

LIMITES CONTEMPORÂNEOS À CONSTRUÇÃO DA ORDEM JURÍDICA BASEADA NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

CONTEMPORARY LIMITS TO THE CONSTRUCTION OF THE LEGAL SYSTEM BASED ON HUMANS RIGHTS PROTECTION

Francisco Yukio Hayashi¹

RESUMO

O artigo explora o problema dos limites à construção da ordem jurídica tendo como fundamento a concepção atual de direitos humanos. Questiona-se a possibilidade, ou eficiência, de se ordenar contemporaneamente a sociedade desde o foco em direitos universais. É proposto analisar a evolução histórica dos direitos humanos não como simples expansões da liberdade, mas como processo de internalização de pulsões revolucionárias pelo Estado, com a consequência de gerar a obrigação, para o próprio Estado, de arbitrar conflitos de direitos inalienáveis, surgindo o problema da necessidade e da legitimidade democrática do *judicial review*. Também se apresenta a expansão internacional dos direitos humanos, como fator que intensifica as tensões internas à ordem jurídica. Conclui-se haver uma fragmentação da ordem jurídica, em razão do rol expandido de direitos fundamentais, que desnatura o constitucionalismo.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direitos fundamentais. Jurisdição constitucional. Democracia.

ABSTRACT

The article explores the problem of the limits to the construction of legal systems based on the current conception of human rights. Is questioned the possibility, or efficiency, of ordering society contemporaneously from the focus on universal rights. It is proposed to analyze the historical evolution of human rights not as simple expansions of freedom, but as a process of internalization of revolutionary impulses by the State, with the consequence of generating the obligation, for the State itself, to balance inalienable rights, arising the problem of the necessity and legitimacy of the judicial review. It is also presented the international expansion of human rights, as a factor that intensifies the internal tensions in the legal order. It is concluded that there is a fragmentation of the legal order, due to the expanded list of fundamental rights, which denatures constitutionalism.

Keywords: Human rights. Fundamental rights. Judicial review. Democracy.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio é um texto preliminar, que buscar desenhar os contornos de uma pesquisa necessariamente mais ampla, a respeito dos limites à construção de sistemas jurídicos

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal. Advogado. E-mail: franciscohayashi@gmail.com.

tendo como fundamento a concepção atual de direitos humanos. O ponto de partida é a dúvida acerca da possibilidade, ou eficiência, de se ordenar a sociedade desde o foco em direitos universais. A questão pode parecer anacrônica, pode-se questionar sua superação desde as revoluções do século XVIII. De fato, há algo de herético, em relação à doutrina majoritária, em colocar em dúvida o caráter fundacional de declarações de direitos. Entretanto, a realidade é que os direitos humanos, desde então, conquistaram um campo muito mais abrangente, sendo formulados em termos distintos.

O argumento será desenvolvido em três partes. Na primeira, será proposto um prisma distinto para análise da evolução histórica dos direitos humanos. Serão sumariamente retomadas as mudanças no discurso desde as declarações de direitos da Revolução Francesa e da Revolução Americana até os tempos atuais, analisando-se tais alterações não como simples expansões da liberdade, mas como um processo de internalização de pulsões revolucionárias pelo Estado, com a consequência de gerar a obrigação, para o próprio Estado, de arbitrar conflitos de direitos inalienáveis. Então, será apresentado o problema posto pela solução judicial das colisões de direitos fundamentais. Vale ressaltar que se utilizará as expressões direitos inalienáveis, direitos humanos, direitos universais e direitos fundamentais de forma intercambiável.

Na segunda parte, é agregada a expansão internacional dos direitos humanos como fator que intensifica as tensões internas à ordem jurídica. Não somente pelos problemas inerentes, como a possibilidade tutela transnacional de direitos fundamentais, com intensificação do *judicial review*, em razão da entrada em cena de cortes internacionais de direitos humanos, mas pela forma de revolução identitária de direitos, com multiplicação de conflitos entre polos inconciliáveis.

Por fim, é realizada uma aproximação final do problema, explorando que a fragmentação da ordem jurídica, em razão do rol expandido de direitos fundamentais, revela que atualmente eles possuem função técnico-jurídica residual. Primariamente, o discurso de defesa dos direitos humanos cumpre função mitológica, como narrativa fundacional de ideologias, e de normatividade, dando caráter vinculante a programas políticos. Conclui-se pela necessidade de se analisar os direitos humanos como discurso justificador da ação política.

Quanto à abordagem do problema, a pesquisa é qualitativa exploratória, porque busca aprofundar a compreensão do tema. O método de abordagem é o dedutivo, partindo-se das compreensões abrangentes, em cotejo com premissas menores, que permitirão inferências sobre o problema explorado, das contradições internas da defesa dos direitos humanos. O método de

procedimento é o monográfico e a técnica de pesquisa é indireta, com destaque para a pesquisa bibliográfica.

UM PRISMA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Em 1789, a Assembleia Nacional reconhecia, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, como “direitos naturais e imprescritíveis”, a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão². A conservação desses direitos seria a finalidade da associação política, da Nação:

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se no bem comum.

Art. 2º. A finalidade de toda 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.

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhum órgão ou indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente. (Tradução livre)

Em temas específicos, buscava-se reduzir o arbítrio do aparato estatal, ou seja, sua capacidade de ação contra o indivíduo. Para isso, foram previstos direitos específicos e um sistema político representativo, sujeito, portanto, a controle popular.

Pronunciada poucos anos antes, mas a milhas de distância, a Declaração da Independência dos Estados Unidos, em sua formulação, não divergia – apesar dos contextos e consequências de um e outro movimento político serem incomparáveis, pois, como relatado por Tocqueville, na Revolução Francesa “raramente se teve liberdade, mas sempre desordem”³.

Os direitos inalienáveis da vida e da liberdade estão ali presentes, assim como a “busca da felicidade”, que justificam a abolição do governo colonial⁴:

Consideramos estas verdades como autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade; que, a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la, e instituir um novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando seus poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para efetivar a segurança e a felicidade. (Tradução livre)

² FRANÇA. **Declaration of the rights of man.** 1789. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp. Acesso em 21 set. 2019.

³ TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America.** Indianapolis: Liberty Fund, 2012. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/2735>. Acesso em 21 set. 2019. Tradução livre.

⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaration of independence,** July 4, 1776. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/declare.asp. Acesso em 21 set. 2019.

Em 1791, a promulgação da *bill of rights* estabeleceria direitos fundamentais na Constituição dos Estados Unidos, também buscando delimitar uma esfera privada, insuscetível de intervenção estatal, e garantias contra investidas abusivas⁵.

Como é costumeiro dizer, na Revolução Francesa e na Americana, a ênfase eram liberdades negativas e direitos políticos. Os direitos naturais foram a ideologia política e a técnica jurídica utilizadas para reorganizar o Estado, contra o antigo regime e a metrópole, na esteira filosófica de John Locke⁶.

Realizando um salto de alguns séculos, cabe dizer que a ideia de direitos humanos permaneceu com alcance limitado, tanto nacional como internacionalmente. Na França, a Revolução desdobrou-se no terror, e depois em império. Como relata Burke⁷:

Tudo parece se afastar da natureza nesse estranho caos de leveza e ferocidade, e de todos os tipos de crime misturados com todos os tipos de loucura. Diante dessa monstruosidade tragicômica, as paixões mais antagônicas necessariamente se alternam e, por vezes, se confundem na mente: desprezo e indignação, riso e lágrimas, escárnio e horror.

Nos Estados Unidos da América, o regime escravagista foi mantido até 1865, quando editada a 13ª emenda⁸, e a segregação racial perdurou como política legal até a metade do século XX, sendo fulminada pela ação da Suprema Corte⁹.

O sistema colonial somente teve sua ilegitimidade amplamente declarada após a Segunda Guerra¹⁰.

Em outros termos, prevaleceu mesmo após as revoluções de direitos do século XVIII um tipo de divisão estamental, com dissociação entre o discurso de direitos universais e a realidade. Sociologicamente, esse resultado era esperado, como explica Jovenel¹¹:

Como se explica que o Estado não depare com nenhum limite semelhante, nenhuma resistência sindical do povo? Essa resistência existia sob o Antigo Regime, na França: era oposta pelos representantes dos diferentes elementos da Nação que lutavam juntos

⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States**: bill of rights. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/rights1.asp. Acesso em 21 set. 2019.

⁶ LOCKE, John. **Two treatises of government**. London: A. Millar et al, 1764. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/222>. Acesso em 21 set. 2019.

⁷ BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução na França**. Campinas: Vide Editorial, 2017, p. 36.

⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **U.S. Constitution**: Amendments XI – XXVII. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/amend1.asp#13. Acesso em 21 set. 2019.

⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em 21 set. 2019.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples**, Resolution 1514 (XV). 1960. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/1514\(XV\)](https://undocs.org/en/A/RES/1514(XV)). Acesso em 21 set. 2019.

¹¹ JOUVENEL, Bertrand de. **O poder**: história natural de seu crescimento. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Peixoto Neto, 2010, p. 195-196.

contra o poder. Mas, no regime moderno, eles se tornaram o Poder, e o povo ficou então sem defensor. Os que são o Estado reservam somente para si o direito de falar em nome da nação, não admitem interesse da Nação distinto do interesse do Estado.

Entretanto, não se pode ignorar o contributo da contradição entre discurso e prática para facilitar a precipitação dos movimentos totalitários do século XX. Conforme explicado por Otero¹²:

O antiliberalismo afasta, por conseguinte, a ideia de um Estado mínimo, afirmando-se como Estado activamente interventor ou mesmo dirigista, transformando-se no grande, no verdadeiro e no único animador da sociedade, desde a economia à cultura, retomando uma marcada tradição intervencionista típica do Estado anterior ao liberalismo.

Enfim, apesar dessas primeiras contradições e, também, a despeito dos esforços para fundar Estados em ideologias distintas, antiliberais, como o comunismo¹³ e o fascismo¹⁴, a concepção de direitos humanos não foi totalmente abandonada. Pelo contrário, transmutou-se paulatinamente, incorporando elementos da crítica comunista e fascista, sem desnaturar-se nesses regimes, como no sempre citado Estado Social da Constituição de Weimar¹⁵.

Da perspectiva de igualdade formal, passou-se à da igualdade material. Como prevê a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948¹⁶:

Artigo XXV 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Ainda que com sacrifício de considerável liberdade individual, implementou-se mudanças no Estado. Repeliu-se o uso de mecanismos para forçar a omissão estatal como estratégia de proteção do cidadão. Reconstruiu-se a intervenção, não como propriedade do

¹² OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 328.

¹³ Para uma síntese da ideologia marxista, em fonte primária: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto of the communist party**. 1948. Disponível em: <https://www.marxists.org/archive/marx/works/1848/communist-manifesto/index.htm>. Acesso em 21 set. 2019.

¹⁴ Para uma síntese da ideologia fascista, em fonte primária: MUSSOLINI, Benito. **The doctrine of fascism**. 1932. Disponível em: <http://www.worldfuturefund.org/wffmaster/Reading/Germany/mussolini.htm>. Acesso em 21 set. 2019.

¹⁵ ALEMANHA. **Weimar constitution**. 1919. Disponível em: https://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Fifth%20Chapter%20:%20The%20Economy. Acesso em 21 set. 2019.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Universal declaration of human rights, Resolution 217 (III)**. 1948. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/en/A/RES/217(III)). Acesso em 21 set. 2019. Idem. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 21 set. 2019.

monarca, mas declaradamente como instrumento para a construção da sociedade igualitária. Mises sintetiza o fenômeno histórico ocorrido¹⁷:

O mais importante evento na história dos últimos cem anos foi a substituição do liberalismo pelo estatismo. O estatismo se apresenta em duas formas: socialismo e intervencionismo. Ambos tem em comum a meta de subordinar o indivíduo incondicionalmente ao Estado, ao aparato social de compulsoriedade e coerção.

Essa segunda geração de direitos humanos, longe de solucionar as contradições da ordem político-jurídica ocidental, internalizou os pontos de tensão.

Basicamente, a mudança apenas arrefeceu as pulsões revolucionárias e acomodou suas ações na dialética constitucional. Em outros termos, as exigências de alguns setores, não admitidas pela primeira geração de direitos humanos, foram incorporadas na esfera política formal, por meio de seu reconhecimento como direitos também universalmente reconhecidos. Arrisca-se dizer que os conflitos de classe foram transformados em conflitos de direitos. As relações empregador e empregado foram reduzidas ao conflito entre o direito à liberdade de contratar e dimensões do direito ao trabalho digno. Mais amplas, as relações entre burguesia e proletariado, resolvem-se, grosso modo, como conflitos entre os direitos à liberdade e à propriedade individual e dimensões do direito à igualdade material.

Nas palavras de Mascaro, “as lutas sociais, políticas, de classes, grupos e indivíduos são constrangidas pela forma política estatal e pela forma da subjetividade jurídica, não para que suas mazelas se resolvam, mas, sim, como condição de sua existência e permanência”¹⁸.

No Estados Unidos, após a tentativa da Suprema Corte de obstruir o avanço do estatismo, na Era Lochner¹⁹, por meio de ativismo judicial contra leis de intervenção no domínio econômico, o Judiciário resignou-se, a partir do caso *West Coast Hotel* transferindo o conflito para o debate parlamentar²⁰. Porém, nos anos da Corte de Warren, de 1953 a 1969, o conflito de direitos voltou à tona, não apenas no famoso enfrentamento da política *separate but*

¹⁷ MISES, Ludwig von. **Omnipotent government**: the rise of total state and total war. 1944. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/2399>. Acesso em 21 set. 2019.

¹⁸ MASCARO, Alysson Leandro. **Direitos humanos**: uma crítica marxista. Lua Nova, n. 101, São Paulo, p. 109-137, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n101/1807-0175-ln-101-00109.pdf>. Acesso em 21 set. 2019.

¹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. **Lochner v. New York**, 198 U.S. 45 (1905). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em 21 set. 2019.

²⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. **West Coast Hotel Co. v. Parrish**, 300 U.S. 379 (1937). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/>. Acesso em 21 set. 2019.

equal, em *Brown v. Board of Education*²¹, mas em diversas matérias²². Em *Shapiro v. Thompson*, por exemplo, rejeitou-se leis discriminatórias de indigentes²³.

O exemplo norte-americano é apenas um caso histórico para ilustrar algo previsível. A partir do momento em que anseios revolucionários são processados pelo Estado através da sua formalização como direitos fundamentais, é esperado que o conflito de classe subjacente seja também reformulado como conflito de direitos. Aliás, traduzido o ideal revolucionário nesses termos, aqueles que não o abandonarem poderão, inclusive, confundir a Revolução com a vitória nas eleições e a ocupação de cargos públicos, como alertava Oliveiros Ferreira²⁴:

Ora, é porque a tomada do aparelho de Estado tende a assumir o lugar da imposição de uma visão do mundo à sociedade (de nossa vontade ao adversário) que somos tentados muitas vezes a confundir a tomada do aparelho de Estado (via eleições...) com a finalidade mesma da ação política e a nos contentar com ocupar ministérios e funções de DAS (na nomenclatura brasileira).

Em tese, a reconformação de pulsões de destruição do *status quo* como pretensões a serem deduzidas em ações judiciais esvaziaria suas consequências mais drásticas. Afinal de contas, já não se trata de uma luta pela conquista de poder político, mas de uma lide jurídica.

Toda lide jurídica tem seu resultado garantido por um poder político superior²⁵. Por isso, a pena do jurista tende a se tornar mais pesada que a espada do soldado²⁶ ou, modernamente, do que o fuzil do guerrilheiro. Detendo o Estado o monopólio do *jus puniendi*, a tomada do seu aparelho implica em meios para impor uma visão de mundo²⁷. A princípio, essa imposição deveria encontrar limites nos próprios direitos humanos, entretanto, a visão hegemônica, a ser imposta pela força do Estado, também se expressará como um conjunto de direito universais, cabendo ao próprio Estado arbitrar o conflito.

²¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. **Op. cit.**, 347 U.S. 483 (1954).

²² Para uma exposição de precedentes destacados da Corte de Warren, em língua portuguesa: MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. 2002a. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/43165>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

²³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. **Shapiro v. Thompson**, 394 U.S. 618 (1969). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/618/>. Acesso em 21 set. 2019.

²⁴ FERREIRA, Oliveiros. **Clausewitz e a política**. Lua Nova, nº 34, São Paulo, dez. 1994. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451994000300003>. Acesso em 21 set. 2019.

²⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

²⁶ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

²⁷ FERREIRA, Oliveiros. *Op. cit.*

Assim, a expansão do rol de direitos humanos, a ponto de se estabelecer contradições constantes entre eles, esvaziaria sua utilidade como fundamento da ordem jurídica. Esse, com efeito, não é problema ignorado, como enfatiza Silva²⁸:

[...] um modelo que amplia a extensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, o conceito de intervenção estatal, é um modelo que deve estar pronto para lidar com um problema decorrente dessa expansão: a colisão entre direitos e a necessária restrição deles em algumas situações.

O principal mecanismo que se desenvolveu, para arbitrar essas contradições em que “a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”²⁹, é a solução judicial do conflito. Contudo, o poder dos juízes se tornará arbitrário em uma ordem jurídica em que os direitos sempre estão em conflito, e o arbítrio é sempre “não-direito”³⁰.

A EXPANSÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O paradoxo já é suficientemente desenhado, apenas dentro da perspectiva de um “estado pluriclasse”³¹, e considerando apenas duas gerações de direitos humanos. Entretanto, o avanço do reconhecimento de novos direitos universais não é exclusivamente nacional, mas se deu através de instrumentos internacionais.

Como consta da Carta das Nações Unidas, editada diante da preocupação de evitar violações de direitos humanos por governos nacionais³²:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

Com essa internacionalização, o conflito vai além. Atualmente, casos difíceis podem ter soluções diferentes por instâncias nacionais e internacionais, sem que nenhuma delas rejeite a

²⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direito do Estado, n. 4, 2006, p. 23-51.

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 23-50.

³⁰ REALE, Miguel. *op. cit.*

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 26, 1999, p. 115-136.

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Charter of the United Nations**. 1945. Disponível em: <https://www.un.org/en/charter-united-nations/>. Acesso em 21 set. 2019.

existência dos direitos em colisão. Nas palavras de Silva, “a oposição de um nível transnacional torna o procedimento ainda mais complexo”³³. Afinal de contas, já não se trata apenas de harmonizar direitos em conflito dentro do território nacional, mas em todo o planeta, pois “a emergente vizinhança global precisa viver sob uma nova ética, que seja suportada por uma cultura do Direito”³⁴. Se, apenas no cenário interno, é difícil estabelecer a instância competente para dar a última palavra³⁵, debatendo-se permanentemente se a melhor opção é a solução parlamentar³⁶ ou jurisdicional³⁷, na perspectiva atual dos direitos em escala global, o problema é ainda maior.

Frise-se que não se ignora a relevância política dos direitos humanos. Pelo contrário, leva-se maximamente em conta a sua importância. Essa modalidade de discurso justificou e justifica ações revolucionárias e de resistência, como enunciados de verdades eternas, que “ninguém sabe desde quando vigoram”³⁸.

Por isso, aliás, a crítica à fundação de ordens jurídicas, em torno da atual visão fragmentária de direitos humanos, que, não bastasse todo o exposto, categoriza universalmente os indivíduos por raça³⁹, origem étnica⁴⁰, sexo⁴¹, orientação sexual⁴², condição física⁴³ etc.

³³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional**. In: NEVES, Marcelo. Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-112.

³⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UN Commission on Global Governance. **Our Global Neighbourhood**: report on the Commission on Global Governance. Oxford: Oxford University Press, 1995.

³⁵ Para um desenvolvimento do assunto: MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política), Universidade de São Paulo, 2008. Disponível em: <http://doi.org/10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952>. Acesso em 4 ago. 2019.

³⁶ WALDRON, Jeremy. **Political political theory**. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 2016. WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review**. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

³⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³⁸ SÓFOCLES. **Antígona**. 496-406 A.C. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/antigona.pdf>. Acesso em 21 set. 2019.

³⁹ BRASIL. **Decreto nº 65.810**, de 8 de dezembro de 1969. Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em 21 set. 2019.

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em 21 set. 2019.

⁴¹ BRASIL. **Decreto nº 4.377**, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em 21 set. 2019.

⁴² INTERNATIONAL panel of experts in international and humans rights law and on sexual orientation and gender identity. **The Yogyakarta principles**. Disponível em: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf. Acesso em 21 set. 2019.

⁴³ BRASIL. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em 21 set. 2019.

É evidente que a discriminação por quaisquer desses motivos merece aversão e a perseguição estatal de minorias é odiosa. Mas, uma visão econômica basta para esclarecer como essa categorização ajuda a potencializar os conflitos de direitos. De fato, somente em razão da escassez de recursos é que a multiplicação de direitos gera problemas, pois se torna inescapável a necessidade de escolhas trágicas. Para dar exemplo banal, diante do direito universal à saúde, em face do número limitado de vagas hospitalares, qual minoria merece privilégios, ou proteção especial? A nível global, países que se desenvolveram causando prejuízos a outras nações, como em regimes coloniais, devem promover políticas sociais em favor de suas minorias internas ou de minorias estrangeiras comprovadamente impactadas? Até que ponto populações já marginalizadas, de países periféricos, precisam suportar abrigos a estrangeiros e dividir infraestruturas insuficientes e precárias de serviços públicos?

A proteção de minorias pode ser considerada violação do direito à autodeterminação dos povos. A tutela do meio ambiente como violação do direito das comunidades à segurança alimentar. Os direitos de refugiados como risco à soberania nacional. Nas relações entre hemisférios, potências imperialistas podem veicular suas pretensões em termos de proteção dos direitos humanos a nível global e regimes autoritários, em termos de independência a nível local.

Dentro de uma ordem jurídica, caberá às instâncias competentes realizar essa arbitragem, ou seja, algum órgão alocará recursos escassos e priorizará utilidades.

No modelo clássico de divisão de poderes, essa atribuição é do Executivo, que o fará nos limites e condições impostos pelo Legislativo – o que dá veste democrática à decisão. Entretanto, o *judicial review* abre as portas para o controle judicial de políticas públicas. Entrando em cena o ativismo judicial, essa espécie de decisão deixa de ser matéria reconhecidamente cambiante, sujeita, dentro de certos limites mais largos, à avaliação de conveniência política pelos representantes eleitos, e passa a ser uma questão técnico-jurídica – para alguns, até mesmo suscetível de perícia, para embasar o exame pelo juiz desde a ótica dos direitos fundamentais⁴⁴. Ao extremo, esvazia-se a autonomia do Executivo e do Legislativo

⁴⁴ MORO, Sérgio Fernando. O judiciário e os direitos sociais fundamentais. In: **Curso de especialização em direito previdenciário**. ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio (Org.). Curitiba: Juruá, 2005d. vol. 1.

para redefinir políticas públicas já implementadas, vinculando-os a determinada visão de mundo, especialmente pela chamada “vedação de retrocesso”⁴⁵.

Na ordem global, o movimento é parecido, porém, sutilmente mais profundo, podendo ser identificado nas decisões de cortes internacionais, *prima facie* de finalidade meramente argumentativa, ou no reconhecimento, pela ordem interna, da densidade normativa de documentos internacionais elaborados por representantes não eleitos, o que pode ocorrer diretamente pelas instâncias burocráticas, sem aprovação congressional, como visto no voto do Ministro Edson Fachin no julgamento pelo TSE do Registro de Candidatura nº 060090350⁴⁶, ou nas menções aos Princípios de Yogyakarta por ocasião do julgamento no Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26⁴⁷.

Muitos se preocupam com a restrição da vontade da maioria, popular ou parlamentar, por meio do reconhecimento de direitos humanos. Isso se baseia na memória de regimes opressivos, apoiados pelas massas⁴⁸ ou no risco de crises globais, ignorada pelas massas⁴⁹.

Frise-se que tal enfoque no reconhecimento de direitos não é, por si só, um problema. Torna-se um quando assume o aspecto de neurose, onde se ignora as demais “visões da Catedral”, para emprestar a expressão de Calabresi e Melamed⁵⁰. Ou seja, quando, em razão da confiança excessiva na inteligência de técnicos ou na capacidade do Direito, ignora-se o hiato entre o abstrato e o real, entre o universal e o particular, entre o global e o local.

Ora, primeiro, o Direito depende do poder para se impor concretamente. Poder que pode tanto corrompê-lo como a ele não se sujeitar. Vale lembrar a visão, algo pessimista em demasia,

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A proibição de retrocesso ecológico e as mudanças no Ministério do Meio Ambiente**. Conjur, 15 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/direitos-fundamentais-proibicao-retrocesso-ecologico-ministerio-meio-ambiente>. Acesso em 21 set. 2019.

⁴⁶ V. o voto vencido do Min. Edson Fachin em: TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Registro de Candidatura nº 060090350**. Número único: 0600903-50.2018.6.00.0000. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data do julgamento: 01/09/2018. Acesso em 21 set. 2019.

⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 13/06/2019.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista**: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis, v. 9, n. 4, Rio de Janeiro, out./dez. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>. Acesso em 21 set. 2019.

⁴⁹ BRÜGGER, Paula. **O apocalipse da pecuária**: uma síntese caleidoscópica dos riscos e possibilidades de mudança. Revista Brasileira de Direito Animal, v. 13, n. 2, Salvador, mai./ago. 2018, p. 7-23. V. também MEADOWS, Donella H. et al. **The limits to growth**: a report for the Clube of Rome’s project on the predicament of mankind. New York: Universe Books, 1972.

⁵⁰ CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard Law Review**, v. 85, n. 6, abr. 1972, p. 1089-1128.

do Ministro Nelson Hungria ao julgar o Caso Café Filho, reconhecendo a “imposição dos tanque e baionetas do Exército, que estão acima das leis, da Constituição”⁵¹.

Em segundo lugar, transitar do plano axiológico (dever-ser) para o ontológico (ser) é encontrar as limitações do real. Em outras palavras, aplicar a norma é aplicá-la diante de limitações de extensão, tempo e conhecimento, aplicáveis a toda ação humana. Em suma, é diante de cortes imperfeitas que surge o problema da aplicação de normas contraditórias, e os juízes cometerão erros. Ademais, eles podem fazê-lo ao ponto de ruptura do regime democrático, com assunção de atribuições heterodoxas. A constatação, novamente, é de que, se a Constituição não é conjunto objetivo de normas, a Corte Constitucional não será a guardiã da norma fundamental, mas, sim, a guardiã de si mesma, porque a Constituição será aquilo que ela disser ser. Como dito anteriormente, instala-se o arbítrio, o não-direito.

Essa é a desnaturação completa do constitucionalismo, originalmente caracterizado pela “limitação do poder e supremacia da lei”⁵². Nesse cenário, onde os direitos humanos deixam de cumprir uma função clara na limitação dos poderes estatais, sua única utilidade é como instrumento de retórica política e como técnica para transferência da decisão a órgãos jurisdicionais – o que se vê mais claramente na ordem internacional, onde direitos são declarados em documentos redigidos por *experts* e reafirmados em decisões de cortes internacionais, de composição desconhecida pelas pessoas comuns do povo. Em resumo, o debate público se torna uma esgrima de direitos inalienáveis, onde as decisões finais nem sequer competem aos representantes eleitos, mas à corte (às vezes corte internacional), responsável pelo *judicial review*.

APROXIMAÇÃO FINAL AO PROBLEMA

Como, em comparação com as primeiras cartas de direitos humanos, o rol de direitos reputados inerentes à dignidade da pessoa humana vem expandindo progressivamente, intensificando as situações de conflito onde ambos os polos da lide possuem direitos inalienáveis em jogo, impõe-se admitir que, na transição da norma abstrata ao caso concreto, especialmente sob a consideração de escassez, a efetivação dos direitos humanos não é permanente, mas ocorre de forma conflituosa.

⁵¹ FUCK, Luciano Felício. **Memória jurisprudencial**: Ministro Nelson Hungria. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012. p. 233-239.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27.

Esse caráter conflituoso traz à baila o problema da técnica para a efetivação dos direitos, contrapondo-se, à deliberação democrática, a efetivação pela jurisdição constitucional. Evidentemente, há um reconhecido problema de legitimidade democrática do *judicial review*, que explicita a transitoriedade da efetivação dos direitos humanos, tanto na dimensão do caso individual como na esfera teórica. Em resumo, nenhuma efetivação dos direitos humanos pode ser considerada perene. Talvez o exemplo mais significativo seja o debate de restrição do direito à liberdade de expressão para proteção da dignidade de minorias contra o discurso do ódio⁵³. Mesmo nos Estados Unidos, apesar da consolidada jurisprudência de proteção da “primeira emenda”⁵⁴, as pretensões de limitação desse direito de primeira geração são permanentes⁵⁵.

Desse modo, longas listas de direitos humanos, ao mesmo tempo em que absorvem no sistema jurídico o caráter conflituoso de impulsos revolucionários, produzem o efeito colateral de fragmentação da ordem jurídica. Isso se dá não apenas pela transitoriedade das soluções apresentadas pelo Estado em casos de colisão, mas também pela redução do debate político à esgrima de direitos inalienáveis, o que esvazia os espaços de consenso político, diminuindo a disposição ao sacrifício voluntário e deslocando o centro decisório do parlamento, onde negociações são parte do dia a dia, para tribunais constitucionais e cortes internacionais. O Direito deixa de ser apenas as regras do jogo, dentro das quais uma ampla gama de debates sobre conveniência e oportunidade de ações políticas é possível.

Ele se torna o principal campo de batalha da política. Cruz resume a questão⁵⁶:

A mudança nas modalidades de relacionamento do Estado com a sociedade é sempre tensa, conflituosa. Ela é necessariamente acompanhada de manifestações mais ou menos acerbadas de dissenso, que muitas vezes se traduzem em atos de violência aberta. Nessas circunstâncias, a heterogeneidade dos direitos humanos se evidencia de forma contundente: todos os participantes do conflito os reivindicam, mas cada um seleciona e pondera esses direitos à moda própria.

O caráter identitário das revoluções atuais de direitos humanos intensifica essa fragmentação da ordem jurídica em guerra política, como explica Calmon de Passos⁵⁷:

⁵³ Para um panorama do debate: BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio**: algumas observações sobre o Direito alemão e o americano. Revista Direito Público, n. 15, jan./mar. 2007, p. 117-136. MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

⁵⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. **Brandenburg v. Ohio**, 395 U.S. 444 (1969). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>. Acesso em 21 set. 2019.

⁵⁵ Para um relato detalhado: STROSSEN, Nadine. **Hate**: why we should resist it with free speech, not censorship. Nova Iorque: Oxford University Press, 2018.

⁵⁶ CRUZ, Sebastião Velasco e. **Notas sobre o paradoxo dos direitos humanos e as relações hemisféricas**. Lua Nova, n. 86, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452012000200002>. Acesso em 21 set. 2019.

⁵⁷ CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 247.

Resumindo – tudo pode ser postulado e tudo pode ser deferido judicialmente num ordenamento que não só perdeu sua consistência como sua coerência. Passamos do direito alternativo para o direito subversivo. No que devia ser o espaço da segurança, instala-se o imprevisível.

Além de, obviamente, avessos a recuos nas bandeiras que carregam, a delimitação de grupos minoritários, em torno de determinados caracteres definidores, multiplica os polos de oposição inconciliável. Caso a atribuição de direitos inalienáveis se converta em histeria, quando “considera qualquer percepção de uma verdade desconfortável como um sinal de grosseria ou falta de educação”⁵⁸, o discurso de defesa de direitos universais se torna fonte de conflitos graves, ou seja, elemento patológico, ao invés de mecanismo para coesão social.

Por outro lado, esses pontos levantados conduzem a um questionamento natural: qual a alternativa?

Afinal de contas, para usar exemplo extremo, o nazismo não pode retornar ao poder ou, caso isso seja viabilizado pela ordem política, seus meios e fins não podem ser considerados legítimos pela ordem jurídica. Reduzir o rol de direitos reconhecidos seria politicamente complexo, e possivelmente indesejável – no caso nazista, certamente indesejável. O principal risco, evidentemente, é aos grupos protegidos e às instituições que atuam na defesa ou *advocacy* desses direitos “ameaçados”. Entretanto, isso revela a possibilidade de que, talvez, não seja necessária redução formal, mas nova visão acerca da sua natureza.

Parafraseando Eça de Queiroz, é preciso afastar o manto diáfano da fantasia sobre a nudez rude da verdade.

É preciso reconhecer os direitos humanos, em sua formulação atual, como discurso justificador da ação política, portanto, seu potencial antes para fins de retórica do que para organização do sistema jurídico. Como enunciado por Voegelin⁵⁹:

A ordem justa, uma vez que tem origem na realidade transcendente, não pode ser definida por regras substantivas. Nenhuma filosofia do direito se pode desenvolver como um sistema de regras derivadas de axiomas substantivos mais elevados. Uma ciência jurídica que faça esta tentativa deve, por essa razão apenas, ser rejeitada como teoricamente inadequada.

Admitir a transitoriedade de soluções para efetivação ou para problemas de colisão, ajuda a evitar armadilhas intelectuais, como construções teóricas em paralaxe com a realidade, sem aplicabilidade prática, ou armadilhas políticas, como o falso senso de segurança em relação

⁵⁸ LOBACZEWSKI, Andrew. **Ponerologia**: psicopatas no poder. Campinas: Vide Editorial, 2014.

⁵⁹ VOEGELIN, Eric. **A natureza do direito e outros textos jurídicos**. Lisboa: Vega, 1998. p. 141-142.

à efetivação de direitos. Os direitos humanos, nessa perspectiva, possuem uma função lógico-jurídica apenas residualmente, para a “meditação pré-lógica” da tópica⁶⁰.

Primariamente, os direitos humanos cumprem função mitológica, como narrativa fundacional de ideologias políticas. Em segundo momento, servem à normatividade da política, dando o necessário caráter vinculante ao produto pragmático de ideologias, criando a “estrutura regulativa obrigatória”⁶¹.

Reconhecer isso implica tomar consciência de duas realidades. Primeiro, sob o aspecto técnico-jurídico, a possibilidade de alcance em “níveis distintos” da “universalidade” e da “inalienabilidade” de direitos fundamentais, à falta de melhores expressões nesse momento. Em outras palavras, trata-se de reconhecer núcleos rígidos, sujeitos a proteção absoluta e inalienável, com papel importante do *judicial review*, e aspectos periféricos, cuja proteção está sujeita à conveniência política, inclusive com naturais movimentos pendulares em razão da alternância de poder. Em suma, a necessidade de expressar e reconhecer claramente a existência de direitos mais e menos dignos de proteção, a existência de proporções. Isso, evidentemente, envolve digressões acerca da hierarquia de normas constitucionais⁶².

Em segundo lugar, sob o aspecto político, deve-se reconhecer, diante da realidade técnico-jurídica nua e crua, que “a luta é o trabalho eterno do direito”⁶³, existindo justificção para a militância permanente em busca de manutenção de direitos, diante da transitoriedade da sua conquista e da possibilidade de esvaziamento da proteção.

CONCLUSÃO

A evolução histórica dos direitos humanos pode ser vista não como progressiva conquista de liberdades, mas como ideologia política e técnica jurídica para reorganização do estado, empregada como instrumento para incorporar na dinâmica interna do Estado, como lides jurídicas, pulsões revolucionárias. Essa instrumentalização, em um primeiro momento, gerou visível dissociação entre o discurso de proteção dos direitos humanos e a prática política.

⁶⁰ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 41.

⁶¹ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 124.

⁶² Uma possível solução, que dispensa o reconhecimento formal de uma hierarquia normativa interna à Constituição, é a fixação de diferentes graus de deferência judicial aos atos de outros poderes. Nesse sentido, a Suprema Corte dos Estados Unidos: “*There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth*” em ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. **United States v. Carolene Products Co.**, 304 U.S. 144 (1938). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>. Acesso em 21 set. 2019.

⁶³ IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Em um segundo momento, já com o rol expandido de direitos inalienáveis, abriu-se as portas para o arbítrio das autoridades responsáveis por solucionar os conflitos de direitos.

A expansão internacional, sobretudo em sua expressão de revolução identitária de direitos, potencializa esse esvaziamento, com a divisão jurídica da sociedade em múltiplos polos inconciliáveis e com a introdução de colisões entre o plano interno e o internacional (ainda que sem mútua rejeição de legitimidade). Enfim, há uma desnaturação do constitucionalismo em arbítrio – ainda que juridicamente fundamentado – das cortes constitucionais e de direitos humanos.

Em suma, a ampliação de direitos inalienáveis tem como produto a jurifacção de discursos políticos, a formatação da narrativa ideológica como “verdade” universal, absoluta e imperativa, mas, concretamente, radicalmente sujeita a ser relativizada ou até mesmo negada. Como a redução de direitos já reconhecidos é politicamente insustentável, e pode ser historicamente indesejável, levanta-se a hipótese da necessidade de novo olhar, rigorosamente realista, sobre os direitos humanos. Já não os tomando, na totalidade das relações às quais é atribuído esse rótulo, como expressão de verdades eternas⁶⁴, mas, sim, em muitos casos, como instrumentos de retórica política, que cumprem função mitológica e de normatividade de ideologias, impondo-se buscar, assim, nos tempos atuais, outra linguagem para justificar os princípios fundamentais da ordem jurídica e sustentar o pacto constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. **Weimar constitution**. 1919. Disponível em: https://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php#Fifth%20Chapter%20:%20The%20Economy. Acesso em 21 set. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Direito e Práxis, v. 9, n. 4, Rio de Janeiro, out./dez. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>. Acesso em 21 set. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em 21 set. 2019.

⁶⁴ SÓFOCLES. *Op. cit.*

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em 21 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969.** Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em 21 set. 2019.

BRÜGGER, Paula. **O apocalipse da pecuária:** uma síntese caleidoscópica dos riscos e possibilidades de mudança. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 13, n. 2, Salvador, mai./ago. 2018, p. 7-23.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio:** algumas observações sobre o Direito alemão e o americano. *Revista Direito Público*, n. 15, jan./mar. 2007, p. 117-136.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução na França.** Campinas: Vide Editorial, 2017.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. **Property rules, liability rules, and inalienability:** one view of the cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, abr. 1972, p. 1089-1128.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo:** reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012.

CRUZ, Sebastião Velasco e. **Notas sobre o paradoxo dos direitos humanos e as relações hemisféricas.** *Lua Nova*, n. 86, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452012000200002>. Acesso em 21 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States:** bill of rights. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/rights1.asp. Acesso em 21 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaration of independence,** July 4, 1776. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/declare.asp. Acesso em 21 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **U.S. Constitution:** Amendments XI – XXVII. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/amend1.asp#13. Acesso em 21 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. **Brandenburg v. Ohio,** 395 U.S. 444 (1969). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>. Acesso em 21 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. **Brown v. Board of Education of Topeka,** 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em 21 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. **Lochner v. New York**, 198 U.S. 45 (1905). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em 21 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. **Shapiro v. Thompson**, 394 U.S. 618 (1969). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/618/>. Acesso em 21 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. **United States v. Carolene Products Co.**, 304 U.S. 144 (1938). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>. Acesso em 21 set. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. **West Coast Hotel Co. v. Parrish**, 300 U.S. 379 (1937). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/>. Acesso em 21 set. 2019.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FERREIRA, Oliveiros. **Clausewitz e a política**. Lua Nova, nº 34, São Paulo, dez. 1994. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451994000300003>. Acesso em 21 set. 2019.

FRANÇA. **Declaration of the rights of man**. 1789. Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/rightsof.asp. Acesso em 21 set. 2019.

FUCK, Luciano Felício. **Memória jurisprudencial**: Ministro Nelson Hungria. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012. p. 233-239.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

INTERNATIONAL panel of experts in international and humans rights law and on sexual orientation and gender identity. **The Yogyakarta principles**. Disponível em: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf. Acesso em 21 set. 2019.

JOUVENEL, Bertrand de. **O poder**: história natural de seu crescimento. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Peixoto Neto, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 26, 1999, p. 115-136.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOBACZEWSKI, Andrew. **Ponerologia**: psicopatas no poder. Campinas: Vide Editorial, 2014.

LOCKE, John. **Two treatises of government**. London: A. Millar et al, 1764. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/222>. Acesso em 21 set. 2019.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto of the communist party**. 1948. Disponível em: <https://www.marxists.org/archive/marx/works/1848/communist-manifesto/index.htm>. Acesso em 21 set. 2019.

MASCARO, Alysson Leandro. **Direitos humanos: uma crítica marxista**. Lua Nova, n. 101, São Paulo, p. 109-137, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n101/1807-0175-ln-101-00109.pdf>. Acesso em 21 set. 2019.

MEADOWS, Donella H. et al. **The limits to growth: a report for the Clube of Rome's project on the predicament of mankind**. New York: Universe Books, 1972.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política), Universidade de São Paulo, 2008. Disponível em: <http://doi.org/10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952>. Acesso em 4 ago. 2019.

MISES, Ludwig von. **Omnipotent government: the rise of total state and total war**. 1944. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/2399>. Acesso em 21 set. 2019.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. 2002a. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/43165>. Acesso em: 8 nov. 2018.

MORO, Sérgio Fernando. **O judiciário e os direitos sociais fundamentais**. In: Curso de especialização em direito previdenciário. ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio (Org.). Curitiba: Juruá, 2005d. vol. 1.

MUSSOLINI, Benito. **The doctrine of fascism**. 1932. Disponível em: <http://www.worldfuturefund.org/wffmaster/Reading/Germany/mussolini.htm>. Acesso em 21 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Charter of the United Nations**. 1945. Disponível em: <https://www.un.org/en/charter-united-nations/>. Acesso em 21 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em 21 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 21 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples**, Resolution 1514 (XV). 1960. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/1514\(XV\)](https://undocs.org/en/A/RES/1514(XV)). Acesso em 21 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. UN Commission on Global Governance. **Our Global Neighbourhood**: report on the Commission on Global Governance. Oxford: Oxford University Press, 1995.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Universal declaration of human rights**, Resolution 217 (III). 1948. Disponível em: [https://undocs.org/en/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/en/A/RES/217(III)). Acesso em 21 set. 2019.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2017.

QUEIROZ, Eça de. **A relíquia**. Porto: Lello e Irmãos, 1951.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A proibição de retrocesso ecológico e as mudanças no Ministério do Meio Ambiente**. Conjur, 15 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/direitos-fundamentais-proibicao-retrocesso-ecologico-ministerio-meio-ambiente>. Acesso em 21 set. 2019

SILVA, Virgílio Afonso da. **Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional**. In: NEVES, Marcelo. Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-112.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Revista de Direito do Estado, n. 4, 2006, p. 23-51.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 23-50.

SÓFOCLES. **Antígona**. 496-406 A.C. Disponível em: <https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/antigona.pdf>. Acesso em 21 set. 2019.

STROSSEN, Nadine. **Hate: why we should resist it with free speech, not censorship**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Data do julgamento: 13/06/2019.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. Indianapolis: Liberty Fund, 2012, v. 1. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/2735>. Acesso em 21 set. 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Registro de Candidatura nº 060090350**. Número único: 0600903-50.2018.6.00.0000. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data do julgamento: 01/09/2018. Acesso em 21 set. 2019.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

VOEGELIN, Eric. **A natureza do direito e outros textos jurídicos**. Lisboa: Vega, 1998.

WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review**. In: BIGONHA, Antônio Carlos; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory**. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 2016.

Submetido em 23.12.2021

Aceito em 13.05.2023