

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
TEORIA CONSTITUCIONAL**

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO PERANTE AS EXIGÊNCIAS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: DIÁLOGOS A RESPEITO DO SENTIDO ADEQUADO DE UMA UNIDADE NA PLURALIDADE NORMATIVA

BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM BEFORE THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW DEMANDS: DISCUSSIONS ON THE ADEQUATE MEANING OF A UNITY ON THE NORMATIVE PLURALITY

Emilio Peluso Neder Meyer

Resumo

RESUMO: O trabalho procura refletir a respeito de um sentido normativo unitário adequado a lidar com o pluralismo e a complexidade das sociedades atuais. Isto é feito a partir de uma reflexão sobre o papel do constitucionalismo contemporâneo ante o Direito Internacional dos Direitos Humanos. O ponto de partida é uma análise crítica sobre os limites e possibilidades de uma teoria que recorrentemente tem embalado e fundamentado o exercício da função jurisdicional, qual seja, a ponderação de valores proposta, principalmente, a partir de Robert Alexy. Diante de uma perspectiva discursiva (Habermas) e construtivista (Dworkin) do direito, a proposta crítica apresentada no artigo procura reivindicar a força da normativa internacional de direitos humanos, mesmo diante de um árduo campo de trabalho. Esta força normativa é a chave para uma reconstrução da legitimidade da função jurisdicional e um passo inicial para se pensar um constitucionalismo transnacional.

Palavras-chave: Palavras-chave: constitucionalismo, Direitos humanos, Teoria discursiva, Pluralismo, Poder judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

ABSTRACT: The article aims to speculate about a normative unitary sense adequate to dealing with the pluralism and the complexity of contemporary societies. This is done through a reflection on the contemporary constitutionalism role before the International Human Rights Law. The starting point is a critical analyses on the limits and possibilities of a theory that has constantly fostered and grounded the adjudication function exercise, that is, the value balancing proposed, mainly, through Robert Alexy thesis. Through a discursive (Habermas) and constructive (Dworkin) law perspective, the critical proposal showed in the article aims to advocate the force of the international human rights normative system, even against severe conditions on the ground. This normative force is the key to the reconstruction of the adjudication function legitimacy and a first step to talk about a transnational constitutionalism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: constitutionalism, Human rights, Discursive theory, Pluralism, Judiciary power

I – INTRODUÇÃO

Pensar a unidade na pluralidade é, talvez, um dos maiores desafios da contemporaneidade. Não se trata apenas de refletir a respeito de um papel de generalidade do constitucionalismo ou dos constitucionalismos (CANOTILHO, 2001, p. 49 e ss).¹ Noções como “empréstimos constitucionais”, na expressão de Sujit Choudhry (2006); “engajamento constitucional” em termos de articulação, convergência ou resistência, segundo Vicki Jackson (2009); “interconstitucionalidade”, para Canotilho (2008); “constelação pós-nacional”, no dizer de Jürgen Habermas (2001); “Constituição cosmopolita”, para Alexander Somek (2014); “para além do constitucionalismo”, segundo Nico Krisch (2010); o “crepúsculo do constitucionalismo”, de acordo com Dobner e Loughlin (2010); ou, ainda, “transconstitucionalismo”, para Neves (2009), todas essas são expressões que colocam em discussão a possibilidade de se pensar algo de unitário, algo de referência para sociedades diante de um movimento globalizante. Estaríamos, após a falência de um projeto de Constituição para a Europa, diante da impossibilidade de um constitucionalismo a nível regional ou global? Ou devemos reorganizar nossas pretensões?

Este breve artigo objetiva apresentar algumas questões que tocam no problema da referência que uma unidade normativa poderia construir ante a complexidade das sociedades contemporâneas. Este é um problema que não se reduz ao constitucionalismo brasileiro. E justamente por isto, o *Leitmotiv* da discussão será a legitimidade do exercício jurisdicional do controle de constitucionalidade. Em um contexto de generalizada aceitação da ponderação de valores como fundamento legitimador do exercício daquela função estatal, é preciso saber se tal perspectiva é compatível com um movimento mais amplo do constitucionalismo que precisa lidar com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e com outras ordens normativas. Isto será feito com uma ligeira discussão sobre as potencialidades da filosofia da linguagem; uma análise do caráter eticizante da ponderação de valores; uma aproximação do construtivismo jurídico como uma hermenêutica mais apropriada para lidar com as reivindicações do constitucionalismo atual; e, ao fim, com uma sugestão do que poderia

¹ “O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, *não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos* (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários *movimentos constitucionais* do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de *constitucionalismo*” (CANOTILHO, 2007, p. 51).

aparecer como um conceito jurídico apropriado para uma perspectiva não colonizadora de uma unidade normativa para além dos Estados nacionais e das estruturas jurídicas regionais supra-estatais.

II – COMPLEXIDADE SOCIAL E FILOSOFIA DA LINGUAGEM

O aumento da complexidade social se deu vertiginosamente com o devir do século XX (HABERMAS, 1998, p. 64). Tal aumento gerou mudanças paradigmáticas em termos morais, éticos e jurídicos que só poderiam ser apreendidas e aprisionadas por regimes que pretendessem manter o mesmo centro referencial, a mesma unidade anterior. Um centro de referencialidade por ilegítima coerção será mantido, com maior facilidade, em sistemas ditatoriais e, mais facilmente ainda, em sistemas totalitários.² Contudo, se levarmos a sério as exigências de um regime democrático, de um trabalho do dissenso, dificilmente podemos manter as mesmas exigências de unidade ou os mesmos termos da unidade. É claro que o referencial pode ser deslocado: será Ingeborg Maus (2000) que, forte em Marcuse, denunciará a assunção do *locus* do monarca destronado pelo Poder Judiciário, poder que passa a atuar como superego de uma sociedade órfã.

O diagnóstico de Maus não se restringe à Alemanha. Para a autora, pode-se verificar nos últimos anos o aumento da popularidade do Poder Judiciário (popularidade fruto da ausência de poderes de crítica por parte de uma sociedade órfã) também em países como os Estados Unidos. A recente literatura traz ao público biografias de juízes, históricos desses personagens em que eles são comparados a deuses do Olimpo. Isto daria margem para a formulação de teorias que, segundo ela, atribuem ao juiz um poder excessivo. Um quadro que denota um aumento de poder da Justiça e um comprometimento da estrutura estatal em prejuízo da autonomia cidadã, para dizer com Habermas. (MEYER, 2008, p. 29-30)

Um regime democrático apenas se manterá se lidar com o *pluralismo razoável* (RAWLS, 2005), na medida em que atribuir a legitimidade do poder político a uma configuração possa fazer conviver a pluralidade na unidade.³ Ou seja, cuida-se de reforçar o

² Na classificação de Linz e Stepan, os regimes podem ser: a) totalitário: a.1) não há pluralismo; a.2) ideologia holística; a.3) mobilização social por associações compulsórias de controle estatal; a.4) não há controle de poder da autoridade líder; b) autoritário: b.1) pluralismo limitado, com semi-oposição ou pluralismo prévio; b.2) ideologias setorializadas ou mentalidades; b.3) mobilização política repreendida; b.4) liderança única ou grupos de liderança; c) pós-totalitário: c.1) há ala de oposição, mas busca-se conservar um partido único; c.2) a adesão a ideologia é menor; c.3) há adesão menos às associações de Estado e surgem associações dele desvinculadas; c.4) lideranças têm perfil mais burocrático que carismático; d) sultanístico: d.1) poder despótico do Sultão sobre a existência ou não do pluralismo; d.2) pilar ideológico é o próprio Sultão; d.3) mobilização baixa e comumente clientelista; d.4) liderança central é personalíssima e arbitrária (TORELLY, 2012, p. 68).

³ “Esse “pluralismo razoável” pretende chamar nossa atenção para a circunstância de que as sociedades modernas “não se caracterizam meramente pelo fato de um pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e

sentido de um *pluralismo abrangente*, na ótica proposta por Rosenfeld (2010).⁴ Esse não é apenas um desafio do século XX, mas de toda a tradição constitucionalista que se renovou a partir do período revolucionário e que teve que fazer conviver, a partir dali, com uma irremediável tensão entre a perenidade e a mudança, entre constitucionalismo e democracia (ELSTER, 2009) – tensão esta que se radicalizou com o exercício de um controle de constitucionalidade por aqueles que não são representantes do povo – a “dificuldade contramajoritária” (BICKEL, 1986).⁵ É claro que, sob paradigmas diversos, tal tensão será lida sob diferentes auspícios.

“Ao possibilitar a garantia dos direitos fundamentais processuais jurisdicionais, nos próprios processos constitucionais de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, a Jurisdição Constitucional também garantirá as condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos, pela aplicação reflexiva do princípio do devido processo legal, compreendido, aqui, como “modelo constitucional do processo” [...]”. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 136)

A possibilidade de enxergar devidamente essa tensão, talvez, só possa ser lida a partir de uma mudança eminentemente contemporânea (ou, pode-se dizer, mesmo do século passado). Trata-se do chamado *giro linguístico* (OLIVEIRA, 2001) que, sob tradições elas bastante diversas, procurou demonstrar que a linguagem, ao mesmo tempo em que cumpre sua função básica de comunicar, age sobre o mundo. Podemos pensar tal giro de diversas formas; é necessário reduzi-las, contudo, aos limites deste texto. A possibilidade de que se comunique algo, sempre uma possibilidade, só se realiza porque trabalha bem uma tensão: a tensão entre facticidade e validade (HABERMAS, 1998, p. 65). Ela está presente nos jogos de linguagem de Wittgenstein, nos atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários de John Austin: mais do que dizer algo, eu posso agir sobre o mundo no momento em que digo algo.⁶

morais abrangentes, mas sim por um pluralismo de doutrinas incompatíveis entre si, mas, mesmo assim, razoáveis”. Com essa afirmação, Rawls quer dar conta do fato de que nós, as pessoas, muitas vezes divergimos de modo radical em relação a nossas convicções mais básicas, mas fazemos isso, no entanto, a partir de nossa adesão a concepções “razoáveis” (e não necessariamente, por exemplo, a partir de nosso dogmatismo, ou a partir de uma estrita irracionalidade, que nos impede de reconhecer certos dados incontestáveis da realidade). O “fato do pluralismo razoável” – acrescenta Rawls – não constitui um mero fato histórico, capaz de perder significado de um dia para outro. Ele aparece, antes, como “um traço permanente da cultura política da democracia”, um fato com o qual devemos contar, e que é derivado dos *limites naturais do conhecimento humano*” (GARGARELLA, 2008, p. 228).

⁴ Para uma recuperação desta literatura, cf. Patrus (2015).

⁵ Que só é, de fato, uma “dificuldade”, caso se enxergue um paradoxo entre constitucionalismo e democracia, não uma tensão constitutiva. Fiquemos com uma posição mais próxima de um constitucionalismo procedimental, em que o resgate de direitos fundamentais e do devido processo legislativo fará parte de um exercício legítimo do controle de constitucionalidade. Para tanto, cf. Zurn (2007), Cattoni de Oliveira (2014) e Meyer (2008).

⁶ É possível perceber, pois, nesse ligeiro e precário resumo de algumas correntes que deram propulsão ao giro linguístico e que marcaram sobremaneira a obra de Habermas, que não é possível ignorar o papel da linguagem nas sociedades contemporâneas. Aliás, esse papel esteve presente desde sempre: o que autores como

Ter ciência dessa mudança, de uma linguagem que está no mundo embrenhada em idealidade, que desloca a oposição real e ideal, este é o caminho para compreender que há uma ação sobre o mundo no momento em que dizemos algo: mais ainda se pensarmos no momento em que estabelecemos um dispositivo normativo em uma lei ou em uma Constituição.

Mas não nos enganemos: a tensão sempre permanece. Ninguém muda o mundo com leis ou códigos apenas. A mudança proporcionada pelos livros, códigos, brocardos jurídicos, não sobrevive sem quem possa tornar o dispositivo normativo, ao cabo, em norma.⁷ Desse modo, ainda que se possa produzir unidade pela sistematicidade, algo que soaria quase como um fetiche para a Escola da Exegese francesa, ainda assim, teríamos os mesmos problemas de insegurança. A questão passa a ser, então, a da consciência de uma incerteza, de uma precariedade que perpassa nossa comunidade científica e que alcança nossas sociedades. Adam Przeworski (1991, p. 13) diria que a democracia é a “incompletude regulada”: cuida-se de pautar devidamente o risco, a possibilidade de mudança, de alteração a todo o tempo. Não estamos sempre diante de possibilidade de golpes de Estado, de golpes brancos, de golpes de legalidade? Há como extirpar esse perigo para sempre?

III – PONDERAÇÃO DE VALORES VS. CONSTITUCIONALISMO PROCEDIMENTAL

É esse o paradigma desatualizado que parece permear a teoria do direito alexyana e sua ponderação de valores (ALEXY, 1993; MENDES e BRANCO, 2014), tão em voga no Brasil e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (cf. MEYER, 2008; BENVINDO, 2010). Buscar segurança por meio de uma racionalidade exata para uma ciência social aplicada. A máxima da proporcionalidade como critério de racionalidade das decisões judiciais, fórmulas para a solução da colisão de direitos fundamentais, leis gerais como a lei de ponderação e como a lei de colisão, ela mesma uma chancela de determinada ponderação anteriormente feita que pode ser reaplicada em casos futuros, “desde que presentes as mesmas condicionantes fáticas”:⁸ ora, seria isto justamente o que se teria diante de uma ciência que

Wittgenstein, Frege, Peirce e Austin, entre vários outros, possibilitaram foi a percepção dessa importância e a necessidade de debruçar-se sobre ela. É essa linguagem que, ao mesmo tempo em que possibilita a comunicação, torna tanto os resultados desta última quanto seu *medium* passíveis de revisão e crítica” (MEYER, 2008, p. 159).

⁷ Devo a menção ao papel de mudança no acesso à realidade proporcionado pelo advento da forma impressa dos livros, como denuncia Hans Blumenberg, ao colega Ricardo Campos.

⁸ “Com isso, para Alexy, uma ponderação sobre direitos fundamentais que seja “correta” tem como efeito a formação de uma norma de direito fundamental com caráter de regra à qual pode ser subsumido o caso. Por meio

pretende superar o positivismo jurídico? Mais do que isso: cuida-se de uma proposta de forte teor “eticizante”. Ela traz para o centro do direito um ponto de vista de caráter valorativo próprio a discursos éticos, ou seja, despreocupado com uma visão do que seja universalizável.⁹

Tal proposta parece querer fazer desaparecer uma outra tensão. A tensão linguística entre facticidade e validade traduz-se em uma tensão entre segurança jurídica e justiça. Vários autores parecem estar cientes disto na contemporaneidade. Pensemos em quem traduz diretamente esses conceitos: Jürgen Habermas. Para o alemão, a tensão entre a facticidade de normas que se impõem coercitivamente e a validade a elas inerente depende de pensar a legitimidade a partir de um critério discursivo. Some-se o princípio do discurso (“U”) com a “forma jurídica” e teremos o mesmo princípio democrático (“D”), o regime político que não pode ser extirpado da contemporaneidade (HABERMAS, 1998, p. 174). Tão fundamental a ponto de mesmo ditaduras quererem parecer não só juridicamente autorizadas, mas também remetidas a alguma autoridade popular. Nosso Ato Institucional nº 1/1964 tinha em seu preâmbulo uma direta alusão ao poder constituinte: “Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma”.

Ou seja, é preciso também dar conta da tensão que está por detrás da relação entre constitucionalismo e democracia: a tensão entre direito e democracia. Linguisticamente concebida como uma tensão – e não um paradoxo – a relação entre direitos humanos e democracia, autonomia privada e autonomia pública, perpassa a história pós-revolucionária do constitucionalismo. Uma história fundamental sim, uma história também ela baseada na

desse caso, é possível formular uma *lei de colisão*: “[...] las condiciones, bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevalecente” (MEYER, 2008, p. 373).

⁹ “Com o pós-Guerra e a reinstalação da democracia, no entanto, esse papel de condutor da “moralidade alemã”⁹ foi mantido mesmo com a Constituição de Bonn de 1949. Juristas permaneceram nas universidades e juízes em seus cargos, ou seja, o mesmo pensamento de extensão dos poderes e competências do Judiciário foi mantido⁹. Assim, foi fácil para o *Bundesverfassungsgericht* criar doutrinas como a da “Jurisprudência de Valores”, reelaborando o passado nazista como uma amarra do juiz ao direito positivo e propondo o julgamento conforme cláusulas gerais, conceitos indeterminados e outros parâmetros que não tinham qualquer vinculação com a Constituição, mas, ao contrário, eram tratados como normas suprapositivas às quais o Judiciário teria sempre acesso. Justificou-se o domínio da doutrina antiformalista com o recomeço do Estado de Direito. Com isso, o monarca que teria sido destituído com o paradigma liberal burguês reencarnou no superego que constitui o Judiciário. A “sociedade órfã” já não dispunha do livre acesso à emancipação moral, mas tinha no Estado um poder que era a *imago*, a imagem paternal que lhe ditava os principais valores assim classificados por ela. O direito aplicado não é o votado no Legislativo, porém o que o Judiciário entende como aplicável; se ele não existe, basta criá-lo” (MEYER, 2008, p. 29). Esclareça-se que Maus não distingue, como Habermas, direito e moralidade; assim, sua expressão da moralidade tem muito mais a ver com o sentido de eticidade no pensamento habermasiano.

referencialidade. Mas uma outra referencialidade. Michel Rosenfeld (2003) falará de uma identidade constitucional que é sempre um espaço vazio: identidades parciais em disputa debaterão e se enfrentarão, nos trilhos do Direito Constitucional, sobre a melhor forma de ocupar aquele lugar vazio. Qualquer assunção definitiva que expulse as identidades parciais corresponderá à negação da própria identidade constitucional, das próprias normas básicas que informam essa forma de organização social que o Constitucionalismo pauta.

É possível, também, equacionar a relação entre constitucionalismo e democracia por meio de lutas que robustecem o sentido normativo, ao invés de afasta-lo. Movimentos sociais organizados podem condicionar a forma como instituições políticas atuam, conformando medidas estatais mais alinhadas com a vontade popular. O processo interpretativo de uma Constituição passa por contestações no seio de uma “cultura constitucional” apta a tornar os movimentos sociais agentes da mudança constitucional, seja ela textual, seja ele interpretativa – pense-se, por exemplo, como evoluíram as medidas de justiça de transição no Brasil a partir do que estabelecido em 1988 com o art. 8º do ADCT.¹⁰

Cooperando com esta visão, Habermas permite que a razão prática, lida a partir do giro linguístico, se torne ainda mais complexa e sofisticada, tal qual a sociedade na qual se insere. A razão prática passa a ser também uma razão comunicativa (HABERMAS, 1998, p. 65). Desse modo, ela não pode ser pautada apenas por um discurso moral – nesse ponto, uma primeira discordância com Alexy (2001) e, de um modo até, diverso, poder-se-ia dizer com o Dworkin mais “ouriço” (2011).¹¹ O discurso jurídico, que não contava há muito com um amálgama normativo pré-moderno, parte-se em discursos pragmáticos, éticos e morais (HABERMAS, 2000). Argumentos pragmáticos perguntam pelo que seria teleologicamente adequado, em uma relação entre meios e fins; discursos éticos dizem sobre identidades individuais e coletivas, sobre o que é bom para um eu ou um nós; discursos morais, de seu turno, cuidam do que teria pretensões de universalidade em termos de correção e justiça.

Esse modo de relacionar ética e moral, não assumido por boa parte da Filosofia, é preciso dizer, precisa ainda ser equacionado com a forma jurídica e com o Direito

¹⁰ Para uma discussão da “cultura constitucional”, cf. SIEGEL (2006).

¹¹ Em um sentido diametralmente oposto ao reivindicado por Alexy, Dworkin irá defender, em *Justice for Hedgehogs* (2011), a tese de uma unidade do valor para explicar a relação entre moral, ética e direito. Não nos ocuparemos dessa proposta no presente texto, assumindo perspectivas anteriores do mesmo Dworkin, muito no sentido de um *construtivismo jurídico* (cf. MEYER in FERNANDES, 2015).

Constitucional. Para que isto possa ser feito procedimentalmente, Habermas socorre-se de Klaus Günther (2004) e sua diferenciação entre *discursos de justificação* e *discursos de aplicação*.¹² É preciso, assim, diferenciar entre o estabelecimento de normas a partir de uma situação em que se “mantenham todas as coisas” (cláusula ‘*ceteris paribus*’) – feito a partir de uma imparcialidade como referente ao que seria universalizável; e o que significa tornar aquelas normas adequadas a uma situação de aplicação, por conta do uso de um senso de adequabilidade. Nesse ponto, as normas aparecem, sim, como normas “*prima facie*” – em um sentido próximo e distante de Alexy.¹³ Distante justamente porque não há uma opção pela norma adequada e, em seguida, desatam-se razões a justificarem a discricionariedade. Pelo contrário, situações específicas de aplicação colocam em destaque as razões que farão com que aquela norma aplicada revele que a parte tem um direito.

Assim, os *discursos jurídicos de justificação* permitem que diversos argumentos entrem em competição pela mais imparcial tradução em uma norma jurídica. No nível de um poder constituinte, o espaço para equacionar tais argumentos era bastante amplo; hoje, nem tanto.¹⁴ Há elementos do Constitucionalismo e do Direito Internacional dos Direitos Humanos que concorrem para evitar que a mera arbitrariedade travestida de legalidade se torne Direito Constitucional. Postas as normas constitucionais, legisladores têm um referencial ainda mais restrito, mas não totalmente, é claro, para regulamentar por meio de leis aquelas relações. O

¹² “Em condições de tempo e conhecimento limitados, não é possível vislumbrar de uma vez por todas as situações nas quais uma norma seria aplicável e deixar fixadas as consequências de seu cumprimento. Günther assevera que um discurso de aplicação seria despiendo caso o ideal de uma norma perfeita pudesse ser cumprido, é dizer, os participantes de um discurso estariam dispondo de condições de tempo e conhecimento ilimitados. Esta norma perfeita regularia a sua própria aplicação. A validade de uma norma ainda seria aferida pela ilimitada participação de todos os afetados por ela no discurso que a constitui. Como ele quer dizer coisas diferentes quando menciona a validade e a adequabilidade de uma norma, é possível aceitarmos condições limitadas de tempo e conhecimento para a validade de uma norma e deixar para um momento posterior a verificação de sua adequabilidade” (MEYER, 2008, p. 340).

¹³ “Sob essa premissa, eis que surge, novamente, o problema da colisão de normas, já que mesmo na definição de quais são as características relevantes de uma situação é preciso considerar as diversas perspectivas normativas. Günther discutirá essa problemática a partir da distinção entre “normas *prima facie*” e “normas definitivas”, ou seja, normas que mandam fazer algo apenas a partir de uma suposição genérica e normas que mandam fazer algo de modo absoluto ou definitivo. A diferença é feita com base em Baier, no esquema de razões *prima facie* e razões comparativas: há razões fundamentando a suposição de que uma ação deve ou não ser executada; e há razões que impõem uma ação ou omissão apenas em vista da consideração de todas as circunstâncias. A diferença traçada por Baier é reformulada por Searle: passa-se a entender a diferença entre uma norma *prima facie* e uma norma absoluta não de uma maneira convencional, mas segundo os modos de indicar razões para a ação, segundo a quantidade de informações apreendidas e combinadas” (MEYER, 2008, p. 343).

¹⁴ Dissertando a respeito da identidade do sujeito constitucional, Rosenfeld (2003, p. 47) pontua: “[...] parece recomendável submetermos a reconstrução, à medida que ela diz respeito à descoberta da identidade do sujeito constitucional aos limites normativos inerentes ao constitucionalismo. Sem dúvida, todos esses limites (que são precisamente os seguintes: o compromisso com o princípio do governo limitado, a adoção do princípio do Estado de Direito – *rule of law* – e a proteção dos direitos fundamentais) promovem o mútuo reconhecimento entre o *eu* e o outro, e mantêm *eu* e outro no mesmo patamar de dignidade”.

que chega aos juízes, portanto, é um resultado de uma amarração de um feixe argumentativo ainda mais restrito, mas nem ele totalmente: por conta, justamente, do caráter de normas “prima facie” que exigem um senso de adequabilidade, ainda será preciso dar vazão a um sentido interpretativo de concretização.¹⁵ E mesmo ele poderá questionar o papel do legislador ao permitir desamararrar o feixe por conta de exigências constitucionais não devidamente cumpridas.

IV – CONSTRUTIVISMO JURÍDICO

Podemos densificar ainda mais a proposta habermasiana por meio de um pensador por ele diversas vezes referido: Ronald Dworkin (1999). Sua obra, é, por exemplo, toda ela permeada pela distinção de cariz linguístico entre *conceitos* e *concepções*.¹⁶ Os conceitos nos dão conta da existência referenciais que ultrapassam paradigmas: justiça, igualdade, liberdade. Concepções tornam esses conceitos adequados a um determinado paradigma. Nada mais clarificador do que a alusão aos troncos de uma árvore e seus galhos, aos fios que

¹⁵ “Com isso, superadas as críticas de Alexy, temos um modelo da correia de transmissão que pode prover legitimidade para o exercício da jurisdição nos termos de uma compreensão procedimental do paradigma do Estado Democrático de Direito: ele possui uma polia maior que é o próprio sistema de direitos (que não é fruto de um poder divino ou de um direito natural, mas da construção histórica de uma razão comunicativa), polia esta que pode ser entendida também como representativa dos princípios que uma comunidade assume sob a forma de conceitos (a Constituição); e, uma polia de menor tamanho apresenta os discursos racionais de justificação jurídicos, que, por meio de uma interpretação e densificação do sistema de direitos permite que os cidadãos, com os procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade, definam a forma como igualdade e liberdade serão relacionadas em prol de todos e de cada um – nesse momento, os discursos estão abertos a razões morais, éticas e pragmáticas, é dizer, a argumentos de princípio e a argumentos de política. A correia que liga essas duas polias representa os procedimentos de participação na formação de leis garantidos institucionalmente (a esfera pública pressionando o Parlamento, o voto popular, os mecanismos do referendo e do plebiscito, as leis de iniciativa popular e daí por diante). Ligada a essa polia menor está outra polia menor ainda, ligação esta que é feita por intermédio de outra correia: a última polia quer representar os discursos jurídicos de aplicação das normas e a correia que o liga à polia do Legislativo (que, lembre-se, já está ligada ao sistema de direitos) remete aos procedimentos de participação na formação dos provimentos jurisdicionais. Com isso, é possível manter a coesão interna entre direitos e democracia em todas as manifestações do poder político: basta que haja respeito ao princípio do discurso institucionalizado na forma de princípio da democracia” (MEYER, 2008, p. 350-351).

¹⁶ Dworkin (2002, p. 211 e ss) marca uma diferença entre conceitos e concepções: “A diferença não diz respeito apenas ao grau de detalhe das instruções fornecidas, mas ao tipo de instruções. Quando recorro ao conceito de justiça, recorro ao significado do conceito de justiça, e não atribuo nenhuma importância especial a meus pontos de vista sobre a questão. Quando formulo uma concepção de justiça, defino um sentido para o conceito de justiça, e por isso meu ponto de vista está no cerne do problema. Quando apelo à justiça, coloco uma questão moral; quando formulo minha concepção de justiça, tento respondê-la”. Segundo Brito (*in* SILVA, 2005, p. 79), “A distinção entre “conceito” e “concepção” foi pela primeira vez aflorada por Hart e depois desenvolvida por Rawls na sua teoria da justiça, a partir da qual foi adotada por Dworkin na construção da sua teoria interpretativa do direito. Tal como sublinha Lyons, Rawls entende que o simples conceito de justiça não implica a adoção de critérios substantivos de justiça, mas apenas a exigência de não existirem discriminações arbitrárias entre as pessoas. O objetivo de uma teoria da justiça é precisamente o de demonstrar a superioridade de uma concepção (isto é, de um princípio ou conjunto de princípios) entre concepções concorrentes, enquanto interpretação da referida exigência do conceito de justiça. Assim, a possibilidade de uma única interpretação correta de uma determinada disposição que refira o conceito de justiça depende da justificabilidade de uma particular concepção daquele conceito”.

formam uma corda por entrelaçamento, sem percorrer a corda toda, mas sem se limitar a um único ponto. Um direito que é, ele mesmo, um empreendimento interpretativo, nos indicando uma tarefa quase hercúlea de permanente demanda por coerência e integridade, por rever o material constitucional, legislativo e judiciário para dar ao mesmo o caráter de uma *trama inconsútil*.¹⁷ Ainda assim, o direito precisará equacionar a tensão entre segurança jurídica e justiça e mostrar-se capaz de prover uma resposta adequada para um caso difícil.

Isto só poderá ser feito adequadamente se percebermos que a presença dos conceitos nos indica um sistema jurídico muito mais constituído por princípios do que por regras. Não que esta seja a grande diferença: em resposta a Joseph Raz ainda na década de 1970, Dworkin diz expressamente que não é.¹⁸ Mas pelo menos nos permite nos situar no debate aqui mencionado: ao passo em que Alexy se ocupa de uma teoria dos princípios com clara pretensão de uma racionalidade que já se evaporou, Dworkin está preocupado com uma tese dos direitos. A tarefa é maior e mais difícil; é, portanto, uma tarefa mais em compasso com a sociedade complexa na qual nos situamos. Nem convencionalistas fundando o direito em um passado institucionalizado, nem pragmáticos a ver cada decisão como a mera consequência do que um juiz tomou em seu café da manhã. Uma exigência de integridade passa a ser consentânea com uma comunidade de princípios, no estágio pós-convencional de Piaget e Kohlberg,¹⁹ uma comunidade que precisa lidar com novas situações a partir de um direito já estabelecido, vez que este não é o mero reflexo de uma vontade “judicial” *ad hoc*, mas do exercício de uma função jurisdicional em que o juiz é parte integrante dessa comunidade, em

¹⁷ “O direito pode não ser uma trama inconsútil, mas o demandante tem o direito de pedir a Hércules que o trate como se fosse” (DWORKIN, 2002, p. 182).

¹⁸ “O meu ponto não é que “o direito” contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à idéia de que “o direito” é um conjunto fixo de padrões de algum tipo. Ao contrário, o que enfatizei foi que uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juristas e juízes, com frequência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira” (DWORKIN, 2002, p. 119-120).

¹⁹ “Essa temática não nos interessa no presente trabalho, não obstante sua reconhecida importância. Basta termos em mente que Piaget foi o precursor de uma teoria sobre o desenvolvimento moral da criança, classificando-o na tripartição de heteronomia (nível meramente motor e assimilativo), semi-autonomia (passa a haver uma cooperação inicial, mas ainda há uma verdade intrínseca às normas) e autonomia moral (nível no qual as regras se tornam modificáveis, desde que no interesse recíproco e geral). Kohlberg irá estratificar ainda mais os níveis de Piaget, dividindo-o em seis estágios. O nível pré-convencional é formado por dois estágios: o estágio 1 da moralidade heterônoma e o estágio 2 do individualismo, da intenção instrumental e da troca. O nível convencional constitui-se pelo estágio 3 de expectativas interpessoais, relações e conformidade interpessoal e pelo estágio 4 de sistema e consciência social. Já o nível pós-convencional abarca o estágio 5 do contrato social e dos direitos individuais e o estágio 6 dos princípios universais. É justamente no estágio 6 do nível pós-convencional que não é reconhecido um escalonamento de normas mesmo que tais princípios possam ser exigidos universalmente: em certas situações de aplicação, alguns princípios devem ceder ante outros em prol da reciprocidade e sem que haja um compromisso daqueles” (MEYER, 2008, p. 341-342).

que deve julgar o direito como um todo em sua melhor luz e à conta de uma responsabilidade política.²⁰

Uma nova exigência de unidade está posta. Ela pode corresponder ao ideal de integridade ou a outro referencial (moralidade política, por exemplo?). Ele nunca poderá ser apenas uma textualidade, já que tenderíamos a exigir o mesmo que Alexy exige: uma segurança por métodos, uma legitimidade *ad hoc* e pós decisão. Talvez, também, não seja suficiente apenas nos dar conta da diferença entre prática e teoria da ponderação no Brasil: Virgílio Afonso da Silva, pelo menos desde 2002, já alertava para essa separação, sem que isto impedisse uma adesão acrítica à ponderação.²¹ Por outro lado, nem apenas a crítica de Habermas a partir de uma quebra da “muralha de fogo” do direito por meio da ponderação, parece ser mesmo o suficiente, caso isoladamente tomada.²² Nossa tarefa é ainda mais difícil. Mas mais difícil por que não temos nenhuma referencialidade? No nosso caso, pior ainda, por não sermos herdeiros dos mesmos pais fundadores que norte-americanos e europeus? Por termos uma democracia ainda “ruim”?

Esse diagnóstico, por interessante que seja, pode soar cínico: lê os problemas sem indicar novos caminhos. A pretensão de normatividade é esvaziada. Nossa democracia é uma democracia “por vir”, como é qualquer democracia.²³ Nesse sentido, o parâmetro não é

²⁰ “A toda evidência, esse papel reservado à jurisdição constitucional deve ser compreendido no contexto da nova feição assumida pelo direito no paradigma do Estado Democrático de Direito. Com efeito, o direito pós-segunda guerra mundial assume novos contornos e um elevado grau de autonomia. Trata-se de um “direito novado”, incorporando as “promessas incumpridas da modernidade”. Por isso, tem razão Habermas quando fala da co-originariedade entre direito e moral” (STRECK, 2013, p. 927).

²¹ “Ainda que isto tenha se engendrado de uma maneira pouco rigorosa metodologicamente, como observa Afonso da Silva, é de se ressaltar que, mais recentemente, a técnica tem sido incorporada em seu formato mais rígido. O que, de modo algum, provê mais legitimidade” (MEYER, 2008, p. 359).

²² “A maneira de avaliar nossos valores e a maneira de decidir o que “é bom para nós” e o que “há de melhor” caso a caso, tudo isso se altera de um dia para o outro. Tão logo passássemos a considerar o princípio da igualdade jurídica meramente com um bem entre outros, os direitos individuais poderiam ser sacrificados caso a caso em favor de fins coletivos; no caso de uma colisão, deixaria de ocorrer o “reco” de um direito em relação a outros, sem que ele tivesse que com isso perder sua validade” (HABERMAS, 2002, p. 356).

²³ “O processo constituinte de 1987-88 é um marco importantíssimo na história brasileira de um processo de constitucionalização que se reinicia antes mesmo do momento de promulgação do texto da Constituição e que se expressa tanto na tensão constitutiva entre desterritorialização e reterritorialização presente em sua declaração de direitos e seus princípios fundamentais, quanto no caráter infuturante – histórico, polêmico e dinâmico, embora não relativo – desses direitos e princípios. Numa leitura reconstrutiva, o processo constituinte de 1987-88 resgata, pois nele também se expressam, os princípios de autonomia e de emancipação das grandes revoluções do final do século XVIII – a liberdade, a igualdade e a fraternidade – sobre o pano de fundo da história política brasileira: ele, assim, se faz “herdeiro sem testamento” de um processo de constitucionalização, perpassado por lutas por reconhecimento de atores e de direitos, que se desenvolve há pelo menos duzentos anos, todavia, de modo não linear, sujeito a tropeços e interrupções. Assim, cabe também resgatar nossa história política aqui e agora³ e relê-la no sentido da afirmação de princípio de que só em liberdade se garantem condições para o exercício da liberdade” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2010, p. 207-208).

imposto de fora, não deve sê-lo. Nem pode ser uma criação meramente tupiniquim. Os autores, as instituições, os órgãos que conclamam por liberdade e igualdade não são um privilégio europeu ou americano. Parece mais interessante pensar em construções que naveguem naquilo que Roland Robertson chamou de “glocalização”, nessa tensão entre local e global apontada por Giacomo Marramao (2008, p. 72).²⁴ É possível uma apropriação hermenêutica ou interpretativa dos ganhos do constitucionalismo de outras ordens internas, assim como estas mesmas ordens podem, de modo emancipado, dar efetividade a normas internacionais que muito mais do que frear sua autonomia, agem em seu nome.

V – À GUIA DE CONCLUSÃO: A UNIDADE NORMATIVA DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Um importante exemplo de uma unidade normativa que não agrediria reivindicações locais e regionais, que não atingiria a autonomia própria do pluralismo atual, seria a noção de crimes contra a humanidade. Tal conceito jurídico tem sido recorrentemente lembrado para tratar dos crimes da ditadura brasileira de 1964-1985, como destacou o relatório final da Comissão Nacional da Verdade.²⁵ O que se pode observar em relação à esse processo demorado de conceitualização histórica é que há uma *saliência*, também no dizer de Dworkin, que permanece no conceito através de gerações, pelo menos desde o fim da Segunda Guerra Mundial.²⁶ No caso brasileiro, essa *saliência* demorou muito a ser absorvida; não o suficiente,

²⁴ “Por outro lado, a opção por um Estado de Direito Humanitário é preferível a um “constitucionalismo” mundial. Ela é menos discutível e mais plausível, dado que permeada por uma inquestionável proteção pro homine. Como eixo teórico para um Estado de Direito Humanitário que lida com influxos supranacionais, transnacionais, internacionais e domésticos na construção da justiça de transição, mais adequada se mostra a proposta de Giacomo Marramao de pensar a conjuntura atual a partir de uma perspectiva “glocalizada” (Robertson), em que problematizar uma esfera pública global significa lidar com a diferença que evita a uniformização” (MEYER, 2014, p. 14-15).

²⁵ “Para a fundamentação de sua posição, a CNV considerou que, desde meados do século XX, em decorrência da investigação e do julgamento de violações cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, ocorreu a crescente internacionalização dos direitos humanos, com a consolidação de parâmetros de proteção mínimos voltados à proteção da dignidade humana. A jurisprudência e a doutrina internacionalistas são unânimes em reconhecer que os crimes contra a humanidade constituem violação ao costume internacional e mesmo de tratados sobre direitos humanos. A elevada relevância do bem jurídico protegido – nas hipóteses de crimes contra a humanidade, a abranger as práticas de detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres – requer dos Estados o cumprimento da obrigação jurídica de prevenir, investigar, processar, punir e reparar graves violações a direitos. A importância do bem protegido justifica o regime jurídico da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e da impossibilidade de anistia, determinado pela ordem internacional e decorrente da proteção à dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, previstas pela Constituição brasileira (artigos 1º, III, e 4º, II), bem como da abertura desta ao direito internacional dos direitos humanos (artigo 5º, parágrafos 2º e 3º)” (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE: 2014, 965).

²⁶ “This is the principle of salience: If a significant number of states, encompassing a significant population, has developed an agreed code of practice, either by treaty or by other form of coordination, then other states have at

contudo, para refutar o conceito. Assim, a noção de crimes que visam extirpar em suas vítimas o que há de mais humano nelas, seu sentido eminentemente político, para dizer com David Luban (2004), esse conceito jurídico invoca uma construção que em nada compromete a autonomia local, ou, em termos de relações internacionais tradicionais, de uma soberania – agora uma soberania relativizada.²⁷

Examinando as recentes transformações pelas quais passaram instituições brasileiras como a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e o Ministério Público Federal, bem como as conclusões da Comissão Nacional da Verdade, temos elementos para reconhecer o advento de uma ordem constitucional no Brasil que se direciona para a afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos (MEYER, 2012). Ainda que de um modo embrionário, passos iniciais vêm sendo dados institucionalmente e, de um modo preponderante, a partir da sociedade civil. Diante do paradigma teórico aqui apresentado, a distância entre as normas do Direito Constitucional e do Direito Internacional e o duro campo de luta dos direitos humanos não pode ser vista como uma razão para colocar de lado pretensões normativas tão importantes para a consolidação do projeto constituinte no Brasil. Mais do que isto, reivindicar o seu cumprimento pode ser o único caminho de unidade normativa para um constitucionalismo que seja coerente com o pluralismo e a complexidade da sociedade atual.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, nº 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002.

least a prima facie duty to subscribe to that practice as well, with the important proviso that this duty holds only if a more general practice to that effect, expanded in that way, would improve the legitimacy of the subscribing state and the international order as a whole” (DWORKIN, 2013, p. 18). Tradução livre: “Este é o princípio da saliência: se um número significativo de Estado, envolvendo uma população significativa, têm desenvolvido um código de práticas assentado, tanto por tratado como por outra forma de coordenação, então outros Estados têm pelo menos um dever prima facie de subscrever aquelas práticas também, com a importante previsão de que este dever se mantém apenas se uma prática mais geral com aquele efeito, expandida desse modo, aumentaria a legitimidade do Estado aderente e da ordem internacional como um todo”.

²⁷“Crimes against humanity are not just horrible crimes; they are horrible political crimes, crimes of politics gone cancerous. The legal category of “crimes against humanity” recognizes the special danger that governments, which are supposed to protect the people who live in their territory, will instead murder them, enslave them, and persecute them, transforming their homeland from a haven into a killing field” (LUBAN, 2004, p. 117). Tradução livre: “Crimes contra a humanidade não são apenas crimes horríveis; eles são crimes políticos horríveis, crimes de uma política que se tornou cancerígena. A categoria jurídica de “crimes contra a humanidade” reconhece o especial perigo que governos, que supostamente deveriam proteger as pessoas que vivem em seu território, vão ao contrário mata-las, escraviza-las e persegui-las, transformando sua terra natal de um paraíso em um campo de matança”.

BICKEL, Alexander. *The Last Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed. Nova Iorque: Vail-Ballou Press, 1986.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Heidelberg: Springer, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CATONNI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, MARCELO ANDRADE. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* 3 (2010): 200–30.

CHOUDHRY, Sujit (org.). *The migration of constitutional ideas*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Relatório*. Volume I. Brasília: CNV, 2014.

DOBNER, Petra. LOUGHLIN, Martin (eds). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010.

DWORKIN, RONALD. A New Philosophy for International Law. *Philosophy & Public Affairs* 41, no. 1 (2013): 2–30.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

ELSTER, Jon. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Trad. Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça depois de Rawls: Um Breve Manual De Filosofia Política*. Traduzido por Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. Rev. Luís Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional: Estudos Políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Litter Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. Paulo Asthor Soethe e George Sperber. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica. *In Aclaraciones a la ética del discurso*. Trad. José Mardomingo. Madri: Trotta, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madri: Trotta, 1998.

JACKSON, Vicky. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.

KRISCH, Nico. *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Transnational Law*. Oxford University Press, 2010.

LUBAN, David, “A Theory of Crimes Against Humanity”, 29 *The Yale Journal of International Law*, 2004, 85-167.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, nov. de 2000.

MARRAMAIO, Giacomo. De *Weltgeschichte* à Modernidade-Mundo. O problema de uma esfera pública global. In CARDOSO, Rui Mota (coord. geral). *Política: Crítica do Contemporâneo*. Conferências Internacionais Serralves 2007. Porto: Fundação Serralves, 2008.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Crimes Contra a Humanidade Praticados pela Ditadura Brasileira de 1964-1985: Direito à Memória e à Verdade, Dever de Investigação e Inversão do Ônus da Prova*. Parecer apresentado à Comissão da Verdade Rubens Paiva do Estado de São Paulo e ao GT-JK (2014). Disponível em <http://verdadeaberta.org/relatorio/>. Acesso 24 ago. 2015.

MEYER, Emilio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.

MEYER, Emilio Peluso Neder. O construtivismo jurídico de Ronald Dworkin. In FERNANDES, Bernardo Gonçalves (org.). *Interpretação Constitucional: Reflexões sobre (a nova) Hermenêutica*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015 (no prelo).

MEYER, Emilio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico pragmática na filosofia contemporânea*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2001.

PATRUS, Rafael Dilly. *Articulação constitucional e justiça de transição: uma releitura da ADPF 320 no marco do “constitucionalismo abrangente”*. Dissertação de Mestrado defendida perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: 2015.

PRZEWORSKI, Adam. *Democracy and market: political and economic reforms in Eastern Europe and Latin American*. Cambridge: Cambridge University, 1991.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2005.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENFELD, Michel. *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*. New York: Routledge, 2010.

SIEGEL, REVA B. “Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto Era. 2005-06 Brennan Center Symposium Lecture.” *California Law Review* (2006): 1323–1419.

SOMEK, Alexander. *The Cosmopolitan Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3 ed. São Paulo: RT, 2013.

TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.