

4

A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos como lei de conteúdo constitucional

Apresentados os fundamentos de direito constitucional e internacional pertinentes, postos os pontos controvertido dos temas, cabe agora apresentar a posição defendida pela presente dissertação. Uma resposta definitiva ao problema objeto da discussão ora veiculada depende, como se demonstrará, que sejam abordados temas ainda objeto hoje de controvérsia na Teoria Geral do Direito e na Teoria Constitucional. Do mesmo modo, do modelo a ser defendido decorrem conseqüências como a responsabilização do Estado ou a possível responsabilização dos agentes políticos envolvidos no procedimento de internalização dos tratados.

O STF, já ficou demonstrado, é unânime no sentido de que a internalização dos tratados internacionais, sejam versem estes sobre direitos humanos ou não, dependem de um ato destinado a incorporar a convenção ao ordenamento interno. Os opositores desta tese, repita-se, contestam a posição do STF com base no argumento de que, enquanto o §2º do artigo, 5º da Carta de 1988, determina que direitos e garantias expressos na 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, parágrafo primeiro do mesmo artigo dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Não só as normas convencionais teriam hierarquia constitucional, como seriam incorporadas ao direito interno de forma automática. Formalmente, essa tese se justificaria em função de uma de uma interpretação destinada a dar eficácia máxima aos dispositivos constitucionais, existindo, ainda, um fundamento de direito material, o princípio da dignidade da pessoa humana que, necessariamente impõe a conclusão adotada pelos adeptos da incorporação automática das normas internacionais de direitos humanos com status de normas fundamentais. Essa tese

não parece ser a mais acertada. Neste capítulo, tentará se demonstrar porque é preciso o ato de internalização, bem como porque nem todas as normas internacionais de direitos humanos teriam status de direito fundamental.

4.1.

A dignidade da pessoa humana e o princípio democrático

Como já assentado, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em outubro de 1988, trouxe a lume um extenso rol de garantias e direitos destinados à tutela dos interesses fundamentais do ser humano. Assim, logo em seu primeiro artigo a Constituição estabelece:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A dignidade da pessoa humana aparece, pois, desde o início como um dos valores fundamentais do Estado brasileiro. Em reforço ao disposto pelo seu artigo 1º, a Constituição brasileira contém outros dispositivos que repisam a importância desse valor, especialmente naquilo que concerne à família, as crianças e os idosos. Assim, por exemplo, o parágrafo 7º do art. 226, da Carta de 1988, preconiza que compete ao Estado propiciar os recursos para o exercício do planejamento familiar que direito fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana, enquanto que o art. 227 comanda ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, dentre outros bens fundamentais. Acontece que do próprio art. 1º acima, é possível extrair que a dignidade da pessoa humana não aparece como único fundamento da República Federativa do Brasil.

Do *caput* do artigo 1º, decorre que o Brasil é um Estado democrático de direito. Dentre os demais fundamentos da República Federativa do Brasil, isto é, os valores em que sua própria existência se baseia, arrolados pelos incisos de

referido artigo constam outros de grande magnitude como, por exemplo, a cidadania e o pluralismo político. Além disso, o parágrafo único, do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece o princípio da soberania popular, determinando expressamente que todo o poder emana e por este, ou em seu nome, é exercido. Além disso, releva notar que, enquanto o art. 2º da Constituição consagra o princípio da separação de poderes, os incisos do subsequente artigo 3º listam os objetivos a serem perseguidos pela República, podendo se destacar, a título de exemplo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (I) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV).

A Constituição brasileira, assim como fez a portuguesa, “... respondeu aos problemas da legitimidade-legitimação da ordem jurídico-constitucional em termos substanciais e em termos procedimentais...”¹ De fato, a Constituição não só estabeleceu parâmetros valorativos e finalísticos condicionantes do domínio político, cuja observância confere legitimidade à ação política e, por conseguinte, a ação estatal, mas, também, “...vinculou a *legitimação* do poder à observância de determinadas regras e processos (*Legitimation durch Verfahren*).”² Não basta apenas que a ação vise uma finalidade eleita pela Constituição, mas que siga a fórmula constitucionalmente estabelecida para alcançar o objetivo pretendido.

Com efeito, a escolha de um modelo democrático implica na existência de órgãos e instrumentos destinados a controlar e assegurar que o poder estatal não seja exercido de forma arbitrária, quer por poucos, quer pela maioria. “O modelo democrático compreende três elementos essenciais: a eleição dos governantes por meio do sufrágio universal, a existência de um parlamento dotados de amplos poderes e uma ordem jurídica organizada hierarquicamente assegurada por juízes independentes.”³ Mais do que isso, o princípio democrático significa não apenas a perseguição de objetivos queridos por todo o povo, mas antes, que este tenha a oportunidade de eleger esses objetivos e participar diretamente da atividade política nessa busca.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** e Teoria da Constituição. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 277.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** e Teoria da Constituição. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 277.

³ DUVERGER, Maurice, **Institutions Politiques Et droit constitutionnel** 1/Les grands systèmes politiques. 14ª edição, revista e aumentada, Paris: Thémis, 1975, p.68.

...o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da **teoria democrática representativa** – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar o princípio democrático implica **democracia participativa**, isto é, a estruturação de processo que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões produzir inputs políticos democráticos.⁴

Na medida em que a participação individual no exercício do poder estatal é inerente ao princípio democrático prestigia a autodeterminação individual, pois, “... o homem só se transforma em homem através da autodeterminação e a autodeterminação reside primariamente na participação política...”⁵ O princípio democrático opera não apenas na vida política, mas produz estende seus efeitos a toda a vida social, cultural e econômica,⁶ promovendo a participação individual na conformação da vontade popular. O princípio democrático se concretiza pelos princípios da soberania popular e da representação popular, consagrados no parágrafo único do art. 1º da Carta de 1988. O primeiro consiste em não ser o domínio político, isto é, o domínio dos homens sobre os homens, compreendido como algo pressuposto, mas em algo que encontra sua fonte de legitimação na vontade do próprio povo, titular da soberania e do poder estatal.⁷

Em um Estado onde todos são livres e iguais, nenhum homem pode comandar os outros sem que estes o tenham escolhido para fazê-lo.⁸ O exercício do poder pelos representantes populares tem por fundamento a eleição.⁹ O princípio da representação popular exige que as funções políticas ou de domínio sejam exercidas por órgãos de soberania do Estado, ocupados por representantes eleitos pelo povo, quando não diretamente pelo próprio povo, mas, de qualquer forma, sempre no interesse deste.¹⁰ Não é possível argüir que a prioridade do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais autorizaria a

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** e Teoria da Constituição. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 278.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** e Teoria da Constituição. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 278.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** e Teoria da Constituição. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 279.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** e Teoria da Constituição. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 281.

⁸ DUVERGER, Maurice, **Institutions Politiques Et droit constitutionnel** 1/Les grands systèmes politiques. 14ª edição, revista e aumentada, Paris: Thémis, 1975, p.70.

⁹ DUVERGER, Maurice, **Institutions Politiques Et droit constitutionnel** 1/Les grands systèmes politiques. 14ª edição, revista e aumentada, Paris: Thémis, 1975, p.70.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** e Teoria da Constituição. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 282.

internalização dos tratados internacionais no ordenamento interno com o status de norma constitucional.

4.1.1.

A participação política como aspecto social do princípio da dignidade da pessoa humana

De início, impõe lembrar que por dignidade da pessoa humana deve se entender a necessidade de proteção do ser humano, especialmente da sua autonomia individual, em face do caráter único da raça e da igualdade de todos os seus integrantes.¹¹ “Trata-se do *princípio antrópico* que acolhe a idéia...do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual...” O princípio democrático tem por principal objetivo assegurar a participação política de todos os integrantes da sociedade. O direito à autodeterminação política se concretiza pela participação no processo legislativo democrático o que assegura a igualdade dos membros da comunidade política.¹²

Pannikar, ao analisar o conceito ocidental de direitos humanos, conclui que o discurso de proteção aos direitos humanos pressupõe, não só que todas as raças partilham de uma natureza comum e universal e de que a dignidade do ser humano é um valor irredutível, especialmente ante o Estado, mas uma sociedade democrática.¹³ Em uma comunidade política organizada sob os preceitos da democracia, é impossível isolar o princípio democrático do princípio da dignidade da pessoa humana. Mister trazer à baila a advertência formulada por Daniel Sarmiento:

Em suma, em todas as esferas da vida humana, a ausência de democracia produz basicamente um mesmo efeito: ela fortalece quem já é forte e enfraquece quem já é fraco, agravando a assimetria de poder e exponenciando a desigualdade num círculo vicioso.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 219.

¹² HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1998, p. 134.

¹³ PANNIKAR, Raimundo. “Is The Notion of Human Rights a Western Concept” in STEINER, Henry J.; Aston Philip. **International Human Rights in Context** Law, Politics, Morals. 2^d edition, Oxford: Oxford Press, 2000 pp. 384-385.

Portanto, o aprofundamento do projeto democrático exige a ampliação dos espaços em que seja assegurado às pessoas o direito à participação na tomada de decisões que a atingirem.¹⁴

4.2.

Constituição, legitimidade e a necessidade do ato de internalização da norma convencional de direitos humanos

O princípio democrático informa e decorre da constituição que organiza o poder político em “... esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*.”¹⁵ E isso é possível porque é o povo, titular do poder constituinte, que se utiliza da constituição para “... ‘decidir’ ou deliberar sobre a conformação de sua ordem político-social.”¹⁶ A constituição, em um Estado constitucional, serve como sua “... *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos.”¹⁷ A Constituição não apenas tem primazia, mas é dotada de supremacia. Isso significa dizer que, não só a legislação infraconstitucional tem de seguir a forma e o procedimento estipulado pela constituição, mas que todos os atos estatais devem se conformar aos parâmetros formais e materiais por que estatui.¹⁸

O princípio fundamental do estado de direito democrático não é o de que o que a constituição não proíbe é permitido (transferência livre ou encapuçada do princípio da liberdade individual para o direito constitucional), mas sim o de que *os órgãos do estado só têm competência para fazer aquilo que a constituição lhes permite*...¹⁹

É justamente em atenção a essa necessidade de controle e organização do poder político em que se concretiza o princípio da separação de poderes. A

¹⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.355.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 46.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 69.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 239.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 240.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 241.

destinação de medidas jurídicas específicas do poder a órgãos estatais diversos tem por principal efeito impedir o monopólio e o uso arbitrário do poder político, assim protegendo a esfera subjetiva-jurídica dos indivíduos.²⁰ O conceito de Estado de direito implica, obrigatoriamente, na noção de que as funções estatais devem ser organizadas de forma que todo o uso do poder público seja legitimado pela lei.²¹ Em um Estado Democrático de Direito, é constituição a norma que, legitimada em função de seu autor, o poder constituinte, legitima o uso do poder estatal. De outro lado, a separação de poderes permite uma organização funcional dos órgãos estatais, por meio da atribuição de competências específicas, de forma a permitir um “... controlo recíproco do poder (*checks and balances*) e uma organização jurídica de limites dos órgãos do poder.”²²

Quanto a isso a Constituição da República Federativa do Brasil não deixa dúvidas ao estabelecer em seu artigo 60 que a Constituição poderá ser emendada mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República, de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Do mesmo modo, cabe lembrar que o parágrafo 2º de referido artigo preconiza que a proposta de emenda constitucional somente será aprovada se obtiver três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, após votação em dois turnos.

O procedimento para a celebração, aprovação e promulgação dos tratados internacionais, repita-se, em muito difere daquele previsto para a alteração do texto constitucional. Por outro lado, qualquer ato normativo destinado a ampliar, modificar ou extinguir direitos previstos na Carta de 1988, sem a observância dos requisitos previstos pelo artigo 60, não pode prevalecer. De um lado, porque ofende o procedimento previsto para alteração do texto constitucional, de outro, porque se adotada, cuida-se de prática que extrapola os limites estipulados pela Constituição ao exercício do poder político.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** e Teoria da Constituição. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 244.

²¹ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1998, pp. 168-169.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** e Teoria da Constituição. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 245.

A partir do momento em que a Constituição de 1988 estabelece um rito específico, atribuindo a determinados órgãos a competência de iniciar e participar do processo legislativo de emenda constitucional, qualquer mudança nos parâmetros estabelecidos pela Carta, sem sua autorização, se apresenta como uma ofensa frontal ao princípio democrático e ao próprio princípio da separação de poderes.

O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima.²³

Sem que sejam obedecidas as formalidades estatuídas para a sua reforma, as normas que desta resultem são ilegítimas e impassíveis de serem aplicadas, por carecerem de vinculação. Para que o direito alcance sua total amplitude normativa, não basta que tenha a forma de um ato normativo ou que o seu conteúdo corresponda aos valores morais em vigor, mas pelo fato de ter sido editado em observância a um determinado procedimento legislativo.²⁴

A idéia por trás de um governo legal requer que as decisões coletivas vinculantes, tomadas por uma autoridade que deva fazer uso da lei para exercer suas funções, não apenas sigam a lei formal, mas que exige que esta seja legitimada por estatutos editados de acordo com o procedimento estabelecido. Não é a forma legal que legitima o uso do poder estatal mas o fato deste estar vinculado a uma lei legítima.²⁵

Dáí, qualquer alteração no texto constitucional que se dê de forma estranha ao estabelecido carece de legitimidade ou de validade. Ou a constituição goza de supremacia e as normas editadas em ofensa aos parâmetros materiais e procedimentais que estabelece são tidos como inexistentes ou nulos, ou não se pode falar em supremacia da constituição, situação em que deve ser vista como

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional** e Teoria da Constituição. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 245.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachussets: MIT Press, 1998, pp. 135.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachussets: MIT Press, 1998, pp. 135.

um ato legislativo igual aos demais.²⁶ Nesse caso, se a constituição é hierarquicamente igual aos demais atos legislativos, qualquer diploma que a contradiga tem o poder de lhe alterar ou mesmo derrogá-la. Em sendo assim, não se estaria a falar de um Estado constitucional e, por conseguinte, em valores fundamentais, posto que estes estariam sujeito às alterações que o humor da maioria visse por bem lhes impingir. Negar à Constituição sua supremacia significa negar o próprio Estado constitucional.

Releva frisar que o Congresso Nacional, ao exercer o controle sobre o poder de celebrar tratados do Executivo, manifesta a sua aprovação das convenções e demais atos internacionais firmados por meio da edição de um decreto-legislativo. A Constituição de 1988, ao prever existência desse tipo de ato normativo em seu artigo 59, nada dispõe sobre o seu processo legislativo, razão pela qual a disciplina do seu procedimento de formação compete ao Congresso Nacional.²⁷ O artigo 288 do Regimento Interno do Senado Federal estatui que “As deliberações do Senado serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta dos seus membros (Const., art. 47), salvo nos seguintes casos....”²⁸ Além disso, salvo no caso de emendas constitucionais e de que aquilo que estiver sendo apreciado pelo Senado for um **substitutivo integral** de uma proposta já em curso no Senado, caso em que nova votação em turno suplementar será realizada, as proposições em curso são subordinadas, em sua apreciação, a um único turno de discussão e votação.²⁹

O artigo 108 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, preconiza que a Câmara dos Deputados exerce a sua função legislativa por via de projeto de lei ordinária ou complementar, de decreto legislativo ou de resolução, além da proposta de emenda à Constituição. Ao estabelecer o rito para a apreciação de proposições legislativas, estatui o art. 148 de indigitado Regimento que as proposições em tramitação na Câmara são subordinadas, na sua apreciação, a turno único, **excetuadas as propostas de emenda à Constituição, os projetos de lei complementar** e os demais casos expressos neste Regimento.

²⁶ DUVERGER, Maurice, **Institutions Politiques Et droit constitutionnel** 1/Les grands systèmes politiques. 14ª edição, revista e aumentada, Paris: Thémis, 1975, p.190.

²⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7ª edição, revista, ampliada e atualizada com a ECnº24/99. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000, p. 545.

²⁸ Resolução nº 93 de 1970, Regimento Interno do Senado Federal, artigo 288.

No mesmo sentido, o art.183 do Regimento da Câmara deixa claro que “Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações da Câmara serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria absoluta de seus membros.”³⁰ Ora, enquanto o art. 47 da Carta Republicana estabelece que salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa serão tomadas por maioria dos votos, o art. 65 da Constituição estatui que o projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar. Assim, o rito previsto para aprovação dos Decretos-Legislativos é o mesmo previsto para a legislação ordinária. Cabe frisar que, nos casos em que o Poder Constituinte entendeu que o processo legislativo deveria ser diferenciado, este o fez expressamente, haja vista que, enquanto o art. 69 da Constituição da República impõe que as leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta, a Constituição, em seu art. 60, cria um rito específico e exclusivo para a aprovação de Emendas Constitucionais, estatuinto a votação em dois turnos, além de exigir a aprovação da alteração pelo quorum de três quintos dos membros de cada Casa do Congresso.

Mesmo que se argumente que no Brasil, a maioria, senão todos, os tratados internacionais relativos aos direitos humanos foram aprovados por um amplo quorum, alguns até por unanimidade, não se pode deixar de notar que estas votações não seguiram o rito previsto pela Carta de 1988, o qual exige dois turnos de votação em cada casa, razão pela qual não teriam o condão de alterar a Constituição. Se, a título de argumentação, fosse desprezado, a título de mera formalidade, o requisito de votação em dois turnos para a aprovação, assim justificado o status de norma constitucional somente em função da obtenção do quorum previsto pela Constituição para a aprovação de emendas constitucionais, outros problemas surgiriam. Aceita essa tese, estaria aberto o precedente para argumentar que qualquer proposta de nova legislação aprovada dessa forma seria passível de ser conferido o mesmo status.

Mesmo que assim tivesse ocorrido, a discricionariedade que caracteriza a atuação do Executivo na celebração dos tratados internacionais permitiria que, por

²⁹ Resolução n° 93 de 1970, Regimento Interno do Senado Federal, artigos 270, parágrafo único e 282-284.

³⁰ Resolução N° 17, DE 1989, Regimento Interno da Câmara dos Deputados, artigo 183, *caput*.

uma razão ou outra, que um desses tratados jamais fosse ratificado, caso em que o Brasil dele não faria parte. De fato, enquanto o tratado não for ratificado, não se pode falar em sua incorporação, quanto mais de forma automática. Neste ponto cabem duas observações: Uma vez ratificado pelo Brasil, este passa a fazer parte do tratado internacional, cujos efeitos somente serão produzidos quando da sua entrada em vigor no plano internacional. De acordo com o artigo 24 da Convenção de Viena um tratado entra em vigor na forma e na data previstas no tratado, nas que forem determinadas pelos Estados negociadores, ou tão logo o consentimento em obrigar-se pelo tratado seja manifestado por todos os Estados negociadores. A partir desse momento a inobservância dos dispositivos convencionais gera para o Brasil a possibilidade deste ser responsabilizado perante os organismos internacionais.

No plano interno, esta responsabilização, por óbvio, não seria possível até que o tratado tenha sido internado por meio do competente decreto de promulgação. Se adotada a tese da incorporação automática, é certo que os destinatários da norma internalizada poderiam dela se socorrer na defesa de seus interesses.³¹ No entanto, como tomarão conhecimento da norma incorporada os seus destinatários? De um lado, a existência de normas internacionais secretas é repudiada por toda a sociedade internacional, de outro o princípio da publicidade exige que ao povo seja dado conhecimento de todo ato governamental. Pragmaticamente, sem a publicação poucos seriam os brasileiros que teriam conhecimento dos tratados de direitos humanos que o Brasil viesse a ser parte. Mesmo os tribunais pátrios teriam dificuldade em conhecer o exato teor da norma internacional.

Em resposta, poder-se ia argumentar, que bastaria a publicação do tratado para que este passasse a vigorar no país. Em se necessitando de um ato que dê publicidade ao tratado, para que esse tenha executoriedade, já não se está mais a falar em incorporação automática. A quem incumbiria dar publicidade do tratado senão ao Chefe do Executivo? Ainda restaria a necessidade de um ato destinado a internalizar as convenções internacionais, em nada adiantando a adoção da tese da incorporação automática. Entretanto, como irão estes utilizar um direito que desconhecem? Uma norma ineficaz, posto que ainda não promulgada ou

publicada, não pode ter a aplicação imediata prevista pelo parágrafo 1º, do artigo 5º, da Carta de 1988, simplesmente porque nada existe a aplicar. Se todo o acima afirmado não bastasse para autorizar a conclusão de que o ato de internalização se faz necessário inclusive no que tange aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, existe ainda outro argumento a autorizar tal assertiva, qual seja, a de que o princípio ou o valor da dignidade da pessoa humana não é absoluto.

Por derradeiro, outro argumento vai de encontro à tese da incorporação automática. A Constituição da República, quando regula o processo legislativo das emendas constitucionais determina expressamente no §3º, do seu artigo 60, que as emendas constitucionais serão promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Logo, é possível concluir que se toda norma que inova no ordenamento jurídico, criando, modificando ou alterando direitos, está sujeita à promulgação, o mesmo ocorre com os diplomas de internalização de tratados internacionais sobre direitos humanos. Poder-se-ia argumentar contra a assertiva acima, que os decretos do executivo, como ocorre com os do legislativo, não são objeto de promulgação. Isto se explica na medida em que, por força do que preconizam os artigos 49 e 59 da Constituição, os decretos-legislativos têm por objeto veicular matérias de competência exclusiva do Congresso, como autorizar o Presidente a viajar por mais de 15 dias, aprovar a prestação de contas do Executivo ou os tratados internacionais por este celebrados. Os decretos-legislativos não têm o condão de inovar no ordenamento jurídico, como também não o fazem os decretos expedidos pelo Executivo, os quais se destinam unicamente a possibilitar a execução das normas jurídicas que lhes são hierarquicamente superiores.³² A única possível exceção a essa competência constitucional do decreto-legislativo é a estabelecida pela própria Lei Fundamental que, em seu art. 62, § 3º, determina que o Congresso irá disciplinar

³¹ PIOVESAN, Flávia. **Diretos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 5ª edição, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 99.

³² Pontes de Miranda, por seu turno, ao comentar a Carta de 1967, em vigor na data da edição da portaria sob comento, já afirmava que “Se o regulamento cria direitos ou obrigações, estranhas à lei, ou faz reviverem direitos deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou é inconstitucional. Por exemplo se faz exemplificativo o que é taxativo, ou vice versa. Tampouco pode êle limitar, modificar ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções. Não pode facultar o que na lei se proíbe, nem lhe procurar exceções à proibição, salvo se estão implícitas...O regulamento é proposta de interpretação ou conjunto de normas de direito formal administrativo. Nenhum princípio nôvo, ou diferente, de direito material se lhe pode introduzir.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de *in* **Comentários À Constituição de 1967 com a emenda nº1 de 1969**. 3ª edição Rio de Janeiro: Editora Forense, Tomo III, (arts. 32-117) p. 316.

as relações jurídicas decorrentes de medidas provisórias que não foram convertidas em leis. Ocorre, entretanto que o artigo 48 do Regimento Interno do Senado Federal estatui em seu art. 48, XXVIII, que compete ao Presidente do Senado promulgar as resoluções do Senado e os decretos legislativos.

O que se pode concluir disso tudo é que, se é verdade que a Constituição não exige que a incorporação das normas se dê por meio da edição de um novo diploma legal, a prática legislativa brasileira viu por bem adotar para tal mister o mesmo procedimento utilizado para a edição de leis ordinárias. Essa percepção de equivalência entre normas internacionais internalizadas e legislação ordinária é acompanhada, também, pelo Poder Judiciário, como resulta da série histórica de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

4.2.1.

Os tratados internacionais como leis formais e a obrigatoriedade de sua promulgação

Como visto, o rito de tramitação dos Decretos-Legislativos, em ambas as Casas do Congresso Nacional, segue aquele previsto para as Leis Ordinárias, tanto naquilo que se refere ao quorum para sua aprovação, quanto no que tange o número de turnos de votação. Como se extrai da Constituição e dos Regimentos Internos de ambas as Casas, esse rito, embora comum a essas categorias normativas, difere em muito do previsto para a aprovação de Leis Complementares e, mais ainda, de Emendas Constitucionais. Assim, como ocorre com os projetos de lei ordinária que são remetidos ao Poder Executivo para promulgação e publicação, os tratados, após sua aprovação pelo Poder Legislativo, são enviados ao Poder Executivo para o mesmo fim.

Ao contrário do que ocorre com as Leis Ordinárias os tratados internacionais, por força do direito internacional e do inciso VIII, do artigo 84 da Constituição da República, não podem ser promulgados sem que sejam ratificados. Com efeito, indigitado inciso VIII confere ao Presidente da República o poder de celebrar tratados, procedimento que envolve várias fases e, no caso brasileiro, exige a ratificação do instrumento internacional para que possa obrigar o Estado. Apenas após a ratificação é que se poderá pensar na publicação e promulgação dos tratados.

Para muitos autores, especialmente para Cançado Trindade a exigência de publicação e promulgação dá azo a atrasos injustificáveis na implementação efetiva dos dispositivos convencionais causando graves prejuízos ao Brasil e aos indivíduos sob sua jurisdição, especialmente naquilo que se refere à proteção dos direitos humanos.³³ Todavia, como já afirmado, ainda vige no Brasil a Convenção de Havana,³⁴ haja vista que o Brasil ainda não ratificou a Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados. Esse fato gera uma situação impar. Ambas as Convenções de Viena Sobre o Direito dos Tratados estipulam em seus respectivos artigos 4º que os seus dispositivos se aplicam a todos os tratados internacionais firmados após o início de sua vigência. Do mesmo modo, ambos os instrumentos internacionais se encontram em vigor, razão pela qual as determinações contidas na Convenção de Havana que versem sobre o direito dos tratados não vigem internacionalmente.

Como assentou Ricardo Ramalho Almeida, a Convenção de Havana sobre Tratados,³⁵ de 20 de fevereiro de 1928, como promulgada pelo Decreto nº 18.956, de 22 de outubro de 1929 ainda vigora no país, dispondo, repita-se, seu artigo 4º, *verbis*:

Artigo 4º – Os tratados serão publicados imediatamente depois da troca das ratificações.

A omissão, no cumprimento desta obrigação internacional, não prejudicará a vigência dos tratados, nem a exigibilidade das obrigações neles contidas.

Neste ponto, se impõe lembrar que vige, para toda a Administração Pública, o princípio da legalidade, estipulado no *caput* do artigo 37 da Constituição da República. Isso significa dizer que o agente público está obrigado a agir, quando, como e na forma determinada pela legislação, aqui entendida como todo e qualquer ato normativo válido e eficaz. Referido princípio tem por fundamento a soberania popular, vez que o poder estatal é exercido, por força do parágrafo único do artigo 1º da Carta de 1988, em nome do povo, diretamente ou por seus representantes. Assim, o Legislativo ao exercer sua função típica,

³³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratados Internacionais dos Direitos Humanos**, 2ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, Vol. I, pp. 545-546.

³⁴ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “A vigência do tratado na ordem interna e a responsabilidade do Estado por demora na sua promulgação”. mimeo, p.06

³⁵ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “A vigência do tratado na ordem interna e a responsabilidade do Estado por demora na sua promulgação”. mimeo, p.06.

manifesta a vontade popular, editando normas destinadas a orientar aos demais poderes, em especial o Executivo, na persecução do interesse público.³⁶ O princípio da legalidade “... é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos.”³⁷ Dessa forma, todos os agentes da Administração estão obrigados a sua observância “... desde aquele que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores...”³⁸ Logo, por força do art. 4º, acima, o Presidente da República tem o dever legal de fazer publicar os tratados firmados pelo Brasil.

A partir do momento em que o tratado, ratificado pelo Brasil, entra em vigor na ordem internacional, os seus dispositivos geram obrigações para a República que, caso inadimplidas, resultam na responsabilização do Estado brasileiro por fato ilícito internacional. A responsabilidade internacional, como melhor será detalhado no próximo capítulo, gera o dever de reparar a violação da obrigação internacional. Uma vez ratificado, compete ao Poder Executivo internalizar a norma internacional, da forma mais rápida possível, a fim de permitir aos órgãos estatais a tomada das medidas necessárias à implementação efetiva do tratado internacional no âmbito interno. Acuradamente, sustenta Ricardo Ramalho Almeida, que a partir do momento em que o tratado é ratificado, cessa a discricionariedade que caracteriza a atuação do Poder Executivo na celebração dos tratados.³⁹ A nosso ver, tal argumento procede a partir do momento em que não se pode aceitar que o Estado brasileiro seja indevidamente onerado em função da omissão de seus representantes, principalmente quando, após a aprovação pelo Legislativo, não existe qualquer óbice a internalização do diploma internacional.

Para o mesmo autor, a segunda parte de referido dispositivo, que afirma que a omissão do Estado em publicar a convenção internacional, não prejudica a vigência dos tratados, nem a exigibilidade das obrigações neles contidas, teria

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.83.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.83.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.84.

³⁹ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “A vigência do tratado na ordem interna e a responsabilidade do Estado por demora na sua promulgação”. mimeo, pp.06-08.

como efeito principal, passado um prazo razoável, de tornar incorporadas no direito interno do Estado omissas as normas internacionais objeto do pacto.⁴⁰ Por isso,

...o Estado ou seus órgãos parcelares **não poderão alegar a falta de publicação** (por ato omissivo do próprio Governo) para eximir-se das obrigações contraídas, **nem poderão negar que o tratado esteja regularmente vigente**. Em outras palavras, a omissão em fazer publicar o tratado **não será oponível** aos titulares de direitos subjetivos adquiridos, em face do Estado, em decorrência do tratado. A vigência que, nos termos do dispositivo acima transcrito, não poderá ser prejudicada pela omissão do Estado é, naturalmente, a da **ordem interna**, pois o requisito de publicação de que trata o dispositivo ora comentado diz respeito, justamente, à vigência do tratado **nessa ordem**...⁴¹

Em que pese o brilhantismo do argumento, a conclusão não é procedente. De fato, como já examinado, a publicação dos atos normativos internacionais se impõe como corolário do próprio conceito de Estado de Direito, quando muito, poderá o interessado processar o Estado em função dos danos causados pela mora em fazer promulgar as disposições convencionais internacionais. Mas isso é assunto a ser analisado mais adiante.

A imperatividade da publicação e promulgação dos tratados internacionais, na verdade, decorre da própria competência estabelecida pelo inciso IV, do art. 84, da Constituição da República. Indigitado dispositivo, lembre-se, confere ao Presidente da República a competência de fazer sancionar, promulgar e fazer publicar as leis. A posição predominante do Supremo Tribunal Federal, sublinhe-se, é a de que os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico pátrio com a força de legislação ordinária, são revogados por legislação ordinária que lhe for posterior, observados os princípios pertinentes à ab-rogação de leis, como o da especialidade, e devem se conformar aos ditames constitucionais, assim como a legislação ordinária.

Restou demonstrado que o rito seguido para a aprovação dos Decretos-Legislativos é mesmo seguido para aprovação das Leis Ordinárias, disso segue que formalmente, uma vez aprovados pelo Congresso e ratificados, os tratados internacionais são equiparáveis a projetos de lei concluídos, a espera da sanção

⁴⁰ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “A vigência do tratado na ordem interna e a responsabilidade do Estado por demora na sua promulgação”. mimeo, p.07.

⁴¹ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. “A vigência do tratado na ordem interna e a responsabilidade do Estado por demora na sua promulgação”. mimeo, p.07.

presidencial. Mesmo que não se queira qualificá-los como tal, não obstante a denominação que se dê se impõe reconhecer que todos os dispositivos constitucionais relativos à legislação ordinária se aplicam aos tratados internacionais. Logo, se até quinze dias da entrada em vigor do tratado internacional não existir manifestação do Poder Executivo sancionando ou vetando o tratado internacional ratificado, o silêncio importará na sanção e a promulgação do tratado, assim como ocorre com a legislação ordinária, deverá ser feita pelo Presidente do Congresso Nacional, na forma prevista pelos §§ 3º e 7º, do artigo 66 da Constituição da República.

Tal assertiva, como é patente, vai de encontro à tese até hoje em vigor no país de que a incorporação dos tratados internacionais, após sua ratificação, estariam dentro daquela esfera de atribuições discricionárias do Chefe do Poder Executivo. Por certo que compete ao Presidente da República à promulgação e, por conseguinte, a incorporação dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil, todavia, não só a Carta de 1988 estende tal competência aos atos legislativos em geral, como, pelo que determinam os dispositivos acima invocados, expressamente permitem que, em caso de omissão do Chefe do Executivo, seja este substituído pelo Presidente do Congresso Nacional. Daí, o princípio da separação de poderes não pode ser invocado para negar a aplicação de tais dispositivos aos procedimentos de internalização dos tratados internacionais, em tudo igual ao processo legislativo previsto pela Constituição para a edição das leis ordinárias.

Não seria tal conclusão uma admissão de que o Brasil, na prática adota o dualismo clássico como proposto por Triepel? Não, porque os procedimentos adotados para a aprovação dos projetos de leis e dos tratados, embora seja em quase tudo semelhante, discrepam em alguns pontos. É possível, por exemplo, equiparar a discricionariedade do Presidente da República em ratificar ou não o tratado ao poder de veto previsto pela Constituição. É por causa dessa mesma discricionariedade, bem como pelas peculiaridades de cada tratado e das relações internacionais, o prazo fixado pela Carta de 1988 para a oposição do veto presidencial não tem aplicação. Além disso, se a ratificação do tratado internacional pode ser comparável à sanção presidencial ao projeto, não pode ser considerada como termo inicial da contagem do prazo para expedição do decreto de promulgação da norma internacional.

A razão pela qual o termo inicial dos quinze dias deve se dar a partir da entrada em vigor do tratado na ordem internacional é simples. Especialmente no caso brasileiro, via de regra, a vinculação definitiva de um Estado a um tratado internacional não se dá apenas com a assinatura, sendo a ratificação indispensável para que um Estado possa ser considerado obrigado pelo pacto internacional. A Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, ao cuidar do tema em seu artigo 24, determina que cabem aos Estados negociadores determinar o momento da entrada em vigor dos tratados, caso tal disposição não seja firmada quando da conclusão do pacto internacional, o tratado entra em vigor assim que obtiver o consentimento de todos os Estados negociadores. Assim, a entrada em vigor de um tratado poderá se dar em uma data ou um prazo estipulado pelos Estados celebrantes.

Do mesmo modo, é comum que a vigência de um tratado dependa da obtenção da ratificação por um número mínimo de Estados ou se exigir que todos os Estados negociadores o façam.⁴² A autorização para que os representantes dos Estados celebrantes ratifiquem os termos do tratado internacional se sujeita aos respectivos ditames de direito interno. Assim, nos casos em que o início da vigência esteja submetido ao consentimento de um determinado número de Estados, o Brasil poderia se ver em uma situação desvantajosa caso a norma internacional fosse internalizada antes de sua vigência. Aliás, trata-se de um verdadeiro contra-senso, pois se a norma ainda não vigora no ordenamento internacional, esta não é exigível, não produz efeitos e não pode ter invocada a sua aplicação. Tanto assim, que o artigo 4º da Convenção de Havana é claro quando exige que a publicação se dê após a troca de ratificações, isto é, a partir do implemento da condição de início da vigência do tratado internacional. Caso não se consiga obter o número de ratificações necessárias à sua vigência, a convenção internacional jamais virá a produzir efeitos na ordem internacional. No caso de incorporação do texto do tratado internacional como norma de direito interno, sem que a mesma vigore na ordem internacional, aquela valeria apenas no âmbito interno, fato que reforça a conclusão de que o Brasil, no que concerne a internalização das normas de direito internacional, adotou o modelo dualista.

4.2.2.

A possibilidade de ponderação do princípio da dignidade humana

Não fossem suficientes os argumentos acima expendidos para justificar a posição que ora se adota, outro fundamento justifica o defendido pelo presente trabalho, qual seja, a de que a dignidade humana não é um valor ou um princípio absoluto. Dessa forma, tomado isoladamente não será sempre que a dignidade humana preponderará. É isso o que se verifica no caso da incorporação dos tratados internacionais.

Mais acima, quando se tratou dos direitos fundamentais, estes foram analisados como sendo um modelo de regras e princípios, tendo sido firmada a natureza axiológica da Constituição. Além disso, vimos que a dignidade humana aparece como o principal valor a justificar a defesa dos direitos humanos. A dignidade humana enquanto valor representa aquilo que é considerado como bom melhor para o ser humano na medida em que estabelece um parâmetro mínimo tido como essencial à existência e ao desenvolvimento do ser humano. Mesmo que não fosse positivado como princípio, partindo da autonomia individual como posta por Kant, já o homem é um fim em si mesmo, o direito, enquanto criação humana, não poderia ser utilizado contra ele. O homem, lembre-se, é o valor fonte do direito.⁴³ Isto não quer significar que os direitos humanos, ou o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, não estejam sujeitos às restrições, mesmo que eventualmente.⁴⁴

Alexy, quando analisa a dignidade da pessoa humana, o faz especialmente em função dos ditames da Lei Fundamental Alemã e de sua interpretação pelo Tribunal Constitucional Federal germano. É certo que a dicção da 1ª frase, do 1º parágrafo do artigo primeiro da Carta teutônica, permite concluir que a dignidade da pessoa humana é intangível. Para Alexy isto não quer dizer que a dignidade da pessoa humana seja um princípio intangível, mas, antes significar que a dignidade

⁴² SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 4th edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997 p. 649.

⁴³ LAFER, Celso A **Reconstrução dos Direitos Humanos, Um Diálogo Com o Pensamento de Hanna Arendt**. 4ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p.118.

da pessoa humana, enquanto direito fundamental, é tratado às vezes como regra e às vezes como princípio.⁴⁵ Naqueles casos em que o direito fundamental à dignidade humana aparece como regra, a solução de sua aplicação depende apenas de se constatar se no caso concreto houve ou não lesão à dignidade humana.⁴⁶

Quando o Tribunal Constitucional Alemão trata a dignidade como princípio resta patente a possibilidade de sua ponderação. O que parece ocorrer é que, dada a magnitude do valor que representa, o princípio da dignidade da pessoa humana tende a prevalecer sobre os demais na maioria dos casos em que entra em colisão. Esta prioridade sobre outros princípios, na maioria das situações “...não significa que aquele seja um princípio absoluto, senão que é difícil encontrar razões-jurídicos-constitucionais que poderiam alterar a relação de precedência em favor .”⁴⁷ Além disso, deve-se atentar para o fato de que existe um amplo grupo de condições de precedência que deixam concluir, com um alto grau de certeza, de que o princípio da dignidade da pessoa humana deve prevalecer contra os princípios que lhes são opostos.⁴⁸ Mesmo porque, como já estabelecido, a aplicação de um princípio sempre dependerá proporcionalmente das situações fáticas e jurídicas que se apresentam quando de sua aplicação.

A existência de princípios absolutos é algo inconsistente com os direitos fundamentais. Como aponta Alexy, a existência de princípio absoluto que tutele um direito coletivo implica na impossibilidade deste princípio ser limitado pelas normas de direitos fundamentais.⁴⁹ De outro giro,

Quando o princípio absoluto se refere a direitos individuais, sua falta de limitação jurídica leva a concluir que, no caso de colisão, os direitos de todos os indivíduos que fundamentados por este princípio terão de ceder ante o direito de cada indivíduo fundamentado pelo mesmo princípio. O que é contraditório.⁵⁰

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 112.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 106.

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 107.

⁴⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos** A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. 2ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p.65.

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 106.

⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 106.

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 106.

Tanto a assertiva acima é verdadeira, que o Tribunal Constitucional Federal alemão expressamente admite a hipótese, tendo afirmado que “... tudo depende de se determinar debaixo de quais circunstâncias é possível violar a dignidade humana. Confessadamente, não se pode dar uma resposta genérica, eis que sempre se há de ter em conta o caso concreto”⁵¹ Alexy, exemplifica dando notícia de uma decisão em que foram contrapostas a dignidade da pessoa humana e a necessidade de proteção da ordem democrática.⁵² Assim, um conflito entre a aplicação do princípio da dignidade humana e princípio democrático, por exemplo, não se resolveria imediatamente em favor do primeiro, exigindo a decisão sobre qual princípio deverá preponderar uma análise do caso concreto e dos interesses em jogo.

Nesta hipótese, o princípio da dignidade humana somente prevaleceria quando a adoção do princípio democrático apresentar uma ameaça concreta a autonomia individual e ao respeito devido a todo o ser humano, bem como que venha a lhe negar as condições mínimas de desenvolvimento pessoal. Em tais situações, deve preponderar, pois, o aspecto negativo do princípio da dignidade da pessoa humana. A incorporação automática dos tratados somente se faz possível como exceção à regra geral, naqueles casos em que qualquer demora na internalização da norma convencional representasse um dano irreparável à dignidade individual.

Para Dworkin, não só os princípios, mas o próprio Direito encontra sua validade na idéia da dignidade humana e na da igualdade política.⁵³ Desse modo, ao analisar a teoria de Rawls sobre a justiça enquanto equidade afirmou

...que a justiça enquanto equidade tem se funda no pressuposto de um direito natural de todos os homens e mulheres à igualdade de consideração e respeito, um direito que possuem não em virtude de nascimento, características pessoais, mérito ou excelências, mas simplesmente em função de serem seres humanos dotados da capacidade de fazer planos e distribuir justiça.⁵⁴

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 107.

⁵² ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tercera reimpressão Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 107.

⁵³ DWORIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Nineteenth printing. Harvard University Press: Cambridge, 2002 pp. 198-199.

⁵⁴ DWORIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Nineteenth printing. Harvard University Press: Cambridge, 2002 p. 182.

Disso resulta que a dignidade da pessoa humana não prescinde para sua realização do princípio democrático, visto como o aspecto político da autodeterminação. Havendo dois procedimentos distintos estabelecidos na Constituição, um para a internalização de tratados e outro para a reforma constitucional, se impõe que a forma estabelecida para cada um seja seguida sob pena de invalidação da inovação legislativa. Caso contrário, estaria a se negar o aspecto político do princípio da dignidade da pessoa humana. O segundo argumento que vêm em socorro da tese aqui adotada parte do pressuposto de que, em se tratando de princípios constitucionais positivados, todos os princípios listados nos incisos do artigo 1º, bem como os demais princípios fundamentais consagrados pela Constituição, têm o mesmo grau hierárquico. Aqui, cabe ressaltar que nem todo dispositivo constitucional reconhecido pela doutrina pátria como princípio se enquadra nessa categoria. Para estabelecer a natureza de determinada “... norma jurídica, torna-se necessário, no mais das vezes, transcender o seu texto legal e analisar também a qualidade do bem jurídico protegido pela norma, bem como o domínio empírico sobre o qual ela se projeta.”⁵⁵ Aqui, explique-se, não se está a negar à dignidade da pessoa humana como um valor fundamental ou como princípio legitimador dos demais, assim como defende a doutrina majoritária,⁵⁶ mas, sim, sustentar que por mais relevante que seja, nenhum ou valor princípio pode ser considerado como absoluto.

Disso tudo, é possível estabelecer, desde já, que o entendimento pelo qual os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados automaticamente simplesmente em função do princípio da dignidade da pessoa humana é equivocado. O princípio da dignidade da pessoa humana simplesmente não autoriza tal assertiva. Por não ter o caráter absoluto proposto por boa parte da doutrina brasileira, a dignidade da pessoa humana é antes de tudo, um freio que protege um mínimo essencial à vida humana, admitindo ponderações e nuances em sua aplicação. Não fosse assim, a Constituição Brasileira não poderia admitir, por exemplo, a pena de morte nos como o faz no inciso XLVII do seu artigo 5º, ou, radicalizando, sequer a possibilidade de prisão. Do mesmo modo, não seria

⁵⁵ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p.48.

⁵⁶ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. “O princípio da dignidade humana nas Constituições abertas e democráticas.” *in* Carmargo, Margarida Marial Lacombe (org.) **1988 – 1998 uma década de constituição**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999 pp. 103-114.

possível a prática do aborto naqueles casos em que a gestação causa risco de vida à gestante ou decorre estupro, como permite o artigo 128, I e II do Código Penal Brasileiro.

O princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser compreendido sem a sua dimensão política, que exige a legitimação democrática das normas jurídicas positivadas, por meio do procedimento estabelecido constitucionalmente. Isso significa não só, que o ato de internalização previsto pela Constituição da República Federativa do Brasil é indispensável como, também, que não sendo o rito de internalização compatível com o previsto constitucionalmente para a modificação da Lei Fundamental, ao menos formalmente, é impossível admitir a possibilidade de que um tratado internacional, mesmo que verse sobre direitos humanos, venha a modificar ou acrescer ao texto da Constituição de 1988.

Isso não significa que não possam as normas oriundas de um tratado internacional de direitos humanos vir a ter reconhecido o seu status de norma constitucional. É que agora se irá examinar.

4.3. O conteúdo constitucional das normas convencionais internacionais de direitos humanos

Estabelecida a necessidade da prática de um ato de internalização, se impõe indagar qual o grau ocupado na escala normativa das normas internacionais de direitos humanos uma vez que estas tenham sido internalizadas. O grau hierárquico da norma internacional depende, quase que exclusivamente, da constituição desse Estado e do modelo de incorporação nela adotado. No Brasil, a posição que predomina no STF, como visto, é a de que estas normas são incorporadas com o status de legislação ordinária, independente de seu conteúdo. No que toca às normas internacionais de direitos humanos esta assertiva perde seu caráter absoluto, já que existem fundadas razões a admitir que, uma vez internadas, nos Estados que, como o Brasil, exigem a edição de um ato de incorporação da norma internacional, estes dispositivos **podem, em tese**, ter caráter de norma constitucional. Esta não é a norma geral.

A importância de tal pesquisa encontra sua justificativa no fato de que, face o princípio da supremacia da constituição, todos os órgãos, dos três Poderes

de todos os entes federados, estão, como já foi aqui dito, obrigados a orientar e legitimar seus atos, de acordo com os ditames da Lei Fundamental brasileira. O reconhecimento do status de norma de hierarquia constitucional dos dispositivos convencionais de direitos humanos internalizados produz, pois, como principal efeito impor o seu cumprimento à Administração Pública em geral, assim ampliando o sistema interno de proteção aos direitos humanos, vez que nenhum ato normativo infraconstitucional, nenhum ato administrativo ou nenhuma decisão judicial poderá ser editada em desconformidade com a norma internalizada, sob pena de ser considerada ilegítima e juridicamente inexistente. Os órgãos estatais deverão agir com o intuito de concretizar referidos ditames, orientando suas ações na direção da concreção dos comandos convencionais de direitos humanos incorporados como norma constitucional.

Não bastasse isso, o parágrafo 4º, IV do artigo 60 da Constituição, determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir, dentre outros, os direitos e garantias individuais. Assim, uma vez incorporados no ordenamento como normas constitucionais, os dispositivos convencionais de direitos humanos jamais podem ser extirpados do ordenamento jurídico interno, mesmo que se admita sua modificação.

4.3.1.

O *jus cogens* internacional e a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos

Um dos argumentos utilizados para assegurar o status constitucional às normas convencionais de direitos humanos é o de que estas têm o caráter de *jus cogens*. Como foi explicado no item 2.2.2., qualificar uma norma de direito internacional como *jus cogens* é tarefa extremamente ingrata. Não existe no sistema jurídico internacional um órgão legislativo central ou um sistema unificado e coerente de sanções. Além disso, a ausência de tribunais dotados de jurisdição obrigatória se traduz em um obstáculo de grande magnitude para a determinação da imperatividade das normas de direito internacional. Repita-se, as normas de direito internacional dotadas de imperatividade são raras e “...não

existe, até o momento, qualquer critério reconhecido pelo qual é possível qualificar como imperativa uma regra de Direito Internacional geral.”⁵⁷

Aqui, parece caber como uma luva a advertência de Rousseau:

Dizer que uma norma internacional é imperativa porque é não é suscetível de derrogação não é uma resposta das mais sérias ao problema proposto. Carece de pesquisar, de forma efetiva, porque não é possível derrogar uma norma desse tipo é de se preocupar que a única resposta válida é precisamente retirada do caráter imperativo atribuído a norma em questão. O debate está longe de se resolver, a menos que se apele a considerações de direito natural ou – o que será pior – a considerações de ordem política ou ideológicas impostas pela via majoritária e erigidas de forma abusiva em normas pseudo-jurídicas.⁵⁸

Repita-se a exaustão, não existe um consenso na doutrina sobre a natureza ou o conteúdo de uma norma imperativa de direito internacional.⁵⁹ De fato, é mais fácil identificar as características deste tipo de norma do que determinar o seu conteúdo, sem falar que o desenvolvimento dessas normas pelo direito internacional consuetudinário dificilmente se dá de forma ligeira.⁶⁰ Daí a conclusão de que aqueles princípios tidos e aceitos pela sociedade internacional como inderrogáveis gozam de tal situação jurídica, não por seu conteúdo, mas pelos efeitos que a sociedade internacional lhes reconhece.⁶¹ As normas de tratados internacionais de direitos humanos seriam, dada a indisponibilidade dos direitos tutelados, *jus cogens*, não em função do seu conteúdo, mas porque os Estados assentiram na sua obrigatoriedade.

Entretanto, se é indubitável que uma vez reconhecida essa qualidade da norma internacional pelos Estados, estes estão obrigados a sua observância, bem como que esta sempre prevalecerá contra dispositivos de direito internacional que lhes forem contrários, isto não quer significar que estas normas têm de ser incorporadas ao direito interno, nem determinam em qual grau da hierarquia normativa tal incorporação se dará. Isso somente se dará se estas normas tiverem o seu status de norma constitucional reconhecido pelo próprio Estado, seja por

⁵⁷ SCHWARZENBERGER, Georg. **International Law and Order**. London: Stevens & Sons, 1971, p.29.

⁵⁸ ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public** Tome I, Introduction et Sources. Paris: Editions Sirey, 1970, 1º Tomo, p. 151.

⁵⁹ ROUSSEAU, Charles. **Droit International Public** Tome I, Introduction et Sources. Paris: Editions Sirey, 1970, 1º Tomo, p. 150.

⁶⁰ BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p.501.

expressa disposição constitucional, seja por algum procedimento criado com esse fim. Quanto à aplicação das normas internacionais de *jus cogens*, vale lembrar que esta não se dá sem dificuldades, vez que esta sofre dos mesmos problemas que caracterizam o emprego de valores e princípios fundamentais. A sociedade internacional reconhece, dentre a normas imperativas de direito internacional, a proibição do uso da força e o princípio autodeterminação.⁶² No entanto, no caso em que um Estado utiliza a força para transferir uma parcela de território de outro Estado a um determinado grupo de nacionais, assim possibilitando que esse grupo se organize politicamente em acordo com o princípio da autodeterminação, surge a indagação de se uma norma de *jus cogens* preponderaria sobre a outra.⁶³

O emprego das normas internacionais de *jus cogens* está submetido às mesmas regras de ponderação estabelecidas para a aplicação dos princípios jurídicos e valores. Pois bem, se a dignidade humana, tanto na sua acepção deontológica, quanto na sua acepção axiológica, e *jus cogens* internacional são passíveis de ponderação a conclusão que daí segue é que improcede o argumento da imediata internalização, em grau de norma constitucional, dos dispositivos internacionais de direitos humanos.

4.3.2.

Normas constitucionais inconstitucionais e normas convencionais constitucionais – O problema dos “não direito fundamentais” e dos direitos fundamentais extraconstitucionais

Estabelecido que, pelo direito pátrio, nenhum tratado ao ser incorporado ao ordenamento jurídico interno pode ocasionar uma mudança naquilo que consta da Constituição documental, se impõe pesquisar se materialmente esse câmbio se mostra factível. Atualmente, não é possível deixar de reconhecer que existem direitos que, embora não constem do texto constitucional, inegavelmente têm

⁶¹ BROWNIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p.501.

⁶² BROWNIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, p.501.

⁶³ BROWNIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 2nd edition, reprint, Oxford: Clarendon Press, 1977, pp.173, 174 e 501.

caráter de direitos fundamentais.⁶⁴ A existência de uma constituição material em oposição a uma constituição formal, é tese hodiernamente predominante na doutrina pátria. O conceito material de constituição engloba toda aquela matéria cuja importância para a estrutura e organização do Estado, para o funcionamento e composição da ordem política ou para a proteção do indivíduo, é tal que lhe assegura assento constitucional. A constituição formal diz respeito àqueles dispositivos que, independente do conteúdo, se encontram positivado no texto constitucional.⁶⁵

Lembre-se que, como visto acima, Otto Bachof, ao analisar a Lei Fundamental alemã, de 1949, conclui que as questões do limite da atuação estatal em todas as suas formas, da relação entre legitimidade e a legalidade, das possibilidades e limites do controle judicial da legitimidade, têm de pôr-se em toda e qualquer ordem soberana que se sabe vinculada a direito e à justiça, visto que são as questões da essência, do sentido, da validade e da força obrigatória do direito.⁶⁶ A obrigatoriedade da idéia de justiça para o direito pressupõe um consenso social acerca das idéias fundamentais de justiça: o respeito e a proteção da vida humana e da dignidade do homem, a proibição da degradação do homem num objeto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a exigência da igualdade de tratamento e a proibição do arbítrio.⁶⁷

A permanência de uma Constituição depende da sua capacidade integradora face à comunidade que ela mesma “constitui”⁶⁸. A jurisprudência constitucional se constitui em notável contribuição para o papel integrador da Constituição, desde que reconheça tal função e a defenda.⁶⁹ Não obstante ter o legislador constitucional alemão se preocupado apenas sobre o controle de leis infraconstitucionais, entende Bachof que deste controle de legitimidade material não podem ser excetuados deste controle as próprias normas constitucionais ou a

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 369.

⁶⁵ BONAVIDES, BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp.63-64.

⁶⁶ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**, Reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 1.

⁶⁷ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**, Reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p.2.

⁶⁸ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**, Reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p.11.

⁶⁹ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**, Reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1994, ps.13/14.

própria Lei Fundamental Alemã.⁷⁰ Esse controle só é possível se feita a distinção entre o conceito formal de constituição e o seu conceito material. Como visto, Bachof, defende que a validade constitucional está intimamente ligada aos valores adotado pela sociedade “constituída”.

A distinção entre valor e forma, leva Bachof a reconhecer a existência de normas constitucionais formais que, na verdade, nada tem de constitucionais, devendo-se sua inserção no texto constitucional a interesses políticos, sendo certo, ainda, que nem todas as normas constitucionais estariam inscritas no corpo da Constituição, enquanto documento.⁷¹ O grau de constitucionalidade das normas formalmente constitucionais seria aferido, como concebido por Smend, por uma “...Questão de *direito*.”⁷² No caso da Lei Fundamental de 1949, importa salientar, que a doutrina alemã de então sustentava a ausência de conflito entre o seu conteúdo material e o que fora por ela positivado, haja vista que no seu entender todo o direito supra legal teria sido positivado no texto constitucional.⁷³ Bachof sustenta a impossibilidade de se demonstrar que, apesar do esforço do Legislador Constitucional, que de fato logrou o texto da Lei Fundamental positivar toda a extensão do direito supra legal.⁷⁴ O parágrafo 2º do artigo 5º, ao afirmar que os direitos e garantia estabelecidos pela Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados “...não restringe os direitos fundamentais fora do catálogo a direitos expressamente positivados em outras partes do texto constitucional...”⁷⁵

Aqui, cabe abrir um pequeno parêntese. Ao ser analisada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a internalização de tratados internacionais, restou estabelecido que, historicamente, o STF sempre deteve o poder de examinar a constitucionalidade das normas de direito internacional incorporadas, competência mantida pelo artigo 102, III, “a”, da presente Constituição. Essa

⁷⁰ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**, Reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p.13.

⁷¹ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**, Reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p.40.

⁷² BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**, Reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p.40.

⁷³ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**, Reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p.41.

⁷⁴ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**, Reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p.41.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 119.

competência, por seu turno, serve como argumento para justificar a hierarquia infraconstitucional das normas convencionais internalizadas. Instituída a dicotomia entre forma e valor na constituição, estabelecida a relação entre valor e realidade social, além da necessidade de uma legitimação axiológica das normas constitucionais, segue a conclusão de que até mesmo normas **formalmente constitucionais**, podem ser **materialmente inconstitucionais**. Por isso, “O Supremo Tribunal Federal por mais de uma vez admitiu ser competente para fiscalizar a legitimidade das Emendas à Constituição.”⁷⁶

Convém apontar que não é o legislador, seja este o Poder Constituinte originário, seja este o Poder Constituinte derivado, quem cria os direitos fundamentais. Na verdade, a positivação dos direitos fundamentais na Constituição aparece como resultado do reconhecimento de valores reconhecidos como essenciais pela maioria da população e que por isso devem ser protegidos por uma norma de direito positivo.⁷⁷ É certo, ainda, que para a seleção destes valores são relevantes a influência das condições fáticas, culturais, sociais, econômicas e políticas que permeiam uma dada ordem constitucional.⁷⁸ O reconhecimento de uma norma de direito fundamental, pois, se dá pelo seu conteúdo, ao invés de por suas características formais, o que implica obrigatoriamente na análise da sua dimensão valorativa. Por isso, não necessariamente as normas de direitos fundamentais têm de estar positivadas no documento constitucional, para que tenha essa sua qualidade reconhecida. Não se está aqui a afirmar, diga-se, uma tese jusnaturalista dos direitos humanos, mas sim a negar uma teoria positivista dos direitos humanos, pela qual, somente os direitos catalogados constitucionalmente como direitos fundamentais gozariam dessa posição no ordenamento jurídico. É possível afirmar, em nosso ordenamento, a coexistência de direitos fundamentais expressamente positivados e de direitos fundamentais implícitos.

O problema que surge dessa divisão é justamente identificar, dentre os diversos preceitos normativos em vigor, quais deles têm “...dignidade suficiente

⁷⁶ CLÈVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.199.

⁷⁷ VERDÚ, Pablo Lucas **Teoría de La Constitución Como Ciência Cultural**. 2ª edición, Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 1998 p.113.

para serem considerados fundamentais.”⁷⁹ A própria caracterização do que são direitos fundamentais é tarefa dotada de alto grau de subjetivismo. A resposta parece residir na qualidade do bem jurídico protegido pela norma, isto é, considerar “... como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais.”⁸⁰ Por óbvio que, para ser assim considerada, não é possível que a norma extraconstitucional derive ou de alguma forma concretize um direito fundamental já consagrado na Constituição, mas sim, que reconheça um direito novo, não previsto na Lei Fundamental. Caso contrário, estar-se-ia a garantir status constitucional à legislação ordinária de forma indevida ou, pelo menos desnecessária.

Mesmo porque, lembre-se, a legislação infraconstitucional, face o princípio da supremacia da constituição, tem a tarefa de concretizar as disposições constitucionais, possibilitando a efetivação dos direitos previstos na Lei Fundamental. Aqui cabe atentar para a distinção que Ingo Sarlet faz entre direitos fundamentais implícitos e direitos fundamentais decorrentes. Aqueles seriam deduzidos do próprio texto constitucional, visto estarem subentendidos nas normas de direitos fundamentais e, portanto, reconhecidos como tais pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Republicana.⁸¹ Os direitos fundamentais decorrentes não são passíveis de serem revelados pelo exame do texto constitucional, mas, antes, se constituem em direito novo cuja relevância e substância os equipara aos direitos fundamentais.⁸² Acuradamente, Ingo Sarlet entende que o grande desafio reside em localizar as normas de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, isto é, nos dispositivos legais que não gozam do status de norma de direito fundamental, mesmo que positivados no texto constitucional.⁸³

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 83.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 369.

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 369.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 93.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 94.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 93.

A identificação do caráter de norma fundamental passa obrigatoriamente pela pesquisa do conteúdo axiológico das normas extraconstitucionais, contrapondo-os aos valores que são reconhecidos por toda a sociedade e, ao mesmo tempo, “... restam dúvidas de que os direitos fundamentais em sentido material somente poderão ser os que por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo...”.⁸⁴ Para Sarlet, o parágrafo 2º, do artigo 5º, da Carta de 1988, ao preconizar que o catálogo dos direitos fundamentais está aberto à integração pelas normas de direito internacional de direitos humanos, bem como pelos princípios que não lhe forem contraditórios, veicula implicitamente o princípio da equivalência dos direitos fundamentais.⁸⁵

Esta última assertiva parece se justificar pelo princípio da supremacia da constituição, vez que se mostra impossível a convivência de um direito fundamental positivado na forma de princípio com outro, extraconstitucional, que lhe seja contrário. Isso porque se referido direito estiver positivado em norma infraconstitucional, aplica-se o critério formal do princípio da supremacia da constituição para negar validade ao diploma que veicula referido direito. Examinado o problema sob o aspecto material, a incompatibilidade deve ser total, isto é, não só entre a norma a que se almeja conferir o status de norma constitucional e um determinado direito fundamental, mas entre aquela e os direitos fundamentais e valores sociais apreciados coletivamente.

Note-se que Dworkin identifica como fonte dos princípios morais políticos, a interpretação dos textos legais e das decisões judiciais, mas também da moral política que deriva das leis e instituições de uma dada comunidade.⁸⁶ Como afirma Hess, a força normativa das constituições democráticas decorre, antes de tudo, de uma inter-relação constante entre a constituição jurídica, ou formal, e a constituição real, ou material.⁸⁷ O gérmen da força vital de uma constituição se

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 93.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 92 e 93.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Nineteenth printing. Harvard University Press: Cambridge, 2002 p. 126.

⁸⁷ HESSE, Konrad. “La Fuerza Normativa de La Constitución” in HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2ª edición, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, selección, traducción e introducción Pedro Cruz Villalon, 1992, p. 63.

encontra nas circunstâncias fáticas e sociais existentes na época de sua vigência.⁸⁸ Para a força normativa da constituição é preciso que a carta “... incorpore não apenas as condições sociais, políticas ou econômicas mas, acima de tudo, a situação espiritual de sua época...”⁸⁹ Se uma norma fora do catálogo constitucional for identificada como tutelando um direito humano específico, mas que, não obstante discrepe do sistema de valores e princípios adotados pela Constituição, se impõe que lhe seja negado o caráter de norma fundamental.

A partir do exame dos valores e dos direitos fundamentais inscritos na Constituição, especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet propõe a construção de um conceito de direito fundamental material que possibilite servir como parâmetro da adequação material das normas fora do catálogo às que nele estão inseridas.

É justamente neste contexto que assumem relevo os demais principais fundamentais, visto que a exemplo da dignidade da pessoa humana, também cumprem função como referencial hermenêutico, tanto para os direitos fundamentais como para o restante das normas da Constituição. Além de atuarem como fundamento para eventual dedução de direitos não escritos..., deverão servir de referencial obrigatório para o reconhecimento da fundamentalidade material dos direitos garimpados fora do catálogo que, consoante já frisado, devem guardar sintonia com os princípios fundamentais de nossa carta.⁹⁰

Deve se ter em conta que, da mesma forma que pode se afirmar que existem direitos fundamentais que não se encontram dentro do rol daqueles estabelecidos no Título II da Constituição da República, existem alguns que lá se encontram que discrepam do conceito de direitos humanos ou de direitos fundamentais. O status de norma de direito fundamental destes decorre do simples fato de sua localização no texto constitucional,⁹¹ uma vez que seus dispositivos não concorrem de qualquer forma para a proteção ou promoção da dignidade

⁸⁸ HESSE, Konrad. “La Fuerza Normativa de La Constitución” in HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2ª edición, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, selección, traducción e introducción Pedro Cruz Villalon, 1992, p. 64.

⁸⁹ HESSE, Konrad. “La Fuerza Normativa de La Constitución” in HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2ª edición, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, selección, traducción e introducción Pedro Cruz Villalon, 1992, p. 67.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 115 e 116.

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 369.

humana ou de outras posições essenciais do ser humano.⁹² Por isso, parte da doutrina constitucional espanhola os denomina de “não direitos fundamentais.”⁹³

No caso da Constituição brasileira, a existência de direitos fundamentais formais ou “não direitos fundamentais” é ocorrência rara, porém facilmente verificável. O inciso XXVIII, do artigo 5º, dispositivo nos quais a quase totalidade dos direitos fundamentais está sediada, assegura, no termos da lei, não só a proteção às participações individuais em obras coletivas, como à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas e, ainda, o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras por seus autores, intérpretes ou pelas respectivas representações sindicais ou associativas. Já o inciso XXIX, preconiza que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Se forem tais direitos considerados materialmente fundamentais segue, como consequência lógica, que os acordos e tratados internacionais que venham a concretizar referidos direitos sejam classificados como tratados de direitos humanos e, uma vez incorporados ao ordenamento interno, enquadrados como normas de direito fundamentais, isso, é claro, se adotada a tese da incorporação dos tratados de direitos humanos como norma constitucional. Assim, o anexo 1C da “Ata Final que Incorpora aos Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT”, assinada em Maraqueche, em 12 de abril de 1994, conhecido como Acordo TRIPS e que estabelece normas relativas à propriedade intelectual deveria ser recepcionado como um tratado de direitos humanos. Internalizado ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994, após sua aprovação pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, o Acordo TRIPS está a vigor no país desde 1º de janeiro de 1995.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 134.

⁹³ ROYO, Javier Pérez. **Curso de Derecho Constitucional**. 6ª edición, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., 1999 p. 279.

Dentre suas disposições é possível destacar, a título de exemplo, o disposto pelo seu art. 10, (1), isto é, que “Programas de computador em código fonte ou objeto serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna”, bem como o preconizado pelo seu artigo 23, (1):

Cada membro proverá os meios legais para que as partes interessadas possam evitar a utilização de uma identificação geográfica que identifique vinhos não originários do lugar indicado pela indicação geográfica em questão, ou que identifique destilados como destilados não originários do lugar indicado pela indicação geográfica em questão, mesmo quando a verdadeira origem dos bens esteja indicada ou a indicação geográfica utilizada em tradução ou acompanhada por expressões como “espécie”, “estilo”, “imitação” ou outras similares.

Por qualquer definição que se adote sobre o que sejam direitos humanos, parece complicado defender a natureza fundamental das normas veiculadas por referidos dispositivos constitucionais ou convencionais. Utilizando como parâmetro de comparação a definição proposta por Pérez Luño, qual seja, “...um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade, e da igualdade humana...”⁹⁴, parece improvável que as normas contidas nos incisos XXVIII e XXIX tenham natureza de direito fundamental e que, portanto, gozem da proteção que lhes confere o parágrafo 4º, IV do artigo 60 da Constituição da República.

A título de argumentação, aceita tal possibilidade em função do que expressamente determina referido parágrafo, bem como o fato de que os dispositivos em questão se encontram situados sob o Título II, Capítulo I, denominados respectivamente, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” da Constituição, parece impossível querer enquadrar na categoria de direitos fundamentais as normas convencionais acima reproduzidas. Por mais que respeite o direito de propriedade intelectual, custa admitir que a especificação da forma pela qual serão protegidos os programas de computador seja essencial à satisfação da dignidade humana ou a qualquer outro valor fundamental resguardado pela Carta de 1988. Do mesmo modo, por mais importante que seja a vinicultura ou por mais que se aprecie seus produtos, é difícil conceber que a correta indicação de procedência de um espumante ou um tinto seja equiparável ao princípio do devido processo legal ou

⁹⁴ LUÑO, Antonio E. Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución**. 5ª edición, Madrid: Tecnos, 1995, p. 48.

ao da liberdade de expressão. Embora seja possível considerar com status de normas de direito fundamental as normas convencionais de direitos humanos internalizadas, isto somente pode ocorrer se estas se mostrarem compatíveis com os princípios e valores reconhecidos como fundamentais pela Constituição. Convém observar ainda que à dificuldade em se identificar normas de direitos fundamentais extraconstitucionais se impõe ainda outro problema, qual seja, o questionamento do caráter universal dos direitos humanos.

Por derradeiro, é bom frisar que nada impede que o Legislativo, no uso de sua principal competência, veja por bem conferir às normas internacionais de proteção aos direitos humanos o caráter formal de norma constitucional. Isso pode ser dar, quer pela aprovação de Emenda Constitucional acrescentando aos direitos fundamentais aqueles dispositivos de direito internacional que se prestarem a tal finalidade, quer modificando a Constituição para que dela passe a constar de forma **expressa**, que todas as normas internacionais de proteção aos direitos humanos internalizadas gozam de status de norma fundamental. . Para que isso ocorra, se impõe, uma vez enviado o tratado assinado pelo Executivo para aprovação do Congresso Nacional, este deve ser recebido como proposta de emenda constitucional, aplicando-se o rito legislativo pertinente. Caso se rejeite tal procedimento sob o argumento de que ao agir assim, o Congresso estaria usurpando o poder de iniciativa do Executivo, nada impede que um parlamentar apresente um projeto de emenda constitucional reproduzindo os termos do tratado firmado pelo Presidente da República.

Aqui é bom deixar consignado que, quando da feitura do presente trabalho, se encontra em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional de Reforma do Poder Judiciário, aprovada na Câmara e sob apreciação do Senado da República. De referida PEC –29 de 2000, se extrai como vitoriosa proposta que acrescentou um 3º parágrafo ao artigo 5º da Carta de 1988, cuja redação é a que segue:

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

No momento que se traçam estas linhas, a proposta acima foi referendada pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, tudo indicando que a

mesma será aprovada até o final de Abril de 2004. Como decorre da leitura de referido parágrafo, tal dispositivo vem justamente ao encontro do postulado pelo professor Antonio Augusto Cançado Trindade, ao permitir a incorporação formalização dos tratados internacionais de direitos humanos como norma constitucional. A redação proposta vai ao encontro do que aqui sustentado, vez que expressamente **possibilita** a aplicação do rito previsto para a aprovação de emendas à Constituição para a incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos. Lembre-se que, por exigir o processo legislativo previsto para a alteração do texto constitucional formalidades maiores do as requeridas para a aprovação de legislação infraconstitucional, não se pode aqui entender que, uma vez aprovado, tal dispositivo obrigue a adoção de quorum qualificado para a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos. Uma interpretação nesse sentido pode acabar por se mostrar contraproducente. Deve-se sempre ter em conta a pertinência temática e a relevância da norma que se pretende incorporar à Constituição a fim de que tratados que consagrem instrumentos de proteção aos direitos humanos, mas que, via de regra, não se enquadrariam como norma de direito fundamental, deixem de ser aprovados, ou tenha sua aprovação retardada, justamente em função da adoção do procedimento mais rigoroso. Pretender consagrar qualquer tratado internacional sobre direitos humanos como norma constitucional será, como visto, uma porta para entulhar a nossa já sobrecarregada Carta Fundamental com direitos apenas formalmente fundamentais.

4.4.

O Problema da identificação das normas internacionais de direitos humanos

4.4.1.

Universalismo versus particularismos regionais.

Com efeito, atualmente a própria universalidade dos direitos humanos têm sido objeto de questionamento, uma vez que o pluralismo político, cultural e social é uma realidade inegável, se constituindo em um dos valores mais importantes da humanidade, tanto assim que é reconhecido expressamente pelo preâmbulo e pelo artigo 1º, V, da Constituição da República. O reconhecimento e

o respeito à alteridade e à diversidade humana se afiguram como essencial à própria noção de dignidade da pessoa humana. A coexistência pacífica entre diferentes grupos sociais é essencial à democracia, que nos tempos atuais tem como traços fundamentais a diferença e o dissensão.⁹⁵ Isto se justifica na medida em que é impossível estatuir um padrão único de valores, ou mesmo, um procedimento que, a partir de uma posição ou situação neutra, idealizada, possibilite alcançar decisões compartilhadas por toda uma sociedade. Esta pluralidade de culturas se repete no mundo ocidental, existindo diversas soluções aptas a lidar com tais diferenças multiculturais.⁹⁶ Resta claro que não existe uma só resposta para a questão de como lidamos com as diferentes crenças, culturas e práticas sociais encontradas no seio das sociedades modernas. As diferenças, especialmente as culturais, religiosas e de modo de vida, são inevitáveis e, muitas das vezes, irreconciliáveis, fato que deve ser enfrentado e trabalhado de modo a permitir o convívio dos diversos grupos dentro de uma mesma comunidade.⁹⁷

Mesmo em uma pós-modernidade que confere toda a ênfase ao individualismo e na rejeição dos diversos valores dos diferentes grupos sociais, o pluralismo deve preponderar. A predominância do indivíduo sobre o grupo ou vice-versa é algo impossível, eis que ao indivíduo somente é possível se destacar dentro de um determinado contexto social. Não existem indivíduos sem grupos, decorrendo a autonomia individual decorre, justamente do fato de se pertencer a um grupo do qual se é autônomo. A idéia que os indivíduos e comunidades seriam conceitos auto-excludentes, é errada, na medida que um não existe sem o outro.⁹⁸ São justamente as diferenças que existem entre os diversos grupos que permite aos membros destes grupos se identificar a partir das semelhanças internas e diferenças externas. Essa diversidade não deixa “... outra alternativa senão abdicar das respostas únicas, verdadeiras e definitivas para o problema da associação política e admitir o caráter parcial, completo e indefinido do consenso entre

⁹⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1.999, p.78.

⁹⁶ WALZER, Michael. **Da Tolerância**, São Paulo: Martins Fontes 1999, pp. 4-5.

⁹⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1.999, p.78.

⁹⁸ WALZER, Michael. **Da Tolerância**, São Paulo: Martins Fontes 1999, pp. 118-120.

indivíduos...”⁹⁹ A democracia, pois, exige a rejeição de uma cultura englobante, homogênea, apta a enfraquecer o pluralismo, quer individual, quer de grupos e associações sociais, em prol de uma unicidade cultural.¹⁰⁰

Como não poderia deixar de ser, essa multidiversidade desenvolvida dentro do seio dos modernos Estados democráticos, acaba por se expandir para o âmbito internacional. De fato, a sociedade internacional é composta por uma multiplicidade de Estados compostos por indivíduos oriundos de diferentes grupos culturais e sociais. É verdade que alguns, senão a maioria, dos Estados modernos compartilham de uma herança cultural e filosófica comum, pelo menos originariamente. Todavia, afirmar que esta herança seja comum a todos os Estados que compõem a sociedade internacional parece ser um exagero. Como aponta Cassese, entre os Estados ocidentais e, principalmente, os asiáticos, existe uma inegável divergência de valores, diferença que decorre do fato de terem as sociedades orientais se desenvolvido a partir de fundamentos filosóficos bem distintos daqueles adotados pelos ocidentais.¹⁰¹

Assim, por exemplo, enquanto que para o Ocidente a proteção dos direitos humanos significa a preservação de liberdades individuais face de um Estado potencialmente opressor, para os asiáticos, especialmente aqueles que partilham de filosofias como o budismo e o confucionismo, o Estado se organiza como o seu núcleo essencial, a família, o que gera, até em Estados democráticos como o Japão, uma estrutura de caráter patriarcal, em que líder político é percebido como uma figura paterna a quem os governados devem obediência.¹⁰² O mesmo fenômeno, em função de crenças religiosas e tradições tribais é observado nas sociedades africanas, em que o indivíduo se realiza por meio da comunidade, cabendo ao líder político, a quem todos devem obedecer, proporcionar os meios que permitam aos membros da comunidade interagir de forma a integrá-los em um todo.¹⁰³ Mesmo as culturas de Estados ocidentais intimamente ligados por

⁹⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p.87.

¹⁰⁰ WALZER, Michael. **Da Tolerância**. São Paulo: Martins Fontes 1999, pp. 118-120.

¹⁰¹ CASSESE, Antonio “Are Human Rights Truly Universal” *in* SAVIC, Obrad. (Ed.) **The Politics of Human Rights**. London:Verso, 1999, pp. 152-153.

¹⁰² CASSESE, Antonio “Are Human Rights Truly Universal” *in* SAVIC, Obrad. (Ed.) **The Politics of Human Rights**. London:Verso, 1999, pp. 152-153.

¹⁰³ CASSESE, Antonio “Are Human Rights Truly Universal” *in* SAVIC, Obrad. (Ed.) **The Politics of Human Rights**. London:Verso, 1999, p. 153-154.

conexões históricas como é o caso dos Estados Unidos da América e da Grã-Bretanha, apresentam concepções filosóficas diferentes sobre direitos humanos.

Na Grã-Bretanha o debate político é concentrado... na idéia de bem-estar social ou coletivo, desenvolvida no século XIX. Quando o debate político discute justiça (*fairness*), é geralmente sobre justiça para determinadas classes ou grupos dentro da sociedade (como os trabalhadores ou os pobres), que é um assunto de bem-estar coletivo desses grupos. O debate americano insiste que os direitos pertencem aos indivíduos ao invés de grupos, resistindo mesurar justiça em função de classes ao invés de pessoas.¹⁰⁴

A distinção acima apontada talvez possa ser justificada a partir da tese cunhada por Forsythe pela qual parte significativa das teorias ocidentais sobre direitos humanos encontra seu fundamento em uma de três possíveis bases filosóficas: o conservadorismo, o liberalismo e o comunitarismo.¹⁰⁵ Concordando em parte com esta conclusão, Gisele Cittadino, agrupa as bases da discussão sobre a filosofia constitucional contemporânea sob três grupos formados, respectivamente, pelos liberais, pelos comunitários e pelos críticos deliberativos.¹⁰⁶ Por ora, somente serão abordadas, com a brevidade que o presente trabalho exige, as proposições dos dois primeiro grupos teóricos. As teorias conservadoras, é bom que se diga, servem mais como contraponto, ou negação, dos demais argumentos filosóficos, do que propriamente como fundamentos de uma teoria dos direitos fundamentais. A concepção conservadora, especialmente na América Latina, resiste em admitir, ou melhor, em aplicar a igualdade humana como um pressuposto filosófico. Antes, concebem uma estrutura social hierarquizada, na qual uma elite governa no interesse do bem popular e, supostamente, com o intuito de preservar os direitos humanos.¹⁰⁷

Para os liberais o que importa é a liberdade e a igualdade individual atributos que configuram os meios necessários para garantir aos homens a felicidade e bem estar individual, seja porque existem princípios de direito natural que asseguram essa igualdade e essa liberdade, seja porque homens felizes são

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **A Matter Of Principle**. 9th printing. Harvard University Press: Cambridge, 2000, p.31.

¹⁰⁵ FORSYTHE, David. **Human Rights & World Politics**. 2nd edition, revised. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989, pp. 160-161.

¹⁰⁶ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1.999.

¹⁰⁷ FORSYTHE, David. **Human Rights & World Politics**. 2nd edition, revised. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989, p. 165.

úteis para uma sociedade bem estruturada.¹⁰⁸ A essas características individuais correspondem prestações negativas do Estado, qual seja a de não interferir na esfera individual de cada um, possibilitando aos integrantes da sociedade um amplo campo de ação para desenvolverem suas aptidões e potencialidades.¹⁰⁹ Ocorre que, mesmo entre os liberais existem diferenças de concepção sobre a medida de liberdade ou igualdade que deve ser reconhecida ao indivíduo. Assim, enquanto uma parte da doutrina liberal, composta primordialmente por teóricos norte-americanos, concebe a igualdade como a oportunidade para competir livremente, outra parte, de matiz européia, reconhece a igualdade como sendo o valor fundamental que deve preponderar, inclusive sobre a liberdade.¹¹⁰

Nos Estados Unidos da América, a livre competição, tanto política, quanto econômica, acabou por resultar no aumento da desigualdade social, favorecendo aqueles que iniciavam a competição a partir de uma posição socioeconômica privilegiada em detrimento daqueles que compunham grupos sociais menos favorecidos.¹¹¹ Na Europa, o direito à igualdade aparece como mais relevante, razão pela qual a restrição a certas liberdades individuais, como, por exemplo, a de escolher os nomes dos filhos, instituída com o objetivo de proteger igualmente a todas as crianças das conseqüências adversas de viver com um nome tido como socialmente inadequado ou ridículo, se apresenta como solução adequada a assegurar essa acepção de liberalismo.¹¹²

Já os comunitários, como Walzer, admitem até a possibilidade de que os direitos fundamentais sejam representados por uma linguagem universal o seu conteúdo será sempre determinado por uma interpretação local, informada pelas razões particulares de uma comunidade.¹¹³ Na verdade “... a previsão constitucional dos direitos fundamentais expressa mais a vontade e a autodeterminação da comunidade do que o reconhecimento do que os indivíduos

¹⁰⁸ FORSYTHE, David. **Human Rights & World Politics**. 2nd edition, revised. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989, pp. 165-168.

¹⁰⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1.999, pp. 149-151.

¹¹⁰ FORSYTHE, David. **Human Rights & World Politics**. 2nd edition, revised. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989, pp. 169-171.

¹¹¹ FORSYTHE, David. **Human Rights & World Politics**. 2nd edition, revised. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989, pp. 169-170.

¹¹² FORSYTHE, David. **Human Rights & World Politics**. 2nd edition, revised. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989, pp. 170-171.

¹¹³ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, pp. 160-161.

naturalmente são.”¹¹⁴ Na acepção comunitária, os direitos fundamentais asseguram “... as liberdades positivas enquanto capacidade de determinação e controle de uma existência conjunta.”¹¹⁵ Para os marxistas, que também podem ser incluídos nesta corrente filosófica, os direitos têm sua fonte nas classes sociais ou comunidades formadas pelos indivíduos, razão pela qual o direito encontra sua validade na sua função de servir ao grupo social que o instituiu.¹¹⁶ Outra vertente do comunitarismo, atribuível especialmente aos Estados em desenvolvimento, parte da idéia de que os direitos são instituídos em função e para suprir as necessidades de cada coletividade estatal.¹¹⁷ Os defensores dessa corrente doutrinária sustentam que, no mundo atual, o indivíduo tem pouca capacidade de se opor ao poderio das grandes corporações econômicas, sustentadas pelas grandes potências capitalistas, somente por meio do desenvolvimento fortalecimento do estados nacionais é que os direitos individuais poderão ser assegurados.¹¹⁸ O que se mostra relevante para o presente trabalho é o fato de que tais matizes filosóficos têm profundas raízes no pensamento filosófico ocidental e, mesmo assim, autorizam diferentes conclusões sobre o mesmo problema, qual seja a determinação e a interpretação dos direitos fundamentais.

Essas divergências de concepção do que são direitos fundamentais, especialmente aquelas apontadas por Cassese, tiveram um papel significativo durante a guerra fria, especialmente naquilo que toca à concepção de direitos humanos adotada pelos países socialistas. Para estes, uma vez que o sujeito se realiza através do Estado e da sociedade, não sendo possível a existência de qualquer direito que preexista à entidade estatal, cabe ao Estado reconhecer e conferir a proteção aos direitos humanos que entender adequada.¹¹⁹ Durante esse período, as acusações de violações aos direitos humanos partiram de ambos os lados, pois, enquanto as sociedades ocidentais acusavam os Estados socialistas de

¹¹⁴ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p. 161.

¹¹⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p. 161.

¹¹⁶ FORSYTHE, David. **Human Rights & World Politics**. 2nd edition, revised. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989, p. 174.

¹¹⁷ FORSYTHE, David. **Human Rights & World Politics**. 2nd edition, revised. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989, p. 175.

¹¹⁸ FORSYTHE, David. **Human Rights & World Politics**. 2nd edition, revised. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989, p. 175.

¹¹⁹ CASSESE, Antonio “Are Human Rights Truly Universal” *in* SAVIC, Obrad. (Ed.) **The Politics of Human Rights**. London: Verso, 1999, pp. 152 e 154.

violação aos direitos individuais, estes acusavam aqueles de violação aos direitos fundamentais sociais e econômicos.¹²⁰

O papel da sociedade internacional na proteção dos direitos humanos também era objeto de divergência, afirmando os Estados socialistas que a soberania estatal deve ser respeitada ao máximo, cabendo a sociedade internacional, tão somente, traçar parâmetros mínimos de proteção aos direitos humanos os quais serão aplicados pelos Estados nacionais, sem qualquer interferência externa.¹²¹ Para os países ocidentais o Estados devem estar abertos a inspeções e interferências externas no campo dos direitos humanos. A proteção aos direitos humanos deve ser implementada de forma integrada, mesmo porque, via de regra, são os órgãos estatais os principais responsáveis pelas violações de direitos humanos protegidas internacionalmente.¹²² Para que os cidadãos desses Estados vejam seus direitos protegidos, se impõe que todos os entes estatais se submetam à vigilância da sociedade internacional.

A instituição de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos, pois, somente foi possível a partir do momento em que os países orientais e, especialmente, os então Estados socialistas aceitaram o ponto de vista ocidental, naquilo que diz respeito à vigilância da sociedade internacional.¹²³ Para Cassese, contudo, o preço que se pagou foi a criação de um sistema de proteção internacional sujeito a tantas restrições que, muitas das vezes, parece inoperante.¹²⁴ Além disso, deve ser relevado que, mesmo após o colapso dos Estados socialistas, parte da discussão travada entre estes e os Estados ocidentais continua, passando a figurar em oposição às democracias capitalistas do norte do hemisfério, as economias subdesenvolvidas dos estados do sul e os Estados islâmicos.¹²⁵

¹²⁰ STEINER, Henry J.; Aston Philip. **International Human Rights in Context** Law, Politics, Morals. 2nd edition, Oxford: Oxford Press, 2000 p. 367.

¹²¹ CASSESE, Antonio “Are Human Rights Truly Universal” in SAVIC, Obrad. (Ed.) **The Politics of Human Rights**. London:Verso, 1999, pp. 152 e 155.

¹²² CASSESE, Antonio “Are Human Rights Truly Universal” in SAVIC, Obrad. (Ed.) **The Politics of Human Rights**. London:Verso, 1999, pp. 155.

¹²³ CASSESE, Antonio “Are Human Rights Truly Universal” in SAVIC, Obrad. (Ed.) **The Politics of Human Rights**. London:Verso, 1999, p. 155.

¹²⁴ CASSESE, Antonio “Are Human Rights Truly Universal” in SAVIC, Obrad. (Ed.) **The Politics of Human Rights**. London: Verso, 1999, p. 155-156.

¹²⁵ STEINER, Henry J.; Aston Philip. **International Human Rights in Context** Law, Politics, Morals. 2nd edition, Oxford: Oxford Press, 2000 p. 368.

Para Pannikar, o multiculturalismo, quer para o bem, quer para o mal, é uma realidade que não pode ser negada. O próprio conceito de direitos humanos universais é impregnado dos valores predominantes na cultura ocidental, o que significa que a universalidade que se atribui a esses direitos somente será real quando os valores culturais que os justificam se tornarem universais.¹²⁶ A partir do momento em que um valor somente pode existir em um dado contexto cultural, não é lícito falar em valores transculturais. Mesmo nos casos em que a tese da universalidade dos direitos humanos predomina, é bom lembrar, a concretização de muito desses direitos não se dará de modo uniforme em função das peculiaridades culturais e históricas de cada Estado.¹²⁷

No mesmo sentido, An-Na'im, defende que os padrões de direitos humanos internacionalmente estabelecidos carecem de legitimidade para operar no mundo islâmico.¹²⁸ Isso porque, por serem colônias na época, a maioria dos países africanos e asiáticos não participaram da formulação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como dos demais documentos que formam a Carta Universal dos Direitos Humanos, instrumentos que formaram os fundamentos e pressupostos filosóficos do direito internacional dos direitos humanos.¹²⁹ Esse fato, por sua vez, teria prejudicado a participação destes países na elaboração dos posteriores tratados e convenções internacionais de direitos humanos, eis que estes foram formulados a partir de muitas premissas e convicções com as quais não concordavam.¹³⁰ Os países islâmicos, por definição, são teocracias, eis que todas as ações humanas, tanto as públicas, quanto as privadas, devem seguir os preceitos do Alcorão, muito dos quais ofendem frontalmente os direitos humanos reconhecidos internacionalmente, especialmente

¹²⁶ PANNIKAR, Raimundo. "Is The Notion of Human Rights a Western Concept" in STEINER, Henry J.; Aston Philip. **International Human Rights in Context** Law, Politics, Morals. 2^d edition, Oxford: Oxford Press, 2000 pp. 385-386.

¹²⁷ STEINER, Henry J.; Aston Philip. **International Human Rights in Context** Law, Politics, Morals. 2nd edition, Oxford: Oxford Press, 2000 p. 366.

¹²⁸ AN-NA'IM, Abdullah Ahmed. "Human Rights in the Muslim World" in STEINER, Henry J.; Aston Philip. **International Human Rights in Context** Law, Politics, Morals. 2nd edition, Oxford: Oxford Press, 2000 p. 390.

¹²⁹ AN-NA'IM, Abdullah Ahmed. "Human Rights in the Muslim World" in STEINER, Henry J.; Aston Philip. **International Human Rights in Context** Law, Politics, Morals. 2nd edition, Oxford: Oxford Press, 2000 p. 390.

¹³⁰ AN-NA'IM, Abdullah Ahmed. "Human Rights in the Muslim World" in STEINER, Henry J.; Aston Philip. **International Human Rights in Context** Law, Politics, Morals. 2nd edition, Oxford: Oxford Press, 2000 p. 390.

das mulheres muçulmanas.¹³¹ Ocorre que, para An-Na'im, a mudança não é possível por meio de pressões externas, mas, apenas mediante um esforço dentro da comunidade muçulmana apto a rever interpretações ultrapassadas do livro sagrado muçulmano, que foram consolidadas há séculos, em função de uma realidade histórica e social que não mais persiste.¹³²

Walzer parece ser o que melhor descreve o fenômeno ao apontar que o conceito de moralidade apresenta um caráter dualista; é universal por que se refere àquilo que é humano, é relativo porque está inserido em um determinado contexto social.¹³³ A particularidade da moral de uma Sociedade específica se justifica pelo fato de que está é integrada por membros que compartilham de uma memória de uma vida comum.¹³⁴ A Humanidade, compreendida como a universalidade dos seres humanos, justamente por ser integrada pelos membros de todas as Sociedades, não pode reclamar uma moral universal, vez que seus integrantes não compartilham de valores ou de uma história comum, mas a de suas respectivas Sociedades.¹³⁵

Neste sentido, Kausikan ao asseverar que, apesar de ser quase impossível estabelecer um padrão comum de direitos humanos aplicável a toda a Ásia, em face da diversidade cultural, religiosa e política dos países asiáticos, uma coisa é certa, a cada vez menor aceitação de uma interpretação ocidental do que seriam direitos humanos.¹³⁶ O medo dos Estados ainda em desenvolvimento econômico é que, dado o amplo rol de interesses e relações sociais tutelados hodiernamente pelos direitos humanos, as potências capitalistas aleguem violações de direitos

¹³¹ AN-NA'IM, Abdullah Ahmed. "Human Rights in the Muslim World" in STEINER, Henry J.; Aston Philip. **International Human Rights in Context** Law, Politics, Morals. 2nd edition, Oxford: Oxford Press, 2000 pp. 391-394.

¹³² AN-NA'IM, Abdullah Ahmed. "Human Rights in the Muslim World" in STEINER, Henry J.; Aston Philip. **International Human Rights in Context** Law, Politics, Morals. 2nd edition, Oxford: Oxford Press, 2000 pp. 395-396.

¹³³ WALZER, Michael. **Thick and Thin** Moral Arguments at Home and Abroad. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1994, p.08.

¹³⁴ WALZER, Michael. **Thick and Thin** Moral Arguments at Home and Abroad. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1994, p.08.

¹³⁵ WALZER, Michael. **Thick and Thin** Moral Arguments at Home and Abroad. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1994, p.08.

¹³⁶ KAUSIKAN, Bilhari. "Asia's Different Standard", in STEINER, Henry J.; Aston Philip. **International Human Rights in Context** Law, Politics, Morals. 2nd edition, Oxford: Oxford Press, 2000 pp. 539-540.

humanos para inviabilizar a competição daqueles Estados no mercado econômico internacional.¹³⁷

Seria possível encontrar um mínimo denominador moral comum, “... regras que não sirvam a um interesse em particular, não expressem uma cultura específica e que regule o comportamento de todos de um modo universalmente correto ou vantajoso.”¹³⁸ Para Waltzer, a humanidade, única característica indubitavelmente comum dos integrantes de todas as Sociedades, ao mesmo tempo que permite o reconhecimento das diferenças individuais, possibilita identificar, em situações determinadas, valores e regras morais semelhantes, repetidas em diversas culturas e em momentos distintos da história.¹³⁹ Isso não obstante, Walzer é claro em defender o particularismo moral: “O mínimo moral é muito importante...Mas não pode servir de substituto da defesa de valores concebidos densamente.”¹⁴⁰ Por essa razão, entende Gisele Cittadino que o pluralismo, na forma proposta por Walzer, impossibilita a criação de um ponto de vista moral universal.¹⁴¹ Não fosse a identificação dos valores e direitos fundamentais de uma dada Sociedade tarefa por demais trabalhosa, ainda outro problema se apresente neste campo, qual seja o da identificação dos tratados internacionais de direitos humanos.

Caçado Trindade rejeita qualquer raciocínio que conclua pela predominância de particularidades culturais em detrimento da universalidade dos direitos humanos. Para o eminente internacionalista, a diversidade cultural das Sociedades Humanas é um fator incontestado, mas que, ao contrário do que muitos pensam, serve para reforçar a pretensão de universalidade dos direitos humanos.¹⁴² Para Caçado Trindade, existem preocupações e interesses comuns a todos os seres humanos, valores encontrados em todas as sociedades, mesmo que

¹³⁷ KAUSIKAN, Bilhari. “Asia’s Different Standard”, in STEINER, Henry J.; Aston Philip. **International Human Rights in Context** Law, Politics, Morals. 2nd edition, Oxford: Oxford Press, 2000 pp. 539-540.

¹³⁸ WALZER, Michael. **Thick and Thin** Moral Arguments at Home and Abroad. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1994, p.07.

¹³⁹ WALZER, Michael. **Thick and Thin** Moral Arguments at Home and Abroad. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1994, pp.08-10.

¹⁴⁰ WALZER, Michael. **Thick and Thin** Moral Arguments at Home and Abroad. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1994, p.17.

¹⁴¹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1.999, p.90.

¹⁴² TRINDADE, Antonio Augusto Caçado. **Tratados Internacionais dos Direitos Humanos**, 2^a edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, Vol. III, p. 305.

em algumas sejam mais relevantes do que em outras.¹⁴³ A identificação desses valores básicos, por seu turno, subsidia a conformação de um quadro de valores e interesses comuns, permitindo formular uma teoria universal dos direitos humanos.¹⁴⁴ “Assim, a busca da universalidade dos direitos humanos requer a identificação e o cultivo de suas ‘*cross-cultural foundations*’”.¹⁴⁵ Acontece, porém, que “O núcleo duro formado por direitos verdadeiramente universais, é menor do que pretende a maior parte do ocidente.”¹⁴⁶

Em parte, não se pode negar que, para uma efetiva proteção global dos direitos humanos mister sejam estes reconhecidos como tais e, por conseguinte, como merecedores de proteção por todas as nações do planeta. A solução do problema não é tão fácil como quer fazer crer o eminente internacionalista, haja vista que tal dubiedade persiste inclusive no preconizado pelo art. 5º, da Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena, de 1993:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve cuidar globalmente dos direitos humanos de uma maneira equânime, sob a mesma base e com a mesma ênfase. Ainda que o significado de particularidades e nacionais e regionais, bem como os variados aspectos culturais, religiosos e históricos devem ser levados em conta, é o dever dos Estados, independentemente de seus sistemas político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.¹⁴⁷

Essa contradição é reforçada ainda mais pelo fato de o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, parte da International Bill of Rights, admitir, em

¹⁴³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratados Internacionais dos Direitos Humanos**, 2ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, Vol. III, pp. 305-307.

¹⁴⁴ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratados Internacionais dos Direitos Humanos**, 2ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, Vol. III, p. 310.

¹⁴⁵ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratados Internacionais dos Direitos Humanos**, 2ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, Vol. III, p. 310.

¹⁴⁶ KAUSIKAN, Bilhari. “Asia’s Different Standard”, in STEINER, Henry J.; Aston Philip. **International Human Rights in Context** Law, Politics, Morals. 2nd edition, Oxford: Oxford Press, 2000 pp. 542.

¹⁴⁷ No original: “All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms.” in [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument), acessado em 24 de fevereiro de 2004.

caso de situações excepcionais, a suspensão de determinados direitos humanos, elegendo, assim, um núcleo duro de direitos humanos que jamais poderia ser violado. O artigo 4º de referido instrumento internacional preconiza que:

Artigo 4º

§1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados-partes no presente Pacto podem adotar, na estrita medida em que a situação o exigir medidas que decorrem as obrigações decorrente do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

§2. A disposição precedente não autoriza qualquer derrogação dos artigos 6º, 7º, 8º (parágrafos 1º e 2º), 11, 15, 16 e 18.¹⁴⁸

Os dispositivos a que se refere o §2º acima, é bom frisar, cuidam respectivamente da proteção ao direito à vida, a proibição de prisão por dívida decorrente de uma infração contratual, a observância do princípio da legalidade penal, a proteção à personalidade e à intimidade, e a proteção à liberdade de consciência, crença e pensamento. No entanto, enquanto o § 1º do art. 6º aparentemente abole a utilização da pena de morte, o § 2º do mesmo dispositivo dispõe:

§2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com a legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.¹⁴⁹

Os próprios dispositivos internacionais de direitos humanos dão latitude a interpretações que podem acabar por infirmar a pretensão de universalidade dos direitos humanos, se restringindo a identificar um núcleo mínimo de direitos básicos, fundamentais que devem ser respeitados sob qualquer hipótese. O problema reside justamente no peso que deve ser dado a essas particularidades regionais e peculiaridades culturais e políticas na formulação e aplicação das

¹⁴⁸http://www.direitoshumanos.usp.br/documentos/tratados/internacionais/pacto_internacional_dos_direitos_civis_e_politicos.html, acessado em 3 de janeiro de 2004.

¹⁴⁹http://www.direitoshumanos.usp.br/documentos/tratados/internacionais/pacto_internacional_dos_direitos_civis_e_politicos.html, acessado em 3 de janeiro de 2004.

normas de direitos humanos. A solução para o impasse parece se encontrar justamente na democracia, isto é na possibilidade de que os indivíduos que integram cada unidade estatal formulem as normas de proteção daqueles interesses humanos que entendem como fundamentais. Neste sentido, o art. 8º da Declaração da Conferência Mundial supra:

A democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais são interdependentes e se reforçam mutuamente. A democracia é baseada na livre expressão da vontade do povo a fim de determinar seus próprios sistemas político, econômico, social e cultural e permitir sua plena participação em todos aspectos de sua vida. Neste contexto, a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos níveis nacional e no internacional deve se dar de forma universal e conduzida de forma incondicional. A comunidade internacional deverá apoiar o fortalecimento e a promoção da democracia, do desenvolvimento e do respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais em todo o mundo.¹⁵⁰

4.4.2.

Democracia, procedimento legislativo e identificação das normas de direito fundamental

A importância do procedimento democrático para conferir legitimidade às normas de direito fundamental é argumento de sobejada importância, eis que justamente por meio do controle do Poder Legislativo do procedimento de celebração de tratados é que se faz possível verificar a compatibilidade das normas de direito internacional com os valores e princípios acolhidos pelo Estado brasileiro. Não se nega aqui a existência de, pelo menos, um conjunto mínimo de valores compartilhados universalmente por todos os seres humanos, aptos a consubstanciar uma teoria universal dos direitos humanos. A identificação de quais valores são estes depende da análise de caso a caso, a fim de saber qual a relevância daquele valor para aquela cultura determinada. Essa avaliação, feita no

¹⁵⁰ Originalmente: “Democracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms are interdependent and mutually reinforcing. Democracy is based on the freely expressed will of the people to determine their own political, economic, social and cultural systems and their full participation in all aspects of their lives. In the context of the above, the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms at the national and international levels should be universal and conducted without conditions attached. The international community should support the strengthening and promoting of democracy, development and respect for human rights and fundamental freedoms in the entire world.” *in*

caso dos direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, caberá por certo ao Judiciário que, no exercício do seu papel de guardião da Constituição, determinará o escopo da tutela conferida pela norma internacional internalizada. Esse debate, releve-se, não se restringe apenas à arena interna, mas deve prosseguir na arena internacional.

A Declaração Universal não é uma das tábuas de pedra que Moisés trouxe do alto da montanha. Ela foi redigida por mortais. Todas as normas internacionais devem desenvolver por meio de um debate constante entre os diferentes pontos de vista se quiser preservar algum tipo de consenso.¹⁵¹

É justamente na busca e identificação dos valores compartilhados que a contribuição dos críticos deliberativos, especialmente como proposta por Jürgen Habermas, se mostra relevante. Para Habermas, o pluralismo, seja cultural, social ou político decorre do fato de que a complexidade social não cessa de aumentar ao mesmo tempo em que perspectivas originariamente etnocêntricas se ampliam, o que gera uma multiplicidade de formas e projetos de vida.¹⁵² Isso significa que o estabelecimento de uma base moral comum no mundo moderno se mostra quase que impossível, vez que essa multiplicação de projetos de vida resulta, obrigatoriamente, em uma redução das experiências e valores compartilhados.¹⁵³ Essa ausência de um pano de fundo moral comum, de garantias metasociais, resulta em uma sociedade em que o processo de integração de seus membros se mostra cada vez mais laborioso. Por isso, se impõe deslocar a justificação da integração social do plano metafísico para o interior da comunidade, na própria dimensão da validade,¹⁵⁴ razão pela qual “... a integração normativa das sociedades contemporâneas possui um duplo fundamento: a força resultante de

[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument), acessado em 24 de fevereiro de 2004.

¹⁵¹ KAUSIKAN, Bilhari. “Asia’s Different Standard”, in STEINER, Henry J.; Aston Philip. **International Human Rights in Context** Law, Politics, Morals. 2^d edition, Oxford: Oxford Press, 2000 pp. 542.

¹⁵² HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1998, p. 25.

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1998, p. 25.

¹⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1998, p. 27.

um acordo racionalmente motivado e a ameaça de sanções. Em outras palavras, a ordem jurídica, simultaneamente, baseia-se na facticidade e validade.”¹⁵⁵

Todavia, a diversidade dos interesses em jogo na vida social motiva grande parte das pessoas a agir em prol de suas preferências individuais, para estes “... a norma constitui uma espécie de barreira faticamente instituída, cuja violação acarreta sanções calculáveis.”¹⁵⁶ Aqueles que preferem agir de forma a permitir a integração social, todavia, se fiam em “... um entendimento negociado da situação e interpretam os fatos relevantes à luz de reclames de validade intersubjetivamente reconhecidos.”¹⁵⁷ A fim de realizar a integração as normas devem encontrar uma forma de, ao mesmo tempo, coactar os indivíduos a agirem de um modo objetivamente desejado e criar uma força de integração social apta a impor obrigações.¹⁵⁸

Desse modo, o ordenamento jurídico se justifica, encontra sua legitimidade, no medo das sanções decorrentes da violação da norma, de um lado, e do procedimento legislativo democrático do qual as normas se originam, de outro.¹⁵⁹ As diferentes concepções e justificações morais que explicam a posição do homem no universo, providenciando o denso contexto cultural no qual o código moral prevalecente está imbricado, comuns a uma sociedade pluralista, estão subordinadas a um estado constitucional, neutro no que diz respeito às diversas visões de mundo e comprometidas a uma coexistência pacífica.

Sob o ponto de vista da moral do igual respeito por cada um e de uma consideração simétrica dos interesses de todos, as pretensões normativas passam a de relações interpessoais legitimamente reguladas passam a ser problematizadas. No horizonte de uma fundamentação pós-tradicional, o indivíduo singular forma uma consciência moral dirigida por princípios e orienta seu agir pela idéia de autodeterminação. A isso equivale, no âmbito de uma

¹⁵⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1.999, p. 171.

¹⁵⁶ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1.999, p. 172.

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachussets: MIT Press, 1998, p. 27.

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachussets: MIT Press, 1998, p. 27.

¹⁵⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1.999, p. 172.

sociedade justa, a liberdade política do direito racional, isto é, da autolegislação democrática.¹⁶⁰

Os direitos fundamentais estão intimamente ligados à forma de sua elaboração. O procedimento democrático de legislação aparece como principal forma de legitimação dos direitos humanos em uma dada sociedade, pois representam um consenso sobre os valores tidos como essenciais àquela, alcançados através da argumentação entre pessoas dotadas de autonomia política, isto é, cidadãos que, por serem os criadores de referidas normas, reconhecem em si mesmos a fonte de validade destas. Esse consenso sobre os valores a serem objeto de normatização, sob as condições de um pensamento pós-metafísico, a autocompreensão ética das espécies, ínsita às tradições e às formas de vida específicas, decorre dos argumentos aptos a legitimar as pretensões de uma moral de aceitação universal. Essa moralidade abstrata racional, característica dos sujeitos de direitos humanos se sustenta em uma anterior autocompreensão ética da espécie, compartilhada por todas as pessoas morais. A moral não mais é uma restrição externa, metafísica, mas decorre da própria auto-reflexão social. Isto somente se viabiliza por ter a identidade da pessoa fundamento na sua origem comum aos demais participantes dessa rede de inter-relacionamento, bem como as mesmas responsabilidades. Pois:

Na medida em que tradições culturais e processos de socialização tornam-se reflexivos, toma-se consciência da lógica de questões éticas e morais, embutidas na estrutura do agir orientado pelo entendimento. Sem a retaguarda de cosmovisões metafísicas ou religiosas, imunes à crítica, as orientações práticas só podem ser obtidas, em última instância, através de argumentações, isto é, através de formas de reflexão do próprio agir comunicativo.¹⁶¹

“A idéia de que o Estado pode, como um *pouvoir neutre*, pairar por cima do pluralismo que caracteriza a sociedade civil, sempre teve um fundamento ideológico.”¹⁶² Apesar das diferentes culturas porventura existentes no seio de

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen **Direito e Democracia** Entre facticidade e validade. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Vol. I p. 131.

¹⁶¹ HABERMAS, Jürgen **Direito e Democracia** Entre facticidade e validade. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Vol. I pp. 131-132.

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1998, p. 175.

uma dada sociedade, o fato de os seus componentes fazerem parte de uma mesma comunidade política permite encontrar valores compartilhados por todos, valores estes que, uma vez positivados na Constituição fundam um sistema de direitos conformador de uma base universal comum a todos.¹⁶³ Para Habermas, pois, a impossibilidade de se fundamentar a Constituição a partir valores preconcebidos, previamente escolhidos que sejam comuns a todos os integrantes de uma dada sociedade é suplantada pela possibilidade de se encontrar, por meio da adoção de procedimentos que permitam, por meio do estabelecimento de canais de comunicação intersubjetiva, a formação dos diplomas legais que veiculam as escolhas axiológica da população. O Estado constitucional deve se estruturar de forma a servir uma comunidade que se auto-organizou politicamente, de forma autônoma, a partir da reunião de sujeitos livres e iguais.¹⁶⁴

As instituições de um Estado constitucional devem assegurar um efetivo exercício da autonomia política de sujeitos socialmente autônomos...De um lado, se deve possibilitar que a ação comunicativa de uma vontade formada racionalmente emergir e encontrar força vinculante em programas políticos e jurídicos. De outro, se deve permitir que esse poder comunicativo circule por toda a sociedade por meio da aplicação razoável e da implementação administrativa de programas jurídicos, para que possa fomentar integração social por meio da estabilização das expectativas e a realização dos gols coletivos.¹⁶⁵

A soberania popular, então, decorre do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício da autoridade pública encontra sua fonte de legitimação nas leis promulgadas pelos próprios cidadãos como resultado de um procedimento de formação de opiniões e vontade estruturado discursivamente.¹⁶⁶ Na concepção da Teoria do Discurso de Habermas, é por meio dessa institucionalização de procedimentos e condições de comunicação se permite um concreto e eficiente uso da liberdade de comunicação intersubjetiva que "... exige o uso pragmático, ético e moral da razão prática ou, dependendo do caso, uma justa composição de

¹⁶³ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1.999, p. 177.

¹⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachussets: MIT Press, 1998, p. 176.

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachussets: MIT Press, 1998, p. 176.

interesses.”¹⁶⁷ A própria definição e defesa dos direitos fundamentais depende de procedimentos que permitam a participação política dos indivíduos em sua escolha. Daí, a importância da democracia para a proteção dos direitos fundamentais.

4.4.3. O problema da identificação dos tratados internacionais de direitos humanos

Nem sempre é possível identificar de pronto um tratado internacional sobre direitos humanos. Apesar de identificadas, no item 2.2.1 acima, as principais características dos tratados internacionais de direitos humanos, em especial os seus efeitos, via de regra, como visto, os tratados internacionais são assim qualificados em função de sua formalização, vigência e aplicação, observarem os preceitos contidos nas duas Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados. Estas em nenhum momento delimitam o campo temático das convenções internacionais. Em rigor, os tratados internacionais podem dispor sobre qualquer assunto. Com efeito, se não existe dúvida de que as normas de direito internacional de direitos humanos são especiais em relações aos demais postulados de direito internacional, já que, enquanto estas são editadas para regular as relações entre os Estados, aquelas buscam a promoção e a defesa do ser humano ante todos os integrantes da sociedade internacional.

Além de conferir ao ser humano a qualidade de sujeito de direitos no campo internacional, os tratados internacionais de direitos humanos têm uma pretensão de universalidade estranha aos demais atos convencionais. Acontece que é possível que um tratado que, em princípio, foi pactuado com o intuito de regular assuntos estranhos à proteção dos direitos humanos, venha a conter normas que tutelam interesses tidos como fundamentais. Nestes casos, se aceita a

¹⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1998, p. 170.

¹⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms** Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Translation by William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1998, p. 170.

tese de que os tratados internacionais de direitos humanos seriam incorporados automaticamente, surge a dúvida sobre qual o procedimento a ser adotado.

A Convenção de Viena sobre as Relações Consulares de 1963 aparece como um exemplo interessante. Do seu preâmbulo é possível estabelecer que referido tratado foi celebrado com o intuito de contribuir para o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, ao estabelecer os privilégios e imunidades consulares, haja vista que a finalidade dos privilégios e imunidades diplomáticas não é o de beneficiar indivíduos, mas, sim, a de garantir o eficaz desempenho das funções das repartições consulares, em nome de seus respectivos Estados. Parece óbvio que se trata de uma convenção destinada a normatizar o funcionamento das repartições consulares nos Estados que compõem a sociedade internacional.

No entanto, referida convenção, estatui em seu artigo 36 o que segue:

Artigo 36

Comunicação com os Nacionais do Estado que Envia

1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:

a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los;

b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente sub-parágrafo;

c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conservar e corresponder-se com ele, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença. Todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente.

2. As prerrogativas a que se refere o parágrafo 1º do presente artigo serão exercidas de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo.

Pois bem, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, expressamente consagra o direito à ampla defesa, mais especificamente no 1º parágrafo do seu artigo 11 que preconiza que “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-

se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.” Do mesmo modo, o artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, assegura em seu parágrafo 3º, que toda e qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a um rol mínimo de garantias, dentre as quais aquelas contidas nas suas alíneas “b” e “d”:

b) a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;

...

d) a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

As normas contidas no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, especialmente aquela contida na alínea “c”, de seu parágrafo primeiro, ao assegurar as pessoas presas em Estados estrangeiros acesso a sua representação consular e, mais ainda, dispendo que esta deverá, se assim instada, providenciar sua defesa perante os tribunais, serve como instrumento de concretização do direito humano à ampla defesa. Em assim sendo, nos parece lícito afirmar que a Convenção de Viena sobre as Relações Consulares, por cumprir com os requisitos formais que caracterizam um tratado internacional, bem como em função de indigitada norma, é um tratado internacional de direitos humanos. Tal conclusão deve se restringir àqueles dispositivos cujo conteúdo abarca a proteção de interesses tidos como fundamentais, fugindo a lógica, por exemplo, que seja considerado como norma de direitos humanos os preceitos do primeiro parágrafo do artigo 9º de referida convenção que reparte em quatro categorias os chefes das repartições consulares.

Releve-se, que referido tratado foi promulgado pelo Decreto nº 61.078, de 1967, em plena ditadura, talvez por que tal dispositivo tivesse passado despercebido por aqueles que então ocupavam o poder. Por isso, a adoção de critérios formais de classificação dos tratados se apresenta como a de maior aptidão a assegurar um sistema coerente, haja vista que a classificação material de um tratado é tarefa quase que impossível dado o número quase ilimitado de temas

que podem ser abordados por tais instrumentos, razão pela qual a adoção de um único procedimento de internalização de todos os tratados internacionais, aparece como a melhor solução. E, como a seguir se irá demonstrar, a incorporação de um tratado internacional de direitos humanos seguindo a formula tradicional, antes de se mostrar como um retrocesso ou atraso, é na verdade hipótese que assegura a proteção do Poder Judiciário nos casos em que a omissão do Estados em incorporar referidas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, resultar em lesão aos direitos humanos por aquelas tutelados.