

PRIMAZIA DOS DIREITOS HUMANOS E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NA INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Dicken William Lemes Silva

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

“Com relação às grandes aspirações do homem, estamos já muito atrasados. Tentemos não aumentar esse atraso com a nossa desconfiança, com a nossa indolência, com o nosso cepticismo. Não temos tempo a perder. A história, como sempre, mantém sua ambigüidade avançando em duas direções opostas: em direção à paz ou em direção à guerra, em direção à liberdade ou em direção à opressão. O Caminho da paz e da liberdade certamente passa pelo reconhecimento e pela proteção dos direitos do homem (...) Reconheço que o caminho é difícil. Mas não há alternativas.”

Norberto Bobbio

1 INTRODUÇÃO

A questão da implementação dos Direitos Humanos no Brasil tem merecido uma atenção especial, alcançando, nos dias atuais, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, um nível nunca antes experimentado. Os temas jurídicos relacionados à problemática da implementação de Direitos Humanos são cada vez mais explorados, tanto pelos doutrinadores quanto nos Tribunais pátrios, resultando numa respeitável, embora ainda escassa, produção jurídica sobre o assunto.

Dentro do contexto acima apresentado, um tema de grande importância (objeto da presente monografia) reside na questão da incorporação ao Direito Brasileiro das normas decorrentes dos Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil após a vigência da Constituição Federal de 1988. Com efeito, inovaram os Constituintes, na medida em que fizeram constar da Carta Magna, no respectivo art. 5.º, §§ 1.º e 2.º, que:

“Art. 5.º
§ 1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.
§ 2.º 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”.

Tal inovação tem gerado posições antagônicas e conflitantes, sob a perspectiva da hermenêutica constitucional, nas produções jurídicas nacionais, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais.

Na presente monografia, a abordagem do tema passará, primeiro, pela exposição breve de aspectos históricos e filosóficos pertinentes à concepção contemporânea dos Direitos Humanos e Fundamentais. Em seguida, pela análise da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, em vista do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, concebido este como a fonte dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Na seqüência, após a verificação da sistemática legal da incorporação de tratados internacionais em geral no Direito Brasileiro, a abordagem centrar-se-á nas questões especificamente relativas aos Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos, como meio de implementação de Direitos Humanos no Brasil. Assim, quanto a estes últimos, será verificada a hierarquia com que são recepcionados, a posição do Supremo Tribunal Federal, e os seus reflexos no ordenamento jurídico nacional.

Antecedendo as conclusões, a abordagem da monografia será direcionada à questão da hermenêutica constitucional do referido art. 5.º, §§ 1.º e 2.º da Constituição Federal de 1988, em especial com a verificação dos métodos contemporâneos de interpretação, que elevam os princípios constitucionais à condição de diretrizes hermenêuticas da atividade interpretativa¹. Tal verificação, além da abordagem teórica, deverá ser procedida na identificação dos métodos hermenêuticos empregados pelas correntes jurídicas que se confrontam no tratamento da questão que é objeto da presente monografia.

1 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo : Celso Bastos, 1999, p. 129.

2 CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS E FILOSÓFICAS

Em obra dedicada ao tema da afirmação histórica dos direitos humanos, FÁBIO KONDER COMPARATO² salienta que a evolução dos direitos humanos decorre de longo processo histórico de criação e difusão de instituições jurídicas destinadas à proteção da dignidade humana. Após afirmar que a geração do mundo, bem como a concepção do homem, e o próprio conteúdo da dignidade humana, tem um sentido axiológico, além de ontológico, o autor salienta que “a primeira reflexão do homem sobre si mesmo surgiu, concomitantemente, em várias civilizações, em período histórico decisivo”³.

Em tal período, compreendido entre 600 e 480 a.C., que FÁBIO K. COMPARATO denomina, citando TOYNBEE e KARL JASPERS, (Cf. *Mankind and Mother Earth – A narrative history of the World*, 1976, Oxford University Press, p. 177) e Karl Jaspers (*Vom Ursprung und Ziel der Geschichte*, 1.ª ed., Munique – Zurique, R. Peper & Co. Verlag, 1983, p. 19-42), de período axial:

“coexistiram, sem se comunicarem entre si, cinco dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaias em Israel. Todos eles, cada um a seu modo, foram autores de visões do mundo, a partir das quais estabeleceu-se a grande linha divisória histórica: as explicações mitológicas anteriores são abandonadas, e o curso posterior da História não constitui senão um longo desdobramento das idéias e princípios expostos durante esse período”⁴.

2 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo : Saraiva, 1999.

3 Id. p. 7.

4 Id., COMPARATO, op. cit., p. 8.

É, pois, tal período axial o ponto de partida histórico da concepção do homem enquanto ser dotado de igualdade essencial, na medida em que passam a ser reconhecidas a razão e a liberdade como atributos naturais do homem, apesar das inúmeras diferenças étnicas, religiosas e culturais dos diversos povos que desde então habitam o planeta.

Surge, assim, a concepção clássica do direito natural aristotélico-tomista, cujas convicções afirmam a:

“existência de um direito ágrafo, derivado ou da própria divindade ou da natureza das coisas. Nomeadamente, o Cristianismo trouxe sua contribuição ao jusnaturalismo desde a Carta de S. Paulo aos Romanos e as obras de Sto. Agostinho. Introduziu-se o conceito de pessoa, o aprofundamento da dignidade humana, o conceito de *lex naturalis* como participação da *lex aeterna* na criatura racional”⁵.

Em outras palavras, na:

“Idade Média, sob o império da patrística ou da escolástica, a teoria jusnaturalista apresentava conteúdo teológico, pois os fundamentos do direito natural eram a inteligência e a vontade divina, devido ao fato de a sociedade e a cultura estarem marcadas pela vigência de um credo religioso e pelo predomínio da fé”⁶.

A propósito, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO⁷, após apontar a doutrina do cristianismo, fundada na concepção do homem como criatura feita à semelhança de Deus e dotada de especiais qualidades, com ênfase especial para a escolástica e a filosofia de Santo Tomás, como antecedente básico dos direitos humanos, destaca que as “teorias contratualistas ganham relevo na

⁵ VALLE, Gabriel. *Filosofia e Direito*. Porto Alegre : Síntese, 1999, p. 33-34.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo : Saraiva, 1998, p. 36.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 2000, p. 105.

corrente jusnaturalista, sobretudo nos séculos XVII e XVIII, para acentuar que os soberanos deveriam exercer a sua autoridade com submissão ao direito natural”. Este último é o período que se poderia denominar de época do direito natural racionalista, sob cuja inspiração surgiram as Declarações de Virgínia de 1776 e, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Conforme esclarece ROGÉRIO GESTALEAL ao formular reflexão acerca da relação entre direitos humanos e direito natural:

“não desprezando as contribuições gregas e romanas sobre a matéria, tampouco o legado trazido pela Idade Média, com Santo Tomás de Aquino, discutindo o tema da *lex*, é a partir da Idade Moderna que vamos encontrar algumas reflexões que interessam mais especificamente ao presente debate”⁸.

Pois bem, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS⁹ realiza uma análise das características do que se denomina de “tensão entre regulação e emancipação” no direito moderno, pontuando-se tal concepção em três períodos distintos, quais sejam : a) período da recepção do direito romano; b) período do direito natural racionalista; e, c) período das teorias do contrato social. Tal análise, pondo em foco os períodos acima referidos, constitui-se numa reflexão bastante interessante na verificação da concepção dos direitos humanos, desde o paradigma da modernidade até a contemporânea transição paradigmática que vivenciamos, como a seguir se verá.

Destaca-se, pois, que o processo histórico da tensão entre regulação e emancipação no campo do direito, data do século XII, época da recepção do direito romano na Europa. Caracterizado unanimemente por historiadores como um dos mais importantes fatores da criação da tradição jurídica moderna

⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, p. 46-47.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente : contra o desperdício da experiência – Para Um Novo Senso Comum – A ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo : Cortez, 2000, p. 120-188.

ocidental, essa recepção do direito romano emergiu em oposição ao chamado sistema jurídico feudal e como “resultado de uma convergência única de interesses econômicos e culturais (...) ao serviço de um novo projecto jurídico, político e societal”¹⁰. Caracterizou-se, ainda, pela reunião de duas formas de poder-saber, concretizando a interpenetração do poder disciplinar e do poder jurídico.

Essa tensão entre regulação e emancipação, constitutiva da recepção do direito romano, “era parte integrante do projecto histórico da nova burguesia européia, em luta pela conquista do poder econômico e cultural e, por último, do poder político”¹¹, cuja regulação subordinou-se, na época, à experiência racional que se traduziu na procura de “uma nova ética política e social ajustada aos novos tempos e aos novos ideais de autonomia e liberdade”¹².

Seguiu-se, então, a época do direito natural racionalista, nos séculos XVII e XVIII, cujo fundamento básico é a fundação de uma nova “boa ordem”, caracterizada pelo exercício da razão e da observação, segundo a lei da natureza. Nessa época, a tensão entre regulação e emancipação opera-se tendo em conta a tendência de aproximação entre o direito moderno e a ciência moderna.

Emergiram, após, as chamadas teorias do contrato social, as quais encerraram igualmente uma manifestação de fundamental importância da tensão entre regulação e emancipação na origem do campo jurídico moderno. Como fruto do debate sobre o direito natural racionalista, incorporando novo método científico e moderno para análise da realidade, surgem as teorias de HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU.

Com efeito:

“a complexidade da regulação social moderna se manifesta em cada um dos três princípios que a sustentam – o princípio da comunidade, o princípio do Estado e o princípio do mercado –, bem como nas relações que se estabelecem entre eles. Da mesma forma que os dois outros grandes filósofos políticos

¹⁰ Id., p. 122.

¹¹ Id., *ibid.*, p. 124.

¹² Id., *ibid.*, p. 123.

‘contratualistas’ da modernidade, Hobbes e Locke, também Rousseau inclui esses três princípios em sua análise e tenta encontrar uma relação dinâmica entre eles. Mas se Hobbes privilegia o princípio do Estado e Locke o do mercado, Rousseau privilegia o princípio da comunidade”¹³.

Decorre das diversas concepções de direito, assim como das diversas concepções de sociedade civil e de estado da natureza, em cada um dos três grandes filósofos contratualistas acima referidos, a complexidade do paradigma da modernidade. Ocorre que nesse paradigma o direito pode ser, simultaneamente, vontade do soberano (HOBBS), manifestação de consentimento (LOCKE) e autoprescrição (ROUSSEAU), caracterizando-se sempre pelo exercício da regulação em nome da emancipação.

Por fim, conclui-se que “a tensão entre regulação e emancipação que percorre essa poderosa constelação intelectual é sentida pelos fundadores do pensamento político moderno como uma ansiedade de justificação”¹⁴.

A partir do século XIX o paradigma da modernidade, em especial no campo jurídico e político, fica associado ao desenvolvimento do capitalismo. Boaventura de Sousa Santos, na obra aqui referida, promove uma análise do desenvolvimento do capitalismo ocorrido em três períodos: o primeiro, do capitalismo liberal, cobrindo praticamente todo o século XIX; o segundo, do capitalismo organizado, abrangendo o final do século XIX, com o apogeu no período entre as duas grandes guerras mundiais e nas duas primeiras décadas do pós-guerra; e, finalmente, o último, do capitalismo desorganizado, iniciado no final dos anos 60 e em curso até os dias atuais. Tal análise tem por objetivo a avaliação da trajetória do paradigma da modernidade no decorrer desses três períodos.

O período do capitalismo liberal caracterizou-se, por exemplo, pelo surgimento do positivismo jurídico e pela redução do Direito ao Estado; o do capitalismo organizado, pelo surgimento do Estado-Providência e do Fordismo,

¹³ Id., *ibid.*, p. 132.

¹⁴ Id., *ibid.*, p. 139.

modo de regulação marcado pela convergência dos princípios do Estado e do Mercado; e o do capitalismo desorganizado, embora altamente organizado, por ser um período de transição no qual se hipertrofia o princípio do mercado a tal ponto que põe a nu a crise do direito regulatório no paradigma da modernidade.

De acordo com BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, em face da crise de gestão dos excessos e déficits do paradigma da modernidade, e do próprio direito moderno, avulta-se a necessidade de des-pensar o direito, entendida esta atividade como o processo analítico de questionamento radical do direito.

Um outro critério de análise histórica possível, bastante difundido, acerca da evolução e classificação dos direitos humanos, é aquele por meio do qual se classificam os direitos humanos em gerações.

Assim, sob a inspiração dos três temas ou princípios da Revolução Francesa costuma-se apresentar a seguinte classificação, explicitada em julgado do Eg. Supremo Tribunal Federal¹⁵, *verbis*:

“Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.

A propósito dessa modalidade de classificação de direitos humanos,

¹⁵ MS 22.164-0/SP, rel. Min. Celso de Mello, (DJ 17/11/95, 39206), transcrito por Paulo Gonet Branco, *Ob. Cit.*, p. 112.

importa ressaltar que os direitos de primeira geração, estreitamente vinculados à pretensão de jurisdicização do liberalismo, como se extrai da análise de Boaventura de Sousa Santos acima exposta, redundaram na respectiva positivação, priorizando sobremaneira a proteção da propriedade, no contexto do movimento histórico que se convencionou chamar de “constitucionalismo”. A propósito, diz PAULO GUSTAVO GONET BRANCO que a:

“compreensão dos direitos fundamentais de primeira geração reclama a percepção histórica do movimento do *constitucionalismo* (...) O constitucionalismo era, pois, a expressão sistematizada do conceito de democracia liberal ou constitucional (...) reivindicava a segurança jurídica que o regime absolutista negava por definição (...) é associado à ascensão econômica da burguesia”¹⁶.

Os direitos humanos de segunda geração – surgidos no final do século XIX e consolidados no século XX, em decorrência do tratamento oferecido pelo capitalismo industrial de então, e diante da inércia própria do Estado Liberal, a partir de meados do século XIX, diversamente daqueles de primeira geração – pressupõem o alargamento da competência estatal, requerendo a intervenção do Poder Público para reparar as condições materiais de existência de vastos contingentes populacionais. Em tal contexto, surge o que se convencionou chamar de Constitucionalismo Social, a significar que os direitos humanos têm que cumprir uma função social”¹⁷. Como visto, cresce em importância, nesse momento, o princípio da igualdade de fato, em oposição à mera igualdade formal anteriormente realçada.

Quanto aos direitos humanos de terceira geração, esclarece PAULO BONAVIDES o seguinte :

“um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de

¹⁶ MENDES, COELHO, e BRANCO, *ob. cit.*, p. 107-108.

¹⁷ WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo : Saraiva, 1999, p. 39.

terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, ou um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeraram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais (...) A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração : o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.”¹⁸

Fala-se, ainda, em direitos humanos de quarta geração¹⁹, decorrentes do desenvolvimento da globalização política, tendência de universalidade que dependeria da concretização de uma sociedade aberta futura, consagrando os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Apesar da superveniência de diversas críticas a propósito dessa modalidade de classificação de direitos humanos, em face da imprecisão de seu objetivo, na medida em que não esclarece de pronto o seu efetivo conteúdo, além de possibilitar o equívoco de que uma geração de direito substituiria outra (razão pela qual já se utiliza em substituição ao termo “gerações”, a expressão “dimensões dos direitos fundamentais”²⁰), não se pode negar que tal critério permite a visualização da noção da historicidade dos direitos humanos.

A propósito dessa noção de historicidade dos direitos humanos, NORBERTO BOBBIO, afirmando ser ilusória a busca de um fundamento

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 523.

¹⁹ Id., *ibid.*, p. 524-526.

²⁰ “Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter cumulativo, de complementariedade, 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, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p. 49)

absoluto dos direitos do homem como queriam os jusnaturalistas, sustenta que se revela mais adequado à implementação dos direitos humanos o esforço de:

"buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis (...) empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado (...) O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios²¹".

Sob a perspectiva acima levantada, pode-se afirmar que os direitos humanos e fundamentais constituem-se nas pretensões descobertas e concretizadas em cada momento histórico a partir das exigências do princípio da dignidade humana²². Esse princípio, por sua vez, constitui uma categoria axiológica aberta. Vale dizer que a:

"dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza do homem (no seu sentido de uma qualidade inata), na medida em que a dignidade também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual a dimensão natural e a dimensão cultural da dignidade da pessoa humana se complementam e interagem mutuamente²³".

Dessa forma, mostra-se bastante relevante a verificação da questão da transição paradigmática a que se referiu BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, acima mencionado. Isso porque tal circunstância, percebida por diversos juristas e filósofos contemporâneos, resulta de um processo histórico, pode-se dizer, de depuração do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de buscar a concretização de direitos e garantias fundamentais a partir das exigências contemporâneas do princípio da dignidade humana.

²¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992, p. 24.

²² MENDES, COELHO, e BRANCO, *ob. cit.*, p. 116.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Ob. cit.*, p. 105-109.

A propósito da expressão paradigma, na acepção que lhe foi conferida pelo alemão THOMAS KUHN, CHRIS ROHMANN diz que a partir:

"de meados do século XX, um outro significado de 'paradigma' tornou-se importantíssimo como teoria do progresso científico. Foi elaborado por Thomas Kuhn em seu livro *A Estrutura das Revoluções Científicas* (1962). Kuhn refutou o conceito tradicional de conhecimento científico por ser puramente objetivo, interpretando-o como conhecimento fundamentado em paradigmas predominantes – teorias aceitas que expressam e confirmam certas opiniões estabelecidas (...) O progresso científico, segundo Kuhn, não é incremental, mas progride em estágios via mudança de paradigma, quando um paradigma é superado e substituído por outro. (...) A adoção definitiva de um novo paradigma promove o progresso científico porque proporciona uma plataforma de novos métodos de pesquisa²⁴ .

Buscando um fundamento para a análise atual da dignidade humana e a primazia dos direitos humanos como referenciais éticos na transição paradigmática, no contexto do que hoje se denomina de “pós-modernidade”, JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES²⁵, após tratar da noção de pós-modernidade e formular indagações pertinentes, finda por concluir que a

²⁴ ROHMANN, Chris. *O livro das idéias*. Rio de Janeiro : Campus, 2000, p. 302-303.

²⁵ Segundo ele, “a noção de uma ‘pós-modernidade’, complexa e utilizada para os fins mais díspares, é outra que parece haver-se implantado solidamente na época contemporânea (...) Vale a pena, sim, recordar que Jean-François Lyotard, em 1979, deu ao termo ‘pós-modernidade’ sua aplicação mais corrente, ao diagnosticar o fim das Grandes Narrativas – da Razão, da Emancipação e do Progresso humanos – como meios necessários de legitimação do conhecimento, passando este a ter objetivos meramente ‘performáticos’, dentro da realidade sistêmica (...) Na pós-modernidade, o eterno passa a ser contingente; o universal, ilusório e a metafísica, uma invenção sem sentido. Esboroa-se, portanto, a idéia de fundamentos para a política, o Direito e a ética. Tudo passa a ser relativo, localizado e efêmero. É nessa situação que se desenvolvem – ou se esmaecem – os confrontos político-sociais, tendo por pano-de-fundo uma tecnologia ‘performática’, um conhecimento elusivo e uma globalização excludente (...) Como justificar, nessas condições, a atualidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos, erigida sobre fundamentos iluministas, racionais e humanistas, num somatório (desequilibrado) de insumos das correntes liberal e socialista da modernidade? Como defender a idéia de ‘direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade e da paz no mundo’? Como insistir na afirmação de que ‘todas as pessoas são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade’? Como universalizar tais direitos, construídos historicamente na tradição ocidental, sem conferir-lhes feições imperialistas?” (LINDGREN ALVES, José Augusto. *A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade*. In *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 151-154).

Declaração Universal dos Direitos Humanos é a única grande narrativa que resta nesta passagem de milênio. Diz ele:

"portanto, para os pós-estruturalistas convictos ou pós-modernos exigentes, a Declaração Universal dos Direitos Humanos abre caminhos inestimáveis. Na mesma medida em que o pós-estruturalismo se propõe emancipatório, o multiculturalismo que ele justificadamente endossa não pode ser indiferente às opressões de culturas extra-ocidentais. Nem pode a pós-modernidade, como continuação ou superação do racionalismo humanista, tornar-se fundamentalista, aceitando como inelutáveis as crueldades aberrantes de qualquer comunidade, ou do integrismo efficientista do mercado globalizado²⁶".

Na mesma linha de idéias, HANS KÜNG²⁷ argumenta que a irrupção pós-moderna alcança grande destaque após o ano de 1989, época das grandes revoluções européias, com o militarismo passando para o segundo plano, inclusive no aspecto financeiro, as transformações no Leste Europeu e a superação do conflito Leste-Oeste. Tais fenômenos eclodem, na nova orientação geral, um novo macroparadigma, uma nova constelação geral pós-moderna.

Essa constelação mundial pós-moderna, segundo KÜNG, além de caracterizar-se pela visão holística ou integral do mundo e das pessoas, na medida em que se reconhece, como tendência, a multidimensionalidade da sociedade humana, constitui-se não na contramodernidade e nem na ultramodernidade, mas na “superação da modernidade”, no sentido do processo dialético hegeliano. Em outras palavras, *A modernidade deve ser afirmada na sua forma humana *A modernidade deve ser negada nos seus limites desumanos * Deve-se transcender a modernidade para uma nova síntese, diferenciada, pluralista e holística²⁸.

As presentes considerações destinam-se a explicitar a concepção contemporânea de direitos humanos, que dá realce para a historicidade. Essa

²⁶ Id., *idib*, p. 165.

²⁷ KÜNG, Hans. *Projeto de ética mundial* (uma moral ecumênica em vista da sobrevivência humana). São Paulo : Paulinas, 1992, p. 36-37.

²⁸ Id., *ibid.*, p. 44.

noção, decorrente do advento da Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, é tema do chamado *Direito Internacional dos Direitos Humanos* e seus mecanismos, que será objeto de análise no próximo tópico.

3 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A partir da Declaração de Direitos Humanos de 1948, que, como fato histórico, decorreu das atrocidades do nazismo, fez-se sentir a necessidade da “reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional”²⁹. Daí em diante, a concepção dos direitos humanos assumiu contornos segundo os quais:

"os direitos humanos são direitos universais, cuja proteção não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional (...) os direitos humanos compõem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os direitos civis e políticos hão de ser conjugados com os direitos econômicos, sociais e culturais³⁰”.

Como decorrência dessa concepção de direitos humanos, primeiro passa-se a conceber uma nova roupagem para o conceito de soberania, e, segundo, divisa-se o ser humano como sujeito de direito na esfera internacional. A propósito dessas conseqüências da nova concepção de direitos humanos, e destacando a noção de soberania universal, observe-se o que salientou o então Secretário-Geral das Nações Unidas, no final de 1992:

"Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta

²⁹ PIOVESAN, Flávia . O valor jurídico dos tratados e seu impacto na ordem internacional. *In: Temas de direitos humanos*. São Paulo : Max Limonad , 1998, p. 78.

³⁰ Id., *ibid.*, p. 78.

soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania (...) Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional³¹.

Nessa mesma ordem de idéias, J. J. GOMES CANOTILHO, referindo-se aos pontos de partida do que chama de “Constitucionalismo Global”, afirma que:

"o direito internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos direitos humanos – na parte em que não integrem já o *jus cogens* – a padrão jurídico de conduta política, interna e externa. Estas últimas premissas – o *jus cogens* e os *direitos humanos* –, articuladas com o papel da organização internacional, fornecerão um enquadramento razoável para o constitucionalismo global³²".(grifo nosso)

O período do pós-guerra, de 1945, inaugura o momento em que o ser humano encontra-se situado dentro de um novo *ethos* internacional, com a superação da idéia de que o tratamento dado aos nacionais por qualquer Estado constituía-se problema de jurisdição doméstica, camuflado pelo pretexto da sua soberania absoluta. Daí em diante, inicia-se, instrumentaliza-se e afirma-se o contexto do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

É assim que a:

“Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade

³¹ BOUTROS-GHALI, Boutros, *apud* PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *In: Direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAUT, Carlos E. de Abreu; ARAÚJO, Nadia de. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 118.

³² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra : Livraria Almedina, 1999, p. 1276.

desses direitos. Ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração ineditamente combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade”³³.

Não obstante esse caráter indivisível da concepção dos direitos humanos, consagrado na Declaração de 1948, o processo de jurisdicização desta, a fim de que assumisse força obrigatória e vinculante no âmbito do Direito Internacional, por meio da elaboração de tratados internacionais, culminou, na prática, com a separação de abordagens entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Tal disparidade de abordagens concretizou-se com a elaboração de dois tratados distintos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, ratificados pelo Brasil em 1992.

Contudo, essa abordagem por meio de instrumentos distintos, decorrente de circunstâncias históricas, não significou prejuízo efetivo à universalidade e interdependência dos direitos humanos. De fato, o que se verifica é que houve o reconhecimento integral desses direitos em tais instrumentos, conforme explica HECTOR GROS ESPIELL³⁴. Aliás, a ratificação de tal afirmativa decorre da análise, em especial, da Declaração Universal de 1948, do Pacto de Direitos Civis e Políticos, do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além da Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, instrumento este que reiterou a concepção de que todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados, merecendo da comunidade internacional um tratamento global de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase (§ 5.º da Declaração de Viena).

³³ PIOVESAN, Flávia. *Os Direitos humanos e o direito internacional, ob. cit.*, p. 119.

³⁴ A explicação do autor comporta a seguinte tradução para o português : “Só o reconhecimento integral de todos esses direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação. Esta idéia da necessária integralidade, interdependência e indivisibilidade quanto ao conceito e à realidade do conteúdo dos direitos humanos, que de certa forma está implícita na Carta das Nações Unidas, se compila, se amplia e se sistematiza em 1948, na Declaração Universal de Direitos Humanos, e se reafirma definitivamente nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembléia Geral em 1966, e em vigência desde 1976, na Proclamação de Teerã de 1968 e na Resolução da Assembléia Geral, adotada em 16 de dezembro de 1977, sobre critérios e meios para melhorar o gozo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais (Resolução n. 32/130)” (ESPIELL, Hector Gros. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*. San José : Libro Libre, 1986, p. 16-17).

Portanto, após a:

"aprovação da Declaração Universal e a partir da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais³⁵ .

Desenvolve-se, assim, um *corpus* de normas compondo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que se distingue do Direito Internacional Público Clássico essencialmente pelo fato, já acima salientado, de contemplar o ser humano como sujeito de Direito Internacional.

Realçando a diferença entre os Pactos e Convenções de Direitos Humanos e os demais tratados, afirma JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES que o Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui-se num complexo de Pactos e Convenções de Direitos Humanos integrando uma arquitetura protetora de direitos que se afirmam *erga omnes*, inspirada na noção de direito cosmopolita formulada por EMMANUEL KANT, na medida em que toca o interesse de toda comunidade³⁶ .

³⁵ PIOVESAN, Flávia. *Os Direitos humanos e o direito Internacional, ob. cit.*, p. 124-125.

³⁶ “Inaugurado pela Declaração Universal de 1948, o Direito internacional dos direitos humanos é um *corpus* de normas menos ou mais cogentes que não pára de crescer. Difere do Direito Internacional Público clássico por várias características. Em primeiro lugar porque, embora confirmando a responsabilidade dos Estados por sua execução, transformou o indivíduo, cidadão ou não do Estado implicado, em sujeito de Direito Internacional. E o fez não apenas de maneira simbólica: fê-lo concretamente ao instituir em alguns instrumentos de força obrigatória, a possibilidade de petições individuais diretas aos órgãos internacionais encarregados de seu controle. Ao fazê-lo, o Direito Internacional dos direitos humanos abandonou os axiomas fundamentais do sistema westfaliano, a começar pela igualdade entre os sujeitos. (...) Como observa CANÇADO TRINDADE, o Direito Internacional dos direitos humanos ‘não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos (...) dos mais necessitados de proteção’ (...) Enquanto os demais tratados procuram conciliar os ‘interesses nacionais’ das Partes Contratantes, os Pactos e Convenções de direitos humanos, assim como os demais instrumentos e mecanismos a eles correlatos, são elementos de uma arquitetura protetora de direitos que se afirmam *erga omnes*: perante o interesse de toda a comunidade internacional. Aproxima-se, dessa maneira, da inspiração subjacente ao ‘direito cosmopolita’ preconizado por KANT no Terceiro Artigo Definitivo de seu Projeto de Tratado Para a Paz Perpétua: a violação de um direito em qualquer lugar se faz sentir em todos”(LINDGREN ALVES, José Augusto. *Arquitetura internacional dos direitos humanos*, coord. Hélio Bicudo. São Paulo : FTD, 1997, p. 15-16)

A propósito dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dentro do Direito Internacional dos Direitos Humanos, importante realçar que os mesmos constituem-se numa segunda etapa, de carácter obrigatório, no processo de consagração ou implementação dos Direitos Humanos, cuja primeira etapa consiste na individualização e explicitação de tais direitos em Declarações (internacional e interamericana). Como acima já se explicitou, o valor jurídico das Declarações de Direitos Humanos em princípio não é vinculante, expressando carácter obrigatório na sua condição de fonte de direito internacional.

Quanto aos tratados de direitos humanos, por outro lado, constituem-se em instrumentos jurídicos obrigatórios para aqueles que aderirem aos mesmos, obrigando-se ao cumprimento dos direitos ali contemplados. Conforme esclarecem NÁDIA DE ARAÚJO e INÊS DA MATTA ANDREIUOLO, citando MÔNICA PINTO, todos:

"os tratados de direitos humanos, qualquer que seja o seu alcance material e espacial, comportam para o Estado três obrigações básicas (i) respeitar os direitos protegidos; (ii) garantir o gozo e pleno exercício dos direitos protegidos às pessoas que se encontrem sob sua jurisdição; (iii) adotar as medidas necessárias para fazer efetivos os direitos protegidos³⁷".

Por fim, cabe destacar que, dentre os instrumentos e mecanismos de proteção de Direitos Humanos, integrantes da chamada *Carta Internacional dos Direitos Humanos*, ou *International Bill of Human Rights*, como ensina JOSÉ A. LINDGREN ALVES³⁸, de maior aplicabilidade para o Brasil, encontram-se a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, complementada pelo Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e pelo Pacto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, entrando em vigor em 1976, mas incorporados pelo Brasil apenas em 1992, promulgados que foram pelos Decretos n. 591/92 e 592/92.

³⁷ ARAÚJO, Nadia de & ANDREIUOLO, Inês da Matta. A internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos. *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. BOUCAULT, Carlos E. de A.,

³⁸ ARAÚJO, Nadia (Orgs.) Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 72.

LINDGREN ALVES, José Augusto, *op. cit.*, p. 24.

Além disso, é digno de menção, também, o sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA), similar ao sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), sendo:

"composto de uma Declaração, equivalente a uma recomendação e uma Convenção – A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – equivalente ao Pacto da ONU, mas mais particularizado do que este –, também conhecida como ‘Pacto de San José’, por ter sido elaborada e assinada nesta localidade em 1969. Dividida em três partes, a Convenção trata dos deveres dos Estados e direitos dos protegidos de forma bastante pormenorizada, e, traz, na sua parte final, a regulamentação dos meios de proteção a estes direitos, com o estabelecimento dos órgãos do sistema e sua competência, a saber : a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos (que já existia anteriormente), e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos a partir de então responsáveis pela implementação do sistema. No Brasil, a Convenção Americana foi promulgada pelo Decreto n. 678/92³⁹” .

4 A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Em relação ao conceito de tratado internacional, esclarece SAULO JOSÉ CASALI BAHIA que, para:

"fins da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, 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 específica’ (art. 1.º, a)⁴⁰” .

Importante destacar, nada obstante, que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, em vigor a partir de 1980. Embora assinada

³⁹ ARAÚJO, e ANDREIUOLO, *ob. cit.*, p. 73.

⁴⁰ CASALI BAHIA, Saulo José. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 2000, p.1.

pelo Brasil, ainda não integra a ordem jurídica interna, pois aguarda pronunciamento do Poder Legislativo desde 1992, para dar continuidade ao processo de incorporação no Direito Brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seus arts. 49, inciso I, e 84, inciso VIII, o seguinte :

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

.....
Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

.....
VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”.

Pois bem, conforme ensina ANTÔNIO P. CACHAPUZ MEDEIROS⁴¹, o processo de incorporação dos tratados no Direito Brasileiro desenvolve-se segundo as seguintes fases: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro, que caracteriza o chamado processo solene e completo. Existe, ainda, o chamado processo simples ou abreviado, cujo rito consiste na negociação, assinatura e publicação.

Assim, após celebrado o tratado internacional pelo Presidente da República, conforme o art. 84, VIII, da Constituição Federal, o documento é remetido para o Congresso Nacional, que tem a competência exclusiva para resolução definitiva da matéria (art. 49, I, da Constituição Federal). A aprovação do tratado internacional no Congresso dá-se por meio de Decreto Legislativo, com a remessa subsequente do diploma ao Executivo para ratificação.

Complementando as informações acima explicitadas, esclarecem NÁDIA DE ARAÚJO e INÊS DA MATTA ANDREIUOLO que a:

⁴¹ CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre : Fabris, 1995, p. 457-458.

"ratificação é manifestação, também de cunho discricionário, do Poder Executivo, no sentido de que o propósito de pactuar o tratado continua firme, atendendo aos interesses superiores do Estado. Tal propósito confirmado e reiterado é transmitido às contrapartes estrangeiras, através do depósito do instrumento de ratificação, no intuito de formalizar, perante elas, o início da exigibilidade do pactuado, imediatamente ou após o decurso do prazo determinado pelas partes (...) Por fim, para aperfeiçoar-se o ato e ter vigência no território nacional, o Presidente da República expede um decreto de promulgação, que é publicado, e a partir do qual, e de quando inicia-se a sua vigência no território nacional"⁴².

Um ponto problemático no tocante à questão da internalização dos tratados internacionais no Brasil diz respeito ao momento em que tais instrumentos adquirem força obrigatória em todo o território nacional. Prevalece na doutrina e no STF, a tese de que a promulgação é considerada obrigatória para entrada em vigor dos tratados. Tal entendimento deriva de interpretação analógica em que se equipara lei a tratado, com fundamento não na Constituição, mas na Lei de Introdução ao Código Civil.

Outro ponto bastante relevante pertinente à internalização de tratados internacionais no Direito Brasileiro, com implicações (inclusive na posição da jurisprudência brasileira) na existência ou não de separação entre o ordenamento jurídico interno e internacional e na condição ou qualidade que um tratado integra a ordem jurídica interna, passa pela análise, ainda que perfunctória, da polêmica entre as teorias dualistas e monistas.

Em relação ao tema, esclarecem NÁDIA ARAÚJO e INÊS DA M. ANDREIUOLO⁴³, quanto aos respectivos traços distintivos das referidas teorias, que: *a*) a teoria dualista, cujos expoentes mais significativos foram H. TRIEPEL e G. A. WALZ, preconizava a existência de dois sistemas distintos, um a ordem jurídica internacional e o outro a ordem jurídica interna, concluindo o primeiro autor citado que, por tal sistema, quando da transposição de uma norma de origem internacional para o sistema interno haveria necessidade de uma manifestação legislativa, transformando o primeiro em norma interna; e *b*) a teoria monista:

⁴² ARAÚJO, e ANDREIUOLO, *ob. cit.*, p. 76.

⁴³ Id., *ibid.*, p. 83-85.

“fundamentada na idéia do jurista austríaco Hans Kelsen, entendia existir uma única ordem jurídica, com projeções interna e internacional. As leis seriam expressões da ordem interna e os tratados, expressões da ordem internacional. Não haveria, desta forma, nenhuma necessidade de internalização das obrigações decorrentes do tratado no plano interno, pois não existiria nenhuma separação entre as leis internas e internacionais, impondo-se sua aceitação automática”.

Em seguida, as autoras mencionadas no parágrafo anterior explicam que, no Brasil, essas duas teorias foram objeto de interpretações extensivas, das quais originaram subespécies, consistentes no dualismo extremado e moderado, além do monismo radical e moderado. Elas argumentam que a utilização dos critérios já definidos por TRIEPEL e KELSEN permite a conclusão de que o sistema Brasileiro insere-se, mais adequadamente, como aliás já decidiu o Supremo Tribunal Federal (ADIN n. 1480 e a Carta Rogatória n.º 8.279), no dualismo moderado⁴⁴.

⁴⁴ “(...) quando da análise da validade dos tratados no ordenamento interno é preciso destacar dois momentos distintos: o da sua incorporação e, em seguida, o da sua posição hierárquica *vis-à-vis* às demais leis já existentes. E de acordo com essa análise, somos dualistas porque não há como incorporar um tratado no ordenamento jurídico interno sem em primeiro lugar proceder à sua internalização. Partindo-se da utilização dos critérios acima, entendemos que há, no Brasil, duas modalidades de cada teoria: O dualismo dividir-se-ia em *radical* – no qual haveria necessidade de edição de uma lei distinta para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional – e em *moderado* – no qual a incorporação prescindiria de lei, embora possuísse *iter procedimental* complexo, com aprovação congressual e promulgação executiva; o monismo dividir-se-ia também em radical e moderado. O radical pregaria a primazia do tratado sobre a ordem jurídica interna, e o moderado procederia à equiparação hierárquica do tratado à lei ordinária, subordinando-o portanto à Constituição e à aplicação do critério cronológico, em caso de conflito. (...) o RE 80.004 (...) é o *leading case* da jurisprudência brasileira, classificado pela doutrina como exemplo de monismo moderado (...) Atualmente a situação foi esclarecida pelo posicionamento adotado pelo STF em dois *leading cases*: a ADIN 1480 e a CR 8279. Em ambas oportunidades o STF se pronunciou de forma uníssona, direta e precisa sobre o tema do monismo e do dualismo, acabando com as dúvidas antes existentes. (...) destacamos a posição do STF na Carta Rogatória n. 8.279, nas passagens em que se classifica o sistema brasileiro como dualismo moderado, com base entre outros, no RE 71.154. (...) Assim, de todo o exposto, acreditamos que a opinião dominante de que o Brasil é filiado à corrente do monismo moderado deve ser sepultada em face do pronunciamento recente do STF. Este, em verdade, nada modificou o sistema já existente, apenas interpretando a jurisprudência anterior sob novas luzes. A incorporação dos tratados ao sistema interno brasileiro, equiparando-o à lei interna, transforma-os em uma lei nacional e, por conseguinte, extingue o conflito próprio da teoria monista, pois a regra vigente de revogação de lei anterior pela lei posterior é princípio assente no nosso sistema jurídico e aplicável ao ordenamento como um todo. Com isso também fica claro que os dois sistemas – o interno e o internacional – são separados, pois ocorre, muitas vezes, do Brasil continuar obrigado internacionalmente por dispositivo de tratado (...) enquanto a legislação interna já o modificou” (Id., *ibid.*, p. 87-99).

Nada obstante, a questão não é pacífica. A propósito do tema, George R. B. Galindo, promovendo análise detalhada das teorias (dualismo e monismo, este último com destaque para a prevalência do Direito Internacional) acerca das relações entre Direito Interno e Direito Internacional, bem como da processualística dos tratados internacionais no Brasil, afirma que:

“o embate entre teorias monistas e dualistas perdeu muito de seu fôlego, sendo hoje prevalecente uma abordagem pragmática da questão (...) Isto porque é extremamente difícil afirmar que um Estado é dualista ou monista *in totum*. Se os Estados não segregam totalmente o Direito Internacional, como pregavam os dualistas; também não se abrem – por razões históricas – completamente ao Direito Internacional”⁴⁵.

Em reforço ao argumento apresentado no parágrafo anterior, o mencionado autor analisa⁴⁶ o tema da promulgação do tratado mediante decreto do Executivo, em face da dúvida representada pela natureza de tal ato. Em outros termos, persiste a dúvida se esse ato teria a natureza de converter Direito Internacional em Direito Interno (tese dualista), ou se representaria apenas o preenchimento do requisito da publicidade, sem transformar Direito Internacional em Direito Interno (tese monista). Com efeito, após citar o posicionamento de diversos doutrinadores⁴⁷, bem como julgados do STF⁴⁸, GALINDO afirma que a posição da doutrina nacional, bem como do Supremo Tribunal Federal, é contraditória. Conclui que a:

"razão parece estar com Mirtô Fraga, no sentido de admitir que o Decreto tem mero efeito de publicidade. Embora não seja expressa,

⁴⁵ GALINDO, George R. B. Considerações acerca da constitucionalidade intrínseca dos tratados. *In: Estudos de Direito Público : homenagem aos 25 anos do Mestrado em Direito da UNB*. Brasília : Brasília Jurídica, 2000, p. 151-173.

⁴⁶ Id., *ibid.*, p. 159-164.

⁴⁷ Galindo relaciona, como aqueles que aderem ao dualismo, João Grandino Rosas, João Hermes Pereira de Araújo, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Luiz Olavo Baptista e inclusive Flávia Piovesan, que entende ser cabível tal sistema para os tratados internacionais comuns, em oposição aos tratados de direitos humanos. Já entre aqueles que discordam da adoção ao dualismo, cita os nomes de Celso D. de Albuquerque Mello, Vicente Marotta Rangel e Mirtô Fraga.

⁴⁸ RE n. 80.004 (postura monista), enquanto que o PPEQO n. 194/94 e a CR n. 8279/98 comportam fundamentos pelos quais se entende que o decreto transforma a norma internacional em norma interna.

deve-se notar que a Constituição sempre fala em tratado, o que significa que não é o Decreto do Executivo que o incorpora; o tratado existe de forma autônoma em relação a este. (...) Os tratados são, pois, verdadeiras fontes do Direito Interno brasileiro, sendo os Decretos apenas as formas com que eles se exteriorizam⁴⁹ .

Seja como for, ou como quer que se entenda a inserção da posição do Brasil, aderindo à teoria do dualismo ou do monismo, pode-se afirmar que se apresenta mais correta a abordagem, em especial sob o enfoque da hermenêutica constitucional, que priorize o aspecto pragmático da questão.

Nesse sentido, no caso de tratados internacionais de proteção de direitos humanos, cuja diferença em relação aos demais tratados internacionais já foi realçada linhas atrás, o enfoque da solução de controvérsias oriundas de conflitos entre normas internas e internacionais deve privilegiar a norma que melhor proteção ofereça à vítima de violação de direitos humanos, conforme será demonstrado no tópico seguinte.

5 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A questão da incorporação, no Direito Brasileiro, das normas de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil ganhou, com a Constituição Federal de 1988, uma dimensão nova, na medida em que dispõe, no seu art. 5.º, § 2.º, que:

“Art. 5.º (...) § 2.º 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”.

Esse dispositivo constitucional decorreu do processo de implementação dos direitos humanos no Brasil, com a adesão do País ao Direito Internacional

⁴⁹ Id., idib., p. 162-163.

dos Direitos Humanos, na medida em que, a partir de meados da década de 1980, o País vivenciou um amplo processo de redemocratização, que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesse período, presenciamos a ratificação de importantes tratados internacionais de proteção de Direitos Humanos, como, por exemplo, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (20/7/1989), os Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ambos ratificados em 24/1/1992), e a Convenção Americana de Direitos Humanos (25/9/1992).

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 expressamente atribuiu às normas decorrentes de tratados de direitos humanos de que o Brasil seja parte a hierarquia de norma constitucional (art. 5.º, §§ 1.º e 2.º). Além disso, consagrou-se ali, em relação à República Federativa do Brasil, a dignidade humana como princípio fundamental (art. 1.º, inciso III), e a prevalência dos direitos humanos, como princípio orientador das relações internacionais (art. 4.º inciso II).

Essa nova configuração do Direito Constitucional Brasileiro segue uma tendência mundial, na medida em que diversos países inseriram em suas Constituições dispositivos semelhantes ao citado § 2.º do art. 5.º da Carta Brasileira, tais como: Portugal (art. 16.º, 1 e 1, da Constituição Portuguesa de 1976), Alemanha (art. 25 da Constituição da Alemanha, com emendas até dezembro de 1983), Nicarágua (art. 46 da Constituição da Nicarágua de 1987), Chile (art. 5.º, II, da Constituição Chilena, decorrente de reforma constitucional de 1989), Colômbia (art. 93 da Constituição da Colômbia de 1991) e Argentina (art. 75, 22, decorrente de reforma de 1994 da Constituição Argentina). Aliás, a Argentina chegou a explicitar que determinados tratados e instrumentos de direitos humanos, têm hierarquia constitucional⁵⁰.

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, a propósito do mesmo tema disse o seguinte :

⁵⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. Co-Edição do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Comissão da União Européia e Governo da Suécia : São José/Costa Rica, 1996, p. 210.

"O disposto no artigo 5(2) da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial e diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno⁵¹".

No Brasil, contudo, duas correntes se confrontam no âmbito da interpretação do referido dispositivo. A primeira, mais antiga, tem por expoentes MANOEL GONÇALVES F. FILHO⁵² e ALEXANDRE DE MORAIS⁵³. Essa corrente equipara as normas decorrentes de tais tratados de direitos humanos às leis ordinárias, realizando uma interpretação sistemática da Constituição no tocante à competência do STF para julgar recurso extraordinário de decisão que tenha

⁵¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre : Fabris, 1997, vol. I, p. 407-408.

⁵² "Assim sendo, as normas do Pacto de São José da Costa Rica, a que adere o Brasil, não prevalecem sobre o direito constitucional positivo brasileiro. Têm apenas a força de lei ordinária. (...) Em consequência, se o Brasil incorporar tratado que institua direitos 'fundamentais', estes não terão senão força de lei ordinária. Ora, os direitos fundamentais outros têm a posição de normas constitucionais. Ou seja, haveria direitos fundamentais de dois níveis diferentes: um constitucional, outro meramente legal" (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 99).

⁵³ "Deve-se, pois, sempre ter-se em mente as palavras do Min. Celso de Mello, em discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, quando afirmou que 'O respeito à supremacia da Constituição: eis o ponto delicado sobre o qual se estrutura o complexo edifício institucional do Estado democrático e no qual se apóia todo o sistema organizado de proteção das liberdades públicas' (*Diário de Justiça*, Seção I, 13 ago. 1997, p. 36.563) (...) Conclui-se, portanto, pela supremacia das normas constitucionais em relação aos tratados internacionais, mesmo que devidamente ratificados, e plena possibilidade de seu controle de constitucionalidade" (MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos e fundamentais: Teoria Geral/Comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil/Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 294-295).

ulgado tratado internacional inconstitucional (art. 102, III, b). Afirma que o processo de incorporação de tais tratados é discrepante daquele estabelecido para emenda constitucional e, finalmente, que, considerar tais normas com hierarquia constitucional, viola o dispositivo definidor de cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º), na medida em que o tratado pode perder a vigência por simples denúncia, decorrente de ato do Presidente da República.

A segunda corrente, mais recente, defendida principalmente por FLÁVIA PIOVESAN, CANÇADO TRINDADE e CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO⁵⁴ —, também com base na interpretação sistemática, mas incorporando elementos teleológicos e outros derivados da hermenêutica constitucional contemporânea, na medida em que se visualiza a Constituição como sistema normativo que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta (ou a Constituição como uma ordem concreta de valores a orientar a interpretação Constitucional por tais valores éticos compartilhados) —, atribui a tais normas a hierarquia constitucional.

Além disso, importa destacar, entre os argumentos defendidos por essa segunda corrente, a visão doutrinária constitucional, segundo a qual as normas de direitos humanos caracterizam-se como normas materialmente constitucionais, com fundamento no que J. J. GOMES CANOTILHO chama, analisando a “Constituição Material”⁵⁵, de “critério substancial ou material”⁵⁶. Desse critério

⁵⁴ “Pode-se acrescentar com fundamento na maravilhosa obra de Flávia Piovesan (167) que o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal dá aos tratados sobre direitos humanos o ‘status’ de norma constitucional. Confesso que o D. Internacional para mim é supraconstitucional. É preciso que o D. Interno na sua totalidade o respeite e só assim haverá uma proteção do homem contra o seu próprio estado. (MELO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 38)

⁵⁵ “(...) *constituição material*, isto é, o conjunto de forças – sociais, partidárias, culturais, econômicas e religiosas – que transportam determinados interesses, valores ou mundividências, decisivamente condicionadores do ‘conteúdo’ do pacto fundador”(CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra : Livraria Almedina, 1993, p. 48).

⁵⁶ “O *critério substancial* ou *material* considera o conteúdo de norma, independentemente de ela ser ‘produzida’ ou não por uma ‘fonte constitucional’. Ao apontar para a dimensão material, o critério em análise coloca-nos perante um dos temas mais polêmicos do direito constitucional : qual é o *conteúdo* ou *matéria da constituição*? O conteúdo da Constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correto afirmar que não há *reserva de constituição* no sentido de que certas matérias têm necessariamente de ser incorporadas na constituição pelo poder constituinte (...). Registre-se, porém, que, historicamente (na experiência constitucional), foram consideradas matérias constitucionais ‘*par excellence*’, a organização do poder político (informada pelo princípio da divisão de poderes) e o catálogo dos direitos e liberdades e garantias (...)”(Id., *idib.*, p. 68).

redunda a materialidade constitucional das normas de direitos fundamentais e a concepção do dispositivo em análise (similar a dispositivo contido na Constituição Portuguesa: 16.º, 1 e 1, da Constituição de 1976), conforme enfocado por JORGE MIRANDA como “cláusula aberta”⁵⁷. É o caso das normas decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos incorporadas ao Direito Brasileiro (§ 2.º do art. 5.º da Constituição – topograficamente situado no respectivo título II – direitos e garantias fundamentais). Aqui se rebate o argumento de que a interpretação correta pertinente ao tema pode ser apenas a sistemática, despidida das considerações acima expostas.

A propósito, FLÁVIA PIOVESAN, após qualificar a Constituição de 1988 como um marco jurídico da transição democrática e como instrumento de institucionalização dos direitos humanos no Brasil, tece esclarecedores comentários sobre as inovações constitucionais pertinentes aos tratados internacionais de direitos humanos, expressando-se da seguinte forma:

"O valor da dignidade humana – ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1.º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

⁵⁷ “O número 1 do art. 16 da Constituição aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciam; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento. Daí poder-se apelidar o art. 16, n. 1, de cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais” (*apud* PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo : Max Limonad, 1997, p. 86).

E nesse contexto que há de se interpretar o disposto no artigo 5.º, parágrafo 2.º do texto, que, de forma inédita, tece a interação entre o Direito Brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos (...). A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. (...)

Esta conclusão advém da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional⁵⁸.

Comentando o referido dispositivo, CARLOS WEIS diz que:

"Neste caso verifica-se que o § 2.º do art. 5.º reconheceu como fontes de normas de direitos humanos os princípios constitucionais e os tratados internacionais. Estes, se não se integram formalmente à Constituição, materialmente devem ser tratados como de hierarquia superior às leis ordinárias e equivalentes às previsões da Carta Política⁵⁹ .

Com tal formulação, esse autor rebate os argumentos da corrente mais antiga, pois não se vislumbram corretos os argumentos pertinentes à rigidez constitucional ou a ofensa à cláusula pétreia, visto que não há integração dos tratados internacionais ao Direito Brasileiro, que passa a ser visto como fonte de normas de direitos humanos, conforme salientado, materialmente constitucionais.

Observe-se que a abordagem acima destacada escapa da divergência tradicional entre monistas e dualistas, na medida em que se visualiza o Direito Internacional dos Direitos Humanos como fonte de direitos subjetivos aplicáveis e exigíveis internamente sem que se integrem ao direito interno.

Além disso, é indispensável ressaltar a abordagem de CANÇADO TRINDADE quando — em vista do confronto entre tais normas, oriundas do

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. *In Os direitos humanos e o direito internacional*, ob. cit., p. 128-129.

⁵⁹ WEIS, Carlos, *ob. cit.*, p. 28.

direito internacional dos direitos humanos, e normas internas — defende o critério de aplicação da norma mais favorável à vítima de violação de direitos humanos. A propósito, diz ele o seguinte :

“A tese que sustento, como o venho fazendo já por mais de vinte anos em meus escritos, é, em resumo, no sentido de que – *primeiro*, os tratados de direitos humanos, que se inspiram em valores comuns superiores (consubstanciados na proteção do ser humano) e são dotados de mecanismos próprios de supervisão que se aplicam consoante a noção de garantia coletiva, têm caráter especial que os diferenciam dos demais tratados, que regulamentam interesses recíprocos entre os Estados-Partes e são por estes próprios aplicados – com todas as conseqüências jurídicas que daí advêm nos planos do direito internacional e do direito interno; *segundo*, o direito internacional e o direito interno mostram-se em constante interação no presente contexto de proteção, na realização do propósito convergente e comum na salvaguarda dos direitos do ser humano; e, *terceiro*, na solução de casos concretos, a primazia da norma que melhor proteja as vítimas de violações de direitos humanos, seja ela de origem internacional ou interna⁶⁰. (grifo nosso)

Também no STF a questão tem se revelado controversa, especialmente na questão da prisão civil por dívida, vedada em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (a saber, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto de San José da Costa Rica), mas excepcionalmente admitida nas hipóteses do art. 5.º, inciso LXVII, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Por exemplo, no HC n. 73.044-SP, rel. Min. MAURÍCIO CORREA, j. 19.3.96, DJU 20.9.96, p. 34.534, entendeu-se que “os compromissos assumidos

⁶⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCALT, Carlos E. de A.; ARAÚJO, Nadia de (Orgs.) *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 9-10.

pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (...) não minimizam o conceito de soberania popular do Estado-povo na elaboração da sua Constituição”, considerando-se, portanto, tais normas com hierarquia infraconstitucional. Tal orientação ainda é predominante no STF, conforme se extrai do teor de diversos julgados a propósito do tema (AGRAG n. 186924/MG, 15/5/97; HC n. 77.631-SC, DJU 19/8/98, entre outros).

Entretanto, em recente julgado do STF — RHC n. 79.785-RJ — que teve como relator o esclarecido Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, pode-se perceber o avanço e o impacto que tem alcançado essa segunda corrente, na medida em que, embora não se conceda a hierarquia constitucional às referidas normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos, elas são vistas com hierarquia superior à das leis ordinárias. Com efeito, assim se expressou o relator:

“Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são com grande freqüência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (cf. Hans Kelsen, Teoria Geral, cit. P. 255)

Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados que alude o art. 5.º § 2.º, da Constituição, seria esvaziar de muito o seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (e.q., Memorial cit. Ibidem, p. 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos, em E. Boucaut e N. Araújo (órgão), Os Direitos Humanos e o Direito Interno) – a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes”⁶¹.

⁶¹ Trecho extraído do Informativo STF n.º 187, Brasília, 10 de maio de 2000, p. 4.

Analisando a questão da prisão civil por dívida no País, FLÁVIA PIOVESAN conclui que a ela se caracteriza como um conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno, cuja solução, segundo argumenta, deve passar pela adoção do critério da norma mais favorável à vítima, pois:

“se o Brasil ratificou estes instrumentos sem qualquer reserva no que tange à matéria (...) atendo-se ao critério da norma mais favorável à vítima no plano de proteção dos direitos humanos, conclui-se que merece ser afastado o cabimento da possibilidade de prisão do depositário infiel”⁶² .

Como visto, o debate sobre a questão em análise passa a ocupar lugar de destaque no cenário jurídico nacional, perdendo força a visão de que simplesmente se limita a equiparar as normas decorrentes de tratados de direitos humanos às leis ordinárias. Em sentido oposto, cresce em importância a tese defendida pela corrente contrária, que promove a abordagem crítica do princípio da primazia dos direitos humanos como paradigma e referência, em especial no enfoque da hermenêutica constitucional, para os operadores do Direito no processo de incorporação, pelo Brasil, dos tratados internacionais de direitos humanos.

Dessa forma, torna-se imprescindível uma abordagem, ainda que breve, do tema pertinente à hermenêutica constitucional. Em especial da hermenêutica das normas decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte. É esta a questão em análise no próximo tópico.

6 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E NORMAS DECORRENTES DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Realçando a diferença entre hermenêutica e interpretação, CARLOS MAXIMILIANO destaca que interpretação é a aplicação da hermenêutica, já que esta descobre e fixa os princípios daquela, findando por concluir que a “Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”⁶³ .

⁶² PIOVESAN, Flávia. In *Os Direitos humanos e o direito internacional*, ob. cit., p. 136-137

⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 1.

Pois bem, a interpretação jurídica sofreu grandes modificações na sua teoria científica – ou seja, na sua hermenêutica – ao longo dos períodos identificados por BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS⁶⁴, mencionados anteriormente.

Tais períodos refletem a mudança de concepção dos direitos humanos e fundamentais desde o paradigma da modernidade e a contemporânea transição paradigmática que vivenciamos, sem dúvida influenciando, sobremaneira, a hermenêutica jurídica e constitucional, em especial, dos direitos fundamentais. Assim, é correto afirmar que a:

“interpretação dos direitos fundamentais vincula-se a uma teoria dos direitos fundamentais, que, por sua vez, se entrelaça a uma Teoria da Constituição. Ambas as teorias entrelaçam-se a uma concepção de Estado, de constituição e de cidadania, consubstanciando uma ideologia”⁶⁵.

MANOEL MESSIAS PEIXINHO, promovendo uma síntese⁶⁶ das principais correntes de interpretação ligadas aos métodos clássicos de interpretação da lei, destaca que o estudo de tais métodos centra-se na verificação de que eles “surgiram buscando compreender o fenômeno jurídico e os seus resultados político-sociais”⁶⁷.

⁶⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa, *ob. cit.*, p. 120-188.

⁶⁵ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos fundamentais e direito comunitário*: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas constitucionais. Belo Horizonte : Livraria Del Rey , 2000, p. 145.

⁶⁶ Elenca, o referido autor, considerando-as como as principais correntes de interpretação ligadas ao método clássico, as seguintes Escolas: **Escola de Exegese**, que “nasce a partir de dois acontecimentos históricos interdependentes: a Revolução Francesa e o conseqüente processo de compilação do Código de Napoleão (...) O postulado fundamental defendido pela Escola da Exegese é que o Direito se revela nos textos das leis escritas, promanadas do Estado, gerando direitos e obrigações, podendo tudo prever e prover”; **Escola Histórica**, “fundada por Friedrich Carl Von Savigny em meados do século XIX, na Alemanha (...). As teorias da Escola Histórica viam o Direito como um produto da história (...) a história e a sociedade são, na essência, mutáveis (...) a lei deve ser interpretada para acompanhar a mutabilidade da comunidade a que se destina”; **Escola da Livre Investigação Científica**, que “surgiu na França, tendo como principal teórico Francois Geny (1861-1959) (...) O jurista deve procurar a solução dentro do Direito, numa hierarquia de fontes (...) o juiz estaria autorizado a decidir *praeter legem* e não somente *secundum legem*, porém, jamais *contra legem*”; **Escola do Direito Livre**, “surgiu na Alemanha, em 1906. É uma reação à lógica do Direito Positivo (...) ‘(...) devendo prevalecer o direito justo, tanto na falta de previsão legal (*praeter legem*) ou contra a própria lei (*contra legem*)’”(PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2000, p. 17-20)

⁶⁷ Id., *ibid.*, p. 17.

Apesar das importantes contribuições desses métodos clássicos de interpretação da lei para a hermenêutica jurídica – como, por exemplo, no sentido de permitir o recurso aos elementos literal, lógico, histórico, teleológico, sistemático, ou mesmo aos instrumentos de integração normativa (art. 4.º do Código Civil Brasileiro) –, tais métodos revelam-se insuficientes para a específica hermenêutica constitucional contemporânea, em particular dos direitos fundamentais.

Assim, pondo em realce que o objeto da interpretação tradicional é o texto da norma formalmente prescrita, na medida em que, nesse positivismo, identifica-se o direito com o texto escrito, numa redução do universo jurídico ao universo lingüístico, na concepção da interpretação jurídica como análise da linguagem legal, o que se verifica é que se revela:

“inevitável a superação da interpretação tradicional que identifica o direito com o conteúdo da lei, impondo-se, conseqüentemente, duas conclusões. A primeira é que o enunciado verbal da lei não se esgota num sentido ‘gramatical’ ou lingüístico agregado de outro sentido jurídico. A segunda quer dizer que o sentido das expressões jurídicas só pode ser determinado a partir de sua própria indeterminação. Quer dizer, é impossível descobrir o conteúdo verbal da norma sem se levar em conta o seu conteúdo jurídico (...) a conseqüência da identificação do direito e forma consistiu, no pensamento jurídico, num afastamento da realidade social (...). A concepção, pois, de um direito despolitizado, fez com que surgissem diversas correntes metodológicas que procuraram forjar um discurso de superação da interpretação tradicional, inserindo o intérprete como criador do direito e partícipe da realidade em que vive. Ou seja, a interpretação entendida sempre como recriação e inserção no mundo comprometido com a intencionalidade e com valores.”⁶⁸

⁶⁷ Id., *ibid.*, p. 17.

⁶⁸ Id., *ibid.*, p. 55-59.

No mesmo sentido, e destacando a necessidade de dar eficácia aos direitos fundamentais, o que não se obtém a partir da “Velha Hermenêutica”, diz PAULO BONAVIDES que os:

“direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se. A metodologia clássica da Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicada à lei e ao Direito Privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido. (...) Os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e histórico, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam de peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica”⁶⁹.

Sintetizando o trabalho de PAULO BONAVIDES em relação à interpretação dos direitos fundamentais e à nova hermenêutica, MÁRIO LÚCIO QUINTÃO SOARES esclarece que a:

“nova hermenêutica jurídica procura demonstrar a ineficácia de intervenções, assentes na metodologia clássica do positivismo e em seu dedutivismo formalista, na esfera interpretativa dos direitos fundamentais ou das cláusulas constitucionais. Esta demonstração facultou: a criação científica de um novo Direito Constitucional; a formação de uma teoria material da constituição distinta dos conceitos jusnaturalistas e das limitações do positivismo formalista; a abertura do Direito Público a novas investigações interpretativas; a elaboração de teorias hermenêuticas pertinentes à interpretação da constituição e dos direitos fundamentais; a inserção do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional; o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios gerais do direito; a

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo, *ob. cit.*, p. 545.

pluridimensionalidade e a plurifuncionalidade dos direitos fundamentais; a expansão normativa do Direito Constitucional a todos os ramos do direito. A matéria-prima desta nova hermenêutica é a própria teoria material da constituição com seus valores e princípios. Assim, o Direito Constitucional desenvolveu hermenêutica própria, acolhendo, no plano jurídico, as considerações axiológicas, afastando, por incompatíveis, as metodologias clássicas (Bonavides, op. cit.: 536 et seq.)⁷⁰.

Após salientar que a interpretação própria da constituição é tema de discussão e elaboração recente, pois somente a partir da década de 1950, com o trabalho de juristas alemães é que se observa o início da ascensão da hermenêutica no campo do Direito Constitucional, MANOEL MESSIAS PEIXINHO reconhece que “a sistematização de um método ou dos métodos de interpretação constitucional ainda não alcançou a maturidade que é necessária”⁷¹.

Entretanto, apresenta uma análise do que considera os principais métodos ligados à nova hermenêutica⁷², quais sejam: 1) método tópico-problemático; 2) método hermenêutico-concretizador, vinculado aos seguintes princípios auxiliares da interpretação concretizante (expostos por Canotilho): 2.1) princípio da unidade da Constituição; 2.2) princípio do efeito integrador; 2.3) princípio da máxima efetividade; 2.4) princípio da conformidade funcional; 2.5) princípio da concordância prática; 2.6) princípio da força normativa da Constituição; 2.7) interpretação conforme a Constituição; 3) método científico-espiritual de interpretação; 4) método jurídico-normativo-estruturante.

⁷⁰ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *ob. cit.*, p. 145-146.

⁷¹ PEIXINHO, Manoel Messias, *ob. cit.*, p. 67.

⁷² Id., *ibid.*, p. 72-92. A propósito do tema, na literatura nacional, o trabalho, mais completo além de pioneiro, parece ser o de Paulo Bonavides (*in: Ob. cit.*, p. 398-473 e 532-588), merecendo destaque também, os trabalhos de Inocêncio Mártires Coelho (*in: Ob. cit.*, p. 15-99), Celso Ribeiro Bastos (*in: Ob. cit.*), Mário Lúcio Quintão Soares (*in: Ob. cit.*, p. 145-170), Aurélio Agostinho Verdade Vieito (*in: Da hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte : Livraria Del Rey, 2000), Luís Roberto Barroso (*in: Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo : Saraiva, 1998), Lúcia Barros Freitas de Alvarenga (*in: Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza : uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília : Brasília Jurídica, 1998).

A análise dos referidos métodos da hermenêutica constitucional contemporânea, aliados à doutrina norte-americana⁷³, embora se trate de tema extremamente interessante e desafiador, é trabalho dos mais amplos e complexos, extrapolando e transbordando os estreitos limites desta monografia. Contudo, pode-se extrair de tais métodos a constatação de que uma das grandes inovações, juntamente com princípio da proporcionalidade, na dogmática dos direitos fundamentais, segundo DIETER GRIMM⁷⁴, é a dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, da qual derivam inovações constitucionais que não podem ser olvidadas no processo de hermenêutica constitucional contemporâneo. A propósito, esclarece PAULO BONAVIDES, o seguinte:

“Resultaram já da dimensão jurídico-objetiva inovações constitucionais de extrema importância e alcance, tais como: a) a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais (...) a rigor a todas as províncias do Direito (...); b) a elevação de tais direitos à categoria de princípios, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição; c) a eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três poderes (...); d) a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais, com a perda do caráter de normas programáticas; e) a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo passo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; f) o desenvolvimento da eficácia *inter privatos*, ou seja, em relação a terceiros (*Drittwirkung*) (...); g) a aquisição de um “duplo caráter” (...) direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva (...) e recebem um aditivo, uma

⁷³ Tem por cânones interpretativos as “correntes interpretativas e não interpretativas (...) Doutrinas dos poderes implícitos (...) que se fundamentam no axioma que dita que onde se pretende o fim se autorizem os meios (...) Regras fundamentais do direitos constitucional americano * Regra da proteção dos direitos individuais (...) * Regra do devido processo legal (...) Regra do razoável (...) as leis que imponham sacrifícios não razoáveis infringem o princípio da justiça e são inconstitucionais. * Regra da igualdade de direito à proteção legal (...)”(VERDADE VIEITO, Aurélio Agostinho. *Da hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000, p. 135-137)

⁷⁴ *Apud* PAULO BONAVIDES, *ob. cit.*, p. 540.

nova qualidade, um novo feito, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório (...); h) a elaboração do conceito de concretização, de grau constitucional (...); i) o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica concretizante (...); e j) a introdução do conceito de pré-compreensão (Vorverständnis), sem o qual não há concretização.”⁷⁵

Nessa mesma linha, importante ressaltar o conjunto de idéias defendidas pelos representantes do constitucionalismo comunitário brasileiro, conforme expressão de GISELE CITTADINO⁷⁶. Explica a autora – após afirmar, na análise do debate teórico travado no âmbito da filosofia política contemporânea a circunstância de ser o pluralismo uma das marcas constitutivas das democracias contemporâneas – que o constitucionalismo comunitário brasileiro deriva, em certa medida, do debate constitucional contemporâneo travado nos Estados Unidos (interpretativistas *versus* não-interpretativistas) e na Alemanha (metodologia estritamente jurídica da hermenêutica constitucional *versus* método científico-espiritual, nova hermenêutica), por força e influência do pensamento constitucional português e espanhol. A propósito do Constitucionalismo Comunitário no Brasil, diz GISELE CITTADINO o seguinte:

“A Constituição Federal de 1988, que converteu todos os direitos da Declaração da ONU em direitos legais no Brasil e instituiu uma série de mecanismos processuais que buscam dar a eles eficácia, é certamente a principal referência da incorporação desta linguagem de direitos.

(...) Pela primeira vez na história brasileira uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo orientou a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema de direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos

⁷⁵ Id., *ibid.*, p. 541-542.

⁷⁶ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2000, p. 4.

constitucionais, é vista como valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição Federal. Espera-se, conseqüentemente, que o sistema de direitos constitucionais, visto como expressão de uma ordem de valores, oriente a interpretação do ordenamento constitucional em seu conjunto.

(...) Com efeito, recusando a concepção de direitos públicos subjetivos, que constituiriam um conceito técnico-jurídico do Estado liberal preso à concepção individualista do homem, os constitucionalistas ‘comunitários’ preferem adotar a expressão direitos fundamentais do homem, que designa, no nível do direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas.

(...) Desta forma, enquanto valores constitucionais, o sistema de direitos fundamentais, ao mesmo tempo que se constitui em núcleo básico de todo o ordenamento constitucional, também funciona como seu critério de interpretação.”⁷⁷

Por fim, vale realçar a posição – harmoniosa com as idéias do chamado constitucionalismo comunitário brasileiro – adotada tanto por FLÁVIA PIOVESAN, como por ROGÉRIO GESTA LEAL e INGO W. SARLET. Pondo-se de acordo com PIOVESAN, GESTA LEAL diz que:

“a partir da Constituição de 1988, a incorporação direta dos tratados de Direitos Humanos, ratificados pelo país no ordenamento jurídico pátrio, vai buscar fundamentação sistêmica na disposição constitucional do art. 5.º, § 1.º, evidenciadora do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, sem que se faça necessária a confecção de ato jurídico complementar à sua exigibilidade, e mesmo sem que se possa diminuir ou negar sua eficácia em face da norma jurídica infraconstitucional com ela incompatível (...) De

⁷⁷ CITTADINO, Gisele, *ob. cit.*, p. 12-19.

igual sorte, os tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, numa perspectiva emancipadora, devem ser tidos como instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito que se pretende constituir, em permanente processo de perfectibilização, ampliando, estendendo e integrando o rol dos direitos constitucionais assegurados, buscando sempre a aplicabilidade e concretização daquela disposição normativa, interna ou externa, que privilegie e priorize o sujeito do direito violado.”⁷⁸

Já INGO WOLFGANG SARLET, realçando a condição específica de direitos materialmente fundamentais das normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos, endossa a tese da hierarquia constitucional dessas normas. Admite, entretanto, na pior das hipóteses, a superioridade delas apenas em relação às demais normas infraconstitucionais, na linha defendida por Sepúlveda Pertence no trecho de julgado do STF (RHC N.º 79.785-RJ) anteriormente transcrito. Para SARLET:

“a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5.º, § 2.º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os com sede na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais. No mínimo, contudo, para preservar sua condição específica de direitos materialmente fundamentais e não remetê-los a um plano idêntico às leis ordinárias, há de admitir (a exemplo do que entende a doutrina majoritária em Portugal, inobstante sucumbente entre

⁷⁸ LEAL, Rogério Gesta, *ob. cit.*, p. 211-212.

nós) sua supremacia com relação ao direito interno infraconstitucional.”⁷⁹

Pois bem, avaliando-se o instrumental de inovações fornecidas pela nova hermenêutica – “a hermenêutica constitucional, basicamente indutiva, onde se aplica com freqüência o princípio da proporcionalidade e que gera conceitos novos, tais quais os de ‘concordância prática’, ‘pré-compreensão’ e ‘concretização’”⁸⁰ – e tendo como premissa que os “direitos fundamentais são a bússola das Constituições”⁸¹, e que o “conceito de concretização é surpreendente por sua importância, utilidade e aplicabilidade na solução de questões constitucionais de direitos fundamentais e por indicar com nitidez o traço que separa as duas hermenêuticas”⁸², deve-se por em relevo o importantíssimo papel do Judiciário, em particular do Supremo Tribunal Federal (Tribunal Constitucional), na verificação, por meio da hermenêutica concretizadora⁸³, do núcleo essencial⁸⁴ das normas de direitos humanos e fundamentais contidas em tratados internacionais, nos casos concretos em que se entrega a prestação jurisdicional.

Diante desses elementos, ao Juiz é dado o poder/dever de, em caso de suposta antinomia entre normas-princípios (termo utilizado pela doutrina⁸⁵ para diferenciação de normas-regras, ambas conservando a qualidade de normas, cada qual com suas especificidades), como parece ser a controvérsia doutrinária e jurisprudencial em torno da interpretação do art. 5.º, § 2.º da Constituição, “ponderar e relativizar o peso dos princípios concorrentes (...) optando, afinal,

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, *ob. cit.*, p. 132-133.

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo, *ob. cit.*, p. 585.

⁸¹ *id.*, *ibid.*, p. 553.

⁸² *Id.*, *ibid.*, p. 585.

⁸³ “O método concretista de interpretação gravita ao redor de três elementos básicos: a *norma* que se vai concretizar, a ‘compreensão prévia’ do intérprete e o *problema concreto a resolver*.”(*Id.*, *ibid.*, p. 440)

⁸⁴ “(...) existe *um núcleo essencial* dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos.”(J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional, ob. cit.*, p. 618, sobre o princípio da salvaguarda do núcleo essencial amparado na Constituição Portuguesa – art. 18.º/3).

⁸⁵ COELHO, Inocêncio Mártires, *ob. cit.*, p. 44.

por aquele que, *nas circunstâncias*, e segundo a sua prudente avaliação, deva ter uma *peso* relativamente maior”⁸⁶.

Contudo, em se:

“de um método de ponderação de bens *no caso concreto*, é intuitivo que, pelo menos sob esse prisma, não exista uma hierarquia fixa, abstrata e apriorística, entre os diversos valores e/ou princípios constitucionais, ressalvada – porque axiologicamente fora de cotejo – a *dignidade da pessoa humana* como *valor-fonte* de todos os valores, valor *fundante* da experiência ética ou, se preferirmos, como *princípio e fim* de toda ordem jurídica”⁸⁷.

Esses argumentos autorizam a conclusão de que, na interpretação concretizadora, por exemplo, da prisão civil por dívida, vedada em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e Pacto de San José da Costa Rica), mas excepcionalmente admitida nas hipóteses do art. 5.º, inciso LXVII, da Constituição Federal Brasileira de 1988, também é indispensável o exercício dessa ponderação de bens. Caso não se proceda dessa forma e se adote uma interpretação exageradamente formalista, porque exclusivamente voltada só para o texto legal, seria possível concluir, como fez GIAN PAOLO PELICIARI SARDINI:

“no sentido de que a partir do ingresso dos dois pactos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro em função de norma constitucional, tais instrumentos passaram a revogar todas as disposições referentes à prisão do depositário infiel e do devedor de alimentos”⁸⁸.

Observe-se que as hipóteses são diversas, depositário infiel e devedor de alimentos. Portanto, a eventual antinomia de princípios no primeiro caso põe em

⁸⁶ Id., *ibid.*, p. 49.

⁸⁷ Id., *ibid.*, p. 49.

⁸⁸ SARDINI, Gian Paolo Peliciari. A prisão civil por dívidas no direito brasileiro e os direitos humanos. *In: Os direitos humanos e o direito internacional, ob. cit.*, p. 335).

conflito a proteção do patrimônio com a proteção da liberdade, devendo esta prevalecer sobre aquela. Já no caso do devedor de alimentos, o conflito opera-se pondo em confronto a proteção da liberdade do devedor de alimentos com a proteção da existência e vida digna do respectivo credor de alimentos (geralmente recaindo tal condição em crianças, filhas dos devedores de alimentos). Em tal circunstância, obviamente, deve prevalecer essa última proteção, vez que derivada do princípio da dignidade humana, o qual, como visto, caracteriza-se como *valor-fonte* de todos os valores.

Por fim, vale destacar que esse exercício da hermenêutica concretizadora acima proposto tem a vantagem de preservar a “força normativa da constituição”, conforme ensinamento de KONRAD HESSE⁸⁹, nos seguintes termos:

“(…) a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (…) Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles *tabula rasa*. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação (…) uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificados em virtude de uma mudança da situação (…) Uma interpretação construtiva é sempre necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação

⁸⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 22-23.

construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.”

7 CONCLUSÕES

Como se observou ao longo da exposição, a implementação dos Direitos Humanos no Brasil por meio dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial após a promulgação da Constituição Federal de 1988, vem ganhando força no debate jurídico doutrinário e jurisprudencial.

As inovações constitucionais pertinentes à posição dos Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos com uma hierarquia de norma constitucional (art. 5.º, §§ 1.º e 2.º) – além da consagração, no tacante à República Federativa do Brasil, do princípio da dignidade humana, como princípio fundamental (art. 1.º, inciso III), e da prevalência dos direitos humanos, como princípio orientador das relações internacionais (art. 4.º inciso II), representaram um avanço, sem precedentes na história do Brasil, na questão da implementação dos Direitos Humanos.

Conforme salienta FLÁVIA PIOVESAN, a partir:

“da Constituição de 1988 intensifica-se a interação e conjugação do Direito Internacional e do Direito Interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos (...) Hoje, mais do que nunca, os operadores do Direito estão à frente do desafio de resgatar e recuperar no aparato jurídico o seu potencial ético e transformador, aplicando a Constituição e os instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos por ela incorporados. Estão, portanto, à frente do desafio de reinventar, reimaginar e recriar seu exercício profissional, a partir deste novo paradigma e referência: a prevalência dos direitos humanos”⁹⁰.

A superação das divergências em torno das questões que envolvem a inovação constitucional do art. 5.º, § 2.º da Constituição, entretanto, deve passar,

⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*, *ob. cit.*, p. 138.

necessariamente, pelos postulados da nova hermenêutica e pelo exercício da interpretação criativa por parte dos juízes, em vista da preservação da força normativa da Constituição, tendo como parâmetro o critério de aplicação da norma mais favorável à vítima de violação de direitos humanos.

Com efeito, resulta clara a natureza de vetor interpretativo (na interpretação criativa) das normas de proteção de direitos humanos, na ponderação de CANÇADO TRINDADE⁹¹, quando sustenta que a defesa dos direitos humanos legitima a tese segundo a qual os tratados de direitos humanos têm caráter especial. Assim, não há divergência, mas antes interação e convergência, no propósito comum de proteção do ser humano, razão pela qual o grande jurista afirma que a solução concreta, em casos de violação de direitos humanos, deve privilegiar a norma – seja de origem interna, seja internacional – que melhor proteção ofereça à respectiva vítima.

Tal solução, em última análise, representa a consagração do princípio da dignidade humana, conforme salientou INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO⁹², como valor-fonte de todos os valores, valor fundante da experiência ética ou mesmo como *princípio e fim* de toda ordem jurídica.

É nessa perspectiva que resulta inarredável a conclusão de que se deve desenvolver uma efetiva mudança de mentalidade no tocante à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, com o propósito de se ampliar ao máximo o seu alcance.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

- 1 ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza : uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília : Brasília Jurídica, 1998.
- 2 ARAÚJO, Nadia de; ANDREIUOLO, Inês da Matta. A internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos. *in*: Boucaut, Carlos E. de A.;

⁹¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. *In: ob. cit.*, p. 09-10.

⁹² COELHO, Inocência Mártires,. *ob. cit.*, p. 44.

Araújo, Nadia de (orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

- 3 BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 2000.
- 4 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- 5 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica Constitucional*. São Paulo : Celso Bastos, 1999.
- 6 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- 7 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., 2. tir., São Paulo : Malheiros, 1998.
- 8 BOUCAUT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAÚJO, Nadia de (orgs). *Os direitos humanos e o direito internacional: coletânea de artigos*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- 9 CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre : Fabris, 1995.
- 10 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre : Fabris, 1997, vol. I.
- 11 _____. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional*. in: *Boucaut, Carlos de E. A.; ARAÚJO, Nadia (orgs.). Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- 12 _____. “A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos”. In: *A incorporação das normas internacionais*

de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. Co-Edição do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Comissão da União Européia e Governo da Suécia : São José/Costa Rica, 1996.

- 13 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra : Livraria Almedina, 1999.
- 14 _____. *Direito Constitucional*. Coimbra : Livraria Almedina, 1993.
- 15 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 1999.
- 16 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo : Saraiva, 1999.
- 17 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 10. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1998.
- 18 ESPIELL, Hector Gros. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*. São José : Libro Libre, 1986.
- 19 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo : Saraiva, 1999.
- 20 GALINDO, George R. B.. *Considerações acerca da constitucionalidade intrínseca dos tratados*. In: *Estudos de Direito Público : homenagem aos 25 anos do Mestrado em Direito da UNB*. Brasília : Brasília Jurídica, 2000, p. 151-173.
- 21 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- 22 KÜNG, Hans. *Projeto de ética mundial (uma moral ecumênica em vista*

da sobrevivência humana). São Paulo : Paulinas, 1992.

- 23 LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.
- 24 LINDGREN ALVES, José Augusto. *Arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo : FTD, 1997.
- 25 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- 26 MELO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- 27 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 2000.
- 28 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos e fundamentais: Teoria Geral/ Comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil/Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo : Atlas, 1997.
- 29 PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais: Elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.
- 30 PIOVESAN, Flávia. O valor jurídico dos tratados e seu impacto na ordem internacional. *In: Temas de direitos humanos*. São Paulo : Max Limonad, 1998.
- 31 _____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. atual., São Paulo : Max Limonad, 1997.
- 32 _____. *A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de*

proteção dos direitos humanos. In: BOUCAUT, Carlos E. de A.; ARAÚJO, Nadia de (Orgs.). *Os direitos humanos e o direito Internacional*. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 1999.

- 33 ROHMANN, Chris. *O livro das idéias*. Rio de Janeiro : Campus, 2000.
- 34 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente : contra o desperdício da experiência – para um novo senso comum – a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo : Cortez, 2000.
- 35 SARDINI, Gian Paolo Peliciari. A prisão civil por dívidas no direito brasileiro e os direitos humanos. In: BOUCAUT, Carlos E. de A.; ARAÚJO, Nadia de (Orgs.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- 36 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.
- 37 SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas constitucionais*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.
- 38 VALLE, Gabriel. *Filosofia e Direito*. Porto Alegre : Síntese, 1999.
- 39 VERDADE VIEITO, Aurélio Agostinho. *Da hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000.
- 40 WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo : Saraiva, 1999.
- .

————— • —————