

**FACULDADES DE VITÓRIA – FDV  
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

**ALINE MEDEIROS VASCONCELOS VALENTIM**

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS  
NO BRASIL**

**VITÓRIA  
2007**

ALINE MEDEIROS VASCONCELOS VALENTIM

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO  
BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais das Faculdades de Vitória, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, na área de concentração em direitos constitucionais fundamentais.

Orientador: Professor Doutor Daury César Fabriz

VITÓRIA

2007

ALINE MEDEIROS VASCONCELOS VALENTIM

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO  
BRASIL**

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Doutor Daury César Fabríz  
Orientador

---

Prof. Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite

---

Prof. Doutor Bruno Wanderley Júnior

Vitória, 08 de março de 2007.

Às pessoas que mais amo: José Márcio e Rafael, marido e filho, respectivamente, meus pais, Celso e Maria Inês, e meu irmão Rodrigo.

## AGRADECIMENTOS

Chegou o momento de agradecer com sinceridade a todas aquelas pessoas que, de alguma forma, seja com palavras de carinho e incentivo, seja com um gesto amigável, contribuíram para o resultado final deste trabalho. Mas não poderia deixar de agradecer especialmente a algumas pessoas:

Aos melhores pais do mundo, Celso e Maria Inês, que me apoiaram e me incentivaram em todos os momentos e nunca deixaram de acreditar em mim. Mãe, obrigada por todos os dias que cuidou do meu filho com tanto carinho, nas horas em que mais precisei. Sem a sua dedicação e atenção incondicionais, não seria possível concluir esta pesquisa.

A José Márcio, meu grande amor, pelo incentivo em tudo o que faço, por estar ao meu lado nas horas mais importantes de nossas vidas. Obrigada, principalmente, pela sua compreensão, pelas palavras de apoio, pela paciência, mesmo nos momentos de minha ausência.

Ao pequeno Rafael, minha grande riqueza, que apesar do seu um ano de vida, soube compreender a minha ausência em vários momentos, mas com o seu olhar iluminado, me deu forças para não desistir.

À amiga Bianca, que com sua permanente disponibilidade para troca de idéias e debates, em muito contribuiu para o resultado do presente trabalho. Obrigada pela sua generosidade, pelos livros emprestados e pela amizade tão sincera.

Aos professores do Mestrado, em especial, ao Professor Doutor Daury César Fabriz, pela atenção dispensada e pelo conhecimento transmitido durante a confecção deste trabalho.

Aos funcionários da biblioteca da FDV, sempre dispostos a ajudar.

Aos colegas da 3ª Vara Cível da Justiça Federal, especialmente ao colega Leonardo, pelos debates e trocas de idéias.

Às colegas professoras, Heloísa Helena e Andréia, pelo auxílio na escolha do tema, objeto da pesquisa. Jamais irei esquecer do apoio de vocês.

Agradeço, por fim, aos colegas de Mestrado, com carinho especial, Elsa e Sofia, pelos conselhos, pelas grandes reflexões em classe, pelo aprendizado compartilhado e pela amizade que levo para toda a vida.

Obrigada a todos vocês!

“Só quem não pensa está imune à contradição e ao erro. Eventuais descaminhos, equívocos, de suposição na análise científica, foram muito mais férteis para o progresso da ciência do que certas verdades, irrelevantes pela sua superficialidade. Não passa de preconceito estabelecer uma separação absoluta entre verdade e erro das teorias, inclusive das teorias jurídicas. É até preferível um erro que decorra de uma tentativa ousada e comprometida com uma construção teórica grandiosa a uma verdade elementar e superficial”.

José Souto Maior Borges

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o tratamento dispensado pelo atual sistema constitucional brasileiro à tutela dos direitos humanos, com enfoque na problemática da inserção, em nosso ordenamento vigente, das normas e garantias veiculadas em tratados e convenções internacionais que versam sobre os mesmos. A partir do estudo das modificações implementadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, buscou-se demonstrar que a mudança introduzida no texto constitucional, no que se refere à incorporação do direito internacional ao pátrio, embora decorrente da constante e crescente preocupação com a atribuição de maior eficácia aos mecanismos de proteção dos direitos humanos, pouco ou nada contribuiu para a solução do problema da efetividade de tais direitos. Longe de representar obstáculo enfrentado exclusivamente pelo sistema nacional, a questão da efetividade da tutela destes direitos é deficiência verificada em âmbito mundial, que, apesar de contar com moderno e avançado aparato normativo, ainda se depara com uma tímida aplicação pelas cortes responsáveis por assegurar sua observância.

**Palavras-chave:** direitos humanos, eficácia, efetividade, emenda constitucional, tratados internacionais.

## **ABSTRACT**

This work intends to analyze how the Brazilian constitutional system handles the protection of human rights, focusing on the inclusion in our current legislation of the rules and guarantees issued by international treaties and conventions that deal with this matter. Based on the study of the modifications implemented by 45/2004 Amendment, we seek to demonstrate that the changes concerning the incorporation of international rights into the national law, which were inserted in the constitutional text in order to fulfill a growing preoccupation with the efficiency of the mechanisms for the protection of human rights, contributed little or nothing to the solution of the problem of the effectiveness of those rights. Far from representing an obstacle only to our system, the low effectiveness of the protection of human rights is a deficiency noticed worldwide. Despite the modern and advanced legal apparatuses, the courts responsible for ensuring the observance of those rights are still applying them very timidly.

**Keywords:** human rights, efficiency, effectiveness, Amendment, International treaties.



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art.(s)	–	artigo(s)
CF	–	Constituição Federal
CF/88	–	Constituição Federal de 1988
EC	–	Emenda Constitucional
j.	–	julgado em
Min.	–	Ministro
RE	–	Recurso Extraordinário
Rel.	–	Relator
STF	–	Supremo Tribunal Federal

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1 O CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS</b> .....	<b>16</b>
1.1 A DELIMITAÇÃO TERMINOLÓGICA .....	16
1.2 DOS DIREITOS NATURAIS À CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS.....	26
<b>2 O SURGIMENTO DOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS E A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS</b> .....	<b>39</b>
2.1 AS ORIGENS DA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM HISTÓRICO-COMPARATIVA DO SURGIMENTO DO ESTADO DE DIREITO E SUA EVOLUÇÃO PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO .....	39
2.2 AS DEMOCRACIAS MODERNAS E A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS.....	54
<b>3 OS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A RELATIVIZAÇÃO DAS SOBERANIAS NACIONAIS</b> .....	<b>66</b>
3.1 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DA <i>RUPTURA</i> À <i>RECONSTRUÇÃO</i> .....	66
3.2 O SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: A COMPLEMENTARIDADE DOS SISTEMAS GLOBAL E REGIONAIS.....	73
<b>3.2.1 O sistema global e os instrumentos internacionais de proteção</b> .....	<b>75</b>
<b>3.2.2 O sistema regional interamericano de direitos humanos</b> .....	<b>81</b>
3.3 O CONCEITO DE TRATADOS INTERNACIONAIS .....	85
3.4 AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO.....	89
3.5 A REDEFINIÇÃO DA NOÇÃO TRADICIONAL DE SOBERANIA ABSOLUTA.....	94
<b>4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	<b>97</b>
4.1 A SUPER-RIGIDEZ DA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988 COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	98
4.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	106
4.3 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE O CONFLITO ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS E NORMAS INTERNAS: UMA CRÍTICA À TRADIÇÃO CONSERVADORA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ...	115
<b>5 A EFETIVIDADE DO MODELO CONSTITUCIONAL APÓS A EMENDA Nº 45/2004</b> .....	<b>122</b>

5.1	A EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS .....	123
5.2	A EFETIVIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS .....	126
5.3	OS DESDOBRAMENTOS DO PARÁGRAFO 3º ACRESCENTADO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 .....	131
5.3.1	<b>Poder de emenda dos tratados internacionais de direitos humanos e o direito intertemporal .....</b>	<b>131</b>
5.3.2	<b>Os tratados internacionais de direitos humanos e as cláusulas pétreas .....</b>	<b>138</b>
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>141</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>143</b>

## INTRODUÇÃO

A evolução da tutela dos direitos humanos é fenômeno contemporâneo ao processo de construção e sedimentação dos Estados de Direito. Tal proteção surge, inclusive, como justificativa legitimadora da criação dos Estados Constitucionais e da manutenção das democracias modernas.

No Brasil não foi diferente. Acompanhando a tendência mundial, o Estado brasileiro foi incorporando e aperfeiçoando em seus textos constitucionais mecanismos de defesa na observância dos direitos básicos do homem, sempre voltados a conferir maior eficácia às normas veiculadoras destas garantias, ampliando as esferas tuteladas.

Com intuito de atribuir maior eficácia ao plano normativo, a EC nº 45/2004, surge como resposta à suposta deficiência constatada no texto constitucional de 1988, no que se refere à inserção dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos no ordenamento pátrio.

Isso porque, em sua redação original, a Constituição Federal de 1988 não foi explícita quanto ao meio de ingresso e hierarquia das normas internacionais protetivas, o que levou a uma interpretação equivocada, por parte de nossos tribunais, do verdadeiro espírito que norteou a carta política redemocratizadora.

No afã de ampliar a esfera de proteção originariamente estabelecida, a alteração constitucional proposta, longe de solucionar a questão, deslocou as atenções para foco diverso da verdadeira problemática brasileira, isto é, a tímida e restritiva interpretação conferida ao texto constitucional, o qual já contava com instrumentos suficientes para realizabilidade plena dos direitos humanos incorporados do plano internacional.

Nesse contexto, a problemática do presente trabalho consiste em saber se a falta de concretização das normas protetivas dos direitos humanos no Brasil, reside no campo da eficácia – insuficiência do plano normativo -, e, por isso, reclama providência complementar de nosso Parlamento, ou reside no campo da efetividade,

que compete aos Poderes Judiciário e Executivo, este responsável pelo respeito e implementação de tais direitos, aquele pela garantia de seu cumprimento.

Para se alcançar tais conclusões, no capítulo inaugural, fez-se uma delimitação semântica e conceitual do que vem a ser direitos humanos, expressão que comporta inúmeras nomenclaturas e divergências terminológicas, tanto na doutrina, como na jurisprudência e na própria sociedade, nacional e internacional.

Considerou-se no presente trabalho, que direitos humanos e direitos fundamentais não são expressões sinônimas, “[...] pois a denominação diferenciada não decorre de mero preciosismo acadêmico, mas de implicações diferenciadas no âmbito de aplicação de cada um deles”.<sup>1</sup> Assim nos ensinou Fernando Gonzaga Jayme:

[...] direitos fundamentais são direitos humanos constitucionalizados, gozando de proteção jurídica no âmbito estatal, reservando-se o emprego da expressão direitos humanos para as convenções e declarações internacionais, que desfrutam de proteção supra-estatal.<sup>2</sup>

Em seguida, passou-se a analisar a concepção contemporânea dos direitos humanos, partindo-se da premissa de que a extensão de seu significado varia segundo fatores históricos, culturais e geográficos, e, ainda, que o entendimento atual dos direitos humanos, o qual deita as suas raízes no direito natural, nasceu da construção racional de diversos campos da ciência.

No segundo capítulo, verificou-se que a tutela dos direitos humanos coincide com o aparecimento dos Estados de Direito, que surgem como proposta de garantia e efetivação da convivência harmônica em sociedade, que por sua vez reclama a proteção de alguns direitos básicos do homem.

Verificou-se, ainda, que o papel de tutor foi atribuído, inicialmente, e com exclusividade, ao âmbito interno de cada Estado, que elegia aqueles direitos cuja proteção se propunha a resguardar, “fundamentalizando-os” em seus textos

---

<sup>1</sup> JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 11.

<sup>2</sup> JAYME, 2005. p. 12.

constitucionais, conforme sua própria realidade histórica e cultural, exercendo sua defesa de forma soberana.

Entretanto, após a Segunda Grande Guerra Mundial, iniciou-se um processo irreversível de conscientização mundial acerca da necessidade de uma tutela mais efetiva dos direitos humanos, cuja responsabilidade extravazaria as fronteiras internas de cada Estado, exigindo a interação e interferência de organismos de caráter supranacionais, o que levou a uma tendência de internacionalização destes direitos, com a criação de uma sistemática normativa de proteção, composta pelos sistemas global e regionais. Para Antônio Augusto Cançado Trindade:

O desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado: compreendeu-se, pouco a pouco, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se, na atuação do Estado, na pretensa e indemonstrável “competência nacional exclusiva”.<sup>3</sup>

Com isso, além dos direitos fundamentais reconhecidos internamente por suas cartas políticas, os ordenamentos constitucionais de cada Estado moderno passaram a conviver com o ingresso de normas externas complementares, que visam a reforçar e ampliar o âmbito de sua tutela interna.

Como resultado de todo esse processo de ampliação dos sistemas protetivos, decorrente da necessidade de relacionamento entre os direitos interno e internacional, passou-se a verificar o fenômeno da relativização da noção tradicional dos conceitos de soberania estatal. É o que se viu no terceiro capítulo.

No quarto capítulo, tratou-se de analisar a ordem constitucional brasileira, mormente ao que se refere aos mecanismos de proteção dos direitos humanos, contrapondo-se o atual modelo adotado por nosso ordenamento vigente à tendência mundial.

Partiu-se da análise da super-rigidez das normas que versam sobre direitos fundamentais, ditas cláusulas pétreas, como um dos instrumentos de que se valeu o legislador constituinte para conferir maior eficácia à normatização protetiva dos direitos básicos do homem.

---

<sup>3</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 3-4.

Cuidou-se, ao final, de examinar a evolução da jurisprudência pátria sobre o assunto, analisando criticamente os recentes passos em direção à mudança de paradigma da arraigada e obsoleta hermenêutica adotada por nossa Corte Suprema, muitas vezes tímida em assumir sua real responsabilidade pertinente à conferência de efetividade ao texto constitucional.

Por fim, no último capítulo, traçou-se uma distinção conceitual entre os atributos de eficácia e efetividade das normas, com intuito de demonstrar que as alterações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, embora editada com vistas a assegurar maior eficácia às normas de proteção dos direitos humanos, esconde, na realidade, a principal dificuldade brasileira, qual seja, a falta de concretização (efetividade) de tais normas.

Quanto à metodologia, foram utilizados os métodos de abordagem dedutivo<sup>4</sup>, histórico<sup>5</sup> e comparativo<sup>6</sup>, numa perspectiva multidisciplinar, buscando-se assim contribuições da Filosofia e da Ciência Política.

Nas lições de Marina de Andrade Marconi e Eva Lakatos “não existe um só método na ciência capaz de orientar todas as operações que exige o conhecimento. Por isso, o pesquisador deve valer-se de vários métodos na pesquisa”.<sup>7</sup> Tais métodos exteriorizam as formas de proceder ao longo de um caminho, visando a atingir um determinado fim:

---

<sup>4</sup> É dedutivo o raciocínio que parte do geral para chegar ao particular, ou seja, do universal ao singular, isto é, para tirar uma verdade particular de uma geral. Mas o método dedutivo, tanto sob o aspecto lógico quanto técnico, envolve procedimentos indutivos. Ambos exigem diversas modalidades de instrumentos e de operações adequadas. Assim, a dedução e a indução podem completar-se mutuamente. Os dois processos são importantes no trabalho científico, pois um pode ajudar o outro na resolução de problemas. (MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004. p. 256)

<sup>5</sup> O método histórico consiste em investigar acontecimentos, processos, e instituições do passado para verificar sua influência na sociedade de hoje, pois as instituições alcançaram sua forma atual por meio de alterações de suas partes componentes, ao longo do tempo, influenciadas pelo contexto cultural particular de cada época. Seu estudo, para uma melhor compreensão do papel que atualmente desempenham na sociedade, deve remontar aos períodos de sua formação e de suas modificações. (MARCONI; LAKATOS, 2004. p. 91)

<sup>6</sup> O método comparativo permite analisar o dado concreto, deduzindo do mesmo os elementos constantes, abstratos e gerais. Constitui uma verdadeira “experimentação indireta”. (MARCONI; LAKATOS, 2004. p. 92)

<sup>7</sup> MARCONI; LAKATOS, 2004. p. 257.

O método é o conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo - conhecimentos válidos e verdadeiros -, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista.<sup>8</sup>

Quanto à técnica de pesquisa, realizou-se a pesquisa bibliográfica, mediante pesquisa teórica, utilizando-se tanto a doutrina estrangeira, bem como a doutrina e a jurisprudência nacionais acerca do tema.

---

<sup>8</sup> MARCONI; LAKATOS, 2004. p. 46.



# 1 O CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

Toda pesquisa acerca de um instituto jurídico não prescinde do exame da terminologia adequada e das perspectivas conceituais que se apresentam na doutrina ou no direito positivo, a fim de se buscar uma semântica comum ou, caso não seja possível, evitar-se a utilização de diversas nomenclaturas e confusões terminológicas.

O fenômeno *direitos humanos*, como tantos outros da nossa linguagem jurídica, tem sido alvo de uma espécie de dispersão semântica, tendo recebido diversas significações. Como será visto, as expressões *direitos humanos*, *direitos fundamentais*, *direitos do homem*, dentre outras, são empregadas como se contivessem a mesma noção.

Por esta razão, inicialmente tem-se a necessidade teórica de se delimitar o objeto de estudo, o que torna recomendável distinguir a acepção conferida ao vocábulo *direitos humanos*, adotado no título do presente trabalho, de outras expressões utilizadas para designar os direitos básicos do homem, demonstrando a utilidade da delimitação conceitual de cada uma delas, inclusive no que se refere às conseqüências práticas dela decorrentes.

Relativamente ao objetivo deste capítulo, passar-se-á, a seguir, a analisar a concepção contemporânea dos direitos humanos, partindo-se do estudo do aparecimento dos *direitos naturais*.

## 1.1 A DELIMITAÇÃO TERMINOLÓGICA

O termo *direitos humanos* vem sendo largamente utilizado para designar os direitos básicos do homem tanto nas esferas jurídica e política atual, como pelos cientistas e

filósofos que estudam o homem, o Estado e o Direito, e até mesmo pela própria sociedade.<sup>9</sup>

É também uma das questões mais enfrentadas pela doutrina a falta de clareza na utilização dessa terminologia, pois, a ninguém é possibilitado desconsiderar que várias são as expressões que convergem para o conceito de *direitos humanos*, tais como, *direitos naturais*, *direitos do homem*, *direitos individuais*, *direitos públicos subjetivos*, *liberdades fundamentais*, *liberdades públicas* e *direitos fundamentais do homem*, destacando-se apenas as mais importantes.

Uma análise retrospectiva dessa diversidade semântica permite verificar que ela é fruto da nossa história, de interesses, de ideologias e de posições científicas e filosóficas distintas. Em outros termos, a utilização diferenciada das terminologias em cada sociedade ou país está diretamente relacionada com os subsídios filosóficos, históricos e sociais de cada um deles, culminando na heterogeneidade terminológica hoje tão em voga.

A *priori*, tal pesquisa retrospectiva deve partir da análise da doutrina contratualista<sup>10</sup>, que em razão da sua importância, exige que se lhe faça referência em particular. Os seus maiores expoentes, dentre os quais destacam-se Grocio, Pufendorf, Hobbes, Locke e Kant, referiam-se a *direitos naturais* e a *direitos inatos* ou *direitos originários*, para demonstrar a precedência desses direitos ao pacto social e para denotar a sua originalidade humana.<sup>11</sup>

De outra sorte, os positivistas passaram a utilizar, na França, as expressões *liberdades públicas*, embora estivessem se referindo a *direitos individuais* ou a *liberdades individuais* e, na Alemanha, *direitos fundamentais*, significando certas posições ou situações jurídicas básicas dos indivíduos perante o Estado ou como

---

<sup>9</sup> MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2004, p. 19.

<sup>10</sup> A doutrina contratualista será melhor analisada ao se investigar a evolução do Estado e o surgimento do Estado de Direito, razão pela qual se faz no momento mera referência.

<sup>11</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 7.

autolimitação do poder soberano estatal em benefício de determinadas esferas de interesse privado.<sup>12</sup>

Em 1789, a Declaração de Direitos<sup>13</sup> já fazia distinção entre os *direitos do homem* e os *direitos do cidadão*. Segundo leciona José Adércio Leite Sampaio, os primeiros eram entendidos como direitos individuais ou direitos naturais, expressão usada no título I da Constituição Francesa de 1791, pertencentes ao homem enquanto homem e anteriores ao Estado. Os direitos dos cidadãos, também identificados como direitos de participação ativa nos processos políticos eram as liberdades conhecidas pela Antiguidade, especialmente, pela democracia grega.<sup>14</sup>

Nos Estados Unidos, usou-se originariamente a expressão *direitos naturais* ou *direitos inalienáveis*, como se lê na Declaração da Virgínia<sup>15</sup>, de 1776, sendo também correntes à época os termos *direitos civis* e *liberdades civis* ou *individuais* para expressarem um sentido mais ou menos equivalente a direitos individuais.

Mas a confusão terminológica não pára por aí. A título ilustrativo, na Europa do século XX, foram criadas a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 e a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000. No âmbito das Nações Unidas há, por exemplo, a Declaração

---

<sup>12</sup> SAMPAIO, 2004. p. 7.

<sup>13</sup> Confira-se o texto preambular da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789: “Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolvem expor em declaração solene os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser em cada momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. Por consequência, a Assembléia Nacional reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos do Homem e do Cidadão (...)”.

<sup>14</sup> SAMPAIO, 2004. p. 11.

<sup>15</sup> Confira-se a Secção I da Declaração de Direitos de Virgínia, de 16 de julho de 1776: “Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inatos que, quando entram no estado de sociedade não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar a sua posteridade, nomeadamente o gozo da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade e procurar e obter felicidade e segurança”.

Universal dos Direitos Humanos<sup>16</sup> de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966.

Também, no Brasil, a história colaborou decisivamente para a diversidade semântica. A Constituição imperial de 1824 positivou originariamente alguns dos direitos humanos sob o título de *garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros*, ao passo que a Constituição de 1891 continha simplesmente a expressão *declaração de direitos*. Na Constituição de 1934, utilizou-se, pela primeira vez, a expressão *direitos e garantias individuais*, nomenclatura retomada pelas Constituições de 1937 e 1946, bem como nas Constituições de 1967 e 1969.<sup>17</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet, ao analisar a problemática conceitual e terminológica dos *direitos fundamentais*, ressalta que a própria Constituição Federal brasileira de 1988 continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, vez que menciona as seguintes denominações: *direitos humanos* (art. 4º, inciso II); *direitos e garantias fundamentais* (Título II e art. 5º, § 1º); *direitos e liberdades constitucionais* (art. 5º, inciso LXXI) e *direitos e garantias individuais* (art. 60, § 4º, inciso IV).<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> “A Declaração dos Direitos do Homem de 1948 retomou as bases originais, abrindo, então, para a Dogmática Constitucional, sobretudo a partir da Alemanha, um jogo de definição que restringe ‘direitos humanos’ ora ao plano filosófico, ora à sua dimensão internacional, expressando os direitos de uma comunidade estatal concreta mais como direitos fundamentais. Assim, “direitos humanos” seriam os direitos válidos para todos os povos ou para o homem, independentemente do contexto social em que se ache imerso, direitos, portanto, que não conhecem fronteiras nacionais, nem comunidades éticas específicas, porque foram afirmados – declarados ou constituídos a depender da visão dos autores – em diversas cartas e documentos internacionais como preceitos de *jus cogens* a todas as nações obrigar, tendo por começo exatamente a Declaração Universal de 1948 (dimensão internacionalista dos direitos humanos). Também “humano” ou do “homem” seriam aqueles direitos definidos não tanto por uma norma positiva de um tal ordenamento jurídico, interno ou mesmo internacional, mas sim pela concepção de “homem” que se adote como fonte ou como valor, pelo seu referencial axiológico que se impõe a toda e qualquer ordem jurídica, imaginada pelos Modernos como “direitos naturais, absolutos e intemporais”, ou como, mais recentemente, “direitos morais” e “sedimentações da consciência e da experiência históricas, axiológicas e jurídicas do homem” que não de fundamentar os sistemas jurídicos concretos (dimensão filosófica dos direitos humanos). Já os “direitos fundamentais” são aqueles que são juridicamente válidos em um determinado ordenamento jurídico ou que se proclamam invioláveis no âmbito interno ou constitucional (dimensão nacional dos direitos humanos)”. (SAMPAIO, 2004. p. 8).

<sup>17</sup> CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as constituições brasileiras**. ed. comentada. Campinas: Bookseller, 2001. p. 41, 70, 130, 189 e 245.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 34.

Destarte, por tudo o que se acaba de expor, não é difícil entender a razão pela qual a doutrina nacional e estrangeira tem alertado para a heterogeneidade, ambigüidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que se refere ao significado e conteúdo de cada termo utilizado.<sup>19</sup>

Nesse cenário, Fernando Gonzaga Jayme defende que os diversos termos utilizados, em que pese entendimento doutrinário diverso<sup>20</sup>, não podem ser compreendidos como sinônimos, pois a denominação diferenciada “[...] não decorre de mero preciosismo acadêmico, mas de implicações diferenciadas no âmbito de aplicação de cada um deles”.<sup>21</sup>

Desta feita, a análise da distinção entre os termos referidos acima se faz relevante, tendo em vista a diversidade de conseqüências de ordem prática advinda da aplicação de um ou de outro, o que torna recomendável distingui-los, identificando o conteúdo semântico das mais diversas terminologias empregadas.

Na tentativa de encontrar a expressão que melhor justifique os direitos do homem, Gregório Peces-Barba Martinez faz uma substancial análise das diversas expressões que convergem para tais direitos, iniciando sua pesquisa pelos chamados *direitos naturais*<sup>22</sup>, termo que, segundo ele, manifesta uma posição jusnaturalista, porque utilizada em momentos históricos anteriores, caracterizando-se por uma terminologia antiquada e em relativo desuso. Para o autor, a expressão *direitos naturais* supõe referir-se a direitos que precedem o poder e o Direito Positivo, que são reconhecidos pela própria razão humana e que se impõem a todas as normas de Direito criado pelo soberano, sendo um limite a sua ação. Assim, o termo *direitos naturais* tem importância na história, mas seu uso tem perdido sentido na atualidade pelos motivos aduzidos.<sup>23</sup> O grande óbice em considerar os direitos do

---

<sup>19</sup> SARLET, 2004. p. 33.

<sup>20</sup> José Luiz Quadros de Magalhães afirma expressamente que utiliza a expressão direitos humanos como sinônima de direitos fundamentais (ROBERT, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Teoria do Estado, democracia e poder local**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 165).

<sup>21</sup> JAYME, 2005. p. 11.

<sup>22</sup> MARTINEZ, 2004. p. 22.

<sup>23</sup> MARTINEZ, 2004. p. 22.

homem como direitos naturais reside basicamente na forma de sua proteção, assim como leciona Norberto Bobbio:

[...] quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado. Mas o que podem fazer os cidadãos de um Estado que não tenha reconhecido os direitos do homem como direitos dignos de proteção? Mais uma vez, só lhes resta aberto o caminho do chamado direito de resistência.<sup>24</sup>

A expressão *direitos públicos subjetivos*, por sua vez, nas lições de Peces-Barba, traduz uma concepção mais moderna, mais técnica, com pouca incidência na linguagem comum, sendo essa uma boa razão para não assumi-lo como a formulação mais adequada aos direitos humanos. É reconhecida como uma criação do Direito público alemão do século XIX, como especificação do conceito mais genérico de direito subjetivo. Nas lições do autor espanhol, os *direitos públicos subjetivos* são a versão positivista dos direitos naturais, ambos amparados pelo mesmo marco cultural antropocêntrico.<sup>25</sup>

Assim como a aceção *direitos públicos subjetivos*, a expressão *liberdades públicas* tem uma dimensão positivista, provavelmente como reação frente à ambigüidade do termo *direitos do homem*, presente na Declaração de 1789, e com uma clara natureza jusnaturalista. Poder-se-ia dizer que o termo em exame está para a cultura jurídica francesa assim como *direitos públicos subjetivos* está para a cultura alemã.<sup>26</sup>

Por fim, o termo *direitos morais* vem sendo bastante difundido ultimamente, sendo originário da cultura anglo-saxônica. Parte da premissa de que os direitos são precedentes ao Estado e ao próprio Direito. Gregório Peces-Barba Martinez adverte, portanto, que ainda não se está diante da expressão ideal que integre toda a

---

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 31.

<sup>25</sup> MARTINEZ, 2004. p. 23.

<sup>26</sup> MARTINEZ, 2004. p. 24.

complexa estrutura dos direitos e que nos conduza a sua compreensão integral, pelas mesmas razões aduzidas aos direitos naturais.<sup>27</sup>

Consoante se verifica, todas as expressões analisadas acima convergem para uma problemática comum relativa à incapacidade de seus conceitos traduzirem a carga semântica que se propõem a delimitar, revelando-se, muitas das vezes, como conceitos reducionistas, não condizentes com a riqueza dos significados que comportam os *direitos humanos*. E quando se reduz a concepção dos direitos humanos a uma dessas expressões, não se consegue garanti-los.

Assim direciona-se a moderna doutrina nacional, na medida em que vem rechaçando progressivamente a utilização de termos como *liberdades públicas*, *liberdades fundamentais*, *direitos individuais* e *direitos públicos subjetivos*, *direitos naturais* e *direitos civis*, assim como as suas variações, ao argumento de que tais expressões não se mostram adequadas ao estágio atual da evolução dos direitos no âmbito de um Estado de Direito.<sup>28</sup>

De outra sorte, observa-se uma crescente preocupação ao que se refere à distinção<sup>29</sup> entre os termos *direitos humanos*, *direitos fundamentais* e *direitos do homem*, tendo em vista o uso generalizado de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo, porém, o emprego mais freqüente de *direitos humanos* e *direitos do homem* entre autores anglo-americanos e latinos, em respeito à própria tradição e à história, enquanto a expressão *direitos fundamentais* fica adstrita à preferência dos publicistas alemães.<sup>30</sup>

Consoante tendência doutrinária, tanto nacional quanto estrangeira, o termo *direitos fundamentais* é utilizado para designar os direitos positivados em nível interno, ao

---

<sup>27</sup> MARTINEZ, 2004. p. 25.

<sup>28</sup> SARLET, 2004. pp. 34-35.

<sup>29</sup> Como nos ensina Fábio Konder Comparato, essa distinção foi elaborada pela doutrina jurídica germânica, de tal sorte que os *direitos fundamentais* são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribuiu o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional. São os direitos humanos positivados na Constituição, nas leis, nos tratados internacionais (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. III ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 57).

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 514.

passo que a expressão *derechos humanos* seria mais utilizada para denominar os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como aquelas exigências básicas relacionadas com a vida, dignidade, liberdade e igualdade da pessoa que não estejam satisfatoriamente tutelados por um estatuto jurídico positivo.<sup>31</sup>

No mesmo sentido é o apontamento do professor Daury César Fabriz, segundo o qual *derechos humanos* e *derechos fundamentales* são orientações diversas, agrupando essas denominações em uma única expressão, qual seja, o “bloco dos direitos superiores”:

Os direitos fundamentais apresentam-se como gênero, do qual os direitos humanos são espécie. Direitos fundamentais, referindo-se àqueles direitos básicos do cidadão diante do Estado, são aqueles direitos inscritos em determinado texto constitucional. A expressão *derechos humanos* demonstra ser mais adequada quando nos referimos a certos direitos, inerentes ao próprio homem, compreendido esse em sentido universal.<sup>32</sup>

Para Martin Kriele, esta distinção desempenha um papel relevante na discussão teórica: os *derechos humanos* são eternos, do ponto de vista temporal, valendo em todo o mundo, sob o ponto de vista espacial e provêm da natureza ou da criação divina, porque são sagrados e invioláveis. Os *derechos fundamentales*, ao contrário, são direitos cuja validade encontra-se temporal e espacialmente delimitada. São os direitos do homem garantidos pelas instituições jurídicas. São direitos objetivamente válidos. Também são direitos subjetivamente válidos, porque podem ser invocados perante os Tribunais. Limitam o poder dos órgãos do Estado, porém, não são incompatíveis com a soberania ilimitada do aparato estatal, conquanto sejam expressão da negação da soberania e da garantia da liberdade por meio de um sistema constitucional, com divisão de poderes.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Essa é a lição de Antonio E. Perez Luño, para quem parece mais oportuno tomar como critério distintivo o diferente grau de “concreção positiva” destas duas categorias. Assinala que nos usos lingüísticos jurídicos e políticos, o termo *derechos humanos* aparece como um conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de *derechos fundamentales*, que revelou um conceito de contornos mais restritos e precisos. (LUNO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004. p. 46).

<sup>32</sup> FABRIZ, Daury Cezar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 231.

<sup>33</sup> KRIELE, Martin. **Introducción a la teoría del estado**. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 207.



No âmbito das controvérsias e polémicas doutrinárias, merece destaque também a suposta divergência apontada entre o pensamento de Gregório Peces-Barba Martinez<sup>34</sup> e de Antonio Fernandez Galiano sobre os *direitos fundamentais*.

Gregório Peces-Barba Martinez sustenta que os *direitos fundamentais* só alcançam a sua plenitude quando: a) uma norma jurídica positiva - constitucional ou infraconstitucional – os reconhece; b) de tal norma se deriva um conjunto de faculdades ou direitos subjetivos e; c) os titulares podem contar para a proteção de tais direitos com o aparato coativo do Estado. Como visto acima, concebe os direitos fundamentais desde uma perspectiva dualista, como a síntese da filosofia de tais direitos, isto é, dos valores postos à disposição da pessoa humana, e como o Direito dos direitos fundamentais, que se refere à inserção desses valores em normas jurídico-positivas. Essa tese é criticada por Antonio Fernandez Galiano, ao negar qualquer virtualidade jurídica àqueles direitos humanos não reconhecidos por uma legislação positiva. Daí entende preferível repousar os *direitos humanos* em uma ordem superior, objetiva, que possa oferecer um fundamento de caráter universal.<sup>35</sup>

Antonio Perez Luño esclarece que a suposta polémica entre as duas teses não pode prosperar. Para o autor, esse equívoco reside no fato de que ambos os pensamentos não se situam no mesmo plano, isto é, os argumentos aduzidos por ambos os adversários não se convergem, já que, na realidade, não estão falando da mesma coisa. Ademais, o autor espanhol pondera que as teses dos professores Gregório Peces-Barba Martinez e Antonio Fernandez Galiano não se acham tão distantes como a análise superficial da literalidade de suas respectivas argumentações poderia sugerir. Ao contrário, ambos concordam ao entender os *direitos humanos* como uma categoria pré-existente, legitimadora e informadora dos direitos fundamentais, assim como no reconhecimento de que os *direitos*

---

<sup>34</sup> Consoante leciona Gregório Peces-Barba Martinez, a expressão *direitos humanos* traduz-se em um uso ambíguo, que tem se materializado em um enfrentamento permanente entre positivismo e jusnaturalismo, uma vez que encampa dois sentidos, podendo referir-se a uma pretensão moral ou a um direito subjetivo protegido por uma norma jurídica. Para o autor espanhol, o termo *direitos fundamentais* se apresenta como a expressão mais adequada para se referir ao fenômeno dos *direitos humanos*, haja vista que os direitos fundamentais representam uma fusão entre a moralidade básica e a juridicidade básica, sem incorrer nos reducionismos jusnaturalista ou positivista ora apontados. (MARTINEZ, 2004. p. 28).

<sup>35</sup> LUNO, 2004. p. 48.

*fundamentais* são uma categoria descritiva dos direitos humanos positivados no ordenamento jurídico interno.<sup>36</sup>

Na perspectiva do nosso trabalho, partir-se-á da idéia de que os *direitos humanos, que deitam suas raízes nos direitos naturais, compõem a gama infinita e ilimitada de condições abstratas inerentes ao homem, cujo exercício revela-se indispensável a sua existência não-animal e a sua convivência digna e harmônica enquanto ser social. São condições de vivência e sobrevivência pré-existentes aos ordenamentos normativos e aos direitos juridicamente reconhecidos, tuteladas em sede de convenções e declarações internacionais.* Essa é a concepção que se reputa mais adequada, diga-se mais abrangente, para abarcar os direitos básicos dos homens.

A seu turno, os *direitos fundamentais são aqueles eleitos como essenciais pelos ordenamentos jurídicos, originados a partir da reflexão de um determinado fato político ou momento histórico, ou mesmo de uma necessidade social, que reclamam uma tutela mais efetiva do Estado e, por isso mesmo, reconhecidos e postos sob sua proteção pelo ordenamento constitucional instaurado. Os direitos fundamentais estão para o Direito Constitucional assim como os direitos humanos estão para o Direito Internacional.*

Pode-se concluir, destarte, que as nomenclaturas atribuídas aos direitos básicos do homem modificam-se de acordo com a concepção filosófica: jusnaturalista, jusfilosófica, juspositivista ou jusrealista.

Delimitado, portanto, o objeto de estudo, analisar-se-á a evolução conceitual dos *direitos humanos*, em um “trabalho verdadeiramente construtivista”<sup>37</sup>, haja vista que a concepção contemporânea desses direitos “resultou de uma evolução do

---

<sup>36</sup> LUNO, 2004. p. 49.

<sup>37</sup> Expressão usada por Willis Santiago Guerra Filho. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 37)

pensamento filosófico, jurídico e político da Humanidade”<sup>38</sup>, ou seja, nasceu da construção racional dos diversos campos da ciência.

## 1.2 DOS DIREITOS NATURAIS À CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS

No presente tópico, propõe-se uma contextualização dos *direitos humanos*, afirmando, de plano, que eles sempre existiram, mesmo porque, como dito acima, devem ser considerados como algo intrínseco ao indivíduo. O reconhecimento, porém, de tais direitos, assim com o seu conceito, passaram e continuam passando por um processo evolutivo.

Em termos históricos, parece ser consenso entre os doutrinadores que as primeiras indagações em torno de certos direitos inerentes à pessoa humana se encontram na Antiguidade clássica. Estava presente no pensamento grego, principalmente em Aristóteles, a idéia de certas leis universais que regiam a vida de todos os homens, através de princípios superiores às leis específicas de cada povo. Nesse sentido, é a orientação de Celso Lafer:

Aristóteles, numa conhecida passagem da *Retórica*, estabelece uma distinção dicotômica entre lei particular e lei comum. Lei particular é aquela que cada povo dá a si mesmo, podendo as normas dessa lei particular ser escrita ou não-escrita. Lei comum é aquela conforme à natureza, pois existe algo que todos, de certo modo, adivinhamos sobre o que por natureza é justo ou injusto em comum, ainda que não haja nenhuma comunidade ou acordo.<sup>39</sup>

Na Idade Média, o pensamento cristão, em defesa da igualdade essencial de todos os seres humanos perante Deus, também desenvolveu uma noção de direito natural, registrada na obra dos dois grandes doutores do pensamento católico, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino.

---

<sup>38</sup> HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 31. v. 1.

<sup>39</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 35.

Paralelamente a esse processo de justificação filosófica dos direitos humanos, vários textos ou documentos normativos, denominados Cartas ou Declarações de direitos, foram produzidos e recepcionaram o conjunto de deveres, direitos e liberdades da pessoa humana. Na Antiguidade não se tem notícia de nenhuma dessas Cartas ou Declarações, já que nesse período não se admite a existência de nenhum direito que não derive das situações jurídicas objetivas estabelecidas pelo ordenamento jurídico da comunidade. Nessa senda, João Batista Herkenhoff esclarece que “[...] não obstante tenha sido Atenas o berço de relevante pensamento político, não se imaginava então a possibilidade de um estatuto de direitos oponíveis ao próprio Estado”.<sup>40</sup>

Por outro lado, no período medieval, não faltam documentos em que o monarca, cujo poder é teoricamente ilimitado, por que fundado na vontade divina, reconhece alguns limites em seu exercício em favor da Igreja, dos senhores feudais ou das comunidades locais.

De todos os documentos medievais, não se pode olvidar que a Magna Carta, contrato subscrito entre o Rei João Sem Terra e os bispos e barões da Inglaterra em 1215, alcançou maior relevância. Era o primeiro freio que se opunha ao poder do rei. A Magna Carta foi o ponto de partida para a *Petition of Rights* de 1628, e também do *Habeas Corpus* de 1679, que tutela a liberdade pessoal do súdito inglês. Em 1689, o *Bill of Rights*, promulgado pelo Parlamento inglês e sancionado por Guilherme de Orange, encerra este ciclo de documentos ingleses de posituação.<sup>41</sup> Sobre o assunto, adequada é a fala de João Batista Herkenhoff:

Sabe-se, contudo, da origem feudal dos grandes documentos ingleses: não eram cartas de liberdade do homem comum. Pelo contrário, eram contratos feudais escritos nos quais o rei, como suserano, comprometia-se a respeitar os direitos de seus vassallos. Não afirmavam direitos “humanos”, mas direitos de “estamentos”. Em consonância com a estrutura social feudal, o patrimônio jurídico de cada um era determinado pelo estamento, ordem ou estado a que pertencesse. Contudo, algumas das regalias alcançadas beneficiaram, desde o início, não apenas os grupos dominantes, mas outras categorias de súditos. Em tais declarações de direitos não se cogitava de

---

<sup>40</sup> HERKENHOFF, 1994. p. 51.

<sup>41</sup> Confira-se o art. 39 da Magna Carta: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”. (LUNO, 2004. p. 34).

seu eventual sentido universal: os destinatários das franquias, mesmo aquelas mais gerais, eram homens livres, comerciantes e vilões *ingleses*.<sup>42</sup>

Após a Idade Média, surge no século XIV, como força contrária ao período de trevas introduzido na Europa pelos excessos do Cristianismo e da Igreja Católica, o Renascimento. A idéia humanista inspirada pelo Renascimento constituiu um ponto de transição nas preocupações com as falsas imoralidades, enfatizando a importância de se viver a vida com prazer. Foi também um período em que as artes e o conhecimento floresceram e que a Europa progrediu em termos civilizatórios, recuperando-se do seu atraso relativamente a outras partes do mundo.<sup>43</sup>

Há, assim, o fim da hegemonia cristã, com a ruptura dos paradigmas impostos pelo pensamento dogmático. E com isto, a idéia de direitos da pessoa humana, decorrentes de Deus, perde a sua sustentação. Impulsionadas principalmente pelo Humanismo<sup>44</sup> e pela Reforma Protestante, nascem uma nova mentalidade e uma nova cultura, que desembocam na Ilustração.

Nesse contexto, Gregório Peces-Barba Martinez pontua as quatro fases<sup>45</sup> que marcam a dissolução da unidade católica e que reverberam na construção da filosofia dos direitos humanos: a *secularização*, o *naturalismo*, o *racionalismo* e o *individualismo*.<sup>46</sup>

A *secularização* supõe a ruptura da unidade religiosa e abarca todas as esferas da vida, desde a arte, a pintura, a literatura, a ciência e a política. Por exemplo, basta se ter em mente as obras de Michelangelo e Maquiavel.<sup>47</sup> Ambos demonstraram a

---

<sup>42</sup> HERKENHOFF, 1994. p. 56.

<sup>43</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos e humanismo**: uma necessária integração. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 319.

<sup>44</sup> Humanismo denota o "movimento literário e filosófico que nasceu na Itália na segunda metade do século XIV, difundindo-se para os demais países da Europa e constituindo a origem da cultura moderna". (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Basi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 528).

<sup>45</sup> Celso Lafer destaca como processos que marcam a dissolução da unidade espiritual medieval a secularização, a sistematização, positivação e historicização do Direito. (LAFER, 1999. p. 38).

<sup>46</sup> MARTINEZ, 2004. p. 81.

<sup>47</sup> Se compararmos a arte pré-renascentista com as pinturas e esculturas produzidas por Michelangelo, podemos perceber que seus personagens são homens e mulheres que não são feitos à imagem e semelhança de um deus idealizado, mas são o resultado da sobreposição de tecidos,

capacidade não apenas de se libertar dos paradigmas dominantes no âmbito de suas atuações – arte e política – mas de reencontrar o ser humano, separando-o do divino.

Nessa sociedade cada vez mais secularizada, mostram-se relevantes as necessidades da burguesia na busca de uma nova ordem baseada na razão e na natureza humana. É a ordem do individualismo e dos direitos naturais. Conforme se infere da literalidade do pensamento de Celso Lafer:

[...] a secularização está ligada à afirmação dos conceitos de soberania e razão-de-Estado e à reforma protestante, que levaram à separação entre Direito e Teologia e à busca de um fundamento para o Direito, que fosse válido independentemente da discussão sobre a existência de Deus.<sup>48</sup>

Como conseqüência da secularização, tem-se o *naturalismo* que, como o próprio nome indica, supõe a volta à natureza, contrapondo-se à explicação transcendente do mundo que provém da mentalidade religiosa. O interesse pela natureza aflora com as descobertas de outras terras e de outros seres humanos. E dessa atração pela natureza passa-se ao conhecimento real da natureza, através da observação direta. O *naturalismo* supõe a idéia de igualdade jurídica, em sua perspectiva formal, necessária à própria idéia de Direito moderno e de sua função de conceder segurança e justiça formal. Com ela, a burguesia generalizou seus próprios interesses, dando a eles *status* de interesses de toda a humanidade.<sup>49</sup> A fase do *racionalismo*, por sua vez, possui as características a seguir descritas:

O racionalismo supõe a confiança plena no valor da razão como instrumento de conhecimento, e servirá para dominar a natureza, para descobrir suas regularidades e suas leis, tanto no campo da natureza física como no da vida social humana. Esse racionalismo estenderá sua influência à arte e à literatura. Favorecerá as teses do subjetivismo individualista, ao promover a livre ação e a busca autônoma do ser humano, e de seu pensamento, e representará assim, no campo social e político, a ideologia da burguesia ascendente, antropocêntrica, centrada no protagonismo do indivíduo na história. [...] O racionalismo, por um lado, fortalecerá o poder da burguesia

---

músculos e veias que têm movimentos que resultam de uma vontade estritamente humana. Era o homem de carne e osso que o interessava (...) Da mesma forma, Maquiavel, no *Príncipe*, nada mais fez que desvendar o poder. Assim como Michelangelo em sua arte, ao descrever o modo como o príncipe conquista e se mantém no poder, Maquiavel desmistificou a natureza humana. (VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 29).

<sup>48</sup> LAFER, 1999. p. 38.

<sup>49</sup> MARTINEZ, 2004. p. 82.

através do domínio da natureza e, por outro, garantirá esse domínio com umas regras jurídicas, dos direitos naturais derivados do exame racional da natureza humana, que se convertem no Direito justo.<sup>50</sup>

Por fim, o *individualismo* mostra-se como conseqüência dos demais institutos e, nas palavras de Gregório Peces-Barba Martinez, “[...] é a característica definidora do tempo moderno [...]”.<sup>51</sup> Representa a forma própria de atuação do homem burguês que quer protagonizar a história, frente à dissolução do indivíduo nas realidades comunitárias ou corporativas medievais.

Nesse cenário de mudanças que ocorreram a partir do século XVI, implementa-se na Europa o processo de laicização do direito natural com a Escola Clássica do Direito Natural, Hobbes, Spinoza, Puffendorf, Locke, Jefferson, Rousseau, Kant e outros filósofos do Iluminismo.

É a era do jusnaturalismo<sup>52</sup> moderno, uma escola *jusfilosófica* elaborada durante os séculos XVII e XVIII que buscou responder ao deslocamento do objeto de pensamento, da natureza para o homem, que caracteriza a modernidade.<sup>53</sup> Celso Lafer, refletindo sobre a existência de um paradigma do Direito Natural<sup>54</sup>, esclarece que:

---

<sup>50</sup> No original: “*El racionalismo supone la confianza plena em el valor de la razón como instrumentode conocimiento y servirá para dominar la naturaleza, para descubrir sus regularidades y sus leyes, tanto em el campo de la naturaleza física como en el de la vida social humana. Ese racionalismo extenderá su influencia al arte y a la literatura. Favorecerá las tesis del subjetivismo individualista, al promover la libre acción y la búsqueda autônoma del ser humano, y de su pensamiento, y representará así, em el campo social y político, la ideología de la burguesia ascendente, antropocêntrica, centrada em el protagonismo del individuo em la historia. [...] El racionalismo, por um lado, potenciará el poder de la burguesia a través del dominio de la naturaleza y, po outro, garantizará ese dominio com unas reglas jurídicas, los derechos naturales derivados del examen racional de la naturaleza humana, que se convierten em el Deerecho justo*” (MARTINEZ, 2004. p. 83).

<sup>51</sup> No original: “[...] es la característica más definidora del tiempo moderno [...]” (MARTINEZ, 2004. pp. 83-84).

<sup>52</sup> A chamada doutrina jusnaturalista traduz uma corrente que se alicerça no conceito de direito natural para fundamentar o direito posto, encontrando justificativa ora na vontade divina, ora na própria natureza, ora na razão humana. Desta forma, o direito natural apresenta-se como um conjunto de princípios ou valores de caráter universal, eterno e imutável, anteriores às instituições e existentes independentemente da razão humana. Para o jusnaturalismo o mais relevante seriam os valores morais do direito, servindo de base para o direito positivo.

<sup>53</sup> LAFER, 1999. pp. 35-36.

<sup>54</sup> Celso Lafer aponta algumas características que permitem identificar, no termo Direito Natural, um paradigma de pensamento, quais sejam, a imutabilidade, a universalidade, a função de qualificar

O termo Direito Natural abrange uma elaboração doutrinária sobre o Direito que, no decorrer de sua vigência multissecular, apresentou – e apresenta – vertentes de reflexões muito variadas e diferenciadas, que não permitem atribuir-lhe univocidade.<sup>55</sup>

Na mesma trilha, adverte Alf Ross que o direito natural existe desde a Antiguidade, passando por diversas etapas até os dias atuais, muito embora tenha mantido a sua essência: “Sua característica principal é um modo de pensamento, que em todas as suas fases – mágica, religiosa e filosófico-metafísica – difere radicalmente do ponto de vista científico”.<sup>56</sup>

O direito natural laicizado difundiu largamente, nos séculos XVII e XVIII, a tese do contrato social como explicação da origem do Estado, da sociedade e do Direito. A explicação contratualista ajusta-se à passagem de um Direito baseado no *status* para o Direito baseado no indivíduo, numa sociedade na qual começa a surgir o mercado e a competição. Com efeito, no contratualismo a relação autoridade-liberdade fundamenta-se na auto-obrigação dos governados, resolvendo-se desta maneira um dos problemas básicos da Filosofia Jurídica individualista, que é o de explicar como é que o Direito, que deve servir aos indivíduos, pode também vinculá-los e obrigá-los. Esta vinculação provém de uma auto-obrigação no momento da celebração do contrato social, na passagem do estado de natureza para a vida organizada em sociedade. Afirma-se, desta maneira, que o Estado e o Direito não são prolongamento de uma construção convencional dos indivíduos ao saírem do estado de natureza. Por outro lado, o contratualismo oferece uma justificação do Estado e do Direito que não encontra o seu fundamento no poder irresistível do soberano ou no poder ainda mais incontestável de Deus, mas sim na base da sociedade, através da vontade dos indivíduos.<sup>57</sup>

Portanto, direito natural, estado de natureza e contrato social, embora entendidos de maneiras diversas pelos filósofos da Idade Moderna, são categorias próprias do jusnaturalismo, encontrando-se tais institutos em grande parte da doutrina do direito

---

como boa e justa ou má e injusta uma conduta. O conhecimento desses direitos se dá por meio da razão, da intuição ou da revelação (LAFER, 1999. p. 35).

<sup>55</sup> LAFER, 1999. p. 36.

<sup>56</sup> ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2000. p. 309.

<sup>57</sup> LAFER, 1999. pp.121-122.



natural nos séculos XVII e XVIII. O que possuem de comum tais concepções é o pressuposto da existência de um sistema de normas logicamente anterior ao Estado e a idéia de um direito universal, que transcende a lei particular de um determinado Estado.

A grande diferença entre Hobbes e Locke, por exemplo, é o modo como cada um destes autores descreve o ser humano. Para Hobbes o homem que vive no hipotético estado de natureza de guerra de todos contra todos – situação anterior ao Estado – é um ser egoísta, cruel, movido pelas emoções, que para ser pacificado exigiria um Estado forte, com poderes absolutos. Já os indivíduos descritos por Locke vivem num estado de natureza caracterizado pela harmonia plena, pela paz, que optariam pelo seu aperfeiçoamento, através da criação de uma entidade imparcial, que garantisse os direitos naturais e que auxiliasse na boa convivência entre os indivíduos.

Da mesma forma, Kant focaliza a razão como ponto central na sua reflexão sobre os direitos. Eleva a autonomia da vontade (liberdade) como base inabalável da moralidade. A vontade livre e autolegislativa confere a si mesma a norma do agir moral. Assim leciona Olinto Pegoraro:

Em Aristóteles e Tomás de Aquino, a vontade é parte da irracionalidade, portanto, subordinada à razão que a ilumina e dirige. Kant, pelo contrário, começa seu tratado com uma exaltação da boa vontade, como razão pura prática responsável de todo agir moral. Pela vontade: a) o homem se diferencia dos seres meramente naturais, subordinados às leis da natureza sensível e, b) elevando-se acima de tudo isso, age conforme a lei moral. Portanto, pela razão pura prática o homem torna-se senhor de si, autolegislador e independente das determinações empíricas.<sup>58</sup>

O que importa para Kant é o estabelecimento de uma lei necessária para todos os seres racionais. Daí as suas três célebres máximas morais: “age de tal modo que a tua ação possa servir de regra universal”; “age sempre de forma a tratar a humanidade, na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre como fim e nunca unicamente como meio” e, por fim, “age de tal maneira que se possa considerar que tua vontade estabelece, por suas máximas, leis universais”. Tomando “os homens como fim em si mesmos” e obedecendo às máximas concluídas livremente e que

---

<sup>58</sup> PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça**. Rio de Janeiro: Vozes, 1995. p. 55.

possam ser universalizáveis, estaremos construindo racionalmente a esfera ética, na qual se insere o Direito.<sup>59</sup> A partir dessa reflexão kantiana, Oscar Vieira Vilhena conclui que:

[...] no sentido kantiano, os direitos são fruto dessa razão ética; daí não deverem ser confundidos com direitos transcendentais no sentido religioso, mas como construção humana, como uma decorrência do processo de emancipação da Humanidade, em que os homens se utilizam do Direito como instrumento de realização da liberdade ao mesmo tempo em que serve de auto-limitação dos interesses.<sup>60</sup>

No século XVIII, Rousseau concebeu a "formulação mais célebre da teoria do contrato social"<sup>61</sup>, para justificar toda a forma de poder no livre consentimento dos membros da sociedade. Este consentimento tem sua expressão na vontade geral, a cuja formação concorre cada cidadão em condições de igualdade e que constitui o fundamento da lei entendida como instrumento para garantir e limitar a liberdade.

Importante esclarecer que "em nenhum momento esses autores abrem mão da idéia de dignidade humana. Pois a igualdade e o valor moral atribuído a todos é que justificam a idéia de contrato social ou o estabelecimento de leis universais".<sup>62</sup>

Aos poucos, entretanto, a visão jusnaturalista de um direito natural foi perdendo espaço para a idéia de um Direito codificado e sistematizado que passou a se afirmar como a vontade do legislador, independente da conformidade desta vontade com a razão, o que contribuiu, via de consequência, para a corrosão de seu paradigma de pensamento.

A experiência jurídica dos séculos XIX e XX determinou a supremacia do direito positivo em detrimento ao direito de inspiração natural, identificando-se tão somente como Direito o Direito Positivo. Segundo o positivismo jurídico, ao direito não importa a valoração subjetiva individual, mas apenas a norma positivada. Sua base de

---

<sup>59</sup> VIEIRA, 2006. pp. 30-31.

<sup>60</sup> VIEIRA, 2006. p. 31.

<sup>61</sup> LUNO, 2004. pp. 31-32.

<sup>62</sup> VEIRA, 2004. p. 31.

validade não é outra senão o próprio ordenamento, dentro do conceito da Norma Hipotética Fundamental.<sup>63</sup>

Hart salienta que para os juspositivistas o “[...] sistema jurídico é um sistema lógico fechado em que as decisões correctas só podem deduzir-se das regras jurídicas predeterminadas através de meios lógicos”.<sup>64</sup>

Tal explanação leva ao enfrentamento de se saber se os direitos humanos são apenas reconhecidos e, portanto, declarados pelo ordenamento normativo, ou, ao contrário, são por ele constituídos.

A corrente jusnaturalista pressupõe que existem direitos antes de seu reconhecimento, e, portanto, seu fundamento encontra-se fora da positividade e do próprio Estado. Então, no dizer de Rogério Gesta Leal, “[...] poderia encontrar-se no âmbito da ética, da natureza humana, do direito natural ou dos valores”<sup>65</sup>.

A corrente juspositivista, por sua vez, parte do princípio de que os direitos humanos surgem e nascem quando acolhidos pelo direito positivo.<sup>66</sup> No presente trabalho, perfilha-se o entendimento de Gérman Bidart Campos, para quem:

---

<sup>63</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1.

<sup>64</sup> HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 288.

<sup>65</sup> LEAL, 2003. p. 319.

<sup>66</sup> É preciso fazer uma distinção entre os termos *direito* e *direitos*. Genaro Carrió esclarece que para compreender essa distinção, basta observarmos os seguintes enunciados: 1) O direito italiano proíbe o homicídio; 2) Todos os cidadãos têm direito a reunir-se pacificamente e sem armas. No primeiro enunciado, o vocábulo “direito” se refere a um conjunto de regras ou normas; o que se denomina “direito objetivo” (em inglês “the law”). E no segundo, o mesmo vocábulo se refere, ao contrário, a um atributo de alguns sujeitos, o que se denomina “direito subjetivo” (em inglês “right”). Os direitos, são então, atributos que correspondem a sujeitos, e em particular, a sujeitos humanos. Os direitos não são atributos “naturais”, como a estatura: são atributos “artificiais”. Em outras palavras, os direitos são as qualidades que os humanos têm se, e quando, são-lhes atribuídas. Atribuídas por quem e por quê? Pois bem, os direitos não são atribuídos aos homens senão por normas jurídicas, ou seja, pelo direito objetivo. Mas adverte que a linguagem comum admite a existência de direitos conferidos por normas não jurídicas (e que, portanto, não dependem do direito objetivo). No original: *Para comprender la distinción, es suficiente con observar los dos enunciados siguientes: 1) “El derecho italiano prohíbe el homicidio”; 2) “Todos los ciudadanos tienen derecho a reunir-se pacificamente y sin armas”. Em el primer enunciado, el vocablo ‘derecho’ se refiere a un conjunto de reglas o normas: lo que suele llamar “el derecho objetivo” en inglés “the law”). En el segundo, el mismo vocablo se refiere, em cambio, a um atributo próprio de algunos sujetos: lo que se suele llamar “el derecho subjetivo” (em inglês: “a right”). Los derechos son, entonces, atributos que corresponden a sujetos, y en*

Não há dúvida de que a instância prévia (ou o fundamento) dos direitos que se incorporam à positividade é uma exigência (ética ou jurídica) cujo dever-ser ideal necessita dos homens (em seu conhecimento e em sua realização), quando os homens imprimem positividade aos direitos estão fazendo simultaneamente duas operações: reconhecendo aquela instância prévia de dever-ser, e em seguimento dela, constituindo em positivos os direitos que, até esse momento, realmente não eram positivos (por mais que sejam naturais ou morais).<sup>67</sup>

Destarte, a criação de um sistema positivado não implica o abandono da raiz jusnaturalista dos direitos humanos. Ao contrário, é plenamente reconhecido que estes são inerentes ao ser humano, decorrendo daí que eles não surgem da vontade dos Estados, mas são por estes positivados, a fim de lhes conferir uma qualidade jurídico-normativa, possibilitando que sejam reconhecidos como fontes formais de direitos subjetivos e, se for o caso, que sejam deduzidos em juízo ou perante órgãos internacionais.<sup>68</sup>

Contudo, a conclusão a que se chega é a de que o jusnaturalismo e o positivismo jurídico entendem o Direito a partir de uma posição unidimensional. Apesar das inúmeras contribuições de cada uma dessas correntes, percebe-se que nenhum entendimento isolacionista pode prevalecer ao se estudar o Direito, enquanto fenômeno social, tendo em vista que são vários os fatores que o condicionam.<sup>69</sup>

---

*particular, a sujetos humanos. Bien entendido, los derechos son atributos "naturales", como la estatura o el bigote: son atributos "artificiales". Em otras palabras, los derechos son cualidades que los humanos tienen si, y cuando, lês son atribuidas. Atribuidas por quién e por qué? Pues bien, los derechos non son atribuidos a los hombres sino por normas: típicamente (pero non necesariamente) por normas jurídicas, es decir, por el derecho objetivo (CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Language**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, pp. 179-180).*

<sup>67</sup> No original: "No hay duda de que la instancia previa (o el fundamento) de los derechos que se incorporan a la positividad es una exigência (ética o jurídica) cuyo deber ser ideal precisa de los hombres (em su conocimiento y em su realización), cuando los hombres imprimen positividad a los derechos están haciendo simultáneamente dos operaciones: reconociendo aquella instancia previa de deber ser, y em seguimiento de ella constituyendo em positivos a los derechos que, hasta ese momento, realmente no eran positivos (por más que sean naturales o Morales". (CAMPOS, Gêrman J. Bidart. **Teoria general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 103).

<sup>68</sup> WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 23.

<sup>69</sup> Essas são as constatações do professor Daury César Fabríz, segundo o qual "do quadro paradigmático do direito natural e da dicotomia direito natural e direito positivo nasce toda a problemática em torno dos direitos humanos". Para o referido autor, "a dicotomia entre jusnaturalismo e jusracionalismo deve ser superada por um novo paradigma que possa compreender os direitos humanos como uma categoria de direitos que se devem estabelecer como fundamento ao direito supremo da vida e da dignidade do ser humano, como valores a serem perseguidos por toda humanidade" (FABRIZ, 2003. p. 237).

Nesse sentido, a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale configurou um relevante avanço comparando-se com as acepções já mencionadas. Para Miguel Reale, “[...] Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional [...]”.<sup>70</sup>

Toda experiência jurídica compreenderia três elementos: fato, valor e norma. No entendimento do mesmo autor, o Direito teria sempre uma relação dialética contendo “[...] um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça)”.<sup>71</sup>

Apesar da dialética Teoria Tridimensional ter contribuído, sobremaneira, no entendimento do Direito enquanto fenômeno dotado de tríplice dimensão, cabe ressaltar que o próprio Miguel Reale admite que “[...] como fato social e histórico, o Direito se apresenta sob múltiplas formas, em função de múltiplos campos de interesse, o que se reflete em distintas e renovadas estruturas normativas”<sup>72</sup>.

Nesse passo, Eduardo Angel Russo afirma que os sistemas abertos não se definem pelos elementos que os compõem, mas pela sua finalidade, na medida em que esta podem sofrer modificação por influência do meio ao qual deve se adaptar.<sup>73</sup> De igual modo, Karl Larenz a respeito dispõe que:

O sistema interno [jurídico] não é, como se depreende do que foi dito, um sistema fechado em si, mas um sistema aberto, no sentido de que são possíveis tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alteração da legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações da jurisprudência dos tribunais.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 67.

<sup>71</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 64-65.

<sup>72</sup> REALE, 2005. p. 3.

<sup>73</sup> RUSSO, Eduardo Angel. **Teoría general del derecho: en la modernidad e en la posmodernidad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. pp. 273-279.

<sup>74</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 693.

Assim, é correto afirmar, corroborando o entendimento dos vários autores, que o Direito é um fenômeno social, mas que depende de fatores históricos e culturais. Para Miguel Reale, o direito é fato histórico-cultural ou produto de vida humana objetivada, somente enquanto os fatos humanos se integram normativamente no sentido de certos valores.<sup>75</sup>

Assier-Andrieu segue mais além, ao afirmar que o Direito pode ser vislumbrado não apenas sob o aspecto cultural, mas numa perspectiva “transcultural”, vez que o Direito é ao mesmo tempo universal e relativo a cada cultura, condicionado a suas especificidades estruturais. O referido autor indaga qual seria a parte em comum da humanidade e a parte exclusiva de cada povo no campo jurídico.<sup>76</sup>

Essa é a temática que gira em torno dos direitos humanos, na medida em que - como salientado no início do trabalho -, a extensão do seu significado variará segundo fatores históricos, sociais e culturais, não obstante o núcleo central do conceito de “direitos humanos” seja direcionado a todos os povos. Isto é, embora o cerne dos direitos humanos tenha caráter universal – direito à vida, direito à liberdade, direito à dignidade, direito à saúde, direito à educação, direito à moradia – devem-se admitir nuanças em cada país dentro de uma esfera razoável do proporcional. Nas lições de Daury César Fabríz os direitos humanos:

[...] devem atuar concomitantemente com os direitos fundamentais de cada ordem jurídico-constitucional em particular. Na aplicação de determinado preceito positivado por dado ordenamento particular, deve-se colocar em mira os valores que norteiam os direitos humanos.<sup>77</sup>

Considerando sua precedência à norma e seu caráter universal, já que inerente a todos os homens, compartilha-se o posicionamento de que *a conceituação contemporânea dos direitos humanos ultrapassa as fronteiras culturais, sociais, históricas e políticas de cada nação, vindo a integrar as diversas normas globais atualmente veiculadas por meio de tratados e declarações internacionais.*

---

<sup>75</sup> REALE, 1994. p. 80.

<sup>76</sup> ASSIER-ANDRIEU, M. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 55.

<sup>77</sup> FABRIZ, 2003. pp. 237-238.

Consoante leciona Flávia Piovesan, na esfera positiva, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 “[...] demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos, que remete à unidade conceitual e indivisível destes direitos, em que o valor da liberdade deve ser conjugado ao valor da igualdade”.<sup>78</sup>

A Declaração de 1948, além de inovar, ao introduzir os elementos que passariam a caracterizar a concepção atual dos direitos humanos, como a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência, foi também o primeiro documento a tratar dos direitos humanos, tanto civis e políticos quanto econômicos, sociais e culturais, de maneira indivisível, ainda que reconhecendo sua distinta natureza jurídica.<sup>79</sup>

Entrementes, não se pode esquecer da clássica lição de Norberto Bobbio, para quem o grave problema de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, “não é mais o de conceituá-los ou de fundamentá-los, mas sim, o de protegê-los”.<sup>80</sup> Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim, qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Por isso, hoje um dos principais papéis que se espera das democracias modernas é a efetiva tutela destes direitos. Entretanto, esse papel foi fruto da evolução histórica da figura dos Estados e de seus diversos paradigmas constitucionais, o que justificará e demonstrará a necessidade de uma prévia abordagem histórica da evolução do próprio Estado.

---

<sup>78</sup> PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro. In: **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, ano 3, n. 9, out/dez 1994. p. 27.

<sup>79</sup> WEIS, 1999. p. 23.

<sup>80</sup> BOBBIO, 1992. p. 25.

## **2 O SURGIMENTO DOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS E A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS**

Na perspectiva do nosso trabalho, como já delineado acima, os *direitos humanos* são todos aqueles direitos inerentes aos homens e, portanto, existentes antes mesmo da criação da figura do Estado.

Todavia, a conscientização da necessidade da tutela de tais direitos foi contemporânea ao processo de formação e sedimentação do próprio Estado de Direito. Nesse sentido, o presente capítulo tem por escopo traçar um paralelo entre o surgimento deste modelo de Estado e a evolução da tutela dos direitos humanos, já que a defesa dos direitos do homem foi entregue aos Estados como justificativa legitimadora da manifestação do exercício de seu poder.

Analisar-se-á, assim, o perfil da evolução histórica do Estado para demonstrar que todas as mudanças de paradigmas surgiram a partir das necessidades constatadas em cada época até se chegar ao Estado Democrático de Direito.

Cabe, por conseguinte, analisar a inter-relação entre o Estado Democrático de Direito e a salvaguarda dos direitos humanos.

### **2.1 AS ORIGENS DA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM HISTÓRICO-COMPARATIVA DO SURGIMENTO DO ESTADO DE DIREITO E SUA EVOLUÇÃO PARA O ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO**

Examinado o processo de efetivação dos direitos humanos, Fernando Gonzaga Jayme pondera que “[...] ao estágio civilizatório atual não se chegou instantaneamente. Até aqui vivenciou-se um longo percurso histórico, que permeia toda a existência humana. É através dessa trajetória que se dão a conhecer os direitos humanos”. De tal sorte que “[...] o reconhecimento dos direitos humanos é



resultado de um processo histórico que coincide com a própria formação da sociedade moderna”.<sup>81</sup>

Depreende-se, do fragmento acima transcrito, que o processo de reconhecimento dos direitos humanos está intimamente relacionado com o surgimento do próprio Estado e da sociedade, razão pela qual impõe-se relevante investigar o perfil da evolução histórica do Estado, no intuito de se demonstrar que todas as mudanças de paradigmas surgiram a partir das necessidades constatadas em cada época. É dizer, o conteúdo dos direitos humanos e, por conseguinte, a necessidade de proteção de tais direitos, são determinados historicamente, sendo produto do desenvolvimento da humanidade.

“Quase todos os povos do mundo vivem na ambiência do ‘Estado’”.<sup>82</sup> Daí a necessidade de, inicialmente, precisar o que se entende por tal instituto. Cumpre esclarecer que não cabe aqui um estudo de teoria do Estado, o que justificaria a realização de outra dissertação. Embora reconheça a existência de sociedades historicamente antecedentes à formação do Estado, tais como, a família patriarcal, o clã e a tribo, a *gens* romana, a fratria grega, a gentilidade ibérica, o senhorio feudal, entre outras, o foco deste capítulo restringe-se, tão somente, à análise do surgimento do Estado de Direito de matriz europeia e norte-americana, e sua evolução ao Estado Constitucional Democrático, passando pelo Estado Social.

Seguindo o entendimento de Jorge Miranda, o Estado é um fenômeno historicamente situado. Não equivale ao político, é tão-só uma manifestação do político que ocorre em certas circunstâncias e se reveste de certas características. Encontra-se ligado a eventos bem conhecidos e assume diversas configurações consoante os condicionamentos a que se encontra sujeito, podendo emergir em qualquer época, lugar ou civilização, reportando-se, sobretudo, ao Estado de matriz teórica europeia dos últimos quinhentos anos.<sup>83</sup> Acrescenta o autor português que:

---

<sup>81</sup> JAYME, 2005. p. 14.

<sup>82</sup> MIRANDA. Pontes. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 28.

<sup>83</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 159.

[...] o *Estado* deve ser encarado como processo histórico a par de outros. Quer como idéia ou concepção jurídica ou política quer como sistema institucional, o Estado não se cristaliza nunca numa fórmula acabada; está em contínua mutação, através de várias fases de desenvolvimento progressivo (às vezes regressivo); os fins que se propõe impelem-no para novos modos de estruturação e eles próprios vão-se modificando e, o mais das vezes, ampliando.<sup>84</sup>

A transformação na terminologia utilizada para designar a sociedade política, materializa a evolução dos seus tipos e dos respectivos conceitos. Assim, a partir da *polis* grega e da *civitas* ou *res publica*, segue-se, na Idade Média, a adoção de *regnum*, como entidade política juridicamente diferenciada da pessoa do rei. Mas é com o aparecimento do moderno Estado europeu que se impõe uma nova denominação.

Dalmo de Abreu Dallari, brindando-nos com sua obra “*Elementos de Teoria Geral do Estado*”<sup>85</sup>, em capítulo destinado ao estudo da origem e formação do Estado, ressalta que a denominação *Estado* (do latim *status* = estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em “*O Príncipe*” de Maquiavel, escrito em 1513, na Itália renascentista: “*Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm império sobre os homens são Estados e são repúblicas ou principados*”<sup>86</sup>.

Todavia, o Estado<sup>87</sup> que se conhece hoje, comumente definido através de três elementos ou condições de existência – povo, território e poder político – é apenas um dos tipos possíveis de Estado, qual seja, o Estado nacional soberano, que nascido na Europa, se espalhou recentemente por todo o mundo, edificado a partir

---

<sup>84</sup> MIRANDA, 2002. p. 23.

<sup>85</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 51.

<sup>86</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Trad. Roberto Grassi. 3. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2005. p. 25.

<sup>87</sup> “O Estado Moderno de tipo europeu, para lá das características globais de qualquer Estado, apresenta, porém, ainda características muito próprias: - *Estado nacional*: o Estado tende a corresponder a uma nação ou comunidade histórica de cultura; o factor de unificação política deixa, assim, de ser a religião, a ocupação bélica ou a vizinhança para passar a ser uma afinidade de índole nova; - *Secularização ou laicização*: porque – por influxo do Cristianismo e ao contrário do que sucede com o Estado islâmico – o temporal e o espiritual se afirmam esferas distintas e a comunidade já não tem por base a religião, o poder político não prossegue fins religiosos e os sacerdotes deixam de ser agentes do seu exercício; - *Soberania*: ou poder supremo aparentemente ilimitado, dando ao Estado não só capacidade para vencer as resistências internas à sua acção como para afirmar a sua independência em relação aos outros Estados (pois trata-se agora de Estado que, ao invés dos anteriores, tem de coexistir com outros Estados)”. (MIRANDA, Jorge. 2002. p. 33).

de uma profunda transformação do poder político, conseqüência de influências econômicas, sociais e culturais.

Em termos históricos, a partir da ineficácia das estruturas políticas medievais, faz-se necessária a unificação do poder político frente ao poder feudal local, a fim de garantir a ordem e a segurança, imprescindíveis para que a classe social em ascensão – a burguesia – pudesse desenvolver sua atividade mercantil.

Discorrendo sobre a origem histórica dos direitos fundamentais, em sua obra *“Lecciones de Derechos Fundamentales”*, Gregório Peces-Barba Martinez se refere à nova segurança como sendo a segurança jurídica, através do Direito, a qual necessitaria de um referente unificador das normas, qual seja, o Estado, com sua pretensão de monopólio no uso da força legítima. Daí se inicia a consolidação no mundo moderno da idéia de que a primeira função do poder político e de todo o sistema jurídico é a organização pacífica da convivência humana.<sup>88</sup>

Com o mercantilismo da época, baseado na idéia de que a riqueza das nações se produz pela acumulação de metais preciosos e de dinheiro, reforça-se o poder do Estado Absoluto. Não obstante, esta política econômica beneficia os interesses da burguesia, vez que fornece a segurança de que necessitava inicialmente.

Gregório Peces-Barba Martinez enumera uma série de características que nos permitem identificar esse Estado moderno, das quais destacamos as principais. Senão vejamos: a) o monopólio no uso da força legítima – a nova forma de organização política afirma seu poder contra a supremacia da Igreja Católica, contra os senhores feudais e contra o Império. Trata-se de um poder que não reconhece outro superior, sedimentado sobre o conceito de soberania como “poder absoluto e perpétuo de uma república”, na definição de Jean Bodin; b) o monopólio da produção normativa - a primeira função do soberano seria a criação do Direito, abrindo-se, assim, uma dialética entre o Direito Natural e o Direito Positivo, termo que com o Estado Moderno passa a ser Direito estatal. As características desse novo Direito estatal favoreceram a passagem dos privilégios medievais aos direitos naturais do homem e dos cidadãos; c) a consideração do indivíduo como súdito -

---

<sup>88</sup> MARTINEZ, 2004. pp. 76-77.

supõe o indivíduo como o único sujeito na relação com o monarca absoluto, com a destruição do poder dos estamentos, e como complemento do monopólio do uso da força legítima; d) a utilização da força do fator religioso para favorecer a unidade e o poder do monarca absoluto – através da idéia de Igreja Nacional (a Igreja da Inglaterra a partir de Enrique VIII), e do princípio “*cuius regio eius religio*”, em virtude da qual os súditos devem seguir a religião de seu monarca, o fator religioso se exterioriza a favor do Estado.<sup>89</sup> Nestes termos, leciona Thomas Fleiner:

Os reis da Idade Média se consideravam soberanos pela graça divina e encarregados de guiar o destino do povo a serviço de Deus. Toda atividade estatal se exercia em nome de Deus. E aquele que governa em nome de Deus, ou seja, o soberano pela graça de Deus, não observa os direitos humanos. O rei é soberano e não se submete a nenhum poder judicial.<sup>90</sup>

Numa fase subsequente, vai procurar-se atribuir ao poder uma fundamentação racionalista dentro do ambiente do iluminismo dominante. Como nos explica Jorge Miranda:

[...] é o ‘despotismo esclarecido’ ou, noutra perspectiva, em alguns países, o ‘Estado de polícia’ (tomando-se então o Estado como uma associação para a consecução do interesse público e devendo o príncipe, seu órgão ou seu primeiro funcionário, ter plena liberdade nos meios para o alcançar).<sup>91</sup>

Nesse contexto, donde o uso político da religião enseja situações de violência e de perseguição que resultam em guerras, as quais dificultam o comércio e afetam gravemente a consciência dos indivíduos, donde o Estado Absoluto deixa de ser um elemento de apoio e obsta o desenvolvimento da burguesia proprietária e comerciante, iniciam-se as primeiras formulações da filosofia dos direitos humanos, em defesa da tolerância e da limitação do poder absoluto.

Impulsionada por uma nova mentalidade liberal, a burguesia desencadeia um processo de reivindicações que se inicia com a busca de uma esfera de autonomia para o progresso do comércio, da economia de mercado livre e para o desenvolvimento da profissão, e desemboca na luta pelos direitos políticos e das liberdades civis.

---

<sup>89</sup> MARTINEZ, 2004. pp. 78-79.

<sup>90</sup> FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** Trad. Andressa Cunha Curry. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 27.

<sup>91</sup> MIRANDA, Jorge, 2002. p. 43.

Nas sociedades mais avançadas, esse indivíduo burguês reclama a direção dos assuntos públicos, busca um sistema político e uma nova ideologia que se cristalizam na Inglaterra desde o século XVII (com a Revolução Industrial) e, em suas colônias norte-americanas (na Revolução Americana, com as primeiras constituições escritas em sentido moderno) e na França (Revolução Francesa), no século XVIII. Gregório Peces-Barba Martinez faz uma reflexão acerca desse novo modelo de sociedade, e o considera um ponto de partida na construção do consenso sobre os direitos humanos. Assim direciona-se o seu pensamento:

[...] o consenso que constrói a idéia dos direitos fundamentais, parte de um dissenso anterior sobre a situação da Monarquia absoluta. O ponto de partida será esse desacordo, e essa impossibilidade de desenvolver os pensamentos individualistas da burguesia em um ambiente político fechado. Primeiro, a burguesia e a monarquia foram aliadas para acabar com as estruturas medievais, visto que o novo poder centralizado proporcionaria a segurança que a burguesia necessitava inicialmente. Quando esta consolidou sua força social, necessitou abrir os horizontes políticos e impulsionou o dissenso, junto com os humanistas, com os cientistas e os pertencentes a seitas ou Igrejas distintas da religião dos monarcas. Num segundo momento, burguesia e monarquia foram adversárias. Tratava-se de um dissenso, ponto de partida da construção de um consenso. Se se desconfiava e se rechaçava o poder absoluto, arbitrário e acima da Lei, dever-se-ia construir uma filosofia que limitasse, regulasse, e racionalizasse esse poder. Nesse consenso, que é o incipiente constitucionalismo do Estado Liberal, surgirá a filosofia e o Direito positivo dos direitos fundamentais.<sup>92</sup>

Destarte, quando a mentalidade do mundo moderno e a reflexão sobre a organização do poder - que produziram o primeiro constitucionalismo frente ao Estado Absoluto - alcançam êxito social, está-se diante do Estado de Direito Liberal<sup>93</sup> e dos primeiros modelos históricos dos direitos humanos. O Estado de

---

<sup>92</sup> No original: “[...] *el consenso que construye la Idea de los derechos fundamentales, parte de un dissenso anterior sobre la situación de la Monarquía absoluta. El punto de partida será esse dasacuerdo, y esa imposibilidad de desarrollar los planteamientos individualistas de la burguesía en un marco político cerrado. Primero, burguesía y monarquía fueron aliadas para acabar con el universo medieval, porque el nuevo poder centralizado proporcionaba la seguridad que la burguesía reclamaba inicialmente. Cuando ésta consolidó su fuerza social, necesitó abrir los horizontes políticos e impusó el dissenso, junto con los humanistas, los funcionarios (la “noblesse de robe”), con los científicos y los pertenecientes a sectas o Iglesias no coincidentes con la religión del monarca. En ese segundo momento, burguesía y monarquía fueron adversárias. Se trataba de un dissenso, punto de partida de la construcción de un consenso. Si se desconfiaba y se rechazaba um Poder absoluto, arbitrário y por encima de la Ley, se debía construir una filosofía que limitase, regulase y racionalizase ese Poder. En esse consenso, que es el Del incipiente constitucionalismo del Estado liberal, surgirá a filosofía y el Derecho positivo de los derechos fundamentales”*. (MARTINEZ, 2004. p. 90).

<sup>93</sup> Os partidários da corrente liberal contribuíram para desenhar as categorias institucionais nas quais pouco depois se fixaria a doutrina democrática. Têm em comum a rejeição do absolutismo real e a defesa dos direitos do povo. A axiomática democrática começava a se definir; no entanto, estava

Direito Liberal é uma forma de Estado limitado por excelência, no dizer de Jorge Miranda:

O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado *liberal*, assente na idéia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade). [...] Mas, apesar de concebido em termos racionais e até desejavelmente universais, na sua realização histórica não pode desprender-se de certa situação socioeconômica e sociopolítica. Exibe-se também como *Estado burguês*, imbricado ou identificado com os valores e interesses da burguesia, que então conquista, no todo ou em grande parte, o poder político e econômico.<sup>94</sup>

Acrescenta o jurista português que *Estado de Direito* é o Estado em que, para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade (seja a mera legalidade formal, seja – mais tarde – a conformidade com valores materiais) se eleva a critério de acção de governos.<sup>95</sup>

Nessa esteira, adequada a lição de Carlos Ary Sundfeld, segundo o qual no Estado de Direito os governantes também estão submetidos às normas, ou seja, é o Estado que “[...] realiza suas atividades debaixo da ordem jurídica, contrapondo-se ao superado Estado-Polícia, onde o poder político era exercido sem limitações jurídicas, apenas se valendo de normas jurídicas para se impor aos cidadãos”.<sup>96</sup>

Enfim, o Estado de Direito surge essencialmente com a finalidade de salvaguardar as liberdades individuais contra a opressão do poder. Porém, a vinculação do Estado à lei, para ser efetiva, exige que, dentro dele, uma mesma autoridade não seja incumbida de fazer a lei e, ao mesmo tempo, aplicá-la, ao que se denomina *separação de poderes*. De outra sorte, essa separação não pode ser alterada pelo legislador, por meio de lei, pois bastaria legislar para anular o poder do administrador e do juiz, além de suprimir os direitos dos indivíduos através de lei. Em suma, deve haver uma norma superior à lei e ao Estado, definindo a estrutura deste e garantindo direitos aos indivíduos. Essa norma denomina-se *Constituição*.

---

aureolada, no despontar do séc. XVIII, de uma **idealidade** que a **realidade** ainda estava longe de refletir.

<sup>94</sup> MIRANDA, Jorge. 2002. p. 47.

<sup>95</sup> MIRANDA, Jorge. 2002. p. 46.

<sup>96</sup> SUNDFELD, Carlos Ary. **Fundamentos de direito público**. 4.ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 36.

Daí que para J. J. Gomes Canotilho, “o estado de direito é um **estado constitucional**. Pressupõe a existência de uma constituição que sirva – valendo e vigorando – de *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes”.<sup>97</sup> Referindo-se a passagem do Estado Absoluto ao Estado de Direito, Norberto Bobbio assevera que:

Com o nascimento do Estado de Direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de Direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos.<sup>98</sup>

Destarte, afirma-se que as origens da tutela dos direitos humanos coincidem com as origens da limitação do poder do Estado, de tal sorte que o conceito de direitos humanos vincula-se à imposição de limites ao poder do governante. Thomas Fleiner, nesse sentido, nos ensina que “a idéia fundamental da concepção moderna dos direitos humanos consiste no fato de que incumbe precisamente ao governo respeitar os direitos humanos”.<sup>99</sup>

Como finalidade do Estado de Direito aparece, pois, a tutela de tais direitos. Mas é preciso deixar claro que no Estado burguês de Direito somente são direitos humanos aqueles anteriores e superiores ao Estado, aqueles que o Estado reconhece e protege como existentes antes dele.

Aí, se dá um estreito “nexo de causalidade” entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais<sup>100</sup>, como aponta Antonio E. Perez Luño, já que a idéia de Estado de Direito está baseada na garantia daqueles direitos, bem como estes exigem para sua realização o Estado de Direito.<sup>101</sup> Nessa ordem de raciocínio, Fernando Gonzaga Jayme leciona:

---

<sup>97</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 241.

<sup>98</sup> BOBBIO, 1992. p. 61.

<sup>99</sup> FLEINER, 2003. p. 27.

<sup>100</sup> No sentido de direitos humanos constitucionalizados.

<sup>101</sup> LUÑO, 2004. p. 19.

O Estado de Direito se tornou a garantia essencial destes direitos, na medida em que limitava a positivação e manutenção do ordenamento jurídico, para garantir a cada indivíduo a liberdade para desenvolver suas habilidades. O Estado atuava em conformidade com as leis previamente estabelecidas, gerais, claras e precisas, o que evitaria lesões de direito. O poder emanava do Direito, e não de outras ordens transcendentais.<sup>102</sup>

Os direitos humanos passaram, dessa forma, a ser inseridos na ordem jurídica e política de cada país, manifestando-se em gerações<sup>103</sup> ou dimensões<sup>104</sup>, que se traduzem em um processo cumulativo e quantitativo que coincide com a seqüência histórica de sua institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

Inicialmente, na primeira fase do constitucionalismo moderno ocidental, têm lugar os direitos humanos de primeira dimensão. São os direitos de liberdade, quais sejam, os direitos civis e políticos, que têm por titular o indivíduo, e, por isso, são oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentando uma subjetividade que é o seu traço mais característico.<sup>105</sup> Nesse passo, é a orientação de Celso Lafer:

Com efeito, num primeiro momento, na interação entre governantes e governados que antecede a Revolução Americana e a Revolução Francesa, os direitos do homem surgem e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder do soberano no Estado absolutista. Representavam, na doutrina liberal, através do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político das tradicionais peias do poder religioso e através da liberdade de iniciativa econômica a emancipação do poder econômico dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político.<sup>106</sup>

Os direitos humanos reconhecidos por esse modelo de Estado, vieram revestidos de alto teor individualista e da desconfiança dos governantes, haja vista que a liberdade individual prevalece como valor supremo.

---

<sup>102</sup> JAYME, 2005. p. 20.

<sup>103</sup> Essa expressão sofre muitas críticas na doutrina. Paulo Bonavides, por exemplo, entende que a referência a “gerações” induz à idéia de sucessão cronológica e à caducidade das gerações antecedentes, razão pela qual sugere como termo mais adequado “dimensões” que dá idéia de integração. Tese com a qual se corrobora no presente trabalho. (BONAVIDES, 2000. p. 518).

<sup>104</sup> Ingo Wolfgang Sarlet prefere o termo “dimensões” ao termo “gerações” dos direitos fundamentais, ambos tão utilizados na doutrina nacional e estrangeira. Esclarece que não se pode olvidar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra. (SARLET, 2004. p. 53).

<sup>105</sup> BONAVIDES, 2000. p. 517.

<sup>106</sup> LAFER, 1999. p. 126.



Nesse contexto, os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789, são direitos humanos de primeira dimensão, que segundo Lafer, baseiam-se numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista:

São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social. Por isso, são direitos individuais: (I) quanto ao *modo de exercício* – é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (II) quanto ao *sujeito passivo do direito* – pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que estes direitos têm como limite o reconhecimento do direito do outro (...); e (III) quanto ao *titular do direito*, que é o homem na sua individualidade.<sup>107</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet destaca que os *direitos fundamentais* de primeira dimensão são “apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, ‘direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’”.<sup>108</sup> Essa afirmação fundamenta-se na concepção do Estado Mínimo.

Para Carl Schmitt, os mais importantes direitos humanos reconhecidos nas declarações do século XVIII são: liberdade, propriedade privada, segurança, direito de resistência e liberdade de consciência e de religião.<sup>109</sup> Tais direitos - na visão de Gregório Peces-Barba Martinez - não são somente elaboração racional, mas sim, consequência de uma realidade, de uma situação fática.<sup>110</sup>

Todavia, na medida em que o Estado Liberal de Direito evolui para o Estado Social de Direito, os direitos humanos deixam de ser meros limites negativos ao exercício do poder público para definir um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos.<sup>111</sup> Abordando os liames entre Estado de Direito e Estado Social, Carlos Ary Sundfeld indaga que:

---

<sup>107</sup> LAFER, 1999. p. 126.

<sup>108</sup> SARLET, 2004. p. 54.

<sup>109</sup> SCHIMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1982. p. 165.

<sup>110</sup> MARTINEZ, 2004. p. 93.

<sup>111</sup> LUÑO, 2004. p. 21.

O liberalismo, gerador do Estado de Direito, tinha seu modelo econômico calcado no absenteísmo estatal: era preciso que o Estado não interferisse nos negócios dos indivíduos, restringindo sua ação à garantia da ordem, da paz, da segurança. Em suma, queria-se um *Estado mínimo*, com reduzidas funções, sem interferência na vida econômica. [...] Será possível, porém, que o Estado amplie suas funções, passando a interferir intensamente na vida econômica, inclusive para nivelar as desigualdades sociais, sem deixar de ser Estado de Direito? A questão foi posta neste século quando a crise econômica do primeiro pós-guerra levou o Estado a assumir – forçado, diga-se, pelas exigências da própria sociedade – um papel ativo, seja como agente econômico (instalando indústrias, ampliando serviços, gerando empregos, financiando atividades), seja como intermediário na disputa entre poder econômico e miséria (defendendo trabalhadores em face de patrões, consumidores em face de empresários).<sup>112</sup>

Em decorrência da deplorável situação da população pobre das cidades industrializadas da Europa Ocidental, constituída, sobretudo, por trabalhadores expulsos do campo ou atraídos por ofertas de trabalho nos grandes centros e a constatação de que os mecanismos do Estado Liberal já não eram suficientes diante de um capitalismo desumano e escravizador, começaram a florescer a partir de meados do século XIX diversas doutrinas de cunho social defendendo a intervenção estatal como forma de reparar as alterações sociais ocorridas.<sup>113</sup> A liberdade cede espaço à igualdade.

Fez-se necessária uma “reconfiguração paradigmática”, ou seja, uma reordenação do direito, a fim de se propiciar respostas às novas demandas que surgem do próprio contexto social, parafraseando o jurista Daury César Fabriz.<sup>114</sup>

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização de justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico). O Estado Social, por sua vez, não se contrapõe aos direitos conquistados no âmbito do paradigma liberal, mas tão-somente busca a realização daqueles valores, em um momento posterior, com base em um novo ideário.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> SUNDFELD, 2000. p. 54.

<sup>113</sup> WEIS, 1995. p. 39.

<sup>114</sup> FABRIZ, 2003. p. 259.

<sup>115</sup> FABRIZ, 2003. p. 259.

Nesse contexto, os direitos civis e políticos de primeira dimensão foram adquirindo uma conotação econômica e social sendo acrescidos dos direitos humanos de segunda dimensão, assim denominados porque pressupõem um alargamento da competência estatal, requerendo a intervenção do poder público para reparar as condições miseráveis de sobrevivência da população. O indivíduo adquire o direito de exigir certas prestações positivas do Estado, tais como, o direito à educação, à previdência social, à saúde, ao seguro-desemprego e outros mais. Consoante leciona Paulo Bonavides:

São os direitos sociais, culturais, econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.<sup>116</sup>

Celso Lafer esclarece que tais direitos surgem das 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.<sup>117</sup>

Em que pese entendimento doutrinário diverso<sup>118</sup> no que concerne à titularidade dos direitos sociais e econômicos, segue-se o pensamento de Celso Lafer, para quem os direitos humanos de segunda geração têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a

---

<sup>116</sup> Discorrendo sobre as revoluções ocorridas nos séculos XVIII e XIX, que culminaram na passagem do Estado Liberal ao Estado Social, Paulo Bonavides nos ensina que cada revolução daquelas intentou ou intenta tornar efetiva uma forma de Estado. Primeiro, o Estado liberal, a seguir, o Estado socialista, depois o Estado Social das Constituições programáticas, assim batizadas ou caracterizadas pelo teor abstrato e bem intencionado de suas declarações de direitos, e, por último, o Estado Social dos direitos fundamentais, este sim, por inteiro capacitado da juridicidade e da concreção dos preceitos e regras que garantem estes direitos (BONAVIDES, 2000. p. 518).

<sup>117</sup> LAFER, 1999. p. 127.

<sup>118</sup> Com entendimento diverso, Fabio Konder Comparato assinala que o titular desses direitos não é o ser humano abstrato, mas o conjunto dos grupos sociais oprimidos pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. De fato, não se pode dizer que tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação - são inerentes à própria natureza humana, mas sim produto da necessidade humana, da contextualização social. (COMPARATO, 2004. p. 53).

responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira dimensão, o homem na sua individualidade.<sup>119</sup>

A partir daí, na sociedade de massa que a democracia se tornou, os indivíduos e os grupos não tardaram em multiplicar suas reivindicações em relação ao Estado. O direito se pluralizou em direitos. Assim nasceu a idéia do “Estado-Providência”, segundo a terminologia utilizada por Simone Goyard-Fabre.<sup>120</sup>

A citada autora acrescenta que a proliferação dos direitos, numa democracia que se tornou “providencial” foi vertiginosa, o que coloca em risco a própria subsistência da democracia. Isso porque, a inflação quantitativa dos direitos provoca sua desvalorização qualitativa de modo tal que, numa democracia “providencial”, se tudo é direito, mais nada é direito. O Estado-Providência transforma-se numa sociedade que provê seguridade e é regida pelo “direito da necessidade”.<sup>121</sup>

E quando o Estado é elevado à condição de “segurador universal”, a conta é de toda a sociedade. Embora caiba ao Estado-Providência responder à maioria das reivindicações individuais e coletivas, sendo inclusive este o papel legitimador de sua própria instituição e manutenção, a atuação estatal positiva deverá estar adstrita à realização, dentro de uma esfera de razoabilidade, da vontade geral da sociedade que ele conforma, que não se confunde com a vontade de todos, correspondente à somatória dos interesses individuais de cada membro da coletividade, sob pena de falência da própria capacidade estatal de promoção do bem comum.

No campo do Direito Positivo, surge o que se convencionou chamar de Constitucionalismo Social, inspirado na tese de que os direitos humanos devem cumprir sua função social. Os primeiros documentos com caráter social foram as Constituições francesa de 1848, mexicana de 1917, alemã de 1919, e a russa de 1918.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> LAFER, 1999. p. 127.

<sup>120</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 289.

<sup>121</sup> GOYARD-FABRE, 2003. pp. 289-290.

<sup>122</sup> WEIS, 1995. p. 39.

No final do século XX, o aumento das reivindicações pela sociedade, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra, passaram a refletir profundamente na esfera dos direitos humanos, contribuindo para o reconhecimento daqueles direitos humanos denominados de terceira dimensão, correspondentes aos direitos concernentes a toda humanidade, tais como o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, bem como o direito à conservação e à utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. São os chamados direitos de fraternidade ou solidariedade, em que a universalidade é característica marcante.

São os direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Agora, a exigência de solidariedade passa a ser levada em consideração pelos Estados membros da comunidade internacional. As instituições internacionais que atualizam o texto declarativo de 1948 – como por exemplo, a Convenção Européia dos Direitos do Homem, a Corte Européia dos Direitos do Homem, a Organização Internacional do Trabalho, a Organização Mundial da Saúde -, irão impor uma legislação supranacional em terrenos tão delicados como a bioética, a eutanásia, a inseminação artificial etc.<sup>123</sup>

Segundo Antonio E. Perez Luño, os direitos de terceira dimensão podem ser considerados uma resposta ao fenômeno denominado de “poluição das liberdades”, que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em decorrência do uso de novas tecnologias.<sup>124</sup> A transformação das relações sociais advindas do fenômeno da massificação acarretou, ainda, o advento de conflitos de natureza difusa, envolvendo um número indeterminado de pessoas. Daí o surgimento dos direitos metaindividuais.

O cerne da distinção destes direitos de terceira dimensão, como assinala Ingo Wolfgang Sarlet, reside basicamente na sua titularidade coletiva, isto é, nos grupos

---

<sup>123</sup> GOYARD-FABRE, 2003. p. 291.

<sup>124</sup> LUÑO, 2004. p. 206.

humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade.<sup>125</sup>

Como último estágio da evolução dos direitos humanos em suas diversas dimensões, surge um novo modelo estatal voltado a assegurar a participação da sociedade na formação da vontade política, até mesmo como forma legitimadora e mantenedora da função precípua do Estado. Nesse cenário, surgem os chamados direitos humanos de quarta dimensão, que segundo leciona Paulo Bonavides, são os decorrentes da “globalização política”: direito à democracia, direito à informação etc.<sup>126</sup>

Não bastava, portanto, que o Estado de Direito fosse um Estado Constitucional, sendo necessário, então, fosse também ele um Estado Democrático. Conforme se infere das lições de J. J. Gomes Canotilho, o Estado constitucional moderno deve ter um lastro democrático para conferir-lhe legitimidade: “O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. [...] Ele tem de estruturar-se como *Estado de direito democrático*, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo”.<sup>127</sup>

Adequada, nesse contexto, é a fala de Carlos Ary Sundfeld, segundo o qual um Estado Democrático de Direito é aquele onde o povo, sendo o destinatário do poder político, participa, de modo regular e baseado em sua livre convicção, do exercício desse poder. O mero Estado de Direito decerto controla o poder, e com isso protege os direitos individuais, mas não garante a participação dos destinatários no seu exercício.<sup>128</sup>

Resta demonstrado, então, que a transformação do Estado de Direito em Estado Democrático é uma das conseqüências da mudança no conceber a missão do Estado, que se consagrou em meados do séc. XX. Nessa senda, Norberto Bobbio pondera que:

---

<sup>125</sup> SARLET, 2004. p. 57.

<sup>126</sup> BONAVIDES, 2000. p. 518.

<sup>127</sup> CANOTILHO, 1998. pp. 91-92.

<sup>128</sup> SUNDFELD, 2000. p. 49.

[...] o estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas jurídico do estado democrático. Estado liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais.<sup>129</sup>

Assim, os direitos garantidos pela Constituição Democrática aos indivíduos – que no mero Estado de Direito se limitavam à proteção das manifestações individuais em face do poder, tais como, direito de exercer uma profissão, direito de não ser preso indevidamente, direito de possuir bens – se ampliam em outros, em especial, no asseguramento jurídico da participação popular nas decisões do Estado. Surgem não apenas o direito de votar, de ser votado, de fundar e participar de direitos políticos – correspondentes à garantia imediata da participação no poder -, como seus necessários sustentáculos: os direitos à liberdade de expressão do pensamento e de imprensa, de reunião, de informação, e outros mais.<sup>130</sup>

Partindo-se dessa premissa, passar-se-á a investigar como as democracias modernas orientam-se em direção à realização dos *direitos humanos*, demonstrando, em linhas gerais, que a herança histórica de cada país influenciou diretamente no modelo constitucional de proteção adotado, ainda que a tendência atual seja a uniformização e globalização da tutela destes direitos, até mesmo como forma de aumentar a sua efetividade.

## 2.2 AS DEMOCRACIAS MODERNAS E A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS

Da ruptura com os dois modelos de Estados anteriores – Liberal e Social – surge o Estado Democrático de Direito. Como bem esclarece Américo Bedê Freire Junior, em razão das promessas não cumpridas, “[...] foi construído um novo paradigma: o

---

<sup>129</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Paz e Terra: São Paulo, 1997. p. 24.

<sup>130</sup> SUNDFELD, 2000. p. 51.

Estado Democrático de Direito, que buscava oferecer soluções qualitativamente superiores aos demais estágios do constitucionalismo”.<sup>131</sup>

O Estado Democrático de Direito é o cenário propício para a obtenção do bem comum, para a busca da concretização dos direitos humanos. É nesse cenário democrático que se assenta o sistema de proteção dos direitos humanos, consoante se pode inferir das lições de Fernando Gonzaga Jayme:

É a partir da forma democrática que se constrói o sistema de proteção dos direitos humanos, porque somente em estados democráticos encontram-se instrumentos hábeis a garanti-los e concretizá-los [...]. A limitação do poder estatal e um sistema de garantias contra eventuais abusos de direitos, oponíveis inclusive ao próprio Estado, constituem fenômeno privativo das democracias. A realização dos direitos essenciais da pessoa humana só tem sentido e importância em um ambiente onde reinem igualdade e liberdade, sendo a forma democrática de governo a única concebida para assegurar e desenvolver tais valores.<sup>132</sup>

Cançado Trindade enfrentou a questão, afirmando que “um dos temas da maior atualidade, neste final de século<sup>133</sup>, é o das interrelações da democracia com os direitos humanos [...]”.<sup>134</sup> O citado autor se refere à “indissociabilidade” entre direitos humanos e democracia:

[...] O tema da democracia de *per se* tem sido, porém, objeto de debates continuados ao longo dos séculos, desde o pensamento clássico até o contemporâneo. O que há de novo a respeito é a transposição desses debates também ao nível internacional, abarcando os planos tanto conceitual como operacional, e com o enfoque deslocado às relações – na verdade, à indissociabilidade – entre a democracia e os direitos humanos. Esta nova visão é, além de alentadora, compreensível, dado que a formulação e sistematização destes direitos são historicamente recentes, - certamente bem mais recentes que as construções teóricas em torno da democracia.<sup>135</sup>

---

<sup>131</sup> FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 26.

<sup>132</sup> JAYME, 2005. pp. 25-26.

<sup>133</sup> Cançado Trindade se refere ao final do século XX.

<sup>134</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 201. v. II.

<sup>135</sup> TRINDADE, 1991. p. 202.



Partindo-se da premissa de que a democracia antecede cronologicamente os direitos humanos, sendo inclusive um dos pilares da proteção e do reconhecimento desses direitos, cumpre investigar o significado do que seja democracia<sup>136</sup>.

Do ponto de vista etimológico, o vocábulo e o conceito de democracia têm origem grega. Segundo suas raízes, a palavra *democracia* designa o poder do povo (*demos, kratos*). Corresponde a uma noção surgida precisamente na Grécia antiga, a partir do século VI antes da nossa era, em Mileto, Megara, Samos e Atenas. Daí que “ninguém teria a pretensão de afirmar que ‘a invenção democrática’ é obra específica e gloriosa dos séculos modernos. A política e a filosofia despontaram juntas no berço da Grécia antiga [...]”.<sup>137</sup>

Do ponto de vista meramente formal, distinguem-se, na evolução das instituições políticas, três modalidades básicas de democracia: a direta, a indireta e a semidireta, ou simplesmente, a democracia não representativa ou direta e a democracia representativa - indireta ou semidireta -, que é a democracia dos tempos modernos.

A democracia direta poderia ser definida como a forma de governo em que se verifica uma coincidência imediata entre a *titularidade* e o *exercício* do poder por parte da população. Em outros termos, o direito de tomar as decisões políticas e de criar as normas jurídicas seria exercido diretamente pelos cidadãos, de acordo com o princípio da maioria.<sup>138</sup> Trata-se de um exercício direto da soberania popular, que prescinde completamente de mecanismos de representação. Nesse mesmo sentido, Pontes de Miranda nos ensina que:

Democracia direta é aquela em que os membros que compõem o grupo social resolvem sobre o que há de ser a lei ou o ato de execução, inclusive julgamento judicial, relativo a interesse público. Elemento essencial desse

---

<sup>136</sup> Na tentativa de encontrar o conceito de democracia, Simone Goyard-Fabre desenvolveu a obra “O que é democracia”, a partir da qual demonstra que não existe um ponto de ruptura entre a democracia antiga e a democracia moderna, de tal sorte que não é possível compreender o que a democracia é hoje, com suas qualidades e seus defeitos, suas esperanças e seus malefícios, sem revisar a genealogia dos conceitos e das categorias que sustentam seu edifício e balizam sua história (GOYARD-FABRE, 2003. p. 1).

<sup>137</sup> GOYARD-FABRE, 2003. p. 9.

<sup>138</sup> ROYO, Javier Perez. **Curso de derecho constitucional**. Marcial Pons: Madrid, 2003. p. 631.

conceito é não haver vontade interposta entre os que votam e a deliberação.<sup>139</sup>

É do conhecimento geral que Atenas foi o berço da democracia direta, onde o povo, reunido no *Ágora*<sup>140</sup>, para o exercício direto e imediato do poder político, transformava a praça pública “no grande recinto da nação”.<sup>141</sup>

Mas a democracia de que Atenas forneceu o primeiro modelo ao Ocidente não significava que “todos” governam, mas que “todos os cidadãos” participam do governo. O “povo” da democracia ateniense não eram todos os indivíduos que viviam de modo permanente sob o governo de Atenas, e sim, uma pequena parte deles, fato que demonstra a amplitude limitada dessa democracia. O povo (*demos*) saudado como soberano, não se confundia com toda população (*plèthos*) da Cidade-Estado. Somente eram levados em consideração os “cidadãos”<sup>142</sup>, o que excluía não só os escravos, que excediam em número os homens livres, mas também as mulheres, consideradas inferiores, e os metecos, que eram estrangeiros residentes em Atenas.<sup>143</sup>

Ainda que de forma limitada, esse sistema foi possível, a partir de alguns fatores que contribuíram e permitiram a forma direta de governo do povo nos Estados gregos, especialmente, a pequena extensão desses Estados e o número pequeno de “cidadãos”. Por essa razão, a *eclésia* ou assembleia do povo podia facilmente reunir-se na *Ágora*, deliberar publicamente e até votar por meio de mãos erguidas.<sup>144</sup>

Já no séc. XVIII, a democracia direta estaria implícita na teoria do *contrato social* (ou pacto social) de Rousseau, isto é, o ato fundador ou constituinte do Estado. Pertinente, a esse respeito, a fala de Javier Perez Royo:

<sup>139</sup> MIRANDA, Pontes. 2002. p. 215.

<sup>140</sup> O *Ágora*, na cidade grega, fazia o papel do Parlamento nos tempos modernos (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. Malheiros: São Paulo, 2003. p. 268).

<sup>141</sup> BONAVIDES, 2003. p. 268.

<sup>142</sup> Só eram “cidadãos” chamados a participar do exercício do poder os homens que já tinham atingido a idade legal de dezoito anos, regra geral que foi sendo restringida, com o correr da história de Atenas, pela adição de critérios de nascimento e de censo. Tais restrições viram-se sujeitas a revisão no transcurso dos séculos (GOYARD-FABRE, 2003. p. 20).

<sup>143</sup> GOYARD-FABRE, 2003. p. 20.

<sup>144</sup> GOYARD-FABRE, 2003. p. 21.

*A vontade popular* resultante do *pacto social*, cuja máxima expressão é a lei, só pode ser entendida, segundo Rousseau, como uma forma de autodeterminação individual. Ao obedecer à lei o indivíduo não está obedecendo mais que a si mesmo.<sup>145</sup>

Daí a necessidade de que cada indivíduo participe de maneira imediata e direta na formação da vontade geral, na formulação da lei. Qualquer corpo representativo que pretendesse formulá-la exigiria a presença de intermediários entre os cidadãos, que impediriam a correta formação da vontade geral a partir das vontades exclusivamente individuais.<sup>146</sup>

A democracia representativa, por sua vez, constituiu-se a partir das revoluções Americana e Francesa, vindo a expandir-se para a Europa Ocidental, ex-colônias africanas e latino-americanas e até para o Oriente.<sup>147</sup>

Dessa forma, pode-se afirmar que da concepção de democracia direta da Grécia, na qual o cidadão livre da sociedade criava a lei, com a intervenção de sua vontade, passa-se à concepção de democracia indireta, a dos tempos modernos, caracterizada pela presença do sistema representativo.<sup>148</sup> A esse respeito, pertinentes as palavras de Norberto Bobbio:

A democracia moderna, nascida como democracia representativa em contraposição à democracia dos antigos, deveria ser caracterizada pela representação política, isto é, por uma forma de representação na qual o representante, sendo chamado a perseguir os interesses da nação, não pode estar sujeito a um mandato vinculado. O princípio sobre o qual se funda a representação política é a antítese exata sobre o qual se funda a representação dos interesses, no qual o representante devendo perseguir os interesses particulares do representado, está sujeito a um mandato vinculado (típico do contrato de direito privado que prevê a revogação por excesso de mandato).<sup>149</sup>

---

<sup>145</sup> ROYO, 2003. p. 633.

<sup>146</sup> De fato, após admitir que o governo democrático pudesse convir aos pequenos Estados, mas apenas a estes, diz que “um povo que governar sempre bem não necessitará de ser governado” (DALLARI, 2002. p. 147).

<sup>147</sup> JAYME, 2005. p. 30.

<sup>148</sup> Mas, em vez de privilegiar, como se tende a fazer hoje, a idéia de uma ruptura radical entre a tradição e a modernidade, gostaríamos de mostrar que, desde seu princípio, o pensamento grego moldou a matriz de um regime de governo cujos axiomas básicos e princípios diretores o direito político conservou no transcurso dos séculos e até hoje, não obstante suas diversas evoluções (GOYARD-FABRE, 2003. p. 13).

<sup>149</sup> BOBBIO, 1997. p. 24.

Mas a representação, como técnica de organização do Estado Democrático, não se justifica apenas pela valoração negativa que Montesquieu atribui ao povo, devido a essa incapacidade do povo de governar-se por si mesmo. Salieta Paulo Bonavides, pois, que “razões de ordem prática fazem do sistema representativo condição essencial para o funcionamento do Estado moderno”.<sup>150</sup>

Deveras, o Estado moderno já não é o Estado-Cidade de outrora, mas o Estado-Nação, de grande superfície territorial. Assim sendo, não se mostra possível ao Estado moderno adotar técnica de conhecimento e captação da vontade dos cidadãos semelhante àquela que se consolidava nas cidades gregas. É difícil imaginar nos tempos atuais o tumulto que seria reunir em praça pública toda a massa do eleitorado, todo o corpo de cidadãos, para fazer as leis, para administrar. Assevera o professor Bonavides que:

O homem da democracia direta, que foi a democracia grega, era integralmente político. O homem do Estado moderno é homem apenas acessoriamente político, ainda nas democracias mais aprimoradas, onde todo um sistema de garantias jurídicas e sociais faz efetiva e válida a sua condição de ‘sujeito’ e não apenas ‘objeto’ da organização política.<sup>151</sup>

Ressalte-se, contudo, que os eleitores, quando escolhem alguém em eleição, exercem sem intermediário a sua vontade. No entanto, a democracia, aí, não é direta, ainda que o seja a eleição. O que faz ser direta, ou indireta a democracia, é o fato de haver ou não haver, interposição de outra vontade, por mínima que seja. “A escolha de alguém que faça a regra jurídica ou que delibere sobre a adoção dela, ou que seja autônomo no executar, já é estranho e incompatível com todo o conceito de democracia direta”.<sup>152</sup>

Tecnicamente, diz-se que na democracia representativa o povo concede um *mandato* a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando.

---

<sup>150</sup> BONAVIDES, 2003. p. 272.

<sup>151</sup> BONAVIDES, 2003. p. 273.

<sup>152</sup> MIRANDA, Pontes. 2002. p. 215.

Há, porém, alguns institutos<sup>153</sup>, que embora considerados por alguns autores como característicos da democracia direta, não dão ao povo a possibilidade de ampla discussão antes da deliberação, sendo por isso classificados pela maioria como representativos da democracia semidireta.<sup>154</sup> Tais institutos são o *referendum*, o *plebiscito*, a *iniciativa popular*, o *veto popular*, o *recall*.<sup>155</sup>

Nessa esteira, salienta Darcy Azambuja que a democracia semidireta<sup>156</sup> se trata de uma aproximação da democracia direta. É um sistema misto, pois guarda as linhas gerais do regime representativo, mas tem o poder de intervir, às vezes, diretamente na elaboração das leis e em outros momentos decisivos do funcionamento dos órgãos estatais.<sup>157</sup> Pontes de Miranda, ao contrário, não admite a classificação de democracia semidireta, sendo categórico ao afirmar que:

A principal classificação das democracias é em democracia direta e democracia indireta. Os dois conceitos são precisos e distintos. Não há democracia direta-indireta. O que se pode dar é a mistura das duas, sem se fundirem. Combinam-se, sem qualquer produção de terceira classe de democracia.<sup>158</sup>

Compreendido o significado de democracia nas suas diversas extensões, é possível concluir que não há que se falar em efetiva proteção dos direitos humanos em sistemas antidemocráticos, uma vez que a função legitimadora de tais governos consiste, na verdade, na realização plena destes direitos.

---

<sup>153</sup> A Constituição pátria prevê os institutos da democracia semidireta no art. 14, *in verbis*: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988).

<sup>154</sup> DALLARI, 2002. p. 153.

<sup>155</sup> O *referendum* consiste na consulta a *posteriori* à opinião pública para a introdução de uma emenda constitucional ou mesmo de uma lei ordinária, quando esta afeta um interesse público relevante. O *plebiscito* consiste numa consulta prévia à opinião popular. A *iniciativa* confere a um certo número de eleitores o direito de propor uma emenda constitucional ou um projeto de lei. Pelo *veto popular* dá-se aos eleitores, após a aprovação de um projeto pelo Legislativo, um prazo, geralmente de sessenta dias, para que requeiram a aprovação popular. O *recall* é uma instituição norte-americana, que tem aplicação em duas hipóteses diferentes: ou para revogar a eleição de um legislador ou funcionário eletivo, ou para reformar decisão judicial sobre constitucionalidade de lei (DALLARI, 2002. pp. 153-155).

<sup>156</sup> No Brasil e em vários outros Estados (Portugal, França, Itália, Áustria, Alemanha, Suécia), adotou-se a democracia semidireta como forma de harmonizar a soberania popular com a democracia representativa (JAYME, 2005. p. 30).

<sup>157</sup> AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 37. ed. Globo: São Paulo, 1997pp. 223-224.

<sup>158</sup> MIRANDA, Pontes, 2002. pp. 214-215.

No plano jurídico, a relação entre direitos humanos e democracia está demonstrada nos preâmbulos da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e da Convenção Americana dos Direitos Humanos. A Declaração Universal dos Direitos do Homem afirma que “todos os seres humanos nascem livres em dignidade e direitos”. A Convenção Americana de Direitos Humanos ressalta que a implantação de “um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais”, ocorrerá dentro do quadro das instituições democráticas.<sup>159</sup>

Também a União Européia passa a incluir na agenda de suas preocupações a questão da consolidação da democracia e do respeito aos direitos humanos na região. Em face das cláusulas democráticas e de direitos humanos, como condição imperativa para que um Estado pertença à União Européia, destaca-se o respeito aos direitos humanos, à democracia e à qualidade de Estado de Direito.<sup>160</sup>

Nesse passo, a proteção dos direitos humanos, no âmbito do Mercosul – do qual o Brasil é integrante - Bolívia e Chile, compreende a proteção em caráter primário, no âmbito das jurisdições internas, e as obrigações internacionais decorrentes da adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos, inclusive com a aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana por parte de todos os Estados-membros do Mercosul e membros associados. A participação plena no sistema interamericano é sinal claro da disposição desses Estados em garantir padrões internacionais de respeito aos direitos humanos.<sup>161</sup>

Cançado Trindade ressalta que o diálogo em escala universal gerado pela convocação e realização da II Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena, em junho de 1993, tem realçado a importância da interrelação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos. Já não mais se tratava de continuar

---

<sup>159</sup> JAYME, 2005. pp. 26-27.

<sup>160</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 50.

<sup>161</sup> SABÓIA, Gilberto Vergne. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 168.

considerando estes elementos individualmente, mas sim, de aprofundar o exame de sua interrelação e suas conseqüências práticas.<sup>162</sup>

Não se pode perder de vista, porém, que a democracia relaciona-se com a totalidade dos direitos humanos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. No dizer de José Luiz Quadros de Magalhães, é impossível “o tratamento estanque dos vários grupos de direitos que compõem os direitos humanos”<sup>163</sup>. No mesmo sentido, adequada a lição de Cançado Trindade:

Tendo presente a importância permanente dos direitos civis e políticos, cabe ir mais além, porquanto a consideração das relações entre a democracia e os direitos humanos não há de confinar-se à vigência tão-só daquela “categoria” de direitos. É o que nos recomenda a concepção, hoje universalmente aceita, da interrelação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos. Assim, o tema em questão há de ser considerado igualmente à luz dos direitos econômicos, sociais e culturais. Tomando-o, de início, à luz dos direitos políticos, há que se convir que a democracia não se reduz à realização de eleições. A legitimidade destas resultantes há de contar com as práticas democráticas subseqüentes. As eleições são um componente da democracia, que nelas naturalmente não se esgota, porque esta requer ademais o *Estado de Direito*, o governar para o bem comum, com a participação de toda a sociedade civil e com leis justas.<sup>164</sup>

No Brasil e em muitos países latino-americanos as eleições não têm sido encaradas como um meio para a prestação de serviço à comunidade, mas, ao contrário, como simples meio para a tomada de poder. O poder passou a abrigar práticas escusas e antidemocráticas, abusos de corrupção desenfreada e alimentada pela impunidade, escândalos, ameaçando a própria governabilidade, formação e concentração de

---

<sup>162</sup> No tocante ao primeiro componente da tríade, no transcurso do processo preparatório da Conferência de Viena se identificaram os seguintes elementos. Considerados essenciais da democracia: existência de instituições que garantam a observância dos direitos humanos e o Estado de Direito; Poder Executivo periodicamente eleito, em eleições independentes com rotação no poder, e respeito pela vontade popular como base da legitimidade do governo; Poder Legislativo periodicamente eleito, e pluralista; Poder Judiciário independente, capaz de controlar a legalidade dos atos legislativos e administrativos (inclusive para assegurar a vigência dos direitos básicos); a separação dos Poderes, com o Executivo apto a prestar contas ao Legislativo e sujeito ao controle jurisdicional; existência de instituições adicionais de controle; o pluralismo ideológico; a liberdade de associação (especialmente dos trabalhadores); a satisfação das necessidades humanas básicas (alimentação, moradia, vestuário, educação, trabalho) na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais; a fiscalização e exigência de responsabilidade das autoridades; a assistência judiciária para assegurar o acesso de todos à justiça (prevalência das garantias do devido processo, e proteção judicial); a liberdade de imprensa; o respeito pelos direitos das minorias (inclusive diferentes religiões, e povos indígenas), com mecanismos que garantam sua participação política, e medidas especiais de assistência. (TRINDADE, 1991. pp. 204-205l).

<sup>163</sup> ROBERT; MAGALHÃES, 2002. p. 205.

<sup>164</sup> TRINDADE, 1991. p. 235.

grande riqueza nas mãos de poucos, em contraposição a um empobrecimento crescente da grande maioria da população.<sup>165</sup>

A isto se soma o descrédito generalizado da população na política, o que aumenta ainda mais o número de partidos de alugueis e, em conseqüência, a falta de fiscalização dos eleitos e de participação da sociedade civil na supervisão do exercício de poder.

Todavia, aponta-se hoje o fenômeno da globalização como a causa principal dos desafios atuais à democracia, tanto na dimensão ético-procedimental quanto na dimensão substantiva da participação, solidariedade coletiva e cidadania ativa.<sup>166</sup> No mesmo sentido, alerta José Luiz Quadros de Magalhães que outro aspecto importante referente a problemas atuais “[...] diz respeito à internacionalização da economia e à mudança dos centros de poder decisional sobre questões políticas e econômicas”.<sup>167</sup>

A ninguém é possibilitado desconsiderar que o cenário internacional tem-se transformado com uma velocidade impressionante nos últimos anos, impulsionado, sobretudo, a partir do final da guerra fria com a simbólica queda do Muro de Berlim, surgindo então um modelo liberal da economia de mercado internacional, assentado sobre um sistema internacionalizado de produção em larga escala e mercado de consumo.

Cumprе ressaltar, seguindo as idéias de Wagner Menezes, que esta nova realidade internacional não decorre de um único fato isolado, mas de vários fatores conjugados, como os propiciados pelos avanços tecnológicos nas áreas de comunicação e tecnologia de informação, como a telefonia, a informática e pela *internet*, vindo a dinamizar sobremaneira as relações humanas entre indivíduos dos mais distantes lugares do mundo, o surgimento de novos atores internacionais como organizações internacionais (ONU, OMC), blocos econômicos (MERCOSUL, UNIÃO EUROPEIA, NAFTA) e ONG´S, e na transferência do poder soberano estatal até

---

<sup>165</sup> TRINDADE, 1991. pp. 204-205.

<sup>166</sup> VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**. Record. Rio de Janeiro, 2001. p. 255.

<sup>167</sup> ROBERT; MAGALHÃES, 2002. p. 213.



então absoluto para corporações econômicas, que atuando em conjunto influem diretamente na pauta de discussão da sociedade internacional.<sup>168</sup>

O primeiro fenômeno da globalização refere-se a formação dos blocos regionais, com objetivos econômicos e políticos. O segundo movimento verificado no processo de globalização está associado aos direitos humanos. As violações de direitos humanos, em uma parte do mundo têm sido sentidas, cada dia mais, como algo inadmissível. O estabelecimento de parâmetros jurídico-morais comuns e a embrionária formação de uma sociedade civil internacional, por sua vez, são responsáveis pelo estabelecimento de uma solidariedade internacional cada vez maior.

Por fim, a expansão do mercado internacional, a hegemonia do pensamento econômico-liberal e a proximidade provocada pelos meios de comunicação, têm sido responsáveis pela redução do papel do Estado e o realinhamento de suas instituições, em conformidade com o figurino ditado pelas instituições financeiras internacionais, pelos detentores do capital transnacional, assim como pela política expansionista das economias centrais.

“É preciso, portanto, existir um vetor em direção contrária à hegemonia econômica e à lógica perversa da acumulação de capital. Esse vetor é a efetivação dos direitos humanos [...]”.<sup>169</sup> Veja-se, a respeito, a lição de José Luiz Quadros de Magalhães:

É necessário levar, para o plano internacional, a idéia de condicionamento das políticas econômicas e da ordem econômica internacional aos valores refletidos pelos textos internacionais de direitos humanos, assim como ocorre no plano interno. As respostas para estas questões muitas vezes têm que ser retiradas da vivência, do debate e da reflexão, para que possamos construir mecanismos eficazes de implementação de direitos humanos, que correspondam às constantes modificações socioeconômicas de nosso tempo. Devemos discutir sobre a necessidade de construção de um modelo constitucional que crie mecanismos de comunicação e, portanto, de discussão, que permita à população, aos cidadãos de uma comunidade, encontrar as suas próprias respostas para os seus problemas diários e suas expectativas, estando o Poder e a estrutura administrativa estatal a serviço

---

<sup>168</sup> MENEZES, Wagner. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Internacional e da Integração**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 92.

<sup>169</sup> FREIRE JUNIOR, 2005. p. 33.

destas transformações permanentes legitimadas pelo processo democrático constitucionalmente assegurado.<sup>170</sup>

Todas essas necessidades políticas e sociais, surgidas ao longo da evolução histórica das nações, passaram a reclamar uma resposta mais efetiva do Estado na tutela dos *direitos humanos*, o qual foi se revelando incapaz de oferecer os mecanismos necessários à proteção a tais direitos no âmbito interno, levando a uma crescente tendência mundial de normatização dos *direitos humanos* para além das fronteiras nacionais.

---

<sup>170</sup> ROBERT; MAGALHÃES, 2002. p. 215.

### **3 OS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A RELATIVIZAÇÃO DAS SOBERANIAS NACIONAIS**

Após a Segunda Grande Guerra Mundial, os direitos humanos são revestidos de um aspecto internacionalizante. O espaço de reivindicação dos direitos pelos cidadãos evoluiu da esfera geográfica restrita de um Estado, para a esfera global, a chamada Comunidade Internacional.

A internacionalização dos direitos humanos consistiu, assim, em uma retomada dos valores éticos e dos princípios destruídos pela guerra, permitindo, por conseguinte, a formação de um sistema normativo internacional de proteção desses direitos, que passou a produzir instrumentos de âmbito global e regional que efetivassem sua tutela e aplicação.

Nesse novo cenário mundial, de internacionalização dos direitos humanos, faz-se necessária a discussão sobre as relações entre o Direito Internacional e o direito interno – já que se vive em tempo de globalização marcado por crescente integração entre as nações, o que exige harmonização dos diversos sistemas jurídicos que desta forma passaram a se relacionar mais proximamente -, ainda, conceituar os tratados internacionais, considerados com a principal fonte do Direito Internacional e, por fim, enfrentar a questão da corrosão do conceito tradicional de soberania absoluta do Estado, temas que serão analisados a seguir.

#### **3.1 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DA RUPTURA À RECONSTRUÇÃO**

O processo de internacionalização dos direitos humanos perpassa pelo exame da idéia de “crise dos direitos humanos”<sup>171</sup>. É o que se depreende da substancial

---

<sup>171</sup> LAFER, 1999. p. 118.

análise que fez Celso Lafer acerca do processo de ruptura e de reconstrução dos direitos humanos, a partir de uma leitura arendtiana:

O valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. É por essa razão que a análise da ruptura – o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental – passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o “estado totalitário de natureza”. Este “estado de natureza” não é um fenômeno externo, mas interno à nossa civilização, geradora de selvageria, que tornou homens sem lugar no mundo.<sup>172</sup>

A “crise dos direitos humanos” remonta à grande crise econômica de 1928-1929, especialmente nos Estados Unidos da América, consequência direta da relação entre a produção e a repartição, fato que demonstrou a fragilidade do mundo liberal e suscitou a questão da introdução do direito econômico como outro elemento essencial dos Direitos Humanos.<sup>173</sup> Esta crise fez aumentar a influência da idéia fascista do Estado Totalitário já introduzido na Itália da década de 20 e emergente na Alemanha e em outros Estados na década de 30.

Pouco tempo depois, o mundo viu estarecido o maior conflito armado que se havia imaginado, levando à morte milhares de pessoas. Não há como esquecer os fatos que marcaram a Segunda Guerra Mundial, caracterizados pela destruição e pela descartabilidade da pessoa humana, isto é, da própria vida: o sacrifício da população soviética, a perseguição violenta e genocida dos judeus em toda a Europa, e o episódio das bombas nucleares norte-americanas sobre Hiroshima e Nagasaki, no Japão, que se caracterizou por uma catástrofe de grandes proporções.

Todas essas atrocidades e horrores foram produções humanas. O mesmo homem que durante séculos lutou pelo reconhecimento jurídico do valor da pessoa humana, mostrava o seu poder de destruição, levando os direitos humanos a um estado deplorável em vastas extensões territoriais.

Segundo leciona Celso Lafer, a barbárie do totalitarismo representou a *ruptura* do paradigma dos direitos humanos. Nesse cenário, emerge a necessidade de

---

<sup>172</sup> LAFER, 1999. p. 118.

<sup>173</sup> ROBERT; MAGALHÃES, 2002. p. 178.

*reconstrução* desses direitos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral.<sup>174</sup>

Sem dúvida, após a Segunda Guerra Mundial o mundo não era o mesmo. Os direitos humanos sofreram violações nos quatro cantos do planeta. Tornava-se urgente a reconstrução de tais direitos. Assim, a Segunda Guerra Mundial caracterizou a ruptura dos direitos humanos e o pós-guerra a tentativa de sua reconstrução.

Da dicotomia *ruptura x reconstrução* dos direitos humanos, nasce a idéia de que a proteção destes direitos não deve se reduzir ao âmbito interno de um Estado, uma vez que revela tema de legítimo interesse internacional. Nesse cenário, a necessidade de uma ação internacional mais eficaz na proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de *internacionalização*<sup>175</sup> dos mesmos, que culminou na criação da sistemática de proteção internacional, em que se faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional.

Parte-se da premissa de que, sendo o principal papel do Estado a tutela dos direitos básicos de seus cidadãos, a ocorrência de violações em proporções acima de uma média razoável e tolerável, reclama a imposição de seu imediato dever de reparação, sob pena de se esvaziar a própria razão legitimadora de sua existência, quando, então, estar-se-ia diante da falência estatal.

Para Flávia Piovesan, a concepção de que a proteção dos *direitos humanos* não deve se restringir a competência nacional ou à jurisdição doméstica exclusiva, fez surgir duas importantes conseqüências:

1ª) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados; 2ª) a cristalização

---

<sup>174</sup> LAFER, 1999. pp. 153-154.

<sup>175</sup> Esses são os ensinamentos de Flávia Piovesan. (PIOVESAN, 1994. p. 27).

da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito.<sup>176</sup>

Na mesma linha, Antônio Augusto Cançado Trindade esclarece que já não se tratava de proteger indivíduos sob certas condições ou em situações circunscritas como no passado (por exemplo, a proteção de minorias, de habitantes de territórios sob mandato, de trabalhadores sob as primeiras convenções da OIT), mas de proteger o ser humano como tal.<sup>177</sup>

Ao longo dos anos passariam a coexistir inúmeros instrumentos internacionais de proteção, de origens, natureza e efeitos jurídicos distintos ou variáveis (baseados em tratados e resoluções), de diferentes âmbitos de aplicação (nos planos global e regional), distintos também quanto aos seus destinatários ou beneficiários (tratados ou instrumentos gerais e setoriais), e quanto a seu exercício de funções e a seus mecanismos de controle e supervisão. E quando as vias internas ou nacionais se mostram incapazes de assegurar a salvaguarda dos direitos humanos, devem ser acionados os instrumentos internacionais de proteção.<sup>178</sup>

No âmbito positivo, o marco deste processo de internacionalização dos direitos humanos é a Declaração Universal de 1948, que após a Segunda Guerra Mundial, vem a consagrar um consenso sobre valores de cunho universal, que afirma no seu art. 1º que “[...] *todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade*”.<sup>179</sup>

Nas exatas lições de Flávia Piovesan, “A Declaração Universal de 1948 combina o discurso liberal da cidadania com o discurso social, elencando tanto direitos civis e políticos, como direitos sociais, econômicos e culturais”. Tal instrumento, como demonstramos no primeiro capítulo, introduz a concepção contemporânea dos direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos.

---

<sup>176</sup> PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19.

<sup>177</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 23.

<sup>178</sup> TRINDADE, 2000. p. 24.

<sup>179</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada.<sup>180</sup> A respeito da “universalização” dos direitos humanos, pertinentes as palavras de José Augusto Lindgren Alves:

As afirmações de que a Declaração Universal é documento de interesse apenas ocidental, irrelevante e inaplicável em sociedades com valores histórico-culturais distintos, são, porém, falsas e perniciosas. Falsas porque todas as Constituições nacionais redigidas após a adoção da Declaração pela Assembleia Geral da ONU nela se inspiram ao tratar dos direitos e liberdades fundamentais, pondo em evidencia, assim, o caráter hoje universal de seus valores. Perniciosas porque abrem possibilidades à invocação do relativismo cultural como justificativa para violações concretas de direitos já internacionalmente reconhecidos. Se, na consideração dos direitos humanos, os ocidentais privilegiam o enfoque individualista, e os orientais e socialistas o enfoque coletivista, se os ocidentais dão mais atenção às *liberdades fundamentais* e os socialistas aos *direitos econômicos e sociais*, os objetivos teleológicos de todos são essencialmente os mesmos. O único grupo de nações que ainda tem dificuldades para a aceitação jurídica de alguns dos direitos estabelecidos na Declaração Universal e sua adaptação às respectivas legislações e práticas nacionais é o dos países islâmicos, para quem os preceitos da lei corânica extravasam o foro íntimo, religioso, dos indivíduos, com incidência no ordenamento secular da comunidade. Embora diferentes escolas muçulmanas defendam diferentes soluções para esse problema, o que tem funcionado na prática, em nível geral de compatibilização jurídico-religiosa, é a concepção dos direitos humanos como um núcleo essencial de direitos, que permite diferenças na forma de sua aplicação.<sup>181</sup>

Muitos preceitos da Declaração Universal foram, aos poucos, incorporados a Tratados Internacionais, que possuem, por sua própria natureza, força jurídica vinculante, o que será objeto de análise ainda nesse capítulo.

Nesse sentido, merecem destaque os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Em 1950 se firmou na Europa o Convênio para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, equivalente no âmbito europeu ao Pacto de Direitos Civis e Políticos

---

<sup>180</sup> PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, ano 3, n.º 09, out/dez 1994. p. 27.

<sup>181</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003. pp. 4-5.

da ONU, posteriormente completado com a Carta Social Européia, subscrita em Turim no ano de 1961, que corresponde ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas.<sup>182</sup>

Formou-se, assim, gradualmente, um complexo *corpus iuris*, em que, no entanto, a unidade conceitual dos direitos humanos veio a transcender tais diferenças, inclusive quanto às distintas formulações de direitos nos diversos instrumentos. Esse *corpus iuris* em expansão veio a configurar-se como uma nova disciplina da ciência jurídica contemporânea, dotada de autonomia, o *Direito Internacional dos Direitos Humanos*.<sup>183</sup>

Mas não se pode perder de vista a importância da Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, de 14 a 25 de junho de 1993. Consoante se infere dos ensinamentos de José Augusto Lindgren Alves:

Observadas as especificidades das respectivas matérias, a Conferência de Viena foi para os direitos humanos o que a Rio-92 foi para o meio ambiente. A mobilização terá contribuído substantivamente para consolidar e difundir a importância desses “temas globais”, de interesse para toda a humanidade. Os marcos referenciais para o trabalho nacional e internacional sobre ambos, contudo, são os documentos de caráter governamental delas emanados: a Agenda 21, da Conferência do Rio de Janeiro, para o meio ambiente, e o desenvolvimento, e a Declaração e o Programa de Ação de Viena, para os direitos humanos.<sup>184</sup>

Com um preâmbulo de 17 parágrafos, uma parte operativa conceitual de 39 artigos e um programa de ação com 100 parágrafos recomendatórios, a Declaração de Viena é o documento mais abrangente adotado consensualmente pela comunidade internacional sobre o tema. Não seria demasiado afirmar, corroborando o entendimento de do citado autor, que foi a Declaração de Viena que conferiu caráter efetivamente universal aos direitos definidos na Declaração Universal dos Direitos

---

<sup>182</sup> LUNO, 2004. p. 42.

<sup>183</sup> TRINDADE, 2000. p. 27.

<sup>184</sup> Ao longo de todo o período preparatório da Conferência, a situação internacional deteriorou-se significativamente. A vitória aliada na Guerra do Golfo não trouxe estabilidade à região; a Iugoslávia esfacelou-se em conflitos armados; o fim da União Soviética aumentou a instabilidade internacional; o fundamento religioso ganhou novos adeptos; a crise econômica internacional agravou-se; o desemprego cresceu e o racismo xenofóbico europeu tornou-se mais ameaçador. (ALVES, 2003. p. 24).



Humanos, ao que o mencionado autor denomina de “reafirmação da universalidade dos direitos humanos, acima de quaisquer particularismos”.<sup>185</sup>

Além desse relevante significado, outro intento da Declaração de Viena foi o de conseguir superar o relativismo cultural ou religioso existente entre os países ocidentais e orientais, ao afirmar, no art. 1º: “A natureza universal de tais direitos e liberdades não admite dúvidas”. Quanto às peculiaridades de cada cultura, são elas tratadas no art. 5º, onde se registra que as peculiaridades históricas, culturais e religiosas devem ser levadas em consideração, mas os Estados têm o dever de promover e proteger *todos* os direitos humanos, independentemente dos respectivos sistemas.<sup>186</sup>

O reconhecimento da legitimidade da preocupação internacional com a promoção e a proteção dos direitos humanos foi estabelecida no art. 4º da Declaração, confirmando, de toda sorte, o entendimento de que os direitos humanos extrapolam às fronteiras reservadas dos Estados, desconsiderando o conceito absoluto de soberania para encobrir eventuais violações.

Em função do que foi exposto, pode-se concluir que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 e Declaração de Viena, de 1993, representam um avanço substancial para a causa dos direitos humanos. E o processo de internacionalização dos direitos humanos permitiu, por sua vez, a formação de um sistema normativo internacional de proteção destes direitos, marcado pela coexistência do sistema global com o sistema regional.

A lição de Norberto Bobbio sintetiza muito bem o processo de evolução dos direitos humanos – positivação, constitucionalização e internacionalização – quando conclui que:

---

<sup>185</sup> ALVES, 2003. p. 27.

<sup>186</sup> ALVES, 2003. p. 27.

[...] os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.<sup>187</sup>

Pensando na proteção dos direitos humanos como um corolário de medidas suficientes para garantir o pleno desenvolvimento do homem em seus múltiplos aspectos, quais sejam, o econômico, o cultural e o social, foi construída uma verdadeira doutrina internacional que pode ser dividida em duas etapas cronologicamente delimitadas como se constatou: a primeira nos primeiros anos do pós-guerra e uma segunda nas décadas seguintes.

Faz-se necessária, assim, a implementação e efetivação desses direitos mediante a criação de uma sistemática normativa internacional de proteção dos direitos humanos, como se verá a seguir.

### 3.2 O SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: A COMPLEMENTARIDADE DOS SISTEMAS GLOBAL E REGIONAIS

A proteção dos direitos humanos no plano internacional adquire, sem dúvida, uma nova proporção após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 1948. Com esse documento<sup>188</sup>, somado aos dois pactos de direito – Pacto de Direitos Civis e Políticos e Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – ambos aprovados em 1966, os direitos humanos consagrados no sistema da Organização das Nações Unidas (ONU) passam a repercutir em todos os continentes.

---

<sup>187</sup> BOBBIO, 1992. p. 30.

<sup>188</sup> O Significado da Declaração decorre dos próprios objetivos da criação das Nações Unidas, relacionados com a reconstrução da ordem mundial fundada em novos conceitos de direito internacional, que se contrapusessem à doutrina da soberania nacional absoluta e à exacerbação do Positivismo Jurídico, que possibilitaram o desenvolvimento de regimes políticos baseados na hipertrofia estatal e conseqüente repúdio do fundamento jusnaturalista dos direitos humanos (WEIS, 1995. p. 68).

Forma-se o sistema normativo global de proteção internacional dos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas. Paralelamente à iniciativa da Organização das Nações Unidas, foram constituídos, no ocidente, sistemas regionais de proteção destes direitos, sendo o europeu e o americano os que mais evoluíram desde então, estando ainda incipiente a implantação dos sistemas regionais da África e do mundo árabe, cada um, entretanto, com seu aparato jurídico próprio.<sup>189</sup>

O sistema americano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos (também chamada Pacto de San José da Costa Rica, de 1969), que estabelece a Comissão Americana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. Já o sistema europeu conta com a Convenção Européia de Direitos Humanos (1950), que estabelece a Comissão e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Por fim, o sistema africano apresenta como principal instrumento a Carta Africana de Direitos Humanos (1981).

O sistema global, por meio das suas normas e mecanismos de proteção, possui uma esfera de atuação mais ampla, ao passo que os sistemas regionais têm por premissas o âmbito geográfico mais restrito, embora haja uma tendência de complementação e uniformização de tais sistemas. Conforme leciona Flávia Piovesan:

[...] os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, ao revés, complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional.<sup>190</sup>

Este fenômeno veio a revelar a *complementaridade* dos instrumentos globais e regionais de proteção, reforçando-se mutuamente, e acarretando a extensão ou ampliação da proteção devida às supostas vítimas, pois, como ressalta Cançado Trindade:

Descartou-se, desse modo, no plano horizontal, qualquer pretensão antagonismo entre soluções nos planos global e regional, fazendo-se uso do Direito Internacional, no presente domínio, para ampliar, aprimorar e fortalecer a proteção dos direitos reconhecidos. Descartou-se, igualmente,

---

<sup>189</sup> JAYME2005. p. 63.

<sup>190</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos humanos: desafios e perspectivas. e o direito brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. n.º 2, jan/fev/mar 2003. p. 90.

no plano vertical, o velho debate acerca da primazia das normas do Direito Internacional ou do direito interno, por se mostrarem estes em constante interação no presente domínio de interação.<sup>191</sup>

A esse respeito, José A. Lindgren Alves pondera que - contrariando a tese de que a consideração de um caso ou situação por um mecanismo excluiria a possibilidade de ação por outro – hoje é aceita a idéia de *cumulatividade* de ambos os sistemas, de maneira que podem e devem atuar simultaneamente para reforçar o controle internacional sobre violações dos direitos humanos. E isto é válido precisamente em função das distintas naturezas de cada um.<sup>192</sup> Tudo com vista a assegurar a máxima efetividade dos diversos instrumentos de tutela dos direitos humanos.

Enfim, o Direito Internacional dos Direitos humanos, com seus inúmeros instrumentos, não pretende substituir o sistema jurídico de cada país. Ao contrário, situa-se como direito paralelo e suplementar ao direito nacional, visando superar e corrigir suas omissões e deficiências. Em vista de sua própria função legitimadora, cabe ao Estado a responsabilidade primária pela proteção desses direitos, ao passo que a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária. Os procedimentos internacionais têm, assim, natureza subsidiária, constituindo garantia adicional de proteção dos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais.

Passemos, pois, à análise de cada um deles.

### **3.2.1 O sistema global e os instrumentos internacionais de proteção**

No tópico anterior viu-se que os sistemas global e regional são complementares, não obstante cada um deles possua instrumentos e mecanismos distintos. O sistema global é composto pela Declaração Universal de 1948, pelo Pacto Internacional

---

<sup>191</sup> TRINDADE, 2000. p. 26.

<sup>192</sup> ALVES, 2003. p. 75.

sobre Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Na lição de José Augusto L. Alves:

[...] Pedra fundamental do sistema, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o primeiro documento a estabelecer internacionalmente os direitos inerentes a todos os homens e mulheres, independentemente das situações particulares de cada um, que devem ser observados em todo o mundo. Os dois Pactos, por sua vez, complementam a Declaração de 1948, conferindo aos direitos nela estabelecidos a força de obrigação jurídica que os respectivos Estados-partes se comprometem, voluntária e solenemente, a implementar. O conjunto dos três instrumentos configura o que, nas línguas latinas, por analogia com a Carta das Nações Unidas, é denominado Carta Internacional dos Direitos Humanos e, na língua inglesa, por analogia com documentos nacionais equivalentes, britânicos e norteamericanos, é chamado *International Bill of Human Rights*.<sup>193</sup>

Proclamada pela Assembléia Geral<sup>194</sup> em 10 de dezembro de 1948, em Paris, a Declaração Universal dos Direitos Humanos representou, no plano global, a primeira iniciativa no sentido de proteção universal dos direitos humanos e definiu, pela primeira vez em nível internacional, os direitos humanos e liberdades fundamentais – noções até então difusas, tratadas apenas de maneira não-uniforme, em declarações e legislações nacionais.<sup>195</sup>

Não se pode negar, pois, o caráter de universalidade<sup>196</sup> que pretendeu conferir a Declaração de 1948 aos direitos humanos. Dispunha-se a constituir um padrão

<sup>193</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997. p. 24.

<sup>194</sup> [...] Adquire, à primeira vista, a aparência de exemplo edificante de conciliação e espírito construtivo por parte das nações que, unidas, saíram vitoriosas da II Guerra Mundial. Na realidade as divergências foram amplas dentro do próprio comitê de redação, composto por representantes dos Estados Unidos, China (Nacionalista), Líbano, Austrália, Chile, França, Reino Unido e União Soviética, perduraram durante a consideração do projeto em instâncias superiores. A flexibilização de posições não se deu por razões altruísticas, mas por interesses próprios. A URSS, insatisfeita com a preponderância das liberdades civis “ocidentais”, evitava apoiar com maior ênfase os direitos econômicos e sociais para não ameaçar sua postura intransigente a propósito da intangibilidade da soberania nacional. Os representantes dos países ocidentais, por sua vez, não viam maiores inconvenientes nos direitos “socializantes” à instrução gratuita, alimentação, moradia, assistência médica e serviços sociais, por se adequarem aos ideais do *Welfare State*, que então despontava. Quanto à adoção de tão importante documento pela Assmbleía Geral rapidamente e sem votos contrários, com apenas oito abstenções, ela se deveu, sobretudo, a seu formato de manifesto, não-obrigatório pelo ângulo jurídico habitual (...) A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Resolução 217 A (III), da Assembléia Geral, em 10/12/48, por 48 votos a zero, com as abstenções da África do Sul, Arábia Saudita, Bielorrússia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética. (ALVES, 2003. p. 47).

<sup>195</sup> ALVES, 2003, p. 46.

<sup>196</sup> Com destinação universal, necessariamente acomodatória dos diferentes valores de comunidades díspares, a redação da Declaração de 1948 é enxuta e secular, desprovida de referências metafísicas. Ela é resultado de um trabalho admirável de negociações diplomáticas, de que

comum a todas as culturas. Entretanto, adverte José Augusto L. Alves que “contrariamente ao que se costuma afirmar, a Declaração não apresenta um ‘mínimo denominador comum’ de distintos sistemas e culturas. Ela se proclama o ‘ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações’”<sup>197</sup>. Significa dizer que, apesar do caráter universal vão se admitir nuances em cada país dentro de uma esfera razoável do proporcional.

Os direitos definidos na Declaração Universal costumam ser relacionados, inclusive pelas Nações Unidas, em duas categorias: os civis e os políticos, correspondentes aos Artigos 3º e seguintes até o 21 e, os econômicos, sociais e culturais, do Artigo 22 ao 28.<sup>198</sup>

Enquanto a Declaração Universal foi redigida e adotada em menos de três anos, o termo *a quo* de vigência no plano internacional dos dois Pactos que a sucederam e que compõem o sistema global, conferindo-lhe a força obrigatória de ato jurídico conforme o Direito Internacional, exigiu trinta anos. A justificativa repousa nas naturezas<sup>199</sup> distintas dos documentos integrantes da Carta, segundo leciona José Augusto L. Alves:

---

participaram nomes como os do francês RENÉ CASSIN, do canadense JOHN HUMPHKEY, do libanês CHARLES MALIK e do chinês (nacionalista) P. C. CHANG, sob a presidência de ELEANOR ROOSEVELT – o qual, com seu New Deal e seus discursos, foi o primeiro líder dos aliados a ressaltar a importância dos direitos humanos para a reconstrução de uma ordem internacional no mundo pós-Segunda Guerra. O resultado é tanto mais admirável porquanto nos trabalhos preparatórios da Declaração colidiam as visões jusnaturalistas e positivistas, religiosas e laicas, liberais e marxistas dos direitos humanos, tendo por pano de fundo a emergência da Guerra Fria. E essas visões distintas se faziam presentes na discussão de praticamente cada Artigo do projeto. Quanto à influência de FRANKLIN ROOSEVELT sobre o conteúdo final da Declaração, inclusive no que diz respeito à incorporação dos direitos econômicos e sociais no rol dos direitos humanos fundamentais – até hoje não reconhecidos oficialmente pelos Estados Unidos -, ela é claramente visível no segundo parágrafo do preâmbulo, que aponta as célebres “quatro liberdades” por ele anunciadas na Mensagem ao Congresso de 6 de janeiro de 1941 como “a mais alta aspiração do homem comum”: as liberdades de expressão e de fé, assim como as de “viver a salvo do medo e da necessidade” (ALVES, 1997. p. 27).

<sup>197</sup> A aceitação efetiva da Declaração de Direitos Humanos pelos países muçulmanos em geral ainda não é ponto pacífico sequer pela ótica doutrinária. E vem-se apresentando agora cada dia mais problemática em face da crescente onda de fundamentalismos religiosos e seculares que assola o mundo contemporâneo. (ALVES, 1997. p. 27).

<sup>198</sup> ALVES, 2003. p. 46.

<sup>199</sup> A questão da obrigatoriedade da Declaração Universal dos Direitos Humanos é até hoje debatida entre os doutrinadores. E isso porque, conforme a prática internacional, as declarações, em contraposição aos tratados, convenções, pactos e acordos, não têm força jurídica compulsória. Entretanto, para Flávia Piovesan, a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de

[...] A razão essencial para essa enorme diferença temporal reside precisamente nas naturezas distintas dos documentos integrantes da Carta: meramente orientadora e referencial no caso da Declaração Universal – como no de qualquer declaração – e juridicamente obrigatória no caso dos Pactos – como no de todos os tratados e convenções, cujos efeitos legislativos internacionais e domésticos exigem assinatura e ratificação dos Estados participantes.<sup>200</sup>

A idéia inicial era incluir em um único Pacto os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Tanto é que no início de suas atividades (de 1949 a 1951) a Comissão de Direitos Humanos da ONU<sup>201</sup> trabalhou em um único projeto de Pacto, que conjugava as duas categorias de direitos. Contudo, em 1951, a Assembléia Geral, sob a influência dos países ocidentais, determinou que fossem elaborados dois Pactos em separado, que deveriam ser aprovados e abertos para a assinatura simultaneamente, no sentido de enfatizar a unidade dos direitos neles previstos.<sup>202</sup> Somente em 1976, porém, os dois Pactos lograram obter o número de ratificações necessárias para sua entrada em vigor na esfera internacional.

Conquanto sejam distintos em função dos diferentes direitos de que tratam, ambos contêm algumas provisões semelhantes ou idênticas. A título exemplificativo, ambos os preâmbulos, praticamente com a mesma redação, estabelecem a “dignidade inerente a todos os membros da família humana”, reconhecendo que o ideal do ser humano livre pode realizar-se somente se forem criadas condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. São idênticos, nos dois Pactos, o Art. 1º - sobre o direito dos povos à autodeterminação -,

---

tratado internacional, apresenta força obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante dos arts. 1º e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalta que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo aos direitos humanos. Ademais, a natureza jurídica vinculante da Declaração Universal é reforçada pelo fato de – na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX – ter se transformado, ao longo dos quase cinquenta anos de sua adoção, em Direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 2004. p. 165).

<sup>200</sup> ALVES, 1997. p. 25.

<sup>201</sup> O principal órgão do sistema global é a *Comissão dos Direitos Humanos (CDH)*, criada pela Resolução 5(l) do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) em 1946. De *caráter governamental* e subordinada ao ECOSOC, a CDH teve, originalmente, dezoito Estados-membros. A composição foi aumentada em 1961 para 21; em 1966, para 43; em 1990, para 53. Esse alargamento reflete o aumento progressivo do número dos Estados-membros das Nações Unidas desde o final da Segunda Guerra Mundial, tanto em virtude do processo de descolonização, quanto em consequência da desintegração de Estados pré-existentes – fenômeno que caracteriza sobretudo estes tempos pós-Guerra Fria (ALVES, 2003. p. 73).

<sup>202</sup> PIOVESAN, 2004. p. 178.

o Art. 3º - pelo qual os Estados se comprometem a garantir aos homens e mulheres igualdade no gozo dos direitos de que trata o respectivo documento – e o Art. 5º - oriundo do último Artigo da Declaração, que visa a salvaguardar os direitos de cada Pacto contra ato danoso resultante de interpretação distorcida, e outros direitos fundamentais decorrentes de leis, regulamentos, convenções ou costumes, sob pretexto de que o respectivo Pacto não os consagre.<sup>203</sup>

O Pacto sobre Direitos Civis e Políticos é “o tratado que confere o caráter de obrigação legal internacional, para os Estados-partes, aos direitos humanos chamados de ‘primeira geração’ [...]”<sup>204</sup>, aqueles que historicamente foram reconhecidos inicialmente como direitos humanos pelos filósofos do Iluminismo e nas declarações norte-americanas de 1776 e francesa de 1779. Conforme se infere da literalidade das palavras de José Augusto L. Alves:

Configurando mais do que uma reiteração declaratória de tais direitos, os Estados que o ratificam assumem o compromisso formal de respeitá-los e garanti-los “a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição”, sem qualquer tipo de discriminação, por meio de medidas legislativas ou de outra natureza, assegurando recursos compensatórios efetivos às pessoas que tenham tido seus direitos violados, ainda que as violações decorram de atos praticados por pessoas investidas de funções oficiais.<sup>205</sup>

O mecanismo de implementação e efetivação do Pacto de Direitos Civis e Políticos é o Comitê dos Direitos Humanos, composto por 18 membros eleitos a título pessoal. Os Estados-partes dos Pactos se obrigam a “apresentar relatórios sobre as medidas adotadas para dar efeito aos direitos reconhecidos” no documento e “sobre os progressos realizados no gozo desses direitos” (Artigo 40, parágrafo 1º). Os relatórios são encaminhados ao Secretário-Geral das Nações Unidas, que os transmite ao Comitê (Artigo 40, parágrafo 2º). O Comitê é incumbido de estudar os relatórios, transmiti-los aos Estados-partes com os comentários gerais que considerar apropriados, e de reportar, por sua vez, ao ECOSOC (Artigo 40, parágrafo 4º).<sup>206</sup>

---

<sup>203</sup> ALVES, 1997. p. 35.

<sup>204</sup> ALVES, 1997. p. 35.

<sup>205</sup> ALVES, 1997. p. 35.

<sup>206</sup> ALVES, 2003. p. 53.



O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos é acompanhado de um *Protocolo Facultativo*, pelo qual os Estados que o ratifiquem reconhecem a competência do Comitê dos Direitos Humanos para receber e considerar queixas e comunicações pessoais.

Já o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é “o primeiro e único instrumento jurídico de abrangência genérica e escopo mundial a conferir obrigatoriedade à promoção e proteção dos direitos humanos de ‘segunda geração’”, aqueles reconhecidos como fundamentais pelo Iluminismo e consagrados como direitos pela primeira vez na Declaração Universal de 1948.<sup>207</sup> Diferem-se, portanto do primeiro Pacto porque:

[...] os Estados que o ratificam assumem o compromisso de assegurar progressivamente, “até o máximo de seus recursos disponíveis”, com esforços próprios ou com cooperação internacional, o pleno exercício, sem discriminações, dos direitos nele reconhecidos, podendo os países em desenvolvimento “determinar em que medida garantirão os direitos econômicos” [...] àqueles que não sejam seus nacionais” (Artigo 2º e parágrafos).<sup>208</sup>

O Brasil aderiu, sem reservas, ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais juntamente com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em 24 de janeiro de 1992, portanto, após a promulgação da Constituição Federal em vigor.

Além do sistema global de proteção dos direitos humanos, representado pela Declaração Universal de 1948, os sistemas regionais, em âmbito geográfico mais restrito, como o próprio nome indica, buscam assegurar e complementar a proteção de tais direitos, com vistas a conferir a máxima efetividade através de seus instrumentos.

---

<sup>207</sup> ALVES, 1997. p. 44.

<sup>208</sup> ALVES, 1997. p. 44.

### 3.2.2 O sistema regional interamericano de direitos humanos

Ao lado do sistema global de proteção dos direitos humanos, surge o sistema regional que busca internacionalizar os direitos humanos no plano regional, especialmente América, Europa e África.

Para Flávia Piovesan, “[...] o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos - garantindo os mesmos direitos – é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos [...]”. Acrescenta a citada autora que “[...] o que importa é o grau de eficácia da proteção e, por isso, deve ser aplicada a norma que no caso concreto melhor proteja a vítima”.<sup>209</sup>

Para José Augusto L. Alves “a *rationale* dos sistemas regionais se encontra na maior homogeneidade cultural e institucional de seus membros, que, em princípio, deveria propiciar maior efetividade a suas disposições e a seus mecanismos”.<sup>210</sup> Nesse passo, a existência dos sistemas regionais paralelamente ao sistema global visa fortalecer sua observância com dois níveis complementares de garantias, um deles mais próximo à comunidade na qual se aplica.

O sistema regional de proteção dos direitos humanos mais desenvolvido é o sistema europeu seguindo-se, logo após, o sistema americano e os incipientes sistemas árabe e asiático. Na perspectiva do nosso trabalho interessa o estudo do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, uma vez que este é aplicado diretamente no caso brasileiro.

Por um prisma histórico, o sistema interamericano nasce no momento em que os estados americanos, no livre exercício de suas soberanias, estruturam um sistema

---

<sup>209</sup> PIOVESAN, 2004. p. 222.

<sup>210</sup> ALVES, 1997. p. 270.

regional de promoção e proteção dos direitos humanos, mediante um processo<sup>211</sup> evolutivo consubstanciado na adoção de diferentes instrumentos internacionais.

Teve seu início formal em 1948, com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem<sup>212</sup>, aprovada pela IX Conferência<sup>213</sup> Internacional Americana, em Bogotá. Mas o instrumento de maior importância no sistema interamericano é a *Convenção Americana de Direitos Humanos*<sup>214</sup> também denominada de Pacto de São José da Costa Rica, celebrada em 22 de novembro de 1969 e entrando em vigor em 1978. Conforme nos ensina Fernando Gonzaga Jayme:

[...] Esse sistema concretiza-se a partir do reconhecimento e da definição precisa dos direitos humanos, com a aprovação de normas de conduta obrigatórias, destinadas a promovê-los e protegê-los e com a instituição de

---

<sup>211</sup> A *Comissão Americana de Direitos Humanos (CIDH)*, criada por decisão da V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores da Organização dos Estados Americanos, em Santiago, em 1959, teve, inicialmente, tarefas apenas de promoção em sentido estrito – e não de proteção – dos direitos humanos, funcionando como órgão autônomo do sistema da OEA. Suas atribuições e *status* institucional foram, porém, sucessivamente fortalecidos. Desde 1965 a II Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, ampliou o mandato da CIDH, transformando-a em instrumento de controle, com autorização para receber e examinar petições e comunicações a ela submetidas, e competência para dirigir-se a qualquer dos Estados americanos a fim de obter informações e formular recomendações. Pelo Protocolo de Buenos Aires de 1967, que emendou a Carta da OEA, a CIDH foi elevada à categoria de órgão principal da OEA (Artigo 51), com a incumbência de “promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria” (Art. 150). Passou, ainda, a partir de 1978, com a entrada em vigor da *Convenção Americana de Direitos Humanos*, assinada em São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969 – daí “Pacto de São José da Costa Rica” -, a funcionar cumulativamente como órgão de supervisão do cumprimento da Convenção, sem prejuízo de sua competência anterior sobre os países que não são partes desse instrumento. Graças a essa duplicidade de funções, com atribuições decorrentes tanto de documento convencional sobre direitos humanos de caráter obrigatório, quanto de Protocolo reformador da Carta constitutiva da OEA, a CIDH tem interpretado seu mandato com grande liberalidade, logrando ampliar significativamente suas formas de atuação (ALVES, 2003. p. 78).

<sup>212</sup> A Declaração tem por premissa o reconhecimento do princípio da universalidade: “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos terem como base os atributos da pessoa humana”. (Cf. JAYME, 2005. p. 65).

<sup>213</sup> Nesta Conferência também foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA), cuja Carta proclama os “direitos fundamentais da pessoa humana” como um dos princípios fundamentais da Organização.

<sup>214</sup> A Convenção Americana reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Dentre eles, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial (PIOVESAN, 2004. pp. 223-224).

órgãos internacionais destinados a velar pela fiel observância desses mesmos direitos.<sup>215</sup>

O sistema interamericano conta com uma *Corte Interamericana de Direitos Humanos*, criada e definida pelo Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos). Composta por sete juízes, nacionais de Estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal pelos Estados-partes da Convenção (Artigo 52), a Corte tem competências *consultiva* (Artigo 64) e *contenciosa* (Artigo 62). A competência consultiva é ampla, permitindo a todos os membros da OEA – partes ou não do “Pacto de São José” – e a todos os “órgãos enumerados no Cap. 10 da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires” (a Assembléia Geral, o Conselho Permanente, A CIDH etc) consultá-la sobre a interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados sobre a proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, bem como sobre a compatibilidade entre as leis nacionais e esses instrumentos jurídicos regionais. A competência contenciosa, para o julgamento de casos a ela submetidos, é, por sua vez, limitada aos Estados-partes da Convenção que a reconheçam expressamente. Nessas condições, a maior atividade da Corte tem-se concentrado na jurisdição consultiva, sendo poucas as sentenças judiciais já proferidas.<sup>216</sup>

Observa-se, desta forma, que a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos pretendeu conferir a efetiva concretização dos direitos humanos na esfera regional, com vistas a ampliar ainda mais o sistema protetivo até então existente, composto apenas pela Comissão Interamericana. Como salienta Fernando Gonzaga Jayme, “[...] a missão precípua da Corte é a de garantir a proteção internacional estabelecida na Convenção, preservando a integridade do sistema pactuado pelos Estados”. Merecem destaque os ensinamentos do citado autor:

A proteção jurisdicional exercida pela Corte Interamericana atribui à Convenção Americana de Direitos Humanos uma posição concreta de supranormatividade em relação ao ordenamento jurídico interno, sobrepondo-se, inclusive, à Constituição dos estados, pois característica essencial à jurisdição é a capacidade de proferir decisões com definitividade pela aptidão que seus provimentos possuem de formar coisa julgada e, portanto, tornarem-se incontestáveis para as partes, intocáveis para o juiz, e, por esta razão, irretratáveis, tanto o provimento quanto seus efeitos. [...] A

---

<sup>215</sup> JAYME, 2005. p. 63.

<sup>216</sup> ALVES, 2003. p. 53.

submissão à jurisdição da Corte é de grande importância para a efetivação dos direitos humanos no continente americano, por não restarem dúvidas da função criadora do direito desempenhada pela sua jurisprudência. Além disso, há de se ressaltar que ela promove a interação entre o direito interno e o direito internacional, potencializando o fim visado, que é assegurar a dignidade do ser humano.<sup>217</sup>

O sistema de direitos humanos só se aperfeiçoa, portanto, com a presença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com função jurisdicional, por não ser suficiente para garantia dos direitos humanos apenas o reconhecimento, por parte do Estado, da existência de direitos e liberdades fundamentais do indivíduo. A garantia jurisdicional destes direitos é que assegura o efetivo cumprimento desses direitos, no caso de violação por parte do Estado. Nessa linha de raciocínio, o país que apenas ratifica a Convenção Americana de Direitos Humanos – dotada de eficácia normativa -, e não reconhece a competência jurisdicional da Corte, cuida de proteger parcialmente os direitos humanos, retirando deles a efetividade, isto é, a realização social dos direitos humanos.<sup>218</sup> A Corte Interamericana dos Direitos Humanos complementa a proteção existente no direito interno em relação à garantia dos direitos humanos, buscando conferir a máxima efetividade desses direitos nos países integrantes do sistema regional.

Destarte, o desenvolvimento dos sistemas global e regionais contou com a adoção de diferentes instrumentos internacionais, tais como tratados, convenções, declarações, pactos, acordos etc. Contudo, a ascensão das relações internacionais e a interdependência cada vez maior entre os Estados têm feito com que os tratados se multipliquem significativamente na sociedade internacional.

Nesse particular, passar-se-á a analisar os tratados internacionais, importantes instrumentos de inclusão dos direitos humanos nos ordenamentos constitucionais nacionais.

---

<sup>217</sup> JAYME, 2005. p. 66.

<sup>218</sup> JAYME, 2005. p. 66.

### 3.3 O CONCEITO DE TRATADOS INTERNACIONAIS

Nas exatas palavras de Roberto Luiz Silva, os tratados internacionais “[...] constituem o principal instrumento de cooperação em relações internacionais.”<sup>219</sup> Para a grande maioria dos internacionalistas, os tratados são a principal fonte do Direito Internacional.

Nessa sentido, adequada é a fala de Celso de Albuquerque Mello:

Os tratados internacionais são considerados atualmente a fonte mais importante do Direito Internacional, não só devido à sua multiplicidade mas também porque geralmente as matérias mais importantes são regulamentadas por eles. Por outro lado, o tratado é considerado a fonte do Direito Internacional mais democrática, porque há participação direta dos Estados na sua elaboração.<sup>220</sup>

Para Flávia Piovesan “[...] os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*), constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional”.<sup>221</sup>

Em termos históricos, o tratado, tácito ou expresso, é tão antigo quanto a existência das sociedades primitivamente organizadas. É ao analisar a evolução histórica dos tratados que se pode afirmar que foi a partir de uma necessidade prática, sob uma visão utilitarista do Direito, que os tratados expressos ou escritos, foram, cada vez mais, estabelecendo uma interdependência externa entre as sociedades e tendo sua codificação consolidada.<sup>222</sup>

E justamente essa necessidade de disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais culminou na elaboração da Convenção sobre direito dos tratados, concluída em Viena, em 1969, também conhecida como Lei dos Tratados, que define tratado da seguinte maneira:

---

<sup>219</sup> SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 37.

<sup>220</sup> MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. rev. e ampl. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 212.

<sup>221</sup> PIOVESAN, 2004. p. 73.

<sup>222</sup> ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 21.

Tratado significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação.<sup>223</sup>

Daí que, como bem conclui Flávia Piovesan, “[...] esta análise ficará restrita tão somente aos tratados celebrados pelos Estados, já que são estes os tratados que importam para o estudo do sistema internacional de proteção dos direitos humanos”.<sup>224</sup>

Por outro lado, Celso de Albuquerque Mello esclarece que essa definição é de tratado em sentido lato, significando isto que diversas outras denominações são utilizadas para se referir aos acordos internacionais. Na lição do autor:

A terminologia dos tratados é bastante imprecisa na prática internacional. Todavia podemos tirar as seguintes observações: tratado – é utilizado para os acordos solenes, por exemplo, tratado de paz; convenção – é o tratado que cria normas gerais, por exemplo, convenção sobre mar territorial; declaração – é usada para os acordos que criam princípios jurídicos ou “afirmam uma atitude política comum [...]”.<sup>225</sup>

Ainda quanto à definição de tratado, Francisco Rezek assinala que é “todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.<sup>226</sup>

O internacionalista Hildebrando Accioly ressalta o caráter impreciso do conceito afirmando que “ordinariamente, dá-se-lhes a denominação genérica de *tratados*, mas conforme sua forma, o seu conteúdo, o seu objeto, ou o seu fim, pode ter essa denominação ou várias outras”.<sup>227</sup>

Em suma, os tratados internacionais tradicionais são celebrados através da regra da reciprocidade das vantagens para as partes. A redução ou a cessação das

---

<sup>223</sup> Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23.05.1969, art. 2º, 1, a.

<sup>224</sup> PIOVESAN, 2004. p. 75.

<sup>225</sup> MELLO, 2004. pp. 212-213.

<sup>226</sup> REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, p. 14.

<sup>227</sup> ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 120.

vantagens de uma das partes levam-na à denúncia do tratado sob invocação da cláusula *rebus sic stantibus*.<sup>228</sup>

Já os tratados internacionais de direitos humanos, diferentemente dos tratados de direito internacional que versam sobre outras matérias, destinam-se a regular o modo de agir do Estado em relação a todos os indivíduos sob sua jurisdição, representando o caminho a ser trilhado por todos na busca da própria felicidade.<sup>229</sup>

Nessa linha, adequada é a lição de Flávia Piovesan:

Diversamente dos tratados internacionais tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos, menos que estabelecer o equilíbrio de interesses entre os Estados, buscam garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais aos indivíduos.<sup>230</sup>

No que concerne ao processo de formação dos tratados internacionais, a Convenção de Viena estatui, em linhas gerais, que “o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado pode ser expresso mediante a assinatura, troca de instrumentos constituintes do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou através de qualquer outro meio acordado”.<sup>231</sup>

Nestes termos, sintetiza Celso de Albuquerque Mello que “o tratado internacional, no seu processo de conclusão, atravessa diversas fases: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro [...]”. Acrescenta o autor que “[...] cada uma dessas fases possui normas próprias e características específicas”.<sup>232</sup>

Ressalta-se, por fim, que os tratados internacionais devem se submeter não só às normas das Constituições dos Estados contratantes, mas também, a certos princípios, como nos ensina Fernando Gonzaga Jayme:

Os tratados internacionais regem-se pelos princípios de Direito Internacional Geral, consolidados na Carta das Nações Unidas. São eles: o princípio da igualdade de direitos, o princípio da livre determinação dos povos, o princípio da igualdade soberana e da independência de todos os estados, o

---

<sup>228</sup> JAYME, 2005. p. 59.

<sup>229</sup> JAYME, 2005. p. 59.

<sup>230</sup> PIOVESAN, 2004. p. 177.

<sup>231</sup> Convenção de Viena sobre Tratados, de 23.05.1969, arts. 11 a 17.

<sup>232</sup> MELLO, 2004. p. 225.



princípio da não ingerência em assuntos internos dos estados, o princípio da proibição de ameaça ou do uso da força, o princípio do respeito universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos e o princípio da efetividade destes direitos e liberdades. Esses tratados visam à manutenção da paz e da segurança internacionais, ao fomento das relações de amizade entre as nações e à realização da cooperação internacional.<sup>233</sup>

Entre nós, a Constituição Federal de 1988, a exemplo da Carta das Nações Unidas, consagra esses valores comuns, superiores, ao estabelecer que “*a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II – prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não-intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; e X – concessão de asilo político*”.<sup>234</sup>

Sob o aspecto processual, evidencia-se também o tratamento diferenciado dos tratados internacionais protetivos de direitos humanos no processo de inclusão no sistema jurídico interno, o que será analisado em tópico específico.

Ao dispor sobre as especificidades dos tratados internacionais de direitos humanos, adverte Fernando Gonzaga Jayme que:

A compatibilização entre direito internacional e direito interno é um fator preponderante na caracterização da especificidade dos tratados internacionais de direitos humanos, por romper, definitivamente, com o princípio da soberania absoluta”.<sup>235</sup>

Nesse sentido, impõe-se aos Estados a necessidade de uma harmonização no relacionamento entre os seus sistemas jurídicos internos e as normas internacionais, mormente ao que se refere à integração dos tratados internacionais de direitos humanos nos diversos ordenamentos nacionais, tema que será objeto de análise do próximo tópico.

---

<sup>233</sup> JAYME, 2005. p. 54.

<sup>234</sup> Conforme art. 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988).

<sup>235</sup> JAYME, 2005. p. 61.

### 3.4 AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO

Estando o Direito Internacional e o Direito interno em perfeita harmonia, não há que se falar em prevalência de um sobre o outro. Esse questionamento surge quando normas do Direito Internacional entram em colisão direta com normas do Direito interno.

Nessa perspectiva de relacionamento entre ordens jurídicas diversas, surge a problemática das relações entre um e outro, que, de acordo com os objetivos dessa pesquisa, remonta à seguinte questão: a eficácia das normas internacionais depende de como o direito de cada Estado regulamenta a sua recepção como norma interna.

O problema proposto decorre de um confronto de perspectivas. Há a perspectiva do Direito internacional, correspondente ao atual modelo de sociedade mundial, que vê nos Estados os destinatários das normas internacionais, as quais lhes são dirigidas para efetivo cumprimento. Por outro lado, dentro da perspectiva do direito interno, ressalta-se a necessidade de inclusão da norma ao sistema interno (necessidade orientada pela idéia de soberania estatal), que é regido por regras lógicas de hierarquia.

Na tentativa de resolver esse impasse, duas escolas disputam a explicação racional sobre a relação que existe entre os dois ordenamentos jurídicos – internacional e interno. Como adverte Manuel Becerra Ramirez “[...] é impossível deixar de referir-se a elas quando se trata do tema da relação entre direito internacional e direito interno, pois são o ponto de partida doutrinal para esclarecer o problema”.<sup>236</sup> Nas exatas palavras do autor:

Por uma parte a teoria dualista desenvolvida especialmente na Itália e Alemanha por Henrich Triepel e Dionísio Anzilotti, Gaetano Morelli, Ângelo Piero Sereni e Walter Rudolf, postula que o direito internacional e o direito interno são dois ordenamentos jurídicos essencialmente iguais enquanto

---

<sup>236</sup> No original: *Sin embargo, es imposible dejar de referirse a ellas cuando se trata el tema de la relación entre derecho internacional y derecho interno, pues es el punto de partida doctrinal para determinar la sutuación del problema.* (BECERRA, Manuel Ramirez. **La recepción del derecho internacional em el derecho interno.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 12).

sistemas jurídicos independentes e ao mesmo tempo são diferentes um do outros em três aspectos: a) no que se refere a suas fontes: o direito internacional (o costume e os tratados internacionais) se baseiam na vontade coletiva dos Estados; o direito interno (o costume interno de cada Estado, as leis, os decretos, os regramentos e ordenamentos) se baseiam na Constituição de cada um dos Estados; b) respeito das relações que os dois sistemas regulam; por um lado o direito internacional contém regras que regulam as relações entre dois ou mais Estados; o direito interno, ao contrário, regula as relações entre os indivíduos e entre estes e os órgãos do Estado ou entre vários órgãos do Estado em seus diferentes níveis; c) por último, o direito internacional e o direito interno diferem em sua substância: o direito internacional é um direito entre Estados iguais e soberanos e tem, em consequência, uma força maior que o direito interno; neste esquema, os Estados decidem que normas do direito internacional e por quais condições passam a fazer parte do direito interno. A teoria dualista postula que o direito internacional não pode ser aplicado automaticamente e diretamente no direito interno; é necessário que exista um ato jurídico de incorporação mediante uma transformação tácita ou expressa, prevista no direito interno; ou por meio de uma lei ou disposição jurídica interna. Depois desta transformação, os conflitos entre os direitos internacional e interno não são possíveis.<sup>237</sup>

Para a corrente dualista, portanto, os sistemas jurídicos interno e internacional apresentam conteúdos e fontes diferentes, fato que os diferenciam dos muitos Direitos existentes. Desse modo, existindo duas ordens independentes, estas não poderiam se chocar, pois segundo a corrente dualista, a recepção do Direito Internacional é realizada, se for o caso, pela transformação do Direito Internacional em direito interno.<sup>238</sup>

Essa concepção reverbera na teoria da incorporação, que aponta para a necessidade de um processo de recepção da norma internacional para que tenha

---

<sup>237</sup> No original: *Por una parte la teoría dualista desarrollada esencialmente em Itália y Alemania por Henrich Triepel y Dionísio Anzilotti, Gaetano Morelli, Ángel Piero Sereni y Walter Rudolf, postula que el derecho internacional y el derecho interno son dos ordenes jurídicos esencialmente iguales em cuanto a sistemas jurídicos independentes y al mismo tiempo son diferentes uno del outro em tres aspectos: a) em lo que se refiere a sus fuentes: el derecho internacional (la costumbre y los tratados internacionales) se basa em la voluntad colectiva de los Estados; el derecho interno (la costumbre interna de cada Estado, las leyes, los decretos, las reglamentos y órdenes) se basa em la Constitución de cada uno de los Estados; b) respecto de las relaciones que los diferentes sistemas regulan; por um lado el derecho internacional contiene reglas que regulan las relaciones entre dos o más Estados; el derecho interno, em cambio, regula las relaciones entre los individuos y entre éstos y los órganos del Estado o entre vários órganos del Estado em sus diferentes niveles; c) por último, el derecho internacional y el derecho interno, difieren de su sustância; el derecho internacional es um derecho entre Estados iguales y soberanos y tiene, em consecuencia, uma fuerza más débil que el derecho interno. Em este esquema, los Estados deciden qué normas del derecho internacional y bajo qué condiciones pueden pasar a formar parte del derecho interno. La teoría dualista postula que el derecho internacional no puede ser aplicado automaticamente y directamente em el derecho interno; es necesario que exista um acto de incorporacion mediante um transformacion tácita o expressa, prevista em el derecho interno; o por una ley o disposicion jurídica interna. Después de esta transformacion, los conflictos entre los derechos internacional e interno non son posible. (BECERRA, 2006. p. 13).*

<sup>238</sup> ARIOSI, 2000. p. 65.

aplicação na ordem jurídica interna dos Estados, ou seja, a norma internacional deve ser transformada em norma nacional mediante um ato do legislativo.

As críticas ao dualismo de Triepel partem, principalmente, dos monistas, que rejeitam a existência de duas ordens jurídicas distintas, entendendo haver uma única ordem que engloba o Direito Internacional e o Direito interno. O precursor desta vertente é Hans Kelsen que, inicialmente, sustentou a inexistência de conflitos entre as ordens interna e internacional, uma vez que a norma inferior jamais poderia ir de encontro à norma superior, que era a sua fonte e fundamento. Finalmente, o grande expoente do positivismo passou a admitir a possibilidade de conflitos entre as duas ordens jurídicas, como de fato existem.<sup>239</sup>

Em síntese, a teoria monista não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas e independentes. O monismo sustenta a tese da existência de uma única ordem jurídica. Esta concepção apresenta duas variáveis: a que defende a primazia do Direito Interno e, a outra, primazia do Direito Internacional.<sup>240</sup> Ao analisar as relações existentes entre o Direito Internacional e o direito interno, Mariângela Ariosi conclui que:

[...] o monismo surge, portanto, como um contraponto da teoria dualista, e por essa razão os que apologizam o monismo também se ocupam de criticar o dualismo, já que a existência de uma teoria depende da não existência da outra.<sup>241</sup>

Adepto da corrente monista, Celso de Albuquerque Mello nos ensina que, sendo o Estado sujeito de Direito interno e de Direito internacional, uma mesma pessoa, não se pode conceber que esteja ele submetido a duas ordens jurídicas que se chocam. O autor supracitado continua, afirmando que o Direito na sua essência é um só. A ordem internacional acarreta a responsabilidade do Estado quando ele viola um de seus preceitos e o Estado aceita esta responsabilidade, como não poderia deixar de ser. Da constatação desse simples fato pode-se observar que o Estado sujeito de direito das duas ordens jurídicas dá primazia ao Direito Internacional. É o

---

<sup>239</sup> KELSEN, 1998. p. 154.

<sup>240</sup> ARIOSI, 2000. p. 76.

<sup>241</sup> ARIOSI, 2000. p. 71.

denominado monismo moderado que veio substituir o monismo radical da primeira fase de Kelsen.

Perfilhando o mesmo entendimento, Carlos Roberto Husek afirma que o Direito é um somente, sendo simpático à teoria monista com prevalência do Direito Internacional.<sup>242</sup>

A tese monista com primazia do Direito Internacional sobre o direito interno adquire uma grande aceitação dentre os teóricos de todo mundo, especialmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, em virtude dos horrores vividos no Holocausto da Alemanha nazista, o que contribuiu para o fortalecimento da ordem jurídica internacional. Nesse contexto, adequada é a fala de Mariângela Ariosi:

Nesta Ordem Internacional, malgrado a macroestrutura bipolar, as relações internacionais passam a ser empreendidas num contexto mais integrado, no qual a responsabilidade internacional aumenta e o tratado internacional passa a se consolidar como um elemento preponderante para a tendência *globalizante* das relações internacionais. Os processos hodiernos das relações internacionais, na passagem do século e do milênio, demonstram que o monismo com primazia do DI é uma das vias para se garantir a unidade e o equilíbrio do sistema internacional, visto que pode evitar contradições e conflitos jurídicos internacionais.<sup>243</sup>

Destarte, a tomada de posição quanto aos tratados que afetam direitos e garantias fundamentais poderá interferir no resultado dos questionamentos propostos, sobretudo no que tange às possibilidades de alteração do Texto Constitucional com a inclusão da norma do tratado no sistema nacional.

É imprescindível, portanto, que o ordenamento jurídico de cada Estado defina regras claras para a recepção da norma internacional, o que trará reflexos decisivos para a hipótese de conflito entre tratado e norma interna. A esse respeito, esclarece Fernando Gonzaga Jayme:

[...] a necessidade de integração da norma de Direito Internacional ao Direito nacional somente ocorre em situações onde a Constituição o exigir. Na omissão da Constituição, os tribunais do Estado são competentes para aplicar o Direito Internacional diretamente, sobretudo tratados concluídos

---

<sup>242</sup> HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1998. p. 25.

<sup>243</sup> ARIOSI, 2000. p. 71.

pelo seu próprio governo com os governos de outros Estados de acordo com a Constituição.<sup>244</sup>

Em sendo assim, verifica-se que cada Estado tem se posicionado através de sua Carta Magna. A Constituição Federal norte-americana, por exemplo, prevê em seu art. 6º, inciso II:

Esta constituição, as leis dos Estados ditadas em virtude dela e todos os tratados celebrados ou que se celebrarem sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do País; e os juizes em cada Estado serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na constituição e nas leis de qualquer dos Estados.<sup>245</sup>

A Constituição francesa se posiciona a favor da primazia do Direito Internacional sobre o Direito interno e estatui, em seu art. 55:

Os tratados ou acordos regularmente ratificados e aprovados terão, desde sua publicação, uma autoridade superior à das leis sob reserva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte. Tratados validamente concluídos pelo Estado e as regras geralmente reconhecidas de Direito Internacional Público formam parte da lei interna do Estado e não podem ser unilateralmente revogadas puramente por ação nacional.<sup>246</sup>

O art. 75, § 22 da Constituição Argentina, com a redação dada pela reforma de 1994, também prevê que os tratados internacionais têm hierarquia superior à das leis internas.

Assim também o é a Constituição italiana, que em seu art. 10, manifesta expressamente a vontade do Estado em garantir o primado do Direito Internacional, conforme se infere de sua literalidade: “O ordenamento jurídico italiano está em conformidade com a norma do direito internacional reconhecido”.<sup>247</sup>

A Constituição da Alemanha, em seu art. 25, igualmente se posiciona, afirmando que “[...] as regras gerais do Direito Internacional fazem parte integrante do direito

---

<sup>244</sup> JAYME, 2005. p. 58.

<sup>245</sup> Constituição dos Estados Unidos da América. Disponível em: <[www.embaixada-americana.org.br](http://www.embaixada-americana.org.br)> Acesso em: 28 jan. 2007.

<sup>246</sup> Constituição francesa de 04/10/1958. Disponível em: <[www.artnet.com.br](http://www.artnet.com.br)> Acesso em: 28 jan. 2007.

<sup>247</sup> Constituição italiana. Disponível em: <[www.ecco.com.br/cidadania/const\\_italiana.asp](http://www.ecco.com.br/cidadania/const_italiana.asp)> Acesso em: 28 jan. 2007.

federal. Elas criam as leis e fazem nascer diretamente os direitos e deveres aos habitantes do território federal”.<sup>248</sup>

Esses dados revelam uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos humanos, as Constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional.

Nesse contexto, o constitucionalismo contemporâneo rompe com o dogma da soberania absoluta e perpétua e impõe uma nova discussão, a saber, a questão da corrosão (relativização) do conceito de soberania nacional, que ora passa a ser enfrentada.

### 3.5 A REDEFINIÇÃO DA NOÇÃO TRADICIONAL DE SOBERANIA ABSOLUTA

O modelo do Estado soberano evoluiu de maneira que o poder dessa instituição, após um período inicial de concentração, foi tornando-se cada vez menos absoluto e cada vez mais relativo. No início, soberano foi o adjetivo atribuído à monarquia e ao seu titular – nesse contexto, a soberania<sup>249</sup> seria compreendida como “[...] a posição de máxima autoridade legítima de uma determinada sociedade”<sup>250</sup> - e, com o surgimento das idéias liberais, correspondia à Nação, ao povo. A evolução da noção

---

<sup>248</sup> Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha de 23/06/1949. Disponível em: <[www.alemanha.org.br](http://www.alemanha.org.br)> Acesso em: 28 jan. 2007.

<sup>249</sup> Tradicionalmente, atribui-se à soberania duas acepções principais. Conforme nos ensina Eduardo Felipe P. Matias, a soberania seria o próprio conjunto de poderes ou de competências que um Estado possui, tanto interna, quanto externamente. A segunda acepção tem dois significados: a soberania pode ser vista como “supremacia”, que equivale ao poder supremo que o Estado possui dentro de suas fronteiras e pode ser entendida como “independência”, que decorre da igualdade jurídica entre os Estados no plano internacional e implica na possibilidade de o Estado criar as suas próprias regras sem influência externa (soberania externa). (MATIAS, Eduardo Felipe P. **A humanidade e suas fronteiras**: do estado soberano à sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 71).

<sup>250</sup> MATIAS, 2005.Ibid, p. 32.

de soberania acompanhou a evolução do próprio Estado. Nessa ordem de idéias, adequada a lição de Eduardo Felipe P. Matias:

A noção de soberania sempre esteve atrelada à luta pelo poder. Fosse ela de origem divina ou popular, a soberania servia de justificativa tanto para a dominação quanto para o questionamento dessa dominação, o que fez o seu significado sempre estar no centro do debate político. Logo, não é surpreendente que a doutrina da soberania tenha sempre estado em crise nos períodos de mudança, no momento em que as instituições se modificavam e quando os grupos ou as concepções ideológicas dominantes perdiam a sua influência.<sup>251</sup>

As transformações pelas quais o mundo passa hoje fazem com que a visão atual de soberania se distancie cada vez mais da noção clássica que predominou até a primeira metade do século XX (1914 – 1945), momento em que, paradoxalmente, o antigo modelo de Estado soberano atinge seu apogeu e, simultaneamente, seu declínio. Como bem conclui Luigi Ferrajoli:

[...] seu fim é sancionado, no plano do direito internacional, pela Carta da ONU, lançada em São Francisco em 26 de junho de 1945, e sucessivamente pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas. Esses dois documentos transformam, ao menos no plano normativo, a ordem jurídica do mundo, levando-o do estado de natureza ao estado civil. A soberania, inclusive externa, do Estado – ao menos em princípio – deixa de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a **tutela dos direitos humanos**.<sup>252</sup> [grifamos]

O Direito Internacional fundava-se no princípio da territorialidade – pelo qual cada Estado tem competência exclusiva pelos acontecimentos ocorridos em seu território – e o respeito a esse princípio era regra suficiente para assegurar um relacionamento satisfatório das relações internacionais. Porém, cada vez mais, o território deixa de ser um elemento decisivo para demarcar a soberania interna. Hoje há um espaço de convivência supranacional, na medida em que cresce a influência do Direito Internacional em várias esferas da competência estatal. É especialmente na área dos direitos humanos, “[...] que a evolução do direito internacional trouxe conseqüências mais marcantes para o modelo do Estado soberano [...]”.<sup>253</sup>

---

<sup>251</sup> MATIAS, 2005. p. 31.

<sup>252</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

<sup>253</sup> MATIAS, 2005. p. 346.



Sendo a tutela dos direitos básicos do homem a razão fundadora e legitimadora da soberania estatal nos Estados Modernos, por certo sua preservação e observância no cenário internacional não prescinde da busca da máxima efetivação dos direitos humanos. Diante desta nova perspectiva há que se “[...] inventar uma nova ordem, mais democrática e igualitária, que tenha a sua centralidade no valor da absoluta prevalência da dignidade humana”<sup>254</sup>, em busca da máxima efetivação dos direitos humanos. Acerca do tema, são precisas as lições de Eduardo Felipe P. Matias:

A evolução da proteção dos direitos humanos é revolucionária, porque vai de encontro à visão tradicional sobre a soberania pela qual um Estado não pode interferir nas políticas domésticas de outro Estado – inclusive as que este último adota com relação a seus cidadãos. Ao permitir que os direitos de cada indivíduo possam ser defendidos contra seu próprio Estado no plano internacional, tal evolução desafia a lógica do modelo do Estado soberano, que é a de que essa instituição possui um poder supremo sobre seu povo que, por sua vez, a ela deve obediência. Mais do que isso, ao estabelecer regras que se aplicam a todos os Estados, essa mudança aumenta a unidade mundial e abre espaço para a subversão da sociedade de Estados soberanos em favor do que Hedley Bull vê como o princípio organizacional alternativo de uma comunidade cosmopolita.<sup>255</sup>

Nesse cenário, a noção de soberania, em sua acepção absoluta e perpétua, mostra-se inadequada ao plano das relações internacionais, devendo ceder terreno à noção de solidariedade.<sup>256</sup> Não há que se falar, pois, em proteção ao princípio da soberania em detrimento da tutela dos direitos básicos do ser humano, como a vida, por exemplo. Impõe-se necessária, acima de tudo, a idéia de que os direitos transcendem a soberania nacional.

No Brasil não foi diferente. Ao “abrir a guarda” – pelo menos em tese - para os direitos humanos, especialmente com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, a soberania brasileira também sofreu limitações, na medida em que as normas veiculadoras de tais direitos são internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro, passando a fazer parte integrante deste. É o que se verá no próximo capítulo.

---

<sup>254</sup> PIOVESAN, 2003. p. 115.

<sup>255</sup> MATIAS, 2005. pp. 346-347.

<sup>256</sup> TRINDADE, 2000.. p. 34.

## **4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Após uma digressão da evolução da tutela dos direitos humanos em âmbito internacional, chegou o momento de se analisar como o Brasil tem se comportado diante de tema tão relevante e tão atual – principalmente porque parece que voltamos a viver no “estado de natureza de guerra de todos contra todos”, como dizia Hobbes – como a proteção dos direitos básicos do ser humano.

É do conhecimento geral que só recentemente, acompanhando uma tendência mundial, o Brasil passou a incorporar e aperfeiçoar em seus textos constitucionais instrumentos de defesa dos direitos humanos. Como a própria história nos revela, desde os primórdios da colonização, marcadamente exploradora, o Estado brasileiro foi palco de guerras, de massacres, de desrespeito aos direitos individuais e coletivos, dos direitos das minorias - índios, negros e imigrantes – e dos próprios nacionais.

Na era Republicana, a exemplo de tantos outros países latino-americanos, a violação e a supressão dos direitos humanos, em nossa Nação, decorreu de atos legalizados, os chamados atos institucionais, os decretos-leis, utilizados indiscriminadamente pelos Chefes de Governo, especialmente no período compreendido entre os anos de 1964 a 1985.

Com o restabelecimento da democracia, a nova Constituição, promulgada em 05 de outubro de 1988, representou a reconstrução do Estado Democrático e a renovação da esperança de concretização e de internalização de direitos até então violados e menosprezados pelas Constituições anteriores. A chamada Constituição “Cidadã”, alargou significativamente o feixe de direitos e garantias fundamentais, promovendo a abertura do nosso sistema jurídico ao Direito Internacional de Direitos Humanos, ou seja, às normas internacionais protetivas desses direitos.

Esse traço cultural de ausência de consciência do coletivo, com marcante característica patriarcal, nos primeiros anos de nossa história e, posteriormente, a existência de governos antidemocráticos, influenciou diretamente no modelo constitucional brasileiro analítico (extenso) e super-rígido instituído com a Constituição Federal de 1988.

Nesse passo, analisar-se-á, primeiramente, a super-rigidez do sistema constitucional brasileiro, como um dos instrumentos de que se valeu o legislador constituinte para conferir maior eficácia à normatização protetiva dos direitos básicos do homem. Após, será examinada a relação entre o Direito Internacional e o direito interno na Constituição vigente, e, por fim, será analisada a evolução da jurisprudência pátria sobre o assunto, que, pouco a pouco, vem demonstrando a possibilidade de mudança de paradigma da arraigada e obsoleta hermenêutica adotada por nossa Corte Suprema.

#### 4.1 A SUPER-RIGIDEZ DA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988 COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Tradicionalmente classificam-se as Constituições, no que se refere ao seu processo de alteração, em rígidas e flexíveis. Flexíveis são as Constituições que não exigem qualquer procedimento mais sofisticado para a sua alteração, não havendo, portanto, uma hierarquia formal entre normas propriamente constitucionais e aquelas de caráter ordinário. Constituições rígidas, por sua vez, são aquelas que exigem procedimentos mais dificultosos para inserção de novas normas constitucionais do que para as deliberações ordinárias.<sup>257</sup>

Para muitos autores, esta classificação carece de utilidade, servindo apenas como instrumento didático para facilitar a compreensão dos processos de reforma constitucional. Mas, ao revés, há que se concordar com a adequada ponderação de Oscar Vilhena, quando afirma que essa classificação esconde, na realidade, a

---

<sup>257</sup> ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. pp. 134-135.

decisão fundamental em torno da opção entre um Estado mais constitucional, no sentido de assegurador de direitos e princípios de organização do poder, ou de um Estado em que a regra da maioria consiste no procedimento por excelência de tomada de decisão política.<sup>258</sup>

Assim, nos países que privilegiam a vontade democrática em detrimento da vontade constitucional, diz-se que a Constituição será flexível – é o caso do sistema britânico, principal representante deste modelo – não havendo qualquer obstáculo ou dificuldade para a mutação posterior do texto constitucional pelas decisões da maioria ordinária. São as lições de Oscar Vilhena:

[...] no *grupo das constituições flexíveis* estão os sistemas mais majoritários que constitucionais, onde a vontade ordinária da maioria, expressa pelos representantes do povo, democraticamente escolhidos, não deve ser limitada, visto que qualquer restrição a essa manifestação da vontade majoritária seria considerada antidemocrática, uma vez que daria maior importância aos participantes que compõem a minoria do que aqueles que integram a maioria.<sup>259</sup>

De outro lado, nos países que privilegiam a instituição de uma Lei Fundamental, contendo estruturas e garantias tidas como supremas no ordenamento jurídico e que por esse motivo não poderão ser modificados ao sabor do legislador ordinário, cria-se um processo legislativo de alteração da Constituição mais rigoroso que o ordinário, a fim de se garantir a estabilidade constitucional. Tal modelo denomina-se rígido. Em defesa da rigidez constitucional, assevera J. J. Gomes Canotilho:

A opção por um “texto rígido” no sentido assinalado é hoje justificada pela necessidade de se garantir a *identidade* da constituição sem impedir o desenvolvimento constitucional. Rigidez é sinônimo de *garantia* contra mudanças constantes, freqüentes e imprevistas ao sabor das maiorias legislativas transitórias. A *rigidez não é um entrave* ao desenvolvimento constitucional, pois a constituição deve poder ser revista sempre que sua *capacidade reflexiva* para captar a realidade constitucional se mostre insuficiente.<sup>260</sup>

Oscar Vilhena acrescenta que dentro do grupo que adota constituições rígidas, há uma variação de fórmulas que dificultam a alteração do texto constitucional. O primeiro grupo seria representado por aquelas constituições que exigem mais do que

<sup>258</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo tribunal federal: jurisprudência política**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 28.

<sup>259</sup> VIEIRA, 2002. p. 28.

<sup>260</sup> CANOTILHO, 1998. p. 209.

dois terços do parlamento para aprovação de uma emenda, o que pode significar dois terços e mais um outro mecanismo, como o referendo ou aprovação pelas assembleias regionais – Austrália, Japão, Suíça, e Estados Unidos. O segundo grupo é caracterizado por aqueles sistemas que exigem dois terços, ou o equivalente, para que suas constituições possam ser alteradas. – Áustria, Bélgica, Costa Rica, Noruega, Portugal e Espanha. Por fim, o terceiro grupo é composto por sistemas que, para autorizarem a mudança de seus textos constitucionais, demandam maiorias que variam entre dois terços e maiorias ordinárias – Dinamarca, Grécia, Irlanda, Itália. É o caso do Brasil, que exige um quorum de três quintos para que se possa emendar a Constituição.<sup>261</sup>

Em posição intermediária, há países que adotam um modelo de Constituição mista, denominada semi-rígida ou semi-flexível<sup>262</sup>. Em tais sistemas, a Constituição contém dispositivos cujo processo de alteração é mais rígido que o ordinário e outros em que a legislação ordinária é suficiente à alteração constitucional.

Além desses três modelos constitucionais acima referidos, Oscar Vilhena chama a atenção para o surgimento de um novo modelo, notadamente a partir da segunda metade do século XX:

[...] um quarto modelo de Constituição surgiu a partir da II Grande Guerra, mais especificamente na Alemanha Ocidental. A ausência de uma tradição de respeito a direitos e a trágica experiência do nazismo alertaram para a necessidade de se estabelecer mecanismos mais sólidos de salvaguarda a certos direitos, do que o simples reconhecimento de direitos pelas constituições rígidas tradicionais, na mesma posição hierárquica que as demais normas constitucionais. Com esse intuito criou-se uma super-rigidez constitucional em torno de algumas cláusulas.<sup>263</sup>

Essas mudanças ocorreram em primeiro lugar na Alemanha por motivos óbvios. Os horrores e atrocidades cometidos pelo nazismo no período do Holocausto e a transformação do Direito em mero mecanismo de organização e imposição da força, alertaram para a necessidade de se reconstruir o sistema jurídico a partir de um

---

<sup>261</sup> VIEIRA, 2002.. p. 30.

<sup>262</sup> Confira-se o art. 178 da nossa Constituição Imperial, de 1824: “É só Constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas aos Poderes Políticos e aos Direitos Políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é Constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas pelas Legislaturas ordinárias”.

<sup>263</sup> VIEIRA, 2002. p. 31.

conteúdo ético mais sólido. Assim, as dificuldades teóricas de se conceber uma doutrina que substituísse o velho direito natural, estabelecendo um conjunto de princípios e direitos supraconstitucionais, que não mais deixasse o direito constitucional perigosamente “pairando sobre si próprio”, levaram os legisladores da Carta Magna alemã, de 1949, a delinear uma ordem super e também supraconstitucional na própria Constituição. Nas exatas palavras de Oscar Vilhena “o que se deu na esfera positiva pela proteção oferecida às chamadas cláusulas intangíveis pelo art. 79 e pela abertura constitucional às idéias de inalienabilidade dos direitos humanos”.<sup>264</sup>

A Lei Fundamental alemã consagrou, no art. 79, III, *cláusula pétrea* que considera inadmissível qualquer reforma constitucional que pretenda introduzir alteração na ordem federativa, modificar a participação dos Estados no processo legislativo, ou suprimir os postulados estabelecidos nos arts. 1º (inviolabilidade da dignidade humana) e 20 (estado republicano, federal, democrático e social, divisão de poderes, regime representativo, princípio da legalidade). Segundo a jurisprudência da Corte Constitucional alemã (Bundesverfassungsgericht), essa disposição tem por escopo impedir que “a ordem constitucional vigente seja destruída na sua substância ou nos seus fundamentos, mediante a utilização de mecanismos formais, permitindo a posterior legalização do regime totalitário”.<sup>265</sup>

A Alemanha demonstrou, sem dúvida, um avanço na tutela dos direitos humanos fundamentalizados, restando claro que o aumento da rigidez constitucional decorreu do contínuo desrespeito, pelos poderes constituídos, aos direitos consagrados na própria Lei Fundamental.

Partindo-se da mesma premissa, este foi o modelo constitucional adotado pela Assembléia Nacional Constituinte ao elaborar a Carta Magna de 1988, inserindo no

---

<sup>264</sup> A história constitucional alemã deixa bastante claras as razões que levaram os arquitetos da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, a estabelecer barreiras constitucionais intransponíveis voltadas à proteção de princípios e instituições básicas do Estado de Direito. A experiência de Weimar, na qual a frágil Constituição de 1919 sofreu um processo de erosão, abrindo espaço ao surgimento do regime nazista, impôs à geração do pós-guerra a criação de barreiras substantivas aos processos de mutação constitucional. (VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 24).

<sup>265</sup> Notas do Tradutor Gimar Ferreira Mendes (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 33).

§ 4º do art. 60 as matérias que não poderão ser objeto de reforma constitucional, as chamadas *cláusulas pétreas*. De acordo com esse dispositivo “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de Poderes; os direitos e garantias individuais*”.<sup>266</sup> [grifo nosso]

Na doutrina pátria, a tese da superconstitucionalidade das cláusulas pétreas é levantada por Oscar Vilhena, para quem a primeira função desse dispositivo, obviamente, é servir como proteção não apenas ao cerne constitucional tradicionalmente protegido por cláusulas pétreas, afastada a proteção especial à República, mas ampliar a defesa dos direitos, da separação dos Poderes e do voto, como elemento estruturante da democracia, em relação ao poder constituinte reformador.<sup>267</sup>

Portanto, mais do que o estabelecimento de cláusulas pétreas ou, mesmo, de um pequeno núcleo constitucional irreformável, o constituinte concedeu caráter de superconstitucionalidade a diversos setores da Constituição, ou seja, um conjunto de princípios e normas constitucionais hierarquicamente superiores aos demais dispositivos da Constituição. Superconstitucionalidade, e não supraconstitucionalidade, pois, embora superiores, esses dispositivos ainda se encontram dentro da órbita da Constituição: direito positivo, e não transcendente.<sup>268</sup>

Com efeito, o legislador Constituinte de 1988 - atento à história constitucional brasileira marcada por vários períodos antidemocráticos<sup>269</sup> e pela supressão

---

<sup>266</sup> BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>267</sup> VIEIRA, 1999. p. 135

<sup>268</sup> VIEIRA, 1999. p. 135.

<sup>269</sup> Oscar Vilhena nos faz lembrar que as ondas e os regimes autoritários brasileiros não tiveram pudor em romper com as ordens constitucionais precedentes. Exceto algumas reformas voltadas a enrijecer o regime e concentrar mais poderes nas mãos do Executivo – como as promovidas entre 1840 e 1841, no Segundo Reinado, em 1926, no Governo Arthur Bernardes, e em 1935, no primeiro regime Vargas –, as demais situações de fechamento do regime deram-se à margem do processo constitucional, sendo “legalizadas” por decretos, leis e atos normativos. Assim, ao invés de erosão por emendas à Constituição tivemos rupturas constitucionais. Do momento militar que proclamou a República ao golpe, também militar, imposto a partir de 1964, as Constituições foram suprimidas e não reformadas. Porém, mesmo o regime militar buscou alguma forma de legitimação por intermédio da organização constitucional. Nesse aspecto, é interessante notar as alterações reduzindo o *quorum*

sistemática e institucional aos direitos e garantias fundamentais – não se contentou com a inclusão de regras mais rígidas à alteração de suas cláusulas, de sorte que limitou a competência do legislador constituinte reformador naquelas cláusulas reconhecidas como fundamentais à preservação do ordenamento instaurado.

Reconheceu o legislador pátrio, assim, como assevera Oscar Vilhena, a “[...] existência de alguns direitos que não só antecedem lógica (e não historicamente) a existência do Estado, mas que têm na sua proteção a única justificativa do Estado”. Esses direitos, denominados direitos morais ou naturais, devem estar acima dos processos de decisão coletiva, pois são de natureza diversa dos direitos positivos. São Direitos anteriores e superiores ao Estado, e não decorrentes das deliberações tomadas pela sociedade política.<sup>270</sup>

Nesse pormenor, o sistema constitucional brasileiro assume o rótulo de super-rígido porque há um núcleo imodificável - determinadas normas que não podem ser objeto de emenda, porque formam o cerne da Constituição -, furtando-se tal leque de matérias à disponibilidade do poder reformador.

Nessa senda, ao analisar de forma substancial as chamadas *cláusulas pétreas* em sua obra “A Constituição Viva”, Adriano Pedra nos ensina que:

[...] As cláusulas pétreas constituem um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais. Com isso, assegura-se que as conquistas jurídico-políticas essenciais não serão sacrificadas em épocas vindouras.<sup>271</sup>

Sob o mesmo enfoque, J. J. Gomes Canotilho salienta que a Constituição manterá a sua identidade se forem respeitados os severos limites estabelecidos ao legislador e ao administrador, pois, se de um lado, o texto constitucional não deve permanecer alheio à mudança, também, de outro, há elementos do direito constitucional (princípios estruturantes) que devem permanecer estáveis, sob pena de a

---

necessário para a reforma da Constituição que foram inseridas nos textos constitucionais. (VIEIRA, 1999. pp. 115-116)

<sup>270</sup> VIEIRA, 2002. p. 33.

<sup>271</sup> PEDRA, Adriano Sant’ana. **A Constituição viva**: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 94.



Constituição deixar de ser uma ordem jurídica fundamental do Estado para se dissolver na dinâmica das forças políticas. Neste sentido se fala da *identidade* da constituição caracterizada por certos princípios de conteúdo inalterável.<sup>272</sup>

Ainda sobre a matéria, é oportuno colacionar o magistério de Carlos Ayres Brito para quem a Constituição de 1988 é diferente de todas as outras Constituições brasileiras e de todas as demais Constituições do mundo, porque ela tem uma identidade, presente nos seus princípios estruturantes ou cláusulas pétreas formais e materiais, explícitas e implícitas, lógicas e tácitas, cuja função é justamente a de impor intransponíveis limites aos atos oficiais de reforma constitucional.<sup>273</sup>

O citado autor ressalta que é a própria Constituição de 1988 que prevê sua reforma, porém, no plano dos retoques. Ela não pode ser modificada naquilo que tem de verdadeiramente fundamental, estruturante, pétreo, ou seja, a menina dos olhos ou a quintessência da Constituição tem que permanecer a mesma. O nervo da Constituição, a sua alma, suas impressões digitais, enfim, tudo que axiologicamente a personaliza em face das demais Constituições (seja materialmente, seja do ponto de vista formal ou processual) tem que permanecer a salvo de dessubstancialização.<sup>274</sup>

Por outro lado, existe uma parte da doutrina para quem as “cláusulas pétreas” não implicam absoluta imutabilidade dos conteúdos por elas assegurados. Nessa direção, adequada a fala de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Mas essas proibições – as “cláusulas pétreas”, como se usa dizer – não têm o peso e o sentido que a elas querem dar certos juristas. Elas não “petrificam” o Direito Constitucional Positivo e por meio dele o ordenamento jurídico do País.<sup>275</sup>

Considerando o texto prolixo e detalhista de nossa Constituição, não há como pretender a sua sobrevivência através dos tempos, sem a ocorrência de reformas,

---

<sup>272</sup> CANOTILHO, 1998. p. 210.

<sup>273</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **A Constituição e os limites de sua reforma**. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. n. 1. jan/jun. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 238.

<sup>274</sup> BRITO, 2003. p. 238.

<sup>275</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 175.

em face das demandas de cada geração. Como frisa Oscar Vilhena, “a adaptabilidade de um texto não deve ser vista como valor absoluto ou, mesmo, supremo”. Merece destaque o pensamento do autor:

O grande desafio de uma teoria das limitações materiais ao poder de reforma, dentro do quadro constitucional brasileiro, é alcançar uma interpretação das cláusulas superconstitucionais capaz de assegurar a proteção dos procedimentos democráticos de tomada de decisão, das instituições que assegurem o Estado de Direito e, fundamentalmente, de todos aqueles direitos essenciais à realização da dignidade humana, sem desautorizar o direito de cada geração de realizar sua autonomia.<sup>276</sup>

Ao dispor sobre as cláusulas pétreas, o verdadeiro espírito que norteou o legislador constituinte de 1988 foi o de reforçar a proteção dos direitos básicos do homem e dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, sem o qual aqueles direitos não sobrevivem. Vale dizer, os direitos humanos “fundamentalizados” não podem ser suscetíveis de violação por nenhum dos poderes constituídos (legislativo, executivo e judiciário). O que se permite, observando-se atentamente os ditames da proporcionalidade e da razoabilidade e os ideários sociais de cada época, é a ampliação do rol desses direitos.

Conclui-se, portanto, que a super-rigidez da ordem constitucional brasileira, implementada pela Carta de 1988, mostra-se um instrumento valioso a conferir a máxima eficácia às normas protetivas de direitos humanos, revelando, via de consequência, que a mais importante função do Estado através de sua Lei Fundamental é a proteção e a promoção da dignidade humana.

Importa discorrer, agora, sobre o modo pelo qual a Constituição Federal de 1988 se relaciona com a sistemática normativa internacional de proteção dos direitos humanos.

---

<sup>276</sup> VIEIRA, 1999. p. 134.

## 4.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Como apontado acima, após um longo período de vinte e um anos de autoritarismo militar, que perdurou de 1964 a 1985 - caracterizado pela supressão dos direitos constitucionais, pelo menosprezo total às liberdades individuais e pela tradição de abuso de poder do Executivo em relação aos demais Poderes - deflagra-se no Brasil o processo de redemocratização. Naquele tempo, as mobilizações sociais reclamavam o fim dos Governos de Exceção e a implementação das Diretas Já, ou seja, das eleições com a participação popular para a Presidência da República. Sobre esse momento histórico brasileiro, é adequada a lição de José Afonso da Silva:

Apesar da opressão, o povo começou a reivindicar mudanças. O movimento chamado Diretas Já, pleiteando eleições diretas para a Presidência da República, levou milhões de pessoas às praças públicas. As multidões, que acorreram ordeira mas entusiasticamente aos comícios, no primeiro semestre de 1984, interpretaram os sentimentos da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional.<sup>277</sup>

Inicialmente, somente parte das reivindicações populares foi atendida, já que as eleições indiretas, de natureza antidemocrática, permaneceram por mais um período. Entretanto, tais eleições foram revestidas de um elemento essencialmente democrático, que contrariava todas as expectativas do Governo, com a eleição de um civil à Presidência da República.

Em 15 de novembro de 1985, Tancredo Neves foi eleito pelo Colégio Eleitoral, iniciando-se, assim, uma lenta e progressiva luta por mudanças sociais e institucionais no país. Sua morte, antes mesmo que assumisse a Presidência, foi chorada por milhares de pessoas, que nele depositaram toda a esperança de um novo período na história das instituições políticas brasileiras e que ele próprio denominara de a Nova República, que haveria de ser democrática e social, a

---

<sup>277</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e poder popular**: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 108.

concretizar-se pela Constituição que seria elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte.<sup>278</sup>

Assumi o Vice-Presidente, José Sarney, que embora estivesse sempre ligado às forças autoritárias e retrógradas de poder, deu continuidade às promessas de Tancredo Neves, convocando os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem, em Assembléia Constituinte.<sup>279</sup>

No âmbito jurídico, esse processo culminou com a promulgação da Constituição brasileira de 1988 e com a instauração de um novo modelo constitucional no país. Como se infere das lições de Flávia Piovesan, a Carta de 1988 é o divisor de águas na transição ao regime democrático e na instauração da sistemática normativa nacional de proteção dos direitos humanos, o que demonstra a relação existente entre a redemocratização do país e a incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção destes direitos:

Pode ser concebida como o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Introduce indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil.<sup>280</sup>

A Constituição Federal de 1988 foi edificada com caráter nitidamente humanitário, inserindo um espírito libertador na sociedade historicamente negligenciada na tutela dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, em face da apatia dos regimes absolutistas instalados.

Além da característica de marco jurídico no processo de abertura do nosso sistema à normativa internacional de proteção dos direitos humanos, o legislador constituinte pretendeu fosse a Carta de 1988 um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. No que se refere à

---

<sup>278</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 88.

<sup>279</sup> Na verdade, ao convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal o que fez, foi convocar, não uma Assembléia Constituinte, mas um Congresso Constituinte. (Ibid, p. 89).

<sup>280</sup> PIOVESAN, Flávia. **A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 45. p. 218.

fundamentalização dos direitos humanos, está “dentre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria”.<sup>281</sup>

Pela primeira vez, atento às transformações globais e influenciado por uma tendência cada vez mais humanizante e protetiva do pós Segunda Guerra Mundial, o legislador constituinte priorizou várias normas, as quais reverberam, sem dúvida alguma, no tema dos direitos humanos. A Constituição é um sistema e, como tal, não deve ser interpretada de forma compatibilizada, especialmente em se tratando de direitos humanos.

A própria redação preambular, ao consagrar a instituição de um Estado Democrático “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”<sup>282</sup>, demonstra a preocupação do legislador constituinte em fundar a proteção dos direitos humanos como meta a ser trilhada pelo poderes públicos.

A *cidadania* e a *dignidade da pessoa humana* foram elevadas ao *status* de fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante o art. 1º da Carta de 1988 <sup>283</sup>, isto é, são os pilares sobre os quais o Estado brasileiro deve consolidar as suas bases.

Ainda no Título I, mais uma vez está demonstrada a preocupação do legislador constituinte com a dignidade e o bem-estar da pessoa humana, ao instituir no art. 3º, que as metas e os objetivos a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil constituem em “*construir uma sociedade livre, justa e solidária; em erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de*

---

<sup>281</sup> PIOVESAN, 1994. p. 31.

<sup>282</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

<sup>283</sup> Idem.

*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.<sup>284</sup>

Dentre as inovações, Flávia Piovesan chama a atenção para o fato de que “a Carta de 1988 é a primeira Constituição brasileira a elencar o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), como princípio a reger o Estado brasileiro nas relações internacionais”.<sup>285</sup>

Esse princípio contribuiu sobremaneira para a presença crescente do Estado Brasileiro no cenário internacional e a conseqüente intensificação dos contatos, que geraram, nos últimos anos, um aumento significativo dos atos<sup>286</sup> internacionais negociados e concluídos pelo Brasil, especialmente no que se refere à proteção dos direitos humanos.

É de elevada importância, ainda, para os fins deste trabalho, a regra contida no § 1º do art. 5º da CF/88, o qual dispõe expressamente que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”<sup>287</sup>, que será objeto de análise mais aprofundada no próximo capítulo.

Como corolário maior do sistema constitucional de proteção dos direitos humanos “fundamentalizados”, o constituinte pátrio instituiu, como analisado no tópico anterior,

---

<sup>284</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

<sup>285</sup> PIOVESAN, 1994. p. 32.

<sup>286</sup> A título exemplificativo, a partir da promulgação da Constituição de 1988 foram ratificados pelo Brasil a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20/07/1989; a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28/09/1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24/09/1990; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24/02/1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24/01/1992; a Convenção Americana dos Direitos Humanos, em 25/09/1992; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27/11/1995; o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13/08/1996; o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 21/08/1996; o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20/06/2002; o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28/06/2002; os dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, referentes ao envolvimento de crianças em conflitos armados e à venda de crianças e prostituição e pornografia infantis, em 24/01/2004.

<sup>287</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

no inciso IV, § 4º do art. 60 que “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais*”.<sup>288</sup> Ao lecionar acerca do tema, Ives Gandra da Silva Martins pondera que:

Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no art. 5º, mas, como determina o § 2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo texto constitucional e outros que decorrem da implicitude inequívoca.<sup>289</sup>

O § 2º, do art. 5º, a que faz alusão o autor, ao consagrar que “*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*”<sup>290</sup>, alargou o campo dos direitos previstos pelo constituinte originário, permitindo a fundamentalização de novos direitos, a partir do acolhimento de normas internacionais pelo direito nacional.

Acontece que tal dispositivo foi o pivô de uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos internalizados pelo Brasil, o que remonta à seguinte problemática: de que modo a Carta de 1988 tem se relacionado com as normas internacionais de proteção dos direitos humanos?

Este tema, conquanto não seja novo, também não é pacífico na doutrina, que se mostra dividida em quatro correntes distintas: a) a vertente que reconhece a hierarquia supraconstitucional dos tratados e convenções pertinentes a direitos humanos; b) o posicionamento que atribui a hierarquia constitucional a essas normas internacionais; c) a tendência que reconhece o *status* de lei ordinária a esses documentos; e d) a interpretação que atribui caráter infraconstitucional, mas supralegal aos tratados e convenções dos direitos humanos.

---

<sup>288</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

<sup>289</sup> MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4. p. 371.

<sup>290</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

Segundo a primeira vertente, os tratados internacionais de direitos humanos possuiriam *status* supraconstitucional, vale dizer, as normas constitucionais não teriam poderes revogatórios em relação às normas internacionais. Em outros termos, “[...] nem mesmo emenda constitucional teria o condão de suprimir normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos”.<sup>291</sup>

Celso de Albuquerque Mello é o grande expoente dessa vertente no Brasil, o qual se diz “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”.<sup>292</sup>

Os constitucionalistas mais modernos, por sua vez, defendem a máxima proteção dos direitos humanos, atribuindo aos tratados internacionais protetivos de tais direitos o caráter de norma constitucional, por força da redação do próprio § 2º do art. 5º da Constituição Federal, entendimento perfilhado no presente trabalho.

Entre os que defendem essa tese, encontram-se como maiores expoentes Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>293</sup> e Flávia Piovesan<sup>294</sup>, para os quais os §§1º e 2º do art. 5º da Constituição caracterizar-se-iam, respectivamente, como garantidores da aplicabilidade direta e do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte.

Na mesma senda, Valério De Oliveira Mazzuoli defende que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. Merecem destaque as suas lições:

---

<sup>291</sup> O Ministro Gilmar Mendes alerta, no entanto, para a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle de constitucionalidade desses diplomas internacionais. (Voto-Vogal do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343-1, Ministro Relator Cezar Peluzo).

<sup>292</sup> MELLO, Celso de Albuquerque. **O § 2º do art. 5º da Constituição Federal**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 25.

<sup>293</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. v. II. p. 30.

<sup>294</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 54.



Se a Constituição estabelece que os *direitos e garantias* nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”.<sup>295</sup>

Sobre a matéria, conclui Antônio Augusto Cançado Trindade, em defesa da hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos:

O propósito do disposto nos parágrafos 2º e 1º do art. 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional (...). Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento contrário requer demonstração. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária – não só apresenta um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal Brasileira.<sup>296</sup>

Os adeptos dessa vertente têm apelidado o § 2º do art. 5º da Constituição Federal de *cláusula aberta de recepção* de outros direitos elencados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Ao permitir a incorporação de novos direitos por meio de tratados, a Constituição estaria atribuindo a essas normas internacionais o *status* de norma constitucional, e o § 1º do mesmo dispositivo garantiria a tais normas a aplicabilidade imediata, a partir do ato de ratificação.

Como explica Cançado Trindade, na hipótese de conflito entre a norma internacional e o direito interno, o primado é o da norma – de origem nacional ou internacional – que melhor proteja os direitos humanos. Dessa forma, o direito interno e o direito

---

<sup>295</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia**. FREIRE E SILVA, Bruno. MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 38.

<sup>296</sup> TRINDADE, 2003. v. II. p. 31.

internacional passam efetivamente a interagir na realização do propósito comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano.<sup>297</sup>

Uma terceira posição, a que até o momento predomina no Supremo Tribunal Federal, confere o *status* de lei ordinária aos tratados internacionais sobre quaisquer matérias, inclusive os tratados afetos a direitos humanos, sob o argumento de que tais tratados apresentam a mesma hierarquia daquela. Em obediência à regra traçada pela jurisprudência brasileira no Recurso Extraordinário n.º 80.004<sup>298</sup>, de 1977 – que versou acerca da contradição entre a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias e o Decreto n.º 427 de 1969 – *lex posterior derogat priori*, ou seja, lei posterior revoga lei anterior, ainda que esta seja mais favorável a dignidade humana.

Este entendimento está fundamentado na interpretação sistemática da Constituição Federal, uma vez que o art. 102, III, “b” confere à Corte Suprema competência para julgar recurso extraordinário decorrente de decisão que tenha julgado tratado internacional infraconstitucional.<sup>299</sup>

Uma quarta e última corrente professa a tese da supralegalidade dos tratados internacionais pertinentes a direitos humanos quando ratificados pelo Brasil, ou seja, serão tratados como normas infraconstitucionais, porém, estarão em uma posição especial em relação às demais normas e hierarquicamente inferiores à Constituição Federal.

Endossando essa tese, Oscar Vilhena propõe que estes direitos decorrentes dos tratados dos quais o Brasil seja parte têm, tal como no sistema francês, hierarquia supralegal, porém, infraconstitucional. Colocando-se acima da insegurança e

---

<sup>297</sup> TRINDADE, 2000. p. 26.

<sup>298</sup> RE n.º 80.004, Ministro Relator Xavier de Albuquerque, julgado em 01.06.1977, publicado no DJ em 29.12.1977. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 10/02/2006.

<sup>299</sup> WEIS, 1999. P. 26.

volatilidade do direito ordinário, mas devendo submeter-se à vontade constitucional.<sup>300</sup>

A voz dos Direitos Humanos começou a ser ouvida com o texto introduzido pela Reforma do Judiciário levada a efeito com a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, a qual, dentre outras modificações que promoveu no texto constitucional de 1988, acrescentou o § 3º ao art. 5º, com o seguinte teor:

§ 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.<sup>301</sup>

Ouvindo os reclames dos internacionalistas e dos humanistas brasileiros em relação à primazia dos tratados de direitos humanos, claramente, o legislador derivado conferiu *status* de emenda constitucional às normas internacionais de direitos humanos, exigindo-se, agora, um trâmite legislativo especial de recepção.

Logo, vê-se que a emenda constitucional ora em exame tentou solucionar o problema da eficácia normativa das normas protetivas de direitos humanos, ou seja, tentou corrigir uma “lacuna” no texto constitucional quanto ao meio de ingresso e hierarquia daquelas normas.

Contudo, na realidade, a resposta legislativa de correção ou aperfeiçoamento da carta originária esconde um grande problema do direito brasileiro, qual seja, a tímida interpretação e aplicação das normas constitucionais conferida por nossos tribunais, especialmente pela Corte Suprema do país, responsável pela efetivação dos direitos e garantias reconhecidos e assegurados pela Constituição Federal.

---

<sup>300</sup> VIEIRA, 2002. p. 186.

<sup>301</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

Sob esse aspecto, a alteração do texto constitucional brasileiro mostrou-se o caminho mais rápido para encerrar a controvérsia travada sobre a matéria, já que os nossos tribunais, especialmente a nossa Corte Suprema, ainda não conseguiu chegar a uma solução uniforme e satisfatória em relação à hierarquia dos tratados de direitos humanos, como será analisado a seguir.

### 4.3 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE O CONFLITO ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS E NORMAS INTERNAS: UMA CRÍTICA À TRADIÇÃO CONSERVADORA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inobstante a tendência mundial do constitucionalismo contemporâneo em prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano, e os reclames dos internacionalistas e humanistas em favor da hierarquia constitucional das normas protetivas de direitos humanos ratificadas pelo Brasil, a jurisprudência do STF – que, varia, por motivos óbvios, com a sua composição -, oscilou do monismo radical ao monismo moderado, sendo, esta última, a posição que se mantém até hoje.

Nos seus primórdios, a jurisprudência do STF adotou a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional, manifestando a sua opção pelo monismo radical<sup>302</sup>, segundo o qual lei posterior contrária não revoga tratado internacional.<sup>303</sup>

---

<sup>302</sup> Nesse sentido, pode-se citar o julgamento da apelação cível n.º 7.872, de 1943, do Relator Ministro Philadelpho Azevedo: “[...] Tarefa interessante é, porém, a de situar esses atos (tratados internacionais) em face do direito interno, especialmente do nosso, ainda que sem o deslinde do problema filosófico da primazia do direito internacional sobre o interno, pretendido pela chamada escola de Viena e por outros repellido (Nuovo Digesto Italiano – Trattati e convenzioni internazionali – vol. 12 pgs. 382 – Gustavo Santiso Galvez – El caso de Belice – Guatemala 1941 fls. 182 e segs.) ou o exame das teorias, p. ex. de ANZILOTTI e TRIEPEL – dualistas, fazendo girar o direito interno e o internacional em órbitas excêntricas, e monistas, desdobradas por sua vez em nacionalistas e internacionalistas, segundo Verdross e Kelsen, eis que sempre teria de prevalecer o pacta sunt servanda a título de axioma ou categoria. (...) Chegamos, assim, ao ponto nevrálgico da questão – a atuação do tratado, como lei interna, no sistema de aplicação do direito no tempo, segundo o equilíbrio de normas, em regra afetadas as mais antigas pelas mais recentes. O Ministro Carlos Maximiliano chegou a considerar o ato internacional de aplicação genérica no espaço, alcançando até súditos de países a ele estranhos, quando tiver a categoria do Código, com o conhecido pelo nome Bustamante (voto in Direito, vol. 8, pgs. 329). Haveria talvez aí um exagero, interessando, antes, examinar, em suas devidas proporções, o problema do tratado no tempo, sendo claro que ele, em

princípio, altera as leis anteriores, afastando sua incidência, nos casos especialmente regulados. A dificuldade está, porém, no efeito inverso, último aspecto a que desejávamos atingir – o tratado é revogado por lei ordinárias posteriores, ao menos nas hipóteses em que o seria uma outra lei? A equiparação absoluta entre a lei e o tratado conduziria à resposta afirmativa, mas evidente o desacerto de solução tão simplista, ante o caráter convencional do tratado, qualquer que seja a categoria atribuída às regras de direito internacional. Em país em que ao Judiciário se veda apreciar a legitimidade de atos do legislativo ou do executivo se poderia preferir tal solução, deixando ao Governo a responsabilidade de ser haver com as potências contratantes que reclamarem contra a indevida e unilateral revogação de um pacto por lei posterior; nunca, porém, na grande maioria das nações em que o sistema constitucional reserva aquele poder, com ou sem limitações. Na América, em geral, tem assim força vinculatória a regra de que um país não pode modificar o tratado, sem o acordo dos demais contratantes; proclama-o até o art. 10 da Convenção sobre Tratados, assinada na 6ª Conferência Americana de Havana, e entre nós promulgada pelo Decreto 18.956, de 22 de outubro de 1929, embora não o havendo feito, até 1938, o Uruguai, também seu signatário. Esse era, aliás, o princípio já codificado por Eptácio Pessoa que estendia ainda a vinculação ao que, perante a equidade, os costumes e os princípios de direito internacional, pudesse ser considerado como tendo estado na intenção dos pactuantes (Código, art. 208); nenhuma das partes se exoneraria e assim isoladamente (art. 210) podendo apenas fazer denúncia, segundo o combinado ou de acordo com a cláusula *rebus sic stantibus* subentendia, aliás, na ausência de prazo determinado. Clóvis Beviláqua também não se afastou desses princípios universais e eternos, acentuando quão fielmente devem ser executados os tratados, não alteráveis unilateralmente e interpretados segundo a equidade, a boa fé e o próprio sistema dos mesmos (D.T. Público, vol. 2, pgs. 31 e 32). Igualmente Hildebrando Acioli, em seu precioso Tratado de Direito Internacional, acentua os mesmos postulados, ainda quando o tratado se incorpora à lei interna e enseja a formação de direitos subjetivos (vol. 2, § 1.309). É certo que, em caso de dúvida, qualquer limitação de soberania deva ser interpretada restritamente (Acioli, p. cit. § 1.341 nº 13), o que levou BasDevant, Gastón Jeze e Nicolas Politis a subscreverem parecer favorável à Tchecoslováquia, quanto à desapropriação de latifúndios, ainda que pertencentes a alemães, que invocavam o Tratado de Versalhes (*Ilestraités de paix, ont-ils limité la competence législative de certains états?* Paris, 1.927); em contrário, a Alemanha teve de revogar, em homenagem àquele pacto, o art. 61 da Constituição de Weimar que conferia à Áustria o direito de se representar no Reichstag. Sem embargo, a Convenção de Havana já aludida, assentou que os tratados continuarão a produzir seus efeitos, ainda quando se modifique a constituição interna do Estado, salvo caso de impossibilidade, em que serão eles adaptados às novas condições (art. 11). Mas não precisaríamos chegar ao exame desse grave problema da possibilidade, para o Estado, de modificar certa orientação internacional, por exigências da ordem pública, a despeito de prévia limitação contratual. Urge apreciar apenas o caso de modificações indiretas, isto é, trazidas normalmente na órbita interna, sem o propósito específico de alterar a convenção, ou estender a mudança para efeitos externos. Seria exatamente o caso que ora tentamos focalizar de lei ordinária posterior em certo conflito com o Tratado. Diz, por exemplo, Oscar Tenório: ‘uma lei posterior não revoga o tratado por ser este especial’ (op. cit. pgs. 45). Corroboram-o Acioli: ‘os tratados revogam as leis anteriores mas posteriores não prevalecem sobre eles, porque teriam de o respeitar’ (op. cit. vol 1 § 30)’. Um caso desses de subsistência de tratado até sua denúncia, a despeito da promulgação, no interregno, de certa lei sobre o mesmo assunto encontra-se no acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal de 7 de janeiro de 1.914 (Coelho Rodrigues – Extradicação, vol. 3, nº 78); no parecer sobre a carta rogatória nº 89, o atual Procurador-Geral da República também acentuou que contra o acordo internacional não podiam prevalecer nem o regimento desta Corte, nem quaisquer normas de direito interno, salvo as consagradas na Constituição (Rev. de Jurisprudência Brasileira, vol. 52, pgs. 17). Por isso a técnica exata e sincera foi a que adotou a lei de extradicação de 1.911, mandando no art. 12 que fossem denunciadas todos os tratados vigentes para que ela pudesse vigorar genérica e irrestritamente, mas antes dessa denúncia, os Tratados não seriam alcançados pela lei, como reconheceu, acabamos de ver, o Supremo Tribunal em 1.914. Essa é a solução geralmente seguida, como se pode ver, do artigo de Ramon Soloziano, publicado na Revista de Derecho Internacional de Habana e transcrito na Rev. de Direito, vol. 128, pg. 3; afora a opinião de Hyde e de alguns julgados contrários, o escritor aponta o sentido da mais expressa corrente, não só prestigiada por decisões americanas, como de tribunais alemães e franceses, e, sobretudo, de vários países do novo continente; também Natálio Chediak, de Cuba, escreveu longo trabalho sobre ‘Aplicación de las convenciones internacionales por el derecho nacional – Habana 1.937 – em que chega às mesmas conclusões, e o apresentou ao 2º Congresso de Direito Comparado, recordando a propósito o art. 65 da Constituição espanhola de 1.931, in verbis: ‘No podrá dictarse Ley alguna en contradicción com

Alguns anos depois, o Ministro Orosimbo Nonato, fazendo alusão expressa ao voto proferido nos embargos da apelação cível nº 9.583, de 22/06/1950, comentou que os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente à exclusão dessas mesmas leis.<sup>304</sup>

Essa orientação, dominante na sociedade internacional, prevaleceu na jurisprudência pátria até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE (*leading case*), que versou sobre o conflito entre a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias e o Decreto n.º 427, de 1969, que lhe era posterior. O Supremo Tribunal Federal, desta vez, esposou sua tendência ao monismo moderado, prevalecendo o entendimento exposto no voto do Ministro Leitão de Abreu:

[...] Como autorização dessa natureza, segundo entendo, não figura em nosso direito positivo, pois que a Constituição não atribui ao judiciário bcompetência, seja para negar aplicação a leis que contradigam tratado internacional, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a conseqüência, que me parece inevitável, é que os tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de outro modo, a aplicar as leis incriminadas de incompatibilidade com tratado. Não se diga que isso equivale a admitir que a lei posterior ao tratado e com ele incompatível reveste eficácia revogatória deste, aplicando-se, assim, para dirimir o conflito, o princípio 'lex posterior revogat priori'. A orientação, que defendo, não chega a esse resultado, pois, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas.<sup>305</sup>

---

Convenios internacionales, si no hubieran sido previamente denunciados conforme al procedimiento em ellos establecidos'. O mesmo se nota nos países europeus, onde também prevalece a regra de imodificabilidade unilateral dos tratados (Paul Fauchille – Droit Internacional Public – 8ª ed. Paris – 1.926 – t. 1º, III, § 858)". Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 10/02/2006.

<sup>303</sup> Ver capítulo terceiro. (ARIOSI, 2000. p. 165)

<sup>304</sup> AC nº 9.587/DF, de 21/08/1951. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 10/02/2006.

<sup>305</sup> RE n.º 80.004, Ministro Relator Xavier de Albuquerque, julgado em 01.06.1977, publicado no DJ em 29.12.1977. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 10/02/2006

O RE n.º 80.004 representou, sem dúvida, um divisor de águas na transição do monismo radical ao monismo moderado em sede da jurisprudência brasileira.<sup>306</sup> Para Celso de Albuquerque Mello, essa opção soou como um verdadeiro “retrocesso”, uma vez que lançou por terra o entendimento anterior, contrariando tendência geral de integração do Direito Internacional com o direito interno:

A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No recurso extraordinário nº 80.004, decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção<sup>307</sup> de Viena sobre Direito dos Tratados, (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente.<sup>308</sup>

Mesmo com posicionamentos contrários em sua própria composição, a tese da legalidade das normas internacionais sobre quaisquer matérias manteve-se firme na jurisprudência do STF, sendo reiteradas vezes confirmada, como por exemplo, no julgamento da medida cautelar na ADIn n.º 1.480-3/DF, do Relator Ministro Celso de Mello, de 04/09/1997, onde o Tribunal reafirmou que entre os tratados internacionais e as leis internas brasileiras existe mera relação de paridade normativa.

Na mesma direção, o monismo moderado foi reafirmado no ano de 2002, quando do julgamento pelo STF, em grau de hábeas corpus:

Constata-se a prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. [...] Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de

---

<sup>306</sup> ARIOSI, 2000. p. 183.

<sup>307</sup> A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

<sup>308</sup> MELLO, 2004. p. 133.

direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.<sup>309</sup>

Em meio a tantas vozes em favor da máxima efetividade dos direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal – intérprete da Constituição, a quem compete dar-lhe a vida -, sempre se mostrou “surdo”, totalmente alheio ao contexto internacional e ao próprio texto constitucional, conquanto o disposto no artigo, 4º, inciso II, no artigo 5º, § 1º e §2º, todos da Carta Magna, autorizasse uma conclusão pela possibilidade de inclusão da norma do tratado em nível constitucional quando a mesma versasse sobre direitos humanos. O legislador constituinte sempre foi maior que a interpretação dada pelos tribunais, a seus preceitos.

É notória, nesse contexto, a incompatibilidade da jurisprudência nacional com a da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, o que representa, “[...] além de ilícito internacional, uma flagrante inconstitucionalidade, por violar a Constituição brasileira, que tem a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental”. Relevante, ainda, transcrever as lições de Fernando Gonzaga Jayme:

Esse posicionamento obsoleto de nossos tribunais revela um contraste acentuado com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que deveria nos vexar, pois, nesta, o lema maior é o da máxima proteção da pessoa vítima de violações de direitos humanos. a Corte, em sua breve existência, já se consolidou como um expoente na proteção do ser humano, através de uma jurisprudência arrojada, que atribui, às normas de direitos humanos dinamismo e efetividade, dando segurança a todos quanto à garantia dos direitos humanos, fim último de todas as normas.<sup>310</sup>

A jurista Mariângela Ariosi, criticando a posição monista radical da jurisprudência brasileira expressa no RE n.º 80.004, vai além, assevera que se o Judiciário é quem deve decidir segundo seu entendimento, que pode variar de acordo com a composição dos Ministros no STF, então, é o STF quem define a jurisprudência e, dessa forma, acaba influenciando, mesmo que de forma indireta, na inserção

<sup>309</sup> RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22/11/02.

<sup>310</sup> JAYME, 2005. p. 04.



brasileira no contexto internacional. Por esta razão, tem-se aludido a necessidade de dispositivos constitucionais mais precisos e objetivos que regulassem a decisão do Judiciário nesta questão, sobretudo, na inclusão de regras no texto constitucional brasileiro que garantissem o que se denomina por *democratização das relações externas brasileiras*.<sup>311</sup>

Recentemente, porém, aconteceu o que os internacionalistas, constitucionalistas e humanistas, há muito esperavam: os ministros do STF deram os primeiros passos em direção à mudança de antigos paradigmas de interpretação e aplicação constitucional em torno da posição jurídica que devem ostentar os tratados internacionais de direitos humanos incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Encontra-se tramitando na Corte Suprema o RE 466.343-1/SP interposto pelo Banco Bradesco S.A, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, negando provimento ao recurso de apelação n.º 791031/0/7, consignou entendimento no sentido da inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, em face do que dispõe o art. 5º, inciso LXVII, da Constituição.<sup>312</sup>

Conquanto a matéria enfrentada seja a possibilidade de prisão civil por dívida, a discussão perpassa pela análise de eventual conflito existente entre o Tratado de São José da Costa Rica<sup>313</sup>, de 1969, ratificado pelo Brasil em 1992, e o ordenamento constitucional brasileiro, que ora interessa ao objeto do nosso estudo.

Nesse contexto, merecem destaque as palavras proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes em voto-vista do recurso em discussão, as quais esvaziam, de certa forma, a jurisprudência avençada até o momento:

---

<sup>311</sup> ARIOSI, 2000. p. 188.

<sup>312</sup> RE 466.341/SP, Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em: [www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas](http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas). Acesso em: 05/12/2006. Até a conclusão deste trabalho, encontra-se pendente de julgamento.

<sup>313</sup> O art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

[...] parece que a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional no 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional no 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: “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.” Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de 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. Não se pode negar, por outro lado, 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. Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional –, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988.<sup>314</sup>

Durante décadas o Supremo Tribunal Federal recusou-se a aceitar a aplicação de normas estranhas ao nosso ordenamento jurídico. Agora, dá um grande primeiro passo em direção à vitória da efetivação dos direitos humanos derivados de normas internacionais. Ora, a essência do Direito Internacional é aceitar o que é diferente, especialmente em se tratando de normas de direitos humanos. Sempre que a norma internacional for mais favorável relativamente ao direito interno, não deve haver empecilhos à sua internalização. Essa é a reflexão que deve conduzir o STF ao desfecho do recurso transcrito acima.

Espera-se, assim, que o RE 466.343-1/SP signifique um marco histórico a favor da proteção dos direitos humanos no Brasil, deixando para trás um lastro de julgamentos ultrapassados e discrepantes da tendência humanista mundial.

---

<sup>314</sup> Ainda não houve julgamento definitivo deste recurso. RE 466.341/SP, Relator Min. Cezar Peluso. Disponível em : [www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas](http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas). Acesso em: 05/12/2006.

Mas é certo que, se de um lado a Emenda Constitucional n.º 45/2004 introduziu um dado juridicamente relevante, a partir da inserção do § 3º, do art. 5º, capaz de permitir à Corte Suprema rever a sua posição relativamente à hierarquia com que os tratados internacionais afetos à proteção dos direitos ingressam no Brasil, resta saber se ela trouxe elementos capazes de conferir a máxima efetividade a essas normas, de acordo com o espírito que norteou o legislador constituinte pátrio. Esse é o questionamento proposto no próximo tópico.

## **5 A EFETIVIDADE DO MODELO CONSTITUCIONAL APÓS A EMENDA Nº 45/2004**

A Reforma do Judiciário levada a efeito pela Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004, dentre outras modificações que promoveu na Constituição de 1988, acrescentou o § 3º ao art. 5º, como salientado acima.

Com o intuito de atribuir maior eficácia ao plano normativo, e via de consequência, encerrar as polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais no que se refere à inserção das normas internacionais que versem sobre direitos humanos, a emenda ora em comento definitivamente não solucionou a questão, ao contrário, fomentou ainda mais a controvérsia anteriormente estabelecida e tem sido alvo de muitas críticas por parte dos internacionalistas e constitucionalistas brasileiros.

Com efeito, a razão deste capítulo é analisar o reflexo e o impacto das novas disposições trazidas pela EC n.º 45/2004, mormente ao que se refere aos direitos humanos, e sua pretensão em assegurar maior efetividade – além de eficácia - à proteção de tais direitos.

Objetiva, também, analisar o sentido e o alcance do § 3º do art. 5º da Constituição, acrescentado pela citada Emenda Constitucional, por meio do qual pretendeu o legislador pátrio dotar de força equivalente à emenda constitucional o ato legislativo que se presta a recepcionar formalmente, no ordenamento jurídico nacional, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte.

A discussão dessas questões, a toda evidência, pressupõe algumas pré-compreensões, a saber: primeiro, o conceito de *efetividade*, e mais especificamente, efetividade do modelo constitucional brasileiro no âmbito da proteção dos direitos humanos; a distinção entre *efetividade* e *eficácia* - tal distinção revela-se importante tanto na interpretação como na aplicação das normas constitucionais, de modo a ser assegurada a máxima harmonia do ordenamento jurídico vigente.

A importância desse enfrentamento tem razão de ser na própria evolução constitucional brasileira, muito mais preocupada em reconhecer e declarar os mais diversos e modernos desdobramentos dos direitos fundamentais, do que propriamente em assegurar o seu cumprimento no plano fático e social, fiscalizando a sua efetividade.

Pois, ainda que sempre tivéssemos nos preocupado em importar e incorporar o que há de mais avançado nas normas de direito comparado, pouco se fez para que saíssemos do plano ideal, avançando para o plano real, o que nos leva a concluir que o grande problema do ordenamento constitucional brasileiro encontra-se no campo da efetivação.

## 5.1 A EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS

Por eficácia jurídica compreenderemos a aptidão formal da norma para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhes são próprios, isto é, as conseqüências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos. Assim, a eficácia refere-se à aptidão, à idoneidade do ato para a produção de seus efeitos.<sup>315</sup>

Entre os constitucionalistas, José Afonso da Silva foi o primeiro no Brasil a realizar um estudo sistemático acerca da eficácia das normas constitucionais, que culminou

---

<sup>315</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 247.

em uma classificação tricotômica: *normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata*; *normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata* e *normas constitucionais de eficácia reduzida*.

Segundo ele, *normas de eficácia plena* são as que receberam do constituinte normatividade suficiente a sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior para sua aplicação. *Normas de eficácia contida* são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas prevêm meios normativos que lhes podem reduzir a eficácia e aplicabilidade. Por último, *normas de eficácia limitada* são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema.<sup>316</sup>

Conclui o autor, entretanto, que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo, não havendo em uma Constituição cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições.

Ao presente estudo interessa examinar a extensão da carga eficaz de que foi dotado o §1º do art. 5º da Constituição Federal, o qual dispõe expressamente que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

Por aplicabilidade imediata devemos entender a qualidade atribuída à norma para dotá-la de eficácia plena, isto é, potencialidade imediata de incidência no mundo fenomênico, tão logo se verifique a ocorrência da situação fática a ensejar a irradiação de seus efeitos jurídicos.

Do que se depreende que a pretensão do legislador constituinte de 1988 foi a de conferir às normas que versam sobre direitos e garantias fundamentais,

---

<sup>316</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982. pp. 3-68-253.

independente da sua origem ou hierarquia, a máxima potencialidade em produzir efeitos no campo fático, assegurando-lhe a plena efetivação.

Como se vê, não se estabeleceu qualquer condição ou pré-requisito para que as normas que veiculem e introduzam em nosso ordenamento esses direitos, fundamentalizando-os, tivessem aptidão para atingir toda a sua carga eficaz, já que foram concebidas como normas auto-aplicáveis, isto é, plena e imediatamente eficazes.

Sergio Fernando Moro chama a atenção para o fato de que poucos dispositivos de tamanha importância têm sido tão maltratados como este pela doutrina e jurisprudência pátrias. Em geral, ou ele é sistematicamente ignorado, reduzida ou condicionada a sua abrangência, ou ainda, lhe é negada qualquer eficácia normativa.<sup>317</sup>

Entretanto, o maior desafio dos juristas reside muito mais no plano hermenêutico do que, propriamente, no plano normativo, uma vez que o texto constitucional originário previu instrumentos suficientes para viabilizar a ampla tutela dos direitos básicos do homem e a incorporação de novas normas protetivas.

A consequência inevitável desse descaso, promovido principalmente pelos intérpretes do referido dispositivo constitucional, que lhe negaram a importância e o alcance adequados, consistiu na falta de efetividade da tutela dos direitos humanos no Brasil.

O que demonstra, na verdade, que, embora a preocupação do legislador reformador tenha sido dirimir a controvérsia quanto ao *status* dos tratados de direitos humanos em nosso ordenamento, encerrando a polêmica estabelecida a partir do posicionamento até então adotado em nossos tribunais, o problema nunca residiu no plano da eficácia, mas sim, no da efetividade (interpretação do aludido dispositivo constitucional).

---

<sup>317</sup> MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 66.

## 5.2 A EFETIVIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

As ciências sociais, nas quais se inclui o Direito, ocupam-se do estudo e da elaboração de sistemas *ideais*, ou seja, da prescrição de um *dever-ser*. Assim, nas precisas palavras de Luis Roberto Barroso, “não se limita a ciência jurídica à explicação dos fenômenos sociais, mas, antes, investe-se de um caráter normativo, ordenando princípios concebidos abstratamente na suposição de que, uma vez impostos à realidade, produzirão efeito benéfico e aperfeiçoador”.<sup>318</sup>

A definição de qual seja esse sistema *ideal*, isto é, os valores a serem protegidos e os fins a serem buscados, não é uma questão jurídica, e sim política. Todavia, consumada a decisão pelo órgão próprio, ela se exterioriza, se formaliza pela via do Direito, que irá então conformar a realidade social. Por este mecanismo, o poder transforma-se de político em jurídico. A organização desse poder e o delineamento dos esquemas de conduta a serem seguidos são levados a efeito por meio de *normas jurídicas*, que no seu conjunto, compõem o que se denomina direito objetivo.<sup>319</sup>

Segundo leciona Miguel Reale, a *norma jurídica* é a síntese resultante de fatos ordenados segundo valores distintos. Com efeito, onde quer que haja um fenômeno jurídico, há sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, etc); um valor, que confere determinada significação a esse fato; e finalmente, uma regra ou norma que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor.<sup>320</sup>

Portanto, como bem conclui Luis Roberto Barroso, “as normas jurídicas consistem na atribuição de efeitos jurídicos aos fatos da vida, dando-lhes um peculiar modo de ser”. Significa dizer que:

---

<sup>318</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. São Paulo: Renovar, 2002. p. 75.

<sup>319</sup> BARROSO, 2002. p. 75.

<sup>320</sup> REALE, 2005. p. 64-65.

O Direito elege determinadas categorias de fatos humanos ou naturais e qualifica-os juridicamente, fazendo-os ingressar numa estrutura normativa. A incidência de uma norma legal sobre determinado suporte fático converte-o em um fato jurídico. Identificam-se, por conseguinte, como realidades próprias e diversas o mundo dos fatos e o mundo jurídico.<sup>321</sup>

Pois bem. Os fatos jurídicos resultantes de uma manifestação de vontade denominam-se atos jurídicos. Segundo a distinção clássica, os atos jurídicos comportam a análise de três planos distintos e inconfundíveis: o da *existência*, o da *validade* e o da *eficácia*.<sup>322</sup>

De maior interesse para os fins visados é a efetividade ou eficácia social da norma, que seria, no dizer de Luis Roberto Barroso, um quarto plano situado fora da teoria convencional. Para o jurista, “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”.<sup>323</sup>

A esse respeito, adequada é a fala de Miguel Reale, para quem a eficácia social “tem um caráter experimental, porquanto se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao ‘reconhecimento’ (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade, *no plano social*, ou, mais particularizadamente, aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento”.<sup>324</sup> Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos.

Hans Kelsen entende a efetividade como a realizabilidade do Direito, voltando a sua definição para uma conceituação mais sociológica do fenômeno.<sup>325</sup> Seguindo esta ordem de idéias, Konrad Hesse formulou uma resposta ao problema da distância entre a realidade e a norma constitucional. Contrapondo as suas idéias às contidas

---

<sup>321</sup> BARROSO, 2002. p. 81.

<sup>322</sup> *Existência* do ato jurídico está ligada à presença de seus elementos constitutivos (normalmente agente, objeto e forma) e a *validade* decorre do preenchimento de determinados requisitos, de atributos ditados pela lei. (BARROSO, 2003. p. 246).

<sup>323</sup> BARROSO, 2003, p. 247.

<sup>324</sup> REALE, 2005. p. 64-65.

<sup>325</sup> KELSEN, 1998. p. 12.



na obra “*A Essência da Constituição*”<sup>326</sup> de Ferdinand Lassale, após destacar que a pretensão de eficácia<sup>327</sup> da norma constitucional não pode ser separada das condições históricas de sua realização, argumenta:

Mas – esse aspecto afigura-se decisivo – a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever-ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.<sup>328</sup>

De acordo com o mesmo autor, a efetividade da Constituição dependeria principalmente da “vontade de Constituição”, consistente na vontade da comunidade de que a Carta Constitucional seja, na prática, a Lei Fundamental do País e, por conseguinte, de que os poderes públicos e, com algumas peculiaridades, os particulares pautem suas condutas segundo o nela estabelecido.<sup>329</sup>

Do que se vem a dizer, o Direito existe para realizar-se, e deve corresponder ao querer da coletividade. Ao jurista cabe formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas.

---

<sup>326</sup> Segundo Lassale, “os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinado que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”. Para ele, a Constituição não significa mais do que uma folha de papel, e no embate entre os fatores reais de poder e a Constituição, o resultado é sempre desfavorável à Constituição. (LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001).

<sup>327</sup> Entende-se aqui eficácia social e não jurídica, adotando-se a terminologia de Luis Roberto Barroso.

<sup>328</sup> HESSE, 1991. p. 15.

<sup>329</sup> “Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem jurídica inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade [...]” (HESSE, 1991, pp. 19-20).

O Direito Constitucional não foge a essa regra. Tanto é assim que as Constituições contemporâneas, seguindo o modelo da Constituição da República de Weimar de 1919, não se limitam, como as liberais do século XIX, a garantir aos particulares posições jurídicas contra agressões dos poderes públicos. Ao contrário, pretendem conformar amplos aspectos da vida social, seja através da formulação de fins e programas para os poderes públicos, seja através da constitucionalização de direitos a prestações estatais, que, para sua efetivação, exigem postura ativa por parte do Estado.<sup>330</sup>

Contudo, como adverte Luis Roberto Barroso, no Brasil, o constitucionalismo vem associado à falta de efetividade da Constituição, de sua incapacidade de moldar e submeter a realidade social. Naturalmente, a Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pelas circunstâncias concretas de cada época. Mas não se reduz ela à mera expressão das situações de fato existentes. A Constituição tem existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade, uma tensão permanente. É nesse espaço que se definem as possibilidades e os limites do direito constitucional.<sup>331</sup>

O sucesso do novo modelo constitucional brasileiro após a EC n.º 45/2004 encontrou, como ainda encontra, dificuldades, aliás, parafraseando Sergio Fernando Moro, “sempre existentes quando o homem decide, através do Direito, interferir na conformação da vida social”.<sup>332</sup>

Por essa razão, faz-se necessário investigar em que medida a EC n.º 45/2004, atendendo as aspirações doutrinárias, representa relevante papel para o desenvolvimento e efetivação da Constituição, mormente ao que se refere à proteção dos direitos humanos no Brasil, uma vez que toda norma constitucional, independentemente de seu conteúdo, contém, por sua própria força normativa, a pretensão de efetivar-se.

---

<sup>330</sup> MORO, 2001. p. 19.

<sup>331</sup> BARROSO, 2003. p. 249.

<sup>332</sup> MORO, 2001. p. 20.

Como foi visto, desde o texto constitucional promulgado em 1988, o novo ordenamento instaurado já era dotado de mecanismos jurídicos que permitiam interpretações que privilegiassem a máxima efetividade das normas que se ocupam da tutela dos direitos básicos do homem, em especial, o art. 5º, §§ 1º e 2º e o art. 4º, todos da Constituição.

Por certo, se já existia dispositivo constitucional originário reconhecendo e assegurando a aplicabilidade imediata ou potencialidade máxima de incidência das normas que versassem sobre direitos e garantias constitucionais, não havia óbice no plano normativo ou da eficácia jurídica.

Somente a partir das interpretações conferidas, principalmente, por nossos tribunais pátrios, o problema da efetividade foi indevidamente deslocado para o plano da eficácia, dando a entender que a solução da questão reclamaria providência por parte de nosso Parlamento (Congresso Nacional).

Nesse contexto, a inserção do § 3º, ao art. 5º, pela EC nº 45/2005, aparece como alternativa apresentada à finalização da controvérsia instaurada quanto à natureza dos tratados de que o Brasil seja signatário, quando versem sobre normas afetas aos direitos básicos dos homens e às garantias necessárias a sua implementação.

Entretanto, de pouco ou nada adiantará o expreso reconhecimento do *status* de emenda constitucional aos tratados internacionais que veiculem normas protetivas dos direitos humanos, se a interpretação de tais normas não se ocupar não apenas em dotá-las de máxima eficácia jurídica, como também, e principalmente, de efetividade ou eficácia social, que nada mais é do que o resultado da implementação de atos executivos e provimentos judiciais que privilegiem e assegurem a concretização de tais direitos.

Do que se pode concluir que a solução para o problema da efetividade das normas fundamentais não depende de nosso Parlamento, que se ocupa, juntamente com o Judiciário, como intérprete das leis, da conferência de eficácia jurídica às normas, mas está ao encargo dos Poderes Executivo e Judiciário, a quem compete o

respeito e implementação de tais direitos (executivo), e a garantia de seu cumprimento (judiciário).

### 5.3 OS DESDOBRAMENTOS DO PARÁGRAFO 3º ACRESCENTADO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

#### 5.3.1 Poder de emenda dos tratados internacionais de direitos humanos e o direito intertemporal

Sob a perspectiva dos direitos humanos, a Emenda Constitucional n.º 45, em vigor a partir de 08 de dezembro de 2004, introduziu no texto da Constituição Federal disposições que tratam explicitamente da matéria relacionada à integração do Direito Internacional Público ao direito interno, conforme se infere da literalidade do § 3º do art. 5º:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes às emendas à Constituição.**<sup>333</sup> [grifo nosso]

A redação do novel dispositivo é bastante semelhante à do art. 60, § 2º da Constituição Federal, que versa sobre o procedimento de alteração do texto constitucional, ao dispor que a proposta de emenda “*será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros*”.<sup>334</sup>

O dispositivo ora em análise, combinado com o § 2º do art. 60, cria uma nova regra de inteligência para o processo de inserção dos direitos humanos no sistema jurídico pátrio, ao ordenar que desde que passem por um trâmite legislativo especial de recepção – depois de ratificados pelo Presidente da República, nos termos do art.

---

<sup>333</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

<sup>334</sup> Idem.

84, inciso VIII e art. 49, inciso I, todos da CF/88 - os tratados e convenções de direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais e terão, via de consequência, caráter de cláusulas pétreas.

Em termos práticos, significa dizer que além de materialmente constitucionais (de natureza constitucional), os tratados internacionais protetivos desses direitos, serão também formalmente constitucionais (isto é, passarão a integrar o texto constitucional), por uma exigência expressa do legislador reformador. Nesse sentido, merecem destaque as lições de Flávia Piovesan:

Vale dizer, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.<sup>335</sup>

Valério de Oliveira Mazzuoli também já enfrentou essa questão, concluindo que:

Falar que um tratado tem “*status* de norma constitucional” é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna, o que é menos amplo que dizer que ele é “*equivalente* a uma emenda constitucional”, o que significa que esse mesmo tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional. Perceba-se que, neste último caso, o tratado assim aprovado será, além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional. Assim, fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, chega-se à seguinte conclusão: o que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm *status* de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser *equivalentes às emendas constitucionais*), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo *quorum* do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição.<sup>336</sup>

Mazzuoli chama a atenção, destarte, para um questionamento que surge com o advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004: há diferença em afirmar que os tratados internacionais de direitos humanos têm *status* de norma constitucional e

---

<sup>335</sup> PIOVESAN, Flávia. In **Reforma do Judiciário**: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005. p. 72.

<sup>336</sup> MAZZUOLI, 2006. p. 55.

dizer que eles são equivalentes às emendas constitucionais?<sup>337</sup> Esse é o questionamento proposto na epígrafe desse tópico.

Ora, a resposta é afirmativa. O fato desses tratados e convenções internacionais serem *equivalentes* à emenda constitucional gera efeitos não observados quando revestidos de *status* de normas constitucionais: a) eles passarão a emendar a Constituição, o que não é possível tendo apenas o *status* de norma constitucional; e b) eles não poderão ser *denunciados*, nem mesmo com Projeto de Denúncia elaborado pelo Congresso Nacional, podendo ser o Presidente da República responsabilizado em caso de descumprimento desta regra (o que não é possível fazer tendo os tratados apenas *status* de norma constitucional).<sup>338</sup>

De acordo com a primeira consequência apontada, pode-se afirmar categoricamente que os tratados internacionais afetos aos direitos humanos aprovados pelo *quorum* de três quintos dos membros respectivos das duas Casas Legislativas terão o poder de emendar a Constituição Federal. Nas exatas palavras de José Afonso da Silva:

A emenda é a modificação de certos pontos, cuja estabilidade o legislador constituinte não considerou tão grande como outros mais valiosos, se bem que submetidas a obstáculos e formalidades mais difíceis que os exigidos para a alteração das leis ordinárias.<sup>339</sup>

É clarividente, quanto a esse nesse pormenor, que os nossos parlamentares dificultaram o processo legislativo de “fundamentalização” dos direitos humanos versados em tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário – ainda que tenham pretendido ampliar a esfera de proteção desses direitos - haja vista que previram o ingresso de tais documentos no ordenamento jurídico pátrio somente após a aprovação por *quorum* qualificado dos membros respectivos das Casas do Congresso Nacional. Se de um lado, a Emenda Constitucional 45/2004, pretendeu abrir a guarda dos direitos humanos no Brasil, de outro, restringiu o meio de ingresso das normas internacionais veiculadoras de tais direitos, em nome da proteção da soberania nacional.

---

<sup>337</sup> MAZZUOLI, 2006. p. 55.

<sup>338</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 55.

<sup>339</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 62.

À luz da máxima efetividade desses direitos, portanto, entende-se que o legislador reformador deixou a desejar em seu intento. E isso porque, em uma interpretação bastante elástica e sistemática dos dispositivos constitucionais, pode-se concluir que o § 3º do art. 5º viola o próprio inciso IV, do § 4º, do art. 60 da CF/88, o qual dispõe que “*não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais*”<sup>340</sup>, na medida em que a emenda constitucional ora em comento, ainda que não tenha abolido nenhum direito ou garantia constitucionais, dificultou o ingresso de normas protetivas de direitos humanos, e conseqüentemente, limitou a realizabilidade e a concretização desses direitos.

A segunda conseqüência em se atribuir *status* de emenda constitucional aos tratados de direitos humanos, por sua vez, reside no fato de que tais tratados não poderão ser objeto de denúncia, como apontado acima. Essa é a lição de Flávia Piovesan:

[...] os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser objeto de denúncia. Isto porque os direitos neles enunciados receberam assento no texto constitucional, não apenas pela matéria que veiculam, mas pelo grau de legitimidade popular contemplado pelo especial e dificultoso processo de sua aprovação, concernente à maioria de três quintos dos votos dos membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. Ora, se tais direitos internacionais passaram a compor quadro constitucional, não só no campo material, não há como admitir que um ato isolado e solitário do Poder Executivo subtraia tais direitos do patrimônio popular – ainda que a possibilidade de denúncia esteja prevista nos próprios tratados de direitos humanos ratificados, como já apontado. É como se o Estado houvesse renunciado a esta prerrogativa de denúncia, em virtude da “constitucionalização” formal do tratado no âmbito jurídico interno.<sup>341</sup>

É dizer, se os tratados internacionais protetivos de direitos humanos, pela redação do § 3º, do art. 5º, ingressam com *status* de emenda constitucional no nosso ordenamento jurídico, constituem-se cláusulas pétreas e, portanto, não são suscetíveis de denúncia pelo Presidente da República, existindo a possibilidade de sua responsabilização caso pretenda operá-la.<sup>342</sup>

---

<sup>340</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988. p.55.

<sup>341</sup> PIOVESAN, 2005. p. 74.

<sup>342</sup> MAZZUOLI, 2006, p. 58.

Surge, ainda, uma outra dificuldade hermenêutica com a nova sistemática constitucional brasileira: ao estabelecer a necessidade de um *quorum* qualificado para a aprovação dos tratados ou convenções internacionais, criou-se um sério problema de direito intertemporal com relação àqueles já incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Vale dizer, os tratados ratificados anteriormente à alteração constitucional necessitam ser votados como “emenda” para permanecerem válidos formalmente, já que a sua época não havia aquela exigência?

Este problema gira em torno da aplicação do princípio da irretroatividade da norma em relação às emendas constitucionais, princípio este básico do direito intertemporal, que, nas precisas lições de Luiz Pinto Ferreira, “é um conjunto de normas que regem o impacto, no tempo, de normas de visam regular preceitos sobre o mesmo fato. As normas jurídicas existem no espaço e no tempo, têm uma validade espacial e temporal. Quando uma norma jurídica se torna obrigatória, é ela aplicável em determinado território e incide no tempo”.<sup>343</sup>

A fonte de inspiração desse novo preceito parece residir no texto constitucional argentino, em seu art. 75, § 22 (com a alteração dada pela Emenda Constitucional de 1994), o qual estabelece que “*uma série de declarações e tratados de direitos humanos, que expressamente enuncia, tem hierarquia constitucional e que os demais tratados dessa matéria que vierem a ser aprovados por dois terços dos membros de cada uma das câmaras do parlamento nacional, quorum adotado para as emendas constitucionais, também farão jus à mesma hierarquia constitucional*”.<sup>344</sup>

Entretanto, a previsão Argentina, além de estabelecer mecanismos para a constitucionalização dos tratados que viessem a ser eventualmente apreciados pelo parlamento nacional posteriormente à nova regra de 1994, procurou solucionar a situação dos tratados e declarações que lhe fossem anteriores. Tal preocupação não se manifestou na nova regra brasileira, que é omissa quanto à hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos já existentes anteriormente à

---

<sup>343</sup> FERREIRA, Luiz Pinto. **As emendas à Constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido**. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. n. 1. jan/jun. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 209.

<sup>344</sup> DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. In **Reforma do Judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005. p. 90.



promulgação da Emenda Constitucional nº 45. Ao lecionar sobre o tema, Luiz Alexandre Cruz Ferreira assevera que:

Assim, não podemos sustentar que aqueles tratados, que tinham antes *status* de normas constitucionais, deixariam de tê-lo, entendimento que corresponderia a uma violência contra o constituinte de 1988, que manifestou explicitamente sua opção pela preservação e defesa dos direitos humanos, independentemente de sua fonte.<sup>345</sup>

Não se pode conceber, portanto, uma interpretação restritiva e discriminatória da nova regra prevista no § 3º do art. 5º. O novo texto constitucional tem força obrigatória a partir de sua entrada em vigor, podendo ser aplicado somente aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados após a sua publicação. Portanto, se todos os tratados de direitos humanos ingressavam no ordenamento jurídico com o caráter de norma constitucional, pelo que se extrai da inteligência dos §§ 1º e 2º do art. 5º e art. 4º da CF, independentemente do seu processo de recepção, então, não necessitariam ser votados como emenda para permanecerem válidos formalmente, uma vez que, a sua época, não havia tal exigência. Entendimento contrário esvaziaria o espírito da Carta Federal de 1988, conferindo ao Congresso Nacional uma discricionariedade sem que houvesse pretendido o legislador constituinte.

Assim, o Congresso Nacional não pode estar pautado pela conveniência ou oportunidade. Sua discricionariedade deve limitar-se à observância da própria natureza superior da norma que se deseja incorporar, isto é, uma norma que versa sobre a dignidade humana, princípio este que o legislador constituinte elevou ao *status* de fundamento da República Federativa do Brasil. A prevalência dos direitos humanos é premissa que está acima de qualquer norma.

Na perspectiva da presente pesquisa, defende-se, pois, a desnecessidade da “constitucionalização formal”<sup>346</sup> dos direitos humanos no Brasil na forma prevista no § 3º, do art. 5º da CF/88, isto é, a desnecessidade da exigência expressa de *quorum* qualificado na “fundamentalização” dos direitos humanos, relativamente aos tratados

---

<sup>345</sup> FERREIRA, 2005. p. 456.

<sup>346</sup> Expressão utilizada por Flávia Piovesan. (PIOVESAN, Flávia. In **Reforma do Judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005. p. 75).

internacionais anteriores bem como aos posteriores à própria emenda. Defende-se, por conseguinte, a inocuidade do § 3º do art. 5º, uma vez que sempre foi plenamente possível interpretação que privilegiasse a máxima efetividade das normas que se ocupam da tutela dos direitos básicos do homem.

A despeito de todas as críticas ao dispositivo acrescentado pela EC nº 45/2004, não se pretende aqui argüir a sua inconstitucionalidade, o que significaria dar um passo atrás. Deve-se interpretar o § 3º, do art. 5º da CF/88 sob o enfoque do princípio da máxima efetividade ou eficácia social dos preceitos constitucionais, haja vista que o operador do Direito deve primar por dar a maior aplicação concreta aos comandos da Constituição, especialmente tratando-se de direitos humanos.<sup>347</sup>

É o que se espera na nossa Corte Suprema: que tome para si a responsabilidade de concretização do texto constitucional e de interpretação do referido dispositivo da forma mais sensível e favorável à máxima efetivação dos direitos tão almejados pela sociedade, pois do contrário, de nada adiantará o constante reparo da Carta Maior. A Corte Suprema e os demais tribunais brasileiros não podem perder de vista que a Constituição pátria tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana.

Por fim, cabe analisar uma das dimensões atualmente mais debatidas, ante o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, em sede de direitos humanos: os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro terão caráter de cláusula pétrea?

Será o próximo questionamento a ser examinado no último tópico do presente trabalho.

---

<sup>347</sup> FRANCISCO, José Carlos. In **Reforma do Judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005. p. 103.

### 5.3.2 Os tratados internacionais de direitos humanos e as cláusulas pétreas

Em função do que foi exposto no tópico anterior, pode-se chegar a algumas conclusões, ainda que parciais, acerca do questionamento proposto: a) inicialmente, a teor do que dispõe expressamente o § 3º, do art. 5º da CF/88, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, os tratados internacionais que veiculam normas de direitos humanos ingressam no ordenamento pátrio com *status* de emenda constitucional, ou seja, uma vez aprovados pelo Congresso Nacional, passam a integrar o corpo da Constituição Federal; b) os tratados internacionais formalmente constitucionais não são suscetíveis de denúncia, ainda que haja previsão expressa no texto do tratado; c) os tratados ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, serão recepcionados como norma constitucional, uma vez que à época da ratificação não havia tal exigência e os efeitos da emenda sob análise são *ex nunc*; e, por fim, d) todos os direitos e garantias individuais previstos nos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro constituem cláusula pétrea e não podem ser abolidos ou modificados – salvo se para ampliar o feixe inicial de direitos assegurados - por ato do legislador reformador.

Visando superar a divergência doutrinária e jurisprudencial, o Poder Reformador acrescentou o § 3º ao citado art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo de forma inequívoca, conforme preceituado de forma literal, a possibilidade de que tratados em matérias de direitos humanos tenham equivalência com emenda constitucional, podendo acarretar, portanto, a agregação de novas normas ao sistema da Constituição.

Acolheu-se, assim, a tese de que tratados sobre direitos humanos, dada a relevância da matéria, devem merecer acolhida diferenciada no direito brasileiro, mas procurou-se igualmente contemplar, por meio do quorum previsto para essa excepcionalidade, a lógica do processo legislativo, que exige maior endosso político à aprovação de normas jurídicas de maior posição hierárquica.

Assim, uma vez incorporados ao Texto Constitucional, os direitos humanos reconhecidos pelo tratado internacional ratificado pelo Brasil passam a ser *direitos fundamentais* e, por conseguinte, irreformáveis pelo poder reformador, nos termos do art. 60, parágrafo 4º, IV da Constituição.

Antes mesmo da Emenda Constitucional nº 45/2004, o STF, no julgamento da ADIN 939/93<sup>348</sup> - ajuizada em face da Emenda Constitucional nº 3 -, já havia adotado posicionamento sólido no sentido de que não apenas os direitos e garantias individuais do art. 5º, da CF/88 teriam o caráter de cláusula pétrea, como também quaisquer outros direitos garantidos na Carta Maior, por força do § 2º do citado dispositivo constitucional:

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que a referida Emenda, além de violar o princípio federativo, ao excepcionar o princípio da imunidade recíproca, também violava os direitos e garantias individuais, pois sendo o princípio da anterioridade uma garantia constitucional do contribuinte, deveria receber a proteção especial do art. 60, § 4º, IV.

Confira-se o debate consolidado entre os Ministros, que se concentrou principalmente em saber se o princípio da anterioridade constitui ou não um direito individual:

O Ministro Marco Aurélio iniciou o seu voto afirmando que os direitos e garantias constitucionais não são apenas aqueles inseridos no art. 5º da Constituição, do qual constam setenta e sete incisos. Princípios e garantias do cidadão, no seu “embate diário que trava com o Estado”, podem ser encontrados em outros artigos da Constituição. **Para afirmar esta interpretação como a única possível, cita o § 2º, do art. 5º, da Constituição, que dispõe que “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”.** E como fica expresso pelo art. 150, *caput*, da Constituição, o princípio da anterioridade é uma garantia assegurada ao contribuinte, não restando dúvida, portanto, de que, por força do § 2º do art. 5º, somado ao inciso IV do § 4º do art. 60, inclui-se no rol dos direitos individuais protegidos pelas cláusulas pétreas. Esta posição foi confirmada pela maioria dos Ministros. O Ministro Carlos Velloso foi, no

---

<sup>348</sup> Para os advogados da Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio, a Emenda Constitucional n.º 3, ao autorizar que o IMPF fosse cobrado no mesmo ano de sua instituição, violava o princípio da anterioridade, pelo qual não se podem cobrar tributos “no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”. Sendo esta uma garantia individual do contribuinte, não poderia ser suprimida, ainda que por emenda constitucional (VIEIRA, 2002. p. 178).

entanto, além: para ele, **os direitos irrevogáveis protegidos pelo art. 60, § 4º, IV, não são apenas os individuais, mas todos os direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e até quarta geração, protegidos pela Lei Maior.**<sup>349</sup> (Grifamos).

Relevante frisar que esse posicionamento foi esposado muito antes do advento da EC n.º 45/2004, numa época em que o entendimento dos Ministros do STF era bem mais restritivo no que concerne à natureza dos tratados internacionais de direitos humanos.

Desse modo, inegável se torna a conclusão no sentido de que aos tratados sobre direitos humanos introduzidos em nossa ordem constitucional, deverá ser dada uma concepção ampliativa no tocante aos elementos já integrantes da matéria em sede constitucional originária ou reformada, como cláusulas pétreas.

Nada, absolutamente nada permite interpretações reversas, eis que por tudo o que se afirmou no tocante aos direitos humanos, não pode haver dicotomização, ou hierarquização destes, dentro do contexto constitucional, apenas pelo fato de alguns direitos serem “genuinamente nacionais”, e de outros serem “importados”.

Como dito, os em destaque são HUMANOS, e por isso, dignos de reconhecimento em sua concepção mais elementar atemporal e apátrida.

No mesmo sentido, mas num ensejo diferente de enfoque, deve se reforçar aqui o que foi dito linhas atrás no sentido de que o que será tido como tal, direitos humanos com forma material e formalmente constitucional, será aquilo que o legislativo disser, pelo método do artigo 5º, § 3º, nada mais.

---

<sup>349</sup> VIEIRA, 2002. pp. 180-181.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pretensão do presente estudo concentrou seus esforços em demonstrar que o modo como se da resposta oferecida pela EC nº 45/2004 não se encontra à altura da problemática brasileira quanto à falta de realizabilidade dos direitos fundamentais e fundametalizados de proteção dos direitos básicos do homem.

Embora decorrente de um sincero comprometimento de nossos parlamentares em ampliar a tutela dos direitos humanos, solucionando o problema da eficácia normativa das normas protetivas internacionais que ingressam em nosso ordenamento e encerrando, definitivamente, a controvérsia travada em nossas cortes judiciais quanto à hierarquia que adquirem após sua inserção, a emenda ora em análise nada mais fez, na verdade, do que dificultar o procedimento de fundametalização dos direitos humanos versados em tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Mais uma vez, a resposta legislativa de correção ou aperfeiçoamento da carta originária esconde, na realidade, o calcanhar de aquiles do direito brasileiro, qual seja, a tímida interpretação e aplicação das normas constitucionais conferida pelos poderes responsáveis pela efetividade dos direitos e garantias reconhecidos e assegurados na Lei Suprema.

Assim como ocorre na comunidade mundial, as deficiências brasileiras não se encontram propriamente, no plano das normas (eficácia), já que contamos com moderno aparato normativo de proteção da pessoa humana. Ao contrário, nossas dificuldades de concretização no plano social do que está posto e assegurado nas normas vigentes decorrem, muito mais, da omissão judicial e executiva em assumir o seu verdadeiro papel.

Por certo, de nada adiantará o constante reparo e reformulação da Carta Magna, enquanto Judiciário e Executivo não chamarem para si a responsabilidade pela concretização da vontade constitucional. Se por um lado compete ao executivo a adoção de políticas públicas que assegurem a realização do programa social

estabelecido em nossa CF/88, ao Judiciário cabe a importante missão de interpretar as normas de forma que melhor atendam aos anseios constitucionais e sociais.

Donde se pode concluir que o caminho para ampliação da efetivação da tutela dos direitos humanos está muito mais a reclamar uma atitude de nossos julgadores e administradores públicos, do que de nosso Parlamento.

Nessa perspectiva, o futuro da proteção dos direitos humanos no Brasil depende da melhor interpretação dada à Constituição Federal pelos Tribunais Superiores e, especialmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Em que pese o fato de ainda existirem antigos paradigmas de interpretação e aplicação constitucional, o tratamento diferenciado no processo de inclusão dos tratados internacionais de direitos humanos no sistema interno deve ser reconhecido na prática de nossos tribunais, em observância a uma tendência mundial.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Basi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

ASSIER-ANDRIEU, M. **O direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 37. ed. Globo: São Paulo, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. MELLO, Celso D. de Albuquerque. TORRES, Ricardo Lobo (coord.). **Arquivos de direitos humanos**. São Paulo: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. São Paulo: Renovar, 2002.

BECERRA, Manuel Ramirez. **La recepcion del derecho internacional em el derecho interno**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. De Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Paz e Terra: São Paulo, 1997.

BONAVIDES, Paulo. O estado social e sua evolução rumo à democracia participativa. MEZZARROBA, Orides (Org). **Humanismo latino e estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2003.



\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Ciência Política.** 10. ed. Malheiros: São Paulo, 2003. p. 268

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988).

BRITTO, Carlos Ayres. **A Constituição e os limites de sua reforma.** In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. n. 1. jan/jun. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CAMPOS, Gérman J. Bidart. **Teoria general de los derechos humanos.** Buenos Aires: Astrea, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Language.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** III ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Alexandre Sanches. **Todas as constituições brasileiras.** ed. comentada. Campinas: Bookseller, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Estado de direito e direitos fundamentais. ALMEIDA FILHO, Agassiz de. CRUZ, Danielle da Rocha. **Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mario Moacyr Porto.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. In **Reforma do Judiciário: analisada e comentada.** São Paulo: Método, 2005.

FABRIZ, Daury Cezar. **Bioética e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte.** 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. In **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n.º 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA, Luiz Pinto. **As emendas à Constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido.** In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. n. 1. jan/jun. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** Trad. Andressa Cunha Curry. São Paulo: Max Limonad, 2003.

FRANCISCO, José Carlos. In **Reforma do Judiciário: analisada e comentada.** São Paulo: Método, 2005.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

FRENEDA, Eduardo Gomes. **Da internacionalização dos direitos humanos e da soberania compartilhada.** In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos.** Vol. 1. São Paulo: Acadêmica, 1994.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público.** 2. ed. São Paulo: LTR, 1998.

JAYME, Fernando Gonzaga. **Direitos humanos e sua efetivação pela corte americana de direitos humanos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

KRIELE, Martin. **Introducción a la teoría del estado.** Buenos Aires: Depalma, 1980.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos e humanismo: uma necessária integração.** MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo Latino e Estado no Brasil.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

LUNO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales.** Madrid: Tecnos, 2004.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Lecciones de Derechos Fundamentales.** Madrid: Dykinson, 2004.

MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe.** Trad. Roberto Grassi. 3. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2005.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica.** 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.

MATIAS, Eduardo Felipe P. **A humanidade e suas fronteiras: do estado soberano à sociedade global.** São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia.** FREIRE E SILVA, Bruno. MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência.** Curitiba: Juruá, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1.

\_\_\_\_\_. **O § 2º do art. 5º da Constituição Federal.** In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 25.

MENEZES, Wagner. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito Internacional e da Integração.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos.** 1. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

PEDRA, Adriano Sant'ana. **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça.** Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: desafios do direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2004.

\_\_\_\_\_. In **Reforma do Judiciário: analisada e comentada.** São Paulo: Método, 2005.

\_\_\_\_\_. **A proteção internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro.** In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, ano 3, n.º 09, out/dez 1994.

\_\_\_\_\_. **A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 45.

\_\_\_\_\_. **Sistema internacional de proteção dos direitos humanos.** In. MENEZES, Wagner. **Direito Internacional no cenário contemporâneo.** Curitiba: Juruá. 2003.

\_\_\_\_\_; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19.

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

\_\_\_\_\_. **Lições preliminares de direito.** 26. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público.** São Paulo: Saraiva.

ROBERT, Cinthia. MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Teoria do estado, democracia e poder local.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e justiça.** .1. ed. São Paulo: Edipro, 2000.

ROYO, Javier Perez. **Curso de derecho constitucional**. Marcial Pons: Madrid, 2003.

RUSSO, Eduardo Angel. **Teoría general del derecho**: en la modernidad e en la posmodernidad. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

SABÓIA, Gilberto Vergne. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHIMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e poder popular**: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ary. **Fundamentos de direito público**. 4.ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991. v. II.

\_\_\_\_\_. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)**: as primeiras cinco décadas. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

\_\_\_\_\_. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

\_\_\_\_\_. **A Constituição e sua reserva de justiça:** um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania.** Record. Rio de Janeiro, 2001. p. 255.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos.** São Paulo: Malheiros, 1999.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.