc.), mas a exploração do mundo, o progresso das comunicações, a multiplicação das unidades políticas, a enorme extensão do comércio multiplicaram enormemente o número e a diversificação de suas atividades”. Segundo Hardt e Negri (2000, pp. XII), a hipótese básica de sua obra *Império* consiste em que “sovereignty has taken a new form, composed of a series of national and supranational organisms united under a single logic of rule”, a qual denominam de *Império* “not as a metaphor, which would require demonstration of the resemblances between today’s world order and the Empires of Rome, China, the

la pobreza y la desigualdad, y más en general los desastrosos efectos secundarios y ‘daños colaterales’ del *laissez faire* global, no pueden resolverse eficazmente por separado del resto del planeta, en un rincón del globo (a menos que se lo haga con los costos humanos que han debido pagar los norcoreanos o los birmanos). No hay manera aceptable de que los estados territoriales, por su cuenta o en grupos ‘se salgan’ de la interdependencia global de la humanidad. El ‘Estado social’ ya no es viable; sólo un ‘planeta social’ puede hacerse cargo de las funciones que los estados sociales intentaron desempeñar con resultados diversos.<sup>327</sup>

Não obstante, mais uma vez chama a atenção a possível inflexão em curso, em matéria de cosmopolitismo, o que pode tornar ainda mais distante o ideal do “planeta social” a que Bauman se refere, em que pese, paradoxalmente, a interdependência tornar-se ainda mais evidente em momentos de grave crise sanitária e econômica<sup>328</sup> – a par da crise política e humanitária aprofundada em determinadas partes do globo.

Destarte, considerando-se que um aspecto particular da globalização legal é a globalização do Direito Constitucional<sup>329</sup>, os direitos humanos no interior do Estado-nação<sup>330</sup>, tanto quanto requerem a garantia da democracia dentro de uma rede de forças e relações internacionais entrecruzadas<sup>331</sup>, dependem de respostas desde a globalização dos direitos<sup>332</sup>.

---

Americas (...). The concept of Empire is characterized fundamentally by a lack of boundaries: Empire’s rule has no limits. First and foremost, then, the concept of Empire posits a regime that effectively encompasses the spatial totality, or really that rules over the entire ‘civilized’ world” (HARDT; NEGRI, 2000, p. XIV). A propósito do enfoque, registre-se também a lição de Eslava, Obregón e Urueña (2016, p. 37), para quem “el imperialismo no es un momento histórico que hemos dejado atrás. En lugar de esto, el imperialismo se entiende como um aparato cultural, económico, militar, institucional y jurídico que continúa organizando el acceso a recursos y el poder a escala global”.

<sup>327</sup>ZYGMUNT BAUMAN, “*Daños colaterales...*”, cit., p. 30.

<sup>328</sup>Em reflexão acerca da pandemia do SARS-CoV-2, Zizek (2020b, p. 80) aparentemente reforça essa concepção, ressaltando que “é através de nosso esforço por salvar a humanidade (da autodestruição) que estamos criando uma nova humanidade a ser salva, já que é somente por meio dessa ameaça mortífera que somos capazes de vislumbrar uma humanidade unificada”.

<sup>329</sup>ANNE PETERS, “The globalization of...”, cit., pp. 253-254.

<sup>330</sup>Não é demasiado recordar, com Moyn (2010, pp. 26-27) que “what now seems like a natural assumption, that the very point of asserting rights is to restrict the activities of the state by providing a courtroom forum for their protection, was not what revolutionary rights were about”, realçando que “if there was a rights of man movement in the nineteenth century, it was liberal nationalism, which sought to secure the rights of citizens resolutely in the national framework” (MOYN, 2010, p. 29).

<sup>331</sup>Nesse sentido: “democracy within a nation-state requires democracy within a network of intersecting international forces and relations...” (HELD, 1992 *apud* PETERS, 2007, p. 284).

<sup>332</sup>Flores (2005, p. 92) aduz que “frente a la globalización económica se necesitan respuestas desde la globalización de los derechos de la ciudadanía y de los pueblos”. Bringas (2012, p. 63) frisa que existe “una relación paradójica y ambivalente entre los derechos humanos – que en situaciones ideales se conceden a todas las personas sin limitaciones ni recortes – y los derechos de la ciudadanía, concedidos de manera tuitiva y reductiva, y de cuyo campo de actuación quedan excluidos las personas y los pueblos migrantes.”

## CAPÍTULO III – INTERCONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS HUMANOS

### III.1 INTERCONSTITUCIONALIDADE: CONSTITUIÇÕES E ESPAÇOS COMPARTILHADOS

Sob os influxos da globalização e da integração regional, uma transformação profunda tem levado à superação do “constitucionalismo provinciano”<sup>333</sup>, de modo que o Estado, de *locus* privilegiado para a solução de problemas constitucionais<sup>334</sup>, passou a figurar com um dos diversos ambientes em cooperação e concorrência no tratamento de tais assuntos, que dele se desterritorializaram<sup>335</sup>. Esse cenário, “propenso a sobreposições de escala”<sup>336</sup>, exigiu formulações que podem ir desde o constitucionalismo multinível de

---

<sup>333</sup>Oportuna a reprodução da lição de Canotilho (2006, p. 21), ao destacar que: “a Constituição de uma comunidade organizada assentou sempre em três pilares: poder, dinheiro e entendimento. No modelo liberal e no modelo republicano de constitucionalismo a articulação destes pilares pressupunha (e pressupõe ainda hoje) uma diversa compreensão do estado burocrático, da economia capitalista e da sociedade civil. Em qualquer deles, há a necessidade de explicitar jurídica e politicamente as relações entre organização política (Estado) e cidadão”.

<sup>334</sup>Canotilho (2006, p. 121) realça que qualquer constituição possui um núcleo de identidade – “conjunto de normas e princípios estruturantes de uma determinada ordem jurídico-constitucional” – aberto ao desenvolvimento constitucional – “conjunto de formas de evolução da constituição (nova compreensão dos princípios, propostas interpretativas, alargamento da disciplina constitucional a novos problemas)” – e assevera, nesse contexto, que o conceito de *identidade reflexiva* “significa a capacidade de prestação da magna carta constitucional face à sociedade e os cidadãos” (CANOTILHO, 2006, pp. 121-122) (realces no original).

<sup>335</sup>MARCELO NEVES, “(Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões”, *Lua Nova* 93 (2014), p. 226.

A propósito, colacione-se trecho de Canotilho (2006, p. 219), no sentido de que “a supranacionalização e a internacionalização do direito com as liberdades globalitárias – liberdade de pessoas, liberdade de mercadorias, liberdade de serviços, liberdade de capitais – esvaziam o estado e a sua constituição” (CANOTILHO, 2006, p. 219). Teubner (2010, p. 330), por seu turno, declara que “each of several autonomous functional subsystems of society escapes its territorial confines and constitutes itself globally. This process is not confined to economic markets alone; it also encompasses science, culture, technology, health, the military, transport, tourism and sport, as well as, albeit in a somewhat retarded manner, politics, law, and welfare. Today, each of these subsystems operates autonomously at the global level.”

<sup>336</sup>Canotilho (2006, p. 231) ensina que “é precisamente a ‘União Europeia’ que, sobretudo desde o Tratado de Maastricht torna arcaico o esquema conceitual do Estado, que se revela incapaz de fornecer compreensões juridicamente adequadas aos problemas do um novo fenotipo organizativo (...) aos problemas da aplicação preferente de normas de ordenamentos diferentes, da interconstitucionalidade”. No tópico, registra que Häberle (2003) avançou nove teses sobre o “espírito da Constituição da Europa”, dentre os quais ressalta “uma *identidade cultural* formada por várias culturas”; “um *espaço de cultura*, de religião, educação, ensino, ciência, arte e desporto” e “um espaço de *cultura* jurídica assente na unidade e pluralidade, com os princípios jurídicos fundamentais, os direitos fundamentais e valores comuns a constituírem uma verdadeira ‘constituição do pluralismo’” (CANOTILHO, 2006, pp. 245-246) (realces no original). Adiante na análise, sublinha que “em certa medida (...) a Constituição europeia pretende articular o dirigismo normativo-constitucional com um regulativismo económico privatista neoliberal, impondo-se uma direcção e regulação simultaneamente política e económica” (CANOTILHO, 2006, p. 254) (realces no original).

Pernice<sup>337</sup>, ao transconstitucionalismo<sup>338</sup> proposto por Neves<sup>339</sup>, ao Estado Constitucional Cooperativo de Häberle<sup>340</sup>, passando pelos subsistemas autônomos de Teubner<sup>341</sup>, até a

---

<sup>337</sup>O constitucionalismo multinível – abordagem teórica para conceituar a constituição do sistema europeu como um processo interativo de estabelecimento, divisão, organização e limitação de poderes, envolvendo constituições nacionais e o quadro constitucional supranacional, como dois componentes interdependentes de um sistema jurídico governado pelo pluralismo constitucional, em vez de hierarquias (PERNICE, 2009, p. 349) – tem como objetivo descrever e entender o processo contínuo de estabelecimento de novas estruturas de governo complementares e de desenvolvimento das formas existentes de auto-organização do povo ou da sociedade, enquanto também as modifica (PERNICE, 2001, p. 2). Pernice (2009, p. 385) acentua que a expressão “points to the idea of citizens organizing or reorganizing political power and responsibilities at various levels in order to best achieve the political goals of their common public interest” e “implies that European public authority, just like the national public authority established, organised and limited by a Member State’s Constitution, is original. It is not derived from national sovereignty but directly from the will or the sovereignty of the people which have constituted the Union through the procedures laid down in their respective constitutions” (PERNICE, 2001, p. 7). Um constitucionalismo multinível baseia-se na ligação dos Estados Membros democráticos a uma unidade supranacional, que não é e não tem o objetivo de constituir um Estado (PERNICE, 2009, p. 350), a despeito do que todas as partes das ordens jurídicas nacionais são afetadas pelos Tratados e pelo direito secundário da União Europeia, ao tempo em que o nível europeu é influenciado pelo direito nacional, em particular pelos princípios gerais do direito, incluindo-se os direitos humanos (PERNICE, 2009, p. 373).

<sup>338</sup>Segundo Neves (2014, pp. 206-207), o transconstitucionalismo “não se confunde com um mero transjuridicismo, que pode ser observado inclusive na relação entre ordens jurídicas no pluralismo medieval”, pois, nessa experiência, “não se tratava de problemas constitucionais no sentido moderno, ou seja, nem de questões de direitos fundamentais nem de limitação e controle jurídico-positivo do poder, muito menos de pretensões diversas de autofundamentação do direito (em última instância e em geral, o direito tinha um fundamento sacro). Por outro lado, não se trata de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução”. Distinguindo “o transconstitucionalismo (gênero), que inclui relações entre ordens constitucionais e anticonstitucionais, do interconstitucionalismo (espécie)”, Neves (2014, pp. 207-208), clarifica que aquele “aponta, antes, para a necessidade de construção de ‘pontes de transição’, para a promoção de ‘conversações constitucionais’, em perspectiva na qual “a pluralidade de ordens jurídicas implica (...) a relação complementar entre identidade e alteridade”, o que demanda “a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial”.

<sup>339</sup>RUI CUNHA MARTINS, “Interconstitucionalidade e historicidade”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 104, Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. José Joaquim Gomes Canotilho. Editora Coimbra, Coimbra, 2012, p. 500.

<sup>340</sup>Segundo Häberle (2007, p. 9), é próprio do Estado Constitucional cooperativo, que “vive da cooperação com outros Estados, comunidades de Estados e organizações internacionais”, a “abertura para relações internacionais com efeito de impor medidas eficientes no âmbito interno (permeabilidade), também no acento da abertura global dos direitos humanos (...)”, a par de um “potencial constitucional ativo, voltado ao objetivo (...) de realização internacional ‘conjunta’ das tarefas, como sendo da comunidade dos Estados, de forma processual e material” (HÄBERLE, 2007, p. 70). O autor frisa, assim, a “disposição de cooperação para além das fronteiras”, ilustrada pela assistência ao desenvolvimento e pela proteção ao meio ambiente (HÄBERLE, 2007, p. 71).

<sup>341</sup>Acerca da teoria de Teubner (2010, p. 329), em linhas sucintas, confira-se: “My thesis, in short, is that we are witnessing the emergence of a multiplicity of civil constitutions beyond the nation state. But the constitution of world society is not to be conceived exclusively within the representative institutions of international politics, and neither can it take place in an unitary global constitution overlying all areas of society. It is emerging incrementally in the constitutionalisation of a multiplicity of autonomous subsystems of world society”.

interconstitucionalidade<sup>342</sup>, de Canotilho, foco desta análise, que não prescindirá, contudo, de alguma contextualização com as demais teorias.

Para essa dogmática – que parte de um “sistema jurídico plural em que se entrecruzam princípios, normas e regulações de ordem internacional, supranacional e estatal”<sup>343</sup> – tem-se o compartilhamento de espaços por parte das Constituições e dos instrumentos internacionais de direitos humanos e de integração, “no vértice superior da antiga pirâmide (...) em constante retroalimentação”, aproximando-se da “figura geométrica do trapézio”<sup>344</sup>.

Nessa seara, considerando-se o processo de imbricação do Direito Constitucional com o Direito Internacional, o *jus cogens*<sup>345</sup> tende a figurar como cada vez mais imperativo<sup>346</sup>, de forma que as aquisições da comunidade internacional<sup>347</sup> nesse plano, “no

---

<sup>342</sup>Canotilho (2006, pp. 261-262) registra a existência de “três temas frequentemente agitados nas discussões sobre o constitucionalismo global: constitucionalismo multilevel (nós preferimos interconstitucionalidade), a *transnational governance* (governança transnacional) e o *constitucionalismo internético*”, complementando que “sob várias designações (...) parece não haver dúvidas quanto à emergência de uma espécie de *República Comercial* (...) em que se mistura à ilusão de uma comunidade baseada na Internet, a pretensão de excelência assente na capacidade de governação de actores privados e a utopia de um constitucionalismo global estruturado em constitucionalismos parciais civis (sem política) (realces no original). Klabbers (2019, p. 515) narra que “after the broad and intense debates in the first decade of the twenty-first century, the discussion on international constitutionalism seems to have calmed down considerably”.

<sup>343</sup>MARIELA MORALES ANTONIAZZI, “La doble estatalidad abierta...”, cit., p. 183.

<sup>344</sup>MARIELA MORALES ANTONIAZZI, “La doble estatalidad abierta...”, cit., p. 184.

<sup>345</sup>Wet (2006, p. 58) enfatiza o quanto é significativo que a hierarquia de normas que emergiu do Direito Internacional na forma de normas peremptórias ou *jus cogens* diga respeito predominantemente a normas de direitos humanos. Já Canotilho (2006, pp. 191-192) anota que “a ‘eticização’ do discurso constitucional andaria a par com a eticização do direito internacional e possibilitaria a observação e valoração da política – interna e externa – lá onde ela pudesse ferir o *unviolated level* de qualquer acção político-comunitária (genocídio, grave violação dos direitos humanos)”. Apontando os direitos humanos, o direito humanitário e o direito penal internacional como áreas promissoras em matéria de desenvolvimento do *jus cogens*, Cassesse (2012, pp. 170-171) menciona o papel das cortes nacionais e internacionais no incremento da noção, inclusive na identificação e reconhecimento de normas, emergentes ou incipientes, com essa natureza. Sinaliza, para além, a importância da implementação doméstica de tais normas, com a aprovação de legislações nacionais em conformidade com seus comandos, conferindo relevo ao papel da sociedade civil internacional – organizações não governamentais, académicos e profissionais, etc – nesse processo. No entanto, Klabbers (2019, p. 501) aduz que o *jus cogens* “becomes a feature of constitutionalism only for those who look at the world through constitutionalist lenses”, em exame no qual defende, ainda, que a emergência dos direitos humanos no pós Segunda Guerra, assim como o aumento do número de tribunais internacionais desde os anos 90 “can be seen as markers of constitutionalism for those wishing to see them as such” (KLABBERS, 2019, p. 501).

<sup>346</sup>RUI CUNHA MARTINS, “Interconstitucionalidade...”, cit., p. 505.

<sup>347</sup>Segundo Wet (2006, p. 56), a comunidade internacional “is therefore in essence made up of different, sometimes overlapping communities each with its own normative (value) system, which can be of a national, regional or a functional (sectoral) nature. Whereas the European Union and the African Union would be examples of regional communities, the WTO would constitute a sectoral community (trade), as would the UN (peace and security). The different regional human rights regimes would also complement each other to constitute, together with the UN human rights regime, a distinct sectoral regime. Together the different communities complement one another in order to constitute a larger whole in the form of the international community”.



domínio dos direitos humanos, da densificação da juridicidade e da democraticidade” radicam-se como “‘acquis’ constitucional ou como *standards* vinculativos de acções e comportamentos perante quaisquer retrocessos civilizacionais”<sup>348</sup>.

Para além do apelo por um constitucionalismo global<sup>349</sup>, em relação ao qual Peters aduz que não é impossível, por definição, conceituar o Direito Constitucional por fora da nação ou Estado – haja vista a ampliação do significado de Constituição, nomeadamente por meio da atenuação de seu vínculo conceitual com o Estado<sup>350</sup> – toma-se como ponto de partida a existência de espaços legais sobrepostos e sua influência sobre relações interconstitucionais, “ou seja, a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”<sup>351</sup>.

O fenómeno da interconstitucionalidade, cujos precedentes repousam, a título de exemplo, na ordem jurídica medieval, “com o seu conglomerado de direitos no mesmo espaço jurídico”<sup>352</sup> e “na articulação da Constituição Federal com as constituições estaduais nas confederações e nas federações de estados”<sup>353</sup>, tem como elementos novos, segundo Canotilho:

- (1) a existência de uma rede de constituições de estados soberanos; (2) as turbulências produzidas na organização constitucional dos estados

---

<sup>348</sup> JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 27 (realces no original).

<sup>349</sup> Teubner (2001) *apud* Canotilho (2006, p. 286) ratifica que “enquanto o problema da constituição nacional era a limitação jurídica do poder absoluto, o problema do constitucionalismo global reconduz-se à regulação de outras dinâmicas sociais relacionadas com a digitalização, a privatização e a rede global”. Já Habermas (2012, p. 58) pontua que “the goal of a democratic constitution of world society calls for the creation of a community of world citizens – already for conceptual reasons relating to the construction of modern legal systems founded on subjective rights. The figure of thought of a constitution-building cooperation between citizens and states developed with reference to the example of the European Union shows how the existing international community of states could be complemented by the community of world citizens so that it develops into a cosmopolitan community”. Canotilho (2006, pp. 288-289) adiciona que “os sujeitos internacionais do processo de constitucionalização global seriam, desde logo, as organizações internacionais, as uniões internacionais de trabalhadores, as organizações não governamentais etc”, a par do indivíduo, ante o seu estatuto de sujeito internacional, como “sujeito titular de direitos fundamentais e de direitos humanos”. Leciona, ainda, que uma orientação “a favor de uma constituição global toma como ponto de partida os direitos fundamentais e os direitos humanos que formariam uma *constituição de direitos* global com a consequente imposição de *deveres*” (realces no original). Não obstante, ressalte-se, com Neves (2014, p. 226) que “essa situação não deve levar (...) a novas ilusões, na busca de ‘níveis invioláveis’ definitivos: internacionalismo como *ultima ratio*, conforme uma nova hierarquização absoluta; supranacionalismo como panaceia jurídica; transnacionalismo como fragmentação libertadora das amarras do Estado; localismo como expressão de uma etnicidade definitivamente inviolável”.

<sup>350</sup> ANNE PETERS, “Los méritos...”, cit., p. 10.

A perspectiva referida distancia-se do conceito clássico de Constituição, enquanto “basic legal orders of State and society establishing an institutional system and a value order” (VERGOTTINI, 2011 *apud* ARNOLD, 2014, p. 69) ou, nas palavras de Canotilho (2003, p. 87), “uma estrutura política conformadora do Estado”.

<sup>351</sup> JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Direito constitucional...*”, cit., p. 1.425.

<sup>352</sup> ANTÓNIO MANUEL HESPANHA (1997) *apud* JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 266.

<sup>353</sup> JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 266.

constitucionais por outras organizações políticas (ex.: comunidades políticas supranacionais); (3) a recombinação das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de grandeza superior; (4) a articulação da coerência constitucional estadual com a diversidade de constituições inseridas na rede interconstitucional; (5) a criação de um esquema jurídico-político caracterizado por um grau suficiente de confiança condicionada entre as várias constituições imbricadas na rede e entre a «constituição» revelada pela organização política de grandeza superior<sup>354</sup>.

Segundo o referido autor, o processo de construção europeia pode e deve estudar-se a partir de uma *teoria da interconstitucionalidade*<sup>355</sup>, com vistas a responder aos desafios “da normatividade *em rede*” resultante dos processos de reconfiguração político-institucional das últimas décadas, a exigir um “diálogo entre ordenamentos de diversa índole e de diferente relevância escalar”<sup>356</sup>.

Assim, tendo em vista que as constituições dos Estados deixam de desempenhar a sua função quando não conseguem estabilizar as expectativas normativas<sup>357</sup>, e desde “a articulação do *princípio da sobreposição* de ordens jurídicas, do *princípio da autonomia* das unidades integrantes e do *princípio da participação* do poder central”, aliado a uma “perspectiva amiga do pluralismo de ordenamentos e de normatividades”<sup>358</sup>, a teoria da interconstitucionalidade enfrenta “o intrincado problema da articulação entre constituições e da afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidade diversas”<sup>359</sup>.

Assumindo que “mesmo na perspectiva de uma comunidade de sistemas existem sistemas actuantes sob a forma de actores corporativos e colectivos, como grupos, movimentos sociais e, sobretudo, as organizações”<sup>360</sup>, a interconstitucionalidade evidencia

---

<sup>354</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Direito constitucional...*”, cit., p. 1.425 (realce no original).

<sup>355</sup>O autor menciona que “a ideia de interconstitucionalidade foi primeiramente avançada por F. Lucas Pires em *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1998”.

<sup>356</sup>RUI CUNHA MARTINS, “Interconstitucionalidade...”, cit., p. 504.

Burgorgue-Larsen (2013, p. 236) ensina que “nacido en el continente europeo, el diálogo integrado se ha exportado porque el mimetismo institucional ha repercutido infaliblemente en el fenómeno jurisdiccional”. Góngora-Mera (2013, pp. 330-331) rememora que “desde los años ochenta, diversos estudios jurídicos en Europa y los Estados Unidos comenzaron a hacer observaciones generales sobre la existencia de un ‘tráfico internacional de ideas’ acerca de los derechos humanos”, assinalando que estes trabalhos têm relacionado alguns efeitos do processo de globalização à “migração de ideias constitucionais”, ao passo que Ortega (2013, p. 113) realça que “la idea del diálogo judicial no debe analizarse como un fenómeno aislado sino como una manifestación más del diálogo constitucional que se presenta todos los días en distintas sedes y en el que participan e interactúan una pluralidad de actores”.

<sup>357</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*‘Brançosos’ e...*”, cit., pp. 27-28.

<sup>358</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*‘Brançosos’ e...*”, cit., pp. 266-268 (realces no original).

<sup>359</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*‘Brançosos’ e...*”, cit., p. 267.

De acordo com Canotilho (2006, p. 275), a rede da interconstitucionalidade evidencia o problema da “articulação de *paradigmas* diversos de poderes constituintes” (realce no original).

<sup>360</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*‘Brançosos’ e...*”, cit., p. 161.

Neste ponto, oportuno registrar a relevante elucidação de Canotilho (2006, p. 161) a respeito da teoria em questão: “Mas o que é que nos separa das teses autopoiéticas? Desde logo – e isto é decisivo – continuamos

“a *rede* formada por normas constitucionais nacionais e por normas europeias constitucionais ou de valor constitucional”<sup>361</sup>, que “faz abrir as portas dos estados fechados (‘castelos’) e relativizar princípios estruturantes da estabilidade” – tais como a soberania e a hierarquia de normas – “mas não dissolve na própria rede as linhas de marca das informações constitutivas dos estados membros”<sup>362</sup>.

No exemplo de Canotilho, a internacionalização e a “europeização”, no caso português, e a “marcosulização”, no contexto do Brasil, corroboram “a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de ‘leis fundamentais regionais’”<sup>363</sup>. Observa-se, no entanto, no que diz respeito ao Brasil, um maior apelo a concepções que resguardam a soberania, o que pode ser um traço comum a sociedades pós-coloniais, e se relacionar, outrossim, com o incipiente estágio de integração sul-americano e das Américas como um todo.

Importa frisar que o constitucionalismo estadualmente centrado segue vigente, no recorte global do panorama constitucional<sup>364</sup>, a despeito de articulado em rede, de modo que “a lógica interconstitucional não pode apresentar-se como realidade sucedânea de uma anterior ordem caracterizada em oposição a si”<sup>365</sup>, ainda que o paradigma atual tenha deixado “de ser o de uma *sociedade* de um *Estado-nação* para ser o da *sociedade global* e da(s) *comunidade(s)* que aí habita(m)”, como destaca Veiga<sup>366</sup>.

Embora as Constituições conservem sua memória, sua identidade política e nacional, a par da manutenção de seu valor e função, assumindo-se como

---

defensores das *teorias accionistas* da política e da possibilidade de direcção do estado. O ‘pessimismo dirigente’ radica, em nós, na observação de que a direcção passou hoje para outras ‘instâncias actuaentes’ (organizações, esquemas neocorporativos). Mas o sujeito não desapareceu”.

<sup>361</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 269 (realce no original).

<sup>362</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 269.

Ressalte-se, com Martins (2012, p. 506), a natureza europeia da inspiração prática e doutrinária da teoria da interconstitucionalidade.

<sup>363</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 110.

<sup>364</sup>Nesse contexto, Canotilho (2006, p. 283) enumera as seguintes rupturas paradigmáticas em matéria de constitucionalismo: “(1) a indispensabilidade de superar o esquema referencial Constituição-Estado; (2) a necessidade de ultrapassar as teorias dos ‘momentos constitucionais’ isolados e únicos e apreender o sentido e limites do chamado ‘constitucionalismo evolutivo’; (3) a substituição do esquema hierárquico-normativo do direito constitucional por um sistema multipolar de ‘governance’ constitucional” (aspas no original).

<sup>365</sup>RUI CUNHA MARTINS, “Interconstitucionalidade...”, cit., p. 506.

<sup>366</sup>PAULA VEIGA, “A cidadania, o outro e a inclusão: revisitação de um tema clássico nos 30 anos da Constituição Federal de 1988”, in *Constituição Federal 30 Anos*, MARTINS, Ives Gandra da Silva; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; LAZARI, Rafael de (org.), Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2018, p. 84 (realce no original).

autorreferência<sup>367</sup>, numa rede interconstitucional, “sua *força normativa* terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizatórios, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas ‘associações abertas de estados nacionais abertos’”<sup>368</sup>.

Nessa quadra, o Direito Constitucional, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, “não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais”<sup>369</sup>. Do conceito de *governance*<sup>370</sup> tem-se, ainda, que “a prioridade reconhecida aos valores de sustentabilidade, transparência e responsabilidade na condução dos destinos públicos justifica que se faça da questão do governo interno dos Estados um problema, cada vez mais, de trans-estatalidade e de parcerias multilaterais não confinadas à escala nacional”, de onde emerge a necessidade de um funcionamento constitucional em rede<sup>371</sup>.

Considerando-se que as questões, mormente de direitos humanos ou de direitos fundamentais, tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídico-constitucional, observa-se uma relação direta ou transversal permanente em torno de problemas constitucionais comuns<sup>372</sup>. Revelam-se, destarte, e a título de exemplo, três

---

<sup>367</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 269.

Segundo Canotilho (2006, p. 268), entende-se por *autodescrições*, “num sentido luhmanniano, a produção de um texto com o qual e através do qual uma determinada organização se identifica a si própria” (realce no original).

<sup>368</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 110 (realces no original).

<sup>369</sup>MARCELO NEVES, “(Não) solucionando...”, cit., p. 206.

<sup>370</sup>Ressalte-se que “*good governance* significa, numa compreensão normativa, a condução responsável dos assuntos do Estado (...) não apenas da direcção de assuntos do governo/administração mas também da prática responsável de actos por parte de outros poderes do Estado como o poder legislativo e o poder jurisdicional”, o que ressalta “a interdependência internacional dos estados, colocando as questões de governo como problema de multilateralismo dos estados e de regulações internacionais”, ao tempo em que “recupera algumas dimensões do *New Public Management* como mecanismo de articulação de parcerias público-privadas, mas sem ênfase unilateral das dimensões económicas”, insistindo “em questões politicamente fortes como as da governabilidade, da responsabilidade (*accountability*) e da legitimação” (CANOTILHO, 2006, p. 327). A par de registrar os “esforços de uma significativa parte de doutrina na firme elevação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais a *pré-condição básica* de qualquer boa governação contra as tentativas de, a partir de teorias de ingovernabilidade, legitimar uma qualquer ‘metagovernação’ ancorada na violência, na ideologia e nos interesses”, Canotilho (2006, pp. 332-333), assevera que “a ‘*good governance*’ não é uma constituição nacional, supranacional ou global”, mas “um novo princípio estruturante do *multilevel constitutionalism*” (realces e aspas no original). Por oportuno, remete-se ao teor da nota de n.º 206.

<sup>371</sup>RUI CUNHA MARTINS, “Interconstitucionalidade...”, cit., p. 505.

<sup>372</sup>MARCELO NEVES, “(Não) solucionando...”, cit., p. 206.

dimensões principais do diálogo entre jurisdições<sup>373</sup>, as quais aprofundam a lógica da interconstitucionalidade: o diálogo entre as jurisdições regionais; o diálogo entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais; e o diálogo entre as jurisdições constitucionais.<sup>374</sup>

Nesse universo, há casos que assumem a aparência de verticalidade, na medida em que ocorrem entre um juiz internacional e um juiz interno; outros que ilustram uma “apertura espontánea al mundo de la justicia en su globalidad internacional”<sup>375</sup>, porquanto não vinculados a um sistema específico; ademais daqueles que ocorrem no quadro muito particular das convenções de direitos humanos, seara na qual Piovesan realça os fenômenos da “interamericanização” do sistema regional europeu e da “europeização” do sistema interamericano<sup>376</sup>.

---

<sup>373</sup>Góngora-Mera (2013, pp. 331-332) distingue três formas de comunicação transjudicial, quais sejam: horizontal, que ocorre entre tribunais da mesma categoria, seja nacional ou regional; vertical, a qual se dá entre tribunais de categoria diferente; e mistas, aquelas que combinam relações horizontais e verticais, tais como “la adopción del test de proporcionalidad desarrollado por el Tribunal Constitucional alemán por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos, que a su vez fue adoptado por otras cortes constitucionales del sistema regional de derechos humanos”. O autor acresce que “una segunda tipología distingue diversos tipos de comunicación transjudicial de acuerdo con el grado de reciprocidad manifestado por las cortes involucradas”, campo no qual elenca o diálogo direto; o monólogo, que aduz não consistir propriamente em uma interação; e o diálogo intermediado, ilustrando com o caso do teste de proporcionalidade supra mencionado, “en el que la Corte Europea actúa como intermediario entre cortes nacionales y la corte innovadora no tiene el control sobre la diseminación de sus ideas”. Finalmente, instrui que “una tercera tipología distingue las comunicaciones transjudiciales según sus funciones: expandir la efectividad de las cortes supranacionales; promover la aceptación de obligaciones internacionales recíprocas; diseminar ideas entre distintos niveles o de un sistema jurídico a otro; expandir la autoridad, persuasión o legitimidad de decisiones judiciales individuales; o deliberar colectivamente frente a problemas compartidos”, destacando que o modelo admite interações horizontais, verticais ou interações mistas / tripartidas.

<sup>374</sup>FLÁVIA PIOVESAN, “Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano”, in *“Direitos humanos, democracia e integração...”*, cit., p. 394.

A partir do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, Góngora-Mera (2013, p. 333) salienta que “las convergencias de interpretación entre las cortes del sistema se conciben como el resultado de un proceso de interacciones multidireccionales de al menos tres tipos: 1. Convergencia *top-down*: la corte constitucional nacional adopta estándares fijados por la Corte Interamericana, ya sea a) por la obligación de realizar control de convencionalidad teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana; o b) debido a la introducción de la doctrina del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia doméstica, lo que lleva a la corte nacional a conceder una especial autoridad a las sentencias de la Corte Interamericana como intérprete auténtico de los instrumentos interamericanos; 2. *convergencia bottom-up*: la Corte Interamericana adopta estándares judiciales desarrollados por una corte constitucional del sistema; o bien 3. *convergencia horizontal*: las cortes constitucionales adoptan estándares judiciales de sus pares de otros países del sistema, ya sea directamente o por intermedio de la Corte Interamericana.” Acerca do controle de convencionalidade, remete-se o teor da nota de nº 246.

<sup>375</sup>LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, “De la internacionalización...”, cit., p. 234.

<sup>376</sup>FLÁVIA PIOVESAN, “Direitos humanos e diálogo...”, cit., p. 389.

A autora observa que “a inclusão dos países do Leste Europeu no sistema europeu, com sua agenda própria de violações, está a deflagrar a crescente abertura da Corte Europeia à jurisprudência interamericana relativa a graves violações de direitos perpetradas por regimes autoritários, envolvendo a prática de tortura, execução sumária e desaparecimento forçado de pessoas”, ao passo que “a Corte Interamericana, ao enfrentar novos temas de direitos humanos – emergentes na agenda contemporânea – passa a aludir aos precedentes da Corte

No entanto, adiante do estrito enfoque no diálogo judicial, a incidir no criticado paradigma da “sociedade fechada” dos intérpretes da Constituição<sup>377</sup>, acredita-se que a interconstitucionalidade requer um foco para todos os órgãos e poderes públicos do Estado, todos os cidadãos e grupos que, na prática, participam dessa tarefa, visto que “a conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade”<sup>378</sup>.

Assim, o diálogo decorrente da conexão entre essa intrincada rede deve ser estendido, da perspectiva judicial – sob o prisma da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição<sup>379</sup> e do conceito republicano<sup>380</sup> de interpretação aberta<sup>381</sup> – a todas as forças da comunidade política<sup>382</sup> e da esfera pública pluralista<sup>383</sup>, de modo a neutralizar, tanto quanto possível, a desigualdade de poder<sup>384</sup>, e a prever uma ampliação a terceiros indiretamente afetados, com a representação de seus interesses<sup>385</sup>.

---

Europeia, como bem ilustra o leading case *Karen Atala Riffo y hijas vs. Chile*”, relativo à proibição da discriminação fundada em orientação sexual (PIOVESAN, 2013b, p. 394).

<sup>377</sup>Häberle (1997, pp. 40-41) observa que “a sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo de intérpretes da Constituição em sentido lato”, uma vez que “todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição”. Na mesma linha, Rubio (2018, p. 47) chama a atenção para a compreensão da Constituição como “proceso abierto a una comunidad ampliada y plural de intérpretes que abarca a toda la ciudadanía”. Nesse contexto, Ortega (2013, p. 113) assevera que “si sólo nos enfocamos en el diálogo judicial (ya sea que incluya o no a la academia) lo que estamos defendiendo es un gobierno autocrático de los jueces”.

<sup>378</sup>PETER HÄBERLE, *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997, p. 24.

<sup>379</sup>Häberle (1997, p. 33) obtempera que “uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (...), dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos”, haja vista que “a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição”, a par de elementos que se colocam dentro de seu quadro (HÄBERLE, 1997, p. 33).

<sup>380</sup>O conceito conduz a Koskeniemi (2007, p. 34) ao recordar que: “Kant endorsed a republican citizenship that highlighted active political participation to reform the state too, with a view of ‘continuous progress’ toward the desired goal of a ‘universal association of states’ in which freedom might become a reality”.

<sup>381</sup>Häberle (1997, pp. 30-31) sublinha que “qualquer intérprete é orientado pela teoria e pela práxis”. A práxis, de acordo com Konder (1992 *apud* RUBIO, 2018, p. 51) “es la actividad concreta por la que los sujetos humanos se afirman en el mundo, modificando la realidad objetiva y – para que puedan alterar – transformándose a sí mismos”. Rubio (2018, p. 51) agrega que “la teoría, en tanto un modo de acción y un momento necesario de la praxis, será un apoyo reflexivo que verifica los aciertos o desaciertos de la misma praxis”.

<sup>382</sup>PETER HÄBERLE, “*Hermenêutica constitucional...*”, cit., p. 23.

<sup>383</sup>PETER HÄBERLE, “*Hermenêutica constitucional...*”, cit., p. 19.

<sup>384</sup>O ponto remete à reflexão Dahl (2001, p. 195) sobre a expressão “recursos políticos”, a qual associa a “tudo o que uma pessoa ou um grupo tem acesso, que pode utilizar para influenciar direta ou indiretamente a conduta de outras pessoas”, frisando que “um número imenso de aspectos da sociedade humana pode ser transformado em recursos políticos”, tais como força física, riqueza, *status*, carisma, prestígio, informação, conhecimento, educação, meios de comunicação, organizações, controle sobre doutrinas e convicções

É preciso reconhecer, demais disso, que o modelo dominante de pluralismo constitucional “parte de uma evolução linear da sociedade mundial, que leva em conta apenas o desenvolvimento do direito na modernidade central”, olvidando que tanto o Estado liberal quanto o Estado social não se realizaram “na maioria dos contextos geográficos e demográficos de comunicação da sociedade moderna”, nos quais, portanto, não se pode falar de crise do Estado social ou do Welfare State<sup>386</sup>. Em sentido concordante, Canotilho aduz que – embora o projeto da modernidade política tenha respondido a três violências, ao impor o Estado de Direito em resposta à falta de segurança e de liberdade; ao alicerçar o Estado democrático sobre a desigualdade política; e ao realizar esquemas de socialidade com vistas ao combate da pobreza<sup>387</sup> – alguns Estados ainda não combateram tais violências, de forma que “não se compreende nem o eclipse do Estado de direito, democrático e social, nem a dissolução da sua valência normativa”, presente no constitucionalismo dirigente, democrático e social<sup>388</sup>.

O autor reflete, neste passo, que a “‘convergência moral’ de constituições internas e de tratados internacionais e supranacionais daria sopro moral comunitariamente inclusivo ao direito, à política e à economia”<sup>389</sup>. Entende-se essa necessidade notadamente ao se considerar que “mercados financeiros têm se desenvolvido para além do controle mesmo das nações-Estado mais poderosas<sup>390</sup>, razão pela qual uma constitucionalização compensatória<sup>391</sup> “should make a difference almost everywhere on the globe”<sup>392</sup>.

---

religiosas, votos, dentre outros. Em acepção semelhante, Cappelletti e Garth (1988, p. 8), ao tratarem dos obstáculos à realização do direito de acesso efetivo à justiça, relacionam a “capacidade jurídica” das partes “com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e status social” (aspas no original).

<sup>385</sup>Toma-se de empréstimo trecho da reflexão de Ortega (2013, p. 134) a respeito dos parâmetros traçados pela teoria deliberativa, a partir de Habermas (2008). Considera-se, nesse quadrante, que “tanto os direitos legais quanto, principalmente, os poderes extrajurídicos representam uma base de desigualdades entre as pessoas” (FERRAJOLI, 2002, p. 747), perspectiva que vai ao encontro da interconstitucionalidade em seu argumento de “*constitucionalização da responsabilidade*”, consubstanciada na “garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e ação” (PREUSS, 1990 *apud* CANOTILHO, 2006, p. 129) (realces no original).

<sup>386</sup>MARCELO NEVES, “(Não) solucionando...”, cit., p. 214.

Neves (2014, p. 213) evidencia a “imensa assimetria da sociedade mundial, insuscetível de ser considerada em um foco evolutivo simplificado”, ao indicar que o paradoxo da sociedade mundial consiste em que “a diferenciação funcional e autonomia dos sistemas irradiou-se do seu centro como exigência funcional e em certa medida como pretensão normativa, sendo quase que imposta (evidentemente de forma seletiva) às suas periferias, que não estiveram e não estão em condições de corresponder ou dispostas a adequar-se ao modelo da diferenciação”.

<sup>387</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 137.

<sup>388</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., pp. 137-138.

<sup>389</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 192.

<sup>390</sup>JÜRGEN HABERMAS, *The crisis of the European Union: a response*, Polity, Cambridge, 2012, p. 53.

<sup>391</sup>Klabbers (2019, p. 500) atenta para a necessidade de um constitucionalismo internacional, ao fundamento de que “a liberal world order required, or mandated, a liberal international constitutional order, and with

Ante a persistência da exclusão nas periferias da sociedade mundial<sup>393</sup>, e dado que o poder público é exercido a nível transnacional, fora do alcance da maioria dos parlamentos nacionais, e muitas vezes dos órgãos judiciais<sup>394</sup> – o que se soma aos riscos e perigos impostos pela globalização sem restrições<sup>395</sup> – o constitucionalismo<sup>396</sup> pode fornecer uma resposta política, a partir da articulação interconstitucional.

Da reflexão de Martins acerca da necessidade de se aferir o grau de disponibilidade da interconstitucionalidade para “se constituir em diálogo multidirecional

---

human rights and democracy firmly in place (...)”. Assim, para compensar as crescentes deficiências das Constituições em nível doméstico, Peters (2006, p. 583) defende que o *direito constitucional global (ou internacional)* caracteriza uma perspectiva e uma agenda política que advogam pela aplicação de princípios constitucionais, tais como o *rule of law*, o *checks and balances*, a proteção dos direitos humanos e a democracia na ordem internacional, de modo a aprimorar a efetividade e a equidade da ordem jurídica internacional (realce no original). Koskeniemi (2007, p. 18), ao propugnar o constitucionalismo como mentalidade, vaticina que “less than an architectural project, constitutionalism would then be a programme of moral and political regeneration”, consignando que “even in the absence of a formal constitution, a practice does exist of ‘constitutionalizing’ international relations by constant adjudication between rules and rule-systems, deciding on institutional powers of international bodies, and formulating legal ‘principles’ out of scattered materials”.

<sup>392</sup>KLAUS ARMINGEON; KAROLINA MILEWICZ, “Compensatory constitutionalization: a comparative perspective”, *Global society* 22.2 (2008), p. 180.

Após resgatarem as noções de cidadania de Marshall (1950), Armingeon e Milewicz (2006, p. 5) refletem que “constitutions have to provide for social security, without which capitalist and democratic systems may not be viable. For example, a democratic society is not compatible with extreme social inequalities which inhibit a democratic deliberation of all citizens about the common good.” Já Moyn (2010, p. 35) lembra que “as T. H. Marshall classically emphasized, the achievements of social rights were first and foremost revisions of citizenship in the state – not the state’s transcendence.”

<sup>393</sup>MARCELO NEVES, “(Não) solucionando...”, cit., p. 214.

<sup>394</sup>JAN KLABBERS, “International constitutionalism”, in *The Cambridge companion to comparative constitutional law*, MASTERMAN, Roger; SCHÜTZE, Robert (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 515.

O autor acentua, ainda, que “private power, moreover, often uses public authorities for its own purposes, again often unimpeded, and public authorities outsource tasks to private actors, therewith redistributing social and economic capital” (KLABBERS, 2019, p. 517).

<sup>395</sup>Pertinente a reprodução de Canotilho (2006, p. 22), ao esclarecer que “a separação entre ‘Estado-Sociedade’ contribuiu para a diferenciação do sistema político e do sistema económico” e que “a própria constitucionalização do poder aponta para a diferenciação do sistema jurídico e do sistema político (a expressão Estado de Direito postularia esta diferenciação)”, concluindo que “estas diferenciações funcionais propendem a favorecer as traves mestras da ‘sociedade mundial’ (‘globalização’, ‘mundialização’)” (CANOTILHO, 2006, p. 152) (aspas no original).

<sup>396</sup>A pretexto do termo, Klabbbers (2019, p. 511) pontua que “if there is one single normative element to constitutionalism, it is the idea that public power should be kept in check (...). A constitution, in other words, is expected to include provisions on the organization of public power, and therewith also on limits on the exercise of public power – even if only in terms of a separation of powers”. Klabbbers (2019, p. 519) credita o que designa de “constitucionalismo internacional” a Tully (1995), a partir de quem “people started to think that international and domestic constitutionalism were not mutually exclusive, and that, lo and behold, some international phenomena could perhaps be explained with the help of a constitutional vocabulary”. O autor narra, no entanto, que “the debate died down about as quickly as it had arisen. It dominated the discipline for about a decade, and then fizzed out. Still, some of the underlying issues are persistent. There is a movement towards global law, including through overlapping legal spaces. There is the need to provide for public and common goods, made crystal clear by climate change, and for this, the traditional existence on sovereignty and state consent seems insufficient, outdated, probably even dangerous” (KLABBERS, 2019, p. 519).



sem o pano de fundo da unidade”<sup>397</sup>, tem-se a necessidade de uma noção de abertura que contemple “el amplio abanico de manifestaciones tanto de la internacionalización como tal como del diálogo judicial que se entabla en un espacio en el que las fronteras territoriales, (...) culturales<sup>398</sup>, lingüísticas, y de la sociedad se alejan cada vez un poco más”<sup>399</sup>.

Desta feita, a interconstitucionalidade, a arrancar de potências públicas pluralistas<sup>400</sup>, consiste em “uma partilha comunicativa de experiências, valores e ideias não necessariamente plasmadas em vasos normativos”, mas dinamizada “no sentido de um comunitarismo igualitário e universalista marcado por pertenças simbólicas como a pertença à comunidade de indivíduos autónomos, livres e iguais”, no qual “a cultura ‘interconstitucional’, reconduzível a ideias, valores, acções de indivíduos e de grupos, entra nos processos de troca entre as várias constituições”<sup>401</sup>.

Tem-se, assim, que “a *interculturalidade constitucional* nos quadros da interconstitucionalidade significa a existência de ‘redes comunitárias’” nas quais “se observam e cruzam formas de *comunitarismo conservador*” e “formas de *comunitarismo liberal* aberto a formas de vida plurais”<sup>402</sup>. À luz da teoria crítica dos direitos humanos,

---

<sup>397</sup>RUI CUNHA MARTINS, “Interconstitucionalidade...”, cit., pp. 505-506.

<sup>398</sup>Häberle (2000, p. 76) sobreleva que o núcleo essencial da cultura consiste “en un cúmulo de ideas de raigambre tradicional que conllevan indisociablemente unidas toda una gama de valores, que se reflejan en parte en el respectivo ordenamiento jurídico unas veces de forma directa, otras indirecta, o incluso pueden no llegar a reflejarse en absoluto” e que, entendida em um sentido muito mais amplo, a cultura “forma el contexto de todo texto legal y de toda acción relevante jurídicamente significativa dentro del Estado constitucional” (HÄBERLE, 2000, p. 26), além de albergar tanto “la cultura educacional tradicional ciudadana como la «popular», incluyendo aquí otras, como las llamadas «cultura alternativa» y «anticultura» o «subcultura»” (HÄBERLE, 2000, p. 31). Ao evidenciar que a cultura consiste na «inserción de los fines en la naturaleza», Martín (2004, p. 48) assevera que “el Estado y su Derecho, el Derecho del Estado son «objeto y materia» de Cultura”, de onde expõe a compreensão do Direito Constitucional como “«ciencia de fines», como «proyecto previo» al que encaminar y orientar una realidad concreta” (realces no original). Herrera (2004, p. 120) salienta, na cultura, “su doble carácter de precedente y creación, de condicionante y producto, de precipitado y evolución”, bem como que seu desfrute “no sea solo un medio de desarrollo de la personalidad del ciudadano, sino también una fórmula de cohesión social y de integración en el sentido de propiciar y asegurar el intercambio y el diálogo, es decir, la comunidad racional asentada en valores compartidos”.

<sup>399</sup>LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, “De la internacionalización...”, cit., p. 233.

Reflete-se, nessa quadra, que “afora o núcleo mínimo universal que conforma uma teoria geral da Constituição, que pode ser considerado comum a todos os países que adoptaram formas democrático-constitucionais de governo, há um núcleo específico de cada Constituição, que inexoravelmente, será diferenciado de Estado-Nação para Estado-Nação; não há um constitucionalismo, e, sim, vários constitucionalismos” (STRECK, 2005, p. 81).

<sup>400</sup>PETER HÄBERLE, “*Hermenêutica constitucional...*”, cit., p. 48.

<sup>401</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*‘Brançosos’ e...*”, cit., p. 274.

<sup>402</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*‘Brançosos’ e...*”, cit., p. 274 (realces no original).

A respeito de tais formas de comunitarismo, Häberle (2000, p. 36) assenta que “la identidad de la Constitución pluralista se halla, por tanto, a caballo entre la tradición, el legado cultural y las experiencias históricas, por un lado, y las esperanzas, posibilidades reales y de configuración futura, por otro (...)”. Segundo Häberle (2000, pp. 159-160), uma compreensão da Constituição como ciência da cultura permite “una nueva lectura

entende-se que deve ser fomentado este último, na medida em que promove dinâmicas de emancipação, as quais “se establecen a través de relaciones en las que los seres humanos se tratan unos a otros como sujetos, recíprocamente y en un clima horizontal, solidario, de acompañamiento y de respeto”<sup>403</sup>.

### III.2 INTERCULTURALIDADE: PLURALISMOS, PLURIVERSALISMO E PLURIDIVERSIDADE

No vasto campo da interconstitucionalidade, sobressai a proposta de Canotilho de uma teoria de interculturalidade constitucional<sup>404</sup>, a qual parte “da proposta básica de *abertura cultural* que alberga no seu seio sedimentação (tradição) transformações (inovações) e pluralidades (pluralismos)”<sup>405</sup>.

Para um melhor alcance da interculturalidade constitucional, afigura-se primordial o conceito de cultura constitucional, qual seja, o “conjunto de atitudes, ideias, experiências, padrões de valores, de expectativas de acções e comportamentos objectivos dos cidadãos e

---

de las relaciones existentes entre dignidad humana y pueblo, razón y libertad, Derecho y realidad, así como entre ideología e intereses económicos”.

<sup>403</sup>DAVID SANCHEZ RUBIO, “*Encantos y desencantos...*”, cit., p. 31.

O autor opõe às dinâmicas de emancipação as dinâmicas ou lógicas de dominação, qualificando-as como “aquellas que estructuran relaciones en las que los seres humanos son discriminados, inferiorizados, marginados o eliminados, siendo considerados objetos” (RUBIO, 2011, p. 31).

<sup>404</sup>A teoria da interconstitucionalidade, segundo Canotilho (2006, p. 277), “sugere *intersemioticidade* no sentido de que ela não dispensa a investigação e descoberta de um conjunto de regras respeitantes à produção e interpretação dos textos constitucionais e dos respectivos discursos e práticas sociais com elas relacionados” (realce no original).

<sup>405</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*‘Brançosos’ e...*”, cit., p. 264 (realce no original).

Canotilho (2006, p. 271) registra que “a definição de intercultural presente em qualquer dicionário moderno faz realçar uma ideia básica: a de *partilha* de cultura, de ‘ideias ou formas de encarar o mundo e os outros’”. O autor instrui, ainda, que tem em Peter Häberle “um conceito de cultura transportador de dimensões interculturais”, quais sejam: “(1) cultura como mediação daquilo que ‘foi’ num determinado momento (aspecto tradicional); (2) cultura como desenvolvimento do que foi em determinado momento, promovendo a transformação social (aspecto ou dimensão inovadora); (3) cultura como ‘superconceito’ de várias manifestações culturais de um determinado grupo humano (dimensão pluralista)” (CANOTILHO, 2006, p. 272) (realce no original). Häberle (2000, p. 35) adita que “la voz «cultura» como sustantivo procede del verbo latino *cultivare*”, de onde eleva a importância de que “los propios textos de la Constitución deban ser literalmente «cultivados» para que devengan auténtica Constitución”, ao tempo em que Spivak (2010, p. 343) apõe que a utilização da palavra «cultura» “se presta a una situación estratégica compleja en una sociedad dada” (realces no original). Aguilar (2004, p. 214) afirma que “el constitucionalismo normativo tiene un presupuesto cultural, un escenario de fondo de referencias culturales, opciones subyacentes que se reflejan en la construcción de un régimen constitucional” e, por conseguinte, “de la interacción entre estos *preconceptos* y la apertura al cambio de lo que llamaríamos *operadores constitucionales* (por analogía con la idea de *operadores jurídicos*) depende el éxito histórico de la Constitución por vía de adaptación a la interpretación progresiva” (AGUILAR, p. 214) (realces no original).

dos grupos plurais e, bem assim, dos órgãos do Estado referentes à Constituição entendida como processo público”<sup>406</sup>.

Nesse universo – em que “a interconstitucionalidade e a interculturalidade oferecem os espaços para o *pluralismo* de intérpretes, *aberto e racionalmente crítico*”<sup>407</sup> – associa-se aquela teoria à premissa de que “nenhuma cultura está fechada em si mesma, nem existe independente das ações humanas”<sup>408</sup>, de modo que implica continuamente “eleição e mudança, fruto das relações internas e externas que experimenta no encontro com outras comunidades ou grupos”<sup>409</sup>.

Visualiza-se, desta feita, uma aproximação da interconstitucionalidade – ao abarcar “os processos de troca entre as várias constituições (com a sua história própria e tradições culturais)”<sup>410</sup> – com o novo pluralismo jurídico, de características participativas, exposto por Wolkmer, que o concebe

a partir de uma redefinição da racionalidade e uma nova ética, pelo refluxo político e jurídico de novos sujeitos – os coletivos; de novas necessidades desejadas – os direitos construídos pelo processo histórico; e pela reordenação da sociedade civil – a descentralização normativa do centro para a periferia; do Estado para a Sociedade; da lei para os acordos, os arranjos, a negociação. É, portanto, a dinâmica interativa e flexível de um espaço público aberto, compartilhado e democrático<sup>411</sup>.

---

<sup>406</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 273.

Canotilho (2006, p. 171) assinala que “qualquer ‘nova ordem’ trazida por uma constituição dirá especificamente respeito à ‘forma de Estado’ e não ao Estado em si e só pode compreender-se como uma ‘ordem parcial’ (...) vinculada como está a elementos de ordenação preexistentes”. Ademais, doutrina que “as constituições desempenham, com efeito, funções de integração cultural”, na medida em que, “depois de desempenharem e continuarem a desempenhar a função primordial de cartas vivas de identidade nacional, ou, como sustentou recentemente B. Ackermann, a função de reserva de *imperativos políticos profundos* (*deeper imperatives*) passaram a contribuir, na qualidade de *constituições parciais* de espaços comunitários, para a sedimentação e revelação de identidades pluralmente inclusivas” (CANOTILHO, 2006, pp. 277-278) (realces no original). Segundo Häberle (2000, pp. 36-37), cultura constitucional constitui-se na “suma de actitudes y de ideas, de experiencias subjetivas, escalas de valores y expectativas subjetivas y de las correspondientes acciones objetivas tanto al nivel personal del ciudadano como al de sus asociaciones, al igual que a nivel de órganos estatales y al de cualesquiera otros relacionados con la Constitución, entendida ésta como proceso público”, ressaltando o papel da própria ciência jurídica “mediante sugerencias y propuestas de mejora y de desarrollo constitucional, constituyéndose así en uno de los elementos culturales esenciales” (HÄBERLE, 2000, p. 51).

<sup>407</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 279 (realces no original).

<sup>408</sup>DAVID SÁNCHEZ RUBIO, “*Fazendo e desfazendo...*”, cit., p. 101.

<sup>409</sup>DAVID SÁNCHEZ RUBIO, “*Fazendo e desfazendo...*”, cit., p. 101.

<sup>410</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Direito constitucional...*”, cit., pp. 1.427-1.428.

<sup>411</sup>ANTONIO CARLOS WOLKMER, *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*, 3. ed., Editora Alfa Omega, São Paulo, 2001, p. 171.

Para Wolkmer (2013, p. 20), “a formulação teórica do pluralismo designa “a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si”, devendo ser visualizado “tanto como fenômeno de possibilidades e dimensões de universalidade cultural, quanto como modelo que incorpora condicionantes inter-relacionados (formal e

Nessa seara, que abrange as redes de Estados em sua inter-relação, a interculturalidade – enquanto “partilha comunicativa de valores e ideias concretamente traduzida em fórmulas não jurídicas, para, mais tarde, possibilitar uma tendencial normativização”<sup>412</sup> – relaciona-se a “fenômenos espaciais e temporais com múltiplos campos de produção e de aplicação, os quais compreendem, além dos aportes filosóficos, sociológicos, políticos ou culturais, uma formulação teórica e prática de pluralidade no direito”<sup>413</sup>.

Ao focar as “variantes de pluralismo jurídico, seja do paradigma ‘desde cima’, transnacional e globalizado, seja do modelo ‘desde abaixo’, das práticas sociais emancipadoras e dos movimentos sociais”, Wolkmer sublinha a proposição de um constitucionalismo pluralista, comunitário e intercultural<sup>414</sup>, o que se coaduna com Canotilho, ao asseverar que “a comunicação interconstitucional assenta em princípios comuns que, de uma forma ou de outra, apontam para a ideia de constituição cultural<sup>415</sup> e estado constitucional cultural”<sup>416</sup>.

---

material), adequado às especificidades e às condições históricas de micro e macro sociedades políticas” (WOLKMER, 2001, p. 170).

<sup>412</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Direito constitucional...*”, cit., pp. 1427-1428.

O autor destaca que “o papel *integrador* dos textos constitucionais implica também inserir conteúdos comunicativos possibilitadores da estruturação de comunidades inclusivas” (CANOTILHO, 2006, pp. 271-272) (realce no original).

<sup>413</sup>ANTONIO CARLOS WOLKMER, “Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina”, in *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*, WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (org.), Juruá, Curitiba, 2013, p. 21.

Emerge, desta feita, o desafio de albergar e articular “uma produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade”, a par do poder estatal e supra-estatal (WOLKMER, 2013, p. 21). Sublinhe-se que – numa perspectiva que contemple a “racionalidade não mais como projeto de totalidade acabada e uniforme, mas como constelação que se vai refazendo e que engloba a proliferação de espaços públicos, caracterizados pela coexistência das diferenças, bem como a diversidade de sistemas jurídicos” – o pluralismo deve ser concebido “quer sob a esfera estrita de um pluralismo jurídico, quer sob o ângulo mais amplo de um pluralismo societário de base democrático-participativa” (WOLKMER, 2001, pp. 169-170).

<sup>414</sup>ANTONIO CARLOS WOLKMER, “Pluralismo crítico...”, cit., p. 21.

<sup>415</sup>A propósito da constituição cultural, tem-se que a Constituição, “forma transitória de Estado perene” (CANOTILHO, 2006, p. 193) e vinculada a elementos de ordenação preexistentes” (CANOTILHO, 2006, p. 171), inclui “la protección y articulación constitucional de las diversas identidades mediante el reconocimiento de las llamadas «autonomías culturales», desde las de base personal a las de carácter territorial con distinto grado de institucionalización” (MARTÍN, 2004, p. 53). Como aduz Häberle (2000, p. 106), a Constituição “es una parte del sector de la cultura, es cultura específicamente «coagulada» mediante procesos jurídicos, procesos con los que jamás podrá identificarse”, a par de consistir em “expresión viva de un *statu quo* cultural ya logrado que se halla en permanente evolución, un medio por el que el pueblo pueda encontrarse a sí mismo a través de su propia cultura” (HÄBERLE, 2000, p. 145). Partindo de Häberle, Herrera (2004, p. 125) sustenta que a Constituição é “la traducción material de lo amalgama de ideas y valores compartidos que rigen en una comunidad”.

<sup>416</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Direito constitucional...*”, cit., pp. 1.427-1.428.

Ademais da aproximação para com as formulações acerca do pluralismo jurídico, a interculturalidade<sup>417</sup>, que se tem como pressuposto à interconstitucionalidade, é premissa presente na teoria crítica dos direitos humanos, porquanto, a um universalismo, opõe um “pluriversalismo de confluência”<sup>418</sup>, “aberto a partir de suas distintas procedências, a um permanente diálogo e a um contínuo processo de construção sem imposições etnocêntricas e homogêneas”<sup>419</sup>. Nessa esteira, segundo Rubio, “talvez seja melhor falar de particularidades concretas tensionadas de universalidade, com pretensão de generalidade, e que se expressam segundo as tramas sociais realizadas em cada cultura”, que “tende a modificar-se, a enriquecer-se e a incorporar ao seu pensamento algo completamente novo” sempre que colhe um conceito pertencente a outra<sup>420</sup>.

Desta feita, e ante a impossibilidade de o sistema regulativo central apresentar “um conjunto unitário de respostas dotadas de racionalidade e coerência relativamente ao conjunto cada vez mais complexo e crescente de demandas ou exigências oriundas *do* ou

---

O autor sustenta que, nesse contexto, a cultura é “concebida como um acervo de saber em que os participantes na comunicação se munem de interpretações para se entenderem sobre alguma coisa no mundo” (HABERMAS, 1996 *apud* CANOTILHO, 2003, p. 1428). Häberle (2000, pp. 148-149) leciona que “cada Estado es en cierta medida fideicomisario de sus propias culturas históricas y de su entorno natural, al igual que de toda cultura de valor universal”. Para Aguilar (2004, p. 214), “sólo el constitucionalismo social retrata la cuestión cultural. Del mismo modo em que, históricamente, el primer constitucionalismo liberal sólo atendia su dimensión normativa elemental – el de los derechos de libertad y los derechos civiles clásicos –, y del mismo modo en que el primer Derecho internacional público sólo se ocupaba de los derechos y obligaciones recíprocas establecidas por convenio o por tratado entre Estados, el constitucionalismo y el internacionalismo social se ocupan de la cultura como se ocupan de los llamados *derechos culturales*” (realces no original).

<sup>417</sup>Como pontua Walsh (2002, pp. 1-2), “sí la interculturalidad se funda en la necesidad de construir relaciones entre grupos, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos, con el afán de confrontar y transformar las relaciones del poder (incluyendo las estructuras e instituciones de la sociedad) que han naturalizado las asimetrías sociales, la multi o pluriculturalidad simplemente parte de la pluralidad étnico-cultural de la sociedad y del derecho a la diferencia”, operando principalmente pelo reconhecimento e a inclusão dentro do estabelecido. A *interculturalidade*, “en la manera que se ha venido proponiéndola el movimiento indígena, se centra en la transformación de las relaciones entre pueblos, nacionalidades y otros grupos culturales pero también del Estado, de sus instituciones sociales, políticas, económicas y jurídicas y políticas públicas”, com vistas à construção de novos marcos conceituais, novas categorias, novas noções” (realces no original).

<sup>418</sup>Nesse contexto, Santos (2018, p. 30) afirma que, por via da tradução intercultural, é possível “um tipo de pensamento que promove a descolonização potenciadora de pluralismos articulados e formas de hibridação libertas do impulso colonizador que no passado lhes presidiu”, de forma a promover, em lugar da universalidade abstrata, a pluriversalidade.

<sup>419</sup>DAVID SÁNCHEZ RUBIO, “*Fazendo e desfazendo...*”, cit., pp. 101-102.

<sup>420</sup>RICARDO SCARTEZZINI (1996) *apud* DAVID SÁNCHEZ RUBIO, “*Fazendo e desfazendo...*”, cit., p. 101.

Canotilho (2006, pp. 126-127) elucida que, embora uma Constituição deva “estabelecer os fundamentos adequados a uma *teoria da justiça*, definindo as estruturas básicas da sociedade sem se comprometer com situações particulares”, “as ‘ilhas de particularismo’ detectadas em algumas constituições – mulheres, velhos, crianças, grávidas, trabalhadores – não constituem um desafio intolerável ao ‘universal’ e ao ‘básico’, típico das normas constitucionais. Expressam, sim, a indispensabilidade de refrações morais ao âmbito do contrato social constitucional” (realces no original).

constituídas *no sistema social*”<sup>421</sup> – o que “reflete-se, desde logo, sobre o *centro político* e sobre o sistema de fontes do ordenamento jurídico”<sup>422</sup> – aflora uma concepção do Direito atenta ao “quadro de ‘disputas hermenêuticas’ pela hegemonia narrativa das promessas constitucionais”<sup>423</sup>.

Canotilho expõe que um dos paradoxos fundamentais do discurso constitucional consiste em “sobrepôr o discurso jurídico-constitucional aos *discursos reais emergentes* que transportam ou servem de gramáticas específicas, de códigos e programas informados por racionalidades próprias dos mundos parciais (economia, telecomunicações e informática)”<sup>424</sup>. Acrescenta-se a isso o contexto global marcado pela “presença de múltiplas culturas com seus respectivos grupos humanos, com as diferentes visões e pretensões de unidade a que aspiram, construídas por meio das próprias relações sociais, que podem ser diferentes e equidistantes umas das outras”<sup>425</sup>.

A interculturalidade, ademais da diversidade, do reconhecimento e da inclusão, “pone en juego la diferencia no solamente cultural sino colonial”<sup>426</sup>, visto que, ao buscar “maneras de negociar e interrelacionar la particularidad con un universalismo pluralista y alternativo”<sup>427</sup>, “transforma progresivamente los diálogos en diálogos transmodernos,

---

<sup>421</sup> JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “‘Brançosos’ e...”, cit., p. 217 (realces no original).

<sup>422</sup> JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “‘Brançosos’ e...”, cit., p. 217 (realces no original).

Canotilho (2006, p. 221) anota que “as conhecidas *fontes de direito* – a começar pela constituição – revelam-se funcionalmente desadequadas para servirem de impulso e constituírem as bases juridicamente conformadoras de uma sociedade diferenciada”, aduzindo que “esta mesma complexidade gera sistemas diferenciados e *códigos funcionais* diferenciados, sendo irrealista tentar através de um código unitarizante dos vários sistemas sociais dirigir constitucionalmente a sociedade” (realces no original).

<sup>423</sup> JOSÉ GERALDO DE SOUSA JÚNIOR, “O direito achado na rua: condições sociais e fundamentos teóricos”, *Revista Direito e Praxis* 10.4 (2019), p. 2.807.

Essa perspectiva foi expressada, outrossim, por Canotilho (2008, p. 119), ao apregoar que perante o sangue vivo que brota dos vasos normativos da realidade e a sedução de um direito outro, *alternativo* ao direito formal das constituições, códigos e leis, compreende-se que o discurso hermenêutico dos juristas mais não seja que um manto ocultador do insustentável peso do poder (realces no original). O Direito Achado na Rua trata-se de construção teórica “fruto da reflexão e da prática de um grupo de intelectuais reunidos num movimento denominado Nova Escola Jurídica Brasileira, cujo principal expoente era o professor Roberto Lyra Filho, que lhe indicou o nome e traçou os contornos de seus fundamentos, o trabalho político e teórico (...), que consiste em compreender e refletir sobre a atuação jurídica dos novos movimentos sociais” com base em que visa, entre outros pontos, a “determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais que enunciam direitos, a partir mesmo de sua constituição extralegal, como, por exemplo, os direitos humanos” (SOUSA JUNIOR, 2019, p. 2.779).

<sup>424</sup> JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “‘Brançosos’ e...”, cit., p. 218 (realces no original).

<sup>425</sup> DAVID SÁNCHEZ RUBIO, “*Fazendo e desfazendo...*”, cit., p. 99.

<sup>426</sup> Rubio (2018, p. 36) adiciona, nesse contexto, que o marco institucional da Modernidade implicou “toda una estrategia discursiva por la que el orden jurídico estatal expropió el protagonismo de la sociedad civil”, tendo destruído e dissolvido relações comunitárias, “principalmente los medios con los que los individuos se relacionaban entre sí como sujetos vivos y empoderados”, herança que atesta chegar até os nossos dias.

<sup>427</sup> CATHERINE WALSH, “Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico”, *Revista Electrónica Aportes Andinos* 2 (2002), pp. 2-3.

transoccidentales, transindígenas y transafricanos”, por meio do exercício reiterado de "incompletitudes recíprocas”, que não conduzem “al olvido o la fusión de las culturas en presencia”<sup>428</sup>.

Em direção que se coaduna com esse enfoque, para além de essencializações e abstrações, Canotilho aponta que o elemento central de sua posição reconduz-se “à ideia de conformação constitucional dos problemas segundo o princípio democrático e não de acordo com princípios *a priori* ou transcendentais”<sup>429</sup>. Assim, tem-se que a interculturalidade possibilita “o desenvolvimento de outros modos de olhar baseados em práticas e experiências socioculturais plurais e diferentes daquelas defendidas e impostas pela perspectiva que se totaliza e que pertence ou beneficia determinados grupos de poder em relação a outros”<sup>430</sup>.

Pelas lentes da teoria crítica dos direitos humanos, e da compreensão exposta pela teoria da interconstitucionalidade, avulta que a interculturalidade, ao tempo em que trata de “transformar relaciones verticales entre culturas en relaciones horizontales, o sea, someter

---

A autora relaciona essa reflexão ao lema “unidad en la diversidad” (WALSH, 2002, p. 3).

<sup>428</sup>BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima, 2010, p. 103.

Analisando a plurinacionalidade, a qual considera “un mandato político para la promoción de la interculturalidad”, Santos (2010b, p. 103) ensina, notadamente a partir do exemplo da América Latina, que a perspectiva “implica un desafío radical al concepto de Estado moderno que se asienta en la idea de nación cívica – concebida como el conjunto de los habitantes (no necesariamente residentes) de un cierto espacio geopolítico a quienes el Estado reconoce el estatuto de ciudadanos – y, por lo tanto, en la idea de que en cada Estado sólo ha una nación: el Estado-nación” e que, na linguagem dos direitos humanos, fomenta “el reconocimiento de derechos colectivos de los grupos sociales en situaciones en que los derechos individuales de las personas que los integran resultan ineficaces para garantizar el reconocimiento y la persistencia de su identidad cultural o el fin de la discriminación social de que son víctimas.” (SANTOS, 2010b, p. 81). A título de exemplo, elenca as demandas dos povos indígenas pelo controle de seus territórios ancestrais e respectivos recursos naturais, e pela soberania alimentar (SANTOS, 2010b, p. 104), discussão que se encontra inserida no marco do novo constitucionalismo latino-americano, representado, segundo Wolkmer (2013, p. 32) pelas “recentes e vanguardistas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009)”, as quais expressam um “constitucionalismo plurinacional comunitário, identificado com um outro paradigma não universal e único de Estado de direito, coexistente com experiências dos ‘saberes tradicionais’ de sociedades plurinacionais (indígenas, comunais e composites) (...) e, finalmente, com o reconhecimento de direitos coletivos vinculados a bens comuns da natureza” (WOLKMER, 2013, p. 32).

<sup>429</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (2008) *apud* JOSÉ GERALDO DE SOUSA JÚNIOR, “O direito achado na rua...”, cit., p. 2.805.

Na oportunidade, Canotilho sublinha que “as dificuldades da metódica jurídica residem mais na sua rotina e na falta de comunicação com outros horizontes de reflexão como a sociologia e a filosofia do que nos seus pontos de partida quanto à investigação e extrinsecação do sentido das normas para efeito de sua aplicação prática”.

<sup>430</sup>DAVID SÁNCHEZ RUBIO, “*Derechos humanos instituyentes...*”, cit., p. 33.

De acordo com Häberle (2000, p. 79), “todo pueblo com cultura propia requiere signos y señas de identidad y puntos de referencia seguros – léase valores – que necesita cada uno de los individuos que lo componen. Sin ello la libertad y el pluralismo no son sino conceptos literalmente huecos, vacíos y sin sentido”.

un largo pasado a una apuesta de futuro diferente”, não pode conduzir ao relativismo, uma vez que a transformação ocorre em um marco constitucional determinado<sup>431</sup>.

Embora se reconheça que a Constituição “pretendeu e pretende ser o *estatuto jurídico do político*”<sup>432</sup>, é preciso grifar que “o político mostra-se rebelde a uma normativização legalista, visto que não é possível à norma concretizar várias práticas sociais”<sup>433</sup>. Se, por um lado, há um “conjunto de sujetos individuales libres que en red y con vínculos intersubjetivos dentro de una comunidad se aúnan consensualmente como poder constituyente”, por outro, a ordem política está submetida a um projeto de controle dos poderes oligárquicos<sup>434</sup>.

Desta feita, a Constituição, dentro da rede de poderes supra e além do Estado, encontra-se, em maior ou menor medida, aberta a outros espaços, outras pessoas, outras normas, “aberta a conflitos e consensos, aberta a sobreposição experiencial de consensos”<sup>435</sup>, os quais consistem em processos muito provavelmente intermináveis, de sobreposições contínuas e construídas a partir da realidade, porquanto o puro “consenso e a unanimidade prenunciam a tranquilidade do cemitério”<sup>436</sup>.

---

<sup>431</sup>BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “*Refundación del Estado...*”, cit., p. 102.

<sup>432</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*‘Brançosos’ e...*”, cit., p. 216 (realces no original).

<sup>433</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*‘Brançosos’ e...*”, cit., p. 216.

Em outras palavras: “after all, rules do not spell out the conditions of their own application” (KOSKENNIEMI, 2007, p. 21).

<sup>434</sup>DAVID SÁNCHEZ RUBIO, “*Derechos humanos instituyentes...*”, cit., pp. 45-46.

Rubio (2018, p. 45) sustenta que “se vuelve necesario distinguir entre un poder instituyente emancipador, liberador y popular que acompaña al poder constituyente popular, y un poder constituyente oligárquico, dominador y excluyente”, ao tempo em que apregoa que “el poder instituyente, en términos constitucionales, de teoría política, y aplicados también a los derechos humanos, sería la capacidad creativa plural y diferenciada, la cualidad individual y colectiva de las personas concretas de enfrentar el mundo, reaccionando frente a sus entornos relacionales”. Rubio (2018, p. 90) descreve o que denomina de “poder instituyente” como um “infra-poder creador”, um poder implícito do qual “depende la forma de poder explícito propio de las instituciones y las legislaciones (denominado ‘poder constituyente’, propiamente dicho) y bajo la cual se encierra el concepto normativista oficial y general de derechos humanos”. A noção relaciona-se ao “constitucionalismo evolutivo” exposto por Canotilho (2006, p. 283), ao tratar da “necessidade de ultrapassar as teorias dos ‘momentos constitucionais’ isolados e únicos”, consoante consta da nota de número 364.

<sup>435</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*‘Brançosos’ e...*”, cit., p. 197.

Canotilho (2006, p. 197) registra, nesse contexto, que “quem quiser compreender o lugar e sentido da Constituição terá de apelar para um *patriotismo constitucional de inclusividade*” (realces no original).

<sup>436</sup>ZYGMUNT BAUMAN, *O mal-estar da pós-modernidade*, Jorge Zahar Ed., Rio de Janeiro, 1998, p. 249.



### III.3 PROCESSOS DE ABERTURA: OS DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DA INTERCONSTITUCIONALIDADE

Se, por um lado, “nenhuma ‘leitura constitucionalista’ poderá razoavelmente defender que a supranacionalidade e as amplas e sucessivas deslocações de competências deixaram incólume o Estado Constitucional clássico”<sup>437</sup>, de outro, “la realidad jurídica de todo Estado constitucional es tan sólo un fragmento de la realidad de toda Constitución viva, que a lo largo y ancho de su texto y contexto no es sino una de sus formas culturales”<sup>438</sup>. Ante esse cotejo, revela-se ainda mais clara a assertiva de que

a complexidade e contingências da sociedade assente em sistemas sociais diferenciados postula, assim, a reescritura permanente das regras constitucionais com base em experiências e em aprendizagens, e não com recurso a integracionismos ético-sociais, a unitarismos políticos e à homogeneização dos cidadãos<sup>439</sup>.

Acresce-se a esse panorama a necessidade de uma sociedade contar com “formas institucionais apropriadas e processos regulados por normas de adaptação, resistência e autocorreção”, das quais depende a possibilidade de uma estrutura constitucional apta a confrontar-se consigo própria – sem a qual não pode haver “direito constitucional com força normativa”<sup>440</sup>.

Não bastasse a grandeza do desafio no plano interno, tem-se, na esfera internacional, a tarefa do Estado Constitucional de “crear un nuevo plano de «mayor proximidad» entre todas las naciones sobre la base de establecer a una doble protección simultánea nacional-internacional de bienes culturales”, no qual a humanidade figure como um substrato “abonado por la idea de los derechos humanos como su mejor garante”<sup>441</sup>.

---

<sup>437</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Direito constitucional...*”, cit., p. 236.

<sup>438</sup>PETER HÄBERLE, “*Teoría de la Constitución...*”, cit., p. 35.

<sup>439</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*‘Brancosos’ e...*”, cit., p. 196.

Canotilho (2006, p. 318) anota, para além, que “mesmo a aceitar-se uma compreensão funcionalmente diferenciada da sociedade ou, talvez com mais rigor, uma compreensão da sociedade assente na diferenciação funcional, isso não significa que os subsistemas funcionalmente diferenciados sejam imunes à politização. O sistema jurídico é politizado. O sistema de saúde é politizado. O sistema de ensino é politizado. Em todos estes sistemas carecemos de decisões política e colectivamente vinculativas. Sendo assim, os subsistemas são ‘grandezas políticas’ que não podem nem devem autolegitimar-se”.

<sup>440</sup>K. U. PREUSS, 1990 *apud* JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*‘Brancosos’ e...*”, cit., p. 196.

<sup>441</sup>PETER HÄBERLE, “*Teoría de la Constitución...*”, cit., p. 158 (realces no original).

Nessa seara, Canotilho (2006, p. 114) recorda que “a discussão das tarefas do Estado num Estado Constitucional não pode simplificar-se em termos caricaturais como se depreende, por vezes, de alguma literatura, que quase chega à conclusão da necessidade liberal de um Estado sem tarefas”.

Nessa conjunção, a rede constitucional – consistente em “constitutional elements on the various levels and in the various sectors”<sup>442</sup> – evidencia que “(...) ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba”, mas como “centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir”<sup>443</sup>.

A par disso, “embora oculta, a programaticidade do ‘constitucionalismo global’<sup>444</sup> não deixa também de demonstrar que (...) os fins e as tarefas dos nossos destinos carregam sempre os intertextos expressos ou implícitos da politicidade constitucional”<sup>445</sup>, contextura em que a Constituição figura, outrossim, como limite, porquanto, “el diálogo social del que resulta la cultura no puede vulnerar las garantías representadas por los derechos fundamentales que permiten el reconocimiento mutuo, la integridad personal y la participación de todos, es decir, la autonomía”<sup>446</sup>.

Ao lado dessa noção, e considerando-se que “o poder tem o efeito específico de produzir desigualdade, disparidade, ordenação, disciplina, relação de sujeição”<sup>447</sup>, emerge a importância de um «constitucionalismo de los derechos», “como objetivo central tanto en el interior de cada Estado como en el exterior mediante una perspectiva positiva de la globalización instrumentada a través de lo que a veces se ha denominado «el constitucionalismo mundial»”<sup>448</sup>. Assim, numa conjuntura global, marcada por “procesos más descarados de des-democratización” e por “procesos de des-constitucionalización y descaracterización del constitucionalismo social y de los derechos fundamentales”<sup>449</sup>,

the virtue of constitutionalism in the international world follows from a similar universalizing focus, allowing extreme inequality in the world to be not only shown but also condemned. This inequality may be explained by historical causes and described in economic or sociological terms. But something like a constitutional vocabulary is needed to articulate it as a scandal insofar as it violates the equal dignity and autonomy of human beings. It can be used to show that the suffering created by an international intellectual property regime, for example, or an imperial war in the Middle East, is more than private suffering,

<sup>442</sup> ANNE PETERS, “*Global constitutionalism...*”, cit., p. 64.

<sup>443</sup> GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, 11. ed., Editorial Trotta, 2011, p. 14.

<sup>444</sup> Em alusão ao constitucionalismo global, remete-se à nota de número 366.

<sup>445</sup> JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 34.

<sup>446</sup> MODESTO SAAVEDRA LÓPEZ, “La Constitución como objeto y como límite de la cultura”, in *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.), Editorial Tecnos, Madrid, 2004, p. 153.

<sup>447</sup> LUIGI FERRAJOLI, “*Direito e Razão...*”, cit., p. 747.

<sup>448</sup> LUIGI FERRAJOLI, 1999 *apud* CARLOS DE CABO MARTÍN, “El elemento utópico, ingrediente cultural del constitucionalismo”, in “*Derecho constitucional y cultura...*”, cit., p. 54 (realces no original). No trecho, a um «constitucionalismo de los derechos» o autor contrapõe um «constitucionalismo de los procedimientos» (realces no original).

<sup>449</sup> DAVID SÁNCHEZ RUBIO, “*Derechos humanos instituyentes...*”, cit., p. 64.

that these choices violate more than the interests or benefits of their immediate victims, and that the scandals emerging from them are not calculable as “costs” to be offset by future “benefits”.<sup>450</sup>

Nesse sentido, Klabbbers refere-se a uma “constitutionalization from below”, nomeadamente a partir do exemplo do caso Kadi<sup>451</sup>, o que relaciona ao fato de que “doing justice in individual cases is becoming an inherent element of legal decision-making across boundaries”, de modo que “deciding cases by technical competence without taking the individual concerned into account is no longer fully acceptable”<sup>452</sup>. Armingeon e Milewicz, por seu turno, tratam da importância de uma constitucionalização compensatória, “meaning the compliance by states with globally defined economic and social rights”<sup>453</sup>.

Em que pese essa necessidade, decorrente de notória lacuna, a crescente visibilização da diversidade – possibilitada pelos mesmos mecanismos que aprofundam a teia global e a rede que interliga distintas ordens constitucionais – pode fomentar o reconhecimento da universalidade dos direitos humanos como elemento que repousa em sua “capacidade de oferecer um ponto de encontro às diversidades”, mediante uma conjugação mútua entre universal e particular, “sem que nenhum deles perca a sua identidade”<sup>454</sup>.

Assim, em recurso à noção que se percebe por central aos direitos humanos, observa-se que a dignidade da pessoa humana<sup>455</sup>, “para ter uma dimensão fundante e

---

<sup>450</sup>MARTTI KOSKENNIEMI, “Constitutionalism as mindset: reflections on Kantian themes about international law and globalization”, *Theoretical Inquiries in Law* 8.1 (2007), p. 35.

<sup>451</sup>Tendo em vista a menção ao caso Kadi, remeta-se ao teor da nota de rodapé de nº 271.

<sup>452</sup>JAN KLABBERS, “*International ...*”, cit., p. 518.

<sup>453</sup>KLAUS ARMINGEON; KAROLINA MILEWICZ, “Compensatory constitutionalism...”, cit., p. 184.

Nesse contexto, os autores frisam que “the literature on constitutionalisation beyond the state has focused on the rule of law, human rights and democracy. It has rather neglected economic and, in particular, social rights. However, in national democracies these economic and social rights are part and parcel of the national constitutions. Therefore, we may speak of an encompassing global constitution only if these rights are also secured by institutions at the global level” (ARMINGEON; MILEWICZ, 2008, p. 183).

Com relação aos direitos econômicos e sociais, Canotilho (2006, p. 124) recorda que “uma coisa é recortar juridicamente um catálogo de direitos da terceira geração e, outra, fazer acompanhar a positivação dos direitos de um complexo de imposições constitucionais tendencialmente conformadoras de *políticas públicas* de direitos econômicos, sociais e culturais” (realces no original). O autor apõe que o “o livre desenvolvimento da personalidade e a defesa da dignidade da pessoa humana postulam ética e juridicamente a positivação dos chamados ‘direitos sociais’ (CANOTILHO, 2006, p. 124) e relaciona os mecanismos de socialidade à “libertação da «angústia da existência» (CANOTILHO, 2003, p. 249) (realces no original).

<sup>454</sup>MÁRIO REIS MARQUES, “*Introdução ao...*”, cit., p. 227.

<sup>455</sup>A dignidade da pessoa humana, de acordo com Canotilho (2006, p. 180) consiste em “uma *mathesis* de experiências humanas”, razão pela qual “recolhe pragmaticamente algumas sugestões filosóficas e doutrinárias mas sem se reconduzir a qualquer sistema filosófico”. Para Habermas (2012, p. 75), o princípio da dignidade humana é “a fonte moral da qual os direitos fundamentais extraem o seu conteúdo”, ao que

fundamentadora tendencialmente universal (...) apela a uma referência cultural e social”, que, no entanto, “deve ser relativizada em nome de uma dignidade humana na sociedade-mundo”<sup>456</sup>. Tal exercício de conformação, possibilitado por diálogos interculturais<sup>457</sup>, arranca da compreensão de que “nenhuma cultura é monolítica” e comporta, necessariamente, “distintas versões da dignidade humana”, terreno em que se tem por preferível a versão de cada cultura que propõe “um círculo mais amplo de prioridade e reciprocidade no reconhecimento e na proteção à dignidade humana”<sup>458</sup>.

Ademais, do enunciado de que “todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana e que nem todas a concebem em termos de

---

acresce que “the appeal to human rights feeds off the outrage of the humiliated at the violation of their human dignity. If this forms the historical starting point, traces of a conceptual connection between human dignity and human rights should be evident from early on in the development of law itself” (HABERMAS, 2012, p. 75). Novais (2017, pp. 60-61) frisa que “determinar qual o respeito que uma pessoa merece e como devem ser considerados os seus interesses é não apenas uma questão moral”, reflexão na qual relaciona a dignidade humana ao reconhecimento “a cada pessoa, pelo simples facto de o ser, e independentemente, tanto de características e atributos próprios, quanto da capacidade real de se poder assumir como *sujeito* da sua vida, um estatuto de humanidade próprio e o direito a um igual respeito e a uma igual consideração dos seus interesses”, de modo que “a conformação do princípio jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana, assentando sobre o respeito da qualidade de *sujeito* da pessoa, não se esgote nessa dimensão”. Para Sarlet (2009, p. 67), a dignidade da pessoa humana é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.” Colacione-se, por fim, a lição de Rubio (2010, pp. 102-103) a respeito dos vários posicionamentos acerca da origem dos direitos humanos e de sua relação com a ideia de dignidade humana: “a) em primeiro lugar, estão aquelas posições que defendem que todas as culturas têm processos de lutas e versões sobre a dignidade relacionadas com os direitos humanos. Portanto, todas participam em seu processo de construção; b) em segundo lugar, existem aqueles que consideram que somente a luta pela dignidade humana no Ocidente traduziu-se em direitos humanos. Todas as culturas possuem diversas concepções sobre a dignidade humana, mas nem todas as conceberam na forma de direitos humanos; c) em terceiro lugar, deparamo-nos com posturas que afirmaram que o Ocidente não criou nem a ideia nem o conceito de direitos humanos, mas somente uma maneira discursiva, filosófica e institucional de sistematizá-los e desenvolvê-los”.

<sup>456</sup> JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 181.

<sup>457</sup> Reproduza-se, por oportuno o ensinamento de Häberle (2000, p. 61) acerca da Teoria da Constituição nesse contexto: “(...) las reflexiones científico-culturales procedentes del Derecho constitucional comparado pueden servir, en parte, para aclarar y justificar las *diferencias* y, en parte también, para encontrar *elementos comunes*. (...) La Teoría de la Constitución se halla implicada tanto en procesos de producción-recepción, como en otros de recepción y de nueva producción, en los que aparecen coimplicadas como partícipes todas las posibles funciones estatales y públicas, en un ciclo constante”. A propósito do diálogo, Habermas (1997, p. 41) reflete que “o mundo da vida forma o horizonte para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte das interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas”, porquanto “o saber que serve de pano de fundo a uma certeza absoluta” somente é problematizado, ou seja, “só entra em contato com pretensões de validade criticáveis no instante em que é proferido e, nesse momento da tematização, ele *se decompõe* enquanto pano de fundo do mundo da vida” (realces no original).

<sup>458</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “*A gramática (...)*”, cit., pp. 445- 446.

Canotilho (2006, p. 176) reporta-se à dignidade humana como ideia fundamental à garantia de “condições políticas de paz, liberdade e igualdade essenciais a qualquer estado constitucional”.

direitos humanos”<sup>459</sup>, entende-se ainda, que a interculturalidade pressupõe que “o princípio da igualdade seja prosseguido de par com o princípio da diferença”<sup>460</sup>. Em direção análoga, confira-se a advertência de Canotilho:

(...) devem considerar-se superadas as formas totalizantes e planificadoras globais abrindo o caminho para acções e experiências locais (o princípio da relevância) e dando guarida à diversidade cultural (princípio da tolerância). No fim de contas, o projecto emancipatório das constituições vai continuar num contexto outro e através de instrumentos regulativos diferentes. A lei dirigente cede lugar ao *contrato*, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos ‘quatro contratos globais’. Referimo-nos ao *contrato para as ‘necessidades globais’* – remover as desigualdades, – o *contrato cultural* – tolerância e diálogo de culturas –, *contrato democrático* – democracia como governo global, e *contrato do planeta terra* – desenvolvimento sustentado<sup>461</sup>.

Coadunante com o enfoque de tais *contratos*, tem-se os direitos humanos como produtos propiciadores de “aberturas al cambio y la transformación”<sup>462</sup> e como processos dinâmicos que permitem a abertura e a conseguinte consolidação e garantia de espaços de reivindicação pela dignidade humana<sup>463</sup>, o que se associa com a noção deste postulado como “premissa que deriva de la cultura de todo un pueblo y de unos derechos humanos

---

<sup>459</sup>BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “A gramática (...)”, cit., p. 446.

<sup>460</sup>BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “A gramática (...)”, cit., p. 462.

Esta noção está presente no “imperativo transcultural” de que “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza” e o direito a ser diferentes “quando a igualdade nos descaracteriza” (SANTOS, 2010a, p. 462). Santos (2010a, p. 446) assevera que “todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos sociais entre dois princípios competitivos de pertença hierárquica – quais sejam, o princípio da igualdade, que opera por meio de hierarquias entre unidades homogêneas, e o princípio da diferença, que o faz por meio da hierarquia entre identidades e diferenças consideradas únicas”.

<sup>461</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “‘Brançosos’ e...”, cit., p. 128.

Em consonância com essa perspectiva, Wolkmer (2013, p. 20) elenca, dentre os princípios valorativos do que denomina “novo pluralismo jurídico”: “1) a autonomia, poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central; 2) a descentralização, deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; 3) a participação, intervenção dos grupos, sobretudo daqueles minoritários, no processo decisório; 4) o localismo, privilégio que o poder local assume diante do poder central; 5) a diversidade, privilégio que se dá à diferença e não à homogeneidade; e, finalmente, 6) a tolerância, ou seja, o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre os vários grupos baseada em regras pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação”. A propósito do pluralismo, consulte-se as notas de nº 411, 413 e 486.

<sup>462</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, “Los derechos humanos...”, cit., p. 122.

Flores (2005, p. 123) enfatiza uma concepção dos direitos humanos como “abertura a la interacción con otros procesos culturales”; “como algo a conseguir, a conquistar, a construir por medio de prácticas sociales de subjetivación y humanización” (FLORES, 2005, p. 249), mencionando sua tendência à “abertura e não ao fechamento da ação social” (FLORES, 2009, p. 62) e à “abertura dos circuitos de reação cultural” (FLORES, 2009, p. 111). Além disso, destaca que a dignidade humana comporta “el espacio de lo humano” enquanto “abertura de todos los caminos”(FLORES, 2005, p. 270). Rubio (2018, pp. 53-54) adita que “los derechos humanos, junto con otros conceptos o medios emancipadores relacionados con la idea de liberación y dignidad humanas en perspectiva intercultural, deben tener unas consecuencias transformadoras de la división violenta y desigual del ser, del saber, del poder y del hacer humano en lo étnico, lo racial, lo etario, lo genérico y lo sexual y en referente a la clase social”.

<sup>463</sup>JOAQUÍN HERRERA FLORES, “A reinvenção dos ...”, cit., p.163.

universales, (...) entendidos como vivencia de la individualidad o especificidad de un pueblo determinado que logra su identidad tanto en la tradición histórica como en sus propias experiencias”<sup>464</sup>.

Essa compreensão sublinha o papel dos direitos humanos “in holding open the social space of contestation given the hegemonic capacity of the state”<sup>465</sup>, e também do mercado, além de consistirem em “programa que dá conteúdo ao protagonismo humanista, ao orientar projetos de vida e percursos emancipatórios”<sup>466</sup>. Em concepção convergente, e dada a importância de uma Constituição que prescreva “não só um modelo de Estado pluridimensional”, mas um “projeto para uma sociedade intercultural”<sup>467</sup>, a interconstitucionalidade concebe/entende a Constituição, como “processo público” que efetivamente “transporta momentos materiais e momentos processuais” imprescindíveis a uma democracia que não se esgote em puro modelo procedimental<sup>468</sup>. Com efeito,

uma constituição – desde logo pela sua gênese histórica e política – se não pode ser hoje um documento sagrado ou uma condensado de políticas, tem de continuar a fornecer as *exigências constitucionais mínimas (constitutional essential*, nas palavras de Rawls) ou seja, o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias pessoal, política e económica intocáveis pelas maiorias parlamentares. Aqui, o *dito constitucional* é uma dimensão básica da *legitimidade moral e material*, e, por isso, um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e contra a desestruturação moral de um texto básico através de desregulações, flexibilidades, desentulhos, e liberalizações<sup>469</sup>.

Recorde-se que quando do surgimento da Constituição em sentido moderno, “um dos problemas fundamentais” versava sobre a “emergência, em uma sociedade com crescente complexidade sistêmica e heterogeneidade social, das exigências de direitos fundamentais ou humanos”<sup>470</sup>, a ratificar a relação umbilical entre os direitos humanos e o constitucionalismo no Ocidente. Em orientação semelhante, os direitos humanos avultam como fundamento para a interconstitucionalidade, o que é robustecido pela concepção de ambos como processos permanentes de abertura.

---

<sup>464</sup>PETER HÄBERLE, “*Teoría de la Constitución...*”, cit., p. 33.

<sup>465</sup>NATHAN GIBBS, “Human Rights...”, cit., p. 528.

<sup>466</sup>JOSÉ GERALDO DE SOUSA JÚNIOR, “O direito achado na rua...”, cit., p. 2.810.

<sup>467</sup>ANTONIO CARLOS WOLKMER, “*Pluralismo crítico ...*”, cit., p. 21.

<sup>468</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*‘Brançosos’ e...*”, cit., p. 279.

<sup>469</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*‘Brançosos’ e...*”, cit., p. 126.

<sup>470</sup>MARCELO NEVES, “(Não) solucionando...”, cit., pp. 205-206.

O autor associa a isso “a questão organizacional da limitação e do controle interno e externo do poder (...), que também se relacionava com a questão da crescente especialização das funções, condição de maior eficiência do poder estatal”.

Assim, tanto quanto os direitos humanos balizaram o constitucionalismo moderno, os direitos humanos fundamentam a interconstitucionalidade, porquanto perfazem não apenas elementos objetivos do ordenamento jurídico, mas a própria essência do regime constitucional e da democracia<sup>471</sup>, subjacentes à lógica da teoria em tela. Canotilho, inclusive, alude ao “desenvolvimento de um direito internacional individualmente (não estadualmente) referenciado”<sup>472</sup>, de onde se extrai, outrossim, uma interconstitucionalidade centrada na pessoa humana.

Por essa razão, a abertura internacional pressupõe, para além da abertura da Constituição, “uma base antropológica amiga de todos os homens e de todos os povos”<sup>473</sup>, a partir da qual a interconstitucionalidade pressupõe Estados Democráticos de Direito, tanto quanto “la Teoría de la Constitución hace referencia al *arquetipo de Constitución democrática*”<sup>474</sup>.

A interconstitucionalidade, ao tempo em que consiste em paradigma que supera/alarga a concepção tradicional de Constituição, estadualmente centrada, se opõe a um entendimento objetivista, dogmático e estritamente legalista da Constituição, permitindo um dinamismo em sua interpretação e aplicação, como assevera López acerca da concepção historicista e culturalista da Constituição de Häberle<sup>475</sup>.

É de se ressaltar a importância da articulação da teoria crítica dos direitos humanos com o Direito Constitucional, ante a sua importância revivida pelos fenômenos de integração e regionalização que acompanham e derivam do processo de globalização, de

---

<sup>471</sup>Toma-se de empréstimo a reflexão de Moral (2004, p. 508) sobre “la naturaleza jurídica de los derechos constitucionales”, contexto no qual lembra que “los derechos consisten (también) en mandatos a los poderes públicos”, de onde “se puede hablar que son la columna vertebral del constitucionalismo democrático” (MORAL, 2004, p. 514).

<sup>472</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Direito constitucional...*”, cit., pp. 520-521.

<sup>473</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Direito constitucional...*”, cit., p. 369.

Assim, “a consideração de alguns princípios e regras de direito internacional como medidas de justiça justifica também o apelo ao princípio da interpretação em conformidade com os direitos do homem tal como eles se encontram plasmados nos grandes tratados de Direito Internacional” (CANOTILHO, 2003, p. 369).

<sup>474</sup>PETER HÄBERLE, “*Teoría de la Constitución...*”, cit., p. 34.

“Dicho arquetipo se compone de elementos reales e ideales, estatales y sociales, todos ellos apenas localizables en el seno de un único Estado constitucional de forma simultánea, pero con tendencia a lograr un nivel de «ser» lo más adecuado posible, y en vistas a um «deber-ser» óptimo. Sus elementos son: 1º) *la dignidad humana* (...); 2º) *el principio de soberanía popular* (...); 3º) *la Constitución como pacto*, en cuyo marco se formulan objetivos educacionales y valores orientativos posibles y necesarios (...); 4º) *el principio de división de poderes* (...); 5º) *el Estado de Derecho* y el *Estado social de Derecho*, dándose en ellos también el principio de cultura estatal «abierto» (o principio de apertura de la cultura estatal) y demás garantías de los derechos fundamentales, la independencia de la Judicatura, etc. Todos estos elementos se ensamblan en el seno de una democracia constitucional basada en el pluralismo como principio” (HÄBERLE, 2000, p. 34) (realces no original).

<sup>475</sup>MODESTO SAAVEDRA LÓPEZ, “La Constitución como...”, cit., p. 149.

onde avulta a necessidade de reforçar, na comunidade internacional, valores relativos ao princípio *pro persona* e, no plano interno, a proteção dos direitos humanos instituídos como direitos fundamentais, em um ambiente de incremento dos conflitos de interesses de variadas ordens.

Na consecução de tais processos e dinâmicas – com aptidão, inclusive, para uma compensação do quadro deficitário de realização dos direitos humanos em nível global – se logra “establecer (...) el concepto de «humanidad»” (...) no ya como algo puramente conceptual y abstracto, sino como realidad vital y palpable, cuyas dimensiones propias se perfilan a través de la respectiva talla cultural de cada pueblo”, a ensejar um “cosmopolitismo cultural general que caracteriza lo que podríamos llamar «la internacionalidad de la humanidad»<sup>476</sup>.

---

<sup>476</sup>PETER HÄBERLE, “*Teoría de la Constitución...*”, cit., p. 156 (realces no original).

No ponto, o autor conclui que essa espécie de cosmopolitismo caracteriza “una humanidad que habita a lo largo y ancho de todo el *planeta azul*”.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão dos avanços conquistados com o constitucionalismo do pós Segunda Guerra, a par da relação inextricável entre os direitos humanos e o constitucionalismo ocidental, desde seu nascedouro, é impensável, na atualidade, o Direito Constitucional sem a intersecção com os direitos humanos, assim como com noções tais como a de *jus cogens*. No mesmo sentido, não se concebe, hodiernamente, o Direito Constitucional sem a perspectiva de um constitucionalismo global, compensatório das tendências à desregulamentação em andamento, contra as quais o Estado-nação não consegue, isoladamente, fazer frente.

Nessa quadra, crises globais tais como a vivenciada no ano de 2020 apontam para a necessidade de incremento do multilateralismo e da atuação das organizações internacionais para a construção de *standards* mínimos de enfrentamento, por parte do Estado, de uma multiplicidade de questões. Por outro lado, robustecem a reflexão para os riscos advindos de uma forte primazia reclamada pelo mercado e pela agenda que vem sendo levada a efeito sobre os direitos sociais, econômicos e culturais, o que se verifica a despeito da convergência entre as ordens constitucionais sob a tríade dos postulados da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos<sup>477</sup>.

A despeito disso, o contexto atual aponta para um possível mudança de paradigma, especialmente no que se refere à cooperação internacional, ante a reclamações de pendor soberanista, com o incremento dos riscos que corre o Direito Constitucional “não apenas de perder a dimensão nuclear de um *direito do político e para o político*, mas também o de ser relegado para um *direito residual*”<sup>478</sup>. Com efeito, em que pesem as exigências por um aprofundamento do pluralismo jurídico e de por uma atenuação do

---

<sup>477</sup>Nesse contexto, recorde-se a lição de Bauman (1998, p. 256): “A política pós-moderna, voltada para a criação de uma comunidade política viável, precisa ser guiada (...) pelo tríplice princípio de Liberdade, Diferença e Solidariedade, sendo a solidariedade a condição necessária e a contribuição coletiva essencial para o bem-estar da liberdade e diferença.

<sup>478</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 185 (realces no original).  
Pertinente a síntese de Canotilho (2006, p. 185) a esse respeito: “(...) o direito constitucional é um «direito de restos». «Direito de resto do Estado», depois da transferência de competências e atribuições deste a favor de organizações supranacionais (União Europeia, Mercosul). Direito de resto do «nacionalismo jurídico» depois das consistentes e persistentes internacionalização e globalização terem reduzido o Estado a um simples «herói local». «Direito dos restos da autoregulação» depois de os esquemas reguláticos haverem mostrado a eficácia superior da autoregulação privada e corporativa relativamente à programática estatal. «Direito dos restos das regionalizações» depois das várias manifestações dos «estados complexos» (federais, regionais) exigirem a *inclusão* de outros entes quase soberanos nos espaços unitarizantes da soberania estatal” (realces no original).

protagonismo da normatização legalista, é preferível “que o direito – e desde logo o direito constitucional – continue a fornecer instrumentos democráticos para impedir que a dignidade da pessoa seja pervertida, degradando o homem em objecto”<sup>479</sup>.

Inserida num universo em que assume fundamental importância, para todo Estado democrático, a democratização do maior número de países<sup>480</sup> – a interconstitucionalidade torna o Direito Constitucional ainda mais dúctil, enquanto “*direito reflexivo* mais apto em fornecer sugestões para o político do que a traçar autoritariamente regras normativas da política”<sup>481</sup>. Nessa seara, mesmo podendo manter-se “numa posição altaneira na qualidade de direito individualizador dos *princípios* estruturantes e conformadores da ordem jurídica (...), ele tem de enfrentar a pressão das *teorias críticas* contra o normativismo constitucional fundamentador”<sup>482</sup>.

A propósito das teorias críticas, e haja vista o foco deste trabalho para a teoria crítica dos direitos humanos, a interconstitucionalidade – como fenômeno que explicita a condução do processo exposto, outrossim, a uma rede intercultural de pessoas e povos dos mais diversos estados-nação<sup>483</sup>, e de diferentes configurações de integração interestatal – concorre para que “la fuerza de los derechos humanos en eficacia y reconocimiento garantizado”<sup>484</sup> se incremente, por meio do diálogo permanente entre ordens constitucionais, que tende a aprimorá-las reciprocamente.

Para além, haja vista a importância de aprofundamento da democracia em nível global, recorda-se que a exigência democrática implícita à Teoria da Constituição expõe elementos, segundo Häberle, dentre os quais o princípio de abertura da cultura estatal, os quais estão albergados “en el seno de una democracia constitucional basada en el pluralismo como principio”<sup>485</sup>. Assim, tem-se que a interconstitucionalidade, assim como os direitos humanos, demanda a efetiva incorporação, pelas ordens constitucionais, do

---

<sup>479</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 159.

<sup>480</sup>É conhecido, no entanto, o “círculo vicioso” assim enunciado por Bobbio (2000, p. 207): “os Estados poderão se tornar democráticos apenas em uma sociedade internacional completamente democratizada. Mas uma sociedade internacional completamente democratizada pressupõe que todos os Estados que a compõem sejam democráticos.”

<sup>481</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 185 (realce no original).

<sup>482</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 185.

<sup>483</sup>Rememore-se, com Häberle (2000, pp. 34-35), que “las Constituciones *de letra viva*, entendiendo por letra viva aquellas cuyo resultado es obra de todos los intérpretes de la sociedad abierta, son en su fondo y en su forma expresión e instrumento mediador de cultura, marco reproductivo y de recepciones culturales, y depósito de futuras «configuraciones» culturales, experiencias y vivencias, y saberes” (realces no original).

<sup>484</sup>DAVID SÁNCHEZ RUBIO, “*Derechos humanos instituyentes...*”, cit., p. 49.

<sup>485</sup>PETER HÄBERLE, “*Teoría de la Constitución...*”, cit., p. 34.

pluralismo como princípio e como *praxis*; do diálogo e da partilha enquanto objetivo e enquanto rotina, recordando-se que somente um constitucionalismo social aspira, tanto quanto detém, o arcabouço teórico necessário a retratar a questão cultural<sup>486</sup>.

Nesse passo, chama a atenção, numa ótica aberta a outras perspectivas de constitucionalismo, a convergência da interconstitucionalidade e das premissas da teoria crítica dos direitos humanos com o pluralismo subjacente a propostas como a plurinacionalidade<sup>487</sup>, marcadamente presente no novo constitucionalismo latino-americano.

A par da notória relevância da teoria da interconstitucionalidade para Portugal, inserido no espaço de interconstitucionalidade denominado “triângulo judicial europeu”<sup>488</sup>, aquela é de notável importância para a pavimentação de um constitucionalismo regional transformador na América Latina, com ênfase preponderante para o fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos; para o avanço na proteção dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região, além do fomento a uma cultura de estatalidade aberta, diálogo jurisdicional e prevalência da dignidade humana<sup>489</sup>.

Reitera-se, nesse contexto, que o diálogo pressuposto pelos direitos humanos como processos de abertura e interação a outros processos culturais e pela estatalidade aberta postulada pela interconstitucionalidade, ademais do âmbito judicial/jurisdicional, apresenta-se todos os dias em distintas sedes, no mínimo, como potencialidade, nas quais participam e interagem uma pluralidade de atores<sup>490</sup>.

Na busca pelo “novo mundo”, ao qual pertence “a maior parte das nervuras dogmáticas deste direito”<sup>491</sup>, cogita-se uma realidade na qual a autodeterminação,

---

<sup>486</sup>JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR, “Cultura y derecho: las dimensiones constitucionalmente relevantes de la cultura”, in “*Derecho constitucional y cultura...*”, cit., p. 214.

Ao mencionar “un viaje de ida y vuelta entre la norma, su influencia y el imaginario colectivo”, Aguilar (2004, p. 215), aduz que o pluralismo está na base do constitucionalismo social e democrático, e que a Constituição “crea cultura” e “crea *mentalidades constitucionales*”, porquanto “con el tiempo la gente acaba formando sus mentes al cuadro constitucional y dando por buenas las *visiones y preconceptos* culturales que la Constitución traslada y promueve” (realces no original).

<sup>487</sup>A plurinacionalidade foi objeto de menção, inclusive, na nota de rodapé de nº 428.

<sup>488</sup>MARIA LUÍSA DUARTE *apud* JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Direitos fundamentais: introdução geral*, 2. ed. rev. e atual., Príncípa Editora, Parede, 2018, pp. 92-93.

Trata-se do espaço integrado pelo Tribunal Constitucional português, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

<sup>489</sup>Recorre-se à reflexão de Piovesan (2017, pp. 44-49).

<sup>490</sup>Colhe-se a reflexão, mais uma vez, de ROBERTO NIEMBRO ORTEGA, “Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales”, in “*Derechos humanos, democracia e integração...*”, cit., p. 113.

<sup>491</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 37.

“momento verdadeiramente fundacional de qualquer comunidade constituída como Estado democrático de direito”<sup>492</sup> seja efetivamente perseguida de par com a abertura estatal e interestatal – voltadas a uma legítima interação com distintos processos culturais, mediatizados pela gramática dos direitos humanos como um apelo permanente a uma abertura de caminhos aptos a facilitar o encontro com o(s) outro(s)<sup>493</sup>.

Essa abertura dos direitos humanos a outras culturas e, por conseguinte, a outras pessoas, é reclame constante para uma interação genuína entre ordens jurídico-constitucionais sobrepostas e relaciona-se, ainda, ao ideal kantiano de um direito cosmopolita, com ênfase para “o direito entre cidadãos dos diversos Estados entre si”<sup>494</sup>, articulação da qual se evidencia uma concepção de cidadania

(...) centrada também na pessoa humana e não apenas em liberdades económicas (liberdade de circulação de pessoas, produtos, capitais). Em segundo lugar, uma cidadania que, ao pressupor *accountability* (dever de cuidado dos poderes públicos e o dever de prestar contas) e a *responsiveness* (sintonia profunda da actuação dos poderes públicos com as aspirações dos cidadãos) retoma as dimensões da cidadania activa e participativa e não apenas da cidadania representativa. Em terceiro lugar, uma cidadania para além da ‘cidadania estatal’, pois a condução responsável e sustentável dos recursos aponta para uma *ciudadania cosmopolita*, apta a lidar com as novas constelações políticas pós-nacionais. Em quarto lugar, uma *ciudadania grupal* que complementa os múltiplos individuais de cidadania (associações de ambiente, organizações não governamentais, comissões de avaliação, etc.)<sup>495</sup>.

Para tal construção, no entanto, não se pode olvidar a importância da incidência do direito numa conjuntura global marcada por um aparente “divorcio entre el poder y la política”<sup>496</sup>, sem que, contudo, seja desprezada a importância do pluralismo jurídico, consectário do pluralismo democrático, campo em que se concebe o “constitucionalismo como um padrão de *interface* entre diferentes *campos de governance* desde o nível local ao

---

“Não existe, a nosso ver, o ‘fim da história’ quanto à ideia do constitucionalismo. De uma coisa, porém, estamos certos: a maior parte das nervuras dogmáticas deste direito pertence a um mundo que já não é o nosso. Procuremos, por isso, o novo mundo”.

<sup>492</sup>Segundo Canotilho (2003, p. 233 citando TELES; CASTRO, 1996), “a autodeterminação precede o Estado de direito e precede a democracia”.

<sup>493</sup>Insta anotar que, segundo Flores (2005, p. 58), a força de uma teoria crítica se medirá, em primeiro lugar, pelos caminhos que abram às pessoas “a la hora de facilitar encuentros con los otros” e, subsequentemente, “por su virtualidad a la hora de aumentar la capacidad que todo ser humano tiene de indignarse ante las injusticias y opresiones que se dan en nuestro presente”, partindo do “convencimiento de que todo lo que social e individualmente somos está necesariamente sometido a la posibilidad de cambio y transformación” (FLORES, 2005, p. 179).

<sup>494</sup>A proposição de Kant foi extraída de NORBERTO BOBBIO, “A era dos...”, cit., p. 117.

<sup>495</sup>JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “‘Brançosos’ e...”, cit., p. 334 (realces no original).

<sup>496</sup>Recorre-se, mais uma vez, a ZYGMUNT BAUMAN, “Daños colaterales...”, cit., p. 97.

nível global, passando, evidentemente, pelos níveis estaduais-nacionais e supra-nacionais”<sup>497</sup>.

Com efeito, a “constituição de uma ordem internacional respeitadora da dignidade humana”, propugnada pelo artigo 28 da DUDH, requer a abertura ínsita à interconstitucionalidade como plataforma de diálogo, objetivo que converge com a compreensão de que “tanto cada cultura nacional como el propio «universalismo cultural» resultante son, en cuanto tales, elementos de imposible disociación”<sup>498</sup> – que deve ser estendida à vocação universalista pretendida tanto pelos direitos humanos quanto pelo Estado Constitucional Democrático.

---

<sup>497</sup> Alude-se ao questionamento lançado em: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Brançosos’ e...*”, cit., p. 345 (realces no original).

<sup>498</sup> PETER HÄBERLE, “*Teoría de la Constitución...*”, cit., p. 157.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- AGAMBEN, Giorgio. **Reflexões sobre a peste**: ensaios em tempos de pandemia. São Paulo: Boitempo, 2020 (versão eletrônica).
- AGUILAR, Juan Fernando López. Cultura y derecho. Las dimensiones constitucionalmente relevantes de la cultura. *In* **Derecho constitucional y cultura**: estudios en homenaje a Peter Häberle. BADAGUER, Francisco (Coord.). Madrid: Editorial Tecnos, 2004.
- ALBRIGHT, Madeleine. **Fascism**: a warning. New York: Harper Collins, 2018 (versão eletrônica).
- ALEXANDRINO, José Melo. **Direitos fundamentais**: introdução geral. 2. ed. rev. e atual. Parede: Princípia Editora, 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana; URUEÑA, René. Imperialismo(s) y derecho(s) internacional(es): ayer y hoy. *In* **Imperialismo y derecho internacional**. ANGHIE, Antony; ORFORD, Anne; KOSKENNIEMI, Martti. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2016.
- ANTONIAZZI, Mariela Morales. La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas. *In* **Direitos humanos, democracia e integração jurídica**: emergência de um novo direito público. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ARMINGEON, Klaus; MILEWICZ, Karolina. Compensatory constitutionalization: a comparative perspective. **Global society**, 2, v. 22, 2008, pp. 179-196.
- ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARNOLD, Rainer. Changes and Tradition in European Constitutionalism. *In* **Annales Universitatis Apulensis Series Jurisprudentia**, 17, 2014, pp. 69-73.
- AVRITZER, Leonardo. O pêndulo da democracia no Brasil: uma análise da crise 2013-2018. *In* **Novos estud. CEBRAP** [online], 2, v. 37, 2018, pp. 273-289. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/nec/v37n2/1980-5403-nec-37-02-273.pdf>. Acesso em 13 mai. 2020.

BADIOU, Alain. Sobre a situação epidêmica. *In Coronavírus e a luta de classes*. Davis, Mike, *et al.* Terra sem Amos: Brasil, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASCHET, Jérôme. COVID-19: o século XXI começa agora. *In N1 edições*, 2020. Disponível em: <https://n1edicoes.org/017>. Acesso em 31 mai. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

\_\_\_\_\_. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999 (versão eletrônica).

\_\_\_\_\_. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Daños colaterales: desigualdades sociales en la era global**, Ciudad de México: Fondo del Cultura Económica, 2011 (versão eletrônica).

BECK, Ulrich. **¿Qué es la globalización?: falácias del globalismo, respuestas a la globalización**. Barcelona: Paidós, 2008.

BELLO, Enzo. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. *In Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 7, v. 1, jan-abr 2015, pp. 49-61. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.05>. Acesso em 15 mar. 2020.

BELLO, Walden. **Deglobalization: ideas for a new world economy**. London: Zed Books, 2004.

BENHABIB, SEYLA. Crises of the Republic: transformations of State sovereignty and the prospects of democratic citizenship. *In Justice, Governance, Cosmopolitanism, and the politics of difference: reconfigurations in a transnational world*. APPIAH, Kwame Anthony Appiah; BENHABIB, Seyla; YOUNG, Iris Marion; FRASER, Nancy (Ed.). Berlin: Der Präsident der Humboldt-Universität zu Berlin, 2007.

BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Lisboa: Assírio e Alvim, 2010.

BIHR, Alain. França: pela socialização do aparato de saúde. *In Coronavírus e a luta de classes*. Davis, Mike, *et al.* Terra sem Amos: Brasil, 2020.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 11.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOGDANDY, Armin von; URUEÑA, René. International transformative constitutionalism in Latin America. *In* **The American Journal of International Law**, Vol. 114, n.º 3, 2020, pp. 403-442.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRINGAS, Asier Martínez de. Pueblos indígenas migrantes. Un análisis del impacto de los procesos migratorios sobre los derechos a la identidad y a la cultura indígena. *In* **Pueblos indígenas, identidades y derechos en contextos migratorios**. RUBIO, David Sánchez; ZUNIGA, Pilar Cruz (Org.). Barcelona: Icaria Antrazyt, 2012.

BUTLER, Judith. Human traces on the surfaces of the world. *In* **Contacts**, 2020. Disponível em: <https://contacts.tome.press/human-traces-on-the-surfaces-of-the-world/?fbclid=IwAR0FjqSKnSwLTYdOgEjC6MCzX8kAE-G8LYEJBly4jZpnSFY-eTZKnbfaL4>. Acesso em 31 mai. 2020.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo de jueces. *In* **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 16. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CASSESE, Antonio. **Los derechos humanos en el mundo contemporáneo**. Barcelona: Editorial Ariel, 1993.

\_\_\_\_\_. A plea for a global community grounded in a core of human rights. *In* **Realizing utopia: the future of international law**. CASSESE, Antonio (Ed.). Oxford: Oxford University Press, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society**. Oxford: Blackwell Publishers, 2010.

\_\_\_\_\_. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.



\_\_\_\_\_. Tempo de vírus. In **La vanguardia**, 2020. Disponível em: <https://www.lavanguardia.com/opinion/20200321/474278473999/tiempo-de-virus.html>. Acesso em 7 mai. 2020.

CHANG, Wen-Chen; YEH, Jiunn-Rong. Internationalization of constitutional law. In **The oxford handbook of comparative constitutional law**. ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andras (Ed.) Oxford: Oxford University Press, 2012.

CHOMSKY, Noam. **Profit over people: neoliberalism and global order**. New York: Seven Stories Press, 1999.

\_\_\_\_\_. We can't let COVID-19 drive us into authoritarianism. In **Truthout**, 2020. Disponível em: <https://truthout.org/articles/we-cant-let-covid-19-drive-us-into-authoritarianism/>. Acesso em 31 mai. 2020.

\_\_\_\_\_; MITCHELL, Peter R. (Org.); SCHOEFFEL, John (Org.). **Understanding power: the indispensable Chomsky**. New York: The New Press, 2002.

CARBALLIDO, Manuel E. Gándara. **Los derechos humanos en el siglo XXI: una mirada desde el pensamiento crítico**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2019.

CARVALHO, Salo de. Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In **Fundamentos de história do direito**. WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Compreender os direitos humanos: Manual de educação para os direitos humanos – coordenação, Vital Moreira; Carla de Marcelino Gomes; colaboração, Ana Filipa Neves [et al.]. Coimbra: Ius Gentium Conimbrigae: Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), 2012, disponível em: [http://igc.fd.uc.pt/manual/pdfs/manual\\_completo\\_capas.pdf](http://igc.fd.uc.pt/manual/pdfs/manual_completo_capas.pdf). Acesso em 18 mai. 2020.

CORREIA, Fernando Alves. **Justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DUROSELLE, Jean-Baptiste. **Todo império perecerá**. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Lisboa: Editora Ulisseia, 1961.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FLORES, Joaquín Herrera. **Los derechos humanos como productos culturales**: crítica del humanismo abstracto. Madrid: Los libros de la catarata, 2005 (versão eletrônica).

\_\_\_\_\_. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *In Lua Nova*, 77, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n77/a01n77.pdf>. Acesso em 16 mar. 2020.

GALLARDO, Helio. **Teoría crítica**: matriz y posibilidad de derechos humanos. San Luis Potosí: Editoriales de la *Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí*, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos como movimento social**: para uma compreensão popular das lutas por direitos humanos. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2019.

GIBBS, Nathan. Human rights, symbolic form, and the idea of the global constitution. *In German Law Journey*, 18, n.º 3, 2017. Disponível em: [https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/5928238fd2b8570b3eaebc9e/1495802767683/02\\_Vol\\_18\\_No\\_03+Gibbs.pdf](https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/5928238fd2b8570b3eaebc9e/1495802767683/02_Vol_18_No_03+Gibbs.pdf). Acesso em

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

\_\_\_\_\_. **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Editorial Presença, 2006.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. *In Direitos humanos, democracia e integração jurídica*: emergência de um novo direito público. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

- \_\_\_\_\_. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Madrid: Tecnos, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- \_\_\_\_\_. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In* **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. SARLET, Ingo (Org.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. **The crisis of the European Union: a response**. Cambridge: Polity, 2012.
- HAN, Byung-Chul. **What's power?**. Cambridge: Polity Press, 2019.
- \_\_\_\_\_. We cannot surrender reason to the virus. *In* **write.as**, 2020. Disponível em: <https://write.as/0hwmokmqr13vm2fw.md>. Acesso em 31 mai. 2020.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 2000 (versão eletrônica).
- HERRERA, Miguel Ángel García. Consideraciones sobre constitución y cultura. *In* **Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle**. BADAGUER, Francisco (Coord.). Madrid: Editorial Tecnos, 2004.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOBSBAWN, Eric. **Nations and nationalism since 1780**. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Globalização, direitos humanos e terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007 (versão eletrônica).
- HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. *In* **Textos escolhidos**. BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max.; ADORNO, Theodor W.; HABERMAS, Jürgen. São Paulo: Abril Cultural, 1975 (Coleção Os Pensadores).
- HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das letras, 2009.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999 (versão eletrônica).

KEOHANE, Robert O. Multilateralism: An Agenda for Research. *In International Journal*, vol. 45, nº. 4, 1990, pp. 731-764.

KLABBERS, Jan. International constitutionalism. *In The Cambridge companion to comparative constitutional law*. MASTERMAN, Roger; SCHÜTZE, Robert (Ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

KOSKENNIEMI, Martti. Constitutionalism as mindset: reflections on Kantian themes about international law and globalization. *In Theoretical Inquiries in Law*, 1, v. 8, 2007, pp. 9-36. Disponível em: <https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/231001/571.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 25 mai. 2020.

LASSALE, Ferdinand. **¿Qué es una constitución?**. Bogotá: Editorial Temis, 2003.

LEVITSKY, Steve; ZIBLATT, Daniel. **How democracies die**. New York: Crown Publishing, 2018.

LÓPEZ, Modesto Saavedra. La Constitución como objeto y como límite de la cultura. *In Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*. BADAGUER, Francisco (Coord.). Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

MACHADO, Jónatas E. M. **Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MACKENZIE, Iain. **Política: conceitos-chave em filosofia**. Porto Alegre: Artmed, 2011 (versão eletrônica).

MARTÍN, Carlos de Cabo. El elemento utópico, ingrediente cultural del constitucionalismo. *In Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*. BADAGUER, Francisco (Coord.). Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

MARTINS, Rui Cunha. Interconstitucionalidade e historicidade. *In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. José Joaquim Gomes Canotilho*, 104, Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

MARQUES, Mário Reis. **Introdução ao Direito**. Volume I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. A hipertrofia do presente no direito da era da globalização. *In Revista Lusófona de humanidades e tecnologias*, 12, 2007/2008, pp. 121-132.

\_\_\_\_\_. A protecção internacional dos direitos humanos: dos sistemas regionais ao intento global da ONU. *In Boletim de Ciências Económicas*, LVII, Tomo III, 2014, pp. 2005-2058. Disponível em: <https://digitalis->

[dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/39780/1/A%20Proteccao%20Internacional.pdf](http://dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/39780/1/A%20Proteccao%20Internacional.pdf). Acesso em 16 mar. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. São Paulo: n1 edições, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017(versão eletrônica).

MIGNOLO, Walter. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. *In* **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. LANDER, Edgardo (Org.). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2005, pp. 33-49.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

MORAL, Antonio Torres del. Naturaleza jurídica de los derechos constitucionales. *In* **Derecho constitucional y cultura**: estudios en homenaje a Peter Häberle. BADAGUER, Francisco (Coord.). Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

MOYN, Samuel. **The last utopia**: human rights in history. Cambridge: Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2010 (versão eletrônica).

NANCY, Jean-Luc. Exceção viral. *In* **N1 edições**, 2020. Disponível em: <https://n1edicoes.org/065>. Acesso em 31 mai. 2020.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *In* **Lua Nova** 93, 2014, pp. 201-232.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**: dignidade e inconstitucionalidade. Volume II. Coimbra: Almedina, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, António José Avelãs. Neoliberalismo e direitos humanos. *In* **Revista da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 98, 2003, pp. 423-462. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67596/70206>. Acesso em 18 mai. 2020.

ORTEGA, Roberto Niembro. Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales. *In* **Direitos humanos, democracia e integração jurídica**: emergência de um novo direito público.

BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism in the European Union. *In* **WHI – Paper 5/02**, 2001. Disponível em: <http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0502.pdf>. Acesso em 21 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Integrating the charter of fundamental rights into the constitution of the European Union: practical and theoretical propositions. *In* **Columbia Journal of European Law**, 10, n.º 1, 2003, pp. 5-48.

\_\_\_\_\_. The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. *In* **Columbia Journal of European Law**, 15, n.º 3, 2009, pp. 349-408.

PERSILY, Nathaniel. The 2016 U.S. Election: Can democracy survive the internet?. *In* **Journal of Democracy**, 2, v. 28, 2017, pp. 63-76. Disponível em: [https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2017/04/07\\_28.2\\_Persily-web.pdf](https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2017/04/07_28.2_Persily-web.pdf). Acesso em 2 mai. 2020.

PETERS, Anne. Global constitutionalism revisited. *In* **International Legal Theory**, 11, 2005, pp. 39-68. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/intlt11&div=7&id=&page>. Acesso em 2 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. *In* **Leiden Journal of International Law**, 19, 2006, pp. 579-610.

\_\_\_\_\_. The globalization of state constitution. *In* **New perspectives on the divide between national and international law**. NIJMAN, Janne E; NOLLKAEMPER, André (Ed.). Oxford: Oxford University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. Supremacy lost: international law meets domestic constitutional law. *In* **Vienna Online Journal on International Constitutional Law**, v. 3, 2009, pp. 170-198. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1559002](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1559002). Acesso em 2 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Are we moving towards constitutionalization of the world community? *In* **Realizing utopia: the future of international law**. CASSESE, Antonio (Ed.). Oxford: Oxford University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. Constitutionalisation. *In* **Concepts for international law - contributions to disciplinary thought**. D'ASPREMONT, Jean; SINGH, Sahib (Ed.). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper n.º. 8, 2017, pp. 1-14. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2941412](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2941412). Acesso em: 18 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Los méritos del constitucionalismo global. *In* **Revista Derecho del Estado**, 40, 2018, pp. 3-20. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6382010>. Acesso em: 18 mai. 2020.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013a (versão eletrônica).

\_\_\_\_\_. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. *In* **Direitos humanos, democracia e integração jurídica**: emergência de um novo direito público. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.), Elsevier Rio de Janeiro: Elsevier, 2013b.

\_\_\_\_\_. *Ius constitutionale commune* em direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. *In* **Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico**. FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.); GERBER, Konstantin (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In* **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. LANDER, Edgardo (Org.). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2005, pp. 107-126.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a (versão eletrônica).

\_\_\_\_\_. **Teoria geral dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b (versão eletrônica).

\_\_\_\_\_. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (versão eletrônica).

RUBIO, David Sanchez. **Contra una cultura anestesiada de derechos humanos**. San Luis Potosí: Editoriales de la *Facultad de Derecho* de la *Universidad Autónoma de San Luis Potosí*, 2007.

\_\_\_\_\_. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

\_\_\_\_\_. **Encantos y desencantos de los derechos humanos**: de emancipaciones, liberaciones y dominaciones. Barcelona: Icaria Antrazyt, 2011.

\_\_\_\_\_. **Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación**. Ciudad de México: Akal, 2018.



SAMPAIO JR, Plínio de Arruda. Desenvolvimento e neodesenvolvimento: tragédia e farsa. *In Serv. Soc. Soc.*, 112, 2012, pp. 672-688.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

\_\_\_\_\_. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Refundación del Estado en América Latina**: perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010b.

\_\_\_\_\_. **Se Deus fosse um ativista de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

\_\_\_\_\_. **O fim do império cognitivo**. Coimbra: Almedina, 2018.

\_\_\_\_\_. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina, 2020.

\_\_\_\_\_. CHAUI, Marilena. **Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012 (versão eletrônica).

SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. London: Duke University Press, 2008 (versão eletrônica).

SIKKINK, Kathryn. Latin America's protagonist role in human rights. *In SUR - International Journal On Human Rights*, 22, v. 12, 2015, pp. 207-219. Disponível em: <https://sur.conectas.org/en/latin-americas-protagonist-role-human-rights/>. Acesso em 26 mar. 2020.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMÕES, Lucas Diz; MORAIS, Flávia Marcelle Torres Ferreira de; FRANCISQUINI, Diego Escobar (Org.). **Defensoria Pública e a tutela estratégica dos coletivamente vulnerabilizados**. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2019.



SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. O direito achado na rua: condições sociais e fundamentos teóricos. *In Revista Direito e Praxis*, 10, nº. 4, 2019, pp. 2.776-2.817.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Crítica de la razón poscolonial**: hacia una historia del presente evanescente. Madrid: Akal, 2010.

STANLEY, Jason. **Como funciona o fascismo**: a política do “nós” e “eles”. Porto Alegre: L&PM Editores, 2018 (versão eletrônica).

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018 (versão eletrônica).

\_\_\_\_\_. (participante) **Canotilho e a constituição dirigente**. COUTINHO; Jacinto Nelson de Miranda (Org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEUBNER, Gunther. Fragmented Foundations. **In The Twilight of Constitutionalism?**. DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Ed.). Oxford Scholarship Online, 2010. Disponível em: <https://www.jura.uni-rankfurt.de/42852846 /FragmentedFoundations.pdf> Acesso em: 10 jul. 2020.

URBANO, Maria Benedito. **Curso de justiça constitucional**: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

VEIGA, Paula. Cidadania: cambiante de um conceito e suas incidências político-constitucionais. *In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 82, 2006, pp. 391-414.

\_\_\_\_\_. Democracia em voga e e-política, e-democracia e e-participação. *In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 90, nº. 1, 2014, pp. 461-472.

\_\_\_\_\_. A cidadania, o outro e a inclusão: revisitação de um tema clássico nos 30 anos da Constituição Federal de 1988. *In Constituição Federal 30 Anos*. MARTINS, Ives Gandra da Silva; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; LAZARI, Rafael de (Org.). Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

VILLEY, Michael. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico, **Revista Electrónica Aportes Andinos**, 2, 2002, pp. 1-6. Disponível em: <http://icci.nativeweb.org/boletin/36/walsh.html>. Acesso em 20. Mai. 2020.

WATTS, Lynelle; HODGSON, David. **Social justice theory and practice for social work**: critical and philosophical perspectives. Singapore: Springer, 2019.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

WET, Erika de. The international constitutional order. *In International and Comparative Law Quarterly*, 55, 2006, pp 51-76.

\_\_\_\_\_. The constitutionalization of public international law. *In The oxford handbook of comparative constitutional law*. ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andras (Ed.) Oxford: Oxford University Press, 2012.

WOLFF, Jonathan. **Introdução à filosofia política**. Lisboa: Gradiva, 2004 (versão eletrônica).

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

\_\_\_\_\_. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. *In Direitos humanos e globalização*: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. RUBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). 2. ed. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2010.

\_\_\_\_\_. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina”. *In Constitucionalismo latino-americano*: tendências contemporâneas. WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.). Juruá, Curitiba, 2013

\_\_\_\_\_. **Teoría crítica del derecho desde América Latina**. Ciudad de México: AKAL, 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 11. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

ZIZEK, Slavoj. Contra os direitos humanos. *In Mediações – Revista de Ciências Sociais*, 15, n.º 1, 2010. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/6541/5947>. Acesso em 16 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Um golpe como o de “Kill Bill” no capitalismo. *In Coronavírus e a luta de classes*. Davis, Mike, *et al.* Terra sem Amos: Brasil, 2020a.

\_\_\_\_\_. **Pandemia**: covid-19 e a reinvenção do comunismo. São Paulo: Boitempo, 2020b.

ZUBER, Valentine. Are human rights of religious origin?. *In SUR* 29, 29, v. 16, 2019, pp. 17-31.