

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E DE MONOGRAFIA

DANIEL TELES BARBOSA 177427

A CONSTITUIÇÃO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A CONSTITUIÇÃO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

- 341.481
- x Direitos humanos;
 - x Relações internacionais;
 - x Tratados;
 - x Direito constitucional;

resumo
introdução
conclusão
referências

FORTALEZA

2008

425

Ac.
341.481
B 238c
R.14006285

DANIEL TELES BARBOSA

177427

A CONSTITUIÇÃO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Trabalho de conclusão de curso apresentado junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel, sob a orientação do Prof. Dr. Newton de Menezes Albuquerque.

2943

FORTALEZA

2008

DANIEL TELES BARBOSA

A CONSTITUIÇÃO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Newton de Menezes Albuquerque (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Dr. Paulo Antonio de Menezes Albuquerque
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Ms. Flávio José Moreira Gonçalves
Universidade Federal do Ceará - UFC

AGRADECIMENTOS

Aos meus queridos pais, Policarpo e Ludmilla, pela vida;

Aos meus avôs (*in memorian*), Ibiapina Barbosa e Vilebaldo Teles, sempre presentes;

Às minhas avós, Mônica e Alda, pela vivacidade;

Às minhas irmãs, Janaína e Mônica, pela fraternidade;

À Lídia, pelo companheirismo;

Ao Centro de Assessoria Jurídica Universitária - CAJU, por despertar o interesse pelo tema dos direitos humanos;

Ao Centro de Defesa da Criança e do Adolescente – CEDECA-Ceará, por me ajudar a descobrir de que lado estou;

Aos amigos e às amigas de Faculdade, pelos momentos de felicidade compartilhados.

RESUMO

Este artigo analisa a relação entre a Constituição e os Direitos Humanos. O autor, principalmente no que se refere à incorporação das normas internacionais de direitos humanos no ordenamento interno, faz um resgate acerca dos precedentes adotados por esse sistema, destacando os seus principais paradigmas: o litigioso, o de propriedade privada, o social, o utilitário, entre outros, e o processo de interação entre os sistemas jurídicos. Faz os principais referências teóricas de alguns autores da Constituição, bem como a importância da abertura constitucional aos direitos humanos, bem como a importância da não-especialização do direito brasileiro, tendo em vista a importância dos princípios constitucionais e internacionais de direitos humanos, bem como a importância da não-especialização do direito brasileiro.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Constituição, Direitos Internacionais.

“Ninguém liberta ninguém,
ninguém se liberta sozinho:
os homens se libertam em comunhão.”

PAULO FREIRE

RESUMO

Trata da relação entre a Constituição e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, principalmente no que se refere à incorporação das normas provenientes de tratados no ordenamento interno. Faz um resgate acerca dos precedentes históricos dos direitos humanos, destacando os seus principais paradigmas jurídico-filosóficos, grego, teológico, liberal, socialista, enfatizando o processo de internacionalização ocorrido a partir do século XX. Traz os principais referenciais teóricos da teoria material da Constituição, relacionando-a com a abertura constitucional aos direitos humanos provenientes de tratados e analisando a cláusula da não-tipicidade no direito brasileiro. Expõe o regime jurídico-constitucional dos instrumentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Constituição. Tratados Internacionais.

ABSTRACT

It deals with the relation between the Constitution and the International law of the Human Rights, mainly as for the incorporation of the treated norms proceeding from in the internal order. It makes a rescue concerning the historical precedents of the human rights, detaching its main Greek, theological, liberal, socialist paradigms legal-philosophical, emphasizing the process of internationalization occurred from century XX. It brings the main theoretical referenciais of the material theory of the Constitution, relating it with the constitutional opening to the human rights proceeding from treated and analyzing the clause to the not-vagueness doctrine in the Brazilian right. It displays the regimen legal-constitutional of the international instruments of human rights of which Brazil is signatory.

Keywords: Human Rights. Constitution. International instruments.

TEORIA MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO E A ABERTURA CONSTITUCIONAL AOS DIREITOS HUMANOS

- 1.1 A concepção material da Constituição
- 1.2 O idealismo de Carl Schmitt
- 1.3 A teoria integrativa de Rudolf Smend
- 1.4 Os constitucionalistas da técnica
- 1.5 O método concretista de Friedrich Müller
- 1.6 O método concretista de Peter Häberle
- 1.7 A importância da teoria material da Constituição para a abertura aos Direitos Humanos

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

- 2.1 Os Direitos Humanos e a polémica entre os Estados
- 2.2 A hierarquia dos tratados internacionais
- 2.3 A incorporação dos tratados internacionais no direito interno

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	8
2.	A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS.....	12
2.1	O humanismo grego e teológico.....	12
2.2	A emergência do paradigma liberal na Modernidade.....	15
2.3	O socialismo e os direitos humanos.....	19
2.4	A internacionalização dos direitos humanos.....	26
3.	TEORIA MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO E ABERTURA CONSTITUCIONAL AOS DIREITOS HUMANOS.....	35
3.1.	A concepção material da Constituição em Lassale e Hesse.....	38
3.2.	O decisionismo de Carl Schmitt.....	44
3.3.	A teoria integrativa de Rudolf Smend.....	45
3.4.	Os constitucionalistas da tópica.....	45
3.4.1	O método concretista de Friedrich Müller.....	46
3.4.2	O método concretista de Peter Häberle.....	47
3.5	A importância da teoria material da Constituição para a abertura aos Direitos Humanos.....	48
4.	A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	55
4.1.	Os Direitos Humanos e a polêmica entre monistas e dualistas	56
4.2.	A hierarquia dos tratados sobre direitos humanos.....	60
4.3.	A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos.....	75
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
6.	REFERÊNCIAS.....	81

1 - INTRODUÇÃO

O tema geral do presente trabalho confunde-se com o próprio título, “A Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos”. Nossa proposta é analisar a interação entre o direito interno e o direito internacional no que concerne aos direitos humanos. Para tanto, cumpre fazermos uma análise sobre a Constituição, pois esta é o *locus* privilegiado de diálogo entre a realidade jurídica nacional e o aparato internacional de proteção dos direitos humanos, na medida em que representa o estatuto dos direitos fundamentais dos cidadãos e disciplina as normas relativas ao regime dos tratados dos quais o Estado é parte. Além disso, torna-se necessário investigarmos acerca dos próprios direitos humanos, através das suas origens e do seu desenvolvimento ao longo da história do homem. Este trabalho se situa, portanto, num campo de interseção entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Como vemos, nosso campo de investigação é bastante amplo, possibilitando diversos enfoques sobre a temática, o que dificulta caminharmos para a especificação do objeto a ser analisado. O trabalho acadêmico deve prezar pela delimitação clara e precisa sobre o seu objeto, a fim de seguir um método capaz de produzir o conhecimento científico, diferenciando-se, assim, do senso comum (LAKATOS; MARCONI, 2001, p. 76). Esta é a primeira dificuldade com que nos deparamos para desenvolver a nossa pesquisa, definir o seu objeto específico dentro do espectro de possibilidades existentes no nosso campo de investigação. Em outras palavras, quais as variáveis importantes para uma pesquisa satisfatória sobre a Constituição e os tratados de direitos humanos? Se de um lado a maior precisão sobre o objeto contribui para o exaurimento de todas as questões que o envolvem, de outro, quanto menor for o recorte na realidade estudada menos poderemos invocar análises globais sobre a mesma. É a partir deste dilema que passamos a construir uma metodologia neste trabalho capaz de conciliar a globalidade e a especialidade.

Partimos, portanto, de questionamentos amplos como: o que são os direitos humanos?; como e porque estes direitos passaram a ser disciplinados em tratados internacionais?; o que é uma Constituição? qual a relação entre a Constituição e os direitos humanos? o que é abertura constitucional aos direitos humanos? o que é teoria material da Constituição? As respostas para estas perguntas serão desenvolvidas ao longo do capítulo 1 e

da primeira parte do capítulo 2, como veremos em seguida. Estas reflexões serão basilares para prosseguirmos no afunilamento do tema, passando a estudar a dinâmica da relação entre a Constituição Federal do Brasil e os tratados internacionais de direitos humanos, objeto específico da segunda parte do capítulo 2 e de todo o capítulo 3, principalmente no que concerne à hierarquia e à incorporação das normas convencionais no ordenamento pátrio.

O primeiro passo desta monografia será, assim, tratar da construção histórica do conceito de direitos humanos. Isto será feito através de um resgate dos principais matizes jurídico-filosóficos sobre os direitos humanos ao longo da história da civilização ocidental, destacando-se os paradigmas grego, teológico, liberal e socialista. Este retrospecto torna-se relevante na medida em que o tema é marcado pela historicidade, compreendendo uma pluralidade de enfoques influenciados pelas ideologias que o embasam. Na segunda parte do capítulo 1, destacaremos o processo de internacionalização dos direitos humanos, desenvolvido principalmente ao longo do século XX, notadamente em sua segunda metade. Este ponto tem uma importância fundamental para o trabalho, pois é onde será exposto o surgimento do aparato internacional de proteção dos direitos humanos, dando ensejo ao nascimento do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Enquanto no primeiro capítulo nos deteremos em uma análise ampla sobre os direitos humanos, no segundo capítulo, faremos uma incursão acerca da Constituição, que é outra categoria global da nossa investigação. Para tanto, nos deteremos no estudo da teoria material constitucional, resgatando alguns autores que contribuíram para a construção de um conceito material de Constituição e de direitos fundamentais. A relação dialógica entre o sistema constitucional e a realidade social é a tônica desta perspectiva, que despreza uma visão positivista e formalista do Direito, buscando uma hermenêutica capaz de qualificar o aspecto axiológico da Constituição, principalmente no tocante aos direitos humanos. Este exame torna-se relevante na apreciação da abertura constitucional aos direitos humanos provenientes de tratados internacionais, que será analisada no sistema constitucional brasileiro na última parte do referido capítulo.

Por último, no capítulo 3, trataremos do regime jurídico dos tratados de direitos humanos na Constituição brasileira de 1988. Inicialmente, comentaremos os impactos possíveis dos tratados no ordenamento interno, ressaltando a problemática do conflito entre normas nacionais e alienígenas e analisando os referenciais monista e dualista à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Sobre o regime dos tratados, trata-se de um assunto que gera várias controvérsias nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial desde a promulgação da

Carta Magna, principalmente no que concerne à incorporação e à hierarquia dos tratados no ordenamento interno. Com a emenda constitucional nº 45, o legislador tentou definir mais claramente o tratamento constitucional em relação ao patamar dos instrumentos internacionais de direitos humanos no direito interno. Analisaremos essa mudança de forma crítica, expondo os principais posicionamentos da doutrina especializada sobre o tema. Cumpre ainda apresentar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, analisando o impacto jurisprudencial gerado com a modificação supramencionada.

Antes de adentrarmos no desenvolvimento da monografia, cumpre fazermos um ligeiro esclarecimento sobre a opção terminológica adotada ao longo do trabalho sobre o uso de expressões referentes aos direitos humanos. Na doutrina, há uma larga heterogeneidade no tratamento do termo direitos humanos. Várias expressões são utilizadas para tratar do tema, e, apesar de muitos autores as utilizarem como sinônimas, outros juristas apontam diversas diferenças conceituais. Assim, são largamente utilizados termos como “direitos humanos”, “direitos fundamentais”, “direitos do homem”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, dentre outras. Não faz parte do nosso objetivo esclarecermos a origem histórica do uso de cada uma destas.

Os termos direitos fundamentais e direitos humanos são os mais utilizados pela doutrina, e talvez por isso sejam muitas vezes utilizados como sinônimos. No entanto, vários autores se esforçam no sentido de diferenciá-los¹. A distinção mais consagrada é feita a partir do plano de positivação desses direitos. Dessa forma, enquanto os direitos fundamentais são aqueles que encontram respaldo num texto constitucional, os direitos humanos estão positivados no plano internacional. Apesar da diferenciação quanto ao plano normativo, esses direitos convergem em termos de conteúdo, na medida em que são dotados de uma essencialidade a todos os seres humanos. É neste sentido que outros autores adotaram a expressão direitos humanos fundamentais como forma de harmonizar a congruência das expressões direitos fundamentais e direitos humanos.²

Ao abordarmos o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional, as diferenciações referidas acima se tornam improfícuas, pois o liame entre a dimensão interna e internacional se torna muito tênue. Isto é acentuado, por exemplo, no estudo da incorporação dos direitos humanos provenientes de tratados, que é um dos temas do

¹ Nesse sentido, dentre outros, Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2007, p. 33-42.

² Nesse sentido, Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 14ª ed., 2003.

trabalho. Seria inócuo passar a denominá-los também de direitos fundamentais pelo simples fato de passarem a fazer parte do ordenamento interno. Na prática, a mudança terminológica não acarreta nenhuma consequência, mas sim o processo formal de incorporação. O que ocorre é uma modificação no regime desses direitos, passando do plano alienígena para o âmbito interno. Não há, contudo, nenhuma modificação no seu conteúdo que justifique uma diferenciação terminológica.

Assim sendo, acreditamos que a diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos só procede para fins didáticos, com o fito de diferenciar os dois regimes a que estão submetidos, interno (constitucional) e internacional. A referida distinção não pode ser utilizada, contudo, em relação ao conteúdo desses direitos. Logo, utilizaremos a expressão direitos fundamentais e direitos humanos como sinônimos ao longo desta monografia. Além destes, aproveitaremos ainda o termo direitos do homem, ressaltando-se que o uso desta expressão advém do direito natural, referindo-se àqueles direitos inerentes à condição humana e, portanto, pré-constitucionais.

2 – A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Nesta primeira parte do trabalho, pretendemos fazer um breve histórico do desenvolvimento filosófico e jurídico dos direitos humanos. Desde logo, esclarecemos que se trata de uma incursão sumária e sem a pretensão de averiguar detalhadamente as nuances que envolvem o tema. No fim do capítulo, vamos nos ater com mais atenção ao processo de internacionalização dos direitos humanos, desenrolado a partir do século XX, notadamente em sua segunda metade, devido à importância que teve para o Direito Internacional dos Direitos Humanos e para o Direito Constitucional, que são as searas do conhecimento exploradas no presente estudo.

2.1 O humanismo grego e teológico

O processo de afirmação histórica dos direitos humanos pode ser analisado através de dois matizes basilares. O primeiro deles fundamenta-se no referencial filosófico, inicialmente desenvolvido pela tradição grega, enquanto o segundo liga-se à perspectiva jurídica, aprofundada a partir das declarações de direitos originárias do século XVII e XVIII. Trata-se de duas perspectivas que não podem ser analisadas de forma separada, pois se condicionam mutuamente. É inegável o caráter decisivo do pensamento filosófico no surgimento de textos jurídicos que consagram os direitos do homem. Da mesma forma, a formulação de declarações escritas de direitos humanos a partir da materialidade dialética da realidade enseja formulações filosóficas, como a pretensão de universalidade desses textos. Portanto, a interação recíproca entre o referencial filosófico e jurídico proporciona o desenvolvimento do chamado humanismo jurídico, que representa o referencial de luta e defesa da pessoa humana. Vale colacionar o ensinamento de Antônio Carlos Wolkmer sobre o tema (2005, XI):

O diálogo e a interação entre o humanismo e o Direito – agora na configuração do chamado *humanismo jurídico* – são claramente estabelecidos pela força hermenêutica do conhecimento filosófico. Na verdade, trata-se de trazer e privilegiar, aqui, a filosofia do Direito que, como reflexão crítica e substancial, ocupa-se tanto dos fundamentos últimos da realidade humana quanto da busca incessante por um Direito justo.

Como já mencionamos, os primeiros fundamentos do humanismo no Ocidente foram desenvolvidos pela filosofia grega. Sobre o nosso tema, vale destacar os ensinamentos estoicos produzidos a partir da decadência da *polis* grega e da proposta de uma cosmópolis. Os homens habitam uma cidade mundial comum, na qual nascem iguais. Esta visão guarda alguma semelhança com a pretensão universalista do reconhecimento e da proteção dos direitos humanos na atualidade. O próprio descenso da *polis* pode ser comparado à relativização da soberania estatal no plano internacional, a fim de resguardar os direitos fundamentais (MAGALHÃES FILHO, 2002, p. 171). Assim, os estoicos buscaram na natureza a existência de uma razão universal informadora dos direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, independentemente das diferenciações culturais, lançando as bases para uma concepção jusnaturalista³.

A antigüidade grega se destaca como sendo o eixo histórico da filosofia, sendo conhecido como período axial, pois foi quando se estabeleceram os grandes princípios da sociedade ocidental. Segundo Fábio Konder Comparato (2007, p. 11), “é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão”. Neste sentido, o exemplo consagrado do conceito de dignidade na cultura grega é verificado na tragédia de Antígona, de Sófocles, através da invocação de leis não escritas que não podem ser revogadas e que são superiores e anteriores às leis humanas. A rebeldia da heroína grega condenada à morte sintetiza a noção de direitos universais inerentes à condição humana provenientes de uma lei natural.

O segundo grande movimento apontado como precedente da noção de direitos humanos está presente na filosofia cristã, nascida ao longo do processo de desintegração do império escravista romano e desenvolvida no decorrer da Idade Média. O cristianismo não abandona os ensinamentos gregos, mas sim os adapta aos seus valores. Conforme Celso Lafer (1991, p. 119), “o cristianismo retoma e aprofunda o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, através da evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual”.

O homem foi feito à imagem e semelhança de Deus. Esta é a proposição fundamental para o embasamento da dignidade humana no pensamento cristão. Assim como Jesus, todos os homens são filhos de Deus, e, por conseguinte, são iguais uns aos outros.

³ Esta nossa afirmação não indica que os estoicos foram os pioneiros do jusnaturalismo, haja vista o papel desempenhado anteriormente pelo sofistas.

Cristo representou a materialização dos ensinamentos divinos, sendo o modelo ético de pessoa a ser alcançado a fim de o homem obter a salvação da sua alma após a morte. Glauco Magalhães Filho (2002, p. 145), ao advogar uma fundamentação cristã da dignidade da pessoa humana, afirma que “o cristianismo dignifica o gênero humano a partir de uma referência unificadora do homem a Deus através da imagem e semelhança divina, gravada na raça humana”.

Na Idade Média, contudo, a igualdade universal entre os filhos de Deus permanecia válida apenas no plano sobrenatural, pois por muito tempo o cristianismo admitiu práticas contrárias à dignidade humana, como a tortura, a escravidão, a inferioridade natural da mulher ante o homem, assim como dos povos americanos, africanos e asiáticos. O apogeu medieval da produção filosófica cristã ocorreu nos séculos XII e XIII com a Escolástica, e o seu mais expressivo intelectual foi Santo Tomás de Aquino.

É importante ressaltar que uma análise histórica sobre os direitos humanos não pode ser feita de forma segmentada, apontando fases que se sobrepõem. O que temos na atualidade é a coexistência de diversas visões sobre os direitos humanos. Os paradigmas construtores das diversas noções sobre direitos humanos não surgem através de um processo de substituição entre si, mas sim por meio de um acúmulo histórico.

Dessa forma, a doutrina cristã sobre os direitos do homem teve a sua origem e o seu apogeu na Idade Média, mas perdurou posteriormente e continua presente nos dias atuais. É certo que a sua presença passou por diversas modificações ao longo do processo histórico da humanidade, principalmente com a laicização do Estado, não possuindo a mesma pujança medieval. Podemos citar diversos momentos importantes sobre a construção da perspectiva cristã a respeito dos direitos humanos na modernidade como a encíclica papal *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, em 1894, que marca o início da chamada doutrina social da Igreja, e o Concílio Vaticano II, já no século XX.

Contemporaneamente, a visão cristã sobre os direitos humanos se manifesta de diversas formas. Cabe citar, por exemplo, os polêmicos casos das pesquisas com células-tronco embrionárias e da descriminalização do aborto. No primeiro, em julgamento no Supremo Tribunal Federal, a Igreja Católica se posiciona fortemente contra esse procedimento⁴. Sobre o aborto, os católicos se opõem aos diversos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional que descriminalizam tal prática. Sem nos aprofundarmos nesses

⁴ A ADIN 3510 foi impetrada pelo então Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles e requer a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da lei 11.105/05 (lei da Biossegurança).

temas, queremos apenas destacar que a fundamentação da posição da Igreja parte de sua noção sobre o direito à vida, revelando traços do seu entendimento sobre os direitos humanos, que se encontram presentes na nossa realidade em constante conflito com outras concepções.

2.2 A emergência do paradigma liberal na Modernidade

Já na baixa Idade Média, período compreendido a partir da passagem do século XII para o XIII, o referencial cristão sobre o valor da pessoa humana começa a deixar de ser hegemônico. Assiste-se o início de um movimento de recuperação da unidade política que fora esfacelada ao longo da era medieval. Há o surgimento da burguesia como uma camada social que aos poucos vai ganhando ascensão a partir do renascimento do comércio, ainda incipiente.

O paradigma civilizatório da Modernidade é marcado por transformações sociais e culturais advindas principalmente do humanismo renascentista, da reforma protestante, das revoluções burguesas e do iluminismo racionalista (WOLKMER, 2005, p. 86). Todos estes movimentos rompem com a tradição medieval através de uma leitura antropocêntrica da realidade, em oposição ao teocentrismo cristão. O homem deixa de ser visto como um ser subordinado a uma ordem divina para ganhar *status* de um ser dotado de racionalidade e autonomia, capaz de realizar suas próprias escolhas sobre a ordem social. Não basta que a dignidade do homem seja usufruída após a morte, pois se trata de uma ilação demasiadamente incerta, sendo necessário garanti-la no plano real como pregou a reforma religiosa. Nesse sentido, é inaceitável aceitar a usura como um pecado, pois o homem tem o direito à liberdade, notadamente na sua vertente econômica.

No prosseguimento da reforma, há uma laicização do Direito, abandonando-se uma visão teológica em prol do racionalismo. Esta ruptura do racionalismo moderno é marcada pelo contratualismo, matriz filosófica que possui várias correntes com diferentes enfoques, fundados principalmente no pensamento de Hobbes, Locke e Rousseau. Sem embargo das diferenças entre estes autores, podemos perceber traços que os aproximam. Assim, conforme os contratualistas, os homens possuem direitos intrínsecos como a vida, a propriedade, a igualdade e a liberdade. Para preservação destes direitos, é necessário um pacto social entre os indivíduos livres capaz de formar a sociedade civil, superando, assim, o estado anterior de natureza, caracterizado distintamente de acordo com cada pensador (estado de

guerra, estado de paz insanável, estado de liberdade plena). O Estado, assim, surge como o organismo capaz de superar o estado de natureza e resguardar os direitos inalienáveis do homem. O contratualismo, portanto, inaugura o fundamento jusnaturalista racional dos direitos humanos.

Vale citar ainda outros pensadores tributários do jusnaturalismo desenvolvido nessa época como o holandês Hugo Grócio (1583-1645), o alemão Samuel Pufendorf (1632-1694), os ingleses John Milton (1608-1674) e Edward Coke (1552-1634). Infelizmente devido à brevidade da nossa análise, não vamos aprofundar os ensinamentos destes autores, assim como as diferenças entre eles. Destacamos, ainda, os dois representantes mais influentes do racionalismo iluminista para os desdobramentos seguintes da história dos Direitos Humanos, quais sejam Jean Jacques Rousseau (1712-1778) e Immanuel Kant (1724-1804).

Em meio ao individualismo exacerbado alardeado pelos pensadores que o antecederam, Rousseau se notabilizou por buscar uma fórmula capaz de harmonizar os interesses particulares com a vontade geral. Nesse embate, o filósofo contratualista dá supremacia a esta última, vinculando-a à noção de soberania. A expressão da vontade geral é materializada através da lei, que é um ato absoluto que se dirige a todos os cidadãos, sem tratar dos interesses individualizados. Assim, Rousseau rompe com o contratualismo autoritário de Hobbes e Pufendorf, que serviu de fundamento para o absolutismo, para fundar uma perspectiva liberal democrática, salientando os valores de igualdade e justiça material.

O pensamento de Kant, muito influenciado por Rousseau, marca a formulação mais acabada de uma filosofia moral racionalista para a modernidade (WOLKMER, 2005, p 92). Conforme o filósofo alemão, todos os direitos do homem estão abrangidos pelo direito à liberdade, postulado da razão prática, que lhe cabe pela sua própria condição humana. Esta se encontra limitada apenas pela coexistência da liberdade dos outros homens. A liberdade jurídica dos seres humanos funda-se na faculdade de obedecer somente às leis as quais deu seu livre consentimento.

O jusnaturalismo racionalista provocou a necessidade de uma afirmação jurídica dos direitos do homem. Estes direitos deveriam estar positivados em declarações, pois só assim seriam assegurados e respeitados perante o poder político. Os direitos humanos possuem, portanto, uma função de limitar o poder, que, nessa época, estava nas mãos do monarca, eleito o inimigo imediato da classe burguesa. Celso Lafer (1991, p. 123) analisa este fenômeno histórico da seguinte forma:

De fato, para o homem emancipado e isolado em sociedades crescentemente secularizadas, as Declarações de Direitos representavam um anseio muito compreensível de proteção, pois os indivíduos não se sentiam mais seguros de sua igualdade diante de Deus, no plano espiritual, e no plano temporal no âmbito dos estamentos ou ordens das quais se originavam. É por isso que a positivação das declarações nas constituições, que se inicia no século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa, tinha como objetivo conferir aos direitos nelas contemplados uma dimensão permanente e segura. Esta dimensão seria o dado da estabilidade, que serviria de contraste e tornava aceitável a variabilidade, no tempo e no espaço, do Direito Positivo, dependente da vontade do legislador em contextos localizados e variáveis.

Como acentuado pelo autor, o século XVIII é marcado pela positivação dos direitos humanos em declarações solenes. Antes disso, o que havia existido eram documentos que exigiam direitos oriundos de privilégios sociais perante o monarca, sendo o mais emblemático deles a Carta Magna de 1225 na Inglaterra. Por outro lado, as declarações de direitos surgidas a partir do liberalismo burguês marcavam a ruptura com o antigo regime instaurado, advinda quase sempre de processos revolucionários.

O marco inicial das declarações de direitos fundamentais na modernidade foi a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, nos Estados Unidos, que foi elaborada sob uma forte influência dos pensamentos de Locke, Rousseau e Montesquieu. Esta declaração inovava em relação às declarações inglesas que a antecederam (*Petition of Rights, Habeas Corpus Act e Bill of Rights*), pois se preocupava principalmente com a estrutura de um governo democrático e com o sistema de limitação dos poderes, enumerando direitos fundamentais. Segundo Fábio Konder Comparato (2007, p. 50), esta declaração “constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História”. Trata-se de um documento que foi elaborado no contexto da Revolução Americana e que se antecipou à Constituição dos EUA, aprovada na Convenção de Filadélfia somente em 1787.

A entrada em vigor da Constituição americana ficou condicionada à elaboração de uma Carta de Direitos (*Bill of Rights* americano), o que foi feito apenas em 1791, a partir das sugestões de Thomas Jefferson e James Madison, e deram origem às dez primeiras emendas à Carta americana. Assim, foram consagrados direitos como a liberdade de religião e culto, de imprensa, de reunião; direito de petição; direito de defesa e de um julgamento por juiz natural; garantia do direito à propriedade; igualdade perante a lei; direito do sufrágio universal⁵.

Treze anos após a declaração da Virgínia, em 1789, foi elaborada e aprovada na Assembléia Constituinte francesa a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto do processo revolucionário desencadeado na França no final do século XVIII. Fortemente

⁵ Segundo José Afonso da Silva (2005, p.156), a emenda de número 2 “consignou o direito do povo de possuir e portar armas, mas, à evidência, não se pode considerar tal faculdade como um direito fundamental do homem”.

influenciada pelo iluminismo, esta declaração é o marco jurídico, político e filosófico da emergência de um novo paradigma civilizatório para o mundo ocidental, qual seja a modernidade. Apesar de ser muito parecida com a declaração americana no que se refere ao conteúdo (proteção da igualdade, da liberdade, da propriedade, da legalidade e das garantias individuais liberais), a carta francesa diferencia-se desta no que se refere à influência que exerceu nos movimentos liberais posteriores pelo mundo. A Revolução Francesa foi marcada, portanto, pela pretensão universalista dos direitos e garantias conquistados.

A democracia moderna foi a fórmula política encontrada pela burguesia para acabar com os privilégios do clero e da nobreza do antigo regime e adequar o Estado aos ditames liberais. A origem da democracia burguesa não pode ser apontada como um regime em defesa do povo pobre contra a minoria mais abastada, mas como a suplantação de privilégios estamentais por uma sociedade dividida em classes (COMPARATO, 2007, p. 52).

A emergência dos direitos humanos na modernidade é marcada pelo paradigma liberal, desenvolvido a partir do referencial civilizatório europeu. Sem embargo dos processos ocorridos nos EUA, foi na Europa onde surgiram as condições políticas, culturais, intelectuais e econômicas para o nascimento da idéia de direitos humanos. A história moderna do continente europeu confunde-se com uma narrativa sobre a civilização ocidental. Paralelamente ao nascimento do referencial liberal, os povos do Novo Mundo sofriam um processo de exploração e subordinação. Cabe lembrar que a escravidão dos negros africanos e dos índios americanos ocorreu ao lado do surgimento da modernidade, assim como outras atrocidades perpetradas pelos impérios coloniais. Neste sentido, a história dos direitos humanos é marcada pelo eurocentrismo, constituindo-se um processo contraditório, como observa criticamente Giuseppe Tosi (2002, p. 25):

A característica constitutiva dessa história é seu caráter complexo, ambíguo, dualista; ao mesmo tempo, de emancipação e opressão, de inclusão e de exclusão, eurocêntrico e cosmopolita, universal e particular. Por isso, não se pode deixar de considerar o lugar social do qual parte nossa reconstrução histórica e de prestar maior atenção aos aspectos contraditórios do fenômeno, criticando uma visão puramente eurocêntrica da história dos direitos do homem, procurando identificar o 'nosso' lugar, na condição de latino-americanos, neste processo de constituição de uma história mundial.

O jusnaturalismo liberal tinha a pretensão de estabilizar os direitos do homem em declarações escritas. Estes direitos faziam parte da natureza humana, pois os homens já nasciam iguais entre si. A sua positivação representava a fórmula mais acabada e segura para a proteção da liberdade. Tal raciocínio deu ensejo ao "fetichismo" da lei, entendida como a

materialização dos direitos naturais do homem. Exemplo disto foi o surgimento da Escola da Exegese na França para a qual o Direito se resumia ao plano legal.

No entanto, as declarações de direitos não se mostraram capazes de cumprir esta função estabilizadora, pois ao longo do tempo os direitos dos homens contemplados em textos escritos foram-se alterando conforme as mudanças das condições históricas. Contrapondo-se a esta concepção dos direitos fundamentais baseada na natureza humana, temos a crítica historicista, que concebe o influxo das condições materiais da realidade na consagração destes direitos. “Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório” (PIOVESAN, 2007, p. 110). Ao longo da história, podemos perceber inconstâncias em relação à proteção dos direitos humanos, havendo momentos de maior respeito e outros com um alto nível de violação. Os fatores econômicos, políticos e sociais que conformam a realidade são variáveis e devem ser compreendidos na formulação teórica sobre os direitos do homem, abandonando-se conceitos imprecisos e relativos como o de “natureza humana”. Mais uma vez colacionamos abaixo a aplicação de Celso Lafer (1991, p. 124), dessa vez sobre a perspectiva historicista dos direitos humanos, analisando o pensamento de Hannah Arendt, filiada a este entendimento⁶:

Daí a recusa do jusnaturalismo por Hannah Arendt, que observa, em *On Revolution*, que os homens não nascem iguais nem são criados igualmente por obra da natureza – daquilo que é dado por ser *physis*. É a *polis*, por meio da lei, isto é, do *nomos* – na acepção ampla de norma, costume, opinião e maneira de pensar [...]–, que faz surgir uma ordem igualitária, sendo esta, portanto, um construído convencional. É por essa razão que o aprofundamento do diálogo do pensamento arendtiano requer um exame dos aspectos históricos que possibilitaram a asserção política e a posterior crise desta invenção para a convivência coletiva, que são os direitos humanos.

2.3 O socialismo e os direitos humanos

O século XIX é marcado por uma atmosfera convulsionada através dos diversos processos políticos e sociais no mundo ocidental. O período subsequente à Revolução Francesa é marcado por reações conservadoras e progressistas, conforme as especificidades históricas de cada país. Há uma tensão entre os ímpetus revolucionários remanescentes do fim

⁶ Outro autor filiado a uma fundamentação historicista dos direitos humanos é Norberto Bobbio (1992, p. 5), como podemos ver neste trecho: “Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascido em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”

do século passado e o assentamento de um novo *status quo* inaugurado pelo capitalismo, estabelecendo uma nova ordem econômica e social. Paralelamente a isso, ainda temos a tentativa de restauração dos regimes absolutistas, concretizada através do Congresso de Viena (1814-1815).

Os progressos científicos e as mudanças econômicas ocorridas por ocasião da Revolução Industrial provocaram graves problemas sociais, favorecendo o surgimento dos pensamentos republicano, socialista e anarquista. A Inglaterra, pioneira na industrialização, foi o centro dessas novas transformações, sofrendo uma explosão demográfica nas grandes cidades ao longo do século XIX⁷.

O pensamento socialista já existia antes mesmo do século XIX, mas certamente foi durante o período de 1830 e 1850 que este ideário começou a ganhar grandes proporções. Dentre as diversas matrizes do pensamento socialista como o utópico ou o estatal, foi a doutrina formulada por Karl Marx, denominada de socialismo científico, a que ganhou maior influência entre o movimento operário, provocando significativas mudanças nos planos filosófico e jurídico dos direitos humanos.

Segundo Wolkmer (2005), a construção de uma filosofia jurídica humanista pode ser percebida nos escritos mais jovens de Marx, entre 1841 e 1845, notadamente no opúsculo “A Questão Judaica”, em que são analisados, dentre outras coisas, os direitos previstos no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Aduz que:

Em verdade, a análise e a interpretação de obras como *A Questão Judaica* contribuem não só para repensar as deformações formalistas da tradição liberal-individualista do Direito em geral e da inautenticidade da chamada doutrina burguesa dos Direitos Humanos, abstratos e universais, mas, sobretudo, para propor uma filosofia da práxis impulsionadora do Direito como instrumental da justiça humanizada e da emancipação social concreta. (WOLKMER, 2005, p. 143)

A filosofia marxista nega o determinismo naturalista e coloca ênfase na ação dos homens para a construção da história através da luta de classes. Não há uma natureza humana cósmica ou divina que fundamenta os direitos do homem, pois seu ponto de partida são os indivíduos concretos e as relações sociais estabelecidas entre si, notadamente as de índole econômica. Marx rompe com a idéia de estado de natureza propagada pelo pensamento contratualista. Nos primórdios, os homens só produziam o estritamente necessário para sobreviver, não existindo propriedade privada. Mas havia um organismo social calcado em valores coletivos, originando leis e poder, subsistindo, portanto, um estado de sociedade, onde

⁷ Segundo Huberman (1980, p. 192), em 1770 a população rural da Inglaterra era de 40%, passando para 26% em 1841. Os trabalhadores eram expostos uma carga horária de 14 horas diárias, imposta inclusive às mulheres e às crianças.

também existiam conflitos. A apropriação dos bens de produção por uma parcela dos indivíduos fez surgir a propriedade privada e conseqüentemente uma sociedade dividida em classes, gerando conflitos entre o interesse particular e o coletivo. A insuficiência das leis para a manutenção do *status quo* exige que a classe dominante se aproprie do poder político, materializado no Estado, assim como em outros aparelhos ideológicos como a educação, a ciência e a religião para manter a hegemonia do sistema (TONET, 2002).

Esta foi, em apertada síntese, a principal idéia que norteou as lutas proletárias a partir do século XIX. A conseqüência jurídica desta contestação ao sistema liberal-burguês foi a ampliação dos direitos humanos com base no princípio da solidariedade, chamados de direitos sociais e fundamentados na idéia de justiça distributiva (COMPARATO, 2007, p. 65). Estes novos direitos objetivavam uma maior igualdade material, que era inalcançável numa perspectiva liberal, em que prevalece a noção de igualdade formal perante a lei. Destarte, esta categoria de direitos engloba o direito ao trabalho e os diversos direitos do trabalhador, como saúde, educação, previdência social e outros. Enquanto os direitos fundamentais individuais surgiram como forma de proteger o indivíduo perante o Estado, exigindo uma postura absentista deste, os direitos sociais requerem uma atitude estatal dirigente, promovendo políticas públicas para a sua efetivação. Destarte, estes direitos foram originados “pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do ‘bem-estar social’, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo” (LAFER, 1991, p. 127).

A Constituição Mexicana de 1917, fruto do movimento revolucionário iniciado em 1910, é considerada a primeira no mundo a reconhecer os direitos humanos sociais. Logo depois, em 1919, temos a Constituição de Weimar, na Alemanha, que exerceu uma maior influência no constitucionalismo mundial. No Brasil, o marco no reconhecimento desses novos direitos foi a Constituição de 1934.

Os autores quase sempre se referem aos direitos sociais como direitos prestacionais, positivos, creditícios, dirigentes, como forma de salientar a exigência de uma ação interventiva do Estado para a sua realização. Todavia, cabe salientar a lição de Ingo Sarlet (2007) no sentido de que esses direitos também englobam as denominadas liberdades sociais, como a livre associação sindical e o direito de greve, que possuem um aspecto de marcante abstenção do Estado na sua garantia. Assevera o autor gaúcho que “a segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina” (2007, p. 57). No

mesmo sentido, não podemos afirmar que os direitos individuais exigem apenas uma posição negativa do Estado, sem acarretar um custo ao erário. Exemplo disso é o direito ao voto, que só é possível ser exercido através da estrutura logística montada pela Justiça Eleitoral, gerando grandes despesas ao orçamento público. Muitas vezes, a dificuldade de efetividade dos direitos sociais é justificada pela necessidade de altos investimentos públicos, estando restritos a uma reserva do possível. No entanto, como vemos, não são apenas os direitos sociais que exigem custos, sendo este argumento relativo, e por vezes ideológico.

Como já destacado, os direitos sociais foram sendo conquistados paulatinamente através das lutas proletárias, fundadas principalmente no socialismo de tradição marxista. No entanto, as conquistas elencadas acima através da positivação desses direitos não significaram uma ruptura com o modo de produção capitalista, mas uma tentativa de humanização nas relações entre a classe burguesa e proletária, o que significava uma contradição com o que propugnava Marx. No sentido oposto, a experiência soviética buscou uma ruptura com o regime capitalista e inaugurou o chamado socialismo estatal ou real. A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, aprovada em 1918 pelo Terceiro Congresso Panrusso dos Sovietes, pode ser destacada como um texto histórico que consubstancia as teses que fundamentam a tentativa de construção de uma sociedade socialista. A decretação do fim da propriedade privada insculpida no art. 1º e 3º⁸ revela que os direitos do proletariado não devem ser garantidos através de concessões burguesas, mas sim com o fim da divisão de classes, transferindo-se os meios de produção aos trabalhadores.

No decorrer do processo de afirmação histórica dos direitos humanos, percebe-se uma tensão existente entre as liberdades e garantias individuais e os direitos econômicos, sociais e culturais. Conforme Giuseppe Tosi (2002, p. 40), “a polarização entre ‘direitos de igualdade’ e ‘direitos de liberdade’ continua sendo uma das grandes questões não resolvidas do debate atual sobre os direitos humanos”. Em parte, esta contradição possui raízes históricas na polarização entre as experiências de estado capitalista e socialista no decorrer do século XX. No primeiro modelo, originário da representação americana e francesa, há uma suposta valorização da liberdade, fundada pela atuação regulatória mínima do Estado e “pela crença no auto-desenvolvimento do mercado, visto como um processo impessoal no qual prevaleceria a astúcia da razão econômica” (LAFER, 1991, p. 130). Há, portanto, uma

⁸ Art. 1.º A fim de se realizar a socialização do solo, fica extinta a propriedade privada da terra; todas as terras passam a ser patrimônio nacional e são confiadas aos trabalhadores sem nenhuma espécie de reembolso, na base de uma repartição igualitária em usufruto.

Art. 3.º O Congresso ratifica a transferência de todos os bancos para o Estado operário e camponês, como uma das condições de libertação das massas operárias do jugo do capital.

barreira quase intransponível na efetivação dos direitos sociais por exigirem uma atuação estatal ativa, que comprometeria a liberdade dos indivíduos. No outro pólo, o exemplo soviético provocou o robustecimento do Estado, adotando o monopólio dos meios de produção como forma de promover uma maior distribuição da riqueza. O custo desta opção foi a institucionalização de um regime ditatorial que suprimiu as liberdades e garantias da pessoa humana. Ratificando esta incongruência, Norberto Bobbio (1992, p. 44) assinala:

Essa distinção entre dois tipos de direitos humanos, cuja realização total e simultânea é impossível, é consagrada, de resto, pelo fato de que também no plano teórico se encontram frente a frente e se opõem duas concepções diversas dos direitos do homem, a liberal e a socialista. [...] Através da proclamação dos direitos do homem, fizemos emergir os valores fundamentais da civilização humana até o presente. Isso é verdade. Mas os valores últimos são antinômicos: e esse é o problema.

Por outro lado, Celso Lafer (1991, p. 130) defende a compatibilização entre estas duas categorias de direitos, tratando-se, portanto, de uma falsa contradição:

É, no entanto, da convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo, apesar da heterogeneidade de suas origens, e é por essa razão que entendo que esta desarmonia em relação ao papel do Estado na sociedade, na passagem da primeira para a segunda geração de direitos, obedece, como foi dito, na perspectiva *ex parte populi*, a uma dialética que subordina a contradição à complementaridade, pois as ditas gerações de direitos baseiam-se na intuição da irredutibilidade do ser humano ao todo do seu meio social, e no pressuposto de que a sua dignidade se afirmará com a existência de mais liberdade e menos privilégios.

É inegável a complementaridade entre os direitos individuais e os direitos sociais, pois os direitos humanos “formam um conjunto uno e indivisível. A liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com sacrifícios dos direitos civis e políticos acaba engendrando, mui rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais.” (COMPARATO, 2007, p. 305).

Os defensores do Estado social afirmam que este modelo representou uma “terceira via” entre o Estado liberal clássico, em que prevalecia o *laissez-faire*, e o Estado socialista. Conforme esse entendimento, as constituições dirigentes surgidas principalmente na segunda metade do século XX seriam capazes de harmonizar a aparente contradição entre os direitos individuais e os direitos sociais. Nesse modelo, cabe ao Estado uma ação ativa na efetivação dos direitos fundamentais, diferentemente da posição meramente absentéista do liberalismo clássico do século XIX. Por outro lado, o Estado social não se confunde com o socialista, pois “algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia” (BONAVIDES, 2007, p. 184).

Várias diferenças poderiam ser elencadas entre o Estado liberal e o social. No entanto, a adesão ao modo de produção capitalista nestes dois modelos aponta para uma similitude implacável em relação à dificuldade de efetivação dos direitos humanos, notadamente os direitos econômicos, sociais e culturais e os chamados direitos de terceira dimensão⁹. A partir da década de 70, a tentativa de humanização do capitalismo pelo Estado social começou a ruir com o avanço neoliberal. A velha idéia de Estado mínimo começou paulatinamente a retomar força no cenário político e econômico, provocando privatizações e desregulamentação trabalhista. “O conjunto dos direitos sociais acha-se hoje, em todo o mundo, severamente abalado pela hegemonia da chamada política neoliberal, que nada mais é do que um retrocesso ao capitalismo vigorante em meados do século XIX” (COMPARATO, 2007, p. 66).

Como já vimos, os direitos de igualdade sempre estão vinculados ao ideário socialista, em decorrência da sua construção histórica. No entanto, a dimensão individual dos direitos humanos não se trata de uma noção apenas liberal, estando presente também na perspectiva socialista. Este falso afastamento entre liberdade e socialismo é fruto da supressão dos direitos individuais ocorrida na experiência soviética. No entanto, as idéias socialistas de direitos humanos não se resumem à Revolução de 1917, apesar de esta ter sido a mais emblemática tentativa de implantação do comunismo na história.

Para o marxismo implantado na URSS, os direitos humanos são direitos eminentemente burgueses, pois surgiram a partir das revoluções do século XVIII, inaugurando a emergência do capitalismo. O direito à propriedade e à segurança formam o núcleo essencial dos direitos humanos, caracterizando-os, portanto, como direitos burgueses. Para a construção de uma sociedade comunista, seria necessário reverter a exacerbada valorização do indivíduo presente no liberalismo, colocando a coletividade no pólo fundamental do sistema social. Quem determinaria os direitos do indivíduo seria a coletividade, representada pelo Estado. Estes direitos, portanto, não pertenciam à pessoa humana, pois eram atribuídos pelo Estado, enquanto consubstanciação da coletividade. “Como se sabe, a revolução soviética, feita em nome do marxismo e com o intuito de

⁹ Segundo Ingo Sarlet (2007, p. 58), “os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de fraternidade ou solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos. [...] Dentre os direitos fundamentais de terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação.”

instaurar o socialismo, degenerou em uma brutal ditadura, na qual o indivíduo ficava inteiramente a mercê do Estado” (TONET, 2002, p. 7).

Ao considerar o indivíduo como eixo fundamental da sociabilidade capitalista, os soviéticos partiam apenas de uma concepção burguesa de indivíduo. Entretanto, para uma real formulação socialista de direitos humanos, é necessário superarmos esta falsa contradição entre indivíduo e coletividade, que inviabiliza a concretização plena da dignidade da pessoa humana. A harmonização entre essas duas dimensões mostra-se como o caminho para uma compreensão socialista e democrática dos direitos humanos. São nesse sentido as palavras de Ivo Tonet (2002, p. 10):

Quer dizer, para ele [Marx] o eixo do socialismo não é a coletividade, em oposição ao indivíduo como eixo da sociabilidade capitalista. Segundo ele, a predominância da coletividade sobre o indivíduo teve lugar em formas de sociabilidade anteriores ao capitalismo. O socialismo, contudo, só pode ser uma articulação harmônica – não isenta de conflitos e tensões – entre indivíduo e coletividade. Isto porque socialismo é – não por uma simples aspiração do sujeito, mas por determinação do processo histórico-social – a apropriação, pelos indivíduos, da riqueza humana universal – material e espiritual – e sua conseqüente configuração como um indivíduo rico, multifacetado, omnilateralmente desenvolvido. [...] O pleno desenvolvimento do indivíduo, mas entendido como indivíduo social, é inseparável do socialismo. Deste modo, a subsunção do indivíduo à coletividade ou o inverso nada têm a ver com socialismo. O que deveria ser suprimido, então, seria o caráter burguês do indivíduo – cuja origem é material e não um simples fato de consciência – com todas as suas conseqüências, e não o próprio indivíduo. De modo que a minha afirmação enfática é de que a revolução soviética não foi – porque não podia ser – uma revolução de caráter socialista. Pode-se até afirmar que nela foram realizadas tarefas prévias relativas à desmontagem do poder político das classes dominantes, mas não aquelas que são próprias do socialismo.

Nesta perspectiva, a liberdade, alicerce dos direitos individuais, não é fundamentada num individualismo liberal, “espírito da prática capitalista”, conforme Comparato (2007, p. 538), mas sim na libertação da opressão. Neste ponto, nos valem das palavras de Paulo Freire (1980, p. 39), que tão bem tematizou a libertação a partir de uma leitura socialista:

Ao fazer-se opressora, a realidade implica na existência dos que oprimem e dos que são oprimidos. Estes, a quem cabe realmente lutar por sua libertação juntamente com os que com eles em verdade se solidarizam, precisam ganhar a consciência crítica da opressão, na práxis desta busca.

A comprovação empírica da idéia propugnada acima pode ser feita na análise dos movimentos socialistas ao longo da afirmação histórica dos direitos humanos. Nesta seara, a busca pela liberdade figura primordialmente como uma luta pela emancipação do ser humano, libertando-se das opressões de classe, gênero, raça, sexo. Nesse sentido, vale destacar alguns exemplos como o combate às ditaduras na América Latina e a luta pelo restabelecimento das liberdades e garantias individuais; a busca pelo reconhecimento da liberdade sexual pelo

movimento de homossexuais; a igualdade racial pelo movimento negro; o direito à participação políticas das mulheres pelo movimento feminista; o acesso à terra pelo movimento de trabalhadores rurais; o direito a autodeterminação pelo movimento indígena.

2.4 A internacionalização dos Direitos Humanos

Os direitos humanos surgidos na modernidade a partir do século XVIII se restringiam ao âmbito interno dos Estados. Apesar da pretensa universalidade da Declaração francesa, os direitos ali consagrados não conseguiram alastrar-se pelo mundo, notadamente nos países subjugados pelo colonialismo europeu. A proteção dos direitos fundamentais consagrados em textos solenes limitava-se ao domínio estatal, ganhando em concreticidade, mas perdendo em universalidade. Bobbio (1992, p. 30) salienta que apesar desta positivação, “a distinção entre direitos do homem e direito do cidadão, não são mais direitos do homem e sim apenas do cidadão, ou, pelo menos, são direitos do homem somente enquanto são direitos do cidadão deste ou daquele Estado particular.”

O Direito Internacional restringia-se a servir como instrumento de regulação das relações entre Estados, no âmbito estritamente governamental, limitando-se basicamente aos institutos que possibilitavam concessões recíprocas. Nesse sentido, os direitos humanos eram matéria estritamente interna de cada país. Isto porque o tratamento dos seus nacionais era concebido como um problema de jurisdição doméstica, em decorrência da soberania, autonomia e liberdade estatais. “Historicamente, a forma pela qual um Estado trata o indivíduo em seu território era assunto de seu interesse exclusivo, decorrente de sua soberania relativamente ao seu território e da liberdade de agir” (HENKIN, 1990, apud PIOVESAN, 2007, p. 116).

Dá-se o nome de internacionalização dos direitos humanos o processo desenvolvido durante o século XX, principalmente a partir da segunda guerra e do surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), que originou um sistema de proteção internacional, composto por funções executivas, legislativas e jurisdicionais. A partir disso, nasce um novo ramo no Direito Internacional, denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos. Enquanto o primeiro visa tradicionalmente regular as relações de reciprocidade e equilíbrio entre os Estados, buscando os interesses dos mesmos, o Direito Internacional dos

Direitos Humanos se preocupa em garantir o exercício dos direitos da pessoa humana (PIOVESAN, p. 15).

Antes de adentrarmos numa análise mais detida e detalhada sobre as implicações da internacionalização dos direitos humanos, veremos os antecedentes históricos deste processo. Fábio Konder Comparato (2007) analisa a questão, dividindo a internacionalização em duas fases. A primeira manifesta-se basicamente em três domínios: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação internacional do direito do trabalho, enquanto a segunda fase localiza-se a partir de 1945.

O direito humanitário é constituído pelo conjunto de normas internacionais no intuito de fixar os limites à atuação do Estado em caso de guerra, visando diminuir as violações de direitos humanos perpetradas contra os indivíduos envolvidos em conflitos bélicos. A primeira iniciativa de formulação de um direito humanitário foi desenvolvida através da primeira Convenção de Genebra, em 1864, da qual resultou posteriormente a criação da Comissão Internacional da Cruz Vermelha. Esta foi constituída como uma organização não-governamental – ONG – independente, que tem o escopo de agir no plano internacional como uma instância neutra, dirigida à proteção e assistência às vítimas militares e civis dos conflitos armados. A Convenção de Genebra, portanto, permitiu resguardar de atos hostis as ambulâncias e hospitais que tivessem gravado o símbolo da cruz vermelha. Posteriormente, a Convenção foi revista em 1907, ampliando a proteção humanitária aos conflitos marítimos; em 1929, sobre a proteção dos prisioneiros de guerra; e em 1949, relativa à proteção de civis em tempo de guerra. Logo, o direito humanitário foi a primeira expressão jurídica de uma limitação à liberdade e à autonomia estatal, impondo uma regulamentação sobre o emprego da violência no âmbito internacional.

Outro setor dos direitos humanos que manifestou uma tendência à internacionalização foi a luta contra a escravatura. Neste âmbito, Comparato (2007, p. 55) destaca que “o Ato Geral da Conferência de Bruxelas, de 1890, estabeleceu, embora sem efetividade, as primeiras regras interestatais de repressão ao tráfico de escravos africanos. [...] seguido, em 1926, por uma Convenção celebrada em Genebra.” Esta Convenção foi incorporada ao ordenamento brasileiro por meio do decreto n° 58.563, de 1966, juntamente com o protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a abolição da escravatura de 1956.

O surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT - inicialmente denominada de *International Labour Office*) em 1919, a partir do Tratado de Versalhes, traça

outro marco na tentativa de limitação da soberania estatal em prol do estabelecimento de um padrão normativo internacional sobre as condições de trabalho e bem-estar dos trabalhadores. Até o início da Segunda Guerra Mundial, a OIT já havia elaborado 67 convenções internacionais, das quais apenas três não obtiveram nenhuma adesão, constituindo-se em um dos mais importantes precedentes ao surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Apesar da instabilidade dos vinte e dois anos de sua existência, a Sociedade das Nações, “constitui um desenvolvimento relevante na área de direitos humanos” (LAFER, 1995, p. 174). No mesmo sentido, Flávia Piovesan (2007, p. 112) afirma que a finalidade da Liga das Nações em promover a cooperação, a paz, a segurança internacional, registra o início de uma concepção que reforça a relativização da soberania dos Estados.

Os antecedentes apontados revelam os primórdios da superação da idéia de Direito Internacional como mero instrumento de regulação das relações estatais. De acordo com esta concepção, o Estado figurava como único sujeito de direito internacional, pois sua legitimidade advinha de sua soberania. No entanto, “é preciso entender que a noção de soberania não é absoluta, mas sim um conceito jurídico indeterminado e que varia de acordo com a época histórica” (MELLO, 2001, p. 3).

Como já assinalado, os direitos humanos foram inicialmente protegidos exclusivamente no âmbito estatal, tornando-se direitos do cidadão. A partir disso, podemos apontar duas problemáticas na proteção desses direitos. A primeira se refere à existência de Estados que não reconhecem os direitos do homem como dignos de proteção, ocorrendo uma ausência na positivação destes e de um aparato institucional que os resguarde. A segunda hipótese se trata das situações em que os Estados, apesar de reconhecerem os direitos humanos, provocam sistematicamente violações. Na primeira hipótese, caberá aos cidadãos exercerem o direito à resistência como forma de oposição à ausência de proteção dos direitos humanos. Já no segundo caso, as violações de direitos fundamentais perpetradas pelo Estado devem se submeter ao aparato protetivo legal e jurisdicional doméstico. Esta estrutura interna de defesa dos direitos humanos, no entanto, muitas vezes mostra-se falha e ineficaz, verificando-se uma ausência de responsabilização do Estado, restando aos cidadãos mais uma vez recorrerem ao direito de resistência contra os abusos estatais.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos surge a partir destas dificuldades apontadas acima na proteção dos direitos humanos, apresentando o Estado como o seu grande violador. As bases materiais para isto encontram-se na experiência histórica vivida pela

humanidade durante a Segunda Guerra Mundial. A era fascista tornou o homem um objeto supérfluo e descartável através da institucionalização da barbárie, contabilizando o extermínio de 11 milhões de pessoas. O exemplo do holocausto mostrou que não bastava declarar direitos humanos, era preciso protegê-los. As violações perpetradas pelo Estado não podem reverter-se apenas em direito de resistência, mas sim em uma alternativa viável de garantia dos direitos fundamentais. Daí as palavras de Bobbio (1992, p. 31), afirmando que “somente a extensão dessa proteção de alguns Estados para todos os Estados e, ao mesmo tempo, a proteção desses mesmos direitos num degrau mais alto do que o Estado, ou seja, o degrau da comunidade internacional [...] poderá tornar cada vez menos provável a alternativa entre opressão e resistência.”

“Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução” (PIOVESAN, 2007, p. 118). É essa imperativa necessidade que faz surgir o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a partir de uma ação universal mais enérgica na proteção dos direitos do homem, culminando com o surgimento de um sistema de proteção mundial, com funções executivas, legislativas e jurisdicionais. A salvaguarda do ser humano não deve se reduzir ao âmbito do Estado, pois se trata de um relevante tema de interesse internacional. Para tanto, o indivíduo também passa a ser sujeito de direitos no âmbito internacional, pois a sua dignidade não pode ficar a mercê da atividade estatal. Nesse sentido, atualmente, “uma das grandes prioridades da agenda contemporânea dos direitos humanos reside [...] na garantia do acesso direto das supostas vítimas aos tribunais internacionais de direitos humanos” (CANÇADO TRINDADE, 2004, p. 3).

O processo de internacionalização dos direitos humanos toma impulso a partir da Carta das Nações Unidas, de 1945, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. O primeiro documento, adotado e aberto para assinaturas na Conferência de São Francisco, criou a Organização das Nações Unidas (ONU), enquanto o segundo trouxe o elenco de direitos humanos que devem nortear a comunidade internacional. Os principais órgãos da ONU são a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela, o Conselho de Direitos Humanos, a Corte Internacional de Justiça e o Secretariado. Apesar de todos esses órgãos estarem relacionados e terem uma função no sistema internacional de proteção, a análise sobre cada um deles não faz parte do objetivo da nossa abordagem. No entanto, vale traçar alguns comentários gerais sobre o funcionamento da ONU no que se refere especificamente aos direitos humanos.

A estrutura da Organização sofreu importantes alterações no que concerne aos direitos humanos. O Conselho Econômico e Social, formado por 27 membros e diretamente vinculado à Assembléia Geral, tem a competência para promover a cooperação em questões econômicas, sociais e culturais, incluindo os direitos humanos, conforme o art. 62 da Carta. Para cumprir os seus objetivos, este Conselho pode criar comissões. Foi nesse sentido que, em 1946, criou-se a Comissão de Direitos Humanos. Após cinquenta anos de trabalho, em 2006, esta comissão foi extinta, dando lugar ao Conselho de Direitos Humanos. Isto ocorreu a partir de um longo processo de desgaste e descrédito da comissão junto à comunidade internacional, pois “estados têm se valido de sua condição de membros da Comissão não para fortalecer os direitos humanos, mas para uma atitude defensiva, de autoproteção ante críticas ou mesmo para criticarem outros Estados” (PIOVESAN, 2007, p. 129). Além desta crise político-institucional, a organização da ONU já era criticada por não dar primazia aos direitos humanos, já que a comissão estava vinculada ao Conselho Econômico e Social, que por sua vez não possui um peso institucional muito forte, ante a oligarquia do Conselho de Segurança. Com a reformulação, o Conselho de Direitos Humanos fica diretamente ligado à Assembléia Geral, fortalecendo-se, portanto, esta instância decisória, que se caracteriza por ser a mais democrática dentro da ONU, já que todos os seus membros têm direito a voz e voto.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é o outro marco fundamental na inauguração da nova ordem internacional do pós-guerra. Este documento representa a certidão de nascimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e contém “em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também concreta, dos direitos positivos universais” (BOBBIO, 1992, p. 30). Diferentemente de todas as declarações de direitos já existentes, esta é a que possui um maior caráter universalizante, recebendo a aprovação unânime de 48 Estados¹⁰. Além do aspecto universal, a Declaração consagra os direitos humanos como indivisíveis, proclamando tanto os direitos civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais. “Dessa forma, não só a liberdade, mas também a igualdade são valores indispensáveis aos seres humanos” (HIDAKA, 2003, p. 28).

¹⁰ Na época, a ONU era composta por 58 países. Na ocasião de aprovação da Declaração, ocorreram 2 faltas e 8 abstenções dos seguintes países: Bielo-Rússia, Checoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, URSS, África do Sul e Iugoslávia. No entanto, os estados comunistas da Europa aderiram à Declaração em 1975, por ocasião da Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa, em Helsinki, Finlândia. Atualmente a ONU é composta por 192 Estados.

A Declaração traça a via diretiva que norteia o sistema global de direitos humanos, mas não possui força jurídica e vinculante no sentido estrito desses termos, pois não foi concebida como um tratado internacional. Diante disso, surge a necessidade de dotar de juridicidade as disposições declaradas em 1948, acarretando a elaboração do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP) e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos de 1966¹¹.

Apesar de terem sido formulados dois pactos separados, a intenção não foi de contrariar a indivisibilidade consagrada na Declaração. As razões dessa separação são mais de índole política do que propriamente jurídica ou filosófica. Como já analisado em tópico anterior, a bipolarização do mundo provocou um embate sobre as concepções de direitos humanos desenvolvidas nos países capitalistas e comunistas, salientando-se os direitos cíveis e políticos naqueles e os direitos econômicos, sociais e culturais nestes últimos. Este confronto fez com que o pólo capitalista alegasse que os direitos cíveis e políticos tinham a vantagem de terem aplicabilidade imediata, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais só poderiam ser implementados a longo prazo, necessitando, pois, de dois estatutos diferenciados que respeitassem o regime diferenciado dessas duas categorias de direitos (HIDAKA, 2003). Estes argumentos eram contestados pelos comunistas, que diziam que nem todos os direitos cíveis e políticos são auto-aplicáveis, assim como nem todos os direitos econômicos, sociais e culturais são programáticos. Além disso, este bloco afirmava que esta separação causaria uma diminuição na importância e na efetividade do PIDESC, possibilitando os países de ratificarem apenas o PIDCP¹².

Não obstante a separação, os dois pactos reafirmam em seus textos a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos preconizadas pela Declaração. No entanto, o PIDESC dispõe que os direitos nele enunciados devem ser efetivados progressivamente, mediante investimentos dos Estados, concluindo-se “que em relação à

¹¹ Estes pactos só entraram em vigor em 1976, com as 35 ratificações mínimas exigidas para tanto. Até 2006, o PIDCP obteve 156 ratificações, enquanto o PIDESC 153.

¹² Isto ocorreu, por exemplo, com os EUA, que até hoje não ratificaram o PIDESC, rejeitado pelo Congresso Americano. Aliás, conforme Comparato (2007, p. 531), o império americano rejeita sistematicamente a ratificação dos tratados internacionais sobre direitos humanos com o argumento draconiano de defesa da sua soberania. O último instrumento de direitos humanos ratificado pelos EUA foi o PIDCP. Desde então, os EUA vêm se recusando a submeter-se às normas internacionais de proteção dos direitos humanos. Um exemplo lamentável desse posicionamento dos EUA é a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, que é o documento internacional que mais recebeu adesões na história, sendo assinada por todos os países do mundo, com exceção da Somália, devido aos seus conflitos internos, e dos EUA, sob o argumento de defesa da sua soberania.

implementação destes direitos o pensamento ocidental, capitalista e liberal realmente prevaleceu” (HIDAKA, 2003, p. 31).

Os dois pactos de direitos inauguram um sistema de monitoramento e controle internacional dos direitos humanos, visando a efetividade das suas disposições. A partir do PIDCP e do PIDESC, ocorreu uma progressiva ampliação do sistema global, com o advento de diversos outros tratados multilaterais de direitos humanos, tratando de temáticas específicas e determinadas, dos quais podemos destacar os principais: Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, as Convenções sobre Escravidão, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e mais recentemente, a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Paralelamente à consolidação do sistema global, foram desenvolvendo-se sistemas regionais de proteção como forma de fortalecer e complementar o sistema internacional. Assim, atualmente temos três sistemas dessa categoria, o Sistema Europeu, criado em 1950 com a Convenção sobre os Direitos do Homem; o Sistema Interamericano surgiu em 1948 com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; e o Sistema Africano nasceu em 1981 com a Carta Africana de Direitos Humanos. Embora sejam identificadas inúmeras diferenças na organização desses sistemas, eles se compõem basicamente seguindo o modelo do sistema global, com declarações gerais e específicas e com a estruturação de Cortes Internacionais (por enquanto presentes apenas nos Sistemas Europeu e Interamericano).

Todo o arcabouço jurídico formado pelos instrumentos dos sistemas global e regionais é acompanhado por um esquema próprio de monitoramento e controle da efetividade de suas disposições nos Estados aderentes. A noção de soberania absoluta dos Estados perde espaço para a idéia de que estes não se encontram adstritos ao ordenamento doméstico, passando a ser responsáveis pela proteção dos direitos humanos perante a comunidade internacional. A questão da relação entre os ordenamentos jurídicos internos torna-se central para se proteger os direitos humanos. Não se trata mais de um debate antagônico entre essas duas dimensões, como foi feito durante muito tempo nas discussões entre o monismo e o dualismo, pois para o Direito Internacional dos Direitos Humanos o objetivo maior é a proteção da pessoa humana. É nesse sentido a lição de Antônio Augusto Cançado Trindade (1992 apud PIOVESAN, 2007, p. 101):

Desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção, não se trata de primazia do Direito Internacional ou do Direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de Direito Internacional ou de Direito interno.

A proteção internacional dos direitos do homem não visa suprimir a esfera estatal na resolução dos conflitos que envolvem violações, mas “há que ter sempre presente que a operação dos mecanismos internacionais de proteção não pode prescindir da adoção e do aperfeiçoamento das medidas nacionais de implementação” (TRINDADE, 1998, p. 10). A aplicação da normativa estatuída nos tratados internacionais deve partir de uma mudança de mentalidade, propondo-se a aperfeiçoar a legislação interna, e não a desafiá-la.

No caso do Brasil, o longo período do regime ditatorial atrasou sobremaneira a inserção do País no sistema global e regional de proteção dos direitos humanos. Este retardamento é amenizado pela redemocratização, que teve como marco institucional a Constituição de 1988. A partir de então, percebe-se uma “corrida” na ratificação de instrumentos internacionais fundamentais, como a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1990, os dois pactos de direitos humanos da ONU e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), em 1992. Neste contexto, torna-se essencial tomar medidas no sentido de cumprir as obrigações legislativas, judiciais e executivas assumidas pelo País no plano internacional, tratando-se de um comprometimento de Estado e não apenas de governos.

A compatibilização do ordenamento interno com as normas advindas de tratados internacionais de direitos humanos é um dos caminhos mais eficazes para trilhar o cumprimento das obrigações internacionais. A Constituição, enquanto norma fundamental dotada de superioridade deve ser o *locus* de recepção dos direitos humanos advindos de instrumentos internacionais, pois exerce uma função irradiadora capaz de adequar o sistema normativo. Mais uma vez trazemos a baila os ensinamentos de Cançado Trindade (1998, p. 17):

Os Estados Partes nos tratados de direitos humanos obrigam-se não só a não violar os direitos protegidos, mas também a tomar as medidas positivas para assegurar a todas as pessoas sob sua jurisdição o exercício livre e pleno de todos os direitos protegidos, - o que implica a obrigação geral de adequação de seu direito interno à normativa internacional de proteção. Tais medidas positivas têm importância direta para a aplicação devida dos tratados de direitos humanos em múltiplos aspectos.

Destarte, entendemos que a Constituição exerce um papel essencial no cumprimento dessas obrigações, pois cumpre uma função privilegiada no diálogo entre o ordenamento interno e internacional, tornando-se o canal de abertura à normativa de proteção

dos direitos humanos. Para tanto, torna-se premente uma interpretação constitucional capaz de dar supremacia e eficácia às normas advindas dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Este objetivo só poderá ser alcançado se entendermos que a afirmação histórica dos direitos do homem foi capaz de colocá-los no patamar mais elevado do ordenamento jurídico dos Estados, merecendo a máxima proteção constitucional.

Nos próximos capítulos, pretendemos aprofundar a reflexão sobre a relação entre a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos. Para isso, consideramos importante uma abordagem no capítulo seguinte à luz da teoria constitucional, principalmente no que se refere a uma concepção material de Constituição. Esta noção, no nosso sentir, torna-se central na mudança de mentalidade referente à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. No último capítulo, buscamos fazer um exercício hermenêutico, tendo como objeto central a Carta Magna brasileira e como embasamento teórico o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a teoria material da Constituição, a fim de investigar o regime jurídico dos tratados internacionais no ordenamento pátrio.

3 – TEORIA MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO E ABERTURA CONSTITUCIONAL AOS DIREITOS HUMANOS

No primeiro capítulo, fizemos um traçado geral sobre a evolução dos direitos humanos no plano internacional e interno, destacando o processo de internacionalização. Nesta segunda parte do trabalho, tentaremos delinear alguns pontos acerca da teoria da Constituição. Preferimos, metodologicamente, destacar os pontos mais importantes para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, e que mais se relacionam com o objeto do presente ensaio. Assim, avaliamos ser de fundamental valor uma análise sobre a teoria material da Constituição, haja vista que este tema contribuirá para a investigação sobre a posição dos tratados internacionais de direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. Consideramos que uma concepção material da Constituição nos possibilita uma análise mais fértil do fenômeno dos tratados e dos direitos humanos, na medida em que aponta para uma necessária abertura constitucional ao direito internacional. Pretendemos, pois, aprofundar o estudo sobre os principais referenciais teóricos que contribuíram para a construção de uma teoria material da Constituição, assim como a sua importância para a hermenêutica do sistema constitucional brasileiro.

A teoria da Constituição sempre caminhou ao lado da teoria do Estado. Isto não ocorre por acaso, pois a primeira pode ser entendida como uma teoria política, na medida em que, conforme Canotilho (1998, p. 1246), “pretende compreender a ordenação constitucional do político, através da análise, discussão e crítica da força normativa, possibilidades e limites do direito constitucional”. Partindo de uma concepção ampla, podemos concluir, portanto, que onde há Estado há Constituição, na medida em que existe uma institucionalização do poder e uma regulação de normas fundamentais. Não há, portanto, teoria constitucional descolada da concepção de Estado. Todavia, somente a partir do século XVIII podemos considerar o surgimento de um constitucionalismo capaz de sistematizar através de formulações teóricas abstratas e consistentes uma doutrina da Constituição. Este salto qualitativo deveu-se, em grande parte, à ideologia liberal manifestada pelas revoluções burguesas.

O surgimento de Constituições escritas marcou o nascimento do constitucionalismo juntamente com os ideais liberais, escolhendo o individualismo como

baliza central, determinando a forma econômica, política e jurídica das instituições estatais, tornando premente a necessidade de proteger o indivíduo ante o poderio do Estado. Dessa forma, a idéia de normas escritas estava intrinsecamente ligada à noção de segurança jurídica e de propriedade. Estes eram os bens jurídicos maiores a serem protegidos pelo ordenamento, sob o pretexto de resguardar o indivíduo das arbitrariedades do Estado. Daí surge o objetivo central da Constituição no Estado de Direito Liberal: limitar o poder da autoridade governativa com o fito de resguardar a propriedade, a segurança e a liberdade.

Para alcançar este escopo, cabia ao texto constitucional prever uma separação de poderes e um rol de direitos. Estes deveriam resguardar a autonomia dos indivíduos, consagrando a liberdade como valor supremo da ordem liberal. O conteúdo dessa liberdade revelava-se de forma mais intensa na garantia, especialmente econômica, da livre iniciativa individual. Conforme este entendimento, haveria uma esfera intangível do ponto de vista filosófico que não poderia ser maculada pela ação estatal. Esta compatibilização entre liberdade e Estado, de inspiração kantiana, fez surgir a compreensão de que os direitos individuais devem ser respeitados através de uma abstenção do Estado. A síntese filosófica dessa idéia é encontrada em Kant e pode ser expressa na passagem de Andrade (2002, p. 61):

No sistema kantiano, nega-se às autoridades públicas o dever e o direito de promover a felicidade, o bem-estar ou, de modo geral, os objetivos materiais da vida individual ou social. A razão disso é a seguinte: a legislação deve assentar sobre princípios universais e estáveis, ao passo que as preferências subjetivas são variáveis de indivíduo a indivíduo e cambiantes no tempo. Além disso, a ninguém é dado o direito de prescrever a outrem a receita da sua felicidade. O que deve, então, fazer o Estado? Ao Estado incumbe promover o bem público; o bem público é a manutenção da juridicidade das relações interpessoais.

O outro aspecto limitativo do poder encontra-se na separação de competências. O poder não poderia mais ser concentrado nem absoluto como no estado monárquico. Caberia à Constituição disciplinar como se daria a divisão do poder e a sua sucessão, já que não poderia mais ser utilizado um argumento imutável para a sua transferência, assim como ocorria na monarquia em relação à hereditariedade.

A consagração da limitação do arbítrio estatal através dos direitos individuais e da separação de competências conduziu à idéia de uma imutabilidade constitucional. O que não fosse tratado na Constituição se resolveria através dos próprios indivíduos, afinal estes eram livres. A seara política já estava devidamente tratada através das regras de separação e sucessão do poder. Por outro lado, a economia seria guiada pelas regras de mercado, pois o Estado não poderia interferir na livre iniciativa, devendo apenas garantir a segurança jurídica

das relações, através do Código Civil. Assim, o conceito de Constituição se resumia a um texto escrito ou a uma folha de papel, na expressão irônica de Lassale (2006).

O tratamento liberal dado à Constituição dispensou todo o substrato social e filosófico presente na realidade. A dimensão política da Constituição se resumia a estabelecer regras de divisão e sucessão do poder, furtando-se das questões mais férteis que provocam a mudança social. Assim, a Constituição se tornou estéril, destituída de uma correspondência com os fatos reais de poder. O texto constitucional não poderia mais ser concebido como algo meramente formal, apartado da sociedade. Ele deveria conter questões políticas fundamentais do Estado e reconhecer que a realidade material não cabe em disposições formais. Aliás, os problemas constitucionais de maior relevância giram em torno dos movimentos pendulares entre a juridicidade (normatividade) e a politização da Constituição. Assim, podemos notar uma tensão existente entre a Constituição formal ou normativa e a Constituição real ou material.

A separação entre política e Constituição partia paradoxalmente de uma concepção política, pois se tratava de um mecanismo capaz de esvaziar a seara constitucional das questões fundamentais e deslocá-las exclusivamente para a esfera real de poder, onde prevalecia o poderio econômico e social da burguesia. O surgimento da crítica antiliberal baseou-se em uma concepção material de Constituição. Segundo Bonavides (2006, p. 96), “[...] a Constituição não se reduzia pois a um corpo de normas, sendo algo muito mais complexo. Abrangia toda uma variedade de poderes sociais, de natureza econômica, militar e cultural, decisivos em determinar as relações reais e efetivas que ela, a cada passo, deveria espelhar.” Dessa forma, o conceito de Constituição precisava de um amparo mais elástico ante o formalismo hermético liberal. Daí a noção de um sistema constitucional que denotava uma maior amplitude na compreensão do fenômeno constitucional, não se restringindo ao texto escrito. A Constituição escrita deve ser compreendida dentro de um sistema, onde se encontram diversas forças sociais, anteriormente ignoradas pela análise liberal, e que devem necessariamente dialogar com a realidade jurídico-constitucional.

A noção de sistema está intrinsecamente ligada aos valores presentes numa determinada ordem social. Estes valores são oriundos das relações políticas, econômicas e sociais que conformam uma realidade com supremacia ante as disposições constitucionais. É fácil perceber isto quando analisamos dispositivos idênticos em sistemas constitucionais diversos, e que, apesar da similitude gramatical, recebem interpretações diversas, por força dos valores vigentes nas respectivas sociedades. Esta carga valorativa presente nos sistemas

constitucionais rejeita a posição liberal de conceber a Constituição como um corpo de normas apolíticas e neutras. Por mais fechada que seja a concepção liberal de Constituição, ela está calcada em valores presentes em um determinado tempo. Estes têm origens políticas, econômicas e sociais e, por conseguinte, agem sobre a formulação das normas jurídicas.

Os sistemas constitucionais podem ser divididos conforme a sua fonte de inspiração formalista ou valorativa. O primeiro, denominado sistema axiomático-dedutivo, surgiu com as tendências racionalistas do século XVIII na filosofia kantiana, em Savigny, Paul Laband, e obteve seu auge com Hans Kelsen. Para estes autores, não caberia ao intérprete nenhuma atividade criadora, pois ele tinha que se contentar com as ferramentas hermenêuticas disponibilizadas pelo legislador, resumindo-se a um exercício silogístico. Assim, buscava-se uma lógica racionalista baseada na neutralidade axiológica, na segurança jurídica, na objetividade e no positivismo (BONAVIDES, 2006).

Por outro lado, a perspectiva valorativa, originando o sistema axiológico-teleológico, enriquece a realidade jurídica, adicionando elementos que constituem um complexo de forças sociais e que são fatores prementes na formação e na interpretação do direito. Esta noção parte da concepção material da Constituição. Não cabe ao intérprete um mero exercício de subsunção dos fatos às normas, pois isto é insuficiente para concretizar os valores dispostos no sistema. É necessário, portanto, uma nova hermenêutica, que considere a própria ideologia como método interpretativo. A esfera constitucional não se contenta com os métodos clássicos de interpretação, baseados na tradição civilista (BONAVIDES, 2006)

3.1 A concepção material da Constituição em Lassale e Hesse

Uma das críticas antiliberais que obteve maior repercussão para a teoria Constitucional foi apresentada por Ferdinand Lassale. Este autor alemão proferiu palestra sobre a essência da Constituição, em 1862, em uma associação proletária de Berlim, sintetizando de forma profícua a crítica ao formalismo liberal e lançando as bases para a concepção de uma Constituição material ou real. Este discurso transformou-se num opúsculo, tornando-se um dos clássicos do direito constitucional.

Lassale inaugurou uma corrente de pensamento caracterizada pela descrença no Estado e na Constituição escrita. Para ele, esta não passaria de uma folha de papel, pois a essência constitucional se encontra nos fatores reais de poder, correspondendo estes ao

conjunto de forças sociais capazes de determinar os rumos tomados pelo Estado. Dessa forma, o autor parte de uma concepção sociológica sobre o direito constitucional. O que deve ser analisado para compreender o fenômeno constitucional não é o texto formal da Constituição, mas sim a “força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando do que não possam ser, em substancia, a não ser como elas são.” (sic) (LASSALE, 2006, p. 19).

O contexto histórico vivido por Lassale ajuda a entender a sua posição frente aos problemas constitucionais. O século XIX foi marcado por muitas turbulências políticas na Europa. Em 1848, várias lutas pela democratização do poder foram travadas, conhecidas como Primavera dos Povos, tendo duas vertentes ideológicas propulsoras: o proletariado e a burguesia. Estes dois grupos sociais, apesar de em alguns momentos estarem unidos pela derrocada das monarquias, possuíam divergências ontológicas, que no futuro foram sendo reveladas. Na Alemanha, o processo de unificação, encerrado em 1871, marcou a consolidação do poder da burguesia e alavancou o desenvolvimento capitalista no país, alargando o hiato social com os trabalhadores. Com a propagação das idéias marxistas, várias revoltas proletárias desenrolaram-se neste período, causando um impacto na intelectualidade da época. E Lassale não fugia dessa “onda” socialista, sendo tributário do materialismo histórico, ocasionando o seu pessimismo frente ao Estado e a Constituição, ferramentas de manutenção do *status quo*.

Para delinear o que seria a essência da Constituição, Lassale parte da sua diferenciação com a lei. O primeiro traço diferenciador trata-se da maior constância de reformas das leis. Os governos modificam constantemente as leis, e isto não é motivo para uma grande revolta dos grupos sociais, pois esta constante mutação faz parte da missão natural do poder legislativo. Por outro lado, sempre que há uma mudança na Constituição surgem vozes mais “ferozes”, rebelando-se com tal medida. Isto ocorre porque a Constituição resguarda algo de mais sagrado e firme do que uma lei comum, assegurando, portanto, uma fundamentalidade contida na realidade. Para ele, “a idéia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz que torna por lei da necessidade que o que sobre ela se baseia seja assim e não de outro modo” (LASSALE, 2006, p. 17). O pensador alemão infere que existe uma força ativa capaz de conformar as leis e as instituições jurídicas estatais. O que define o que é fundamental, portanto, são as forças reais de poder presentes na sociedade, e que compõem a Constituição real.

A idéia constitucional de Lassale passa inexoravelmente por uma idéia de conflito, pois despreza a noção de contrato social ou de consenso, reconhecendo os fatores reais de poder como variáveis determinantes para o conceito de Constituição.

Para comprovar a sua tese, o jurista propõe a hipotética situação de um incêndio capaz de destruir todos os arquivos, as bibliotecas públicas e as tipografias, causando a destruição de todas as leis, inclusive da Constituição. Diante da necessidade da feitura de novas leis, Lassale questiona a possibilidade de o legislador fazê-las livremente, conforme o seu pensar. Para responder esta questão, o pensador alemão sugere a formulação de leis que fossem contra os interesses do monarca, da aristocracia, da burguesia, dos banqueiros, concluindo que, caso isto acontecesse, estas camadas sociais se rebelariam contra tais medidas e não permitiriam a sua implementação. Se isto ocorresse em relação à classe operária, esta se rebelaria, contudo, de forma mais lenta, por deter um poder ainda desorganizado. Por conseguinte, Lassale conclui que “essa é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem um país” (LASSALE, 2006, p. 35). Estes fatores reais são formados pela monarquia, pela aristocracia, pela burguesia e pelos trabalhadores. Lassale leva ao extremo a concepção material de Constituição, pois a sua essência nada tem de jurídico-normativo, estando circunscrita apenas na esfera política. Assim, a Constituição não tem autonomia face à realidade, sendo destituída de qualquer força normativa.

Quase cem anos após a palestra paradigmática de Lassale, outra conferência tornou-se marcante sobre a discussão do conteúdo material da Constituição. Trata-se da aula inaugural proferida pelo Professor Konrad Hesse em 1959 na Universidade de Freiburg-RFA, que também se transformou num livro, intitulado “A força normativa da Constituição”, e consagrou-se enquanto um referencial teórico para o Direito Constitucional Moderno¹³.

Para Hesse (1991), considerar que há um efeito determinante exclusivo das forças reais de poder na definição do conteúdo da Constituição seria o equivalente a negar o próprio Direito Constitucional. Este se caracteriza como uma ciência normativa, diferenciando-se da Sociologia ou da Ciência Política, pois estas são ciências da realidade. Se aceitarmos a tese de Lassale, o objeto do direito constitucional passaria a ser apenas as relações sociais que determinam o conteúdo da Constituição, sendo, portanto, uma ciência destinada somente a

¹³ Não pretendemos aqui desprezar o acúmulo teórico produzido por outros autores entre as duas obras, pois muito foi feito neste interregno acerca da teoria material. Faremos posteriormente uma breve referência a estes constitucionalistas. Preferimos, contudo, primeiramente traçar um paralelo mais aprofundado entre as duas obras devido à objetividade com que podem ser percebidas as contraposições e as confluências dos autores sobre o tema, já que Hesse construiu as suas formulações teóricas a partir da crítica a Lassale.

justificar as relações entre o poder dominante e o poder subordinado. De acordo com o publicista alemão, a chamada *Realpolitik* não deve ser desprezada, pois acarretaria uma idéia hermética de sistema constitucional, defendida pelos positivistas, mas isto não autoriza a prevalência absoluta desta em detrimento da força normativa da Constituição. É imperativo reconhecer, ao lado da existência de uma força ativa das relações fáticas, também uma força determinante do Direito Constitucional, ambas condicionadas e limitadas (HESSE, 1991, p. 11).

Como vemos, o primeiro traço da formulação de Hesse é centrado na rejeição em privilegiar a realidade jurídica ou a realidade fática. Esta última foi hiper-dimensionada por Lassale, e, posteriormente, por Carl Smith, enquanto a primeira serviu de objeto exclusivo para os positivistas Paul Laband, Hans Kelsen, dentre outros. A tarefa de delinear esta relação entre as duas realidades não é fácil, e, conforme Hesse, deve partir das noções de condicionamento recíproco, da consideração dos limites e das possibilidades da Constituição jurídica, assim como dos pressupostos de sua eficácia.

O primeiro passo para compreender a relação existente entre a realidade fática e a Constituição é o reconhecimento do condicionamento recíproco entre essas duas esferas. Este é o caminho para evitar uma radical separação feita pelos positivistas, ou uma unificação, feita pelos sociologistas entre o plano normativo-constitucional e a realidade. Para Hesse, o problema constitucional gira em torno de buscar uma fórmula entre estas duas perspectivas, rejeitando tanto uma Constituição onde tudo caiba como outra estática e despida de qualquer conteúdo axiológico. Apesar de seguirem por caminhos opostos, estas duas perspectivas levam ao mesmo resultado, qual seja o predomínio da força e da desigualdade.

Hesse não foge de uma concepção material de Constituição, pois considera as condicionantes políticas na formulação e na interpretação do texto normativo. A sua diferença é a introdução do conceito de força normativa, concebendo a idéia de que a Constituição é uma força ativa e que possui pressupostos realizáveis capazes de modificarem a realidade social, mesmo que de forma limitada. Por ser contida, a força normativa da Constituição não impede que, na falta de seus pressupostos de eficácia, as questões jurídicas se convertam em questões de poder. Estas restrições encontram-se na própria natureza singular do presente. O autor reconhece que a norma constitucional, quando é formulada, está condicionada pela realidade de sua elaboração, mostrando certa influência do próprio Lassale, a quem busca criticar. Essa adequação é um pressuposto para que a Constituição gere uma força vital capaz de mudar a realidade. Contudo, não é a Constituição, por si só, que modifica o estado das

coisas, mas sim os homens, a quem ela impõe uma série de tarefas, cuja realização seja capaz de dotar de efetividade as normas constitucionais. Estas serão mandamentais e diretivas, possuindo supremacia e, em alguns casos, imutabilidade, como as cláusulas pétreas no caso brasileiro.

Um exemplo concreto do raciocínio de Hesse encontra-se na necessidade de uma justiça constitucional capaz de assegurar a força normativa da Constituição. A noção de jurisdição constitucional busca superar a idéia clássica, desenvolvida pelo constitucionalismo liberal, de que o parlamento representa o espírito do povo e que as suas decisões são uma manifestação da soberania popular, sendo, portanto, dotadas de uma legitimidade presumida. Ainda que não faça parte da nossa análise, é importante pontuarmos a jurisdição constitucional como expressão do sentido de Constituição desenvolvido por Hesse. Trata-se de uma fórmula contemporânea de garantir a supremacia das tarefas constitucionais, a fim de que possibilite a Constituição figurar como força ativa na realidade. Sobre o tema, Streck (2006, p. 4,6) destaca:

De um lado, a soberania do parlamento e da intangibilidade e onipotência do legislador parlamentaríu perdeu definitivamente terreno em favor da concepção da soberania e supremacia da Constituição e do caráter constituído e subordinado do Poder Legislativo, bem como *da convicção de que o princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade do Poder Legislativo e do Executivo perante as violações da lei fundamental*. A soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. [...] *A idéia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental*. [...] *A força normativa da Constituição – e o seu papel dirigente e compromissário – sempre teve, assim, uma direta relação com a atuação da justiça constitucional na defesa da implementação dos valores substanciais previstos na Lei Maior*. (grifos nossos)

Outro limite da força ativa é a chamada “vontade de Constituição”, consistindo num pressuposto da eficácia constitucional. Esta vontade deve estar presente na consciência geral e, principalmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional. Trata-se de um conceito de certa forma impreciso e de difícil aferição. Segundo Hesse, “essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformidade à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas” (HESSE, 2006, p. 20).

A vontade de Constituição defendida por Hesse se consubstancia numa convicção de inviolabilidade da Carta Maior. Cabe aos destinatários das normas constitucionais o respeito aos seus preceitos, inclusive àqueles que possuem poder de fato para violá-la. Neste ponto, o constitucionalista alemão passa a enfrentar o tema a partir de uma visão idealista,

ante a sua postura dialética inicialmente adotada, “porque desloca a discussão sobre a eficácia da Constituição do plano da condicionalidade fática para o do condicionamento ético, convertendo numa questão de fé o que muitos entendem ser apenas uma questão de força.” (COELHO, 1998, p. 188).

Como não poderia ser diferente, a realidade vivida por Hesse exerceu uma forte influência nas suas formulações teóricas. O autor vivencia um tempo de grande déficit entre os fatos e as promessas da modernidade. O interesse do grande capital reina frente às desigualdades sociais. Passou-se a exigir do Estado uma ação mais enérgica no sentido de reduzir estas disparidades. Para Hesse, esta exigência seria feita através de tarefas impostas ao Estado, consubstanciadas nos direitos fundamentais, que “garantem a liberdade individual e limitam o poder estatal, são importantes para os processos democráticos e do Estado de Direito, influem sobre todo o alcance do ordenamento jurídico em seu conjunto e satisfazem uma parte decisiva da função de integração, organização e direção jurídica da Constituição.” (HESSE, 1996 apud GONÇALVES; SILVA, 2000, P. 11). O autor aposta, portanto, em uma ação constitucional dirigente, capaz de modificar a realidade social.

São inegáveis os pontos de divergências no pensamento de Lassale e Hesse. Não poderia ser diferente, ante os diferentes matizes ideológicos e as realidades vividas pelos autores, levando conseqüentemente a compreensões históricas díspares. Os dois também não ficam imunes a críticas, principalmente voltadas ao sociologismo extremo do primeiro e ao espiritualismo idealista presente no último. Entretanto, não podemos olvidar em reconhecer a complementaridade dos conceitos de força ativa e de força normativa desenvolvidos pelos dois alemães.

Como já salientamos, vários outros constitucionalistas escreveram a partir de uma concepção material da Constituição. Desde logo, concluímos que não há uma noção unívoca de materialidade constitucional, senão uma pluralidade de visões que, sem embargo das contribuições complementares, muitas vezes divergem. Nas próximas linhas, pretendemos traçar sucintamente as contribuições de outros constitucionalistas sobre a teoria material constitucional.

3.2 O decisionismo de Carl Schmitt

O primeiro deles é Carl Schmitt, que construiu suas teses principais durante a República de Weimar, localizando-se historicamente, portanto, entre Lassale e Hesse. Conhecido pelo epíteto de “jurista do nazismo”, este pensador alemão é estudado não só pelos seus escritos sobre Direito Constitucional, como por aqueles acerca da Teoria Política e da Filosofia do Direito. Naturalmente, vamos nos restringir a alguns pontos relativos à sua compreensão material de Constituição.

Em suas reflexões, Schmitt busca demonstrar o cerne ou a substância de uma Constituição. Desde logo, a despeito do seu extremo conservadorismo, se opõe a uma visão normativista do fenômeno constitucional, defendendo a Constituição como uma decisão política fundamental. O modo e a forma de unidade de um povo, portanto, é definido a partir de uma decisão conjunta e fundamental. A Constituição escrita representa apenas a consequência de uma deliberação política, de onde emana todo o seu fundamento. Cabe ao titular do poder constituinte tomar essa decisão prévia, informadora de todo o ordenamento jurídico, seja ele o monarca, no absolutismo, ou o povo, na democracia. O constituinte originário tem prerrogativas de determinar o que bem entender para a unidade de um povo, possuindo, por conseguinte, um poder ilimitado. Para o decisionismo schmittiano, não há fundamento moral para o titular do poder constituinte, pois ele está investido numa autoridade suprema.

Carl Schmitt é veementemente criticado pelo constitucionalismo contemporâneo. Diferentemente do que ocorre hoje, a sua concepção material não é capaz de estabelecer um valor a ser defendido pela Constituição. Pelo contrário, o seu pensamento constitui um “valeduto” na determinação do conteúdo constitucional capaz de legitimar regimes totalitários, em detrimento da dignidade da pessoa humana, que representa um fim e não um meio a ser alcançado pelo ordenamento. Mesmo sendo um crítico do normativismo de Kelsen, os axiomas do pensador alemão reencontram a teoria proposta pelo positivista austríaco através do resultado final, esvaziando o fundamento axiológico da Constituição, favorecendo os interesses dos detentores do poder (BONAVIDES, 2006, 177). Assim, a tese de Schmitt distancia-se da concepção material defendida e ressaltada neste trabalho, calcada no reconhecimento e na valorização dos direitos humanos como núcleos essenciais da Constituição.¹⁴

¹⁴ Outro autor contemporâneo de Schmitt e que contribuiu para a teoria material da Constituição foi dada pelo também alemão Rudolf Smend. Este autor coloca como problema constitucional básico a questão da força normativa do fático. Ressalta, pois, a importância da mudança constitucional que ocorre fora dos processos formais explícitos na Constituição. Apesar de valorizar a realidade social, Smend, diferentemente de Lassale,

3.4 Os constitucionalistas da tópica

Como podemos perceber até aqui, foi na Alemanha onde a teoria material da Constituição recebeu os seus maiores contributos desde o século XIX com o pioneirismo de Lassale. Posteriormente a este, vieram Schmitt e Smend que levaram adiante, apesar das divergências, as reflexões acerca do tema, contrariando as tendências positivistas de Kelsen e da Escola de Viena. Todavia, é com os constitucionalistas da tópica que o tema da teoria material da Constituição ganha maior relevância e complexidade na sua abordagem. Além de Konrad Hesse, já referido anteriormente, dentre os principais teóricos que figuram nesse grupo temos Friedrich Müller e Peter Häberle.

Estes autores notabilizaram-se principalmente pelas contribuições que fizeram à hermenêutica constitucional, partindo de pressupostos materiais. Além do reconhecimento de uma realidade social como parte da Constituição, tornou-se necessário desenvolver um método capaz de fazer com que estas duas dimensões interagissem entre si. Diante disto, a partir de uma concepção material de Constituição, era patente a insuficiência dos tradicionais métodos interpretativos desenvolvidos por Savigny, que foram formulados com origem na exegese civilista, incapaz de lidar com a carga valorativa da realidade constitucional. A nova hermenêutica desenvolvida pelos alemães deveria partir de uma sociedade dinâmica, uma estrutura aberta, valores pluralistas e um certo grau de indeterminação normativa. É fácil perceber que a tópica representa uma reação ao positivismo clássico não apenas pelo seu método, mas pela concepção de Constituição contida em suas formulações.

3.4.1 O método concretista de Friedrich Müller

Para o positivismo formalista, a norma se restringe a uma proposição posta no papel e sua interpretação se limita à exegese do texto. O método concretista desenvolvido por Müller (e também por Häberle) determina que o processo interpretativo deve partir de três elementos básicos: o fato, o programa da norma e o âmbito normativo. O autor rejeita uma interpretação voluntarista, que tem como objetivo a busca pela vontade do legislador. A

não a sobrepõe à Constituição escrita de forma determinante. Pelo contrário, o constitucionalista buscava a superação do embate entre a norma e o fato. Assim, “a Constituição é uma ordem integradora, graças aos seus valores materiais próprios. Além disto, ao se constituir como um estímulo, ou limitação, da dinâmica constitucional, estrutura o Estado como poder de dominação formal.” (BERCOVICI, 2004, p. 9)

norma literal (programa da norma) não possui todos os elementos que garantam a sua normatividade, pois esta é obtida através de uma operação ativa de concretização em interação com a realidade (âmbito da norma). Nas normas constitucionais, notadamente as referentes aos direitos fundamentais e aos princípios, há uma peculiaridade maior em relação à vinculação com a realidade, pois os componentes literais não possuem formulações inteiramente precisas e confiáveis. Nas palavras de Müller (2000, p. 58):

No direito constitucional evidencia-se com especial nitidez que uma norma jurídica não é um 'juízo hipotético' isolável diante do seu âmbito de regulamentação, nenhuma forma colocada com autoridade por cima da realidade, mas uma inferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado. Correspondentemente, elementos 'normativos' e 'empíricos' do nexos de aplicação e fundamentação do direito que decide o caso no processo da aplicação prática do direito provam ser multiplamente interdependentes e com isso produtores de um efeito normativo de nível hierárquico igual. (grifos nossos)

O constitucionalista entende, portanto, que a realidade social, por ele designada de âmbito da norma, fornece os elementos que fundamentam a normatividade. O sentido da norma não pode ser unívoco, como pretendia a hermenêutica clássica, pois é a partir do caso prático que ela é concretizada. A atividade hermenêutica não deve ocorrer baseada somente em regras de interpretação que determinam o método a ser seguido, como defendido por Savigny. A regra de interpretação é apenas uma das referências (*topoi*) para o jurista, mas não a única. Dessa forma, Müller não afasta totalmente os elementos clássicos da hermenêutica tradicional, mas acrescenta elementos adicionais, construindo o que chama de “metódica estruturante” (MÜLLER, 2000, p. 70). Estes elementos de concretização são: os métodos clássicos de interpretação; os elementos do âmbito da norma; os elementos dogmáticos; os elementos da teoria da Constituição; os elementos técnicos e os elementos político-jurídicos. Por fim, o teórico defende uma hierarquização entre estes componentes no caso de conflitos ou de resultados parcialmente contraditórios, situações em que irão prevalecer os elementos diretamente ligados à norma.

Segundo Bonavides (2006, p. 509), esta hierarquização, todavia, é criticável, pois parte de uma perspectiva contrária a uma abertura para a realidade, privilegiando-se elementos mais técnicos e normativos do que axiológicos ou ideológicos.

3.4.2 O método concretista de Peter Häberle

As contribuições de Häberle para o método concretista estão vinculadas à idéia de Constituição aberta. A atividade interpretativa sempre foi vista como uma função privativa estatal nas sociedades fechadas, resumindo-se àqueles que estivessem formalmente vinculados à esfera jurídico-institucional, como os juízes e os parlamentares. Por outro lado, para se conceber uma teoria material da Constituição, deve-se buscar compreender a realidade constitucional, através de seus agentes conformadores dentro de uma ordem democrática e pluralista. Assim, não se pode admitir essa exclusividade estatal, pois a Constituição é necessariamente aberta, envolvendo todos os sujeitos que participam da realidade constitucional no processo de interpretação. Häberle enumera alguns desses participantes da interpretação como os cidadãos, os grupos organizados, os órgãos estatais, a opinião pública, dentre outros. Portanto, todos que vivem e modificam a realidade de uma norma são capazes de interpretá-la. Segundo o autor alemão:

Uma teoria constitucional que se concebe como ciência da experiência deve estar em condições de, decisivamente, explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público, o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes. A pergunta em relação aos participantes da interpretação constitucional deve ser formulada no sentido puramente sociológico da ciência da experiência (HÄBERLE, 1997, p. 19).

As diversas interpretações surgidas no seio da sociedade podem sofrer uma crise de legitimidade, na medida em que só estão formalmente aptos a interpretar os sujeitos estatais. Häberle analisa esta questão divorciando a noção de legitimação de qualquer vinculação formal. Para ser legítimo, não é necessário que a Constituição autorize, pois a interpretação aberta não se atrela a uma submissão normativa. Reduzir a interpretação constitucional aos formalmente legitimados corresponderia a uma minimização da realidade constitucional, que é muito mais ampla do que as disposições formais. As forças pluralistas são legítimas por comporem a esfera pública, não estando alheias à realidade constitucional.

Ainda sobre a questão da legitimidade, Häberle confronta as suas idéias com a teoria da democracia. Neste ponto, o autor alemão ressalta uma visão liberal ao enfatizar a posição do indivíduo como intérprete, em detrimento do povo, rechaçando a idéia de Rousseau de democracia como domínio do povo. Assim, exacerba-se uma visão individualista, reduzindo a democracia a uma associação de indivíduos, em que a centralidade está na liberdade fundamental e não no povo (HÄBERLE, 1997, p. 38). Neste ponto, discordamos do eminente constitucionalista, pois consideramos importante afirmar a posição do povo como legítimo soberano do poder estatal, rejeitando, assim, uma visão extremamente individualista presente na ordem capitalista atual. Ao contrário do que Häberle afirma, a

democracia popular deve prevalecer sobre a democracia do cidadão. Da mesma forma, não podemos conceber os direitos fundamentais numa ótica eminentemente individualista, disseminada pela ideologia liberal.

3.5 A importância da teoria material da Constituição para a abertura aos Direitos Humanos

Toda a construção teórica em torno da teoria material está calcada na interação entre a realidade fática e a Constituição. Esta foi a orientação capaz de impulsionar o abandono da cisão positivista entre o Estado e a sociedade, sendo a Carta Magna o epicentro desta simbiose. Os autores tributários de uma concepção material de Constituição, nomeadamente os que estavam ligados à tópica, serviram de base para o desenvolvimento de um novo constitucionalismo a partir do pós-guerra. Podemos denominar este movimento sob a estampa genérica de pós-positivismo¹⁵, que teve o seu desenrolar inicial a partir da Europa. Luís Roberto Barroso (2005, p. 6) comenta o surgimento deste novo paradigma no direito constitucional:

A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

É neste contexto que a dignidade da pessoa humana se torna um parâmetro normativo tanto no plano internacional como interno. A emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do constitucionalismo pós-positivista propicia a concretização do valor humano como fundamento ético da ordem jurídica. Há, dessa forma, uma requalificação do discurso jurídico a partir da reabilitação da filosofia do Direito como fonte hermenêutica. Este processo é destacado por Antônio Carlos Wolkmer (2005, IX):

Assim, a aproximação filosófica do humanismo ao Direito permite transcender os limites históricos das múltiplas formas opressoras e abstratas de legalidade, reordenando-as crítica e culturalmente para instrumentalizar o diálogo emancipador

¹⁵ Autores de destaque dessa nova concepção do direito constitucional foram: John Rawls, *A theory of justice*, 1980; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977; Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1993.

entre as regras de convivência institucional e as exigências humanas de dignidade, justiça e liberdade.

No Brasil, a incorporação deste neoconstitucionalismo só foi possível a partir da Constituição de 1988. Até esse momento histórico, o longo período em que o País esteve imerso numa realidade ditatorial impossibilitou o desenvolvimento desta nova forma de pensar o direito constitucional, notadamente em virtude da supressão das liberdades e garantias. A redemocratização, a partir da inauguração de um Estado Democrático de Direito, possibilitou o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III). Para a instauração de um regime democrático, há a necessidade premente de declarar e proteger os direitos fundamentais. Conforme Flávia Piovesan (2007, p. 26), “vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são elementos básicos para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora.”

No constitucionalismo contemporâneo, os direitos fundamentais servem de proteção contra as arbitrariedades do Estado, revelando uma dimensão de defesa inegável. Todavia, sua função não se restringe a isso, como apregoam as ociosas lições liberais. Trata-se de direitos que servem de “elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico” (SARLET, 2007, p. 72). A legitimação do poder estatal deve partir de um fundamento ético-político material composto inexoravelmente pelo referencial democrático, pela soberania popular e pelo respeito aos direitos humanos. Estes três elementos estão imbricados, impossibilitando a sua dissociação. A violação dos direitos humanos representa ao mesmo tempo uma afronta à democracia e à soberania popular.

A teoria material serve de amparo teórico aos direitos fundamentais (ou humanos), pois os reconhece como substancialmente constitucionais. Assim, a nova hermenêutica não concebe a Constituição como um sistema fechado de normas, blindado contra as influências de uma realidade fluida e plural. Logo, a abertura constitucional mostra-se necessária em uma ordem democrática, na medida em que possibilita um amplo reconhecimento de direitos humanos. Nesse sentido, afirma Ingo Sarlet (2007, p. 94):

Importante, neste contexto, é a consideração de que o reconhecimento da diferença entre direitos formal e materialmente fundamentais traduz a idéia de que o direito constitucional brasileiro [...] aderiu a certa ordem de valores e princípios, que, por sua vez, não se encontra necessariamente na dependência do Constituinte, mas que também encontra respaldo na idéia de Constituição e no senso jurídico coletivo. [...] é preciso ter como certo que a construção de um conceito material de direitos

fundamentais (assim como da própria Constituição) somente pode ser exitosa em se considerando a ordem dos valores dominante, bem como as circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais de uma dada ordem constitucional.

A abertura constitucional presente no direito brasileiro revela-se através de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, insculpido principalmente no §2º do art. 5º da nossa Carta Maior¹⁶. Além deste, o constituinte revelou este caráter aberto de nossa Constituição em outros dispositivos, como o *caput* do art. 7º (“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”). Assim, uma primeira observação que destacamos é a inclusão dos direitos sociais, econômicos e culturais na regra do §2º, art. 5º, e não apenas os direitos e garantias individuais. A própria literalidade do texto nos autoriza a fazer tal interpretação ao estatuir “os direitos e garantias expressos nesta Constituição”, não fazendo nenhuma discriminação entre os direitos fundamentais.

Estes direitos estão tratados todos de maneira conjunta no Título II da Carta, gozando de uma mesma fundamentalidade material e formal. Os direitos fundamentais possuem unidade axiológica através da dignidade da pessoa humana, que foi erigida a princípio da República (art. 1º, inc. III). Conforme a lição de Jorge Miranda (1983, apud SILVA, 2005, p. 96), “a ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema”. Dessa forma, não cabe dividir os direitos individuais e sociais em dois regimes distintos, criando modelos diferenciados, afinal todos existem com o fito de garantir a dignidade da pessoa, que não pode ser compartimentalizada em dimensões separadas.

A norma ora analisada não se trata de uma completa inovação do constituinte brasileiro de 1988. Desde a primeira Constituição Republicana de 1891 (art. 78), a tradição fez presente uma cláusula de abertura, ou de não-tipicidade, semelhante a que temos atualmente. Esta primeira redação dizia: “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”. A partir daí, todas as Constituições brasileiras trouxeram uma norma similar, como o art. 114 de 1934, o art. 123 de 1937, o art. 144 de 1946, o art. 150, §35 de 1967 e o art. 153, §3º da emenda nº 1 de 1969. Entretanto, todas estas disposições constitucionais admitiam a existência de direitos (nem sempre explicitados como fundamentais) não-enumerados apenas provenientes do próprio sistema constitucional pátrio, desvirtuando o objetivo central da abertura constitucional, que é

¹⁶ Art. 5º (...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

criar uma relação dialógica entre Constituição e realidade. Por outro lado, a Constituição de 1988 foi inovadora ao reconhecer pela primeira vez os direitos fundamentais derivados de tratados internacionais, revestindo-lhes de um caráter materialmente constitucional.

Além das mudanças internas, o momento paradigmático vivido pelo Brasil em 1988 proporcionou uma alteração da agenda político-institucional externa do País, apegando-se ao paradigma propugnado internacionalmente de defesa dos direitos humanos. “Nesse sentido, percebe-se que os valores democráticos que marcaram o debate nacional, em um momento histórico de ruptura com o ciclo de autoritarismo pelo qual passou o País, invocaram uma agenda internacional renovada no âmbito brasileiro” (PIOVESAN, 2007, p. 267).

Esta vocação internacionalista inaugurada pela Carta de 1988 é ratificada no estabelecimento de princípios norteadores das relações externas através do art. 4º. Trata-se mais uma vez de outra inovação do constituinte originário, pois é a primeira vez que se estabelecem referências fundamentais para o convívio internacional do Estado brasileiro. Anteriormente, as Constituições limitavam-se a tratar da questão de forma esparsa, restringindo-se a expressar valores como a arbitragem internacional, a soberania, independência, dentre outros. Além de reafirmar alguns desses paradigmas, a Constituição de 1988 trouxe a prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental das relações internacionais, tema inexistente na seara constitucional até aquele ano. O ensinamento de Celso de Albuquerque Mello (2004, p. 10) sedimenta nossos apontamentos:

Como se pode observar, os juristas alemães selecionados [referindo-se a Smend, Häberle e Hesse] se prendem aos ‘valores constitucionais’ e com profundo realismo ao momento histórico que vivemos. Ora, na Constituição brasileira pode-se dizer que como mostramos em diferentes dispositivos os direitos humanos surgem nitidamente como um dos grandes valores da Constituição. E mais, pode-se dizer que o atual momento histórico de uma sociedade internacional globalizada, nesta também os direitos humano figuram como um dos valores fundamentais. (observações nossas)

O constituinte originário reconheceu que os Estados não podem mais desprezar os organismos internacionais que compõem o sistema de proteção dos direitos humanos, apesar de muitas vezes estes se mostrarem fracos e insuficientes para lidar com os conflitos envolvendo violações. O fato é que não há mais uma soberania absoluta que se encontre intacta à comunidade internacional, quando o Estado age a despeito da normativa alienígena, que se tornou uma força ativa dentro do sistema constitucional brasileiro. A proteção dos direitos humanos tornou-se multilateral, não se restringindo, portanto, à esfera interna estatal, haja vista ser o Estado o maior violador dos direitos humanos. Esta realidade requer dois

caminhos paralelos: por um lado, o fortalecimento do sistema internacional de proteção como instância subsidiária de resolução dos conflitos, e, por outro, a exigência de cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados através dos tratados. Sobre a relação entre o Direito Internacional e a Constituição, vale citar novamente o internacionalista Celso de Albuquerque Mello (2004, p. 20):

[...] o Estado não existe sem um contexto internacional. Não há Estado isolado. A própria noção de Estado depende da existência de uma sociedade internacional. Ora, só há Constituição onde há Estado. Assim sendo a Constituição depende também da sociedade internacional. Ao se falar em soberania do Poder Constituinte se está falando em uma soberania 'relativa' e quer dizer que tal poder não se encontra subordinado a qualquer norma de D. Interno, mas ele se encontra subordinado do DIP de onde advem a própria noção de soberania do Estado. *Os próprios conceitos de Constituição [...] de Häberle e Hesse, são suficientemente elásticos para se garantir a adaptação da Constituição ao DIP.* (grifos nossos)

Como acentua Celso Lafer (1991, p. 118), “o valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem.” É dentro desta perspectiva que a Constituição de 1988 tem o seu núcleo valorativo fundamentado na dignidade da pessoa humana. Dessa forma, destaca-se o longo rol de direitos fundamentais contidos no art. 5º, dos quais podemos destacar o repúdio à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a punibilidade de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), a proibição de penas cruéis (art. 5º XLVII), a intangibilidade física e a incolumidade moral de pessoas sujeitas à custódia do Estado (art. 5º, XLIX), o salário-mínimo capaz de atender as necessidades básicas (art. 7º, IV) e a proibição de discriminação no ambiente de trabalho (art. 7º, XXX e XXXI).

Apesar do extenso Título II da Constituição, versando sobre os direitos e garantias fundamentais, não se trata de uma enumeração taxativa, pois a proteção da pessoa humana deve ser a mais ampla possível. Seria impossível o constituinte prever todos os direitos e garantias que possibilitassem uma proteção ampla e plena contra as violações à dignidade. A cláusula de abertura possibilita uma via expansiva dos direitos fundamentais, a fim de ampliar ao máximo a proteção dos direitos humanos, fazendo com que a Constituição represente “a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais” (CARVALHO NETTO, 2003 apud SARLET, 2007, p. 98).

O §2º do art. 5º traz três modalidades de direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição: os direitos e garantias expressos, os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e os provenientes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte. A partir

disso, a doutrina propõe determinadas tipologias para classificar os direitos fundamentais conforme a sua origem.

A classificação de José Afonso da Silva só considera os direitos fundamentais individuais, pois o autor só admite a aplicabilidade da cláusula de abertura para esta categoria de direitos. Assim, faz uma separação em três grupos: primeiramente destaca os direitos individuais expressos, que são aqueles previstos no rol do art. 5º; em segundo lugar vêm os direitos individuais implícitos, subtendidos nas regras de garantia, como certos desdobramentos do direito à vida; por último, os direitos individuais decorrentes do regime e os originários dos tratados internacionais, que não são enumerados de forma explícita nem implícita e são “de difícil caracterização *a priori*” (SILVA, 2005, p. 194).

Para este autor, os direitos provenientes de tratados internacionais não têm um contorno muito fácil de ser definido, estando, portanto, implícitos. Conforme Flávia Piovesan (2007, p.57), a opinião do eminente constitucionalista paulista é seguida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho e por Cretella Jr. A autora critica esta posição, pois defende que os direitos humanos decorrentes de tratados encontram-se explícitos nos referidos instrumentos internacionais. Para ela, estes direitos são expressos, enumerados e claramente elencados. Dessa forma, propõe uma nova classificação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, sejam individuais ou não, também baseada em três grupos: os direitos expressos na Constituição; os direitos provenientes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e os direitos implícitos, que são aqueles subtendidos nas regras de garantia, assim como os decorrentes do regime e dos princípios constitucionais. Por conseguinte, não se podem confundir os direitos explícitos em tratados internacionais com aqueles que estão implícitos no corpo da Constituição, dotados de uma imprecisão e uma elasticidade maior do que os primeiros (PIOVESAN, 2007, p. 58).

Outra classificação sobre o tema é proposta por Ingo Wolfgang Sarlet (2005). Este autor gaúcho divide os direitos fundamentais em apenas dois grandes grupos: os escritos e os não-escritos. Os primeiros seriam formados pelos direitos expressos na carta constitucional dentro ou fora do catálogo do Título II e pelos direitos fundamentais derivados dos tratados internacionais. Os não-escritos também se subdividiriam em duas espécies distintas, quais sejam os direitos implícitos, que seriam subtendidos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, e os direitos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais. Sarlet diverge um pouco de Piovesan neste último ponto, pois a autora não subdivide os direitos não-escritos em direitos implícitos e decorrentes. Apesar da pequena diferença entre

4 – A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

No capítulo anterior, já traçamos algumas linhas gerais sobre as disposições constitucionais acerca do direito convencional. Nesta derradeira parte deste trabalho, pretendemos aprofundar os principais aspectos constitucionais sobre os tratados internacionais de direitos humanos, tais como as questões relativas à formação, vigência e hierarquia destas normas no ordenamento pátrio. Estes temas são objeto de uma vasta produção doutrinária na atualidade, haja vista as várias divergências e as recentes modificações na Constituição por força da emenda constitucional 45/04. Além de expor os desacordos presentes entre os autores, recorreremos à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a matéria, analisando-a de maneira crítica.

Preliminarmente, cabe fazermos a exegese do termo “tratados internacionais” utilizado ao longo da Constituição brasileira, buscando sabermos quais normas internacionais estão incluídas neste conceito. Os tratados são considerados a fonte do direito internacional mais importante, sendo concebidos de forma ampla, como na definição da Convenção de Viena, em que “tratado significa um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo DI, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua designação específica”¹⁷. Nesse sentido, não se deve prosperar uma interpretação apenas literal, pois se assim ocorrer, não poderemos incluir vários instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil no âmbito constitucional, em virtude da denominação utilizada como pactos, convenções, declarações, protocolos e outras. Tratado, por conseguinte, é palavra genérica que inclui todas essas variantes. Apesar do sentido *lato* empregado pela Constituição ao termo tratado, há diferenças fundamentais entre os tratados de direitos humanos e aqueles que versam sobre outras matérias.

Como já vimos no Capítulo 1, a partir do surgimento da ONU, ocorreu uma crescente preocupação em positivar os direitos humanos em tratados com o objetivo de obrigar os Estados a promovê-los e respeitá-los. Ao longo desses sessenta anos, formou-se um importante arcabouço jurídico composto de tratados internacionais que exigiam um tratamento peculiar, diferente das normas tradicionais de direito internacional que, por

¹⁷ Convenção de Viena sobre os Tratados, de 1969.

exemplo, disciplinam acordos comerciais. Isto se encontra presente tanto em nível nacional como internacional, acarretando regimes diferenciados entre os tratados tradicionais e os tratados de direitos humanos. Cançado Trindade (2001, p. 31) comenta a necessidade de diferenciações:

Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais.

Logo, a aplicabilidade dos preceitos estatuídos nos §§ 2º e 3º¹⁸ fica restrita aos tratados sobre direitos humanos, como explicita a própria dicção deste último parágrafo, excluindo-se os tratados convencionais. Além destes, encontramos outros dispositivos que indicam a existência de um regime específico aplicado a estas categorias de tratados, como o já citado art. 4º, II. “O direito brasileiro, portanto, fez opção por um sistema diferenciado, combinando regimes jurídicos distintos: um regime aplicável aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais” (MAZZUOLI, p. 187, 2000). As conseqüências deste duplo regime adotado pela Carta Magna serão devidamente expostas ao longo deste capítulo, principalmente quando analisarmos a questão da incorporação e da hierarquia.

4.1 Os Direitos Humanos e a polêmica entre monistas e dualistas

A relação entre a Constituição e as normas de tratados internacionais sobre direitos humanos pode gerar três tipos de impactos na ordem jurídica interna. A normativa alienígena consagrada em um tratado poderá adequar-se aos ditames jurídicos internos; poderá servir como parâmetro integrador da legislação pátria; ou poderá ir de encontro às disposições legais (PIOVESAN, 2007, p. 93).

¹⁸ Art. 5º (...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

No primeiro caso, há um paralelismo entre os postulados do tratado e a legislação interna. Muitas vezes ocorre que esta é influenciada pela legislação internacional ao ponto de terem a mesma redação sobre determinado assunto. É o caso, por exemplo, do art. 5º, III, da Constituição Federal, onde está previsto que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento cruel, desumano ou degradante”, literalmente idêntico ao art. V da Declaração Universal de 1948. Outros vários exemplos podem ser citados¹⁹, indicando um esforço a fim de adequar a Constituição ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Pode ocorrer, ainda, que não haja uma disposição correspondente entre o direito constitucional e o direito internacional. Apesar disto, os preceitos de um tratado de direitos humanos podem estar em consonância com os princípios da Carta Magna e, por serem materialmente constitucionais, servirem de acréscimo ao rol de direitos já positivados. Nestes casos, os tratados servem como fontes ampliadoras da Constituição.

Os tratados poderão servir ainda de referência na interpretação da legislação interna, preenchendo eventuais lacunas jurídicas. Este é o caso, por exemplo, da problemática gerada pelo art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que define como crime a tortura cometida contra criança e adolescente. Ocorre que até a lei 9.455/97 o Brasil não tinha uma legislação específica que cuidasse da definição da tortura. Assim, uma interpretação estritamente formalista do ordenamento jurídico faria com que se esvaísse a aplicabilidade do dispositivo, por se caracterizar como um tipo penal aberto, carecedor de uma lei que defina o enquadramento da conduta tortura. De forma contrária, acertadamente se posicionou o Supremo Tribunal Federal²⁰, considerando que o Brasil havia ratificado diversos instrumentos internacionais que conformavam o conceito de tortura (dentre os quais a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1990, a Convenção contra a tortura adotada pela ONU, 1984 e a Convenção Interamericana sobre os Direitos Humanos, de 1969) e que estes poderiam ser utilizados para integrar a norma penal contida no ECA, dotando-a de eficácia.

Por último, temos a possibilidade de o tratado internacional ir de encontro às disposições constitucionais. Sobre este ponto, a doutrina jurídica historicamente vem se dividindo em duas correntes de pensamento, quais sejam a monista e a dualista. A escola dualista foi inaugurada pelo alemão Heinrich Triepel, em 1899. Segundo esta concepção, o direito interno e o direito internacional são suas esferas distintas, que não possuem qualquer área em comum. Consequentemente, não poderá ocorrer qualquer colisão entre as normas

¹⁹ Ver PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8ª ed., Saraiva, São Paulo, p. 94.

²⁰ *Habeas Corpus* 70.389-5 – São Paulo – Tribunal Pleno; Relator para o Acórdão: Ministro Celso de Mello.

estatais e externas, pois estas não fazem parte do ordenamento jurídico dos Estados. Para serem aplicadas no âmbito interno, as normas internacionais precisam tomar a forma jurídica conforme os ditames procedimentais de cada país. As disposições convencionais não geram direitos subjetivos enquanto não incorporadas pelo processo legislativo interno, estando seus efeitos restritos à pessoa jurídica de direito público no cumprimento de suas determinações. O direito internacional expressa um convite ao Estado para internalizar as normas advindas de tratados através da sua legislação própria, tratando-se de obrigação perante a comunidade internacional, pela qual deverá ser responsabilizado em caso de descumprimento (MELLO, 2004).

Contraopondo-se aos dualistas estão os monistas, que entendem o direito internacional e o direito interno como componentes de uma só esfera, rejeitando a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas. “O monismo sustenta, de um modo geral, a existência de uma única ordem jurídica. Esta concepção tem duas posições: uma, que defende a primazia do direito interno, e outra, a primazia do direito internacional” (MELLO, 2004, p. 123). Conforme esse entendimento, não há a necessidade de o direito internacional revestir-se de uma roupagem legal para ser internalizado ao ordenamento dos Estados, pois as normas alienígenas devem ser aplicadas conforme estão previstas nos tratados e a partir da sua adesão.

De acordo com os monistas nacionalistas, no caso de conflito entre o direito interno e externo, deve prevalecer o primeiro, pois expressa a soberania estatal, que deve sobrepor-se ao que é estabelecido no âmbito da comunidade internacional. Esta tese é refutada pelo monismo internacionalista, representado principalmente pelos austríacos Hans Kelsen e Alfred Verdross, que desconhecem as diferenças entre as duas ordens jurídicas. Para estes, no caso de conflito entre o direito interno e o internacional, o último deverá subsistir, pois é nele que o ordenamento estatal encontra o seu fundamento.

No Brasil, o STF adotou a posição monista com primazia no direito interno, na medida em que aceita a revogação de um tratado internacional por lei ordinária, equiparando-os hierarquicamente. Em momento posterior, analisaremos com mais detalhes a questão do status jurídico dos tratados, assim como a jurisprudência da Corte Suprema e as suas recentes variações. Vale ressaltar, por ora, que este entendimento é adotado pelo Tribunal há mais de vinte anos, desde o julgamento do RE 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1º/06/1977), e encontra-se ratificado em um longo repertório de casos julgados após a Constituição de 1988, como poderemos apresentar mais adiante.

Se a histórica querela entre monistas e dualistas ainda permanece viva em relação ao Direito Internacional Público, ela não poderá mais subsistir quanto ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. É nesse sentido a afirmação de Cançado Trindade (1998, p. 32):

Não se pode continuar pensando dentro de categorias e esquemas jurídicos construídos há várias décadas, ante a realidade de um mundo que já não existe. A ociosa polêmica secular entre monistas e dualistas continua a fascinar muitos de nossos círculos jurídicos ainda hoje. De suas amarras ainda não conseguiu se liberar grande parte do pensamento jurídico e da jurisprudência nacionais.

Nesta seara, o problema não é propriamente de conflito entre normas nacionais e internacionais, mas sim de proteção da pessoa humana. Dispensa-se, portanto, um critério que decida de forma unívoca pela prevalência do tratado ou da normativa interna para adotar-se como baliza a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, a primazia é dada à norma mais favorável à vítima, não importando se é proveniente de um tratado ou da Constituição. Os direitos da pessoa humana não podem mais ficar reféns de meras técnicas formalistas que colocam em colisão a ordem interna e internacional, pois estas “formam um todo harmônico, em benefício dos seres humanos protegidos, das vítimas de violações dos direitos humanos” (CANÇADO TRINDADE, 1998, p. 14).

Esta solução já é adotada pela Corte Européia dos Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e busca, além da maior proteção aos direitos humanos, uma melhor coordenação entre direito interno e direito externo, assim como entre os vários instrumentos internacionais entre si. A título ilustrativo vale colacionar um pequeno trecho da Opinião Consultiva nº 18/2003 solicitada pelo México à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a condição jurídica dos imigrantes ilegais:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, na aplicação do princípio *pro homine*, outorga maior prevalência à norma que projeta uma proteção à dignidade humana (que reconheça mais amplamente os direitos humanos), com independência da fonte de origem da obrigação que se trata. Por isso, o ordenamento jurídico de um Estado tem validade enquanto seja congruente com os direitos humanos das pessoas.²¹ (tradução do autor)

O critério da prevalência da norma mais favorável à vítima torna a questão da colisão entre normas de direito interno e internacional num conflito apenas aparente, não se tratando verdadeiramente de um embate entre o ordenamento doméstico e externo, pois os dois constituem-se com um fim comum, qual seja a proteção da pessoa humana. Esta solução impede a invocação do direito interno como óbice à aplicação dos tratados de direitos humanos, o que já encontra respaldo no art. 27 da Convenção de Viena sobre os tratados,

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC – 18/03 de 17 de septiembre de 2003 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos – La condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

dispondo que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa do não cumprimento de tratado”.

Nessa sistemática, na esteira do que já foi dito sobre Müller (2000), é necessária uma hermenêutica concretista capaz de extrair da realidade a melhor norma que proteja os direitos fundamentais da pessoa. Ingo Sarlet (2007, p. 159) comenta sobre uma interpretação tópica da questão:

Neste caso, a solução de eventual conflito entre os direitos da Constituição e os dos tratados incorporados deveria observar [...] os princípios hermenêuticos que regem os conflitos entre os direitos e princípios originariamente reconhecidos pelo Constituinte, portanto, que *exigem uma exegese tópico-sistemática* e direcionada por uma adequada *ponderação dos interesses (valores)* em pauta, sempre privilegiando, como destacado alhures, *uma solução mais favorável à garantia da dignidade da pessoa*. (grifos nossos)

Para prosperar a primazia da norma mais favorável à vítima, é imperativa uma revisão sobre o entendimento do STF acerca do status jurídico de lei ordinária dos tratados de direitos humanos, pois este posicionamento esvazia a sua normatividade. Assim, veremos no tópico a seguir a importante questão da hierarquia das normas convencionais sobre direitos humanos.

4.2 A hierarquia dos tratados sobre direitos humanos

A questão da hierarquia dos tratados de direitos humanos é sem dúvida o ponto mais controverso sobre o tema deste capítulo. Essa controvérsia a constituiu enquanto o objeto de maior atenção na doutrina especializada, acarretando uma produção acadêmica volumosa e provocando posicionamentos bastante plurais e divergentes. O debate acerca do *status* normativo ganha notoriedade principalmente pelas conseqüências que acarreta no tocante à eficácia do direito convencional relativo aos direitos fundamentais.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, surgiram várias polêmicas relativas à disciplina dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Grande parte da discussão gira em torno do §2º do art. 5º, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil for parte. Esta disposição, combinada com outras no decorrer do texto constitucional, ensejou várias controvérsias acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, gerando quatro correntes de pensamentos antagônicas: a)

a vertente que reconhece estes tratados como normas supraconstitucionais; b) a tendência que atribui o status de lei ordinária a estes diplomas internacionais; c) o posicionamento que reconhece a natureza supralegal a estes tipos de instrumentos internacionais; d) por fim, a interpretação que confere hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos. Vejamos a seguir como os defensores de cada concepção tratam do tema.

A primeira corrente tem como representantes brasileiros os internacionalistas Celso de Albuquerque Mello, André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros. De acordo com essa respeitável posição, os tratados internacionais de direitos humanos possuem uma posição de destaque no ordenamento jurídico, estando sobrepostos à própria Constituição. As normas advindas do direito convencional estão fundadas numa supranacionalidade que extrapola a própria Constituição, pois mesmo no caso de sua revogação total os tratados de direitos humanos subsistem na nova ordem constitucional. O Direito Internacional dos Direitos Humanos teria, portanto, supremacia ante a normatividade estatal, pois advém de um princípio superior à vontade do Estado. Sem embargo do seu posicionamento, Celso de A. Mello admite a primazia da norma mais favorável à vítima, aceitando a aplicação da norma interna em detrimento da internacional quando o caso concreto assim exigir. É o que aduzimos em suas palavras:

[...] sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional. (MELLO, 2004, p. 25)

Mais à frente o eminente jurista dispara críticas ao posicionamento dos tribunais brasileiros, afirmando que “o Direito é algo vivo e que deve corresponder ao espírito da época em que é elaborado e aplicado. A nossa é a dos direitos humanos e os tribunais pretendem viver no século XIX com o mais selvagem dos capitalismo” (2004, p. 28). Este entendimento que advoga a tese da supraconstitucionalidade esbarra na sistemática constitucional brasileira devido à consagração da supremacia da Constituição no ordenamento interno. Assim, qualquer legislação, com exceção das normas estatuídas pelo constituinte originário, pode sofrer controle de constitucionalidade pelo STF, até mesmo aquela advinda de emenda constitucional. “Ressalte-se, porém, que, na medida em que esse tipo de controle possa ser exercido, não se podem olvidar as possíveis repercussões de uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito do Direito Internacional” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 693).

Na segunda concepção enumerada, temos os que advogam pela paridade hierárquica entre tratado e lei ordinária. Como já anotado, esta é a posição que o STF adota desde 1977, a partir do recurso extraordinário nº 80.004. Antes disso, o Tribunal havia julgado vários casos de conflitos entre norma interna e externa nos quais deu primazia a esta última. Após a Constituição de 1988, com a adoção do §2º do art. 5º, dentre outros que diferenciam os tratados de direitos humanos dos outros tratados tradicionais, constituindo-se um duplo regime para o as normas de direito internacional, esperava-se uma mudança no posicionamento do STF. No entanto, a Corte ignorou o novo marco institucional inaugurado em 1988 e os diversos tratados de direitos humanos ratificados pelo País posteriormente, mantendo a paridade entre o status normativo dos tratados, seja qual for a matéria de que ele trate, e da legislação ordinária.

Esta posição foi ratificada em 1995 no julgamento do *Habeas Corpus* nº 72.131-RJ, tendo como o foco a questão da aplicação da prisão civil por dívidas do depositário infiel, prevista art. 5º, inc. LXVII²², aos contratos de alienação fiduciária em garantia. Na ocasião, além de ampliar as situações excepcionais que admitiam prisão civil, o STF reafirmou o entendimento de que os instrumentos internacionais que versam sobre direitos humanos adentram no ordenamento pátrio com hierarquia de lei ordinária. Ocorre que o Brasil ratificou o Pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU, que estatui em seu art. 11: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”, e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que tem previsão semelhante em seu art. 7º: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. No *Habeas Corpus* em análise, defendia-se a derrogação tácita da expressão “depositário infiel” da previsão constitucional por força dos dois artigos supracitados, que adentraram no ordenamento com status de norma constitucional, conforme o §2º do art. 5º.

Não faltam críticas dirigidas a esta postura do STF sobre o tema, que foi ratificada em diversos outros julgados do Tribunal²³. Primeiramente, a Corte ampliou o cabimento de

²² Art. 5º (...)

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

²³ Podemos citar alguns julgados nesse sentido: HC 72.131/RJ, Rel. Marco Aurélio, DJ de 1º-8-2003; ADI-MC 1.480/DF, Rel. Celso de Melo, DJ de 18-5-2001; HC 81.319/GO, Rel. Celso de Mello, DJ de 19-8-2005; HC 79.870/SP, Rel. Moreira Alves, DJ de 20-10-2000; HC 77.053/SP, Rel. Maurício Corrêa, DJ de 4-9-1998.

prisão civil às dívidas provenientes de contrato de alienação fiduciária em garantia, contrariando uma interpretação restritiva do art. 5º, inc. LXVII, que possibilita este tipo de coação apenas a dois casos específicos e bem definidos, quais sejam no débito alimentar e na dívida do depositário infiel. O elastecimento das possibilidades de prisão civil é uma conseqüência da crise econômica gerada pela alta inadimplência e da ineficiência do poder Judiciário em dar respostas rápidas e eficazes na resolução dos conflitos. Concordamos com as palavras de Gustavo Tepedino (1994, apud PINHEIRO, 2001, p. 104) sobre essa problemática:

Não se pode pensar em superar a crise econômica através de truculenta intensificação de sanções, através da prisão do devedor, de sua criminalização ou de cláusulas leoninas. É preciso assegurar o crédito e estimular a economia sem sacrifício do projeto constitucional, que tem na pessoa humana o seu valor mais elevado. Daí porque não seja facultado ao intérprete desdenhar princípios maiores dos ordenamentos em face de situações emergenciais.

Não obstante os argumentos contra a ampliação da prisão civil aos casos de alienação fiduciária, a questão fundamental nesta seara encontra-se na posição do Supremo em considerar os tratados de direitos humanos como normas infraconstitucionais. A mudança deste pensamento resolveria a problemática, considerando inconstitucional não só a prisão na alienação fiduciária como no caso do depositário infiel.

Além da questão da prisão civil, a posição do STF foi confirmada em outros julgados, como na ADI 1.480-3/DF, julgada em 4-9-1997, que teve como relator o Min. Celso de Mello, e tratava da convenção nº 158 da OIT, que proíbe a despedida arbitrária ou sem justa causa. A dicção da decisão ilustra o entendimento do STF sobre o tema:

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade.

Esta posição do STF é largamente criticada pela doutrina brasileira, afirmando-se que há um desvirtuamento dos tratados de direitos humanos ao considerá-los como lei ordinária, pois a sua normatividade se esvai com uma simples modificação legislativa interna. Esta concepção nega a abertura da Carta Magna a novos direitos fundamentais e despreza a materialidade constitucional dos tratados sobre direitos humanos. A opinião do STF é extraída

do art. 102, III, b, da Constituição, que confere a este Tribunal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, “as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. Despreza-se, portanto, o duplo regime estabelecido aos tratados os quais o Brasil seja parte. Além disso, essa interpretação fere a boa-fé na conclusão dos tratados, pois os países que aderem às disposições convencionais não podem alegar incompatibilidade com a legislação interna para não dar cumprimento ao que está determinado internacionalmente. Valério Mazzuoli (2000, p. 183) critica a postura do STF sobre o assunto:

A doutrina da Excelsa Corte, entretanto, peca pela imprecisão. Admitir que um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite, é permitir que um tratado possa, unilateralmente, ser revogado por um dos Estados-partes, o que não é permitido e também pouco compreensível. Seria fácil burlar todo o pactuado internacionalmente se por disposições legislativas internas fosse possível modificar tais normas. Se um Estado se obriga livremente a cumprir um acordo internacional, como explicar possa ele editar leis contrárias a todo o pactuado?

Desde 1995, com o já citado Habeas Corpus 72.131-RJ, o posicionamento do STF foi construído a partir da maioria dos onze ministros que compõem a Corte, mas nunca por unanimidade. Neste mesmo julgamento em 1995, foram vencidos os votos do Min. Marco Aurélio, do Min. Carlos Velloso e do Min. Sepúlveda Pertence. Cada um defendeu de maneira diferente a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário em contrato de alienação fiduciária. O primeiro não discorda sobre o caráter infraconstitucional dos tratados de direitos humanos, mas defende o não cabimento da coação devido à derrogação do decreto-lei nº 911, de 1969 (este diploma equipara o devedor em alienação fiduciária ao depositário infiel) pelo ato Pacto de San Jose da Costa Rica e pelo Pato de Direitos Civis e Políticos da ONU, ambos ratificados em 1992. Enquanto isso, o Min. Carlos Velloso entendeu que estes instrumentos internacionais adentraram no ordenamento com status de norma constitucional, derogando a possibilidade de prisão do depositário infiel em qualquer situação.

Por ora, nos ocuparemos do entendimento do Min. Sepúlveda Pertence, que advoga pela tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, localizando-os entre a legislação ordinária e a Constituição. Conforme esse raciocínio, o direito convencional tem força normativa capaz de revogar leis infraconstitucionais, mas não as disposições constitucionais. Em outro *Habeas Corpus*²⁴, o Ministro expõe o seu posicionamento da seguinte forma:

²⁴ RHC nº 79.785, julgamento em 29-3-2000, DJ 22-11-2002

Desde logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional [...]. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande freqüência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição [...]. Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º §2º, da Constituição, seria esvaziar de muito o seu sentido útil à inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduzia uma abertura significativa ao movimento de internacionalização de direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim [...] a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.

Este entendimento vem ganhando adesão dentro do STF, como é o caso do Min. Gilmar Mendes, que considera os tratados de direitos humanos como normas supralegais. Conforme este constitucionalista, a inclusão do §3º ao art. 5º pela emenda constitucional nº 45/04 ratifica a importância dos instrumentos internacionais na proteção dos direitos fundamentais. “Não se pode negar [...] que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 696). Nesse sentido, o Ministro propõe uma revisão da postura jurisdicional do STF, considerando-a atualmente anacrônica diante do avanço do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ainda sobre a tese da supralegalidade, os seus defensores costumam remetê-la ao direito comparado, mencionando a experiência da Constituição alemã, que em seu art. 25 disciplina que “as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional”. Na mesma esteira, estão a Constituição da França de 1958 e da Grécia de 1975, que, respectivamente, em seus artigos 55²⁵ e 28²⁶, dão o mesmo tratamento hierárquico-normativo aos tratados e convenções internacionais, localizando-os entre a legislação ordinária e a Constituição.

Se adotarmos esse entendimento no caso da prisão civil do depositário infiel, concluímos que a previsão constitucional deste tipo de coação no art. 5º, inc. LXVII não poderá ser revogada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pelo Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, pois estes instrumentos permanecerão com status inferior à Carta

²⁵ “Art. 55 Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados terão, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis, com ressalva, para cada acordo ou tratado de sua aplicação pela outra parte.”

²⁶ “Art 28 §1º As regras de direito internacional geralmente aceitas, bem como os tratados internacionais após sua ratificação (...), têm valor superior a qualquer disposição contrária às leis.”

Magna. Apesar disso, a possibilidade de prisão do depositário infiel fica sem aplicabilidade, pois os referidos tratados internacionais têm o condão de tornar ineficaz toda a legislação ordinária sobre a matéria, como o art. 652 do Código Civil²⁷ por exemplo, já que tem natureza supralegal. Assim, a parte final do art. 5º, inc. LXVII deixaria de ter aplicabilidade por falta de base legal. A posição do Min. Gilmar Mendes foi consignada da seguinte forma no recurso extraordinário nº 466.343²⁸, ainda em julgamento no STF:

Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

O referido Ministro ainda defende que o legislador pode conferir supremacia formal aos tratados ratificados a partir do previsto no art. 5º, §3º da Constitucional. Em outras palavras, esta corrente defende que todo e qualquer instrumento internacional sobre direitos humanos tem hierarquia supralegal, mas infraconstitucional. No entanto, mostra-se optativo ao poder Legislativo converter estas normas em emenda constitucional, revestindo-lhes de caráter formalmente constitucional.

Apesar do reconhecido avanço desta postura, em comparação com a opinião majoritária do STF até então, ela não se encontra imune a críticas. Ao longo do texto constitucional, não encontramos nenhuma previsão que autorize interpretar as normas de tratados de direitos humanos com status supralegal, diferentemente de como ocorre com o direito comparado no caso das já citadas Constituições alemã, francesa e grega. Acrescente-se ainda, que não há, na história das Constituições do Brasil, categoria normativa que se enquadre hierarquicamente entre a legislação ordinária e a Carta Magna. Ainda que menos arcaica do que a tese que perdura no STF há mais de trinta anos, consideramos que a opção pela supralegalidade não atende plenamente a uma interpretação coerente com a Constituição, que supere uma lógica formal, em prol de uma racionalidade material de direitos fundamentais, capaz de dar máxima proteção jurídica à pessoa humana.

²⁷ Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

²⁸ RE 466.343/SP, relator Cezar Peluso, voto delineado em sessão plenária de 22-11-2006, ainda pendente o julgamento definitivo.

Para além da supralegalidade, temos o entendimento que equipara os tratados internacionais de direitos humanos às normas constitucionais, opção adotada no presente trabalho. Antes mesmo das mudanças advindas com a emenda n° 45/04, esta corrente de pensamento já advogava pela tese da hierarquia constitucional dos direitos humanos provenientes do direito convencional. Os dados suficientes para esta interpretação já se encontram no §2° do art. 5°, partindo-se de uma concepção material de direitos fundamentais. Este dispositivo foi incluído na Constituição por sugestão do Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade, na ocasião da Assembléia Constituinte, com o intuito de possibilitar o reconhecimento do valor constitucional dos direitos humanos advindos de instrumentos internacionais, conforme podemos conferir em suas próprias palavras:

[...] no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os §§ 2° e 1° do art. 5° da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica – ainda seguida em nossa prática constitucional – da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional.

Foi esta a motivação que me levou a propor à Assembléia Nacional Constituinte, na condição de então Consultor Jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987 da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a inserção em nossa Constituição Federal – como veio a ocorrer no ano seguinte – da cláusula que hoje é o art. 5°(2). Minha esperança, na época, era no sentido de que esta disposição constitucional fosse consagrada concomitantemente com a pronta adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que só se concretizou em 1992. (TRINDADE, 1998, p. 31)

A natureza materialmente constitucional dos direitos humanos provenientes de tratados foi expressamente reconhecida na previsão do §2° do art. 5°. Ainda que estes direitos não estejam escritos formalmente no corpo da Constituição, o legislador originário admitiu a sua importância e a necessidade de albergá-los sob o manto constitucional, reconhecendo a não taxatividade do rol de direitos fundamentais previstos no Título II. “Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado ‘bloco de constitucionalidade’, densificando a regra constitucional positivada no §2° do art. 5°, caracterizada como cláusula constitucional aberta” (PIOVESAN, 2007, p. 55). Logo, conforme este entendimento, o ordenamento constitucional brasileiro é formado pelos elementos explícitos e implícitos contidos no corpo da Constituição e nos atos das disposições constitucionais transitórias (ADCT), pelos preceitos advindos de emendas constitucionais ordinárias na forma do art. 60, pelas emendas de revisão produzidas com amparo no art. 3° do ADCT e, por fim, pelas normas expressas e implícitas contidas nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Dessa forma,

estas últimas disposições não poderiam ser revogadas pela legislação ordinária, pois possuiriam o status material de normas constitucionais.

O conceito de bloco de constitucionalidade é oriundo principalmente da Espanha e da França, onde cabe aos respectivos Tribunais conformarem o seu conteúdo. Segundo Favoreu (1990, p; 46), o bloco de constitucionalidade “se refere, geralmente, aos princípios e regras de valores constitucionais para designar o conjunto de normas situadas no nível constitucional, cujo respeito se impõe à lei.”²⁹ A delimitação dessa conjugação de normas deve ser clara e precisa. Isto não quer dizer que se trate de uma concepção formalista, correspondendo ao que está positivado. Pelo contrário, a noção de bloco de constitucionalidade proporciona uma ampla elasticidade material, principalmente em relação aos direitos fundamentais, que devem ser ampliados ao máximo a fim de proporcionarem a defesa mais eficaz possível do ser humano. Os tratados de direitos humanos trazem elementos concretos e precisos na conformação do bloco de constitucionalidade, dispondo normas explícitas acerca da proteção da dignidade da pessoa e servindo de parâmetro para a fiscalização das normas infraconstitucionais.

O STF já se deparou com o tema do bloco de constitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.1120, concluindo o relator Min. Celso de Mello³⁰:

A definição do significado de bloco de constitucionalidade [...] reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. [...] Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar - distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico - que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289, 292 - RTJ 77/657). É por tal motivo que os tratadistas [...] em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global.

²⁹ Tradução livre do autor.

³⁰ ADIn 595, Rel. Min. Celso de Mello (Informativo do STF 258).

A inclusão dos tratados de direitos humanos no bloco de constitucionalidade não enseja uma mudança textual na Constituição, como ocorre nos casos de emendas constitucionais. As disposições convencionais encontram-se à margem do texto formal, mas possuem igual dignidade hierárquica com as normas positivadas na Constituição. Isto naturalmente poderá ocasionar eventuais conflitos entre o “corpo” da Constituição e as disposições dos instrumentos internacionais, que serão solucionados pela primazia da norma que melhor proteja a vítima.

Vale exemplificarmos novamente com o caso da prisão civil por dívidas. Enquanto a nossa Constituição aduz que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, a Convenção Americana de Direitos Humanos, diz que “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” Existem dois conflitos entre estas duas normas. O primeiro deles se refere à prisão do depositário infiel, que não é admitida pelo tratado internacional. Este, portanto, prevalece sobre a Constituição, pois protege mais amplamente a pessoa na medida em que esta não poderá ter a sua liberdade tolhida neste caso. Por outro lado, a norma constitucional admite a prisão do devedor alimentício apenas quando se trata de descumprimento voluntário e inescusável, enquanto o instrumento internacional não impõe limites à coação, bastando ocorrer o inadimplemento, mesmo que involuntário e escusável. Como vemos, a norma interna é a que melhor protege o indivíduo neste ponto específico, devendo, portanto, prevalecer sobre o direito alienígena. Conforme esta interpretação, “atribuindo-se aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil o status de norma constitucional, não se pretende reformar a Constituição, mas sim aplicar, em caso de conflito entre o tratado e o texto constitucional, a norma que, no caso, mais proteja os direitos da pessoa humana” (MAZZUOLI, 2005, p. 108).

A hermenêutica que conclui pelo patamar constitucional dos direitos humanos provenientes de tratados vai ao encontro do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Este postulado é reforçado quando se trata de direitos fundamentais, pois o intérprete tem a função de dar o sentido que maior eficácia lhes dê. Neste ponto, cabe resgatar as lições de Konrad Hesse (1991, p. 21) sobre a força normativa da Constituição:

A interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. [...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. [...] A dinâmica

existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade.

A inclusão do §3º no art. 5º pela emenda constitucional nº 45/04 foi a tentativa de encerrar as controvérsias sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos. No entanto, apesar de ratificar a im procedência da tese da paridade ordinária, a mudança deixou aberta várias lacunas e representou um certo retrocesso sobre a matéria. Em vez de possibilitar a conversão dos tratados em emendas constitucionais, criando, hierarquizando-os, seria mais proveitoso um dispositivo que reforçasse o significado do §2º, dando-lhe a devida interpretação autêntica. Consideramos mais adequada a redação proposta de Valério Mazzuoli (2005, p. 99), feita antes mesmo da referida emenda:

§3º Os tratados internacionais referidos pelo parágrafo anterior, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente na ordem interna brasileira com hierarquia constitucional, prevalecendo, no que forem suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição

O autor supracitado faz esta sugestão inspirado na Constituição venezuelana de 1999, em que dispõe no seu art. 23 que os tratados, pactos e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pela Venezuela, “têm hierarquia constitucional e prevalecem na ordem interna, na medida em que contenham normas sobre seu gozo e exercício mais favoráveis às estabelecidas por esta Constituição e pela Lei da República, e são de aplicação imediata e direta pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público”. Este dispositivo vai ao encontro dos anseios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, na medida em que consagra as regras de direitos fundamentais advindas de tratados como hierarquicamente constitucionais e diretamente aplicáveis, além de utilizar o critério da primazia da norma mais favorável.

Por outro caminho seguiu o nosso legislador, aproximando-se da Constituição da Holanda, que possibilita ao parlamento aprovar o texto dos tratados internacionais por um quorum qualificado, incluindo-os no texto constitucional. O texto holandês em seu art. 91-3 assevera que “quando um tratado contiver disposições que derroguem a Constituição ou obriguem a derogá-la, as Câmaras somente podem dar sua aprovação se contados no mínimo dois terços dos votos”. Cançado Trindade (1998, p. 32) repudia qualquer modificação no sistema brasileiro:

Por que então buscar inspiração nas formulações constitucionais de outros países, se a nossa – o art. 5º(2) da Constituição Brasileira – é mais abrangente e não apresenta os inconvenientes apontados? O disposto no art. 5º(2) da Constituição Brasileira concede um tratamento especial ou diferenciado aos tratados de direitos humanos, do que não pode restar dúvida, situada que se encontra aquela disposição constitucional no capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, do título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, da Constituição. Ademais,

o disposto no art. 5º(2) da Constituição Brasileira não padece dos riscos da invocação indevida do *inclusio unius est exclusio alterius*: ao contrário, encontra-se aberto a todos os tratados de direitos humanos que vinculam o Brasil, abarcando-os todos. Mais do que isto, o disposto no art. 5º(2) da Constituição Brasileira tampouco se limita aos tratados de direitos humanos *stricto sensu*, alcançando igualmente os tratados de direito internacional humanitário e de direito internacional dos refugiados que vinculam o Brasil.

Modifica-lo, para adaptá-lo – melhor dizendo, aprisioná-lo – à tese hermética e positivista da “constitucionalização” dos tratados, implicaria a meu ver um retrocesso conceitual em nosso país neste particular. Há que ir mais além da “constitucionalização” estática dos tratados de direitos humanos.

A mudança também tem similitude com a Constituição da Argentina, que foi reformada em 1994. Na ocasião, o legislador estabeleceu no item 22 do art. 75 que uma série de declarações e tratados de direitos humanos, que expressamente enuncia, possuem status constitucional, e que os demais instrumentos internacionais que vierem a ser aprovados por dois terços dos membros de cada uma das câmaras do parlamento passariam a gozar da mesma hierarquia constitucional. Mais uma vez nos valem das lições de Cançado Trindade (1998, p. 32) ao comentar criticamente o sistema argentino:

Não há qualquer explicação, e tampouco indicação de qualquer critério, por que certos tratados de direitos humanos foram, por assim dizer, “constitucionalizados” e outros não. O esquema continua sendo hermético, *intra-hierárquico*, deixando de impedir que futuras reformas constitucionais venham a contrariar os tratados de proteção.

[...] outro inconveniente ou limitação reside na necessidade de prever um determinado procedimento legislativo para atribuir hierarquia constitucional a outros tratados de direitos humanos, que não tenham encontrado expressão na Constituição. É o que teve que prever a Constituição Argentina, requerendo para tal a aprovação congressual (de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara). Que ocorreria se o Congresso, por qualquer razão, ainda que de força maior, não tomasse esta providência? Assim, a Argentina é hoje Parte em diversos tratados de direitos humanos, inclusive outros que os que foram “constitucionalizados”, e que estão a requerer o procedimento previsto em sua Constituição reformada.

O legislador brasileiro foi ainda mais infeliz, pois não se refere aos tratados ratificados anteriormente à emenda nº 45/04, surgindo o problema de saber qual a hierarquia destes instrumentos, já que adentraram no ordenamento por maioria simples e não pelo quorum qualificado. Mendes, Coelho e Branco (2008, p.696) afirmam que “os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.” Na mesma trilha, segue Ingo Sarlet (2007, p. 151), concluindo que “é pelo menos questionável o entendimento – por mais sedutor que seja – de que por força da EC 45 todos os tratados em matéria de direitos humanos já incorporados ao sistema jurídico brasileiro possam ser considerados como equivalentes às emendas constitucionais.”

No entanto, discordamos da opinião supramencionada, pois entendemos, na linha dos juristas Celso Lafer, Flávia Piovesan, Francisco Resek, Valério Mazzuoli, José Carlos Francisco, dentre outros, que o novo §3º é uma norma interpretativa do §2º, e que reforça a posição dos tratados de direitos humanos como normas constitucionais. As normas interpretativas são destinadas a clarificar o que já existe através de disposições anteriores a ela, assim como ocorre no caso em análise. Antes da reforma, como já assinalado, os tratados ratificados pelo Brasil, já faziam parte do bloco de constitucionalidade. Estes direitos não poderiam perder o status constitucional por força do §3º do art. 5º, pois este entendimento acarreta um vício de inconstitucionalidade da inovação, na medida em que é vedada emenda constitucional tendente a abolir direitos fundamentais, conforme o inc. IV, §4º, do art. 60. “Na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana” (PIOVESAN, 2007, p. 72). O dispositivo supramencionado reafirmou a materialidade constitucional dos tratados concluídos pelo Brasil e concedeu-lhes assento na Constituição, equiparando-os a emenda constitucional.

Não seria razoável admitir que os tratados já ratificados pelo Brasil possuíssem status infraconstitucional, enquanto os que vierem a ser aprovados pelo Congresso gozassem de hierarquia superior. Basta analisarmos o caso da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, da qual o Brasil é parte desde 1989, estando prestes a ratificar o seu Protocolo Facultativo. Seria completamente irracional admitir que este instrumento, que é acessório, encontra-se num patamar superior ao da Convenção, que é o tratado principal. O princípio proporcionalidade afasta as interpretações incoerentes e anacrônicas, não se admitindo este raciocínio.

Outro aspecto importante é que, segundo a teoria da recepção, as normas validamente editadas, tanto formalmente como materialmente, sob a égide de ordenamentos constitucionais anteriores continuam vigentes e eficazes em face da nova Constituição, bastando para isso uma compatibilidade de conteúdo (material) com as regras constitucionais supervenientes. Dessa forma, uma lei ordinária validamente editada antes da Constituição de 1988 é plenamente eficaz se estiver em consonância substancial com a mesma, mas a Carta Magna poderá determinar novas regras para a modificação legislativa, exigindo, por exemplo, lei complementar, e não mais ordinária, como previa o ordenamento pretérito. Foi dessa forma que o Código Tributário Nacional foi recepcionado pela Constituição, gozando de status de lei complementar, apesar de ter sido validamente promulgado como lei ordinária

(lei nº 5.172/66). O sentido da recepção é racionalizar a interpretação constitucional, reconhecendo a compatibilidade de normas já existentes com a Constituição, evitando um novo processo legislativo. Este raciocínio pode ser aplicado ao §3º do art. 5º, conforme conclui o juiz José Carlos Francisco (2005, p. 104):

Convém realçar que a recepção também serve como instrumento lógico para racionalizar efetivar a vontade constitucional, evitando tormentosos e exaustivos trabalhos do legislador em produzir exatamente regras jurídicas já existentes, refazendo novos atos normativos apenas para dar-lhes outra forma normativa imposta pela Constituição superveniente. Acreditamos que a mesma lógica deve ser aplicada em relação aos tratados sobre direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional 45, sob pena de impor a reapreciação, pelo Congresso Nacional de múltiplos atos internacionais dispendio sobre direitos humanos (ademais, já analisados anteriormente pelo próprio Congresso, segundo as normas constitucionais vigentes àquele tempo).

Se a Constituição de 1988 estabeleceu um duplo regime entre os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, a reforma criou dois sub-regimes no que se refere aos tratados de direitos humanos a serem ratificados após 2004. Assim, “com o advento do §3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais” (PIOVESAN, 2007, p. 76). Ressalte-se que todos os instrumentos internacionais de direitos humanos adentram no ordenamento pátrio com grau constitucional, incorporando-se ao bloco de constitucionalidade. “O que se deve entender é que o quorum que tal parágrafo estabelece serve tão somente para atribuir eficácia formal a esses tratados [...], e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do §2º do art. 5º da Constituição” (MAZZUOLI, 2005, p. 105).

O que o novo §3º do art. 5º fez foi reforçar o status constitucional dos tratados de direitos humanos, possibilitando ao legislador conferir-lhes equivalência com as emendas constitucionais. Se os tratados forem aprovados conforme o quorum qualificado, além de estarem incluídos no bloco e constitucionalidade, passarão a ter supremacia formal. Passa-se a ter, portanto, dois regimes jurídicos, que se diferenciam no que se refere à denúncia, que é o ato unilateral de um Estado capaz de retirar-lo do tratado. “Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez não podem ser denunciados” (PIOVESAN, 2007, p. 76). Os tratados de direitos humanos são cláusulas pétreas da Constituição, de acordo com o art. 60, §4º, IV, não podendo ser suprimidos via emenda constitucional. No entanto, os tratados apenas materialmente constitucionais podem ser objetos de denúncia, pois não estão incorporados ao texto da Constituição, permanecendo submetidos ao regime de direito

internacional público estabelecido nas normas convencionais que disciplinam o ato de denúncia. No Brasil, a denúncia é ato privativo do Presidente da República, o que é bastante criticado pela doutrina, pois dever-se-ia seguir o ato de ratificação, que é ato complexo, fruto da vontade do Legislativo e do Executivo (PIOVESAN, 2007).

Neste ponto, cumpre ressaltar a posição de Valério Mazzuoli (2005), para quem em nenhuma hipótese os tratados de direitos humanos podem ser denunciados. A única diferença, segundo este autor, é que no caso dos tratados material e formalmente constitucionais a tentativa de denúncia acarreta a responsabilidade do denunciante, que no caso do Brasil é o Presidente da República.

A inclusão do §3º no art. 5º abre a oportunidade para o STF rever o seu posicionamento sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro. A probabilidade de isto vir a ocorrer aumentou, tendo em vista os julgamentos do recurso extraordinário 466.343/SP e no habeas corpus 87.585/TO, ainda inconclusos. Na apreciação do tema nestas duas ações, destaca-se o posicionamento do Ministro Celso de Mello, que modificou o seu entendimento sobre a matéria, advogando atualmente pelo patamar constitucional dos instrumentos internacionais de direitos humanos. Em seu voto, no habeas corpus 87.585/TO, o Ministro expressa longamente as razões da mudança do seu posicionamento, aceitando a noção de bloco de constitucionalidade e de abertura constitucional a novos direitos fundamentais e admitindo inclusive o status constitucional dos tratados ratificados anteriormente da emenda constitucional nº 45/04. Vale citarmos alguns trechos do seu valoroso voto³¹:

Após longa reflexão sobre o tema em causa [...] julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram [...] a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias.

[...]

As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos [...], e tratados internacionais sobre as demais matérias [...]. Reconheço, no entanto, Senhora Presidente, que há expressivas lições doutrinárias – como aquelas ministradas por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (“Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Fabris), FLÁVIA PIOVESAN (“Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, p. 51/77, 7ª ed., 2006, Saraiva), CELSO LAFER (“A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais”, p. 16/18, 2005, Manole) e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Curso de Direito

³¹ Habeas Corpus nº 87.585/TO, relator Min. Marco Aurélio, voto do Min. Celso de Mello proferido na sessão plenária de 12/03/2008. O julgamento foi suspenso devido ao pedido de vista do Min. Menezes Direito, que, até 26/05/2008 não havia opinado.

Internacional Público”, p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, RT), dentre outros eminentes autores – que sustentam, com sólida fundamentação teórica, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando, ainda, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.

Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator [...], inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica.

Concluimos que atualmente o STF caminha para uma mudança na sua posição referente ao status jurídico dos tratados de direitos humanos. Nesse contexto, surgem duas correntes que se propõem a ir de encontro ao entendimento construído há mais de trinta anos no Tribunal. A primeira, que tem como defensor o Min. Gilmar Mendes, defende a supralegalidade dos tratados, enquanto a segunda, tendo como representante o Min. Celso de Mello, ampara-se na tese do patamar constitucional dos instrumentos de direitos humanos, inclusive daqueles ratificados anteriormente à Constituição.

4.3 A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos

Além da hierarquia constitucional, o regime especial no qual estão incluídos os tratados internacionais de direitos humanos conduz a especificidades no que concerne a sua incorporação no ordenamento jurídico pátrio. “O tratado internacional, no seu processo de conclusão, atravessa diversas fases: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro” (MELLO, 2004, p. 225). Após as duas primeiras fases, comandadas pelo Executivo, é necessário que o tratado passe pelo crivo do Legislativo (art. 84, VIII e art. 49, I), ocasião em que poderão ser apresentadas reservas. O Congresso Nacional deverá expedir um decreto legislativo autorizando a ratificação do tratado por parte do Presidente, que deverá fazê-la através da troca ou depósito do instrumento. No caso dos tratados de direitos humanos, como se trata de uma adesão ao texto convencional, os países deverão depositar o instrumento de ratificação na Organização das Nações Unidas, ou outra entidade internacional competente (ex. Comissão Interamericana de Direitos Humanos). A partir de então, as normas do tratado já serão válidas no âmbito internacional, mas ainda não estão internalizadas no ordenamento jurídico interno, o que é feito apenas com a expedição de um decreto executivo do Presidente da República. Este ato normativo possui o condão de

promulgar, publicar e registrar o tratado, dando executoriedade às suas disposições dentro do País. Só a partir de então é que se pode invocar estas normas e aplicá-las judicialmente.

Esta sistemática de conclusão dos tratados mostra-se lacunosa, falha e lenta, pois não prevê prazos para que as autoridades brasileiras cumpram o que lhes compete. Dessa forma, na prática, cada passo a ser tomado até a efetiva ratificação e publicação dos tratados demora bastante tempo, não cumprindo a contento a obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro. Exemplo emblemático da incompletude da sistemática brasileira é a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que foi assinada pelo Governo em 1969 e encaminhada à apreciação do Congresso Nacional apenas em 1992, estando ainda pendente de exame parlamentar.

No caso dos tratados de direitos humanos, no entanto, as suas disposições passam a vigorar no direito interno a partir do ato de ratificação por força do §1º do art. 5º, o qual dispõe que as normas de direitos fundamentais têm aplicação imediata. “Isto é, diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando a edição de decreto de execução” (PIOVESAN, p. 88). Todavia, este ainda não é o entendimento do STF, que exige o decreto executivo promulgado pelo Presidente mesmo no caso dos tratados de direitos humanos.

Por último, duas questões importantes surgiram após a inclusão do §3º, do art. 5º sobre a incorporação dos tratados de direitos humanos. A primeira delas é saber se o rito adotado pela inovação é obrigatório ou facultativo e a segunda é definir em qual momento o Congresso deverá aprovar o tratado pelo quorum qualificado de três quintos. Sobre o primeiro ponto, a doutrina é praticamente uníssona em relação a obrigatoriedade do procedimento estabelecido pela emenda constitucional nº 45/04, pois “cumpre notar [...] que a exegese sugerida também parece apontar para o caráter cogente da deliberação por meio do procedimento qualificado das emendas constitucionais” (SARLET, 2007, p. 156).

Os autores não têm tratado sobre em que momento do processo de celebração de tratados tem lugar o referido §3º. A dúvida é sabermos se o quorum estabelecido deve ser observado após a assinatura, quando o Congresso autoriza o Presidente através de decreto legislativo, ou somente após a ratificação, em processo autônomo de emenda constitucional. Valerio Mazzuoli (2005) defende a diferenciação desses dois procedimentos, pois a inovação trazida pela emenda nº 45/04 não teve o condão de suprimir o que está previsto no art. 49, I. Assim, segundo o autor, apenas depois de expedido o decreto legislativo, aprovado por

maioria simples, e ratificado o tratado, é que se dá lugar ao segundo processo autônomo, objetivando equiparar o direito convencional à emenda constitucional. Esta última etapa inicia-se automaticamente após a ratificação, sem necessidade de um impulso oficial. Assim, conforme esse raciocínio, após a ratificação, os tratados já passam a compor o bloco de constitucionalidade e gozar de um patamar superior materialmente constitucional. Mas só posteriormente poderão adquirir supremacia formal, conforme o resultado do procedimento de emenda constitucional aberto após o ato de ratificação.

A outra interpretação possível é a aplicação do procedimento do referido §3º no momento de apreciação congressional, que dá ensejo ao decreto legislativo. Assim, para expedição deste ato normativo, seria necessária a aprovação de três quintos dos votos nas duas Casas do Congresso e em dois turnos de votação. Após este processo, o Presidente poderia ratificar o tratado, que a partir de então valeria como emenda constitucional, que, apesar de não confundir-se com a mesma, passaria a possuir força normativa equiparada.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto no presente trabalho, apresentamos abaixo as nossas conclusões:

- I) Os direitos humanos não são um “dado”, mas um “construído”, pois são caracterizados pela historicidade. Os processos históricos pelos quais a humanidade passou formam o acúmulo filosófico e jurídico que desemboca na noção atual de direitos humanos. Esta noção não é unívoca, mas plural, pois encontramos diversas perspectivas que tratam sobre estes direitos e que coexistem, podendo muitas vezes entrarem em conflito. Dentro deste embate, destacamos historicamente três campos de idéias no mundo ocidental: o cristianismo, o liberalismo e o socialismo. Apesar de encontrarmos algumas zonas de consenso e de interseções, estas concepções entram em confronto cotidianamente, seja na seara política, filosófica ou jurídica, revelando uma dialética inerente à afirmação histórica dos direitos humanos;
- II) A modernidade é marcada pelo embate entre o capitalismo e o socialismo como paradigmas civilizatórios. As experiências de Estado desenvolvidas no século XX colocaram materialmente em confronto estas duas ideologias, acarretando conseqüências na construção histórica dos direitos humanos. No senso jurídico, surgiram duas categorias aparentemente inconciliáveis de direitos fundamentais, quais sejam os direitos individuais e os direitos econômicos, sociais e culturais. Esta polarização levou a uma falsa dicotomia entre os chamados direitos de liberdade, presente no ideário liberal-capitalista, e os direitos de igualdade, no lado do socialismo estatal. O fim da Guerra Fria marca a hegemonia capitalista no mundo, tendo o neoliberalismo como a sua faceta mais atual e pregando a liberdade como um valor meramente individualista e de caráter eminentemente econômico, em detrimento dos direitos de igualdade. Nesse contexto, os direitos humanos devem ser compreendidos como instrumentos eminentemente contra-hegemônicos, buscando-se a reaproximação da liberdade e da solidariedade, valores inconciliáveis na ordem capitalista;
- III) Ainda no século XX, temos o processo de internacionalização dos direitos humanos ocasionado principalmente pelas violações perpetradas na Segunda

- Guerra Mundial aos seres humanos. A inauguração dessa fase se dá com o surgimento das Organizações das Nações Unidas e dos Sistemas Regionais, formando conjuntamente um aparato de proteção internacional dos direitos humanos, com funções executivas, legislativas e jurisdicionais, que constituem o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nessa esteira, a soberania absoluta dos Estados é relativizada em prol de uma estrutura de monitoramento e controle a fim de dar efetividade às disposições dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, que exigem tarefas aos países signatários. Dentre estas, cabe aos Estados adequar a sua legislação interna aos preceitos convencionais, dando-lhes máxima efetividade;
- IV) Num regime democrático, a Constituição representa o centro de convergência entre os ordenamentos interno e externo no que se refere aos direitos humanos, pois estes são revestidos de materialidade constitucional e de uma forte carga axiológica. Para tanto, deve-se abandonar concepções formalistas a fim de valorizar uma hermenêutica que privilegia uma racionalidade material e valorativa capaz de dar máxima efetividade aos preceitos constitucionais sobre direitos humanos.
- V) A cláusula da não-tipicidade insculpida no §2º do art. 5º constitui o núcleo normativo que possibilita a abertura da Constituição de 1988 a novos direitos fundamentais provenientes do âmbito internacional, revestindo-os de caráter materialmente constitucional. Isto só foi reconhecido aos instrumentos internacionais que versam sobre direitos humanos, pois a Carta Magna consagrou um duplo regime aos tratados dos quais o Brasil é signatário, diferenciando-os quanto à matéria de que tratam. Os acordos internacionais tradicionais permanecem com no patamar infraconstitucional, enquanto os tratados de direitos humanos compõem o bloco de constitucionalidade, atendendo a necessidade de construir-se um conceito material de direitos fundamentais e de Constituição;
- VI) O Direito Internacional dos Direitos Humanos supera a discussão em torno do monismo e do dualismo para assumir uma visão que não põe o ordenamento interno e externo em colisão, mas sim em interação, com o objetivo convergente dar a máxima proteção aos direitos fundamentais. Para tanto, no caso concreto, adota-se o critério da primazia da norma que melhor proteja as vítimas de violações de direitos humanos, seja ela de origem nacional ou internacional;

VII) O §3º do art. 5º da Constituição, incluído pela emenda constitucional nº 45/04, buscou encerrar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o regime jurídico dos tratados de direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. No entanto, ficou longe de alcançar este objetivo, criando outras controvérsias sobre o tema. A interpretação do novo dispositivo deve ir ao encontro da prevalência dos direitos humanos no plano interno e internacional e da lógica material que deve orientar a hermenêutica dos direitos fundamentais. Neste sentido, conclui-se que: a) os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil antes de 2004 foram recepcionados pelo novo dispositivo como normas formalmente e materialmente constitucionais; b) o §2º continua conferindo status de norma constitucional aos tratados de direitos humanos, incluindo-os no bloco de constitucionalidade; c) além da materialidade constitucional dos instrumentos internacionais de direitos humanos conferida pelo §2º, o novo §3º possibilita ao legislador dar-lhes supremacia formal, equiparando-os ao status de emenda constitucional, sem confundir-se com a mesma; d) com a inovação, temos os tratados somente materialmente constitucionais e os tratados materialmente e formalmente constitucionais, ambas as categorias integram o bloco de constitucionalidade; e) a diferença entre estes dois tipos de tratados é que os formalmente constitucionais não são passíveis de denúncia;

VIII) O princípio da aplicabilidade imediata também faz parte do regime jurídico-constitucional dos tratados de direitos humanos por força do §1º do art. 5º da Constituição. Assim, após a ratificação, consumada com o depósito do instrumento convencional, as normas dos tratados de direitos humanos já passam a ter eficácia no ordenamento interno, dispensando a expedição de decreto executivo por parte do Presidente, o que é necessário somente para os tratados tradicionais;

IX) A tese majoritária no STF defende a paridade entre os tratados de direitos humanos e a legislação ordinária, mas o Supremo aponta para uma revisão jurisprudencial após a emenda constitucional nº 45. Nesse contexto, delineiam-se duas correntes: a da supralegalidade, defendida pelo Min. Gilmar Mendes, e a do patamar constitucional, advogada pelo Min. Celso de Mello.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Regis de Castro. Kant: a liberdade, o indivíduo e a república, In: WEFFORT, Francisco C. (Org). **Os clássicos da política**, v. II, São Paulo: Editora Ática, 2002. p. 47-100.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 15 abr. 2008.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil, **Lua Nova – Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n° 14, p. 5-24, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 19ª edição, 2007.

_____. **Do estado social ao estado liberal**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 8ª edição, 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 35 n. 138, p. 185-192, abr./jun. 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**, São Paulo: Saraiva, 2007.

FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad, **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, num. 5, p. 45-68, enero-marzo, 1990.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (Orgs.). **Reforma do judiciário analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**, 8ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

GONÇALVES, Alcindo Fernandes; SILVA, João Carlos Jarochinski. A Constituição, segundo Lassale e Hesse. In: XV CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2006, Manaus, **Anais...**, Manaus: CONPEDI, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. Introdução ao Direito Internacional dos Direitos Humanos In: LIMA JR, Jayme Benvenuto. **Manual de Direitos Humanos Internacional: acesso aos sistemas global e regional de proteção dos Direitos Humanos**, 2ª ed., São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**, 16ª ed., Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**, São Paulo: Cia. Das Letras, 1991.

_____. A ONU e os direitos humanos. **Revista do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n° 25, p. 169-186, set./dez., 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v9n25/v9n25a14.pdf> . Acesso em: 13 de mai. de 2008.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

LASSALE, Ferdinand. **O que é Constituição**, São Paulo: Editora Minelli, 3ª edição, 2006.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**, 2ª ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo §3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 42 n. 167, p. 93-114, jul./set., 2005.

_____. A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 37 n. 147, p. 179-200, jul./set., 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**, 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, 15ª ed., vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. O §2º do art. 5º da Constituição Federal, In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.), **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª ed., , Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-33.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**, São Paulo: Ed. Max Limonad, 2ª edição, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, São Paulo: Editora Saraiva, 8ª edição, 2007.

PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**, São Paulo: Atlas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 8ª edição, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz . **Teoria da Constituição e Estado Democrático de Direito: ainda é possível falar em Constituição Dirigente?**. Revista Juristas, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=1310. Acesso em: 19/4/2008.

TONET, Ivo. Para além dos direitos humanos. **Revista Novos Rumos**, São Paulo, v. 37, 2002. Disponível em: <http://www.institutoastrojildopereira.org.br/novosrumos>. Acesso em: 12 mai. de 2008.

TOSI, Giuseppe. História e atualidade dos direitos do homem In: COSTA, Paulo Sérgio da; RIQUE, Célia D. G.; FREITAS, Fábio F. B. **Polícia e Democracia: desafios à educação em direitos humanos**, Recife: Bagaço, 2002, p. 25-49.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto á proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Brasília, a. 2, v. 2, n. 2, p. 13-39, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos do Humanismo Jurídico no ocidente**, Florianópolis: Manole, 2005.