

**SERGIO ROBERTO LEAL DOS SANTOS**

**OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E SUA  
INCORPORAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO  
COMO NORMAS INTRODUTORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Vitória(ES), 03 de Julho de 2001

**OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E SUA  
INCORPORAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO  
COMO NORMAS INTRODUTORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**SERGIO ROBERTO LEAL DOS SANTOS**

Dissertação apresentada à banca examinadora  
da Universidade Federal de Santa Catarina,  
como exigência parcial para a obtenção do  
título de Mestre em Direito.

**Orientador: Professor. Dr. SÉRGIO URQUHART CADEMARTORI**

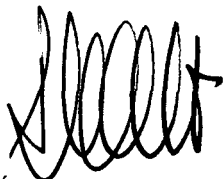
**FLORIANÓPOLIS (SC), junho de 2001**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO EM DIREITO (TURMA ESPECIAL)**

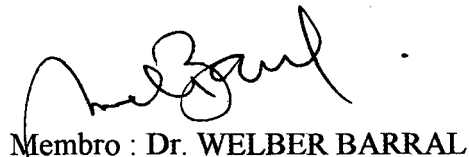
A dissertação sob o título **OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E SUA INCORPORAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO NORMAS INTRODUTORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**, elaborada pelo aluno Sergio Roberto Leal dos Santos, foi julgada adequada por todos os membros da Banca Examinadora, para a obtenção do grau de **MESTRE EM DIREITO** e aprovada, com nota 9,3, pelo Centro de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis(SC), 03 de julho de 2001.

**BANCA EXAMINADORA**



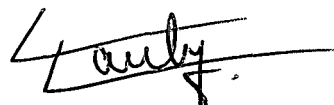
Orientador: Dr. SÉRGIO URQUHART CADEMARTORI



Membro : Dr. WELBER BARRAL



Membro : Dr. SILVIO DOBROWOLSKY



Prof. Dr. Christian Guy Caubet  
Coordenador CPGD/CCJ/UFSC

*A Deus, que me tem possibilitado a realização de pequenas e grandes coisas.*

*À Bianca, minha esposa, compreensiva e carinhosa mesmo nos momentos em que deixávamos de desfrutar de preciosos momentos juntos.*

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>CAPÍTULO PRIMEIRO: DOS DIREITOS HUMANOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	16
Seção I – Dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais.....	16
1. Considerações introdutórias.....	16
2. Direitos humanos e direitos fundamentais.....	18
3. Características dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.....	20
3.1. características comuns.....	20
3.2. características específicas dos direitos humanos.....	22
3.3. características específicas dos direitos fundamentais .....	24
4. fundamentos.....	26
4.1. o jusnaturalismo moderno como influência determinante na formação dos direitos humanos.....	26
4.1.1. definição.....	26
4.1.2. os contratualistas e o direito natural.....	29
4.2. o princípio da dignidade da pessoa humana.....	34
4.2.1. normas: regras e princípios.....	34
4.2.2. o princípio da dignidade da pessoa humana .....	36
5. Classificação dos Direitos humanos e dos Direitos fundamentais.....	38
5.1. classificação tradicional dos direitos humanos.....	38
5.1.1. direitos humanos de primeira geração.....	39
5.1.2. direitos humanos de segunda geração.....	40
5.1.3. direitos humanos de terceira geração.....	42
5.2. classificação dos direitos fundamentais.....	43
5.2.1. direitos individuais.....	43
5.2.2. direitos coletivos.....	44
5.2.3. direitos sociais.....	46
5.2.4. direitos à nacionalidade.....	47
5.2.5. direitos políticos.....	48
Seção II – Desenvolvimento Histórico dos Direitos Humanos.....	50

1. Considerações introdutórias.....	50
2. Primeiro Momento Histórico.....	50
3. Segundo momento histórico.....	51
3.1. A Magna Charta.....	51
3.2. A Transição.....	55
4. Terceiro momento histórico: a Declaração Inglesa, as Declarações Norte-americana e a Declaração Francesa.....	57
4.1. A Revolução Inglesa.....	57
4.2. A Revolução Americana.....	65
4.3. A Revolução Francesa.....	67
5. Quarto momento histórico: As Declarações Sociais.....	73
5.1. As crises do capitalismo no século XIX.....	73
5.2. A Constituição Mexicana de 1917.....	78
5.3. A Constituição da República de Weimar: 1919.....	79
6. Quinto momento histórico.....	80
7. Sexto momento histórico: A internacionalização dos direitos humanos.....	81

Seção III – O Direito Internacional dos Direitos Humanos.....82

1. Considerações introdutórias.....	82
2. Razões de seu surgimento.....	82
3. A Carta das Nações Unidas de 1945.....	88
4. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.....	91

**CAPÍTULO SEGUNDO: OS TRATADOS INTERNACIONAIS**

**DE DIREITOS HUMANOS.....96**

Seção I – Os tratados internacionais.....96

1. Considerações introdutórias.....	96
2. A ordem jurídica internacional.....	98
3. Monismo e dualismo.....	102
3.1. Introdução.....	102
3.2. Dualistas.....	102
3.3. Monistas.....	104
3.3.1. a primazia do direito interno.....	105
3.3.2. a primazia do direito internacional.....	106
3.4. os conflitos normativos.....	109
4. Os tratados internacionais.....	115
4.1. as fontes do direito internacional.....	115
5. As fontes convencionais: os tratados.....	121

5.1.	Introdução.....	121
5.2.	Conceito.....	122
5.3.	Classificação.....	123
5.4.	características formais.....	126
5.5.	elementos essenciais.....	126
6.	Os tratados internacionais e sua recepção pelo direito brasileiro.....	128
6.1.	ratificação.....	129

**Seção II – Os Tratados Internacionais de direitos humanos..... 135**

1.	Considerações Introdutórias.....	135
2.	O Sistema Internacional de Proteção aos direitos humanos.....	136
2.1.	O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.....	137
2.2.	O Pacto Internacional de Direitos econômicos, Sociais e Culturais.....	139
3.	Os Sistemas Regionais de proteção aos direitos humanos.....	140
3.1.	A Convenção Européia de Direitos Humanos.....	141
3.2.	A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos.....	142
3.3.	A Convenção Americana de Direitos Humanos.....	142
3.3.1.	A Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....	143
3.3.2.	A Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	145
4.	O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Brasileira.....	149
5.	O posicionamento do STF quanto à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro.....	152

**CAPÍTULO TERCEIRO : O ENFOQUE GARANTISTA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS..... 159**

**SEÇÃO I – Teoria Geral do Garantismo..... 159**

1.	Considerações Introdutórias.....	159
2.	A Teoria Geral do Garantismo.....	159
2.1.	O Garantismo como teoria substancialista.....	168
2.2.	A Teoria Geral do Garantismo como um sistema de poder mínimo.....	169
2.3.	A Teoria Geral do Garantismo como instrumento teórico na determinação da legitimidade estatal.....	170
2.4.	Uma nova abordagem dos institutos da validade, da vigência e da eficácia normativas.....	171
2.4.1.	Considerações preliminares.....	171
2.4.2.	Validade e eficácia segundo a dogmática jurídica tradicional.....	175
2.4.3.	A relação de validade.....	176
2.4.4.	A validade formal.....	178
2.4.5.	A abordagem garantista de validade normativa.....	183

2.5.	A vigência normativa.....	187
2.5.1.	A vigência normativa na abordagem da dogmática tradicional.....	187
2.5.2.	A abordagem garantista da vigência normativa.....	188
2.6.	A eficácia normativa.....	188
2.6.1.	A eficácia normativa na abordagem da dogmática jurídica tradicional: a eficácia e sua relação com a validade normativa.....	188
2.6.2.	A abordagem garantista de eficácia normativa .....	192
2.7.	Conclusões.....	

**SEÇÃO II – Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro sob o enfoque da Teoria Geral do Garantismo.....** 196

1.	Considerações introdutórias .....	196
2.	Considerações sobre a introdução dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro sob uma perspectiva substancialista.....	196
3.	A hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro.....	204
3.1.	Os tratados internacionais de direitos humanos e a vigência normativa.....	204
3.2.	Os tratados internacionais de direitos humanos e a eficácia normativa.....	205
3.3.	Os tratados internacionais de direitos humanos e a validade normativa.....	205

**CONSIDERAÇÕES FINAIS.....** 212

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....** 219



## INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil é signatária de diversos tratados internacionais que objetivam assegurar uma maior proteção à pessoa humana. Com isso, constata-se que o Estado brasileiro reconhece a necessidade de criação de instrumentos normativos que promovam um acréscimo ao rol dos direitos fundamentais plasmados na Carta Constitucional.

Esse movimento acompanha a tendência à universalização da proteção à pessoa humana pela comunidade internacional, como demonstra a análise do §2º do artigo 5º da Carta Constitucional Brasileira que prevê a hipótese de recepção das normas decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro.

A questão surgida com a introdução de tais normas pode ser assim traduzida: os tratados internacionais de direitos humanos, ao serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, adquirem o *status* de normas constitucionais ou devem ser considerados como leis ordinárias, sujeitas à derrogação posterior pela manifestação do Poder Legislativo?

O entendimento predominante tem sido ventilado pelo Supremo Tribunal Federal, manifestado, inicialmente, no julgamento do *Habeas Corpus* 72.131 oriundo do Rio de Janeiro. Na ocasião, a Corte Constitucional Brasileira firmou o entendimento que tem balizado a orientação jurisprudencial no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos seriam introduzidos no ordenamento normativo brasileiro no mesmo patamar das leis ordinárias.

Saliente-se, entretanto, que existem pressupostos lógicos e históricos que autorizam conclusão em sentido contrário. Isso porque a Constituição Federal de 1988 acata a tese da instrumentalidade do Estado brasileiro, que, deste modo, passou a ser reco-

nhecido como um meio para que se possa atingir um fim específico – a proteção da pessoa humana.

Assim, como será demonstrado, resta autorizada a conclusão provisória de que a Constituição Federal objetiva dar aos tratados internacionais de Direitos humanos firmados pelo Brasil um *status* diferenciado, alçando-os à categoria de normas de natureza especial, equiparadas, hierarquicamente, às normas constitucionais.

A importância da abordagem do tema mostra-se através da constatação de que o operador jurídico deve levar em consideração tal fenômeno no momento de aplicação da norma, uma vez que em se verificando que as normas decorrentes de tratados internacionais são recebidas pelo ordenamento jurídico com um *status* diferenciado, a conclusão inafastável é de que uma lei ordinária que contrarie um tratado internacional de direitos humanos deve ser tida por inválida.

Com isso, é possível uma abordagem diferenciada do fenômeno jurídico, privilegiando-se a proteção dos direitos relacionados de modo intrínseco à proteção à pessoa humana.

O presente trabalho tem o objetivo geral verificar se os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados ao ordenamento jurídico nacional com a qualidade de normas introdutoras de direitos fundamentais.

Como objetivos específicos, o trabalho visa analisar o desenvolvimento teórico dos direitos humanos, com ênfase no processo histórico de sua formação; analisar os tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, analisar os tratados internacionais de direitos humanos, em face do direito brasileiro, sob o prisma da Teoria Geral do Garantismo.

Assim, no primeiro capítulo analisar-se-á o desenvolvimento histórico e teórico tanto dos direitos humanos quanto e dos direitos fundamentais. Para isso, será o capítulo dividido em três seções distintas.

Na primeira seção será exposta a teoria geral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, onde será estabelecida a diferença entre os institutos jurídicos, suas características gerais e específicas.

Serão ainda abordados como fundamentos dos aludidos direitos, o jusnaturalismo, especialmente em sua vertente contratualista e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Serão utilizadas, na análise dos princípios constitucionais, as obras de Joaquim José Gomes Canotilho e de Fernando Pereira dos Santos, que, com base nas lições de Robert Alexy, traçam uma teoria geral dos princípios constitucionais, atribuindo ênfase à dignidade da pessoa humana.

Na Segunda seção do primeiro capítulo será analisado o desenvolvimento histórico dos direitos humanos, estabelecendo-se sua divisão em seis momentos, conforme a classificação proposta por Guilherme Braga Peña de Moraes.

Na terceira seção do primeiro capítulo abordar-se-á a formação do direito internacional dos direitos humanos, como uma introdução ao segundo capítulo, enfocando-se a formação dos vários sistemas de proteção aos direitos estabelecidos pela comunidade internacional.

O segundo capítulo, por seu turno, trata dos tratados internacionais de direitos humanos e está dividido em duas seções distintas.

A primeira seção refere-se à teoria geral dos tratados internacionais, abordando a ordem jurídica internacional, o monismo e o dualismo jurídicos e finalmente, as fontes convencionais do direito internacional.

A segunda seção do segundo capítulo trata especificamente dos tratados internacionais de direitos humanos, tomando-se como base o disposto no §2º do artigo 5º da Constituição Brasileira, bem como uma análise do sistema internacional de direitos humanos e dos sistemas regionais de proteção, com ênfase no Pacto de San José da Costa Rica.

Finalmente, o terceiro capítulo trata da Teoria Geral do Garantismo, proposta por Luigi Ferrajoli, que é utilizada instrumento teórico para uma nova abordagem do fenômeno jurídico, com fundamento na proteção da pessoa humana.

Na primeira seção do terceiro capítulo, promove-se uma exposição sobre a Teoria Geral do Garantismo, consolidando-se as razões apontadas por Luigi Ferrajoli como causas determinantes da crise do Estado e que rendem ensejo à necessidade de uma nova abordagem do fenômeno jurídico.

Em uma Segunda seção, promove-se a análise da introdução dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito brasileiro, sob o ponto de vista da Teoria Geral do Garantismo.

Desta forma, com o presente trabalho objetiva-se demonstrar que é possível a abordagem dos direitos fundamentais visando uma aplicação mais concreta, especialmente em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, que vêm sendo entendidos como instrumentos normativos revestidos de um papel meramente retórico.

# CAPÍTULO I DOS DIREITOS HUMANOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## SEÇÃO I DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Um dos temas mais importantes do direito moderno, mas que nem sempre tem sido objeto de uma reflexão mais aprofundada, refere-se ao reconhecimento e a efetivação de direitos especiais, intrinsecamente vinculados à dignidade da pessoa humana e que estabelecem limitações objetivas à ação do Estado, ou que, em sentido inverso, determinam atuações estatais específicas. Tais direitos são conhecidos, em seu gênero, sob a denominação de direitos humanos.

De origem histórica, os direitos humanos surgiram em decorrência de profundas transformações ocorridas, inicialmente na Europa e nos Estados Unidos, a partir do final do século XVII. Contudo, como manifestações culturais, tais direitos estão sujeitos a variações no tempo e no espaço, não podendo ser entendidos como cristalizados, insusceptíveis de transformações., como ressalta Bobbio<sup>1</sup> que entende que tais direitos nascem

*“...quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem dominar a natureza e os outros homens - ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para suas indigências ...”*

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p.06.

Desta forma, os direitos humanos devem ser entendidos como fenômenos<sup>2</sup> inseridos em um processo em constante mutação, sofrendo novos e constantes acréscimos, determinados pelo caminhar da humanidade, como demonstra o autor italiano<sup>3</sup>:

*“... os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes do poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacré et inviolable, foram submetidas a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que nem as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinava civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.”*

Não se pode deixar de salientar, no entanto, que conceituar cultura mostra-se uma atividade difícil, posto que o conceito, além de mostrar-se vago<sup>4</sup>, é utilizado em “*várias áreas do saber humano*”<sup>5</sup> com sentido diverso.

<sup>2</sup> “Fenômeno não são apenas as coisas materiais que percebemos, imaginamos ou lembramos cotidianamente, porque são parte de nossa vida. Também não são, como supunha Kant, apenas coisas naturais, estudadas pelas ciências da natureza (física, química, biologia, astronomia, geologia, etc). Fenômeno são também coisas puramente ideais ou idealidades, isto é, coisas que existem apenas no pensamento, como os entes estudados pela matemática (figuras geométricas, números, operações algébricas, conceitos como igualdade, diferença, identidade, etc) e pela lógica (como os conceitos de universalidade, particularidade, individualidade, necessidade, contradição, etc.).

Além das coisas materiais, naturais e ideais, também são fenômenos as coisas criadas pela ação e pela prática humanas (técnicas, artes, instituições sociais e políticas, crenças religiosas, valores morais, etc.). em outras palavras, os resultados da vida e da ação humanas – aquilo que chamamos de Cultura – são fenômenos, isto é, significações ou essências que aparecem à consciência e que são constituídas pela própria consciência”. CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. p.238.

<sup>3</sup> BOBBIO, N., *op.cit.*, p.18.

<sup>4</sup> DEMO, Pedro. *Sociologia: Uma introdução crítica*. p.60.

<sup>5</sup> LAKATOS, Eva Maria. *Sociologia geral*. p.127.

A dificuldade de sua delimitação pode ser demonstrada pelo fato de que o conceito vem sendo trabalhado desde o final do século XIX por vários estudiosos, abordando-se aspectos diversos do fenômeno.

Entretanto, no presente trabalho a abordagem do conceito cultural será realizada em seu sentido antropológico<sup>6</sup>, considerando-se, de modo especial, o entendimento manifestado por Ralph Linton, citado por Lakatos<sup>7</sup>:

[a cultura] “*consiste na soma total de idéias, reações emocionais condicionadas a padrões de comportamento habitual que seus membros adquiriram por meio da instrução ou imitação e de que todos, em maior ou menor grau, participam.*”

## 2. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muito freqüentemente as expressões direitos fundamentais e direitos humanos são utilizadas de modo indistinto<sup>8</sup>.

Contudo, os institutos não podem ser confundidos, tendo em vista as diferenças existentes no grau de concretização positiva entre os mesmos.

---

<sup>6</sup>“Para os antropólogos, a cultura tem significado amplo: engloba os modos comuns e aprendidos da vida, transmitidos pelos indivíduos e grupos, em sociedade.” LAKATOS, E.M. *op.cit.* p. 128.

<sup>7</sup> LAKATOS, E.M. *idem ibidem*.

<sup>8</sup>“A primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais serem usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo, porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência, aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p.514.

Contudo, mesmo que se considere os institutos como diversos, não se pode concluir que exista uma hierarquia entre os direitos humanos e os direitos fundamentais<sup>9</sup>.

O posicionamento doutrinário mais corrente é aquele que estabelece uma distinção efetiva entre os institutos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais com base no grau de concretização, como aponta Moraes<sup>10</sup>:

*“O posicionamento doutrinário majoritário, baseia a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos no grau de concretização positiva destas categorias, de modo que os direitos humanos não seriam dotados de delimitação espacial ou temporal, enquanto que os direitos fundamentais corresponderiam a um conceito preciso e estrito.”*

O surgimento e desenvolvimento da teoria dos direitos humanos estão relacionados à teoria jusnaturalista moderna<sup>11</sup>, que reconhece a existência de direitos inerentes ao homem, mesmo no Estado pré-associativo. Desta forma, autoriza-se a conclusão de que os limites impostos ao ente político são inerentes ao próprio indivíduo, não podendo as fronteiras traçadas serem violadas nem pelo Estado, nem por particulares.

Ao lado da expressão direitos humanos encontra-se a locução direitos fundamentais<sup>12</sup>, inicialmente empregada pelos franceses e posteriormente levada à Alemanha.

<sup>9</sup> VAN BOVEM, Theodor C. *Os critérios de distinção dos direitos do homem*. in VASAK, Karel. *As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem: Manual destinado ao ensino dos direitos dos homens nas universidades*. p.60.

<sup>10</sup> MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*. p.140.

<sup>11</sup> HERKENHOFF, João Batista. *Curso de Direitos Humanos. Volume I: Gênese dos Direitos Humanos*. p.30, posiciona-se de modo contrário à universalidade de tais direitos, mas estabelece um vínculo importantíssimo para a compreensão do fenômeno: o fato de os direitos humanos serem estabelecidos como exigências com o objetivo de assegurar a dignidade da pessoa humana.

<sup>12</sup> “Segundo José Afonso da Silva e Gregório Peces-Barba Martínez, baseados na filosofia humanista de signo democrático, as normas que imprimem existência aos direitos fundamentais são disposições positivas constitucionais, e, portanto, os direitos aludidos são direitos constitucionais, na medida em que estão inseridos no corpo dos textos constitucionais, sendo originários e baseados na soberania popular. Neste sentido, o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, é claro, ao estabelecer que ‘A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes, não tem constituição’” MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos Direitos Humanos Fundamentais: Contribuição para uma teoria*. p.128.



na<sup>13</sup>. Estes direitos são caracterizados por um maior grau de concretude em relação àqueles, uma vez que são acolhidos explicitamente pelo ordenamento jurídico estatal.

Os direitos fundamentais são concebidos como “*prerrogativas conferidas ao indivíduo, pelo constituinte, em face do Estado e da sociedade*”<sup>14</sup>, sendo considerados essenciais para que se possa promover um mínimo de dignidade à pessoa humana. Sua característica mais marcante é o fato de estarem plasmados no texto constitucional, e por esta razão, recebem uma proteção mais concreta por parte do ordenamento jurídico.

Apesar de claras as distinções entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, pode-se reconhecer a existência de um liame entre os institutos, como se pode ver da lição de Coelho<sup>15</sup>:

*“Essa distinção conceitual não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais.”*

### **3. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

#### **3.1 – CARACTERÍSTICAS COMUNS**

##### **a) inalienabilidade**

---

<sup>13</sup> MORAES, G. B. P. de. *idem*, p.139.

<sup>14</sup> MORAES, G. B. P. de. *idem ibidem*.

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. p.125.

pelo seu caráter de inalienabilidade, os direitos humanos e os direitos fundamentais não podem ser objeto de disposição em virtude de declaração de vontade de seu titular.

Branco<sup>16</sup> assim se manifesta quanto a inalienabilidade:

*“Inalienável é um direito ou uma coisa em relação aos quais estão excluídos quaisquer atos de disposição, quer jurídica – renúncia, compra e venda, doação - , quer material – destruição material do bem. Isto significa que um direito inalienável não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente.*

*Exemplificando, se o direito à integridade física é inalienável, o indivíduo não pode vender uma parte de seu corpo ou uma função vital, nem tampouco se mutilar voluntariamente.”*

#### b) historicidade

Os direitos fundamentais e os direitos humanos somente podem ser entendidos quando relacionados de um modo específico a critérios espaço-temporais. Deste modo, *“...somente fazem sentido em um determinado contexto histórico.”*<sup>17</sup>

De outro modo não poderia ser concebido, posto que, como fruto da relação dialética existente entre governantes e governados, tais direitos nascem quando podem nascer, ou seja, quando o desenvolvimento de uma dada sociedade engendra condições ideológicas e materiais que possibilitem o seu surgimento<sup>18</sup>.

---

16 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2000. p.123.

17 MENDES, G.F, COELHO, I, BRANCO. *op. cit.*, p. 121.

18 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p.06.

Aliado ao conceito de historicidade, a doutrina, especialmente a alienígena, vem talhando uma nova característica dos direitos fundamentais e dos direitos humanos: a cláusula proibitiva de retrocesso<sup>19</sup>, mencionado por Branco<sup>20</sup>, da forma seguinte:

*“aspecto polêmico referido à vinculação do legislador aos direitos fundamentais diz com a chamada proibição de retrocesso. Quem admite tal vedação, sustenta que, no que pertine a direitos fundamentais que dependem do desenvolvimento legislativo para se concretizarem, uma vez obtido um certo grau de sua realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas”*.

### **3.2 - CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DOS DIREITOS HUMANOS**

#### **a) inerência**

Pela inerência, concebe-se que os indivíduos são titulares dos direitos humanos e dos direitos fundamentais desde o momento em que se caracterizam como representantes do gênero humano, como se pode ver da lição de Weiss<sup>21</sup>:

*“A noção de que os direitos humanos são inerentes a cada pessoa, pelo simples fato de existir, decorre do fundamento jusnaturalista racional adotado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim é que o ‘Preâmbulo’ da Declaração Universal dos Direitos Humanos, logo no primeiro parágrafo, reconhece que a ‘dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.’”*

#### **b) universalidade**

---

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. p. 542.

20 MENDES, G.F., COELHO, I.M., BRANCO, P.G., op. cit., p.127.

21 WEISS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. p. 109.

Entende-se que os direitos humanos são universais, por fazerem referência a todos os seres humanos<sup>22</sup>, a despeito de seu credo religioso, sua raça grupo ou posição social, como ressalta Weiss<sup>23</sup>:

*“A concepção universal dos direitos humanos decorre da idéia de inerência, a significar que estes direitos pertencem a todos os membros da espécie humana, sem qualquer distinção fundada em atributos inerentes aos seres humanos ou na posição social que ocupam.”*

### c) indivisibilidade

A característica atribuída aos direitos humanos de serem eles indivisíveis determina que os Estados somente possam aceitá-los em conjunto, evitando-se, desta forma, a sua observância parcial, o que acabaria por distorcer a noção geral de direitos humanos<sup>24</sup>.

Sobre a indivisibilidade, manifesta-se Piovesan<sup>25</sup> da forma seguinte:

*“... apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade. Vale dizer, sem a efetividade dos direito econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação.”*

---

22 O artigo Iº da Declaração Universal dos Direitos humanos estabelece que “Todos os homens nascem livre e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns com os outros com espírito de fraternidade.”

23 WEISS. C. *op. cit.* p. 112.

24 “As expressões ‘interdependência’ e ‘indivisibilidade’ têm sido empregadas reiteradamente por documentos internacionais e escritos sobre direitos humanos tais como se fossem sinônimas, o que se explica pelo desejo de limitar a possibilidade de os Estados construírem interpretações restritivas dos direitos enunciados, alegando o cumprimento parcial das normas internacionais sobre a matéria.” Weiss, C. *op. cit.* p. 117.

25 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. p. 29.

#### d) interdependência

A interdependência está intrinsecamente vinculada ao princípio anterior, posto que estabelece que os direitos humanos fazem parte de um corpo sólido, onde os aludidos direitos encontram-se interrelacionados. Diante desse axioma, não se pode conceber a existência de separação de alguns direitos do conjunto.

#### e) transnacionalidade

A transnacionalidade encontra-se relacionada ao movimento de globalização que se intensificou após a II Guerra Mundial, sendo característica determinante da globalização da proteção aos direitos humanos.

Essa característica relaciona-se de modo intrínseco com a observância da necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana, a despeito de sua nacionalidade<sup>26</sup>.

### 3.3. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### a) constitucionalização

Os direitos fundamentais estão dispostos no corpo da própria Carta Constitucional, assegurando o seu *status* de normas localizadas no topo da pirâmide normativa, insusceptíveis de serem alteradas por vontade do legislador ordinário<sup>27</sup>, conforme ensina Branco<sup>28</sup>:

---

<sup>26</sup> “A relação entre cidadania e nacionalidade configura um campo de confronto entre o pensamento conservador e o pensamento progressista. Para os conservadores, a cidadania se restringe ao conceito de nação, isto é, somente são cidadãos os nacionais de um determinado país. A cidadania é vista como relação de filiação, de sangue, entre os membros de uma nação. Essa visão nacionalista exclui os imigrantes e estrangeiros residentes no país dos benefícios da cidadania.” VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. p. 31.

<sup>27</sup> “Já a locução direitos fundamentais é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica con-

*“Uma característica associada aos direitos fundamentais diz com o fato de estarem consagrados em preceitos de ordem jurídica. esta característica serve de traço divisor entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos.”*

A sua integração ao sistema normativo brasileiro, dá-se de forma que os direitos fundamentais gozam do *status* de normas hierarquicamente superiores, relativamente às leis ordinárias. Por serem hierarquicamente superiores às leis ordinárias não podem ser afetadas pela ação do legislador infraconstitucional.

#### b) não taxatividade

O sistema de direitos fundamentais é aberto, não comportando uma tipicidade fechada<sup>29</sup>. Decerto, tais direitos encontram-se inseridos em um sistema aberto, de forma que o rol constitucionalmente estabelecido não pode ser tomado por exaustivo.

Diante desse fenômeno, a doutrina concretiza o entendimento de que o catálogo dos direitos fundamentais previstos em uma dada constituição, mesmo que extenso, não consegue comportar toda a sua dimensão, como assevera Branco<sup>30</sup>:

*“O art. 5º, §2º, da Lei Maior, estabelece que ‘os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.’ Essa nor-*

---

*creta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo – pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.*

*Essa distinção conceitual não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais direitos humanos proclamados em diplomas e declarações internacionais.”* BRANCO, P.G, in MENDES, G.F., COELHO, I.M., BRANCO, P.G., *op. cit.*, p.125.

<sup>28</sup> *Idem.* p. 125.

<sup>29</sup> CANOTILHO, J.J.G. *op. cit.* p. 542.

<sup>30</sup> MENDES, G. F., COELHO, I. M., BRANCO, P. G. G. *op.cit.* p.160.

*ma vem animando a doutrina a aludir a direitos fundamentais expressos, direitos fundamentais implícitos e direitos decorrentes do regime e de tratados internacionais.*

*O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. Essa interpretação é sancionada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade envolvendo a criação do IPMF, afirmou que o princípio da anterioridade (art. 150, III, b, da CF) constitui um direito ou garantia individual fundamental."*

Desta forma, tais direitos não se encontram plasmados de forma absolutamente taxativa no bojo do texto constitucional, eis que a própria ordem estabelecida pela Constituição permite uma flexibilização, possibilitando adições.

#### **4. FUNDAMENTOS**

##### **4.1. O JUSNATURALISMO MODERNO COMO INFLUÊNCIA DETERMINANTE NA FORMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A origem dos direitos humanos, bem como dos direitos fundamentais, está intrinsecamente relacionado ao desenvolvimento à doutrina do direito natural, ainda que não se possa afirmar que essa abordagem do fenômeno jurídico seja sua determinante única e imediata.

##### **4.1.1. DEFINIÇÃO**

Desde as mais antigas representações do direito, encontra-se presente, ainda que de forma assistemática, a doutrina jusnaturalista que estabelece que a essência do fenômeno jurídico deve ser extraída da natureza das coisas, da vontade divina ou da razão humana.

Apesar de o juspositivismo haver ensaiado seus primeiros passos na Europa Ocidental a partir do século XIII<sup>31</sup>, ele somente veio a ganhar força no decorrer do século XIX, devido, principalmente, ao surgimento do Código Napoleônico. Até então, o jusnaturalismo tinha prevalência sobre qualquer outra doutrina de aferição da validade normativa<sup>32</sup>.

Assim, iniciou-se um movimento de preponderância do direito positivado, entendido como o direito estabelecido pelo Estado, devendo sua validade ser cotejada de acordo com padrões normativos estabelecidos no corpo do próprio ordenamento jurídico estatal. De acordo com essa nova abordagem do fenômeno jurídico não existiria outro direito senão aquele estabelecido pela instituição política.

A doutrina jusnaturalista concebia a existência não de um, mas de dois ordenamentos normativos que coexistiam e relacionavam-se de modo complementar. O primeiro desses ordenamentos era estabelecido pelo detentor do poder político, sendo portanto fundado. O outro estabelece critérios universais e imutáveis para a aferição da validade normativa, determinado por critérios externos ao ordenamento normativo, tais como a natureza das coisas, a vontade divina ou a razão humana.

A ordem normativa natural fundava-se em critérios supostamente universais que eram tidos por absolutos e não variáveis. Diante dessas características a conclusão autorizada era de que o direito natural seria superior e anterior ao direito estatal<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> GALVES, Carlos Nicolau. *Manual de Filosofia do Direito*. p.214.

<sup>32</sup> “Desde o seu alvorejar até princípios do século XIX, pode dizer-se que toda a filosofia do Direito foi a Doutrina do Direito Natural. Esta designação abrange, certamente, manifestações de mais variada índole. O Direito natural da antiguidade, por exemplo, girava em torno da antítese: natureza-normatividade: o da Idade Média, em torno da antítese: direito divino-direito humano; o dos tempos modernos, em torno da antítese: direito positivo-razão individual. Ora vemos, na história, o Direito natural ao serviço do direito positivo, para o fortalecer, ora inversamente, o vemos ser um auxiliar na luta contra o direito positivo para o reformar.” RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6ª ed. Coimbra: Arménio Machado, 1997, p.25 et seq. Apud. GOMES, Alexandre Travessoni. *O Fundamento de validade do Direito: Kant e Kelsen*. p.17.

<sup>33</sup> Como defende VIEIRA, L., *op. cit.*, p. 17: “O Direito Natural seria superior ao Direito Positivo; enquanto este último se caracterizaria pelo particularismo de sua localização no espaço e no tempo, o primeiro constituiria um padrão geral com validade universal.”



Diante desse fenômeno, constata-se que a norma, para que pudesse ser considerada válida, deveria ser cotejada com elementos externos ao ordenamento jurídico estatal. Deste modo, uma norma posta pelo Estado, mas que não estivesse em conformidade com o direito natural, deveria ser considerada inválida.

O jusnaturalismo é dividido por Bobbio em jusnaturalismo clássico e jusnaturalismo moderno. Este, por sua vez, é influenciado pelo humanismo renascentista e está contaminado por uma abordagem antropocêntrica do fenômeno jurídico, o que estabelece uma relação antitética com o modelo jusnaturalista anterior, segundo o qual o direito era extraído da natureza própria dos seres humanos, ou da vontade divina, estabelecadora de padrões normativos eternos e universais.

Não se pode olvidar a profunda distinção entre o jusnaturalismo antigo e o moderno, na distribuição de direitos e deveres, já que o modelo anterior enfatizava o caráter imperativo do direito, calcado na valorização dos deveres, ao contrário do direito natural moderno que passou a dar maior ênfase ao caráter atributivo do direito, ao prever a possibilidade de que o indivíduo passasse a ocupar o pólo ativo da relação jurídica estabelecida em face do Estado<sup>34</sup>.

Além desse antropocentrismo marcante, constata-se que o jusnaturalismo moderno manifesta-se em uma faceta profundamente individualista, fato que estabelece uma relação antitética com a concepção orgânica do fenômeno social, segundo a qual cada homem haveria de cumprir o seu papel no grupamento humano, pois somente desta forma seria possível a existência do indivíduo.

Com o individualismo concebe-se a existência do homem, considerado em estado de isolamento relativamente ao grupo social no qual haveria de estar inserido, de modo que se vislumbra a existência do indivíduo em um estado pré-associativo, no qual já

---

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. p.487.

dispunha de direitos que não haviam sido estabelecidos pelo poder político. Mais do que isso, o indivíduo já se revestia da condição de sujeito de direitos em face do ente estatal.

Essa inovação do modo de conceber as relações sociais representou uma brusca inversão da relação entre o indivíduo e o ente estatal. Isso porque o Estado passou a ser entendido como um ente artificial, cuja existência decorria da vontade humana e não da natureza intrínseca das coisas.

Essa nova abordagem do fenômeno estatal possibilitou o entendimento de que o Estado deveria ocupar um lugar de submissão em relação ao seu criador. Esse foi, definitivamente, um passo importante no sentido de estabelecer limites claros e objetivos à ação do ente político.

Tendo em vista tais considerações, pode-se assertar que a consequência mais importante do individualismo é que o homem passou a ser, na verdade, o criador do Estado, por ser anterior a ele<sup>35</sup>. A consequência imaginável é a de que o indivíduo adquire um valor superior ao do ente estatal.

Essa concepção do fenômeno da gênese do Estado moderno somente foi possibilitada em virtude do advento de uma concepção revolucionária que transformou profundamente o entendimento da concepção do fenômeno político: o contratualismo.

#### **4.1.2. OS CONTRATUALISTAS E O DIREITO NATURAL**

A teoria dos direitos humanos está intrinsecamente relacionada ao advento do contratualismo, que, segundo Bobbio, teve como um dos principais colaboradores o inglês Thomas Hobbes.

---

<sup>35</sup> “O Estado manifesta-se, pois, como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem, consoante as doutrinas do contratualismo social.” BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. p.41.

A importância do trabalho de Hobbes destaca-se pelo fato de que o pensador inglês rompe com o modelo jusnaturalista teológico medieval, fundado na distinção entre Lei Eterna, Lei Natural, Lei Positiva e Lei Humana<sup>36</sup>, exposta por São Tomás de Aquino.

O contratualismo moderno, ao romper com a tradição da escolástica medieval determina o surgimento de um modelo calcado no individualismo antropocêntrico, característica que se mostra comum a todos os pensadores políticos, de Hobbes a Hegel.

Constata-se que a pedra de toque da doutrina contratualista é a concepção da existência de uma situação pré-estatal, denominada estado de natureza, um antecedente lógico necessário à construção das teorias modernas sobre a origem do poder político.

Quanto a este Estado de natureza, os escritos sobre filosofia política concebem a existência de uma série de variáveis, posto que alguns autores, como Hobbes, entendem o estado de natureza como uma situação de permanente belicosidade. Outros, como Locke, concebem o estado pré-associativo marcado pela paz, ainda que exposto à insegurança, em face da inexistência de um critério objetivo que determine a aplicação da lei da natureza.

Entretanto, os pensadores concordavam em um ponto importantíssimo: no estado pré-associativo os indivíduos já gozavam de direitos, que por sua vez não haviam sido instituídos pelo Estado.

Independentemente da idéia que se tenha acerca do estado de natureza: seja ele pacífico ou marcado por escaramuças brutais, uma concepção meramente lógica ou um fato histórico, deve-se conceber que os indivíduos eram titulares de direitos que lhe eram inerentes por sua própria condição de representantes do gênero humano.

---

<sup>36</sup> GALVES, C. N., *op. cit.*, p. 126.

Constata-se, desta forma, que o estado de natureza preconizado pelos contratualistas era formado por *indivíduos*, marcados pela igualdade.

Partindo da concepção da existência de um momento pré-associativo marcado pela imperfeição, os indivíduos estabelecem a necessidade da formação de um grupo organizado com o objetivo de sanear os problemas existentes no estado de natureza<sup>37</sup>.

Na transposição do estado de natureza para a sociedade civil os contratualistas concebiam o surgimento de um fenômeno denominado convenção ou contrato. Através deste, os indivíduos ajustavam as regras que iriam determinar o nascimento do estado associativo.

Esse modelo lógico de concepção da sociedade politicamente organizada mostrou-se absolutamente inovador para a época, pois possibilitou uma conclusão igualmente revolucionária – a sociedade civil passou a ser concebida como um ente artificialmente engendrado pela vontade humana. Desta forma, afastou-se o entendimento do Estado como uma instituição decorrente da ordem natural das coisas.

---

<sup>37</sup> A relação entre o contratualismo e o direito natural, bem como o rompimento da concepção aristotélica é muito bem demonstrada por BOBBIO, N. *Liberalismo e Democracia*, p.15: "A afirmação dos direitos naturais e a teoria do contrato social ou contratualismo, estão estreitamente ligados. A idéia de que o exercício do direito positivo poder político apenas é legítimo se fundado sobre o consenso daqueles sobre os quais deve ser exercido (também esta é uma tese lockeana), e, portanto sobre um acordo entre aqueles que decidem submeter-se a um poder superior e com aqueles a quem esse poder é confiado, é uma idéia que deriva da pressuposição de que os indivíduos têm direitos que não dependem da instituição de um soberano e que a instituição do soberano tem a principal função de permitir máxima explicitação desses direitos compatível com a segurança social. O que une a doutrina dos direitos do homem e o contratualismo é a comum concepção individualista da sociedade, a concepção segundo a qual primeiro existe o indivíduo singular com seus interesses e com suas carências, que tomam a forma de direitos em virtude da assunção de uma hipotética lei da natureza, e depois a sociedade, e não vice-versa como sustenta o organicismo em todas as suas formas, segundo o qual a sociedade é anterior aos indivíduos, ou, conforme a fórmula aristotélica destinada a ter êxito ao longo dos séculos, o todo é anterior às partes. O contratualismo moderno representa uma verdadeira reviravolta na história do pensamento político dominado pelo organicismo na medida em que, subvertendo as relações entre indivíduo e sociedade, faz da sociedade não mais um fato natural, a existir independentemente da vontade dos indivíduos, mas um corpo artificial, criado pelos indivíduos à sua imagem e semelhança e para a satisfação de seus interesses e carências e o mais amplo exercício de seus direitos."

Observe-se que a partir do advento do contratualismo, identificou-se o grupamento social organizado através da utilização da locução *associação política*. A idéia de associação pressupõe a de uma formação social decorrente da manifestação da vontade humana, de modo que a sociedade civil assim desenvolvida passou a ter por fundamento básico o consenso dos indivíduos que a compõem.

Assim, o modelo contratualista estabeleceu um profundo e irreversível rompimento com o modelo Aristotélico anteriormente em voga, pelo que se concebia que a família haveria de ser o núcleo constituinte da instituição política. Com o desenvolvimento histórico desse núcleo familiar, essa instituição alcançaria o *status* de ente político, dando origem ao Estado. Desta forma, entendia-se que o poder político haveria de ser exercido nos mesmos moldes da autoridade paterna.

As conseqüências da aceitação do modelo Aristotélico levaram à conclusão de que o Estado deveria ser concebido como uma instituição natural, de modo que o soberano faria as vezes de um pai que tem o dever de conduzir as ações de seus filhos que ainda não haviam alcançado a idade da razão<sup>38</sup>. Com isso, houve a legitimação de uma relação de subordinação, marcada pela ascendência e pela submissão.

Ao mesmo tempo em que o modelo justificava a existência de uma relação natural de submissão, estabelecia uma relação de anterioridade do grupo em relação ao indivíduo. Isso porque este, ao nascer, já se encontrava inserido no seio de uma associação familiar, onde prevaleciam relações profundamente marcadas por uma estratificação hierarquizada.

Esse entendimento autorizava a conclusão de que os homens não nasceriam nem livres, nem iguais, mas natural e inexoravelmente inseridos em um contexto caracterizado pela inexistência de igualdade e de liberdade.

---

<sup>38</sup> BOBBIO, N. *A era dos direitos*, p.117.

O rompimento com o modelo Aristotélico está diretamente ligado à moderna doutrina jusnaturalista que previa uma mudança paradigmática da concepção do fenômeno estatal, uma vez que este deixava de ser o resultado do desenvolvimento natural da sociedade, para ser criado pela vontade humana, através do pacto associativo.

Desta forma, o jusnaturalismo, em sua faceta contratualista, determinou que a formação do Estado somente se mostrava possível diante da existência do consenso dos governados.

Contudo, não se pode olvidar que para que se possa firmar o pacto associativo, era necessário o entendimento de que, no estado de natureza, o indivíduo já revestia a qualidade de titular de direitos. Estes eram-lhe atribuídos pela mera condição de representante do gênero humano.

De outro modo não se poderia conceber a formação da sociedade civil, nem a transmissão de direitos ao ente estatal formado, pois só quem possui um direito pode dispor do mesmo.

Com base nessas idéias, observa-se que as Declarações concebidas a partir do século XVII, continham elementos que evidenciavam a aceitação da doutrina dos direitos naturais como elemento determinante<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Declaração Americana de 4 de Julho de 1776:

*“Quando, no decurso da história humana, torna-se necessário a um povo romper os laços que o vincularam a outro, bem como assumir, entre as potências mundiais, a posição separada e igual a que o habilitam as leis da natureza e do Deus da natureza, o respeito devido às opiniões da humanidade obriga-o a declarar as causas que o impelem a uma separação(...).”*

**Declaração de Direitos da Virgínia:**

*“Declaração de Direitos feita pelos representantes do bom povo da Virgínia, reunido em Convenção plena e livre; direitos esses que pertencem a eles e à sua posteridade, como base e fundamento do governo.*

*1. Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no Estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter felicidade e segurança.”*

**Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:**

Assim, pode-se verificar que a doutrina dos direitos naturais mostrou sua importância para a fundamentação primeira dos direitos humanos. A partir de sua criação, as transformações realizadas na concepção dos aludidos direitos passaram a ser determinadas pelo contexto histórico.

## 4.2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

### 4.2.1. NORMAS : REGRAS E PRINCÍPIOS

Para Ronald Dworkin, o direito positivo não se mostra suficiente para a resolução de todos os conflitos existentes em uma sociedade<sup>40</sup>. Verifica-se, assim, que o direito moderno apresenta-se como um sistema complexo de normas, entendidas não somente como regras, mas também como princípios<sup>41</sup>. Isso porque a concepção de um sistema normativo fundamentado tão somente em regras levaria à necessidade de uma ação legislativa tão abrangente que não permitiria o seu desenvolvimento, de acordo com as transformações decorrentes das relações dialéticas ocorridas no interior do corpo social<sup>42</sup>.

---

*“Os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia nacional, considerando que a ignorância, o descuido ou o desprezo dos direitos humanos são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente a todos os membros do corpo social, possa lembrar-se sem cessar seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do poder legislativo e os do poder executivo, podendo ser a todo instante comparados com a finalidade de toda instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, fundadas doravante em princípios simples e incontestáveis, redundem sempre na manutenção da Constituição e na felicidade de todos.”*

<sup>40</sup> SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana*. p.40.

<sup>41</sup> “Sucessor catedrático de Hart, Ronald Dworkin concebe o direito como composto não só por normas, mas também por princípios (por exemplo, a ninguém é lícito invocar a sua própria torpeza em seu proveito) dos quais os juizes se servem para resolver os *hard cases* (casos difíceis). Partindo do ataque à distinção estabelecida pelo positivismo entre Direito e Moral, critica este autor o critério usado pelo positivismo mais estrito de distinguir a validade do Direito com base no critério de sua origem. De fato, esse critério é para ele adequado para fundar a validade das normas jurídicas, mas o Direito não se resume às mesmas, como referido acima. Ao lado dos princípios, que fazem referência à justiça e à equidade (*fairness*), encontramos as diretrizes políticas, que se referem aos objetivos sociais justos que devem ser atingidos pela aplicação do Direito. Tanto diretrizes como princípios devem ser levados em consideração pelo aparato judicial na interpretação e aplicação das normas, como condição para captar o fenômeno jurídico em sua inteireza.” CA-DEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem Garantista*. p.55-56.

Bonavides ensina que a noção de princípio vem da geometria e está relacionada às premissas essenciais de todo o sistema<sup>43</sup>. Desta forma, os princípios devem ser entendidos, como se fossem a estrutura de todo o ordenamento jurídico. As regras, por seu turno, fazem as vezes do revestimento, de modo que mesmo que uma parede desse edifício seja completamente destruída, a estrutura permanecerá intacta.

Para que se possa conceber o direito como um sistema normativo formado por regras e princípios, deve-se observar que o conceito de norma não poderá ser entendido em seu contexto kelseniano, para quem havia uma distinção estabelecida entre norma e regra, de modo que as normas seriam as proposições prescritivas, enquanto as regras seriam as proposições descritivas, em uma linguagem típica da ciência do direito. Neste trabalho, a definição de norma será dada por Grau<sup>44</sup>, que entende o instituto como um determinante de comportamento humano.

Diante desse fato constata-se que o estudo dos princípios mostra-se de fundamental importância para a compreensão do processo de gênese dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Essa importância é sentida, especialmente, nos momentos de crise, quando a sociedade se vê diante de um poder constituinte originário que por sua vez enfrentará limitações que não serão postas por regras, mas pelos princípios. Estes fixam os padrões normativos que devem ser seguidos pelos legisladores.

Robert Alexy também concebe um critério de distinção entre regras e princípios estabelecendo que diante de uma colisão entre princípios, apenas um deles deverá ser aplicado, afastando-se a aplicação do outro ao caso. Isso porque os princípios possuem uma

---

<sup>42</sup> CANOTILHO, J.J.G., *op.cit.*, p.168.

<sup>43</sup> BONAVIDES, P., *Curso de Direito Constitucional*, p.228.

<sup>44</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*. p.123.



dimensão distinta das regras, pois aqueles poderão ser analisados de acordo com o critério específico de peso ou importância, que lhe é inerente<sup>45</sup>, como Salienta Grau<sup>46</sup>:

*”Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. Esta valoração, evidentemente, não é exata e, por isso, o julgamento a propósito da maior importância de um princípio, em relação a outro, será com frequência discutível. Não obstante, as indagações a respeito de se ele possui essa dimensão, e se faz sentido questionar quão importante ou relevante ele é, integram o conceito de princípio.”*

Desta forma, a aplicação do princípio de maior valor afasta a aplicação do princípio de menor valor. Contudo, ao contrário das regras, mesmo diante do afastamento do princípio considerado como de menor valor, este mantém-se no ordenamento jurídico, aguardando outra oportunidade de aplicação futura.

#### 4.2.2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A formação da doutrina dos direitos humanos e dos direitos fundamentais está intrinsecamente relacionada à cunhagem do conceito de dignidade da pessoa humana, fato recente na história da humanidade<sup>47</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos do homem de 1948 reconhece, em seu preâmbulo: *“a dignidade inerente a todos os membros da família humana”*. Essa valorização da dignidade, hoje universalizada, é conquista recente na história da humanidade, es-

<sup>45</sup> SANTOS, F.F. dos., *op. cit.*, p. 45.

<sup>46</sup> GRAU, E.R., *op. cit.*, p. 111.

<sup>47</sup> *“A defesa dos direitos humanos está fundamentada na dignidade do ser humano como pessoa constituída de um corpo orgânico animado por um princípio de vida de natureza espiritual. Esta é a definição de ser humano não só da concepção cristã, mas de muitas outras concepções espiritualistas.”* Padin, Dom Cândido. *As*

tando intrinsecamente relacionado ao desenvolvimento do próprio conceito moderno de pessoa.

Diante desse axioma, o Constituinte de 1988 reconheceu, no inciso III do artigo 1º da Carta Política Brasileira<sup>48</sup>, o princípio da dignidade da pessoa humana, atribuindo-lhe o papel de fundamento do Estado brasileiro.

Com a constitucionalização do princípio houve o seu *reconhecimento* pelo direito brasileiro. Observe-se, todavia, que não se pode afirmar que o legislador *criou* a dignidade da pessoa humana, pois ela é anterior à norma estatal. Tal fato demonstra a forte influência do jusnaturalismo na formação da doutrina dos direitos humanos, como observa Santos<sup>49</sup>:

*“Daí que a dignidade da pessoa humana não é uma criação do legislador constituinte, que apenas reconhece a sua existência e sua eminência, pois ela, como a própria pessoa humana, é um conceito a priori. Porém, ao colocá-la como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, transformou-a ‘num valor supremo da ordem jurídica’, ou seja, ‘não é apenas um princípio de ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural.’”*

A inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no corpo constitucional evidencia a sua qualidade de super-princípio, estabelecendo *“uma qualidade jurídica-*

---

*pesquisas científicas e o respeito à dignidade humana, in* MARCÍLIO, Maria Luíza, PUSSOLI, Lafaiete (org.). *Cultura dos Direitos Humanos*. p.47.

48 Artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil:

*“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.”*

<sup>49</sup> SANTOS, F.F. dos., *op. cit.* p.79.

*normativa, possibilitando que sejam reconhecidas como fontes formais de direitos subjetivos e, se caso for, que sejam deduzidos em Juízo ou perante órgãos internacionais.*<sup>50</sup>”

De qualquer forma, o princípio da dignidade da pessoa humana mostra-se como sendo um *princípio jurídico fundamental*, na classificação proposta por Canotilho<sup>51</sup>, o que demonstra o reconhecimento, pelo Constituinte de 1988, do caráter instrumental do Estado brasileiro<sup>52</sup>.

## **5. A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

### **5.1. CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

Os direitos humanos representam o fruto do desenvolvimento histórico da humanidade, surgindo, segundo Bobbio<sup>53</sup>, quando há a conjunção de fatores ideológicos e materiais que proporcionam a sua aparição, como já referido.

Deste modo, observa-se que tais direitos foram surgindo de modo lento e gradual, proporcionando a sua reunião em três grandes grupos, denominados gerações de direitos, diretamente relacionados ao lema dos revolucionários franceses de 1789 – liberdade, igualdade e fraternidade.

---

<sup>50</sup> WEISS, C., *op. cit.*, p.23.

<sup>51</sup> CANOTILHO, J.J.G., *op. cit.*, p.171.

<sup>52</sup> *Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”*

<sup>53</sup> BOBBIO, N., *A era dos direitos*, p. 05.

A característica marcante de tais gerações é a sua coexistência, havendo, portanto, uma superposição das aludidas gerações. Assim, uma geração de direitos não determina a extinção da outra, mas concebe-se que as gerações de direitos humanos coexistem, embora não surjam todas ao mesmo tempo.

Essa classificação, contudo, tem sido objeto de várias críticas, como demonstra Weiss<sup>54</sup>:

*“A classificação tradicional, porém, tem sido objeto de recentes críticas, as quais apontam para a não-correspondência entre as gerações e o processo histórico de nascimento e desenvolvimento dos direitos. Mais além, verifica-se que a difundida noção tem acarretado confusões conceituais acerca de suas características distintivas dos direitos humanos”<sup>55</sup>.*

Contudo, entendendo-se que as gerações de direitos não se excluem, mas se completam, é importante o seu tratamento. Com isso, evidencia-se, desta forma, a constante transformação dos aludidos direitos.

### **5.1.1. DIREITOS HUMANOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO**

Os direitos em questão estão intrinsecamente relacionados “à *ampliação do domínio da liberdade individual*”<sup>56</sup> consagrando, desta forma, os chamados direitos civis e políticos.

---

<sup>54</sup> WEISS, C., *Direitos humanos contemporâneos*, p.40.

<sup>55</sup> No mesmo sentido PIOVESAN, F., *Temas de direitos humanos*, p.28.

<sup>56</sup> WEISS, C., *op. cit.* p. 38.

Os direitos humanos de primeira geração foram inicialmente concebidos com o objetivo de impor limites à ação do Estado absolutista, de modo a assegurar um mínimo necessário de liberdade à ação individual.

Por serem concretizados consagração de uma esfera de liberdade, os direitos humanos de primeira geração ensejam a existência de uma omissão à ação do Estado, consagrando esferas de competência não sujeitas à intervenção do poder público.

### 5.1.2. DIREITOS HUMANOS DE SEGUNDA GERAÇÃO

Com o desenvolvimento histórico percebeu-se que a igualdade propagada pelas Revoluções Liberais não passava de um instrumento retórico. Decerto, com o fim dos estamentos sociais típicos do feudalismo, os indivíduos menos favorecidos passaram a ser expostos às vicissitudes do mercado, fato que aprofundou o abismo existente entre a minoria mais rica e a maioria mais pobre. Esse fenômeno autorizou a conclusão de que a propagada igualdade, na verdade, não existia.

Concebeu-se, assim, um novo modelo de direitos humanos concretizado na necessidade de uma atuação estatal no sentido de reduzir as diferenças materiais entre os indivíduos, através do estabelecimento de prestações estatais positivas. Mostra-se importante a transcrição da lição de Paulo Bonavides, que segundo Clève<sup>57</sup> assim manifesta-se sobre o fenômeno da hipertrofia da função executiva:

*“Hoje, governar significa prover de maneira direta ou indireta quase todas as necessidades materiais e culturais, acumuladas por distintos grupos, com distintos interesses, num grau que sem dúvida faria dantes estalar todo o ordenamento liberal, caracterizado por ausências e omissões.”*<sup>58</sup>

<sup>57</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. p.38.

<sup>58</sup> BONAVIDES, Paulo. *O poder Legislativo no Moderno Estado Social. In Reflexões: Política e Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

Os direitos humanos de segunda geração estão, assim, relacionados à promoção da igualdade entre os homens, o que ocorrerá através de uma participação ativa do ente estatal a quem se atribui a obrigação de promover a distribuição de prestações com vistas a reduzir as diferenças sociais, culturais e econômicas presentes no seio do corpo social.

Bonavides<sup>59</sup> destaca que os direitos humanos de segunda geração são marcados por serem dispostos em regras constitucionais de “*baixa normatividade*”, eis que são estabelecidos em normas de eficácia limitada, de princípio programático<sup>60</sup>, de forma que somente poderão surgir após o advento de inovações sociais que determinem a sua demanda pela própria sociedade, conforme demonstra Bobbio<sup>61</sup>:

*“Enquanto a relação entre mudança social e nascimento dos direitos de liberdade era menos evidente, podendo assim dar vida à hipótese de que a exigência de liberdades civis era fundada na existência de direitos naturais, pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente de qualquer consideração histórica, a relação entre o nascimento e crescimento dos direitos sociais, por um lado, e a transformação da sociedade, por outro, é inteiramente evidente. Prova disso é que as exigências de direitos sociais tornaram-se tanto mais numerosas quanto mais rápida e profunda foi a transformação de sociedade. Cabe considerar, de resto, que as exigências de que concretizam na demanda de uma intervenção pública e de uma prestação de serviços sociais por parte do Estado só podem ser satisfeitas num determinado nível de desenvolvimento econômico e tecnológico; e que, com relação à própria teoria, são precisamente certas transformações sociais e certas inovações técnicas que fazem*

---

<sup>59</sup> BONAVIDES, P., *Curso de Direito Constitucional*, p. 518.

<sup>60</sup> A programaticidade das normas impositivas de prestações estatais impede sua imediata concretização. Nesse contexto, mostra-se oportuna a observação de RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. p. 99, onde fica registrada a hipertrofia das liberdades individuais em detrimento de uma ação estatal no sentido de promover a amenização das desigualdades: “... o que fica claro, é que no discurso jurídico do liberalismo há uma prevalência da defesa dos direitos civis e políticos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais.”

<sup>61</sup> BOBBIO, N. *A era dos direitos*, p. 76.

*surgir novas exigências, imprevisíveis e inexecutáveis antes que essas transformações tivessem ocorrido.”*

Assim, a concepção da existência de direitos humanos de segunda geração promoveu a alteração do papel do Estado que passou a ser responsável pelo bem-estar de seus cidadãos.

### **5.1.3. DIREITOS HUMANOS DE TERCEIRA GERAÇÃO**

Em um momento posterior constatou-se que não bastava assegurar os direitos à liberdade e à igualdade, nem mesmo a efetivação de prestações estatais positivas para que se pudesse garantir a dignidade da pessoa. Era necessário dar garantia aos interesses difusos de toda a coletividade<sup>62</sup>.

Accioly<sup>63</sup> demonstra a historicidade do desenvolvimento dos direitos humanos, especialmente os de terceira geração, no trecho seguinte:

*“Em 1974, em palestra perante a Academia de Direito Internacional de Haia, René Cassin defendeu a tese de que a proteção dos direitos humanos deveria ser ampliada a fim de incluir o direito a um meio ambiente sadio, isto é, livre de poluição, com o correspondente direito a água e ar puros. Essa noção de terceira geração de direitos é baseada no princípio de uma ordem jurídica flexível, da qual emergem as normas, que às vezes são o prolongamento de conceitos*

<sup>62</sup>“Como quer que seja, no Supremo Tribunal Federal, já se fez referência à terceira geração de direitos fundamentais, mencionando-se como exemplo deles, entre nós, o estabelecido no art. 225, caput, da Constituição. Assim, lê-se no RE 134.297-8-SP (DJ 22.9.95), relação. Min. Celso de Mello: ‘Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, caput).’” BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais*. In MENDES, G.F., COELHO, I.M., BRANCO, P.G.G.. *Hermenêutica Jurídica e direitos fundamentais*. p. 112.

<sup>63</sup>ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. p.339.

*antigos ou então de interpretações dos aspectos novos da ordem social.”*

Os direitos humanos de terceira geração relacionam-se de modo direto aos direitos de fraternidade, como destaca Karel Vasak, citado por Bonavides<sup>64</sup> e estão relacionados à proteção do “*direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade o direito à comunicação.*”<sup>65</sup>”

## **5.2. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais, por seu turno, são classificados em cinco grupos, conforme o entendimento de Silva<sup>66</sup>. Para o autor, a Constituição brasileira adota como critério de classificação o conteúdo, “*que ao mesmo tempo se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela*”

### **5.2.1. DIREITOS INDIVIDUAIS**

Os direitos individuais referem-se, conforme a lição de Silva<sup>67</sup> aos direitos do indivíduo, considerado isoladamente. A expressão utilizada para designar o direito à vida, à igualdade, à liberdade e à propriedade. Moraes<sup>68</sup> assim se manifesta acerca de tais direitos:

---

<sup>64</sup> BONAVIDES, P., *Curso de direito constitucional*, p.522.

<sup>65</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. p.523.

<sup>66</sup> SILVA, J.A. da., *Curso de Direito Constitucional*, p. 181.

<sup>67</sup> SILVA, J.A. da., *Idem*, p. 175.

<sup>68</sup> MORAES, G.B.P. de. *Op.cit.* p. 180.



*“Desta maneira, são direitos fundamentais de natureza pessoal, respeitantes às pessoas, no sentido genérico e inqualificado do termo, isto é, em abstrato, independentemente de sua situação social, econômica ou cultural, reconhecendo e assegurando a autonomia aos indivíduos diante do Estado ou demais membros da comunidade política.”*

A função básica de tais direitos consiste em assegurar a existência livre do indivíduo, livre de interferências indevidas. Esse objetivo é assegurado através de prestações ou de omissões, também denominados direitos fundamentais positivos e direitos fundamentais negativos.

Isso porque a esfera de liberdade individual pode, às vezes, ser assegurada por uma abstenção e por outras vezes, por uma prestação estatal no sentido de assegurar o livre gozo das chamadas liberdades individuais<sup>69</sup>.

### **5.2.2. DIREITOS COLETIVOS**

Os direitos coletivos *“decorrem da evolução dos direitos individuais”*<sup>70</sup> e estão relacionados às chamadas manifestações coletivas, ou seja, àquelas que envolvam uma pluralidade de indivíduos.

Os direitos coletivos mencionados pela Constituição Federal referem-se a liberdade de reunião (art. 5º, XVI), direito de receber informações de interesse coletivo (art. 5º, XXIII), liberdade de associação (art. 5º XVII a XX), direito de representação (art. 5º

---

<sup>69</sup> MORAES, G.B.P. de. *idem*. p. 183.

<sup>70</sup> MORAES, G.B.P. de. *Idem ibidem*.

XXI). Entende-se também como direitos aqueles relacionados à liberdade de culto ou de pregação.

O estabelecimento de uma distinção segura entre direitos individuais e direitos coletivos não se mostra como uma tarefa das mais simples. Moraes assera que há direitos fundamentais que se mostram, simultaneamente, como direitos individuais e coletivos, como ocorre com a liberdade de consciência e de crença e a liberdade de culto, assim como com a liberdade de imprensa<sup>71</sup>.

No mesmo diapasão, a dificuldade de obtenção de um método de distinção objetiva entre os direitos individuais e coletivos é potencializada pelo fato de que estes não se encontram restritos ao capítulo I do Título II da Carta Constitucional Brasileira, como assegura Silva<sup>72</sup>:

*“Muitos desses direitos coletivos sobrevivem ao longo do texto constitucional, caracterizados, na maior parte, como direitos sociais, como a liberdade de associação profissional e sindical (arts. 8º e 37, VI), o direito de greve (arts. 9º e 37, VII), o direito de participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos (art. 10), a representação de empregados junto aos empregadores (art. 11), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), ou caracterizados como instituto de democracia direta nos arts. 14, I, II e III, 27, §4º, 29, XI, e 61, §2º; ou, ainda, como instituto de fiscalização financeira, no art. 31, §3º. Apenas as liberdades de reunião e de associação (art. 5º, XVI a XX), o direito de entidades associativas de representar seus filiados (art. 5º, XXI) e os direitos de receber informações de interesse coletivo (art. 5º e de petição (art. 5º, XXXV, a) restam subordinados à rubrica dos direitos coletivos. Alguns deles não são propriamente direitos coletivos, mas direitos individuais de expressão coletiva, como as liberdades de reunião e de associação.”*

---

<sup>71</sup> MORAES, G.B.P. de. *idem*. p. 184.

<sup>72</sup> SILVA, J.A.da. *op.cit.* p. 192.

A distinção entre as espécies de direitos fundamentais mostra sua importância além da didática, já que o artigo 60, §4º refere-se apenas aos direitos individuais como protegidos da ação do poder constituinte derivado, como salienta Branco:

*“A Constituição cogita, no art. 5º, de direitos individuais e coletivos. Distinguí-los a partir dos critérios da Constituição em vigor não é uma tarefa tranquila, mas pode produzir consequências relevantes, na medida em que o art. 60, §4º, da Constituição fala apenas nos direitos individuais como cláusulas pétreas.”*

Decerto, saliente-se que apesar de importante, a distinção entre direitos individuais e direitos coletivos não se mostra tarefa simples, não se podendo utilizar o critério de classificação baseado na *“...distinção entre homem-indivíduo e homem na coletividade...”*<sup>73</sup>

### 5.2.3. DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são aqueles que se referem às prestações estatais positivas, também denominados de direitos de igualdade, posto que sua concretização objetiva promover a realização do indivíduo em um dado grupamento social, através da ação direta do ente político, como demonstra Silva<sup>74</sup>:

*“Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais frágeis, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.*

<sup>73</sup> MENDES, G.F., COELHO, I.M., Branco, P.G.G. *op. cit.* p. 157.

<sup>74</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. P.277.

*Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.”*

Tais direitos têm por objetivo a plena realização do indivíduo, através de sua melhor inserção no corpo social.

Os direitos sociais tiveram sua introdução no sistema constitucional brasileiro a partir da Carta Política de 1934, diante da clara influência das constituições sociais, como a mexicana de 1917 e a Constituição da República de Weimar, de 1919.

Constituem direitos sociais, dentre outros, de acordo com a Constituição de 1988: o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à segurança, à previdência social, à assistência ao desamparado.

A característica mais marcante dos direitos sociais é o fato de estabelecerem um dever de prestação relativamente ao Estado<sup>75</sup>, que passa a ser obrigado a satisfazê-la ou de criar condições para que haja a sua satisfação.

Observe-se que as normas constitucionais que dispõem acerca dos direitos sociais mostram-se como normas não auto-aplicáveis, carecendo, portanto, de uma intervenção estatal posterior para que se concretizem.

#### **5.2.4. DIREITOS À NACIONALIDADE**

---

<sup>75</sup> MORAES, G.B.P. de *op.cit.* p.190.

O conceito de nacionalidade mostra-se fluido, uma vez que se mostra axiomáticamente vinculado ao fugaz conceito de nação. Bonavides acatando a definição de Hauriou manifesta-se da forma seguinte<sup>76</sup>:

*“Uma das boas noções que esclarecem porém o significado da palavra nação pertence a Hauriou, quando o autor francês assinala o círculo fechado que a consciência nacional representa e a diferenciação refletida que a separa das outras consciências nacionais. Senão vejamos: A nação, segundo ele é, ‘um grupo humano no qual os indivíduos se sentem mutuamente unidos, por laços tanto materiais como espirituais, bem como conscientes daquilo que os distingue dos indivíduos componentes de outros grupos nacionais.’”*

Desta forma, nacional, segundo o direito brasileiro, é aquele que se vincula ao Estado Brasileiro através do nascimento ou de sua naturalização, não podendo haver o estabelecimento de confusões com o moderno conceito de cidadania, a despeito da proximidade semântica.

Desta forma, observa-se a necessidade de estabelecimento de uma distinção clara entre os termos nacionalidade e cidadania, como alerta Vieira<sup>77</sup>:

*“A relação entre cidadania e nacionalidade configura um campo de confronto entre o pensamento conservador e o pensamento progressista. Para os conservadores, a cidadania se restringe ao conceito de nação, isto é, somente são cidadãos os nacionais de um determinado país. A cidadania é vista como relação de filiação, de sangue, entre os membros de uma nação. Esta visão nacionalista exclui os imigrantes e estrangeiros residentes no país dos benefícios da cidadania.”*

### 5.2.5. DIREITOS POLÍTICOS

---

<sup>76</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. p. 79.

<sup>77</sup> VIEIRA, L. *Cidadania e Globalização*. p.31-32.

O Estado democrático de direito determina a necessidade da efetiva participação da população no seu processo decisório, como assevera Moraes<sup>78</sup>:

*“Os direitos políticos, também denominados de democráticos, de participação política e dos cidadãos, contidos nos direitos fundamentais de primeira geração, são conceituados, em sentido amplo, como espécie de direitos titularizados e exercidos pela pessoa humana, componente ativa da vida política, constituindo meios de participação no exercício do poder político.”*

Deste modo, os direitos políticos estão relacionados ao exercício da soberania popular, princípio previsto no artigo 1º da Carta Constitucional, em seu parágrafo único.

A participação popular é levada à cabo através de diversas modalidades de sufrágio, como salienta Silva<sup>79</sup>:

*“Os direitos políticos positivos consistem no conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais. Eles garantem a participação do povo no poder de dominação política por meio das diversas modalidades de direito de sufrágio: direito de voto nas eleições, direito de elegibilidade (direito de ser votado), direito de voto nos plebiscitos e referendos, assim como por outros direitos de participação popular, como o direito de iniciativa popular, o direito de propor ação popular e o direito de organizar e participar de partidos políticos.”*

Saliente-se, contudo, que tanto os direitos humanos, quanto os direitos fundamentais podem ser melhor entendidos quando se consegue vislumbrar as determinantes históricas de seu surgimento, o que será feito a seguir.

---

78 MORAES, G.B.P. de op.cit. p.201.

79 SILVA, J.A.da. op.cit. p. 333.

## SEÇÃO II O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS

### 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Os direitos humanos estão ligados ao desenvolvimento histórico da humanidade, de modo que o seu surgimento bem como a asseguarção dos direitos plasmados nas declarações limitadoras da ação do poder político representam o apogeu das lutas travadas ao longo dos séculos entre os governados e os governantes, tendo por resultado a atribuição de direitos àqueles em face destes.

Na análise do desenvolvimento histórico da formação dos direitos humanos será utilizada a divisão estabelecida por Moraes<sup>80</sup> que concebe a existência de seis períodos distintos denominados *momentos históricos*.

### 2. PRIMEIRO MOMENTO HISTÓRICO

No primeiro momento histórico, corresponde à antigüidade, onde, a rigor, não se pode falar na existência de direitos humanos. Isso porque as condições materiais necessárias ao seu surgimento ainda não se haviam estabelecido. De outro modo não se pode entender esse fenômeno, já que os direitos humanos são caracterizados pelo fato de serem oponíveis em face do Estado, o que não era um aspecto concebível nos primórdios da história humana<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> MORAES, G.B.P. de., *Dos direitos humanos fundamentais*, p.32.

<sup>81</sup> MORAES, MORAES, G.B.P. de., *Idem*, p.32.

Desta forma, o reconhecimento de direitos hodiernamente considerados fundamentais para a sobrevivência do indivíduo dependia unicamente do senso de justiça do detentor do poder político.

Contudo, foi apenas a partir do segundo momento histórico que se inicia o período de estabelecimento de peias à liberdade de ação, até então irrestrita, dos ocupantes do poder político. Tal fato marca o início do moderno Estado de direito.

### 3. SEGUNDO MOMENTO HISTÓRICO

#### 3.1. A MAGNA CHARTA

Comparato<sup>82</sup> afirma que a proto-história dos direitos humanos inicia-se efetivamente na Idade Média, com a inédita fixação de limitações ao poder do governante, estabelecidas em favor dos dois principais estamentos: a nobreza e o clero.

Decerto, quando em curso a Idade Média, reis e senhores feudais firmaram diversos pactos que tinham por principal objeto o estabelecimento de limitações objetivas ao poder de tributar.<sup>83</sup>

Nesse contexto, destacam-se as cortes espanholas, assembleias representativas constituídas pela nobreza e pelo clero que objetivavam estabelecer limitações ao poder real, como se pode ver da transcrição da lição de Leal<sup>84</sup>:

*“Já as Cortes de Castilha têm atribuições mais ousadas à época, pois é de sua competência reduzir gastos do rei e ditar normas de-*

---

<sup>82</sup> COMPARATO, F.K., *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p.33.

<sup>83</sup> LEAL, Rogério Costa. *Direitos Humanos no Brasil: Desafios à Democracia*. p.26.

<sup>84</sup> LEAL, R. C., *Idem*, p.27.



*terminando que os convidados reais comam menos. A justiça de León proíbe a privação da liberdade sem ordem de juiz competente...”.*

Durante esse período, mediante uma forte influência do jusnaturalismo teológico, que concebia que a validade da norma posta pelo Estado era determinada por sua harmonia com o direito natural<sup>85</sup>, de origem divina.

Nesse processo de questionamento e estabelecimento de barreiras à ação do poder real, surge um instrumento considerado como o marco inicial das declarações de direito do século XVII – a Magna Carta, firmada em 1215 entre o Rei John Lackland<sup>86</sup> (1167-1216) e os Barões Ingleses.

Na verdade, o documento surge como o resultado de uma administração pouco sagaz do monarca inglês que se vê em xeque, após ser finalmente vencido na escaramuça contra o Rei Francês, na disputa do Ducado da Normandia.

Com o desenrolar das batalhas, e conseqüente aumento das despesas, o monarca viu-se compelido a aumentar o valor dos tributos pagos pelos barões. Estes, em con-

---

<sup>85</sup> “A concepção de Direito Natural de Tomás de Aquino faz parte do grande quadro de leis que existem, segundo ele, no tempo e na eternidade.

O ponto de partida é este: tudo quanto existe deseja o que é bom para si. Esse é o fim que todo ente tem em vista ao existir. Ora, a lei é uma ordem que tem em vista, precisamente, alcançar um fim, um bem, e é elaborada pela razão ou pela inteligência.

A Lei Eterna é a razão mesma de Deus como regeedor do Universo, que guia este a seus fins. A Lei Natural, ou o Direito Natural, é a participação da natureza humana na Lei Eterna, e participação em dois sentidos: primeiro, porque representa aquela porção da Lei Eterna que ordena a criatura chamada homem aos seus fins próprios – e, segundo, porque, através de sua razão, o homem tem a capacidade de conhecer essa porção da Lei Eterna, e assim julgar a ordem das coisas humanas à luz dessa Lei Natural. A Lei Positiva Divina são as normas que Deus revelou explicitamente (os Dez Mandamentos) aos homens para que estes pudessem alcançar a felicidade eterna, e, como dizem respeito também ao mundo sobrenatural, os homens não as poderiam conhecer sozinhos. A Lei Humana é feita pela inteligência do homem para adaptar os preceitos do Direito Natural às circunstâncias sociais e históricas que o cercam. (A Lei Humana, nesse obrar, pode ser infiel ao Direito Natural)”. GALVES, C.N., *Manual de filosofia do direito*, p.126-127.

<sup>86</sup> Optou-se pela utilização do nome próprio expresso na língua original, sempre que possível.

trapartida, iniciaram um movimento que tinha o escopo de estabelecer regras claras e precisas com o objetivo de disciplinar as relações de vassalagem.

Simultaneamente aos acontecimentos relatados, Lackland, numa manobra política de significativa importância, iniciou uma querela contra a Igreja Católica, não aceitando sua interferência na vida secular inglesa, especialmente na nomeação de Stephen Langton<sup>87</sup> como arcebispo de Canterbury, em 1206. Este fato resultou em sua excomunhão<sup>88</sup>, pelo Papa Inocêncio III, que se aliou ao Rei Felipe da França para levar à cabo a invasão da Inglaterra.

Falido, sem apoio interno e envolvido em uma guerra cruenta, o monarca inglês pediu e obteve o perdão condicional do Papa Inocêncio III, através do qual se estabeleceu uma relação de vassalagem entre Roma e a Inglaterra, no ano de 1213<sup>89</sup>.

Tais acontecimentos enfraqueceram sobremaneira o poder real, possibilitando a invasão da cidade de Londres pelos barões revoltados que forçaram o Rei inglês a assinar a *Magna Charta*, fato ocorrido no ano de 1215.

Apesar de haver firmado o documento, Lackland recusou-se a cumprir as disposições pactuadas e, arrependido, solicitou a Roma que invalidasse a Declaração sob alegação de existência de um vício de vontade, uma vez que havia sido assinada mediante coação.

---

87 Langton (1155-1228), foi educado em Paris, onde conheceu e tornou-se amigo do Cardeal De Conti, que posteriormente ascendeu ao papado sob o título Inocêncio III.

88 A dimensão do ato de excomunhão, bem como a influência da Igreja nos assuntos seculares é apresentada por MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. p.169: "A excomunhão de um príncipe desobrigava os seus súditos de cumprirem as suas ordens. Outra arma que será aperfeiçoada pela Igreja era o interdito sobre a cidade ou reino que proibia a 'vida sacramental e litúrgica'. Não se rezava missa, não se fazia batismo e casamento, nem se dava extrema-unção. Não se faziam contratos, porque os atos do notário eram feitos 'in Nomine Domini'. A vida econômica e comercial ficava paralisada. A excomunhão e o interdito visam a que 'a podridão' não venha a se propagar (Georges Dulby – O Ano Mil, 1980)".

89 COMPARATO, F.K. *op. cit.* p.61.

Sensibilizado pelas alegações de seu vassalo e interessado em manter sua influência em terras inglesas, Inocêncio III acatou as alegações firmadas e declarou nulo o ato.

Apesar das alegações firmadas por John Lackland, bem como a decretação de sua nulidade por Inocêncio III, o documento veio a ser ratificado pelos sucessores do monarca inglês.

Apesar de haver sido declarada nula, pela existência de vício de vontade, não se pode olvidar a grande importância da Magna Charta por haver ela sido o documento inicial que serviria de inspiração para a elaboração de declarações futuras, com o mesmo teor.

John Lackland morreu em 1216 e diante do vácuo de poder os barões ingleses aceitaram a nomeação de Henry III, ao trono inglês, apesar do fato de o sucessor contar, à época, com apenas nove anos de idade.

Diante da inexistência de qualquer esboço de resistência os barões assumiram o controle do governo e confirmaram o teor da Magna Carta, no ano de 1225.

A Magna Charta é considerada como um dos monumentos jurídicos do direito ocidental, marcando o início do estabelecimento de limitações objetivas ao poder real, determinando, dentre outros, a necessidade de observância ao princípio da anterioridade tributária, a proibição de confisco, e o respeito ao direito de ir e vir.

Não se olvide, entretanto, que a Magna Charta foi um documento gerado no seio de uma sociedade feudal, dividida em estamentos rígidos, sendo destinada à regulamentação desse corpo social.

Desta forma, o instrumento representa a regulamentação das relações de suserania e vassalagem, não havendo qualquer preocupação mais profunda com o estabelecimento de direitos individuais em face do poder político institucionalizado.

### 3.2. A TRANSIÇÃO

A partir do século XI inicia-se na Europa um movimento de desagregação das estruturas feudais, motivado, segundo Wolkmer<sup>90</sup> “*por sucessivas crises na esfera da formação social, do modo de produção da riqueza e da organização político-institucional*”.

A crise deflagrou um processo de decadência do sistema de produção agrícola, o que determinou o surgimento de um fenômeno que, em si, era a própria representação da desagregação do antigo sistema – o desenvolvimento das cidades.

Observe-se, porém, que a cidade não era uma invenção do final da Idade Média. Entretanto, a nova concepção de conglomerado urbano era, de fato, o grande instrumento das transformações sociais que marcam os estertores daquele período histórico, como observa Huberman<sup>91</sup>:

*“Sem dúvida, havia certo tipo de cidades antes desse aumento no comércio, os centros militares e judiciais do país, onde se realizavam os julgamentos e onde havia bastante movimento. Eram realmente cidades rurais, sem privilégios especiais ou governo que as diferenciasssem. Mas as novas cidades que se desenvolveram com a intensificação do comércio, ou as antigas cidades que adotaram uma vida sob tal estímulo, adquiriram um aspecto diferente.”*

O surgimento dessa nova concepção de conglomerado humano deu-se em virtude da mudança de paradigma do modelo produtivo, agora centrado no capitalismo mercantil<sup>92</sup>, em detrimento de uma economia baseada na produção agrícola. Esse processo

---

<sup>90</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no direito*. p.24.

<sup>91</sup> HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. p.26.

<sup>92</sup> “Não se pode, no entanto, desprezar o fato de que não existe nas discussões clássicas uma uniformidade do que seja o Capitalismo.” WOLKMER, A. C., *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no direito*. p.26.

histórico teve repercussões profundas, não só no campo econômico, mas também no campo social, político, religioso e jurídico.

Foi exatamente nos centros de fomentadores de atividades comerciais que surgiram as primeiras cidades modernas. Assim, registrou-se o aparecimento de uma nova classe, a burguesia<sup>93</sup>, que passou a atuar como agente de transformação de uma sociedade abalada por uma crise dos paradigmas.

Em um primeiro momento, a burguesia, atuou de forma verdadeiramente revolucionária, impondo seus valores a um corpo social cujas estruturas mostravam-se profunda e irreversivelmente abaladas.

Com o processo de confirmação do monopólio dos meios de produção, a burguesia consolidou a sua nova visão de mundo, marcada pela ideologia do liberalismo. Esse movimento surgiu em decorrência da necessidade do estabelecimento de padrões que legitimassem a nova realidade.

Wolkmer<sup>94</sup> descreve o fenômeno da forma seguinte:

*” Longe de uma constatação mais pormenorizada, fica mencionado, como já se examinou em outro momento, que o liberalismo surgiu como uma nova visão global do mundo, constituída pelos valores, crenças e interesses de uma classe social burguesa na sua luta histórica contra a dominação do Feudalismo aristocrático-fundiário, entre os séculos XVII e XVIII, no continente europeu. Assim, o liberalismo torna-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso etc.”*

---

<sup>93</sup> “No que tange a esses novos atores para a época (os ‘burgueses’), cabe sublinhar preliminarmente que o conceito de burguesia, quer como classe social, quer como categoria ético-espiritual, está ampla e estreitamente identificado com a modernidade da cultura econômico-capitalista.” WOLKMER, A.C. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no direito*.p.30.

<sup>94</sup> WOLKMER A.C. *op.cit.*, p.33.

Simultaneamente ao surgimento da burguesia, as relações de poder na Europa modificaram-se profundamente, com o paulatino desaparecimento do sistema de produção feudal, que passou a dar lugar a um modelo diverso, determinando o surgimento de uma estrutura jurídica que se distinguia da anterior, marcada pelo justnaturalismo de cunho teológico, pelo direito consuetudinário, pelo estabelecimento de regalias estamentais, bem como pelo “*pluralismo de centros de decisões*”<sup>95</sup>.

Um dos reflexos mais importantes desse movimento é o processo de racionalização e secularização do poder político, que determinou o fortalecimento da monarquia. Esse fenômeno foi, inicialmente, legitimado pelas doutrinas da soberania fundada no direito divino dos reis, destacando-se como fundamentos teóricos a obra de Jean Bodin e, posteriormente, numa abordagem laica, a de Thomas Hobbes.

O processo de implantação do absolutismo monárquico concretizou a redução dos privilégios estamentais, centralizando o poder na figura do príncipe. Tal fato conduziu ao monismo jurídico que estabeleceu ser a produção normativa um privilégio do ente estatal.

Profundamente inserida nesse processo, a Inglaterra passou por uma série de transformações radicais, a partir de meados do século XVII. Essas mudanças acabaram por criar condições que possibilitaram o surgimento do embrião do moderno Estado de direito, como será visto no item seguinte.

#### **4. TERCEIRO MOMENTO HISTÓRICO: AS DECLARAÇÕES INGLESA, AS DECLARAÇÕES NORTE-AMERICANAS E A DECLARAÇÃO FRANCESA**

##### **4.1. A REVOLUÇÃO INGLESA**

---

<sup>95</sup> WOLKMER A.C. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no direito*, p.23.

A Revolução Inglesa<sup>96</sup> mostra sua importância na medida em que desencadeou os processos de transformação no Velho Continente, estendendo sua influência através do Atlântico para chegar à América do Norte, traçando as feições das Revoluções Liberais que seriam deflagradas 150 anos mais tarde.

Para que se possa entender o conteúdo e a extensão das declarações inglesas é necessário que se vislumbre o processo histórico vivido por aquele País que culminou na ascensão da burguesia ao poder, marcando a consagração da ideologia liberal.

O processo revolucionário inglês foi precedido por uma grande transformação na estrutura econômica e social da Inglaterra que havia aumentado significativamente sua produção agrícola, passando a ser responsável por cerca de quatro quintos de todo o consumo europeu do período<sup>97</sup>.

Diante desse conjunto de fatos, houve um considerável aumento de riquezas, o que possibilitou o seu acúmulo pela classe então ascendente, a burguesia.

A nobreza, ao contrário, encontrava-se em franco processo de decadência, de modo que os seus representantes encontravam-se cada vez mais empobrecidos e precisavam dispor, para saldar suas dívidas, de seu bem mais precioso, a propriedade imobiliária.

Com isso, os nobres ingleses passaram a vender suas terras à burguesia, por uma fração de seu valor real. Desta forma, a nova classe, num ciclo virtuoso, aumentava o seu poder econômico. O aumento do poder político foi sentido na mesma proporção.

Após a assinatura da Magna Charta, estabeleceu-se o princípio da proibição da taxa sem representação. Criou-se, assim, a necessidade de convocação regular de

---

<sup>96</sup>ARRUDA, José Jobson de Andrade. *A Revolução Inglesa*.p.07, opta pela utilização do termo Revolução Inglesa, no singular, por entender que o processo, iniciado em 1640 e finalizado em 1688, foi, na verdade, o mesmo.

<sup>97</sup>ARRUDA, José Jobson de Andrade. *História Moderna e Contemporânea*. p.102.

representantes dos condados e das cidades para a participação de assembléias deliberativas. Com isso a burguesia inglesa, que já controlava o poder local, passou a indicar representantes para o Parlamento, visando a defesa de seus interesses.

O século XVII foi um período conturbado e de mudanças profundas, marcado pela instabilidade econômica<sup>98</sup> e política, agravada pela extrema segmentação da sociedade inglesa<sup>99</sup>. Tais fatores transformaram o século em um período de guerras, com raros intervalos de paz. Mas acima de tudo, o período foi marcado pela luta pelo poder entre a burguesia em ascensão e a nobreza inglesa, em franca decadência.

O início dos conflitos domésticos teve início após a morte de Elisabeth I (1533-1603) que não deixou sucessores ao trono. Assim, ascendeu ao trono Inglês James I (1556-1625), filho de Mary da Escócia. A união das coroas da Inglaterra e da Escócia desencadeou uma série de escaramuças, cujas origens podiam ser estabelecidas no governo anterior.

Os conflitos de maior proporção surgiram no período em que a Inglaterra foi governada pelo sucessor de James I, Charles I (1600-1649), rei absolutista, que invocava a doutrina da investidura divina dos reis. Isso porque, o parlamento insistia em fazer valer seu poder de direito, estabelecido desde 1215 com a Magna Carta, ainda que restasse evidente que o monarca detinha o poder de fato.

Em 1625, quando assume o Trono Inglês, Charles I dissolveu o Parlamento após disputas acirradas. Essa política, contudo, não se mostrou factível em tempos de guer-

---

<sup>98</sup> “H.R. Trevor-Roper tem uma posição peculiar sobre esse assunto. Afirma que não se verificou apenas uma crise constitucional, nem uma crise da produção econômica, mas, sobretudo, uma crise na relação entre a sociedade e o Estado, estreitamente vinculada à crise militar iniciada em 1618, com a Guerra dos 30 anos. Eric Hobsbawm, contudo, formulou a explicação mais penetrante. Considera a crise do século XVII a última fase da transição da economia feudal para a economia capitalista, resultante do descompasso entre a estrutura largamente feudal da sociedade e a expansão do capital mercantil, que fora obrigado a se desenvolver nos estritos limites determinados pela economia feudal.” ARRUDA, J. J. de A., *A Revolução Inglesa*. p.62.

<sup>99</sup> ARRUDA, J. J. de A. *A Revolução Inglesa*. p.44.



ra, já que em 1628 a Inglaterra encontrava-se em meio a uma cruenta escaramuça com a França, de forma que ficava cada vez mais urgente a necessidade de incrementar os recursos disponíveis para convocar, pagar e equipar as tropas inglesas. Contudo, em decorrência de preceitos já estabelecidos e consagrados pelo direito inglês, os tributos somente poderiam ser aumentados com a autorização do Parlamento.

Diante desse quadro, o monarca inglês viu-se obrigado a convocar o Legislativo, que aproveitando-se do ensejo, tentou impor uma série de limitações ao Poder real, com a *Petition of Right*, de 1628, através da qual o Parlamento Inglês exigia o controle do exército, bem como da política tributária. A *Petition of Right* foi, em parte, uma reação contra a cobrança forçada de tributos. No entanto, continha outras disposições importantes, tais como a proibição de realização de prisões arbitrárias.

Charles I concordou em assinar o documento em troca da aprovação do aumento tributário que tanto necessitava.

Contudo, apesar de concordar com os termos impostos pelo parlamento no ano anterior, em 1629 Charles I não se importou muito com o fato e dissolveu o legislativo e governou sem ele por onze longos anos, até 1640. Durante esse período, fenomenais manobras financeiras foram adotadas para fazer frente ao crescente *deficit* público. Suas tentativas de aumentar a carga tributária tornaram-se famosas, gerando grandes insatisfações no seio da população em geral.

Um de seus maiores erros, no entanto, foi tentar impor a forma católica de anglicanismo aos presbiterianos escoceses, no ano de 1637, levando-os a uma violenta revolta. Em 1638 o exército real invade a Escócia para sufocar a rebelião, mas, surpreendentemente, acabou por reunir-se aos rebelados para reclamar o pagamento de seus soldos em atraso<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> ARRUDA, J. J. de A. *A Revolução Inglesa*. p.73.

É importante destacar-se que a luta religiosa na Inglaterra do Século XVII era, na verdade, uma luta de cunho político, já que a monarquia inglesa tentava utilizar-se da religião com a finalidade de legitimar seu poder<sup>101</sup>.

Apesar de seus esforços, Charles I não foi capaz de conter a revolta fato que levou o Legislativo voltasse a reunir-se em 1640, quando o monarca tentou convencer o Parlamento a convocar o exército, para sufocar a rebelião surgida. Contudo, o monarca inglês tentou fazer com que o exército permanecesse sob o comando real, o que não foi aceito pelo Parlamento que temia uma reação violenta.

Diante da necessidade de financiamento do crescente *deficit* público, os parlamentares aproveitaram-se da crise e passaram a ensaiar alguns passos no sentido de estabelecerem limitações mais concretas ao poder monárquico, libertando prisioneiros políticos e executando simpatizantes do monarca absolutista. O parlamento fixou sólidas barreiras ao poder real de taxaço e estabeleceu a regra de convocação periódica do Legislativo, fixando ainda que este somente poderia ser dissolvido mediante sua expressa permissão.

Vendo seu poder ser paulatinamente questionado e abalado, Charles I tentou um último golpe contra o parlamento, comparecendo à Câmara dos Comuns em janeiro de 1642. Acompanhado de um pequeno exército, munuiu-se do sério propósito de promover a prisão de John Pym, líder daquela casa legislativa, além de quatro outras pessoas. Contudo, não conseguiu outra coisa senão alimentar a fúria dos parlamentares, fazendo com que o rei e sua família tivessem de abandonar a cidade de Londres às pressas.

Furiosos, os puritanos, conclamaram a rebelião armada, dando início à guerra civil, cuja primeira batalha ocorreu em 1642, em Edgehill. Inicialmente, a vantagem pertenceu às tropas reais. Contudo, os rebeldes acabaram ganhando a guerra, devido não só ao apoio escocês, mas principalmente à liderança de Oliver Cromwell, que anos antes tenta-

---

<sup>101</sup> ARRUDA, J. J. de A. *A Revolução Inglesa*. p.54.

ra emigrar para a América do Norte havendo sido impedido, ironicamente, pelo próprio Charles I<sup>102</sup>.

O rei caiu vencido pelos escoceses em 1649 e, apesar dos protestos franceses e holandeses, Charles I foi executado em 30 de janeiro de 1649, sob a acusação de tirania e assassinato.

Com a vitória do Exército do Parlamento, o poder político passou às mãos do líder puritano, Oliver Cromwell (1599-1658), que governou a Inglaterra com braço de ferro entre 1649 a 1658.

Em setembro de 1658, após haver sido o porta-voz do ideal da pequena burguesia rural, Cromwell veio a falecer em meio à circunstâncias pouco esclarecidas. Contudo, seu protetorado não durou após sua morte, pois seu filho Richard não tendo a mesma habilidade política de seu pai, foi deposto por um golpe palaciano em comum acordo com o parlamento.

Diante da vitória, o General George Monck, comandante do exército escocês, marchou sobre a cidade de Londres e conclamou a reunião do Parlamento, que por sua vez recomendou o retorno do filho mais velho de Charles I do exílio, para assumir o trono inglês.

A Inglaterra recepcionou Charles II (1630-1685) em maio de 1660 e tentou restaurar a monarquia nos moldes anteriores a 1649, ano da execução de seu pai, determinando várias medidas de fortalecimento do poder real, bem como o macabro espetáculo da exumação do corpo de Oliver Cromwell, para que fosse enforcado e posteriormente decapitado<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> ARRUDA, J. J. de A. *Idem.* p.78.

<sup>103</sup> ARRUDA, J. J. de A. *A Revolução Inglesa.* p.88.

Como se não bastasse a enorme crise política, durante o reinado de Charles II a Inglaterra sofreu dois outros duros golpes: o grande surto de peste bubônica, em 1665 e o grande incêndio de Londres em 1666.

Mas, acima de tudo, o reinado de Charles II foi marcado pelo recrudescimento das perseguições contra os calvinistas ingleses, obrigando o Parlamento a buscar meios mais eficazes de proteção, através da imposição de limitações às prisões arbitrárias.

Com isso, foi firmado o *Habeas Corpus Act*, em 1679. Observe-se, entretanto, que o instituto já existia na Inglaterra, sob a forma de *writs*. Contudo, havia a necessidade de estabelecimento de garantias processuais adequadas para tornar o direito mais eficaz, na medida em que estabelecia um procedimento positivado para a proteção da liberdade<sup>104</sup>.

Charles II, veio a falecer em 1685, passando o trono a James II, seu irmão, que professou publicamente sua conversão ao catolicismo. Suas atitudes pró-católicas, bem como as sucessivas tentativas de restabelecer o absolutismo, “*apoiando a reconstituição dos bens da aristocracia*”<sup>105</sup> levaram o Parlamento a convidar William of Orange (1650-1702), que à época era considerado o maior estadista protestante da Europa, para assumir as rédeas do governo inglês.

William, que havia desposado a filha mais velha de James II em 1677, veio salvaguardar o direito à sucessão ao trono inglês por um governante que professasse o cristianismo reformado, ou seja, que se submetesse às imposições da burguesia ascendente.

---

<sup>104</sup> “A lei de 1679, cuja denominação oficial foi ‘uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito para a prevenção das prisões no ultramar’, veio corrigir esse defeito e confirmar no povo inglês a verdade do brocardo *remedies precede rights*, isto é, são as garantias processuais que criam direitos e não o contrário. Tal como ocorria no direito romano, o direito inglês não concebe a existência de direitos sem uma ação judicial própria para sua defesa. É da criação dessa ação em juízo que nascem os direitos subjetivos, e não o contrário.” COMPARATO, F.K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p.73.

<sup>105</sup> ARRUDA, J. J. de A. *A Revolução Inglesa*. p.88.

Quando William of Orange desembarcou com seu exército de quinze mil homens, as tropas reais desertaram em favor do novo soberano. James II, derrotado, fugiu para a França, autorizando o Parlamento a declarar vago o trono.

William e Mary Stuart receberam o trono inglês em conjunto e foi-lhes imposto o *Bill of Rights*, que listava e condenava uma série de abusos cometidos por James II, estabelecendo ainda uma série de limitações ao poder real<sup>106</sup>.

O *Bill of Rights* estabelece o fim definitivo da monarquia absolutista inglesa e, como asserta Comparato<sup>107</sup>: “representou a institucionalização permanente da separação de poderes no Estado, a qual tanto impressionou Montesquieu, meio século mais tarde.”

De qualquer modo, as revoluções burguesas produziram profundas transformações na estrutura social e política da Inglaterra no século XVII. Em decorrência dos acontecimentos foram impostos limites objetivamente definidos ao poder real, através da consolidação da supremacia do Poder Legislativo.

<sup>106</sup> “A Declaração de direitos de 1689, completada pelos direitos de liberdade do povo inglês, estabeleceu o seguinte:

Art. 1.º O pretendido direito de suspender as leis pela autoridade real sem o consentimento do Parlamento é contrário às leis.

Art. 2.º O pretendido direito de dispensar as leis ou de execução das leis pela autoridade real, como foi usurpado e exercido ultimamente, é contrário às leis.

Art. 3.º O imposto em dinheiro para uso da Coroa, sob pretexto de prerrogativas reais sem que haja concordância por parte do Parlamento, é contrário às leis.

Art. 5.º É um direito dos súditos apresentar petições ao rei; todo aprisionamento e toda perseguição por esse motivo são contrários às leis.

Art. 7.º Os súditos protestantes podem portar armas para se defender, segundo as condições e maneira que a lei permite.

Art. 8.º As eleições dos deputados do Parlamento serão livres.

Art. 9.º Os discursos feitos ou lidos durante os debates parlamentares não serão procurados ou examinados por nenhuma corte, nem em outro lugar a não ser o próprio Parlamento.

Art. 10.º Não se deve exigir dos tribunais de justiça caução muito elevada, nem aplicar penas excessivas ou rudes.

Art. 11.º Toda Concessão ou promessa de bens confiscados de pessoas acusadas antes de sua condenação é contrária às leis.

Art. 12.º Para encontrar um remédio para todos estes males, para corrigir e fortificar as leis e para mantê-las, é necessário que o Parlamento se reúna com freqüência.” ARRUDA, J. J. de A. *História moderna e contemporânea*. p.106.

<sup>107</sup> COMPARATO, F.K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p.78.

As Declarações Inglesas de Direitos são marcadas pelo fato de haverem sido concebidas visando a solução de problemas concretos, não sendo permeada pelo caráter universalista presente na Declaração Francesa.

#### 4.2. A REVOLUÇÃO AMERICANA

A Declaração da Independência das treze colônias inglesas da América do Norte estabeleceu um marco histórico importantíssimo na configuração das características dos estados modernos.

A independência Norte-americana é considerada como a primeira revolução daquele País, sendo seguida pela Guerra da Secessão.

O processo de independência norte-americano guardou certa diversidade dos movimentos revolucionários europeus, devido às características próprias das Colônias situadas na costa leste.

Isso porque a sociedade norte-americana não estava organizada sob a forma estamental típica na Europa do século XVIII, mas era formada, em sua maioria, por burgueses protestantes, dentre os quais existia uma marcada idéia de igualdade, a despeito da escravidão praticada pelas colônias do sul<sup>108</sup>.

Assim como nas Revoluções Inglesa e Francesa, o aumento da carga tributária foi elemento determinante na demarcação do início do processo de imposição de limitações inquestionáveis ao poder do governante.

---

<sup>108</sup> COMPARATO, F.K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p. 84.

O aumento das despesas do governo inglês para sustentar a guerra pela disputa do território canadense foi crucial para a adoção de medidas econômicas que acabaram por causar desarranjos na vida da população. Tais fatos geraram um clima de insatisfação que se materializou em revoltas por diversos pontos da colônia.

Em 1774, visando combater os insurrectos, o Governo Inglês fez promulgar as chamadas Leis Intoleráveis que tornavam a vida econômica da colônia, marcada pelo espírito mercantil, uma verdadeira aventura.

Assim, reuniu-se em 1774 o Primeiro Congresso Continental de Filadélfia, de caráter não separatista e que objetivava a formalização de uma petição, endereçada ao monarca inglês. No referido documento requeria-se a revogação das chamadas leis intoleráveis<sup>109</sup>.

Em 1774, reuniu-se o Segundo Congresso Continental da Filadélfia. Na oportunidade já se tinha por objetivo franco a secessão.

Porém, a dissolução dos vínculos de subordinação entre a colônia e a metrópole inglesa somente veio a concretizar-se em 04 de julho de 1776, quando representantes das antigas colônias britânicas, reunidos em congresso, manifestaram sua insatisfação com as determinações impostas pela Inglaterra aos seus colonos.

Os treze novos estados norte-americanos, contudo, tiveram de aguardar pela promulgação de uma constituição, o que ocorreu somente uma década mais tarde.

A promulgação da Constituição norte-americana foi precedida pela ameaça de dissolução da recém formada confederação. Desta forma, convocou-se a Convenção Constitucional que se reuniu na Filadélfia, em maio de 1787, sob a presidência de George Washington.

---

Somente em 1787 a Constituição dos Estados Unidos foi promulgada. Esse documento mostra sua importância por ser o primeiro a consagrar princípios democráticos.

Contudo, a democracia nas antigas colônias inglesas mostrava sua faceta retórica, uma vez que em momento algum fez-se forte o bastante para arrancar o poder das mãos da aristocracia ou para eliminar a escravidão das colônias do sul.

A Constituição Americana tem por marca distintiva o reconhecimento de direitos naturais inerentes a todos os seres humanos, a despeito de sua religião, raça, cor, sexo ou cultura, sendo também marcado por um profundo sentimento de igualdade e liberdade que mais tarde seria recepcionado pelos revolucionários franceses.

A Carta Americana é marcada pela forte influência liberal de Locke, bem como dos Iluministas Montesquieu e Rousseau, o que demonstra que a Declaração Norteamericana não só influenciou a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como também foi profundamente influenciada pelas idéias em circulação na França pré-revolucionária.

#### **4.3 – A REVOLUÇÃO FRANCESA**

A Revolução Francesa iniciou uma nova fase na consolidação dos Direitos Humanos, marcada pela internacionalização desses direitos. Com isso, a proteção não mais se limitou aos nacionais, mas consubstanciou-se sob a forma de garantias contra a ação do poder estatal asseguradas a todos os homens, indistintamente.

O caráter universalista da Declaração Francesa foi tão significativo que geralmente é lembrada como o marco inicial da consagração dos direitos de proteção à igualdade, liberdade e fraternidade

---

<sup>109</sup> ARRUDA, J.J. de A. História moderna e contemporânea. p.151.



A grande marca distintiva entre a declaração Francesa e as declarações Inglesas e Norte-americana é o fato de esta última haver sido elaborada para sanear problemas domésticos. Aquela, apesar de haver sido elaborada para a solução de problemas internos<sup>110</sup>, mantinha um aspecto marcadamente universalizante.

A Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão apresenta, portanto, dois tipos de direitos: a) direitos do homem, entendidos como aqueles inerentes aos homens, independentemente de sua vinculação à uma entidade política; e b) direitos do cidadão, ao contrário, inerentes àqueles vinculados à uma sociedade politicamente organizada.

Para que se possa entender as razões determinantes da formalização da Declaração Francesa de direitos, é necessário, também, que se compreenda o momento em que tal documento foi concebido.

O Século XVIII foi marcado por uma verdadeira revolução cultural que deu sustentação à revolução política, que viria mais tarde.

Os intelectuais franceses do século XVIII proporcionaram, através do movimento Iluminista, a fundamentação ideológica da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A comprovação dessa assertiva pode ser vislumbrada nas obras que foram produzidas pelos participantes do movimento, tais como Montesquieu, Rousseau e Voltaire, cujas idéias estavam marcadas pela valorização do homem e de uma *“profunda crença na razão humana e nos seus poderes.”*<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> “O estilo abstrato e geral distingue, nitidamente, a Declaração de 1789 dos Bill of Rights dos Estados Unidos. Os americanos, de modo geral, com notável exceção de Thomas Jefferson, estavam mais interessados em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que em levar a idéia de liberdade a outros povos. Aliás, o sentido que atribuíam à sua revolution, como acima lembrado, era essencialmente o de uma restauração das antigas liberdades e costumes, na linha de sua própria tradição histórica.” COMPARATO, F.K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p.115.

<sup>111</sup> FORTES, Luiz R. Salinas. *O Iluminismo e os Reis Filósofos*. p.09.

Assim, esse movimento lançou novas luzes na antiga escolástica que já se encontrava nos seus estertores, o que fazia com que a Igreja passasse a ser vista como uma instituição verdadeiramente dispensável<sup>112</sup> para a vida em sociedade.

Essa revolução intelectual forneceu as bases teóricas para o processo revolucionário francês, que ocorreu em um momento propício à transformações que se disseminaram pela Europa Ocidental e pelo Continente Americano a partir de 1776.

Entretanto, a teoria, isoladamente, não seria suficiente para desencadear o processo revolucionário. A crise econômica mergulhou grande parte da população em uma vida miserável, fato que serviu de catalisador para os acontecimentos que se seguiram.

Observe-se que, assim como na Inglaterra, a Revolução Francesa determinou o momento de ascensão ao poder pela burguesia, através da participação ativa do chamado terceiro estado.

A Revolução Francesa foi fruto direto da luta contra absolutismo monárquico, encabeçada, principalmente, pela burguesia que devido ao decrescente preço dos produtos agrícolas e com a industrialização em seus primeiros passos, apresentava sinais de fortalecimento. Com isso, a nova classe passou a aspirar o poder político.

Esse quadro revolucionário vai tomando forma, em uma sociedade bastante segmentada, com o primeiro estado formado por cerca de 120 mil religiosos, o segundo Estado formado por cerca de 350 mil nobres. Os outros 25 milhões de pessoas formavam o terceiro Estado, que acabavam por suportar a pesada carga tributária, em favor da manutenção dos privilégios da nobreza e do clero.

Saliente-se que enquanto os membros do clero e da nobreza serem isentos do pagamento de tributos, o rei esbanjava na corte, enquanto boa parte da população afundava

---

<sup>112</sup> ARRUDA, J.J. de A. *História moderna e contemporânea*. p.138.

na miséria. Diante desse quadro, a França avolumava um déficit externo no montante de 5 milhões de libras<sup>113</sup>, o dobro do seu meio circulante.

O problema econômico acirrou-se quando em 1786 a França firmou um tratado comercial com a Inglaterra, resultando na inundação de produtos manufaturados ingleses a preços baixos, forçando a incipiente indústria francesa a entrar em colapso ainda no seu nascedouro.

Como se não bastasse o fato de a economia francesa encontrar-se em decadência, o rei decidiu apoiar a independência norte-americana, o que determinou um significativo aumento dos gastos públicos. Observe-se que ao lado da precariedade da escrituração e da organização do orçamento<sup>114</sup>, a má utilização do dinheiro público era uma prática comum na França do antigo regime, como demonstra Huberman<sup>115</sup>:

*“Eu e o leitor organizamos nossa vida de maneira que nossos gastos são determinados pela nossa renda. Os governos, de modo geral, procuram fazer o mesmo. Mas o governo da França no século XVIII agia de modo oposto. Gastava o dinheiro todo, em extravagâncias, sem sistema e corruptamente. Um exemplo mostrará isso. O Livre Rouge era um Livro Vermelho contendo a lista de todas as pessoas a quem o governo dava pensões. Entre elas estava o nome de Ducrest, um barbeiro. Por que tinha ele direito a uma pensão de 1.700 libras anuais? Porque havia sido o cabeleireiro da filha do conde d’Artois. O fato de que essa filha tivesse morrido cedo, antes de ter cabelos para pentear, não tinha importância. Ducrest recebia sua pensão”.*

Diante do descontentamento geral, Louis XVI tentou restabelecer uma velha instituição feudal – os Estados Gerais – uma assembléia representativa que não se reunia desde 1614. Com essa manobra, o monarca demonstrava sua simpatia às aspirações do ter-

---

<sup>113</sup> ARRUDA, J.J. de A. *Idem*. p.158.

<sup>114</sup> LEAL, R. C. *Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia*. p.33.

<sup>115</sup> HUBERMAN, L. *História da riqueza do homem*. p.146.

ceiro Estado, propondo que o clero e a nobreza abrissem mão de seus privilégios tributários, para proporcionar ingresso suficiente para equilibrar as finanças estatais.

Saliente-se, contudo, que o Terceiro Estado, que representava 95% da população francesa, já não podia mais sofrer um ônus mais pesado do que o já suportado, pois estima-se que a tributação atingia 80% de seu rendimento<sup>116</sup>.

Apesar de determinante, o estabelecimento de privilégios na França pré-revolucionária, estendia-se a outras áreas, além da tributária. Decerto, a nobreza detinha os direitos de caça, acesso a cargos públicos e da posse de grandes fortunas. Por sua vez, o clero era detentor do direito de exploração do ensino e seus membros gozavam da garantia de serem julgados em tribunais especiais<sup>117</sup>.

Em abril 1789 foi convocada a Assembléia dos Estados Gerais, com o objetivo de convencer o Terceiro Estado a suprir o déficit governamental com o aumento da carga tributária.

O Terceiro Estado, alegando que representava a maioria da população reivindicava a indicação de um número de deputados igual ao da soma do Primeiro e do Terceiro Estados.

Apesar da vitória do Terceiro Estado, em sua reivindicação, no momento da votação os deputados foram informados que a votação seria em separado, por Estado.

---

<sup>116</sup> “...que proporção de sua renda o camponês pagava em impostos? A resposta surpreenderá. Calculou-se que nada menos de 80% dos seus ganhos eram pagos aos vários coletores de impostos! Dos 20% que restavam, ele tinha que alimentar, abrigar e vestir sua família. Não é de espantar que o camponês reclamasse. Não é de espantar que uma colheita má o deixasse à beira da fome. Nem que muitos de seus vizinhos vagassem pelas estradas como mendigos famintos.” HUBERMAN, L. *Idem*. p.147.

<sup>117</sup> LEAL, R.G. *Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia*. p.34.

Revoltados, os deputados do Terceiro Estado passam a se considerar Assembléia Nacional, ganhando a adesão de parte dos deputados do Primeiro e do Terceiro Estados, certamente influenciados pelas idéias Iluministas.

Em Junho de 1779 o Rei Louis XVI tentou fechar a Assembléia. Contudo, não logrou êxito. Assim, não lhe restou outra alternativa senão aceitar as imposições da Assembléia Nacional, que logo se proclamou Assembléia Constituinte.

Finalmente, em 26 de agosto de 1789, após abolir os privilégios feudais na França foi aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A inspiração Iluminista da Revolução Francesa determinou o seu caráter universalista, de cunho profundamente transformador. É importante destacar que os próprios revolucionários entendiam a importância do movimento e julgaram, acertadamente, que a Revolução estava dando origem a uma nova era, de modo que modificaram o calendário gregoriano e passaram a adotar o sistema métrico decimal, que logo tornou-se o padrão em todo o território francês.

Contudo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi tomada em um sentido profundamente retórico, pois logo após a execução de Luis XVI a Convenção Nacional criou o Tribunal Revolucionário, dando início a uma perseguição que mandou milhares de pessoas para o patíbulo, sem que lhes fosse ofertada qualquer oportunidade de defesa<sup>118</sup>.

O Universalismo da Revolução Francesa frutificou em pouquíssimo tempo, não só na Europa mas também em outras partes do mundo, como a Índia e até mesmo o Brasil, como se observa na inspiração ideológica da Conspiração Baiana de 1789<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> LEAL, R.G. *Idem*. p.59.

<sup>119</sup> COMPARATO, F.K.. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p.117.

Decerto, o contexto político observado durante o século XIX determina o surgimento de sentimentos nacionalistas que deflagram lutas armadas por todo o Continente Europeu. Contudo, ao lado das guerras surge também um movimento no sentido de que fosse estabelecido um patamar mínimo que pudesse assegurar a dignidade da pessoa humana, abolindo-se práticas tais como os assassinatos, o desaparecimento de presos e as torturas<sup>120</sup>.

## **5. QUARTO MOMENTO HISTÓRICO: AS DECLARAÇÕES SOCIAIS**

### **5.1 – AS CRISES DO CAPITALISMO NO SÉCULO XIX**

O quarto momento histórico é decorrência direta do desenvolvimento do capitalismo em solo europeu. Isso porque as transformações geradas na sociedade europeia foram de tamanha magnitude que acabaram por alargar o fosso existente entre os mais ricos e os mais pobres.

O capitalismo moderno não surgiu na Inglaterra por obra do acaso, mas pelo fato de a sociedade inglesa reunir as condições necessárias ao seu surgimento. Decerto, as revoluções inglesas resultaram na ascensão da burguesia ao poder, o que determinou a existência de um estado comprometido com o seu desenvolvimento econômico. Além disso, não se pode esquecer que a Inglaterra foi o berço da revolução da transformação e da produção de bens – a Revolução industrial, cuja data de início, apesar de sua imprecisão, costuma ser estabelecida em 1769, ano do advento das importantes modificações tecnológicas.

Ainda que a tarefa de datar a Revolução Industrial não seja uma das mais fáceis<sup>121</sup>, por haver sido ela um processo, e não um fato isolado, os historiadores costumam estabelecer o ano de 1769 como o ano do seu início, pois James Watt introduziu importan-

---

<sup>120</sup> LEAL, R.G. *op.cit.* p.60.

<sup>121</sup> IGLÉSIAS, Francisco. *A Revolução Industrial.* p. 51.

tes transformações na máquina a vapor, possibilitando o desenvolvimento econômico inglês.

Até o século XVIII a importância da indústria na economia inglesa era reduzida. Contudo, com a intensificação do comércio com o extremo oriente, especialmente com a Índia, bem como com a excelente produção algodoeira dos Estados Unidos, houve a explosão da indústria de processamento de algodão. Nesse contexto de abundância de matéria prima, surge o espaço propício para o advento de invenções que tornaram o processamento da fibra de modo muito mais rápido e eficaz. Com isso tem início a revolução da maquinofatura.

A utilização do metal para a fabricação dos equipamentos proporciona o desenvolvimento da indústria metalúrgica, possibilitando o advento da máquina a vapor, fato que marca o início da Revolução Industrial.

O mundo jamais seria o mesmo, pois havia nascido a indústria moderna, cuja concepção determina que a *“...máquina substituirá a ferramenta dos artesãos, a energia a vapor substituirá a energia humana ou animal.”*<sup>122</sup>

Assim, tem início o industrialismo, que determinou uma profunda transformação estrutural no modo de produção de riquezas, com a passagem à maquinofatura e o conseqüente abandono da manufatura, de sorte que a produção de bens deixa de ser individualizada e passa a ser seriada.

Como resultado, a produção industrial assumiu proporções ciclópicas, o que causou o desaparecimento dos artesãos, para dar lugar às fábricas, que passaram a lançar produtos no mercado a uma velocidade crescente. Diante desse fenômeno o consumidor tornou-se um sujeito indeterminado.

---

<sup>122</sup> ARRUDA, J. J. de A. *História moderna e contemporânea*. p.125.

Até 1830 a Revolução Industrial ficou praticamente limitada à Inglaterra. A França teve sua industrialização retardada não só devido a fatores políticos, pois ainda estava mergulhada nos efeitos da Revolução de 1789, mas também pela inexistência de carvão em solo francês. Tanto a Itália quanto a Alemanha tiveram enormes dificuldades para iniciar o seu processo de industrialização, devido à inexistência de um Estado unificado, o que veio a ocorrer somente na Segunda metade do século XIX. Com isso, a Inglaterra garantiu sua hegemonia econômica não só no continente europeu, mas em todo o mundo.

A revolução industrial determinou a redução do valor dos produtos, de modo que houve a explosão do consumo, o que estimulou o incremento da produção<sup>123</sup>, estabelecendo-se, desta forma, um ciclo virtuoso, que permitia o desenvolvimento econômico inglês em velocidade jamais imaginada. Tais acontecimentos possibilitaram um maior nível de acumulação por parte da burguesia inglesa.

A supremacia industrial da Inglaterra era incontestável, somente sendo alcançada pelos demais países europeus após a Segunda metade do século XIX.

Deste modo, a Inglaterra tornara-se a “*fábrica do mundo*”<sup>124</sup>. Contudo, desde o início do século XIX o sistema de produção britânico já enfrentava uma crescente concorrência. Decerto, após o século XIX outros países também iniciaram sua corrida para a implementação de uma economia industrializada. Assim, a Inglaterra, que antes detinha o monopólio da produção industrial, agora achava-se inserida em um processo de competição predatória.

Esses fatos concorreram de forma bastante nítida para o surgimento de uma nova classe social, responsável pelas transformações que iriam ser produzidas no século seguinte – o proletariado.

---

<sup>123</sup> ARRUDA, J. J. de A. *Idem.* p.133.

<sup>124</sup> OLIVEIRA, Marcos Fábio Martins de, RODRIGUES, Luciana (org.). *Capitalismo: do gênese à crise atual.* p.26.



O proletariado surgiu não só como uma nova classe social, mas como fruto de uma verdadeira revolução no modo de produção capitalista, posto que até o início do século XIX a economia européia era basicamente agrícola, o que determinava ser sua população predominantemente rural. Com a Revolução Industrial esse quadro se inverteu, pois a economia passou a ser liderada pelas indústrias, gerando um grande incremento na população urbana.

Essa transformação não se deu de modo pacífico, pois muitos camponeses foram destituídos de suas terras para que o lucro do proprietário pudesse ser maximizado, através de seu arrendamento<sup>125</sup>. Este fato determinou um grande êxodo rural observado em terras européias a partir do século XVIII<sup>126</sup>.

Como resultado desse movimento, surge uma massa de trabalhadores mais informados acerca de seus direitos e da real situação na qual eram posicionados na sociedade. Essa assertiva revela-se verdadeira, quando se constata a luta contra o voto censitário.

Isso porque as revoluções burguesas produziram uma profunda valorização da liberdade e da igualdade, que passaram a ser apregoadas como valores fundamentais da sociedade capitalista. Não demorou muito para que se passasse a perceber que tanto a igualdade quanto a liberdade não eram mais que figuras de retórica, já que o advento da industrialização aprofundou o fosso existente entre os muito ricos e os muito pobres.

---

<sup>125</sup> HUBERMAN, L. *op.cit.* p.164.

<sup>126</sup> “Foi na Inglaterra que o capitalismo em grande escala se desenvolveu a princípio, e por isso suas origens ali são mais evidentes. Vimos nos capítulos anteriores como o fechamento de terras e a elevação dos arrendamentos, no século XVI, expulsaram muitos camponeses de suas plantações para as estradas, onde se tornaram mendigos, vagabundos, ladrões. Assim criou-se cedo uma classe trabalhadora livre e sem propriedades. O fechamento de terras ocorreu novamente no século XVII e em princípios do século XIX. Foi então muito mais amplo, e dessa forma o exército de infelizes sem terra, que tinham de vender sua força de trabalho em troca de salário aumentou tremendamente. Enquanto os fechamentos do século XVI encontraram muita resistência, não só dos prejudicados, mas também do governo, receoso de violência da parte das massas levadas à fome, os fechamentos do século XVII foram realizados com a proteção da lei. Leis de Fechamento baixadas por um governo de latifundiários e para os latifundiários eram a ordem do dia. O trabalhador com terra tornou-se o trabalhador sem terra – pronto, portanto, a ir para a indústria como assalariado.” HUBERMAN, L. *História da riqueza do homem.* p.165.

Assim, aqueles que de nada dispunham, além da própria força de trabalho, para que pudessem prover o seu sustento e o de sua família, sujeitavam-se às cruéis exigências do mercado, tais como o turno de 14 horas ininterruptas, sem ao menos o direito de parar para beber água<sup>127</sup>.

Com a busca da otimização dos lucros, os capitalistas passaram a explorar a mão de obra infantil<sup>128</sup>, pois as mulheres e crianças, estavam acostumadas a perceber salários menores<sup>129</sup> que os adultos do sexo masculino.

Assim, se em um primeiro momento o direito de liberdade foi estabelecido contra o Estado, o mercado, sem qualquer constrangimento, passa a tolher esse direito, diante da incessante busca de uma liberdade meramente formal.

<sup>127</sup> HUBERMAN, L. *Idem*. p.178.

<sup>128</sup> A exploração do trabalho infantil, dos primórdios do capitalismo revela a dimensão da reificação do ser humano, reduzido à condição inferior a de um animal, como demonstra HUBERMAN, L. *op.cit*. p.179: “*Perante uma comissão do Parlamento em 1816, o Sr. John Moss, antigo capataz de aprendizes numa fábrica de tecidos de algodão, prestou o seguinte depoimento sobre as crianças obrigadas ao trabalho fabril:*

*‘Eram aprendizes órfãos? – todos aprendizes órfãos.*

*‘E com que idade eram admitidos? – os que vinham de Londres tinham entre 7 e 11 anos. Os que vinham de Liverpool, tinham de 8 a 15 anos.*

*‘Até que idade eram aprendizes? – até 21 anos.*

*‘Qual o horário de trabalho? – das 5 da manhã até 8 da noite.*

*‘Quinze horas diárias era um horário normal? - sim.*

*‘Quando as fábricas paravam para reparos ou falta de algodão, tinham as crianças, posteriormente, de trabalhar mais para recuperar o tempo parado? – sim.*

*‘As crianças ficavam de pé ou sentadas para trabalhar? – de pé.*

*‘Durante todo o tempo? – Sim.*

*‘Havia cadeiras na fábrica? – Não, encontrei com frequência crianças pelo chão, muito depois da hora em que deveriam estar dormindo.*

*‘Havia acidentes nas máquinas com as crianças? – Muito frequentemente.” In Report of the Minutes of Evidence Taken Before the Selected Comitee on the State of the Children in the Manufactories, 1816, politic (sic) 178-180.*

<sup>129</sup> “Os capitalistas achavam que podiam fazer como bem entendessem com as coisas que lhes pertenciam. Não distinguiam entre suas ‘mãos’ e as máquinas. Não era bem assim – como as máquinas representavam um investimento, e os homens não, preocupavam-se mais com o bem-estar das primeiras.

Pagavam os menores salários possíveis. Buscavam o máximo de força de trabalho pelo mínimo necessário para pagá-las. Como mulheres e crianças podiam cuidar das máquinas e receber menos que os homens, deram-lhes trabalho, enquanto o homem ficava em casa, frequentemente sem ocupação. A princípio, os donos das fábricas compravam o trabalho das crianças pobres, nos orfanatos; mais tarde, com os salários do pai operário e da mãe operária não eram suficientes para manter a família, também as crianças que tinham casa foram obrigadas a trabalhar nas fábricas e minas. Os horrores do industrialismo se revelam melhor pelos registros do trabalho infantil daquela época.” HUBERMAN, L. *Idem*. p.178.

O mesmo ocorria com o direito de igualdade que era assegurado sem que se observasse que a sociedade carecia de meios necessários para tornar tais direitos eficazes.

Nesse contexto histórico, surge o Manifesto Comunista de Marx (1848), que fornece a base teórica necessária para a crítica do Estado liberal burguês<sup>130</sup>.

O entendimento então predominante estabelecia a necessidade de uma intervenção estatal para que os direitos à liberdade e à igualdade fossem efetivamente assegurados<sup>131</sup>.

Dessa forma, nascem os chamados direitos humanos de Segunda geração, consubstanciados em prestações estatais positivas que visavam reduzir o fosso existente entre os mais ricos e os mais pobres, assegurando uma existência mais digna àqueles desprovidos da propriedade dos meios de produção.

Nesse processo mostra-se marcante a Constituição Francesa de 1848, que é apontada por muitos<sup>132</sup> como o germe do *Welfare State*, que irá se consolidar somente na segunda metade do século XX.

## 5.2. A CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 1917

---

<sup>130</sup> Diante da crise a Igreja Católica manifesta-se contra a supervalorização do capital e o verdadeiro desperdício de vidas humanas em diversos documentos, tais como a encíclica *Rerum Novarum*, que foi editada no ano de 1891 pelo Papa Leão XII.

<sup>131</sup> “Depois que a Revolução acabou, foi a burguesia quem ficou com o poder político na França. O privilégio de nascimento foi realmente derrubado, mas o privilégio do dinheiro tomou seu lugar. ‘Liberdade, Igualdade, Fraternidade’ foi uma frase popular gritada por todos os revolucionários, mas que coube principalmente à burguesia desfrutar.” HUBERMAN, L. *op.cit.* p.151.

<sup>132</sup> COMPARATO, F.K. *A afirmação história dos direitos humanos.* p.149.

É com a Constituição Mexicana de 1917<sup>133</sup>, coetânea, portanto, da Revolução Russa, que se tem o estabelecimento do marco histórico das chamadas constituições sociais.

A grande importância da Constituição Mexicana foi o fato de elevar à categoria de direitos fundamentais os direitos decorrentes das relações de trabalho, proibindo, ou ao menos, reduzindo a possibilidade de mercantilização do trabalho<sup>134</sup>, bem como a implantação da reforma agrária, sendo o México o primeiro País a realizá-la em terras latino-americanas.

### 5.3. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE WEIMAR – 1919

A Constituição Alemã de 1919 é fruto de um processo de deterioração econômica e política de um País arrasado pela Primeira Guerra Mundial, em decorrência da assinatura do Tratado de Versalhes.

O estabelecimento da República na Alemanha foi fruto de uma revolta das tropas e dos trabalhadores diante de um governo que se recusava a pôr um fim à I Guerra Mundial.

Diante das sucessivas crises, o *Kaiser* Wilhelm II teve de ceder às pressões e abdicou do Trono Alemão. Como consequência, o socialista Friedrich Ebert (1871-1925) foi designado para o exercício da função de Chanceler. No exercício de suas funções, Ebert convocou uma assembléia constituinte que se reuniu na cidade de Weimar aprovando uma constituição adiantadíssima para a época.

---

<sup>133</sup> “É importante lembrar que esta Constituição é fruto de uma revolução iniciada em 1910 que mantém o país em luta armada durante 07 (sete) anos, propiciando transformações políticas importantes ao quebrar o poder dos grupos que governam o México sob um regime ditatorial, por mais de 30 (trinta) anos – entre 1876 e 1910.” LEAL, R.G. *Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia*. p.64.

<sup>134</sup> COMPARATO, F.K. *op. cit.* p.172.

O texto constitucional inovador contemplava: jornada de trabalho de 8 horas, reconhecimento do direito do voto feminino e prestações assistenciais aos necessitados da população, a igualdade jurídica entre marido e mulher, mas acima de tudo, caracterizou-se pelo fato de conceder aos direitos sociais o *status* de normas fundamentais, oponíveis ao próprio Estado, fato que representa a consolidação do Estado social de direito.

A República de Weimar manteve-se em equilíbrio precaríssimo, diante de uma elevadíssima taxa inflacionária observada no período pós-guerra, assim como uma crise social agravada pelo pesado encargo financeiro gerado pelo Tratado de Versailles.

Contudo, a República acabou sucumbindo com a crise econômica mundial de 1929. Mesmo assim, a importância da constituição alemã de 1919 não pode ser apagada, uma vez que marca o início da proteção social institucionalizada.

## **6. QUINTO MOMENTO HISTÓRICO**

O quinto momento histórico é marcado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Esse momento tem início nos estertores da II Guerra Mundial, quando o mundo assistia, perplexo, as atrocidades cometidas no curso da batalha, especialmente contra a população civil.

Diante desses fatos, constatou-se a necessidade de estabelecer limites necessários e inafastáveis à ação dos estados, visando o estabelecimento de um mínimo comportamental que assegurasse o respeito à dignidade da pessoa humana.

---

## **7. SEXTO MOMENTO HISTÓRICO: A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

O último momento histórico tratado será marcado pela internacionalização da proteção aos direitos humanos, que passou a caminhar a passos largos a partir do término da II Guerra Mundial. Com isso, revelou-se uma nova ferramenta do complexo fenômeno da globalização.

Com o processo de internacionalização do cotidiano, houve uma transformação radical na dimensão do poder estatal, possibilitando a interferência da comunidade internacional, nos assuntos locais, visando a proteção do ser humano enquanto valor fundamental que não reconhece as fronteiras traçadas, como se verá mais detalhadamente a seguir.

## SEÇÃO III O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

### 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A globalização dos direitos humanos é fruto direto do processo de internacionalização do cotidiano, cujo incremento de intensidade vem sendo sentida, especialmente nos anos que se seguiram à II Guerra Mundial.

Nesse contexto, a comunidade internacional tem dirigido suas atenções à proteção do ser humano, de modo que os tratados internacionais passaram a desempenhar uma importante função, na transformação dos valores que devem balizar tanto a atividade estatal quanto a dos particulares.

### 2. RAZÕES DE SEU SURGIMENTO

Já no início do século XX, a Comunidade Internacional vislumbrava a necessidade de estabelecimento de mecanismos de proteção ao indivíduo, de modo que após a I Guerra Mundial já se tinha notícia do surgimento de um movimento que visou dar maior proteção aos direitos do homem no âmbito internacional, como assevera Vasak<sup>135</sup>:

*“Na confusa situação internacional posterior à Primeira Guerra Mundial, surgiu já uma certa idéia dos direitos do homem, e isso a dois níveis: por um lado, como direitos individuais, quando o presidente Wilson preconizou a inclusão da igualdade confessional no Pacto da Sociedade das Nações, proposta que não teve seguimento.*

---

<sup>135</sup> VASAK, K. *As dimensões internacionais dos direitos do homem: manual destinado ao ensino dos direitos do homem nas universidades.* p.37.

*Por outro lado, por intermédio da protecção das minorias, em particular nos Estados criados na Europa central, sistema que assentava na noção de direitos colectivos e que foi institucionalizado pela Sociedade das Nações, tendo mesmo contribuído, segundo alguns autores, para o fracasso da sociedade”.*

Com o fim da II Guerra Mundial surgiu o Direito Internacional dos direitos humanos como uma resposta concreta às atrocidades cometidas durante uma guerra de destruição total. Na oportunidade, 38 milhões de pessoas perderam suas vidas de modo brutal e outras tantas foram coisificadas em campos de concentração<sup>136</sup>.

Sobre o movimento de internacionalização dos direitos humanos assim se pronuncia Piovesan<sup>137</sup>:

*“O movimento de internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, surgindo a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como grande violador de direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no extermínio de 11 milhões de pessoas(sic). O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeitos de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça ariana. No dizer de Ignacy Sach, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial.”*

Saliente-se, contudo, que o ideal nazista de limpeza étnica não foi a única manifestação de barbárie contra o gênero humano constatada no século XX. Pode-se citar como exemplo o fato de que em 1915 a Turquia promoveu a deportação de toda população

---

136 “Em face do regime de terror, no qual imperava a lógica da destruição e no qual as pessoas eram consideradas descartáveis, ou seja, em face do flagelo da Segunda Guerra Mundial, emerge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional”. PIOVESAN, F. *Temas de direitos humanos*. p.22.

137 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p.129.



armênia, sob a alegação de manterem relações indesejáveis com o império russo. Essa diáspora envolveu 3 milhões de indivíduos, dos quais apenas um terço sobreviveu.

Acerca desse genocídio ocorrido no início do século XX, manifestou-se Hobsbawm<sup>138</sup>:

*“Assim o mundo acostumou-se a expulsão e matança compulsórias em escala astronômica, fenômeno tão conhecido que foi preciso inventar novas palavras para eles: ‘sem estado’ (‘apátrida’) ou ‘genocídio’. A primeira Guerra Mundial levou à matança de um incontável número de armênios pela Turquia – o número mais habitual é de 1,5 milhão-, que pode figurar como a primeira tentativa moderna de eliminar toda uma população. Foi seguida depois pela mais conhecida matança nazista de cerca de 5 milhões de judeus – os números permanecem em disputa (Hillberg, 1985). A Primeira Guerra Mundial e a Revolução Russa forçaram milhões de pessoas a se deslocarem como refugiados ou por compulsórias ‘trocas de população’ entre Estados, que equivaliam à mesma coisa. Um total de 1,3 milhão de gregos foi repatriado para a Grécia, sobretudo da Turquia; 400 mil turcos foram decantados no Estado que os reclamava; cerca de 200 mil búlgaros passaram para o diminuído território que tinha o seu nome nacional; enquanto 1,5 ou talvez 2 milhões de nacionais russos, fugindo da Revolução Russa ou no lado perdedor da Guerra Civil russa, se viram sem pátria. Foi sobretudo para estes, mais do que para os 300 mil armênios que fugiram ao genocídio, que se inventou um novo documento para aqueles que, num mundo cada vez mais burocratizado, não tinham existência burocrática em qualquer Estado: o chamado passaporte de Nansen da Liga das Nações, com o nome do grande explorador ártico que fez uma Segunda carreira como amigo dos sem-amigos. Numa estimativa por cima, os anos 1914-22 geraram entre 4 e 5 milhões de refugiados”.*

Saliente-se, entretanto, que a proteção internacional aos direitos humanos é fruto de um longo processo histórico diretamente relacionado a dois fenômenos distintos, mas igualmente importantes: a reestruturação do conceito de soberania, com sua relativização; e a *“redefinição do status do indivíduo no cenário internacional”*<sup>139</sup>.

<sup>138</sup> HOBSBAWM, Eric. *A Era dos Extremos: O breve século XX: 1914-1991*. p. 57.

<sup>139</sup> PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional*. p.123.

Nesse processo, destacam-se como marcos históricos: o surgimento do Direito Humanitário, a criação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, consolidando a formação de um sistema de proteção internacional à pessoa humana.

O surgimento do Direito Humanitário está diretamente relacionado à formulação de regras específicas estabelecidas para a proteção, em caso de guerra, dos militares postos fora de ação, bem como da população civil vitimada.

O embrião do Direito Humanitário é encontrado, segundo Comparato<sup>140</sup>, na Convenção de Genebra de 1864, que se concretiza como a primeira tentativa de estabelecimento de direitos do homem na esfera internacional. Já no começo do século XX a Convenção de Genebra foi revista, através da celebração de outros tratados que passaram a regulamentar o chamado direito de guerra, como demonstra Comparato<sup>141</sup>:

*“Na primeira metade do século XX, a Convenção de Genebra de 1864 foi revista, a fim de se estenderem seus princípios aos conflitos marítimos (Convenção de Haia de 1907) e aos prisioneiros de Guerra (convenção de Genebra de 1929). Em 1925, outra Convenção, igualmente assinada em Genebra, proibiu a utilização, durante a guerra, de gases asfixiantes ou tóxicos, bem como de armas bacteriológicas. As convenções sobre soldados feridos e prisioneiros de guerra foram revistas e consolidadas em três convenções celebradas em Genebra em 1949, sob os auspícios da Comissão Internacional da Cruz Vermelha. Na mesma ocasião, foi celebrada uma Quarta convenção, tendo por objeto a proteção da população civil em caso de guerra.”*

O surgimento da Liga das Nações, em 1919, teve como causa imediata a I Guerra Mundial e tinha por objetivo o estabelecimento de mecanismos que tinham por finalidade assegurar a paz mundial, a segurança internacional e a solução pacífica de proble-

---

<sup>140</sup> COMPARATO, F.K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p.196.

<sup>141</sup> COMPARATO, F.K. *op. cit.* p.153.

mas. Contudo, a eficácia da Liga mostrou-se bastante questionável, como demonstra Hobsbawm<sup>142</sup>:

*“A Liga das Nações foi de fato estabelecida como parte do acordo de paz e revelou-se um quase total fracasso, a não ser como uma instituição para coleta de estatísticas. Contudo, em seus primeiros dias resolveu uma ou duas disputas menores, que não punham a paz mundial em grande risco, como a da Finlândia e Suécia sobre as ilhas Åland. A recusa dos EUA a juntar-se à Liga das Nações privou-a de qualquer significado real.”*

Apesar de seu fracasso, uma vez que foi criada com o objetivo expresso de preservar a paz, a Liga das Nações desempenhou um papel importantíssimo no estabelecimento de direitos humanos em uma fase incipiente, como demonstra a lição de Piovesan<sup>143</sup>:

*“A Convenção da Liga das Nações, de 1920, continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos, destacando-se as voltadas ao mandate system of the league, ao sistema das minorias e aos parâmetros internacionais do direito ao trabalho – pelo qual os Estados comprometiam-se a assegurar condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças. Estes dispositivos representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta, na medida em que a Convenção da Liga estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela Comunidade Internacional contra os Estados que violassem suas obrigações. Redefinia-se, deste modo, a noção de soberania absoluta do Estado, que passava a incorporar, em seu conceito, compromissos e obrigações de alcance internacional, no que diz respeito aos direitos humanos.”*

Outra instituição de relevância para a internacionalização dos Direitos Humanos foi a Organização Mundial do Trabalho, criada pelo Tratado de Versalhes, de 1919<sup>144</sup>, tinha por finalidade o estabelecimento de padrões internacionais de condições laborativas.

<sup>142</sup> HOBBSAWM, E. *A Era dos Extremos: O breve século XX: 1914-1991*. p.42.

<sup>143</sup> PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. p.124.

<sup>144</sup> HUSEK, Carlos Roberto. *Elementos de Direito Internacional Público*. p.105.

Segundo o entendimento de Piovesan<sup>145</sup>, o surgimento do Direito Humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho contribuiu para a transformação do Direito Internacional, ao modificar o entendimento de que somente os Estados poderiam ser sujeitos internacionais.

Diante dessa nova concepção, os indivíduos passaram a ser objeto de proteção por parte da comunidade internacional, de modo que os Estados passaram a conviver com o novo conceito de soberania, que admite intervenções na ordem interna, com o escopo de proteger a proteção individual.

É no contexto histórico posterior à II Guerra Mundial que se redesenhou a atuação da Comunidade Internacional no sentido de proteger os Direitos Humanos, através da intensificação da internacionalização desses direitos.

Nesse processo, o Tribunal de Nuremberg significou um “*poderoso impulso ao movimento de internacionalização dos direitos humanos*”<sup>146</sup>. Decerto, diante das atrocidades cometidas pela humanidade contra ela mesma, o julgamento dos criminosos nazistas demonstrou a imperiosa necessidade de proteção efetiva dos valores universais concernentes à dignidade da pessoa humana, em detrimento do princípio soberania estatal, como ensina Piovesan<sup>147</sup>:

*“O significado do Tribunal de Nuremberg para o processo de internacionalização dos direitos humanos é duplo: não apenas consolida a idéia da necessária limitação da soberania nacional, como também reconhece que os indivíduos têm direitos protegidos pelo Direito Internacional”*

---

<sup>145</sup> PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. p.125.

<sup>146</sup> PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p.132.

<sup>147</sup> PIOVESAN, F. *op. cit.* p.135.

Assim, a proteção da dignidade inerente ao representante do gênero humano deixou de ser mera aspiração quimérica para tornar-se matéria de concreto interesse universal.

Diante desse fenômeno, os países passaram a compreender a necessidade de reconhecimento de padrões éticos universais. Com isso os Estados passaram a aceitar a interferência da própria comunidade universal em seus assuntos domésticos.

### 3. A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS DE 1945

A Segunda Guerra representou um fator de extrema importância na transformação do cenário político e econômico mundial, pois possibilitou a afirmação dos Estados Unidos e da União Soviética como potências hegemônicas, dividindo o mundo em duas grandes zonas de influência.

Em contrapartida, observou-se uma redução temporária da influência dos países europeus, destruídos pelo conflito, na comunidade internacional.

Decerto, a Segunda Guerra Mundial representou, em certos termos, a continuação dos conflitos interrompidos em 1918. Nesse contexto, constata-se que a Liga das Nações não se mostrou capaz de evitar ressurgimento do confronto.

Entretanto, a idéia da formação de um organismo internacional dotado de força suficiente para manter a paz mundial não foi abandonada.

As idéias iniciais a respeito da formação da ONU são encontradas na mensagem endereçada pelo Presidente norte-americano Franklin D. Roosevelt ao Congresso, bem como na “*Carta do Atlântico*”, de 14 de agosto de 1941, como demonstra Comparato<sup>148</sup>:

---

<sup>148</sup> COMPARATO, F.K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. p.201.

*“Na primeira parte de sua mensagem sobre o estado da União de 6 de janeiro de 1941, o Presidente Norte-americano procurou demonstrar que os Estados Unidos, por razões de decência e de segurança nacional, não poderiam permanecer indiferentes diante do assalto à liberdade dos povos, que vinha sendo perpetrado pelos países do Eixo (Alemanha, Itália e Japão). Na segunda parte de seu discurso, o Presidente traçou as linhas gerais do que deveria ser a política internacional dos Estados Unidos, no esforço de reconstrução do mundo no pós-guerra:*

.....  
*Na ‘Carta do Atlântico’, Roosevelt e Churchill declararam que o objetivo comum a seus países, na guerra em curso, era o respeito pelo direito de todos os povos de escolher a sua própria forma de governo, bem como a intenção de lutar para a restauração dos direitos soberanos e de autogoverno, para todos aqueles que foram deles privados pela força. Os signatários obrigavam-se a promover igual acesso de todos os Estados ao comércio mundial e ao suprimento de matérias-primas. Declararam esperar promover a colaboração mundial para a melhoria dos padrões de trabalho, o progresso econômico e a previdência social. Comprometerem-se, após a destruição da ‘tirania nazista’, a procurar estabelecer uma situação de paz em que todas as nações pudessem viver com segurança dentro de suas fronteiras, sem medo nem penúria.”*

Mesmo durante a Guerra, em 1942, vários representantes de vinte e seis Estados reuniram-se na cidade norte-americana de Washington, onde elaboraram a Declaração das Nações Unidas.

A Carta transformou-se no projeto que seria o embrião da Organização, fundada em 26 de junho de 1945, pela adesão de 51 países, ao término da Conferência de São Francisco.

A importância da Organização das Nações Unidas é demonstrada por Piovesan<sup>149</sup>:

---

<sup>149</sup> PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p.137.

*“A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, o alcance da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, o alcance de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos.”*

A importância da criação na Organização das Nações Unidas já se mostra em seu instrumento constitutivo. Isso porque a Carta das Nações Unidas estabelece como objetivo a ser perseguido a proteção aos direitos humanos, como se pode ver da transcrição de seu artigo 55:

*“Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:*

- a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;*
- b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e*
- c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”*

Observe-se, entretanto, que a Carta das Nações Unidas não define a extensão da expressão “*direitos humanos*”. Contudo, a sua importância mostra-se pela constatação de que o documento estabeleceu um alcance universal ao instituto.

A melhor delimitação do conteúdo da expressão “*direitos humanos*” somente viria a ser levada a cabo três anos mais tarde, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, como se verá a seguir.

---

#### 4. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi redigida ainda sob o impacto das barbáries cometidas contra a humanidade ao longo da Segunda Guerra Mundial.

Deve-se salientar, contudo, que o processo de formação do direito internacional dos direitos humanos iniciou o seu processo de gestação a partir da década de 20, com diversas propostas de cunho privado, de forma que em 1948, contava-se com 18 projetos<sup>150</sup>.

Entretanto, o projeto de autoria de René Cassin foi aprovado pela Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, data que ficou mundialmente conhecida como o dia mundial dos direitos do homem<sup>151</sup>.

---

150 VASAK, K. *As dimensões internacionais dos direitos do homem: manual destinado ao ensino dos direitos do homem nas universidades*. p.37.

151 “Algumas críticas severas são impostas aos redatores da Declaração dos Direitos do Homem, quase todas vinculadas ao fato de inexistir uma base teórica homogênea ao seu conteúdo. O resultado desta polêmica é evidenciado nas seguintes situações:

- a) *No corpo da Declaração, a diferença entre direitos humanos e direitos do cidadão se esvazia, ao serem integrados todos esses direitos na categoria única de direitos humanos.*
- b) *A Declaração não guarda vínculos mínimos com o presente, ou mesmo com o passado recente, pois deixa de apresentar referências a fenômenos que têm despertado a indignação de todo o mundo, e tampouco condenado com explicitude as violações dos direitos humanos. Por exemplo, o art. 30 da Declaração proíbe todos os atos que são dirigidos à própria destruição dos direitos e liberdades nela garantidos, e, na verdade, este é um tratamento da questão profundamente negativo, principalmente no que tange ao universo de outros direitos não-listados;*
- c) *Isto já demonstra que a Declaração carece de um caráter político mais definido, o que a faz não ocupar uma posição clara na escala de valores políticos vigentes à sua época. É óbvio que tal enquadramento teórico neutral pôs em cheque a questão fundamental do problema internacional dos direitos humanos, ou seja, se é possível se estabelecer uma declaração racional e efetiva sem que se possua um caráter político estabelecido;*
- d) *Ainda que na Declaração se faça menção aos direitos econômicos, sociais e culturais, ela é enfrentada de forma superficial, comparável aos demais direitos contemplados (cinco artigos num universo de trinta);*
- e) *Com exceção de um parágrafo do art. 29, inexistente referência na Declaração para alguma contrapartida dos direitos do homem, isto é, de seus deveres, principalmente que se sabe que, hoje, o problema dos deveres não está solucionado em todos os campos que interessam à sociedade contemporânea. Assim, a relação entre o Estado e o indivíduo não se apresenta proporcional ou simétrica: é o homem, o cidadão, quem está ameaçado, e não o Estado.” LEAL, R.G. Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia. p.87-88.*



A Carta das Nações Unidas contou com a adesão inicial de 48 Estados, apesar do fato de haver sido verificada a abstenção de oito países, a maioria do Bloco Comunista<sup>152</sup>, que aderiram à Declaração somente no ano de 1975, por ocasião da realização da Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa.

O documento mostra sua importância pela constatação de que consolida o reconhecimento da existência de um vetor ético universal<sup>153</sup>, que deve permear o respeito ao ser humano em todas as relações.

Desta forma, a partir de 1948, com a proclamação da Declaração Universal dos direitos humanos, teve início um movimento de internacionalização desses direitos, estabelecendo e garantindo um patamar mínimo de valores a serem universalmente perseguidos.

Vieira<sup>154</sup> assim demonstra a natureza e extensão do fenômeno:

*“...cabe lembrar que os problemas que afetam a humanidade e o planeta atravessam fronteiras e tornam-se globais com o processo de globalização que se acelera neste final de século XX. Questões como produção, comércio, capital financeiro, migrações, pobreza, danos ambientais, desemprego, informatização, telecomunicações, enfim, grandes questões econômicas, sociais, ecológicas e políticas deixaram de ser apenas nacionais, tornaram-se transnacionais.”*

<sup>152</sup> Bielorrússia, Checoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, URSS, África do Sul e Iugoslávia.

<sup>153</sup> PIOVESAN, Flávia. F. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. p.143, demonstra a importância da Declaração Universal, no reconhecimento dos valores supremos de igualdade e liberdade da forma seguinte:

*“A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, vem a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.”*

<sup>154</sup> VIEIRA, L. *Cidadania e globalização*. p.32.

De qualquer modo, pode-se estabelecer que o reconhecimento da existência de direitos humanos representa um inominável avanço da humanidade, no sentido de possibilitar o estabelecimento de padrões axiológicos em âmbito universal.

A internacionalização dos direitos humanos mostra-se como sendo uma alternativa pacífica de estabelecimento de programas éticos mínimos, objetivando a preservação de valores capazes de proporcionar o pleno exercício das potencialidades humanas.

Deve-se destacar, contudo, que nessa nova etapa do desenvolvimento da humanidade, a Declaração firmada não se concretiza como um instrumento dotado de força jurídica vinculante, capaz de obrigar os Estados signatários em caso de violação.

Isso porque, em se revestindo da forma de mera declaração, o documento de 1948, mostra a sua natureza de recomendação, isenta de força executória. Contudo, tal fato não reduz a sua importância, uma vez que o documento estabelece padrões éticos mínimos a serem observados como necessários à garantia da dignidade da pessoa humana.

Observe-se que o movimento da humanidade no sentido de garantir os direitos humanos observa dois vetores específicos: um no sentido de que haja cada vez mais um sistema internacional de proteção aos direitos humanos e um outro no sentido de promover uma ampliação do leque de direitos.

Quanto ao segundo fenômeno, Ferreira Filho<sup>155</sup> (1999:68) citando Philip Alston<sup>156</sup> afirma que a multiplicação dos direitos humanos no âmbito internacional também pode trazer conseqüências negativas, diante da vulgarização da idéia, especialmente diante

---

<sup>155</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. p.68.

<sup>156</sup> In *Conjuring up new humanitarian rights: a proposal for quality control*. *American Journal of International Law*, 1984, p.607.

da inexistência de um critério claro e objetivo que permita a classificação de um direito como essencial à dignidade da pessoa humana, como se pode ver da transcrição seguinte:

*“Philip Alston chama atenção, em interessante artigo, para isso. Assinala a tendência da ONU e de outros corpos internacionais de proclamarem, a torto e a direito, direitos ‘fundamentais’, sem critério objetivo algum. E registra novos direitos em vias de serem solenemente declarados fundamentais – direito ao turismo, direito ao desarmamento – afora já propostos – direito ao sono, direito de não ser morto em guerra, direito de não ser sujeito de trabalho aborrecido, direito à co-existência com a natureza, direito de livremente experimentar modos de viver alternativos etc.”*

A vulgarização apontada pelo autor evidencia o perigo de que os direitos humanos sejam cada vez mais transformados em meras peças retóricas, sem qualquer significado pragmático. Tal processo resultaria em um inquestionável prejuízo para as gerações futuras, o que haveria de representar um evidente retrocesso, podendo representar uma real ameaça à dignidade da pessoa humana.

Visando evitar a inflação de direitos, cujos efeitos seriam axiomáticamente danosos ao sistema, Ferreira Filho<sup>157</sup> cita os sete critérios propostos por Philip Alston para a determinação da fundamentalidade do direito, da forma seguinte:

*“O próprio Alston indica seis (sic) critérios, mais preocupado com a inserção de tais direitos no plano internacional em geral e no da ONU em particular. A seu ver, um direito para ser admitido entre os human rights deve:*

- refletir um fundamentalmente importante valor social;*
- ser relevante, inevitavelmente em grau variável num mundo de diferentes sistemas de valor;*
- ser elegível para reconhecimento com base numa interpretação das obrigações estipuladas na Carta das Nações Unidas, numa reflexão a propósito das normas jurídicas costumeiras, ou nos princípios gerais de direito;*

<sup>157</sup> FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos Humanos Fundamentais*. p.68.

- *ser conseqüente com o sistema de direito internacional relativo aos direitos humanos, e não meramente repetitivo;*
- *ser capaz de alcançar um alto nível de consenso internacional;*
- *ser compatível, ou ao menos não claramente incompatível com a prática comum dos Estados; e*
- *ser suficientemente preciso para dar lugar a direitos e obrigações identificáveis.’’*

Em se considerando a Declaração Universal não se concretiza sob a forma de um tratado internacional, dotado de força vinculante, após sua formulação, iniciou-se um movimento no sentido de transformar os valores exarados pelo aludido documento, sob a forma de instrumentos estabelecadores de obrigações para os Estados signatários, o que veio a ser concretizado pela adoção de tratados internacionais de direitos humanos, que serão objeto de análise no próximo capítulo.

## CAPÍTULO II OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

### SEÇÃO I OS TRATADOS INTERNACIONAIS

#### 1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Da mesma forma que os homens agrupam-se para dar existência à uma sociedade, os sujeitos de direito internacional agrupam-se para formar a sociedade universal, engendrada a partir da necessidade de convivência e cooperação entre as nações.

A internacionalização do cotidiano é uma das marcas de nosso tempo, pois em nenhuma outra oportunidade o homem viveu numa dimensão marcada pela inexistência, ou ao menos pela reduzida importância das fronteiras políticas ou mesmo culturais. A Constituição Brasileira reconhece a importância do fenômeno, positivando princípios que devem balisar o comportamento do Estado Brasileiro em suas relações exteriores<sup>158</sup>.

A data de início desse processo de internacionalização do cotidiano não pode ser fixada com precisão. No entanto, concebe-se que esse movimento teve início nos primór-

---

<sup>158</sup> Art. 4º da Constituição Brasileira:

*“A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:*

*I – independência nacional;*

*II – Prevalência dos direitos humanos;*

*III – autodeterminação dos povos;*

*IV – não intervenção;*

*V – Igualdade entre os Estados;*

*VI – defesa da paz;*

*VII – solução pacífica dos conflitos;*

*VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;*

*IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;*

*X – Concessão de asilo político.*

*Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social, e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.*

dios da humanidade, com o estabelecimento das primeiras relações entre os grupamentos humanos.

Hodiernamente, a sociedade internacional possui existência inquestionável e sua importância cresce a cada dia. Merce Merle, citado por Mello<sup>159</sup>, aponta as principais características do fenômeno:

*”a) ter ocorrido um incremento nas relações econômicas no sentido do estabelecimento de um mercado mundial; b) as informações são transmitidas instantaneamente; c) o volume de informações e o deslocamento das pessoas têm aumentado; d) devido às armas e à destruição em massa há um campo estratégico unificado; e) os Estados participam de um grande número de organismos internacionais.”*

Nesse contexto, de redução da importância das barreiras políticas e culturais, o mundo não passa por uma revolução, mas por uma série contínua de revoluções, onde deve ser destacada de modo marcante a globalização, que assume diversas facetas, como a globalização cultural, a globalização política, a globalização de valores, mas principalmente a globalização econômica.

Decerto, a comunidade internacional mostra-se, nos dias atuais marcada pela tremenda rapidez nas mudanças, capitaneadas, principalmente, por atores não estatais, como os grandes conglomerados transnacionais. Como resultado o mundo vai se tornando cada vez mais homogêneo em termos culturais. A velocidade das transformações vai sendo determinada pelos avanços tecnológicos, especialmente na área de comunicações, o que estabelece uma importância cada vez mais reduzida às fronteiras políticas, de modo que o território perde paulatinamente a sua importância.

As transformações são também sentidas através das forças econômicas atuantes, de forma que num mundo globalizado os acordos comerciais e as organizações internaci-

---

<sup>159</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. p.55.

onais de cunho econômico proliferam e determinam o passo a ser seguido, não por um país, mas por todo o planeta.

Diante desse fenômeno, as decisões tomadas pela comunidade internacional modificam a economia, a política e o próprio direito, de forma que os destinos dos Estados passam a ser decididos fora do limite externo de suas fronteiras por forças que na maioria das vezes o poder político estatal não exerce qualquer controle.

Percebe-se, então, que não se pode limitar o fenômeno da internacionalização das relações ao seu aspecto meramente econômico. Isso porque como será demonstrado, a globalização, dentre suas inúmeras facetas, denuncia, também a possibilidade do desenvolvimento de um movimento no sentido de uniformização dos valores, especialmente àqueles destinados à proteção da dignidade da pessoa humana, como mencionado no capítulo anterior.

Observa-se, deste modo, uma profunda relativização do conceito de soberania, não mais podendo o instituto ser concebido como absoluto. Contudo, no afã de promover a cooperação internacional os estados abrem mão da parcela de seu poder para desfrutar das vantagens decorrentes da integração à comunidade internacional.

Assim, é no seio dessa comunidade internacional que é sentida a importância da existência de um conjunto de normas que estabeleçam a proteção da pessoa humana, uniformizando um conjunto de valores em um âmbito universal.

## **2. A ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL**

O direito internacional é um sistema de normas, entendidas estas não somente como regras mas também como princípios que regulam a coexistência e cooperação entre os Estados. Esse direito surge em consequência direta da evolução da civilização.

Deve-se salientar, contudo, que o direito internacional moderno surge com o Tratado de Westfalia<sup>160</sup> (1648), que põe fim à Guerra dos Trinta Anos. A importância desse ajuste deve-se ao fato de haver estabelecido disposições extensas e profundas que resultaram na alteração das fronteiras políticas européias. No entanto, somente após a II Guerra Mundial que o direito internacional moderno toma impulso e adquire o formato atual.

A ordem jurídica internacional é marcada por algumas características: a) a inexistência de um poder central que garanta o cumprimento das normas; b) as normas de direito internacional são elaboradas através da própria manifestação de vontade dos seus destinatários, de modo que não se concebe a existência de um poder legislativo; c) a violação das normas não autoriza a ação de um poder judiciário; d) enquanto o direito interno é marcado pela subordinação, o direito externo é caracterizado pela coordenação; e f) a ordem jurídica internacional é marcada pela fragmentação decorrente do progresso tecnológico, da interdependência econômica entre os Estados e das condições de elaboração de normas vinculadas à convergência de interesses ou relação de forças.

Deve-se destacar que apesar de não existir um poder central que assegure o cumprimento dos tratados, não se pode afirmar que a norma de direito internacional não seja dotada de sanção. Isso porque ainda que esta não se manifeste da mesma forma observada no direito interno, mas, como afirmado por Kelsen<sup>161</sup>, a sanção no direito internacional concreti-

---

<sup>160</sup>“No século XVII encontramos o primeiro dos grandes congressos internacionais: a Paz de Vestefália (1648), que pusera fim à Guerra dos Trinta Anos. Ela fora negociada durante três anos em Munster (onde tinha precedência a França Católica) e em Osnabrunk (onde tinha precedência a Suécia protestante) e os tratados concluídos nestas duas cidades foram depois reunidos no Ato Geral de Vestefália em Munster em 24/10/1648(V.H.H. Green – Renascimento e Reforma, 1984). Ela foi uma ‘ordem criada por Estados, para Estados’ (K.Holsti). As suas decisões são da maior importância, vez que o direito convencional anterior foi revogado e, ainda, porque neste congresso pela primeira vez em conjunto, os Estados europeus deliberaram. As suas principais decisões foram: a) criação de novos Estados: Suíça; b) independência dos Países-Baixos da Holanda; c) a Alsácia foi incorporada à França. A Paz de Vestefália teve ainda grande importância na nossa matéria, porque a partir dela se desenvolveram as legações permanentes. É dela que data o início do imperialismo francês e o fracionamento do Sacro Império Romano Germânico. Ela cria a paz religiosa na Alemanha e torna 350 estados alemães quase que independentes do imperador, e em consequência vai impedir a unificação alemã sob a bandeira católica (R.bermejo). Assinala Henry Wheaton que a paz de Vestefália foi confirmada em todos os tratados de paz entre países da Europa Central até a Revolução Francesa.” MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. p. 159.

<sup>161</sup> KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. p. 356.



za-se de duas formas distintas: a represália e a guerra. Tais sanções mostram-se como diferentes entre si quanto ao grau de interferência de outros Estados sobre a vontade de um Estado em particular.

No entanto, a observância do direito internacional não se manifesta somente como uma reação à sanção estabelecida convencionalmente. Mello<sup>162</sup>, ao citar Luis Henkin, aponta causas que estabelecem a necessidade da observância do Direito internacional pelos Estados, da forma seguinte:

*“a) os Estados só violam o DIP quando a vantagem disso é maior do que o custo dentro do ‘contexto de sua política exterior’; b) os Estados necessitam possuir (sic) confiança dos demais Estados para realizarem a sua própria política externa, daí ser necessário que respeitem o DIP; c) há interesse dos Estado em manterem as relações internacionais dentro de certa ordem; d) os Estados têm medo de represálias; e) os Estados obedecem ao DIP por ‘hábito e imitação’.”*

O direito internacional contemporâneo apresenta-se fundado em valores completamente diversos do direito externo anterior, uma vez que não mais encontra seu fundamento de existência no conceito já desgastado de soberania.

De fato, o conceito moderno de soberania não mais comporta o seu entendimento de modo absoluto, mas encontra absolutamente relativizado. Isso porque o conceito moderno de soberania funda-se na constatação de que o instituto é um adjetivo que indica uma característica do poder estatal.

Com isso, abandona-se o conceito tradicional de soberania fundado na idéia de superioridade do poder estatal, tanto na ordem interna, quanto na ordem externa, como estabelecido por Azambuja<sup>163</sup>:

---

<sup>162</sup> MELLO, C. D. de A. *Curso de Direito Internacional Público*. p. 76.

<sup>163</sup> AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. p.49.

*“O governo do Estado tem características especiais, que o distinguem do poder de outros grupos sociais. Assim, para constituir o Estado, não basta a existência de um governo em uma sociedade qualquer, fixada em um território determinado. O poder estatal se distingue pelo fato de ser supremo, dotado de coação irresistível em relação aos indivíduos e grupos que formam sua população, e ser independente em relação aos governos de outros Estados.”*

Diante da relativização do conceito de soberania, alguns autores entendem que a sua importância é apenas histórica, pois modernamente não se pode conceber a manutenção de relações junto à comunidade internacional, alegando-se a existência de um poder inquestionavelmente superior. Isso porque as relações internacionais modernas são pautadas pelo princípio da cooperação. Nesse aspecto mostra-se importante a lição de Bonavides<sup>164</sup>:

*“A crise contemporânea desse conceito envolve aspectos fundamentais: de uma parte, a dificuldade de conciliar a noção de soberania do Estado com a ordem internacional, de modo que a ênfase na soberania implicaria sacrifício maior ou menor do ordenamento internacional e, vice-versa, (sic) a ênfase neste se faz com restrições de grau variável aos limites da soberania, há algum tempo tomada ainda em termos absolutos; doutra parte, a crise se manifesta sob o aspecto e a evidência de correntes doutrinárias ou fatos que ameaçadoramente patenteiam a existência de grupos e instituições sociais concorrentes, as quais disputam ao Estado sua qualificação de ordenamento político supremo, enfraquecendo e desvalorizando por consequência a idéia mesma de Estado”.*

O entendimento da nova roupagem dada ao moderno conceito de soberania mostra-se importantíssimo na determinação dos limites a serem observados pelos entes estatais de direito diante dos novos valores que vão estabelecendo novos direitos humanos que passam a incorporar-se ao direito estatal sob a forma de direitos fundamentais.

---

<sup>164</sup>BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. p.123.

### **3. DO MONISMO E DO DUALISMO**

#### **3.1. INTRODUÇÃO**

Ao longo dos anos os estudiosos de direito internacional têm desenvolvido questionamentos para determinar qual a relação existente entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional. A pedra de toque da questão é a necessidade de determinar se os dois ordenamentos são estanques ou constituem-se duas ramificações de um mesmo sistema.

A distinção entre as teorias monista e dualista mostra-se muito importante, transcendendo ao interesse meramente acadêmico. Sua utilidade prática revela-se no momento em que o operador jurídico vê-se diante de um conflito normativo.

Contudo, como será visto, o problema não se mostra como sendo de fácil resolução, especialmente tendo em vista a grande proximidade do fenômeno a institutos tidos por intangíveis, como a supremacia da constituição e a própria noção de soberania estatal.

#### **3.2. OS DUALISTAS**

A corrente dualista entende que a ordem jurídica estatal (interna) e a internacional constituem dois sistemas normativos estanques. Para dualistas como Heinrich Triepel<sup>165</sup>, o direito internacional e o direito estatal são dois mundos distintos que apesar de tangenciarem-se, permanecem, contudo, independentes.

Essa concepção da dicotomia dos sistemas jurídicos tem por fundamento a observação da existência de conflitos tidos por insolúveis entre normas de direito internacional e normas de direito interno.

Triepel estabelece que não há identidade entre as ordens jurídicas internacional e interna, devido à existência de três fatores: a) na ordem internacional o Estado seria o

---

<sup>165</sup>BONAVIDES, P. *Ciência Política*. p.109.

sujeito de direito; enquanto na ordem interna o homem seria o único sujeito de direito; b) o direito interno é o resultado da vontade de um Estado, enquanto no direito internacional a vontade de vários Estados concorre para sua formação; e c) a ordem jurídica interna encontra-se baseada em critérios de subordinação, enquanto a ordem jurídica externa funda-se em critérios de coordenação.

A teoria dualista tem sido duramente atacada, pois a separação absoluta dos ordenamentos jurídicos pode render ensejo a conclusões indesejáveis, tais como a concepção da existência de uma ordem válida no âmbito internacional e uma ordem também válida no âmbito interno, sem que tal fato determine a existência de um conflito normativo que possibilite e até mesmo determine o afastamento de uma das normas. Tal hipótese, certamente, gera um estado de insegurança jurídica<sup>166</sup>.

Para a concepção dualista, há a necessidade de incorporação do direito internacional ao direito interno. Nesse processo, que parece muito simples, ocorre o conflito normativo.

Desta forma, pode-se conceber, no ordenamento interno, uma norma que estabeleça uma clara proibição, enquanto o ordenamento internacional estabelece uma obrigação; ou mesmo um ordenamento permitindo um determinado comportamento, enquanto o outro estabeleça a proibição do mesmo comportamento. Decerto, a concepção da existência de normas válidas em uma relação de antinomia vem determinando a rejeição das doutrinas dualistas<sup>167</sup>.

---

<sup>166</sup>Uma observação importante e que não pode ser olvidada pelo operador jurídico é que o conflito normativo, mesmo no âmbito interno, não determina a negação da unidade sistemática do direito.

<sup>167</sup>*“se houvesse conflitos insolúveis entre direito internacional e direito estadual e se, por isso, fosse inevitável uma construção dualista, desde que considerássemos o Direito estadual como um sistema de normas válidas, não só não poderíamos conceber o Direito internacional como Direito, como também o não poderíamos sequer conceber como uma ordem normativa vinculante que se encontra em vigor ao mesmo tempo que o Direito estadual. Apenas poderíamos interpretar as relações submetidas à nossa apreciação, ou do ponto de vista da ordem jurídica estadual, ou do ponto de vista da ordem jurídica internacional”.* KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p.365-366.

O conflito de normas é uma realidade no mundo fático. Isso significa que uma relação de antinomia pode também ocorrer no âmbito do direito interno. Com isso, conclui-se que a diferença não se dá na esfera da existência ou da inexistência do conflito normativo, mas na possibilidade de exclusão de uma das regras, pela utilização do critério hierárquico.

### 3.3. OS MONISTAS

Kelsen<sup>168</sup> estabelece que a evolução técnico-jurídica aponta para o desaparecimento da distinção entre o direito internacional e o direito interno, estando ambos organicamente reunidos em um único sistema normativo. Tal entendimento contribui para a concepção da existência de uma comunidade universal, o que em última análise significa a efetiva existência de uma unidade de ordem jurídicas.

A lógica, segundo Kelsen, defende a necessidade do estabelecimento do monismo. Isso porque as concepções dualistas partem do entendimento de que a ordem jurídica internacional encontra seu fundamento de validade na própria norma fundamental do ordenamento jurídico estatal. Desta forma, o direito internacional somente poderá ser considerado como válido na medida em que o Estado, através de seu direito interno, reconhece aquele como vinculante em relação a si mesmo. Diante desse axioma, conclui Kelsen que “...se o *Direito Internacional apenas vale como parte integrante de uma ordem jurídica estadual, ele não pode ser uma ordem jurídica diferente daquela*”<sup>169</sup>.

Partindo-se do ponto oposto, ou seja, do estabelecimento do fundamento de validade no sistema normativo internacional, Kelsen<sup>170</sup> chega à mesma conclusão, estabelecendo que as normas do direito internacional positivo estabelecem os fundamentos de validade do direito interno, como se pode ver da transcrição seguinte:

---

<sup>168</sup>KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. p.364.

<sup>169</sup>KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. p. 373.

<sup>170</sup>KELSEN, H. *op. cit.* p.374.

*“Se se parte da validade do Direito Internacional, surge a questão de saber como, deste ponto de partida, se poderá fundamentar a validade da ordem jurídica estadual; e, nesta hipótese, esse fundamento de validade tem de ser encontrado na ordem jurídica internacional. Isso é possível porque, como já notamos a outro propósito, o princípio da efetividade, que é uma norma do Direito Internacional positivo, determina, tanto o fundamento de validade, como o domínio territorial, pessoal e temporal de validade das ordens jurídicas estaduais e estas, por conseguinte, podem ser concebidas como delegadas pelo Direito Internacional, como subordinadas a este, portanto, e como ordens jurídicas parciais incluídas nele como numa ordem universal, sendo a coexistência no espaço e a sucessão no tempo de tais ordens parcelares tornadas juridicamente possíveis através do Direito Internacional e só através dele. Isso significa o primado da ordem jurídica internacional.”*

Observe-se, contudo, que se o ordenamento é uno, deve-se promover a distinção entre: ordenamento jurídico estatal em sentido estrito e ordenamento jurídico estatal em sentido amplo. Neste encontramos o direito internacional e naquele o direito interno, unificados em um sistema indissociável.

As teorias monistas são agrupadas em duas posições distintas: a corrente que defende a supremacia do direito internacional sobre o direito estatal e a corrente em sentido contrário.

Ambas as concepções dizem respeito à validade em seu aspecto meramente formal, ignorando o conteúdo normativo. Tal distinção mostra-se importante na medida em que servirá de elemento fixador da distinção entre o positivismo tradicional e o positivismo fundado na Teoria Garantista.

### **3.3.1. A PRIMAZIA DO DIREITO INTERNO**

O primeiro posicionamento monista a ser abordado fundamenta-se na teoria da supremacia do direito interno sobre o direito internacional. Essa doutrina foi estabelecida com base no pensamento hegeliano, fundado na doutrina da soberania estatal absoluta<sup>171</sup>.

Deste modo, em se considerando que em um sistema normativo dinâmico, a validade da norma é aferida diante da sua produção em conformidade com a norma hierarquicamente superior, ter-se-ia que o direito internacional haveria de retirar sua validade do direito interno, o que autoriza a conclusão de que em uma visão teleológica, o direito internacional é apenas o direito estatal modificado, visando a regulamentação da vida estatal em uma comunidade internacional.

Com isso, o direito internacional fica subordinado ao direito estatal, de modo que uma modificação de um dispositivo normativo interno significaria a revogação de todo e qualquer ajuste firmado junto à comunidade internacional.

### 3.3.2. A PRIMAZIA DO DIREITO INTERNACIONAL

A doutrina fundada na primazia do direito internacional sobre o direito interno é endossada por grandes nomes como Kelsen e Kunz, da escola de Viena<sup>172</sup>, tomando-se como ponto de partida a necessidade de relativização do conceito de soberania, o que possibilitou a busca do fundamento do direito fora do direito estatal<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. p.111.

<sup>172</sup> MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. p.112.

<sup>173</sup> “Do fato de o Direito internacional se situar acima dos Estados, acredita-se que é possível concluir que a soberania do Estado é essencialmente limitada e, por essa via, se torna possível uma organização mundial eficaz. O primado do Direito internacional desempenha um papel decisivo na ideologia política do pacifismo. A soberania do Estado – que o primado do Direito internacional exclui por completo – é algo completamente diferente da soberania do Estado que é limitada pelo Direito internacional. Aquela significa: autoridade jurídica suprema; esta: liberdade de ação do Estado. A limitação desta opera-se através do Direito internacional precisamente do mesmo modo, quer este seja pensado como ordem jurídica supra-estatal, quer como ordem jurídica integrada na ordem jurídica estadual. Uma organização mundial eficaz é tão possível pela aceitação de uma construção, quanto pela aceitação da outra”. KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. p.382.

Para Kelsen, o direito internacional para que possa ser dotado de validade tem de ser internalizado pelo direito nacional, ou seja, deve ser transformado em norma interna. Com isso, o direito internacional tem seu fundamento imediato no próprio direito estatal. Desta forma, é este direito estatal que reconhece a ordem jurídica internacional como integrante da ordem jurídica interna.

Contudo, somente a existência de uma ordem jurídica internacional, por reconhecer e respeitar os elementos essenciais da formação do ente estatal, possibilita a própria existência do Estado, como estabelece Kelsen<sup>174</sup>:

*“(...) O Estado aparece como determinado pelo Direito Internacional na sua existência jurídica em todas as direções, quer dizer, como uma ordem jurídica delegada pelo Direito Internacional, tanto na sua validade como na sua esfera de validade.”*

A existência de uma duplicidade de ordenamentos em um sistema normativo único, do tipo dinâmico, fundado, portanto, em critérios de validade formal, determina a necessidade da concepção de um ordenamento jurídico superior que estabeleça critérios de criação dos sistemas jurídicos internacional e estatal, ou como esclarece Kelsen, o ordenamento normativo em sentido amplo e em sentido estrito.

Somente através da concepção da existência de um terceiro ordenamento é que se possibilita o entendimento da existência de uma relação de coordenação entre as divisões desse ordenamento uno.

Entretanto, segundo Kelsen<sup>175</sup>, a relação entre as ordens jurídicas estatal e internacional não se dá por subordinação, mas através de uma relação de “*supra-infra orde-*

---

<sup>174</sup> KELSEN, H. *op. cit.* p.377.

<sup>175</sup> KELSEN, H. *idem.* p.379.



nação”, uma vez que tais normas compõem um mesmo ordenamento jurídico, sob aspectos diversos.

Nesse aspecto, Kelsen<sup>176</sup> estabelece a supremacia do direito internacional, tendo em vista que este determina o fundamento de validade do ordenamento normativo estatal como se pode ver da transcrição infra:

*“Se se parte da validade do direito internacional, surge a questão de saber como, deste ponto de partida, se poderá fundamentar a validade da ordem jurídica estadual; e, nesta hipótese, esse fundamento de validade tem de ser encontrado na ordem jurídica internacional. Isto é possível porque, como já notamos a outro propósito, o princípio da efetividade, que é uma norma do Direito Internacional positivo, determina, tanto o fundamento de validade, como o domínio territorial, pessoal e temporal de validade das ordens jurídicas estaduais e estas, por conseguinte, podem ser concebidas como delegadas pelo Direito Internacional, como subordinadas a este, portanto, e como ordens jurídicas parciais incluídas nele como numa ordem universal, sendo a coexistência no espaço e a sucessão no tempo de tais ordens parcelares tornadas juridicamente possíveis através do Direito Internacional e só através dele. Isso significa o primado da ordem jurídica internacional.”*

Essa doutrina da superioridade do Direito Internacional sobre o Direito interno é aceita pela Corte Internacional de Justiça e pelo ordenamento constitucional de diversos países.

Quanto às leis anteriores à ratificação do tratado, não há espaço para o questionamento da superioridade deste em relação àqueles, através da acatção do princípio *lex posteriori derogat priori*<sup>177</sup>.

<sup>176</sup>KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. p.374.

<sup>177</sup>“Constituição Francesa de 1958, art. 55: ‘Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados terão, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis, com ressalva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte’.

Constituição da Grécia de 1975, art. 28, §1º: ‘as regras de direito internacional geralmente aceitas, bem como os tratados internacionais após sua ratificação (...), têm valor superior a qualquer disposição contrária das leis’.

Constituição política da Argentina, texto de 1994, art. 75, §22: ‘(...) os tratados e concordatas têm hierarquia superior à das leis’”. REZEK, João Francisco. *Direito Internacional Público: Curso elementar*. p.104.

Os problemas começam a surgir quando se observa a superveniência de normas legais que entram em relação antinômica com as normas convencionais dispostas em tratados internacionais, ou ainda mais grave, quando da superveniência de uma nova ordem constitucional dispositivos formalmente legais entram em atrito com as disposições decorrentes dos tratados.

### 3.4. OS CONFLITOS NORMATIVOS

A despeito do posicionamento de Accioly<sup>178</sup>, a análise dos efeitos da adoção de um ou de outro sistema doutrinário é de importância fundamental para o direito internacional<sup>179</sup>.

Isso porque o conflito entre normas nacionais e internacionais ainda não é muito comum nos dias atuais. Contudo, com o fenômeno da internacionalização do cotidiano, os conflitos tendem a aumentar e as soluções não se apresentam como uma fórmula de fácil aplicação<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. p.62.

<sup>179</sup> “Foge ao escopo de um manual de direito internacional analisar todas as doutrinas surgidas para explicar as relações do DIP com o direito interno, mesmo sabendo que se trata de um dos problemas mais delicados e controvertidos, pois o fundamento atribuído ao DIP influi decisivamente na posição eventualmente adotada.” ACCIOLY, H.; SILVA, G. E. do N e. *op. cit.* p.61.

<sup>180</sup> Certamente, a resolução dos conflitos normativos não se mostra de forma tão singela, mas levanta questionamentos de difícil resolução, como por exemplo :

- os tratados podem revogar uma lei?
- O tratado internacional tem força de lei?
- Caso positivo, o Poder Executivo poderia revogar o tratado através de sua denúncia?
- Se um tratado não for aceito pelo Poder Executivo, o Legislativo poderá atuar no sentido de vincular o Brasil ao cumprimento dos dispositivos convencionais?

A Constituição Brasileira de 1988 é omissa no que tange ao direito internacional, especialmente no que tange à relação entre o direito internacional e o direito interno, transferindo à jurisprudência e à doutrina o papel de estabelecedor do caminho a ser percorrido pelo operador do direito.

A análise do direito internacional, quando cotejada com o direito interno revela que o problema posto está longe de ser solucionado. Saliente-se, por exemplo, que a convenção de Havana, firmada pelo Brasil, estabelece que dispositivo normativo interno, ainda que constitucional, não poderá estabelecer alterações nos tratados firmados pelos Estados signatários<sup>181</sup>. Dispositivo semelhante é incorporado pela Convenção de Viena ao ordenamento jurídico brasileiro, que proíbe a invocação do direito interno como causa para o descumprimento do tratado<sup>182</sup>.

Contudo, uma análise do ordenamento constitucional brasileiro revela indícios de que o constituinte de 1988 acatou a tese de paridade entre o direito interno e direito internacional. Inicialmente, a veracidade de tal assertiva pode ser constatada através da análise da alínea b, inciso III do art. 105<sup>183</sup> da Constituição Brasileira, que confere ao Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar recurso ordinário por ofensa a tratado ou lei federal.

---

<sup>181</sup> Artigo 11 da Convenção de Havana:

*“Os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda quando se modifique a constituição interna dos Estados contratantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão do território ou por outros motivos análogos, os tratados serão adaptados às novas condições.”*

<sup>182</sup> Artigo 27 da Convenção de Viena sobre tratados: *“Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado. Essa regra não prejudica o art. 46.”*

<sup>183</sup> Artigo 105 da Constituição Federal:

*“Art. 105: Compete ao Superior Tribunal de Justiça:*

*III – Julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:*

*a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.”*

Com isso tratados e leis passam a ser considerados em uma relação de paridade, aplicando-se-lhes, diante de conflito, a regra prevista no artigo 2º, §1º da Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro.

No mesmo sentido, o artigo 105, III, b estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de tratado internacional já incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro<sup>184</sup>. Observe-se que a Constituição Federal estabelece, no artigo em análise que compete ao STF apreciar as causas decididas em última ou única instância, o que possibilita o entendimento de que os juízes de primeiro grau estão plenamente habilitados a declarar a inconstitucionalidade de tratados internacionais firmados pelo Estado Brasileiro.

A despeito da necessidade observância do princípio da soberania estatal, esse entendimento pode acarretar conseqüências funestas junto à comunidade internacional.

Acerca do posicionamento adotado pelo constituinte brasileiro manifesta-se Rezek<sup>185</sup>:

*“Embora sem emprego de linguagem direta, a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico. Tão firme é a convicção de que a lei fundamental não pode sucumbir, em qualquer espécie de confronto, que nos sistemas mais obsequiosos para com o direito das gentes tornou-se encontrável o preceito segundo o qual todo tratado conflitante com a constituição só pode ser concluído depois de se promover a necessária reforma constitucional. Norma deste exato feitio aparece na Constituição Francesa de 1958, na Constituição argelina de 1976 e na Constituição espanhola de 1978. excepcional, provavelmente única, a Constituição holandesa, após a revisão de 1956, tolera, em determi-*

<sup>184</sup> Artigo 102 da Constituição Federal:

*“Art. 105. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III – Julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:*

*b) Declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.”*

<sup>185</sup> REZEK, J.F. *op. cit.* p.103.

*nadas circunstâncias, a conclusão de tratados derogatórios de seu próprio texto, cuja promulgação é capaz de importar, por si mesma, uma reforma constitucional.”*

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 98<sup>186</sup>, estabelece a prevalência das normas decorrentes de tratados internacionais sobre a legislação interna. O posicionamento jurisprudencial estabeleceu uma distinção acerca dos limites a serem observados na aplicação do aludido dispositivo normativo.

O Superior Tribunal de Justiça passou a entender que o dispositivo refere-se somente aos tratados-contrato, ou seja, aqueles que prescindem de normatização posterior e não aos tratados normativos, considerados como aqueles que carecem de alguma atividade legislativa para que possam ser integrados ao direito interno. Desta forma, os tratados normativos, também conhecidos como tratados leis seria a de estabelecer regras gerais para os Estados signatários.

Contudo, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça modifica a exegese do comando normativo, posto que firmou entendimento da paridade entre os tratados internacionais e o direito interno<sup>187</sup>.

Em 1977 o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o entendimento de que uma norma interna posterior teria o condão de revogar um tratado internacional que se colocasse

<sup>186</sup> Artigo 98 do Código Tributário nacional:

“Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

<sup>187</sup>“Tributário. Isenção do AFRMM em relação a mercadorias importadas sob a égide do GATT. impossibilidade. O mandamento contido no artigo 98 do CTN não atribui ascendência às normas de direito internacional em detrimento do direito interno, mas, ao revés, posiciona-se em nível idêntico, conferindo-lhes efeitos semelhantes. O artigo 98 do CTN, ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual. Se o ato internacional não estabelecer, de forma expressa, a desobrigação de contribuições para a intervenção no domínio econômico, inexistente isenção pertinente ao AFRMM. Recurso a que se nega provimento. Decisão indiscrepante.” RESP n.º 41.331/RS, 1ª Turma. Relator Ministro Demócrito Reinaldo, publicado no DJU de 21.03.1994.

em posição antinômica, por ser a lei superveniente a manifestação última da vontade estatal soberana, devendo, portanto, prevalecer<sup>188</sup>. Rezek<sup>189</sup> assim explica a decisão:

*“A maioria valeu-se de precedentes do próprio Tribunal para dar como indubitosa a introdução do pacto – no caso, a Lei uniforme de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias – na ordem jurídica brasileira, desde sua promulgação. Reconheceu, em seguida, o conflito real entre o pacto e um diploma doméstico de nível igual ao das leis federais ordinárias – o Decreto-lei n.º 427/69, posterior, em cerca de três anos, à promulgação daquele –, visto que a falta de registro da nota promissória não admitida pelo texto de Genebra como causa de nulidade do título, vinha a sê-lo nos termos do decreto-lei. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.”*

Para Mello<sup>190</sup> o posicionamento da Corte Constitucional brasileira vem se mostrando confuso e ao mesmo tempo em descompasso com o direito internacional moderno, representando, na verdade, um retrocesso:

*“A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No Recurso Extraordinário n.º 80.044, decidido em 1978, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. A grande maioria dos votos está fundamentada em autores antigos e dualistas, como é o caso de Triepel. Sustentar que*

<sup>188</sup> “Convenção de Genebra. Lei Uniforme sobre Letras de câmbio e notas promissórias. Aval apostado à nota promissória não registrada no prazo legal. Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-lei n.º 427, de 22.1.69.

*Embora a convenção de Genebra que previu uma Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no Direito Interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-Lei n.º 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.*

*Sendo o aval um instituto de Direito Cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que a ele foi apostado.*

*Recurso extraordinário conhecido e provido.”* Recurso extraordinário n.º 80.004-SE. Tribunal Pleno. Relator Ministro Cunha Peixoto.

<sup>189</sup> REZEK, J.F. *Direito internacional público: curso elementar*. p.106.

<sup>190</sup> MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. p. 119.

*a nossa Constituição é omissa nesta matéria significa apenas que a jurisprudência passa a ter um papel mais relevante, mas não que a jurisprudência possa ignorar a tendência atual do direito nesta matéria adotando uma concepção de soberania que desapareceu em 1919, pelo menos entre os juristas. A própria análise da jurisprudência norte americana é superficial. Até hoje a Corte Suprema sustenta que pode declarar a inconstitucionalidade de um tratado, mas jamais o fez. Esta afirmação é 'política' no sentido de dizer que ela assim 'fiscaliza' o Executivo e o Senado. Na verdade, o STF errou e não tem coragem de corrigir quando afirma que as convenções de direito uniforme são aplicadas nas relações entre brasileiros. De agora em diante o STF ficará fazendo remendos desse tipo. A decisão é das mais funestas, vez que o STF não viu as conseqüências do seu acórdão, que poderá influenciar os juizes nos mais diferentes locais do Brasil. Por outro lado, faltou a ele sensibilidade para o momento atual em que o Brasil intensifica as relações internacionais. Qual o valor de um tratado se um dos contratantes por meio de uma lei interna pode deixar de aplicá-lo? Se o STF considera que as convenções de direito uniforme estão ultrapassadas, cabe ao Executivo denunciá-las no procedimento fixado por elas mesmas, mas não ao STF. Finalmente, uma hipótese que pode ser levantada é sobre o que acontecerá se o STF mudar a sua orientação em relação às convenções de direito uniforme, afirmando, por exemplo, que elas só são aplicadas entre brasileiros e nacionais de Estado que a tenham ratificado: volta a vigorar a antiga legislação entre os brasileiros?"*

Esse inconformismo manifestado pelo autor fundamenta-se no fato de que após a II Guerra Mundial<sup>191</sup>, alguns países incorporaram ao seu ordenamento jurídico interno a teoria da primazia do direito internacional sobre o direito interno. Desta forma, esses Estados abrem mão de uma parcela de sua soberania, com o objetivo de se integrarem à comunidade internacional<sup>192</sup>.

<sup>191</sup> MELLO, C. A. de A. *op. cit.* p.118.

<sup>192</sup> "Atitude coerente é a dos países europeus, como a Holanda e a França, que consagram no seu texto constitucional o primado do DI. Esta atitude tem vantagem de evitar conflitos internacionais para o Estado. Os juizes dos Estados-membros das comunidades européias (CECA, CEE, EURATOM) têm, em certos casos, ao aplicarem o direito comunitário, a obrigação de submeter as dúvidas sobre interpretação dos tratados à própria Corte de Justiça das Comunidades, por um pedido de interpretação. Estas comunidades, como veremos, representam a mais alta forma de integração internacional nos dias de hoje." MELLO, C.A.de A. *op.cit.* p.123.

Contudo, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal reflete apenas o posicionamento conservador dos tribunais brasileiros quanto à matéria, como revela Rezek<sup>193</sup>:

*“Nos trabalhos preparatórios da Constituição brasileira de 1934 quedou rejeitado o anteprojeto de norma, inspirada na Carta espanhola de 1931, que garantisse entre nós o primado dos compromissos externos sobre as leis federais ordinárias. A jurisprudência, sem embargo, não cessou de oscilar até pouco tempo atrás, e a doutrina permanece dividida. Marotta Rangel, partidário do primado da norma convencional, enumerou, entre autores de idêntico pensamento, Pedro Lessa, Philadelpho Azevedo, Vicente Raó, Accioly e Carlos Maximiliano. Azevedo, quando ainda ministro do Supremo Tribunal Federal, em 1945, publicou comentário demonstrativo da convicção unânime da corte, àquela época, quanto à prevalência dos tratados sobre o direito interno infraconstitucional.”*

A questão torna-se ainda mais complexa através da constatação de que a recepção de tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro é realizada de modo especial. Com isso, pode-se assertar que as antinomias existentes entre estes diplomas normativos e a legislação interna devem ser solucionadas mediante a utilização de critérios próprios, abandonando-se as teorias tradicionais de aferição de validade normativa, fundadas em critérios meramente formais.

#### **4. OS TRATADOS INTERNACIONAIS**

##### **4.1. AS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL**

Sob o prisma do direito internacional, o século XX é caracterizado por três fenômenos relevantes: a) a introdução das organizações internacionais; b) a codificação do

---

<sup>193</sup> REZEK, J.F. *op. cit.* p.105.



direito internacional público; e c) a proliferação dos tratados, especialmente após a II Guerra Mundial<sup>194</sup>.

Decerto, o direito internacional foi, por longos anos baseado no costume das nações. As primeiras tentativas de codificação iniciaram-se no século XX.

Dentre as tentativas, destaca-se a VI Conferência Internacional Americana, apesar de sua abrangência limitada, foi responsável pela elaboração da Convenção de Havana sobre Tratados. Datada de 1928, o documento vinculou os seguintes países: Brasil, Equador, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru e República Dominicana<sup>195</sup>.

A partir de 1950 a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas empenhou seus esforços no sentido de promover a codificação das normas sobre tratados, resultando na Convenção de Viena de 1969 que entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980.

Em agosto de 1978, constatando-se a necessidade de regulamentação dos “efeitos da sucessão de Estados sobre tratados e acordos que tenham por partícipes organizações internacionais”<sup>196</sup>, foi elaborada a Convenção de Viena Sobre a Sucessão de Estados em Matéria de Tratados.

Mesmo diante da multiplicação dos tratados internacionais o fenômeno da codificação do direito internacional não possui o mesmo alcance do direito interno, pois naquele ramo do conhecimento jurídico a codificação é realizada através da produção de normas pela via convencional<sup>197</sup>. O seu valor é demonstrado na constatação de que o desconhe-

---

<sup>194</sup> “O desenvolvimento das relações internacionais e a interdependência cada vez maior entre os Estados têm feito com que os tratados se multipliquem na sociedade internacional.

Para se verificar a crescente importância dos tratados podemos repetir uns dados estatísticos fornecidos por Gonçalves pereira e Fausto Quadros: de 1500 a.C. a 1860 foram concluídos 8.000 tratados. De 1947 a 1984 foram firmados entre 30.000 e 40.000 tratados. Considera-se que entre 1984 e 1992 foram celebrados 10.000 tratados.” MELLO, C.A.de A. *op.cit.* p.299.

<sup>195</sup> RODAS, João Grandino. *Tratados Internacionais*. p.09.

<sup>196</sup> RODAS, J. G. *Tratados Internacionais*. p.10.

<sup>197</sup> “A codificação do DI apresenta inúmeras diferenças com a codificação do direito interno.

cimento do costume internacional pode às vezes levar ao descumprimento de regras de cooperação internacional<sup>198</sup>.

De qualquer forma, as fontes constituem o modo pelo qual o direito se manifesta, com força obrigatória<sup>199</sup>. Há de salientar-se que vários são os meios pelos quais o direito internacional passa a ser dotado de existência concreta.

A doutrina estabelece a classificação seguinte: a) fontes convencionais; e b) fontes não convencionais<sup>200</sup>. Essa distinção mostra-se com bastante clareza no artigo 38 Estatuto da Corte Internacional de Justiça que contempla a existência das fontes seguintes:

*“a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes. b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) Os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição ao art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.”*

---

*No Direito Interno ela é realizada por meio de um processo legislativo, enquanto no DI ela o é por meio de uma convenção.*

*Do que foi assinalado ocorre uma outra distinção da codificação no âmbito interno e internacional. No primeiro ela é realizada por ‘via autoritária’, isto é, um pequeno grupo de pessoas (Congresso, Poder Executivo a faz e ela se impõe a todos os habitantes do Estado, independente da vontade destes últimos. Ora, no DI a convenção, isto é, onde se faz a codificação, só é obrigatória para os Estados que a assinarem e ratificarem, ou aderirem à ela. No DI ela só se impõe aos sujeitos de direito (Estados) que com ela concordarem.”* MELLO, C.A.de A. *Curso de direito internacional público*. p. 318.

<sup>198</sup> *“O desconhecimento das normas internacionais que se fundamentam nos costumes, o não cumprimento, às vezes involuntário, das regras pactuadas, levaram alguns juristas a pensar na idéia de codificar estas normas a fim de que as mesmas fosse por todos nós conhecidas, arredando-se, deste modo, as apórias.”* ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de Direito Internacional Público*. p.49.

<sup>199</sup> *“Por fontes do direito internacional público entendemos os documentos ou pronunciamentos dos quais emanam os direitos e os deveres das pessoas internacionais; são os modos formais de constatação do direito internacional.”* ACCIOLY, H.; SILVA, G.E.do N. e. *Manual de direito internacional público*. p.19.

<sup>200</sup> Abandona-se, com isso, a tradicional dicotomia entre fontes materiais e fontes formais, seguindo-se, desta forma, a lição de REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. p.140, que asserta: *“Como se vê, o que se costuma indicar com a expressão ‘fonte material’ não é outra coisa senão o estudo filosófico ou sociológico dos motivos éticos ou dos fatos econômicos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras de direito. Fácil é perceber que se trata do problema do fundamento ético ou do fundamento social das normas jurídicas, situando-se, por conseguinte, fora do campo da Ciência do Direito. Melhor é, por conseguinte, que se dê ao termo fonte do direito uma única acepção, circunscrita ao campo do direito.”*

Quanto às fontes não convencionais, a doutrina aponta: os costumes internacionais, os princípios gerais do direito, a jurisprudência internacional e a doutrina do direito internacional.

Araújo<sup>201</sup> assim define o costume “... conjunto de atos e normas não escritas admitidas por dilatado tempo e observados pelos Estados, em suas relações mútuas, como se Direito fossem...”

Saliente-se que até pouco mais de 100 anos, o costume era a principal fonte de direito internacional público<sup>202</sup>, fato que certamente mostra-se determinante para o entendimento da inexistência de hierarquia entre os tratados e a regra consuetudinária. Para a doutrina, é necessária a conjugação de dois elementos indissociáveis para a sua aceitação: a) o elemento material, consubstanciado na repetição, ao longo do tempo de um comportamento omissivo ou comissivo por parte de um sujeito de direito internacional; e b) um elemento subjetivo, plasmado na convicção de que o costume encontra-se incorporado ao direito internacional público.

Ao lado do problema da comprovação da existência do costume, Rezek<sup>203</sup> aponta a questão do decurso de tempo necessário para a formação de um costume e sua aceitação como fonte do direito internacional público. Esse problema mostra-se maior na medida em que se constata que as relações no mundo contemporâneo são marcadas pelo incremento de sua velocidade. A Corte Internacional de Justiça, ao julgar o caso da plataforma continental do mar do Norte, entendeu que um período de tempo reduzido não se mostra como obstáculo suficiente para a constituição de uma norma consuetudinária<sup>204</sup>

---

<sup>201</sup>ARAÚJO, L. I. de A. *Curso de direito internacional público*. p.26.

<sup>202</sup>REZEK, J.F. *Direito Internacional Público: curso elementar*. p.129.

<sup>203</sup>REZEK, J.F. *op. cit.* p.122.

<sup>204</sup>REZEK, J.F. *Idem, ibidem*.

Outra fonte não convencional do direito internacional público são os princípios gerais do direito. A definição do instituto mostra-se plurívoca, revelando a dificuldade de estabelecimento de seu conteúdo<sup>205</sup>. Contudo, é de se notar que a dificuldade é aumentada, uma vez que ao se utilizar a definição de princípio proposta pela moderna doutrina constitucional, chegar-se-á à conclusão de que é no direito interno de cada Estado que se deve buscar a razão da aplicação dessa fonte de direito internacional<sup>206</sup>, o que vem gerando uma divergência doutrinária a respeito de seu reconhecimento<sup>207</sup> e aceitação.

Os doutrinadores<sup>208</sup> apontam como grandes princípios do direito internacional público: a) a igualdade entre os Estados; b) a obrigatoriedade da solução pacífica das controvérsias; c) o respeito à autodeterminação dos povos; e d) o respeito aos direitos humanos. Saliente-se que tais princípios foram recepcionados, de forma expressa pela Constituição Brasileira em seu artigo 4º, vinculando a atuação externa do Estado brasileiro.

A jurisprudência do direito internacional público é mostrada pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça como uma fonte axiomaticamente acessória, apesar

<sup>205</sup>“No nosso julgamento, os princípios gerais do direito nada mais são que regras que se impõem a todos os Estados, qualquer que seja o seu grau de civilização e por eles obedecidos por serem os mesmos ilações lógicas do direito à sua existência.” ARAÚJO, L.I. de A. *op. cit.* p. 27. O problema da aceitação da definição é considerar-se que se as regras são impostas a todos os Estados a consequência inafastável é a sua universalidade. Se for reconhecida a existência de imutabilidade, pode-se chegar à conclusão de que os princípios gerais, em direito internacional não passam do velho direito natural.

<sup>206</sup>“Por ocasião da Conferência de São Francisco, a opinião generalizada era de que o artigo 38 do Estatuto da CPJI deveria ser mantido, mas com o acréscimo da frase ‘decidir de acordo com o direito internacional’. Felizmente, a idéia não foi acolhida, visto que o objetivo da inclusão dos princípios gerais do direito foi precisamente ampliar o campo de ação a que o juiz pode recorrer. É no direito interno que se nos deparam a quase-totalidade dos princípios gerais do direito, sendo que o direito internacional é pobre a respeito.” ACCIOLY, H., SILVA, G.E.do N. e. *op.cit.* p.41.

<sup>207</sup>“Na verdade, devemos reconhecer que não há uma uniformidade da doutrina acerca dos princípios de direito na ordem jurídica internacional: a) para Carlsberg não são propriamente uma fonte, porque é cada direito que os elabora; b) a doutrina soviética não aceita que a ordem interna contribua para a ordem jurídica internacional, sendo que para Tunkin eles não apresentam estabilidade, porque cada Estado pode mudá-los; c) Makowski não aceita que eles sejam colocados no mesmo nível do tratado e do costume; d) Kopelmas considera que uma decisão fundada nos princípios gerais do direito é igual a uma fundada na equidade; e) para Charles de Visscher são uma fonte própria. Esta tem sido a nossa posição”. MELLO, C.D.de A. *Curso de direito internacional público.* p.303.

<sup>208</sup> Carrillo Salcedo, *apud* MELLO, C.D.de A. *op.cit.* p. 75.

da posição de alguns autores que entendem que essa fonte deveria ser alçada ao *status* de principal<sup>209</sup>. Por jurisprudência deve-se entender as decisões proferidas por cortes arbitrais<sup>210</sup>, não se aproveitando o direito internacional das decisões proferidas pelas cortes nacionais.

A doutrina vem se apresentando como uma importante fonte do direito internacional público, ainda que secundária ou acessória. Essa adjetivação é realizada tendo em vista que nos primórdios da estruturação do direito internacional a opinião dos estudiosos mostrou-se essencial<sup>211</sup>. Esse fato apresenta-se em duas facetas diversas: de se um lado o aparecimento de uma doutrina ajudou na formação do direito internacional moderno, por outro possibilitou que esse ramo do conhecimento fosse ideologicamente dominado por um pensamento eurocêntrico, adjetivado por Accioly<sup>212</sup> como “*preconceituoso e colonialista*”.

A despeito do rol disposto no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, alguns juristas também apontam como fontes não convencionais do direito internacional as decisões das organizações internacionais, consideradas como a mais nova fonte do direito internacional. Mello<sup>213</sup> assim se manifesta: “*Essa nova fonte consiste em normas originadas em uma organização internacional que são obrigatórias para os Estados-membros independentemente de qualquer ratificação por sua parte.*”<sup>214</sup>

---

<sup>209</sup> ACCIOLY, H., SILVA, G.E.do N. e. *Manual de direito internacional público*. p. 44.

<sup>210</sup> ACCIOLY, H., SILVA, G.E.do N. e. *Idem*. p.148.

<sup>211</sup> “*Nos primórdios do DIP, na sua fase de formação, a opinião dos juristas mais categorizados, como Grocius, Bynkershoek, Gentile, Vattel e outros, suprimiu as lacunas existentes, recorrendo às mais variadas fontes, como o direito romano. Acresce-se à isto o trabalho pioneiro de alguns juristas, como Bluntschi e Fiore, que muito influíram na obra de codificação do DIP. Uma comparação do projeto de Código de DIP de Epi-tácio Pessoa com as Convenções firmadas em Havana em 1928 mostra claramente a sua influência nos textos então aprovados.*” ACCIOLY, H., SILVA, G.E.do N. e. *Manual de direito internacional público*. p. 45.

<sup>212</sup> ACCIOLY, H., SILVA, G. E. do N e. *op. cit.* p.149.

<sup>213</sup> MELLO, C.D. de A. *Curso de direito internacional público*. p.299.

<sup>214</sup> MELLO, C.D.de A. *op. cit.* p.300, relaciona os seguintes atos como exemplo:  
“*a) nas convenções internacional do trabalho que obrigatoriamente deverão ser levadas à aprovação do Poder Legislativo. Estas convenções fogem às regras normais do processo de conclusão dos tratados, que o Executivo só submete à aprovação do legislativo se quiser e, uma vez aprovados por este poder, a ratificação ainda é um ato discricionário do Executivo;*”

É certo, contudo, que as disposições estabelecidas por esses atos normativos não tratam de temas considerados primordiais, mas sim de temas considerados adjetivos, previamente definidos pelos tratados institucionais<sup>215</sup>, atentatórios à autonomia estatal.

A limitação dos temas a serem objeto de disposição normativa das organizações internacionais pelo tratado institutivo retira, segundo Rezek<sup>216</sup> a natureza de fontes normativas do direito internacional, porquanto sua normatividade decorre do ajuste previamente firmado, que determina o seu fundamento de validade.

## 5. AS FONTES CONVENCIONAIS: OS TRATADOS

### 5.1. INTRODUÇÃO

O direito internacional público é um sistema de princípios e regras que regulam as relações de existência e cooperação entre os Estado e os demais sujeitos internacionais.

Nesse contexto, tem-se que os tratados são a principal fonte do direito internacional, sendo reconhecido como primeiro tratado o documento firmado entre Ramsés II (1279-1212 aC.) e Hatusic III, rei dos hititas, pondo fim a uma longa guerra pela disputa territorial. Na verdade, nenhum dos povos logrou a vitória, mas esta foi conseguida através de

- 
- b) *as convenções em matéria sanitária da OMS entram em vigor se os Estados não declaram a sua não aceitação em determinado lapso de tempo, isto é, as convenções podem se tornar obrigatórias para os Estados independentemente de ratificação;*
  - c) *as comunidades européias constituem as denominadas organizações supranacionais, cuja característica, entre outras, está em suas decisões (majoritárias) serem diretamente exequíveis, sem qualquer transformação, no território de cada um dos Estados-membros, e, em consequência, serem obrigatórios para o Estados, mesmo contra a sua vontade;*
  - d) *na OACI, o seu Conselho, pelo voto de 2/3, adota padrões de segurança, eficiência, etc., da aviação civil, que se tornam obrigatórios para os Estados no prazo de três meses (ou mais, conforme prescrição do Conselho), se neste período a maioria não manifestar a sua desaprovação.”*

<sup>215</sup>REZEK, J.F. *Direito internacional público: curso elementar*. p.143.

<sup>216</sup>REZEK, J.F. *op. cit.* p.142.

um tratado de paz firmado, aproximadamente, em 1258 A.C. Através do acordo firmado estabeleceu-se a divisão dos dois reinos, além de outras disposições especiais concernentes ao comércio.

## 5.2. CONCEITO

O tratado é o ato jurídico firmado entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, em decorrência da manifestação de vontade das partes signatárias<sup>217</sup>. Essa foi a definição dada pela Convenção de Viena sobre direito dos tratados, assinada em 23 de maio de 1969, que estabelece em seu artigo 1º, a:

*“a) ‘tratado’ significa um acordo internacional celebrado por escrito entre os Estado e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular.”*

A Convenção de Viena de 1989 traz uma inovação ao prever que não só os Estados, mas também os demais sujeitos de direito internacional, tais como as organizações internacionais e a Santa Sé, são dotados de capacidade jurídica para manifestar sua vontade através da celebração de tratados.

Os atos normativos firmados pelos sujeitos de direito, junto à comunidade internacional fundamentam-se em dois princípios considerados fundamentais: a) a boa-fé; e b) o *pacta sunt servanda*<sup>218</sup>. A Convenção de Viena sobre Tratados, de 1969 assim dispõe em seu artigo 26: *“Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.”*

---

<sup>217</sup> “Tratado é um ato jurídico sem o qual os Estado e Organizações Internacionais que obtiveram personalidade por acordo entre diversos Estados criam, modificam ou extinguem uma relação de direito existente entre eles.”

<sup>218</sup> “O princípio de que ‘a palavra dada deve ser cumprida’ é tão ‘velho quanto o pensamento humano’. Já no século XII a.C., na China, era considerado um princípio moral. Todavia, sua formulação em máxima parece

### 5.3. CLASSIFICAÇÃO

Deve-se considerar que o termo tratado é uma designação genérica, designando não só o instrumento do acordo como o próprio acordo em si<sup>219</sup>.

Contudo, o costume internacional vem estabelecendo alguma distinção entre os instrumentos, estabelecendo designações especiais. Em se considerando o tratado como gênero, os doutrinadores têm observado algumas espécies, estabelecidas pela prática internacional, como por exemplo<sup>220</sup>:

- a) acordo – tratados cujo objeto refere-se ao estabelecimento de disposições de cunho econômico
- b) convenção – a grande característica dessa espécie de tratados é o fato de criarem normas gerais a serem observadas em direito internacional.
- c) compromisso – esses tratados referem-se geralmente às manifestações de vontade referentes à litígios que serão submetidos à arbitragem.
- d) estatuto – estabelecido como normas gerais de funcionamento dos tribunais internacionais.
- e) Concordata – tais tratados são firmados pela Santa Sé e como não poderia deixar de ser, referem-se a assuntos de natureza religiosa.
- f) Declaração – esses acordos são caracterizados pelo estabelecimento de princípios a serem aplicados ao direito internacional, como por exemplo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Observe-se, contudo, que a lista não é exaustiva, pois a realidade demonstra uma verdadeira falta de critério na utilização da terminologia acima descrita. A situação torna-se ainda mais complexa diante das diferenças linguísticas. Por exemplo na França, Re-

---

ter origem em Cícero ao escrever *pacta et promissa semper ne servanda sunt...* (*De Officiis*). MELLO, C.D. de A. *Curso de direito internacional público*. p.208.

<sup>219</sup>SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao Direito Internacional Público*. p.39.

<sup>220</sup>MELLO, C.D. de A. *op. cit.* p.201.



zek<sup>221</sup> aponta a existência de 38 termos diversos, enquanto em língua portuguesa podem ser encontrados mais de vinte expressões diferenciadas, não se considerando os termos compostos.

A Constituição Brasileira, da mesma forma, não trata do assunto com precisão. Isso porque refere-se às figuras do tratado e da convenção como diferentes entre si. No entanto, não se pode esperar do constituinte uma precisão terminológica, como ensina Carvalho<sup>222</sup>:

*“A linguagem do legislador é uma linguagem natural, penetrada, em certa porção, por termos e locuções técnicas. Nem poderia ser de outra maneira. Os membros das Casas Legislativas, em países que se inclinam por um sistema democrático de governo, representam os vários segmentos da sociedade. Alguns são médicos, outros bancários, industriais, agricultores, engenheiros, advogados, dentistas, comerciantes, operários, o que confere um forte caráter de heterogeneidade, peculiar aos regimes que se queiram representativos. E podemos aduzir que tanto mais autêntica será a representatividade do Parlamento quanto maior for a presença, na composição de seus quadros, dos inúmeros setores da comunidade social.”*

Continua o autor explanando as razões da existência das impropriedades técnicas nos instrumentos normativos :

*“Ponderações desse jaez nos permitem compreender o porquê dos erros, impropriedades, atecniais, deficiências e ambigüidades que os textos legais cursivamente apresentam. Não é de forma alguma o resultado de um trabalho científico e sistematizado.”*

Alguns autores consideram, no momento da classificação das convenções internacionais, três elementos para a classificação dos tratados: a) o número de partes; b) o procedimento utilizado na sua elaboração; e c) a natureza das normas.

---

<sup>221</sup> REZEK, J.F. *op. cit.* p.15.

<sup>222</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário.* p. 04.

Quanto ao número de partes envolvidas em sua elaboração, os atos jurídicos em questão podem ser classificados em tratados bilaterais ou tratados multilaterais, conforme estabelecidos por duas ou mais partes. Mello<sup>223</sup> ensina que :

*“Até o século XIX os tratados eram bilaterais, e quando os Estados eram vários, se concluía uma série de acordos bilaterais. Rousseau menciona uma forma transitória denominada de ‘tratado semicoletivo’ (expressão de Basdevant) em que o Estado signatário, tendo interesses particulares, forma uma parte contratante distinta oposta ao conjunto dos outros signatários’. Por exemplo, a Convenção de Paris sobre os estreitos de 1856. O primeiro tratado multilateral, isto é, redigido em um único instrumento, foi o Ato Final de Viena, redigido em 9 de junho de 1815. Quoc Dinh contudo, observa que o Ato Final do Congresso de Viena é apenas um ‘instrumento geral’ que reúne tratados particulares. Em 1856, o Tratado de Paris já possuía uma cláusula de adesão. A Paz de Paris, de 1856 foi o primeiro tratado multilateral negociado como tal e foi assinado pelos beligerantes e neutros. Sobre as novas técnicas de conclusão dos tratados bilaterais pode-se dizer que atualmente eles são quase orais, sendo que no final da negociação é feito um memorandum que é rubricado. Tal memorandum nem se refere à ratificação (C.Parry).”*

O grande interesse dessa classificação reside no fato de que os tratados multilaterais contém cláusula de adesão<sup>224</sup>, o que não ocorre com os tratados bilaterais.

Relativamente ao procedimento empregado em sua elaboração, os tratados podem ser agrupados em tratados em sentido estrito e acordos simplificados. O grande interesse no estabelecimento dessa classificação consiste na determinação da possibilidade da existência dos chamados acordos executivos, fruto do gênio norte-americano, que prevê a existência de ajustes internacionais, que devido a sua relativa abrangência não determinavam a necessidade de ratificação pelo Senado.

---

<sup>223</sup> MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. p. 257.

<sup>224</sup> MELLO, C. D. de A. *Idem*. p.207.

Quanto à natureza das normas, os tratados dividem-se em tratados contratuais e tratados normativos. Pelos primeiros estabelece-se uma operação jurídica, como por exemplo os acordos comerciais. Por estes as partes criam uma regra jurídica válida e objetiva que irá reger todos os sujeitos de direito internacional que se encontrem em uma dada situação fática<sup>225</sup>.

#### V.4 – CARACTERÍSTICAS FORMAIS

Os tratados são acordos formais, de modo que devem revestir-se da forma escrita. O modelo já era previsto pela Convenção de Havana de 1928<sup>226</sup>, que em seu artigo 2º assim estabelecia: *“É condição essencial nos tratados a forma escrita. A confirmação, prorrogação, renovação ou recondução são igualmente feitas por escrito, salvo estipulação em contrário”*. A Convenção de Viena de 1989, em seu artigo 1º mantém a necessidade da observância da formalidade, recusando, portanto, a existência de tratados verbais.

O texto de um tratado é composto por : a) preâmbulo; b) dispositivo; c) cláusulas finais; e d) anexos.

#### 5.5. ELEMENTOS ESSENCIAIS

##### a) capacidade das partes

A doutrina mais vetusta estabelecia que apenas os Estados tinham capacidade para firmar tratados. Contudo, com a proliferação das organizações internacionais, bem como com a redefinição de seus papéis, sendo-lhes atribuídas atividades cada vez mais importantes, outros sujeitos de direito internacional tiveram sua personalidade jurídica reconhecida.

<sup>225</sup>MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. p.207, afirma que essa classificação estabelecida entre tratados-lei e tratados-contrato deve ser abandonada, pois *“...os tratados contêm (sic) geralmente dispositivos ‘legislativos’ e ‘contratuais’ ao mesmo tempo.”*

<sup>226</sup> Assinada em Havana em Fevereiro de 1929 e ratificada em julho do mesmo ano, pelo Decreto 18.596/29.

b) habilitação dos agentes signatários;

Para que possam expressar o livre consentimento válido de um Estado, os seus representantes devem ser revestidos de poderes onde haja o reconhecimento da possibilidade de assumirem um compromisso formal perante a comunidade internacional.

Observe-se que a competência para firmar tratados é estabelecida pela lei interna de cada Estado. No caso brasileiro, a Constituição, em seu artigo 84, VIII, atribui ao Presidente da República a competência privativa para celebrar tratados e convenções internacionais.

Os agentes públicos são habilitados através dos denominados “plenos poderes” que são dados aos negociadores que por esse ato passam a ser denominados *plenipotenciários*. A Convenção de Viena sobre Tratados de 1969 assim define o instituto:

*“Plenos poderes` significa um documento expedido pela autoridade competente de um Estado, designando uma ou várias pessoas para representar o Estado na negociação, adoção ou autenticação de um texto de um tratado, para manifestar o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado ou para praticar qualquer outro ato relativo a um tratado.”*

c) consentimento mútuo

Em se considerando que o direito internacional encontra-se fundamentado na livre manifestação da vontade dos sujeitos, é necessário que esse elemento seja tido por essencial à caracterização do instrumento normativo.

Accioly<sup>227</sup> estabelece que os vícios dos atos de direito internacional são específicos, não se podendo aplicar a eles as mesmas hipóteses previstas pela lei estatal, relativamente aos atos jurídicos internos. Isso porque a comunidade internacional estabelece um nível de interesse superior aos dos particulares.

d) objeto lícito e possível

O tratado para que possa ser tomado por válido não poderá conter cláusulas que violem regras estabelecidas pelo direito internacional público. Deste modo, em se observando o direito positivo brasileiro, um tratado será tomado por inválido se o mesmo violar um dos princípios dispostos no artigo 4º da Constituição Brasileira.

## 6. OS TRATADOS INTERNACIONAIS E SUA RECEPÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO

Em um primeiro momento histórico os tratados eram celebrados pelos próprios monarcas. No entanto, Com a decadência da monarquia absolutista e a conseqüente institucionalização do regime republicano, fato determinante da prevalência do princípio da separação de poderes, houve um aumento na complexidade no processo de formalização dos ajustes internacionais.

Isso porque a partir de um determinado momento histórico, o legislativo passou a compor a vontade estatal em suas relações com a comunidade internacional, através do instituto da ratificação.

No caso brasileiro, desde 1891 as constituições, exceto a de 1937, determinam a necessidade de participação do Executivo e do Legislativo na manifestação de vontade do Estado brasileiro junto à comunidade internacional<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> ACCIOLY, H.; SILVA, G. E. do N e. *Manual de direito internacional público*. p.26.

<sup>228</sup> "Até a Entrada em vigor da Constituição de 1946 era pacífico na doutrina brasileira a necessidade de aprovação do legislativo para qualquer acordo internacional. Nesse sentido andaram os comentaristas da Constituição de 1891.

*Sublinhe-se, entretanto que o fato de o §6º do art. 46 da Constituição de 1934 não reproduzir o vocabulário (sic) 'ajustes' e o advérbio 'sempre' ensejou algum debate, que não foi duradouro face à vida curta desse texto constitucional. Revogada a Carta Constitucional de 1937, que investira no Conselho Federal o exame dos tratados, a Constituição de 1946 voltou à linguagem de 1934, de maneira quase literal."* RODAS, J. G. *Tratados internacionais*. p.29.

## 6.1. RATIFICAÇÃO

A ratificação é o ato através do qual se dá a confirmação do tratado, introduzindo-o ao ordenamento jurídico interno. O instituto não é criação recente do gênio humano, pois Mello<sup>229</sup> ensina que já no Egito de Ramsés II e Na Grécia antiga os tratados após serem formalizados precisavam da ratificação do monarca.

A moderna teoria da limitação horizontal dos poderes do Estado influenciou decisivamente a formação da doutrina estabelecida da necessidade de ratificação do ajuste internacional pelo Executivo, após a expressa autorização do Legislativo<sup>230</sup>.

De qualquer modo o estabelecimento do procedimento pelo qual o tratado haverá de ser introduzido no direito interno é objeto de disposições constitucionais, estabelecidas em conformidade com os valores reconhecidos pelos Estados como essenciais na determinação de seu relacionamento com a comunidade internacional.

Com isso, há o agrupamento dos Estados da forma seguinte<sup>231</sup>: a) sistema que estabelece a competência exclusiva do Poder Executivo; b) sistema que consagra a primazia do Legislativo; e c) sistema que estabelece a competência legislativa para ambos os Poderes, subdividido em c.1 - o que determina a intervenção do Legislativo apenas em algumas espécies de tratados; e c.2 - o que obriga a intervenção do Parlamento em todos os tratados.

Sobre a crescente importância do instituto da ratificação dos tratados internacionais no mundo contemporâneo, manifesta-se Mello<sup>232</sup>:

---

<sup>229</sup> MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. p. 216.

<sup>230</sup> MAZUOLLI, V. O. *Op. cit.* p.10.

<sup>231</sup> MELLO, C.D. de A. *op. cit.* p.217.

<sup>232</sup> MELLO, C. D. de A. *op. cit.* p. 217.

*“A ratificação passou a ser considerada a fase mais importante do processo de conclusão dos tratados. As razões que militam em se favor, segundo Sereni, são as seguintes: a) as matérias que são objeto do tratado, pela sua importância, devem, ser apreciadas pelo chefe de Estado; b) a fim de evitar problemas posteriores sobre a questão do excesso de poderes ou violação das instruções dadas aos negociadores, quando da assinatura do tratado; c) o desenvolvimento dos Estados democráticos e, em consequência, a participação do Parlamento na formação da vontade do Estado nos assuntos internacionais; d) a possibilidade que o procedimento oferece ao chefe de Estado de obter preventivamente o concurso dos órgãos (Congresso) necessários, pelo Direito Interno, para a formação da vontade que ele deverá em seguida declarar internacionalmente ou ainda para adaptar o ordenamento interno ao tratado que será estipulado; e) dar aos órgãos internos a oportunidade de decidirem com calma e ponderação sobre texto já redigido na forma de projeto; f) A necessidade dos órgãos internos encarregados de formarem e declararem a vontade do Estado de conhecerem e avaliarem as reações suscitadas pelo projeto do tratado na opinião pública nacional.”*

Apesar disso, observa-se, ultimamente, a proliferação dos chamados tratados executivos que, em tese, não necessitariam de aprovação do Poder Legislativo, é um fenômeno que vem sendo observado como uma tendência no direito internacional, mas que não é aceita pelo direito brasileiro, diante de disposição constitucional que torna imprescindível a autorização do Poder Legislativo<sup>233</sup>, para que haja a ratificação pelo Poder Executivo.

---

<sup>233</sup> Apesar da clareza do texto constitucional, evidencia-se a existência de ajustes internacionais que não são necessariamente submetidos à apreciação do Legislativo, como se pode ver da lição de RODAS, J.G. *op.cit.* p.33: “Levi Carneiro, em Parecer na qualidade de consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, declarou, em regra, isentas da homologação pelo Congresso Nacional as convenções:

- a) sobre assuntos de competência privativa do Poder Executivo, que não sejam de importância transcendente;
- b) para execução, aplicação ou elucidação de dúvida sobre ponto de importância secundária de algum tratado;
- c) os de *modus vivendi*, visando apenas manter o mesmo estado de coisas ou estabelecendo bases para negociações futuras;
- d) os de prorrogação, modificação, de acordo executivo celebrado por notas reversais, ainda em vigor; e
- e) promessa de reciprocidade em matéria de extradição.”

Diante disso, pode-se concluir que a formalização da vontade estatal no plano internacional é realizada através de duas fases: a) a fase externa; e b) a fase interna.

Na fase externa, há a sua assinatura pelos agentes públicos, determinando o estabelecimento de um compromisso do Estado signatário com a comunidade internacional. No entanto, o Estado somente ficará vinculado ao cumprimento do ajuste a partir do momento em que houver a observância dos procedimentos de introdução do ato normativo ao ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Brasileira confere ao Presidente da República a competência para firmar tratados internacionais. Contudo, tendo em vista o primado da separação de poderes, a vontade do Poder Executivo deverá ser apreciada pelo Congresso Nacional em procedimento legiferante específico, através do qual há a autorização para que haja a incorporação do ajuste firmado ao ordenamento de nosso País.

Na fase interna a convalidação dos tratados é levada à cabo pela ação do Poder Executivo, mediante autorização específica do Legislativo, respaldado pelo princípio da separação de poderes. Esse princípio está intrinsecamente relacionado à democracia moderna de modo que a necessidade de ratificação dos ajustes internacionais, para torná-los vinculantes, já era prevista pela Convenção de Havana sobre Tratados, que em seu artigo 5º dispõe:

*“Os tratados não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos Estados contratantes, ainda que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores, nem figure no próprio tratado”.*

Deste modo, para que os tratados possam ser tidos por vinculantes, devem ser submetidos à apreciação do Poder Legislativo, que deverá promover a sua aprovação, para que haja, posteriormente uma manifestação do Executivo no sentido de que haja a sua incor-



poração ao ordenamento jurídico brasileiro, conforme dispõe a Constituição Brasileira em seu artigo 49, I<sup>234</sup>.

Observe-se que a redação do dispositivo constitucional do inciso I do artigo 49 é objeto de inúmeros mal-entendidos, uma vez que há a atribuição de competência ao Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre os tratados internacionais que tragam algum compromisso gravoso ao patrimônio nacional.

O primeiro questionamento que poderia trazer a análise do dispositivo normativo em questão refere-se ao estabelecimento do alcance da locução “*resolver definitivamente*” sobre tratados internacionais.

Mazzuoli<sup>235</sup> entende que a locução refere-se ao poder que é atribuído ao Legislativo Federal para que este possa “*aprovar ou não os tratados submetidos à sua apreciação*”<sup>236</sup>.

Deste modo, o poder de ratificação, em verdade, não estaria nas mãos do Poder Legislativo, mas incumbiria ao Poder Executivo a tarefa de ratificar os tratados internacionais, diante da autorização manifesta daquele<sup>237</sup>.

Por outro lado, a interpretação meramente gramatical da locução encontrada da parte final do inciso I do artigo 49 da Constituição Brasileira poderia autorizar o entendimento de que nem todos os tratados internacionais haveriam de ser objeto da apreciação pelo

---

<sup>234</sup> “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.”

<sup>235</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Poder Legislativo e os tratados internacionais: o treaty-making power na Constituição Brasileira de 1988*. p.10.

<sup>236</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>237</sup> “O Congresso Nacional – repita-se – não ratifica tratados. Quem os ratifica é o Chefe do Poder Executivo, é dizer, o Presidente da República. Sem este ato presidencial, e posterior promulgação, não existe tratado válido a obrigar a Nação, quer internacionalmente (falta de ratificação), quer internamente (falta de promulgação, à exceção dos tratados de proteção dos direitos humanos, cuja aplicação é imediata desde a ratificação.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p.13.

Poder Legislativo Federal, mas somente aqueles que viessem a impor “*encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*”. A absurdidade de tal conclusão não autoriza conclusão positiva.

Decerto, o aludido dispositivo constitucional não pode ser analisado em uma situação de isolamento, mas em um contexto sistemático normativo, de modo que o disposto no artigo 84, inciso I da Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade do referendo do Congresso Nacional a todos os tratados firmados.

A interpretação teleológica não permite entendimento em sentido diverso, posto que o sistema constitucional brasileiro, liberal por excelência, foi estabelecido sobre o dogma da independência harmônica dos poderes, não sendo possível a outorga de um poder tão desmesurado ao Executivo, especialmente no estabelecimento de obrigações junto à comunidade internacional. Logo, a conclusão inafastável é a de que se faz necessária uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional em alusão.

Observe-se ainda que a ratificação constitui um ato discricionário do Estado signatário, conforme dispõe o artigo 7º da Convenção de Havana sobre Tratados:

*“A falta de ratificação ou a reserva são atos inerentes à soberania nacional e, como tais, constituem o exercício de um direito, que não viola nenhuma disposição ou norma internacional. Em caso de negativa, esta será comunicada aos outros contratantes.”*

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados mostra-se muito mais complexa, no que tange à necessidade de ratificação, dispondo que este ato interno somente será da essência do ajuste quando for expressamente prevista sua necessidade. Saliente-se que o artigo 18 da aludida Convenção estabelece o dever de os Estados não frustrarem o objeto do acordo firmado.

O ato de ratificação dos tratados possui algumas características que não podem ser olvidadas: a) a discricionariedade; b) a competência; c) a irretratabilidade.

A discricionariedade, é característica que se encontra intrinsecamente relacionada à adjetivação do Poder estatal como soberano. Sem embargo, em se considerando a soberania como adjetivo inafastável à manifestação do poder estatal, é curial que o ato de ratificação seja um ato discricionário, enquanto manifestação estatal. Não significa, entretanto, que essa manifestação não encontre qualquer limitação no âmbito interno.

A consequência lógica de tal discricionariedade é o fato de que o Estado ao não promover a ratificação de um tratado internacional não comete nenhum tipo de ilícito, apesar de ter de arcar com os resultados de sua atitude junto à comunidade internacional<sup>238</sup>.

Por fim, outra característica dos tratados internacionais é a sua irretratabilidade, que segundo Rezek<sup>239</sup> pode ser definida da forma seguinte:

*”Ato unilateral e discricionário, a ratificação é, não obstante, irretratável, mesmo que o acordo se tenha tornado vigente, e, às vezes, antes que a regra pacta sunt servanda haja começado a operar em sua plenitude”.*

Contudo, tendo em vista o seu objeto específico, o direito brasileiro concebe a existência de tratados internacionais classificados de acordo com o seu objeto – os tratados internacionais de direitos humanos, que serão vistos a seguir.

---

<sup>238</sup> “Em 3 de dezembro de 1979 a França anuncia seu propósito de não ratificar a Convenção de 3 de dezembro de 1976 sobre a despoluição do Reno. Uma semana depois os Países Baixos – cujo empenho nessa Convenção chegou a motivar a ida, a Paris, de um grupo de parlamentares holandeses, com o objetivo de anular seus homólogos no parlamento francês – exprimem um protesto formal contra aquela atitude. O Brasil não ratificou a Convenção sanitária que firmara com a Argentina e o Uruguai em 1873, nem o Tratado argentino-brasileiro de 1890 sobre a fronteira das Missões, nem tampouco o Tratado de amizade e comércio celebrado com a Pérsia em 1903. No segundo caso, o Congresso desaprovou o tratado, por larga maioria. No primeiro, porém, em razão da época, não caberia consulta ao parlamento, havendo ocorrido desistência governamental após melhor análise do texto. No terceiro, enfim, o Congresso chegou a aprovar o tratado por decreto legislativo, e a recusa de levar a termo o comprometimento deveu-se tão só às reflexões finais do Executivo.” REZEK, J.F. *Direito internacional público*. p.55-56.

<sup>239</sup> REZEK, J.F. *op. cit.* p.57.

**SEÇÃO II**  
**OS TRATADOS INTERNACIONAIS**  
**DE DIREITOS HUMANOS**

**1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS**

Após a consagração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, constatou-se a urgência de formulação de instrumentos normativos de abrangência internacional para regulamentar os direitos humanos em um sistema formado por instrumentos tecnicamente vinculantes para os Estados signatários<sup>240</sup>.

Saliente-se, contudo, que os tratados internacionais integrantes do sistema internacional de proteção aos direitos humanos somente podem ser vislumbrados como fontes subsidiárias de proteção, como ensina Piovesan<sup>241</sup>:

*“Cabe atentar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com seus inúmeros instrumentos, não pretende substituir o sistema nacional. Ao revés, situa-se como direito paralelo e suplementar ao direito nacional, no sentido de permitir sejam superadas suas omissões e deficiências. No sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o Estado tem a responsabilidade primária pela proteção desses direitos, ao passo que a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária. Os procedimentos internacionais têm, assim natureza subsidiária, constituindo garantia adicional de proteção dos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais.”*

---

<sup>240</sup> “Diversamente dos tratados internacionais tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos não objetivam estabelecer o equilíbrio de interesses entre os Estados, mas buscam garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais aos indivíduos.” PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p.161.

<sup>241</sup> PIOVESAN, F. *op. cit.* p.161.

Assim, a análise do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, será levada a cabo através do estudo de dois subsistemas independentes e harmônicos: o sistema internacional e os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos.

## 2. O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Em se constatando a natureza não vinculante da Declaração Universal dos Direitos do Homem, após a sua adoção iniciou-se um movimento no sentido de dotá-la de força jurídica, capaz de garantir a sua observância.

O processo de juridicização da Declaração Universal iniciou-se em 1946 e somente veio a ser finalizado em dezembro de 1966 com a celebração de dois pactos<sup>242</sup>: o pacto internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>243</sup>.

A partir de 1966 dois tratados importantíssimos foram aprovados pela Organização das Nações Unidas, um reconhecendo direitos cíveis e liberdades individuais e outro reconhecendo direitos sociais.

A divisão dos tratados em dois documentos diversos foi determinada pela divergência entre os países do bloco comunista e os países integrantes do bloco ocidental. Aqueles insistiam no reconhecimento das chamadas liberdades clássicas, numa visão liberal. Estes, ao contrário, desejavam destacar os chamados direitos humanos de segunda geração<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> Serão abordados no presente trabalho apenas o pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

<sup>243</sup> PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 160.

<sup>244</sup> "Um dos maiores argumentos levantados pelos países ocidentais em defesa da elaboração de dois pactos distintos se centrou nos diversos processos de implementação das duas categorias de direitos. Alegou-se que,

Desta forma, objetivando uma composição de natureza política, os tratados foram separados em blocos distintos, o que não gerou qualquer efeito prático, pois a própria Organização das Nações Unidas, através da Resolução n.º 32/120, reconheceu que os Direitos humanos mostram-se como reconhecidamente inter-relacionados, como se pode ver de sua transcrição:

*“Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de modo justo e equitativo, com o mesmo fundamento e a mesma ênfase. Levando em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, bem como os diferentes elementos de base históricos, culturais e religiosos, (sic) é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais.”*

Embora firmados em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e culturais somente entraram em vigor no ano de 1976, tendo em vista a reunião do número mínimo de adesões necessárias, como será demonstrado a seguir.

## 2.1. PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

---

*enquanto os direitos civis e políticos eram auto-aplicáveis e passíveis de cobrança imediata, os direitos sociais, econômicos e culturais eram ‘programáticos’ e demandavam realização progressiva. A exigência de diferentes procedimentos de implementação viria a justificar a formulação de dois Pactos diversos, já que, para os direitos civis e políticos, o melhor mecanismo seria a criação de um Comitê que apreciasse petições contendo denúncia de violação de direitos – instrumento que se mostraria inadequado para tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais.*

*Em face dessas argumentações, os países socialistas responderam que não eram em todos os países que os direitos civis e políticos faziam-se auto-aplicáveis e os direitos sociais, econômicos e culturais não auto-aplicáveis. A depender do regime, os direitos civis e políticos poderiam ser programáticos e os direitos sociais, econômicos e culturais auto-aplicáveis. Nesse raciocínio, a feitura de dois instrumentos distintos poderia ainda significar uma diminuição da importância dos direitos sociais, econômicos e culturais.” PIOVESAN, F. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. p.162.*

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos nasceu com o escopo de consagrar um catálogo de direitos mais extenso que a própria Declaração Universal, como assevera Piovesan<sup>245</sup>:

*“Constata-se que o Pacto abriga novos direitos e garantias não incluídos na Declaração Universal, tais como o direito de não ser preso em razão de descumprimento de obrigação contratual (art. 11); o direito da criança ao nome e à nacionalidade (art.24); a proteção dos direitos de minorias à identidade cultural, religiosa e lingüística (art.27); a proibição da propaganda de guerra ou de incitamento a intolerância étnica ou racial (art.20); o direito à auto-determinação (art.1º), dentre outros. Esta gama de direitos, insiste-se, não se vê incluída na Declaração Universal.”*

Através do Pacto Internacional os Estados signatários comprometem-se a elaborar, periodicamente, relatórios acerca das medidas que vêm sendo adotadas para que sejam implementados os direitos assegurados pelo Tratado Internacional em questão.

Os relatórios são examinados pelo Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo Pacto, que se constitui no principal órgão de monitoramento, constituído por 18 membros eleitos pelos Estados signatários.

Além dos relatórios, o sistema de proteção dos direitos humanos conta com um aparato de comunicação interestadual, onde um Estado poderá denunciar o outro por haver violado qualquer das cláusulas do acordo firmado, como prevê o artigo 41 da Convenção<sup>246</sup>.

<sup>245</sup> PIOVESAN, F. *op. cit.* p.167.

<sup>246</sup> Artigo 41 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

*“Artigo 41. Com base no presente artigo, todo Estado-parte no presente Pacto poderá declarar, a qualquer momento, que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações que um Estado-parte alegue que outro Estado-parte não vem cumprindo as obrigações que lhe impõe o presente pacto. As referidas comunicações só poderão ser recebidas e examinadas nos termos do presente artigo no caso de serem apresentadas por um Estado-parte que houver feito uma declaração em que reconheça com relação a si próprio, a competência do Comitê. O Comitê não receberá comunicação alguma relativa a um Estado-parte que não houver feito uma declaração dessa natureza. As comunicações recebidas em virtude do presente artigo estarão sujeitas ao procedimento que segue.”*

O Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adicionou à sistemática de controle do cumprimento das obrigações firmadas no Tratado internacional um mecanismo de admissão de petições individuais, o que acaba por cristalizar o papel do indivíduo como sujeito de direito internacional.

Observe-se, contudo, que as decisões do Comitê de Direitos Humanos instituído pelo Pacto não são dotados de qualquer força vinculante, limitando-se a condenação a criar uma situação de constrangimento internacional para o Estado violador<sup>247</sup>.

## **2.2. O PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS**

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e culturais, da mesma forma de seu congênere, tratado no item anterior, foi criado como um detalhamento dos direitos previstos na Carta de 1948.

Na mesma esteira, o Pacto em questão objetivou dar um caráter de obrigatoriedade aos direitos estabelecidos de modo universal, através de um sistema de estabelecimento de obrigações positivas aos Estados-partes.

Ocorre, contudo, que os direitos assegurados pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e culturais não possuem aplicabilidade imediata, tendo em vista o seu condicionamento à situação econômica em que se encontrar o Estado-parte.

Desta forma, os Estados, através do Tratado em questão, obrigam-se a conjugar esforços no sentido de “*adotar medidas, até o máximo dos recursos disponíveis, a fim de alcançarem progressivamente a plena realização desses direitos.*”<sup>248</sup>

---

<sup>247</sup> *Power of embarrassment.*

<sup>248</sup> PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* p.175.



Decerto, os direitos econômicos, sociais e culturais enquadram-se como normas de cunho notadamente programático, dependendo da atuação legislativa posterior para que possam ser criados *in concreto*. Assim, tais direitos manifestam-se, na verdade como um compromisso futuro de atuação legislativa.

A sistemática de acompanhamento do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e culturais mostra-se similar ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, fundado em relatórios a serem apresentados periodicamente. A similaridade, contudo, não vai além, posto que o Tratado não contempla o mecanismo de comunicação interestatal, e nem as reclamações individuais.

Saliente-se, contudo, que os Direitos Econômicos, Sociais e culturais mostram sua faceta retórica obscena, diante de um mundo cada vez mais marcado pela profunda clivagem entre os mais ricos e os mais pobres, como alerta Ian Martin, citado por Piovesan<sup>249</sup>:

*“O número de pessoas vivendo em grau de pobreza absoluta soma 1,4 bilhões para uma população mundial de 5,3 bilhões. Este número tem aumentado em média 50% nos últimos vinte anos.(...) entre 1960 e 1989, os 20% mais ricos povos do mundo aumentaram sua participação no PIB (produto nacional bruto) (sic) de 7% para 83%. Os 20% mais pobres assistiram sua participação decair de 2,3% para 1,4%. O débito do terceiro mundo tem aumentado. É pior ver uma criança morrer de fome que ver um adulto ser atacado pela polícia.”*

### 3. OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O sistema internacional de proteção aos direitos humanos é constituído por um complexo de regras que interagem em diferentes âmbitos.

---

<sup>249</sup>PIOVESAN, F. *op. cit.* p.179.

A importância do sistema regional reside na possibilidade de consideração de particularidades locais, que devem levar em conta os parâmetros mínimos fixados nos instrumentos de abrangência global. De qualquer modo, a superposição dos sistemas deve ter o propósito de fortalecer a proteção dos direitos humanos em todo o mundo<sup>250</sup>.

Atualmente, registra-se a existência de três sistemas regionais: o sistema europeu, o africano e o americano. Contudo, não podem ser olvidadas as propostas asiáticas e árabes de criação de um sistema regional próprio.

### 3.1. A CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

O sistema regional de proteção aos direitos humanos surge com força, logo após a Declaração Universal, já em 1950, com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, firmada em Roma.

De um modo geral, a Convenção não representou um avanço doutrinário em matéria de direitos humanos<sup>251</sup>. Foi, contudo, a criação de órgão especiais dotados de competência para fiscalizar o cumprimento do Tratado, bem como o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional, que representam as maiores inovações do sistema.

---

<sup>250</sup>PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p.209.

<sup>251</sup>“O alcance da convenção limita-se aos direitos individuais clássicos e representa, sob esse aspecto, um recuo em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos, invocada em seu preâmbulo. Um Protocolo adicional, datado de 20 de março de 1952, acrescentou à Convenção uma declaração sobre a proteção da propriedade, o direito à instrução e o direito a eleições livres. Nenhum desses direitos, no entanto, representou inovação alguma, relativamente ao que já se continha, por exemplo, na Constituição de Weimar, de 1919. A declaração sobre a propriedade, aliás, constituiu um nítido recuo, pois ateve-se apenas à proteção do direito individual, deixando de lado o dever de todo proprietário de dar aos seus bens próprios uma destinação social.” COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. p.239.

Outra inovação incorporada ao sistema europeu foi a concepção de um órgão de intermediação entre o reclamante e a Corte Europeia de Direitos Humanos, encarregada de investigar os fatos denunciados – a Comissão Europeia de Direitos Humanos.

### **3.2. A CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS DOS POVOS**

Firmado em 1981, com a adesão de 26 Estados-membros da Organização da Unidade Africana, esse documento tem por grande mérito o reconhecimento internacional do povo como sujeito de direito internacional, como ensina Comparato<sup>252</sup>:

*“A grande novidade desse documento normativo, aprovado na 18ª Conferência de Chefes de Estado e Governo, reunida em Nairobi, Quênia, em junho de 1981, consistiu em afirmar que os povos são também titulares de direitos humanos, tanto no plano interno, quanto na esfera internacional. Até então só havia o reconhecimento do direito dos povos à autodeterminação, assentado no artigo 1º de ambos os Pactos Internacionais de 1966. A Carta Africana, na esteira da Declaração Universal dos Direitos dos Povos, aprovada numa conferência realizada em Argel, em 1976, vai mais além, e afirma os direitos dos povos à existência enquanto tal (art. 19, in initio), à livre disposição de sua riqueza e recursos naturais (art.21), ao desenvolvimento (art.22), à paz e à segurança (art.23) e também à preservação de um meio ambiente sadio (art.24).”*

Devido à sua formação recente, o sistema Africano ainda se mostra incipiente e possui como órgão máximo a Comissão Africana de Direitos Humanos.

### **3.3. A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

---

<sup>252</sup> COMPARATO, F.K. *op. cit.* p.359.

Da mesma forma que os Estados Europeus, os países situados no continente americano resolveram, através de convenção internacional, criar um sistema de monitoramento do cumprimento dos direitos humanos.

O instrumento mais importante do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos foi o Pacto de San José da Costa Rica, aprovado em 22 de novembro de 1969.

A Convenção Americana não consagra direitos diversos daqueles enunciados pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Saliente-se que o Pacto não consagra os chamados direitos civis e econômicos.

Essa omissão foi proposital, pois somente dessa forma os Estados americanos conseguiriam a adesão dos Estados Unidos. Contudo, os países signatários conseguiram a aprovação de um protocolo acerca de direitos sociais e econômicos em 1988, por ocasião da Conferência Interamericana de São Salvador, em 1988.

O Pacto de San José da Costa Rica, da mesma forma que a Carta Européia, assegura o cumprimento de seus dispositivos através de um sistema de monitoramento constante que é formado por dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### **3.3.1. A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

A Comissão é composta por sete membros, eleitos pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, a partir de uma lista tríplice estabelecida pelos Estados-membros<sup>253</sup>.

---

<sup>253</sup> Artigos 34, 35 e 36 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Cada membro é eleito pelo período de quatro anos, sendo permitida uma recondução. A Convenção estabelece, ainda, que não poderão tomar parte da Comissão mais de um nacional de um mesmo País<sup>254</sup>.

O principal objetivo da Comissão é promover o respeito aos direitos humanos no Continente Americano. Contudo, ao lado deste objetivo precípua, o Pacto consagra outros, como se pode ver da transcrição do artigo 41 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

*“Artigo 41. A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem as seguintes atribuições:*

- a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;*
- b) formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;*
- c) preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;*
- d) solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;*
- e) atender às consultas que, por meio da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhes solicitarem;*
- f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e*
- g) Apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.”*

---

<sup>254</sup>Art. 37 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O principal instrumento de controle das atividades dos Estados-membros é cristalizado nos relatórios que os países signatários comprometem-se a apresentar, onde se demonstra a observância dos compromissos firmados internacionalmente, quanto à proteção dos direitos de seus cidadãos.

Além da análise dos relatórios que lhe são enviados, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem a competência para a análise de reclamações, que lhe são apresentadas por indivíduos ou por entidades, onde seja alegada a existência de qualquer violação a direitos consagrados em tratados internacionais de direitos humanos.

Saliente-se que a comissão tem o papel de analisar as condições de admissibilidade da reclamação, tais como a demonstração do esgotamento dos recursos propostos pelo direito interno de cada País, que a apresentação seja realizada até seis meses após a notificação da violação reclamada, e que a matéria não esteja sob a análise de outro órgão internacional<sup>255</sup>.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por não ser dotada de competência Jurisdicional, buscará uma solução amistosa para o problema. Não logrando êxito, o caso será submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso o Estado denunciado declarar, expressamente, que reconhece a competência da Corte, de acordo com o disposto no artigo 51 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

### **3.3.2 – A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão Jurisdicional do sistema regional e, de acordo com o disposto no artigo 52 da Convenção, é composta por sete juizes, eleitos dentre juristas de reconhecida competência em matéria de direitos humanos e de inquestionável idoneidade moral.

---

<sup>255</sup>Artigo 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Os juízes são eleitos pelo voto secreto da maioria dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, a partir de uma lista de até três candidatos, apresentada por cada membro.

Cada juiz é eleito para um mandato de seis anos. Observe-se, contudo, que três, dos sete juízes, desempenharão um mandato de apenas três anos.

A Corte Interamericana possui duas espécies de competências distintas: a competência consultiva, que abrange a interpretação das disposições convencionais sobre direitos humanos; e a competência contenciosa.

Decerto, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que qualquer membro da Organização dos Estados Americanos poderá solicitar parecer da Corte relativamente à interpretação de qualquer tratado internacional de direitos humanos, bem como parecer sobre a compatibilidade entre qualquer dispositivo de sua legislação interna e os tratados internacionais, como se pode ver da transcrição do dispositivo do artigo 64:

*“Artigo 64 – 1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.  
2. A Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.”*

Quanto à competência consultiva da Corte, Piovesan<sup>256</sup> assim se manifesta:

---

<sup>256</sup> PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p.221.

*“Dentre os pareceres emitidos pela Corte, destaca-se o parecer acerca da impossibilidade da adoção da pena de morte no Estado da Guatemala. Neste caso, a Comissão Interamericana solicitou à Corte opinião no sentido de esclarecer se a imposição da pena de morte por um Estado, em face de crimes não punidos com esta sanção quando da adoção da Convenção Americana pelo Estado, constituiria violação à Convenção, ainda que o Estado tivesse feito reservas à esta importante Convenção. No parecer, a Corte afirmou: ‘a Convenção impõe uma proibição absoluta quanto à extensão da pena de morte a crimes adicionais, ainda que uma reserva a esta relevante previsão da Convenção tenha entrado em vigor ao tempo da ratificação.’”*

Já no plano contencioso, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos encontra-se limitada aos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme disposição de seu Artigo 61<sup>257</sup>. Deste modo os indivíduos não podem submeter à Corte reclamações acerca da violação dos direitos em questão.

Note-se que a partir do momento em que o Estado signatário reconheça, de modo expresso, a jurisdição da Corte Interamericana<sup>258</sup> de Direitos Humanos, as decisões deste importante órgão passam a ser vinculantes, obrigando as partes<sup>259</sup>.

As decisões prolatadas pela Corte Interamericana abrangem não só a reparação dos danos causados, mas também o estabelecimento de indenizações, como se pode ver da transcrição do artigo 63 da Convenção:

<sup>257</sup> Artigo 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

*“Artigo 61. 1. Somente os Estados-partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte. 2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados todos os processos previstos nos artigos 48 a 50.*

<sup>258</sup> O Brasil, através do Decreto Legislativo n. 89, de 3 de dezembro de 1998, reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

<sup>259</sup> *“Contudo, repita-se, é necessário que o Estado reconheça a jurisdição da Corte, já que tal jurisdição é apresentada sob a forma de cláusula facultativa. Até 1999, vinte e um Estados haviam reconhecido a competência contenciosa da Corte. O Estado Brasileiro finalmente reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana em dezembro de 1998, por meio do Decreto Legislativo n.89, de 3 de dezembro de 1998.”* PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p.223.



*“Artigo.63. 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.*

*2. em casos de extrema gravidade, e urgência, e quando se fizer necessário, evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.”*

Sobre a condenação de um Estado signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, Piovesan<sup>260</sup> apresenta, como exemplo<sup>261</sup>, o caso envolvendo o desaparecimento de Algel Manfredo Velasquez Rodriguez, em setembro de 1981, em decorrência de ação policial violenta. Na oportunidade o Estado de Honduras foi condenado a promover o pagamento de indenização aos familiares do desaparecido.

*“No plano da jurisdição contenciosa, referência obrigatória é o famoso caso ‘Velasquez Rodriguez’, atinente ao desaparecimento forçado do indivíduo no Estado de Honduras. Acolhendo comunicação encaminhada pela Comissão Interamericana, a Corte condenou o Estado de Honduras ao pagamento de indenização aos familiares do desaparecido, em decisão publicada em 21 de julho de 1989.”*

Diante do papel que vem desempenhando a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos vem se consolidando como um instrumento de defesa do indivíduo contra a brutal ação estatal.

<sup>260</sup> PIOVESAN, F. *op. cit.* p.223.

<sup>261</sup> “Até 1999, a Corte havia se pronunciado a respeito dos seguintes casos, dentre outros: Velasquez Rodrigues (honduras), Godínez Cruz (Honduras), Fairen Garbi e Solís Corrales (honduras), Cayara (Peru), Aloeboetoe (Suriname), Gangaram Panday (Suriname), Maqueda (Argentina), El Amparo (Venezuela), Neira Alegria (Peru), Cabellero Delgado e Santana (Colômbia), Garrido e Baigorria (Argentina), Genie Lacayo (Nicarágua), Castillo Páez (Peru), Loayza Tamayo (Peru), Paniagua Morales (Guatemala), Blake (Guatemala), Suárez Rosero (Equador), Benavides Cevallos (Equador), Cantoral Benavides (Peru), Durand e Ugarte (Peru), Bámaca Velásquez (Guatemala)”. PIOVESAN, F. *Idem.* p.223.

Mas, acima de tudo, as decisões prolatadas pela Corte revelam que a relativização do conceito de soberania é fato já pacificado pelo direito internacional.

#### 4. O PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A Constituição Brasileira de 1988, seguindo uma tendência observada nos países do hemisfério ocidental, prevê que as transformações introduzidas pelo direito internacional dos direitos humanos determinaram a incorporação ao direito brasileiro das normas estabelecidas em tratados do qual o Brasil seja signatário, a teor do que dispõe o §2º do artigo 5º da Constituição brasileira.

A adoção pelo constituinte brasileiro de tal dispositivo segue uma tendência global que determina a existência de disposições similares em diversas constituições, conforme informa Weiss<sup>262</sup>.

*"Não está só a Carta Política nacional ao assim dispor, pois trata-se de tendência difundida mundialmente e incorporada, com formatação distinta, por diversas Constituições, como as de Portugal (art.16º, I e 2), da Alemanha (art.25), da Nicarágua (art.46), do Chile (art.5º, II), da Colômbia (art.93), da Argentina (art.75,22) e da Guatemala (art. 46)."*

Ao incorporar os tratados internacionais de direitos humanos a constituição brasileira demonstra a perfeita sintonia entre o Estado brasileiro e as tendências do direito internacional moderno.

Esse fenômeno foi inicialmente fundado no princípio da não tipicidade dos direitos humanos. Desta forma, concebe-se o rol constitucional como um sistema aberto.

---

<sup>262</sup>WEISS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. p.25.

Assim sendo, além daqueles previstos expressamente, o Constituinte de 1988 vislumbrou a possibilidade da existência de outros direitos inerentes aos indivíduos, em decorrência do próprio caminhar da humanidade.

Saliente-se, contudo, que o princípio da não tipicidade dos direitos humanos não foi introduzido pela Carta Constitucional de 1988<sup>263</sup>. Tome-se, por exemplo, que a Constituição de 1967 já estabelecia, no parágrafo 36 do artigo 153, o princípio da não tipicidade dos direitos humanos, da forma seguinte:

*“A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.”*

Entretanto, a Constituição de 1988 vai além, pois estabelece a possibilidade de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico, na qualidade de normas dotadas de hierarquia especial, fato que determina uma mudança paradigmática dos operadores normativos que passam a dispor de mais um instrumento determinante da validade das normas infraconstitucionais, como será visto no capítulo seguinte.

De qualquer modo, há a axiomática recusa, por parte da Constituição Brasileira da aceitação da teoria da taxatividade dos direitos fundamentais, fato reconhecido pela Corte Constitucional Brasileira, como demonstra Coelho<sup>264</sup>:

---

263 BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: Promulgada em 5 de outubro de 1988*. p.394 salientam que o preceito não é novidade no direito constitucional brasileiro, mas que desde 1891 o dispositivo encontra-se em nosso ordenamento jurídico, sob inspiração da Constituição norte-americana: “Sua inspiração encontra-se na Constituição dos Estados Unidos, que diz: ‘A enumeração de certos direitos na Constituição não deverá ser interpretada como anulando ou restringindo outros direitos conservados pelo povo.’”

264 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. p.160.

*“O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. Essa interpretação é sancionada pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade envolvendo a criação do IPMF, afirmou que o princípio da anterioridade (art. 150, III, b, da CF) constitui um direito ou garantia individual fundamental.”*

Desta forma, não mais se pode questionar a existência dos direitos fundamentais fora de catálogo e de outro modo não poderia ser, uma vez que os referidos direitos mostram-se como sendo o fruto do desenvolvimento histórico da humanidade, estando, portanto, sujeitos a alterações determinadas pelo surgimento de novos valores que devem ser recepcionados pela estrutura normativa de nosso País.

Entendimento em sentido contrário significaria o engessamento e a cristalização do próprio direito, adjetivos que foram expressamente afastados pelo Constituinte de 1988, relativamente aos direitos fundamentais.

Deve-se, contudo, questionar-se qual seria o critério que deverá ser adotado para que se possa reconhecer a fundamentalidade de um direito não disposto no catálogo constitucional?

A resposta a essa indagação reside na inteligência de um princípio expressamente recepcionado pela Constituição Brasileira, que é o respeito à dignidade da pessoa humana, como demonstra Coelho<sup>265</sup>:

*“É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta e de Direitos materialmente fundamentais que estão fora do catálogo. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser como tal considerados, a depender da análise do seu objeto e dos*

---

<sup>265</sup> MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G.. *Idem.* p. 161.

*princípios adotados pela Constituição. A sua fundamentalidade decorreria de sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana, que, por sua importância, não podem ser deixadas à disponibilidade absoluta do legislador ordinário”.*

## **5. O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Observe-se que os tratados internacionais de direitos humanos não podem ser equiparados aos tratados ordinários, que versam, dentre outros, sobre questões de natureza comercial e política.

Isso porque nos tratados comerciais, os Estados assumem obrigações perante outros Estados, enquanto que nos tratados firmados com o objetivo de reconhecer direitos humanos, os Estados assumem obrigações para com seus cidadãos. Acerca desse entendimento encontramos o posicionamento de Pfeiffer e Agazzi<sup>266</sup>:

*”Aliás, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva n. 2, proferida em setembro de 1982, estabeleceu que: ‘ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, para o bem comum, assumem várias obrigações, não com os outros Estados, mas sim em relação aos indivíduos sob a sua jurisdição.’”*

Piovesan<sup>267</sup> demonstra que com a integração dos tratados internacionais de direitos humanos ao sistema normativo brasileiro, as normas de natureza constitucional que dispõem acerca de direitos humanos, ou seja, os vetores introdutórios de direitos fundamentais no ordenamento normativo brasileiro passam a ser classificadas segundo a tricotomia seguinte: a) direitos expressos na constituição; b) os direitos implícitos, em decorrência de

<sup>266</sup> PFEIFFER, R.A.C.; AGAZZI, A.C. *op. cit.* p.213.

<sup>267</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. p. 35.

princípios consagrados pela Constituição Brasileira, tais como o princípio da proteção à dignidade da pessoa humana; e c) os direitos humanos decorrentes de tratados internacionais.

Contudo, a Corte Constitucional Brasileira vem adotando um posicionamento que se cristaliza em um verdadeiro retrocesso relativamente à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito brasileiro.

O ponto da discórdia reside no dispositivo do artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, inserida no Direito Brasileiro em 25 de setembro de 1992, que estabelece a impossibilidade de prisão civil por dívidas, conforme se pode ver da transcrição infra:

*Artigo 7º. – Direito à liberdade pessoal.*

1. *Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.*
  2. *Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.*
  3. *Ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramentos arbitrários.*
  4. *Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.*
  5. *Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.*
  6. *Toda pessoa privada da liberdade tem o direito de recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem*
-

*abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.*

7. *Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”*

Isso porque, em novembro de 1995, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus n.º 72.131, onde se apreciava a validade da prisão do depositário infiel, em votação não unânime<sup>268</sup>, entendeu que um tratado internacional não tem o condão de delimitar o alcance de uma norma constitucional<sup>269</sup>, sob a alegação de que os pactos internacionais estariam situados em um mesmo nível hierárquico das leis ordinárias.

Observe-se, contudo, que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal não se manifestou à unanimidade.

A tese vencedora, firmou-se no entendimento da superioridade do princípio da soberania do Estado Brasileiro, o que não concebe a existência de uma supremacia dos comandos normativos emanados de acordos firmados junto à comunidade internacional.

Mostra-se oportuna a transcrição do trecho do voto do Ministro Celso de Mello, prolatado no Habeas Corpus 72.131-RJ, em 22 de novembro de 1995, citado por Piovesan<sup>270</sup>:

*“ (...)inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da*

<sup>268</sup>Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso.

<sup>269</sup>Dispõe o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal:

*“LXVII – Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.*

<sup>270</sup>PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p.85.

*República. (...) a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, Ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República. A circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de San José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum, instituído- ra desse meio excepcional de coerção processual (...). os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental. (...)”*

Decerto, o Supremo Tribunal Federal recusou a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem um *status* diferenciado de regras introdutoras de direitos fundamentais.

Como argumentos, o Supremo Tribunal Federal alega que o artigo 102, III, b da Constituição Federal estabelece a competência da aludida Corte para processar e julgar recurso extraordinário quanto a decisão declarar a inconstitucionalidade de lei federal ou tratado internacional.

Assevera-se, ainda, que o artigo 60, §2º da Constituição Federal estabelece que a proposta de Emenda Constitucional somente será aprovada após sua discussão, em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional, havendo, a necessidade de sua aprovação, por três quintos em cada Casa Legislativa.

Na mesma esteira, destaca o Supremo Tribunal Federal que os tratados internacionais são aprovados pela regra simplificada, observado o disposto no artigo 65 da Constituição Federal<sup>271</sup>, devendo sua inclusão no sistema ser realizada por decreto legistati-

---

<sup>271</sup> Artigo 65 da Constituição Federal:



vo, aprovado por maioria simples, na forma do disposto no artigo 47 da Constituição da República<sup>272</sup>.

Desta forma, entende o Supremo Tribunal Federal que o Constituinte de 1988 estabeleceu uma plena isonomia entre as leis federais e os tratados firmados pelo Brasil no plano internacional, ainda que se trate de Convenção internacional que verse sobre direitos humanos, conforme o autorizativo do §2º do artigo 5º da Carta Constitucional em vigor.

O Ministro Francisco Rezek manifestou o seu entendimento no sentido de que o inciso LXVII da Constituição Brasileira não estabelece uma obrigação de que haja prisão civil por dívida. O que há, na verdade, é uma autorização para que possa ser sancionável, com pena privativa de liberdade, os atos que resultem em inadimplemento de obrigação alimentícia e de depósito infiel, como se pode ver da transcrição de seu voto prolatado nos autos do Habeas Corpus n.º 74.383-MG:

*“O julgamento em plenário dessa questão jurídica, foi extremamente longo, e não pude assisti-lo até o fim. Pela leitura das atas observei que se admitiu aquilo que em certo momento eu afirmara em meu voto: o inciso LXVII proíbe a prisão por dívida e, ao estabelecer a exceção possível, permite que o legislador ordinário discipline a prisão de alimentante omissivo e do depositário infiel. Permite, não obriga. O constituinte não diz: prenda-se o depositário infiel. Ele diz: é possível legislar nesse sentido. Mas algo me causou perplexidade. Ter-se-ia dito que, então, dado ao legislador ordinário, o poder de optar entre permitir, ou não, a prisão do depositário infiel, o texto de São José da Costa Rica não poderia ter, a partir de sua vigência no Brasil, limitado o direito constitucional que tem o legislador ordinário de fazer sua escolha! Veja-se qual foi o raciocínio: a Constituição não obriga a prender o depositário infiel; ela diz apenas que isso é uma exceção possível à regra de que não há prisão por dívida, e o legislador ordinário que delibere. O legislador ordinário poderia, então, disciplinar a prisão nessa hipótese, ou não fazê-lo e assumir uma atitude mais condizente com os novos tempos. Mas afirmou-se:*

---

*“Art. 65. 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, ou arquivado, se o rejeitar.”*

<sup>272</sup>WEISS, C., *op. cit.* p.26.

*esse texto de São José da Costa Rica, ao proibir a prisão do depositário infiel, limita – e não poderia fazê-lo – a liberdade do nosso legislador ordinário.*

*Raciocinou-se, com todas as vênias, como se o texto de São José da Costa Rica só fosse um produto alienígena, uma obra de extraterrestres, que desabou arbitrariamente sobre nossas cabeças. Proce-  
deu-se como se São José da Costa Rica (sic) não fosse um texto de  
cuja elaboração o Brasil participou, e que só começou a valer no  
Brasil depois que o Congresso Nacional aprovou esse texto – e com  
todos os requisitos necessários à produção de direito ordinário – e  
que o Chefe de Estado o ratificou. O necessário para que a Repúbli-  
ca se envolva num tratado é, no mínimo, igual ao necessário para  
produzir direito ordinário. Entretanto, havendo-se raciocínio como  
se a Convenção não fosse obra que só nos vincula por causa de nos-  
sa vontade soberana, exorcizou-se a convenção como coisa estranha  
à brasilidade...”*

De fato, não há no corpo constitucional um dispositivo determinando expressamente a prisão do depositário infiel. A interpretação sistemática do comando constitucional contido no inciso LXVII do artigo 5º autoriza a conclusão de que, por se tratar de uma norma estabelecadora de um direito fundamental, impõe, certamente, uma limitação ao poder de legislar.

Mas, em que sentido haveria de ser possível a atuação legiferante? Certamente, por se tratar de um direito fundamental, deve-se entender o comando constitucional como uma limitação ao poder de legislar-se no sentido de se fixar pena privativa de liberdade, salvo nos casos previstos pelo próprio ordenamento constitucional.

Ora, o que há no caso é, portanto, uma autorização para legislar e não uma obrigatoriedade de se legislar no sentido de que se torne obrigatória a prisão do devedor por dívida alimentícia e no caso do depósito infiel. Logo, não se pode conceber que o Pacto de San José da Costa Rica estaria introduzindo uma modificação não autorizada pela Constituição da República.

No estabelecimento do alcance do disposto no §2º do artigo 5º da Carta Constitucional Brasileira, a teoria geral do garantismo revela-se, desta forma, uma impor-

tante ferramenta a ser posta à disposição do operador normativo, como se verá no capítulo seguinte.

**CAPÍTULO III**  
**O ENFOQUE GARANTISTA DOS TRATADOS**  
**INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS**

**SEÇÃO I**  
**A TEORIA GERAL DO GARANTISMO**

**1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS**

Neste capítulo analisar-se-á a Teoria Geral do Garantismo, exposta por Luigi Ferrajoli, que propõe uma nova abordagem do fenômeno jurídico, incondicionalmente fundada na concepção instrumental do Estado.

Com base nos postulados acima, a Teoria Geral do Garantismo joga nova luz sobre o fenômeno normativo, especialmente no que diz respeito aos institutos da validade, da vigência e da eficácia normativas.

Por fim, promover-se-á a análise dos tratados internacionais de Direitos humanos, sob uma perspectiva da Teoria Geral do Garantismo, onde será evidenciado o retrocesso hermenêutico da Corte Constitucional Brasileira.

**2. A TEORIA GERAL DO GARANTISMO**

A teoria do Garantismo foi cunhada em face da necessidade da concepção de novos padrões paradigmáticos para a compreensão do fenômeno normativo no presente momento.

O termo *Garantismo* mostra-se plurívoco, possuindo três distintos significados, segundo a lição de Cademartori<sup>273</sup>: a) inicialmente, o Garantismo se estabelece como “*um sistema de poder mínimo*”<sup>274</sup>, que tem por objetivo maximizar a liberdade individual, no plano jurídico; b) em uma Segunda concepção, o modelo garantista estabelece-se como uma teoria jurídica que visa estabelecer novos contornos em relação aos institutos jurídicos da validade, vigência e eficácia; c) Por fim, o garantismo mostra-se como um sistema que possibilita uma nova abordagem do fenômeno da legitimidade. Acerca da definição de Garantismo assim se manifesta Serrano<sup>275</sup>:

*“El garantismo en su acepción de teoría del derecho se nos convierte así en una nueva teoría de la unidad, de la coherencia y de la plenitud; que impugna a la teoría general del derecho concebida como todo compuesto de partes; la teoría de la norma, de un lado, y la teoría del ordenamiento jurídico, de otro; y que abre la teoría de sistemas jurídicos concebida como una teoría de la diferenciación sistémica y como una teoría de la complejidad jurídica. El garantismo, en suma, impugna el todo/parte y abre el sistema/entorno.”*<sup>276</sup>

Convém esclarecer que a despeito de ser considerada como uma teoria crítica do direito, a Teoria Geral do Garantismo vincula-se de modo indissociável ao positivismo jurídico, já que fundamenta seus axiomas básicos no Direito Estatal, não concebendo a existência de um sistema de aferição da validade normativa baseado em parâmetros situados além das fronteiras do ordenamento jurídico. Com isso, a teoria engendrada por Ferrajoli promove a crítica do sistema com base em elementos situados no interior do próprio sistema<sup>277</sup>.

<sup>273</sup> CADEMARTORI, S. *Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem garantista*. p.77.

<sup>274</sup> FERRAJOLI, Luigi, *apud* CADEMARTORI, S. *op. cit.* p.76.

<sup>275</sup> SERRANO, José Luiz. *Validez y vigencia: La aportación garantista de la teoría de la norma jurídica*. p.108.

<sup>276</sup> Tradução Livre: “*O garantismo em sua aceção de teoria do Direito se nos converte assim em uma nova teoria da unidade, da coerência e da plenitude; que impugna a teoria geral do Direito concebida como todo composto de partes: a teoria da norma, de um lado, e a teoria do ordenamento jurídico, de outro; e que abre a teoria de sistemas jurídicos concebida como uma teoria da complexidade jurídica. O garantismo, em suma, impugna o todo/parte e abre dá início) (a) o sistema/conjunto*”.

De qualquer forma, a concepção de um modelo crítico encontra sustentação na dicotomia Direito-Estado. Essa distinção mostra-se importante para o estabelecimento dos axiomas da Teoria Geral do Garantismo, na medida em que Luigi Ferrajoli entende que o próprio Estado de Direito, encontra-se em meio a uma profunda crise, fenômeno que cria uma clivagem com o paradigma da modernidade, uma vez que as mudanças determinadas pela crise estabelecem a instalação de um Estado neoabsolutista, caracterizado, principalmente, pela normatização de exceção.<sup>278</sup>

Ferrajoli entende que a crise do Estado manifesta-se sob três aspectos distintos: a crise da legalidade, a crise do Estado social e o enfraquecimento do constitucionalismo.

A crise da legalidade é manifesta através de diversos aspectos. Isso porque constata-se que a produção normativa estatal é insuficiente para exercer o controle da atividade, quer individual, quer coletiva, no seio do corpo social.

O fenômeno possibilita o surgimento de novas fontes de poder paralelo localizados no seio do tecido social, como assegurado por Ferrajoli<sup>279</sup>.

*“Na Itália - mas em medida menor, parece-me, também na França e na Espanha - foi trazido à luz do dia nestes últimos meses, por numerosos inquéritos judiciais, um gigantesco sistema de corrupção que envolve a política, a administração pública, as finanças e a economia, e que se desenvolve como uma espécie de Estado paralelo, gerido pelas burocracias dos partidos e por lobbies de negócios, regidos por códigos próprios de comportamento, deslocados para sedes extra-institucionais e extra-legais.”*

---

<sup>277</sup> “Já o garantismo traz a crítica para o interior do sistema jurídico, valorando o ordenamento a partir de critérios de validade ou invalidade postos pelas normas de estalão (sic) superior.” CADEMARTORI, S. *Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem garantista*. p.82.

<sup>278</sup> CADEMARTORI, S. *Estado de Direito e Legitimidade: Uma abordagem garantista*. p.73.

<sup>279</sup> FERRAJOLI, Luigi. *O direito como sistema de garantias*. In OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.89.

Essa crise de legalidade mostra-se como sendo a própria crise do Direito moderno, já que este se mostra insuficiente para regular as condutas individuais em um grupamento social pluralista e diversificado. Esse conjunto de fenômenos determina o surgimento de novos conflitos para o qual o sistema não está preparado para apresentar soluções imediatas. Tal estado de coisas acaba gerando “*uma desfuncionalidade do Direito e das instituições encarregadas de aplicar as leis*”, como ensina Streck<sup>280</sup>.

Potencializando a crise da legalidade, encontramos um profundo divórcio entre a realidade e o Direito estatal, fato constatado no caso brasileiro, pois pode-se constatar que em nosso País, o Direito codificado mostra-se ultrapassado, anacrônico e indiferente às transformações ocorridas no curso do século XX.

Esse conjunto de desfuncionalidades promove o esgotamento da ação do próprio Poder Judiciário, que diante do aumento exponencial do número de processos encontra-se em um estado de absoluta perplexidade, resultando em uma prestação jurisdicional deficiente.

Desta forma, o Poder Judiciário abandona sua função primordial de apaziguar os conflitos insurgentes na sociedade e passa a assumir funções eminentemente secundárias<sup>281</sup> tais como a formação de reserva de mercado para operadores jurídicos de toda sorte, bem como passa a servir como instrumento de impunidade, sob a forma de legitimador da rolagem de dívidas ou mesmo da inadimplência, para dizer o mínimo.

Esse processo nefasto tem seus efeitos potencializados pela constatação de que há no presente momento um movimento de judicialização do cotidiano, o que determi-

---

<sup>280</sup> STRECK, L. L. *op. cit.* p. 33.

<sup>281</sup> Essa crise de sincronismo do Direito com a realidade é, muitas vezes catalisado pela própria crise do processo, cujo rigor formalista é muitas vezes utilizado de modo indevido, transformando a garantia constitucional à defesa em fonte de impunidade.

na o surgimento de novas práticas e novos personagens que ainda não foram contemplados pelo ordenamento jurídico, como explica, Viana<sup>282</sup>:

*“É todo um conjunto de práticas e de novos Direitos, além de um continente de personagens e temas até recentemente pouco divisível pelos sistemas jurídicos – das mulheres vitimizadas, aos pobres e ao meio ambiente, passando pelas crianças e pelos adolescentes em situação de risco, pelos dependentes de drogas e pelos consumidores inadvertidos –, os novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica da justiça. É, enfim, a essa crescente invasão do Direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais”*.

A incapacidade do Direito de assegurar a observância dos padrões de comportamento através de regras gerais e abstratas determina o surgimento de uma “*normatividade de emergência e de exceção*”<sup>283</sup>, resultando em uma inflação normativa, marcada pelo deslocamento da ação do Legislativo como agente criador de regras para o Executivo, fato facilmente constatável no caso brasileiro, através da pleora de medidas provisórias<sup>284</sup>.

Esse fenômeno vem sendo observado na medida em que no Estado de bem-estar social o Poder Executivo vai acumulando competências de modo que já não se pode estabelecer uma verdadeira distinção entre as funções executiva, legislativa e judiciária, como demonstra Clève<sup>285</sup>:

*“...na sociedade de massas não há como manter a distinção entre legislação (função legislativa) e administração (função executiva) já que o governo compreende ações legislativas e administrativas.”*

<sup>282</sup> VIANA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. p.149.

<sup>283</sup> CADEMARTORI, S. *op. Cit.* p.73.

<sup>284</sup> “*Tal crise manifesta-se na inflação legislativa provocada pela pressão de interesses setoriais e corporativos, na perda da generalidade e abstração das leis pela crescente produção de leis-providência (leggi-provvedimento), no processo de descodificação e no desenvolvimento de uma legislação avulsa, até em matéria penal, sob o signo da emergência e da exceção.*” FERRAJOLI, L.. *O direito como sistema de garantias*. p. 90.

<sup>285</sup> CLÈVE, C. M. *op.cit.* p.30.



Por seu turno, a crise do Estado de bem-estar social manifesta-se, segundo Ferrajoli, na falta de um sistema estabelecido de garantias sociais concretas. Tal fenômeno acaba colaborando com o processo de inflação normativa acima mencionado.

Assim, pacificou-se o entendimento de que o Estado deveria proporcionar o bem-estar de seus cidadãos através de prestações positivas no intuito de assegurar um mínimo necessário de dignidade material aos indivíduos. Diante desse fenômeno, os poderes estatais viram-se diante da necessidade de estabelecerem legislações de cunho específico, visando atender situações particulares.

O *welfare state* foi concebido como um instrumento para a garantir a sobrevivência do próprio modelo de produção capitalista, objetivando compatibilizar o desenvolvimento econômico com as promessas da modernidade<sup>286</sup>. Assim, foram adotadas políticas que visavam reduzir as diferenças encontradas no seio das sociedades ricas ocidentais através de uma ação estatal direta.<sup>287</sup>

Esse modelo de Estado, surgido no período posterior à II Guerra Mundial teve sua importância drasticamente reduzida, sob a influência da ideologia neoliberal. Esse fenômeno mostra-se ainda mais dramático nos países periféricos onde o projeto do Estado social não chegou a ser implementado, como destaca Streck<sup>288</sup>.

*“Evidentemente, a minimalização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou welfare state têm consequênci-*

---

286 STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p. 22.

287 “No fim da década de 1970, todos os Estados capitalistas avançados se haviam tornado ‘Estados de Bem-estar’ desse tipo, com seis deles gastando mais de 60% de seus orçamentos na seguridade social (Austrália, Bélgica, França, Alemanha Ocidental, Itália, Países Baixos). Isso iria produzir consideráveis problemas após o fim da Era de Ouro”. HOBBSAWM, E. *op.cit.* p. 279.

288 STRECK, L. L. *op. cit.* p. 24.

*as absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social.”*

Contudo, a ideologia da necessidade do estabelecimento de um Estado social mínimo desenvolveu uma espécie de processo de controle sobre as economias dos países, especialmente os classificados como em desenvolvimento, através de mecanismos criados pelos três órgãos internacionais fiscalizadores mais importantes da economia mundial: O FMI, o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio, como demonstra Chossudovsky<sup>289</sup>:

*“O mesmo cardápio de austeridade orçamentária, desvalorização, liberalização do comércio e privatização é aplicado simultaneamente em mais de cem países devedores. Estes perdem a soberania econômica e controle sobre a política monetária e fiscal; seu Banco Central e Ministério da fazenda são reorganizados (freqüentemente com a cumplicidade das burocracias locais); suas instituições são anuladas e é instalada uma ‘tutela econômica’. Um ‘governo paralelo’ que passa por cima da sociedade civil é estabelecido pelas instituições financeiras internacionais (IFIs). Os países que não aceitam as ‘metas de desempenho’ do FMI são colocados na lista negra.”*

Assim, fica evidente que os organismos econômicos internacionais têm agido como agentes do capital internacional, de modo que acabam por propor ajustes econômicos de natureza claramente contrários aos princípios do Estado social de Direito<sup>290</sup>.

<sup>289</sup> CHOSSUDOVSKY, Michel. *A globalização da Pobreza*. p.28.

<sup>290</sup> “A good example of this type of thinking was given in as Oxford lecture in late 1992 by the chief economist of the newly formed European Bank for Reconstruction and Development (EBRD), Professor John Fleming, who was formerly an economist at the Bank of England in the IMF. The EBRD was set up by the major capitalist countries following the collapse of the Communist rule in 1989. The EBRD makes loans on the basis of a clearly specified political conditionality. Unlike the IMF and the World Bank, loans are only made to those governments committed to constitutional reforms and to the principles of free-market economics, that is, the political and economic institutions of capitalist market society STUBBS, Richard e UNDERHILL, Geoffrey (org.). *Political Economy and the changing global order*. New York: St. Martin’s Press, 1999. p. 83. <sup>290</sup> Tradução livre. “Um bom exemplo desse tipo de pensamento foi dado em uma palestra (proferida) em Oxford no final de 1992 pelo economista do recém formado Banco Europeu para Reconstrução e desenvolvimento (EBRD), Professor John Fleming, anteriormente havia sido economista do Banco da Inglaterra e do FMI. O EBRD foi instalado pelos maiores países capitalistas após o colapso do domínio comunista em 1989. O EBRD promove empréstimos na base de uma condicionante política claramente especificada. Ao contrário

Fica assim claro que o modelo economicista do desenvolvimento não se coaduna com o Estado social de Direito. Deste modo, a crise do *welfare state* materializa-se na falta do estabelecimento de um sistema de garantias, fenômeno determinado pelo enfraquecimento do papel do Estado, sob a ideologia da necessidade da redução de seu papel, de modo que se dissemina a idéia da necessidade de se atribuir ao mercado o escopo de agir como redutor das desigualdades. A falácia desse último argumento é veementemente refutada por Hobsbawm<sup>291</sup>:

*“E, no entanto, o Estado, ou alguma outra forma de autoridade pública representando o interesse público, era mais indispensável que nunca se se queria enfrentar as iniquidades sociais e ambientais... Quem poderia contrabalançar as tendências à desigualdade tão impressionantemente visíveis nas Décadas de Crise? A julgar pela experiência das décadas de 1970 e 1980, não seria o livre mercado. Se essas décadas provaram alguma coisa, foi que o grande problema político do mundo, e certamente do mundo desenvolvido, não era como multiplicar a riqueza das nações, mas como distribuí-la em benefício de seus habitantes. Isso se dava mesmo em países pobres ‘em desenvolvimento’ que precisavam de mais crescimento econômico. O Brasil, um monumento à negligência social, tinha um PNB per capita duas vezes maior que o Sri Lanka em 1939, e mais de seis vezes maior no fim da década de 1980. No Sri Lanka, que subsidiara alimentos básicos e dava educação e assistência médica gratuitas até a década de 1970, o recém nascido médio poderia esperar viver vários anos a mais que o brasileiro médio, e morrer ainda bebê mais ou menos na metade da taxa brasileira de 1969, e num terço da taxa brasileira de 1989 (World Tables, 1991, pp.147-7, 524-7). A percentagem de analfabetismo em 1989 era quase duas vezes maior no Brasil que na ilha asiática.”*

---

*do FMI e do Banco Mundial, empréstimos são feitos somente àqueles governos comprometidos com reformas constitucionais e com os princípios da economia de livre mercado, ou seja, as instituições econômicas e políticas da sociedade de capitalismo de mercado.*

<sup>291</sup> HOBSBAWM, E. *op.cit.* p. 554-555.

A crise do *welfare state* está também relacionada, segundo Viana *et alii*<sup>292</sup> à hipertrofia do Executivo que ao assumir as funções tipicamente parlamentares “*abandona as funções de administração do bem-estar, sendo progressivamente alçado à condição de uma agência tecnoburocrática que responde, de forma contingente e arbitrária, às variações da imediata conjuntura econômica*”.

Diante desse quadro, a crise do modelo do Estado de bem-estar social manifesta-se de modo concreto na incapacidade de estabelecimento de garantias à grande parcela da população.

Por fim, Ferrajoli estabelece que o terceiro aspecto da crise está intrinsecamente relacionado à própria crise do constitucionalismo, determinado, principalmente pelo processo de globalização que estabelece um sério golpe no conceito tradicional de soberania, resultando num abalo no conceito de Direito, fundado numa concepção de inexistência de distinção entre o Direito e o Estado.

Como consequência dos fatos acima mencionados, consolida-se uma crise do Estado de Direito e da própria democracia, uma vez que com a perda da confiança nas instituições jurídicas, há a perda de confiança nas instituições democráticas tidas por necessárias e suficientes para restabelecer a importância do jurídico em nosso cotidiano.

Diante dessa crise dos axiomas que caracterizam o direito moderno, Luigi Ferrajoli entende que não se pode extrair qualquer resultado prático quer seja da dogmática jurídica quer seja do determinismo jurídico que pode conduzir a um estado de perplexidade e resignação diante do problema<sup>293</sup>.

Para o autor, o operador jurídico não pode adotar uma postura passiva diante da contundente e diuturna violação dos Direitos, mas deve-se encarar a problemática da

---

<sup>292</sup> VIANA, L. W. *et al. op.cit.* p.149.

<sup>293</sup> FERRAJOLI, L. *O direito como sistema de garantias.* p. 92.

crise do Direito como sendo solúvel através da utilização de um conjunto de Direitos e garantias fundamentais positivados pelo próprio Estado.

## 2.1 – O GARANTISMO COMO TEORIA SUBSTANCIALISTA

Como observa Cademartori<sup>294</sup> a Teoria Geral do Garantismo encontra-se intrinsecamente vinculada à Teoria do Garantismo penal, centralizada na proteção da pessoa humana e fundada no axioma de que o poder público deve ser constituído unicamente com a finalidade de servir ao indivíduo.

Desta forma, a Teoria Geral do Garantismo mostra-se, na classificação proposta por Streck<sup>295</sup>, como sendo uma teoria substancialista. O autor entende como substancialistas as correntes doutrinárias que se fundam na anterioridade e na supremacia do indivíduo relativamente ao próprio Estado, numa concepção abertamente contratualista. Com isso, há o estabelecimento de uma postura ativa do Direito, fundada na defesa dos princípios motivadores da ordem institucionalizada pela Constituição<sup>296</sup>.

Observe-se, ainda, que o substancialismo tem como premissa maior o dualismo estado-Direito, não se podendo conceber as duas instituições como unas e monolíticas. Deste modo, há um rompimento com as chamadas doutrinas coletivistas, que defendiam a supremacia estatal, conforme se pode ver da lição de Wolkmer<sup>297</sup>:

---

<sup>294</sup> CADEMARTORI, S. *op. cit.* p.72.

<sup>295</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Op. Cit.* p.43.

<sup>296</sup> “O modelo substancialista – que, em grande parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é uma explicitação do contrato social. É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos do países após a Segunda Guerra.” STRECK, L. L. *op. cit.* p. 42-43.

<sup>297</sup> WOLKMER, A.C. *Ideologia, Estado e direito.* p. 69.

*“As doutrinas coletivistas consideram a normalidade da subordinação do indivíduo ao poder exclusivo e total do Estado. O indivíduo perde sua identidade real em função da universalidade ético-política em progressão. O coletivismo, em seu aspecto genérico, tende a compartilhar da concepção hegeliana de que o Estado está acima do indivíduo e da sociedade. A mundialidade hegeliana assume um caráter centralizador, na medida em que considera o Estado como razão absoluta, distante da apreciação feita pela tradição de identificar Estado com a totalidade do social.”*

Assim sendo, a Teoria Geral do Garantismo fez uma opção pela proteção incondicional do ser humano, estabelecendo um posicionamento axiomaticamente instrumental do ente estatal.

## **2.2 – A TEORIA GERAL DO GARANTISMO COMO UM SISTEMA DE PODER MÍNIMO**

A Teoria Geral do Garantismo revela-se como um modelo maximizador das liberdades, enquanto, em um sentido inverso, promove a minimização do poder estatal.

Decerto, em se considerando que as garantias mostram-se como *“técnicas de limitação da atuação do Estado no que respeita aos direitos fundamentais de liberdade e técnicas de implementação daquela mesma ação no que diz respeito aos direitos sociais”*<sup>298</sup>, constata-se, que o modelo garantista encontra-se assentado sobre a necessidade de estabelecimento de um conjunto de ações no sentido de promover a proteção à pessoa humana.

---

<sup>298</sup> CADEMARTORI. S. *Op. Cit.* p. 86.

### 2.3 – A TEORIA GERAL DO GARANTISMO COMO INSTRUMENTO TEÓRICO NA DETERMINAÇÃO DA LEGITIMIDADE ESTATAL

A Teoria Geral do Garantismo, fundada na proteção à pessoa humana, mostra-se, também, como uma teoria jurídica a estabelecer novos contornos para o conceito de legitimidade<sup>299</sup> do poder estatal.

Acerca do instituto da legitimidade, assim se manifesta Bonavides<sup>300</sup>:

*“Já a legitimidade tem exigências mais delicadas, visto que levanta o problema de fundo, questionando acerca da justificação e dos valores do poder legal. A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração. É o critério que se busca menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar.”*

O problema da legitimidade, sem dúvidas, não se mostra de fácil solução, já que há, dentre muitos autores uma grande dificuldade de definição de seus limites, uma vez que se estabeleceu uma confusão com o conceito de legalidade.

De qualquer forma, a legitimidade, para a teoria Geral do Garantismo encontra-se vinculada à uma prática que busque a tutela dos interesses da coletividade, conforme a lição de Cademartori<sup>301</sup>:

---

<sup>299</sup> “O segundo modo de se compreender a filosofia política é considerá-la como a busca do fundamento último do poder, que permite responder à pergunta: ‘A quem devo obedecer? E por que?’ trata-se aqui do problema bem conhecido da natureza e da função e do dever de obediência política [obbligazione politica]. Nesta acepção, filosofia política consiste na solução do problema da justificação do poder último, ou, em outras palavras, na determinação de um ou mais critérios de legitimidade do poder.” BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. p. 68.

<sup>300</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. p. 112.

<sup>301</sup> CADEMARTORI, S. *op.cit.* p.155.

*“Além dos significados aludidos no capítulo anterior, o ‘garantismo’ designa também uma filosofia do direito e crítica da política, condensando-se numa filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, isto é, um discurso normativo em uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência.”*

Deste modo, a Teoria Geral do Garantismo propõe a existência de um Estado policial mínimo e de um Estado social máximo<sup>302</sup>, de modo que a ação estatal somente seria tida por legítima enquanto o Estado continuasse a promover ações no sentido de estabelecer meios de proteção aos seus cidadãos<sup>303</sup>.

Com isso, reforça-se a idéia de que o poder estatal somente poderá ser justificado através de doutrinas heteropoiéticas, onde o caráter instrumental do Estado mostra-se de modo claro e consentâneo com a proteção individual sendo estabelecida como valor que se sobressai pela sua necessidade de proteção privilegiada.

## **2.4 – UMA NOVA ABORDAGEM DOS INSTITUTOS DA VALIDADE, DA VI- GÊNCIA E DA EFICÁCIA NORMATIVAS**

### **2.4.1 – CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

Tomando por base a dogmática jurídica tradicional, Kelsen<sup>304</sup> propõe que o Direito deve ser tomado como uma ciência, pautado pela pureza e pela avaloratividade. Com base nesse axioma, o autor vienense trata de construir uma teoria do Direito, propondo o abandono de toda e qualquer influência de conceitos e institutos estranhos ao Direito, tais

<sup>302</sup> CADEMARTORI, S. *op.cit.* p.161.

<sup>303</sup> “Como modelo explicativo do Estado de Direito, a teoria garantista consegue dar conta desse aparato de dominação com extrema competência, eis que apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos do exercício do poder político. Propõe assim um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação. Tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.” CADEMARTORI, Sociedade *op.cit.* p. 72.

<sup>304</sup> KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito.* p.1.



como a concepção de justiça; o conceito de natureza humana e a influência da cultura na formação da vontade estatal, como se pode ver da transcrição seguinte:

*“quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos”.*

A preocupação de Kelsen na Teoria Pura foi estabelecer uma ciência, autônoma, separada da sociologia, da filosofia e da política. Essa separação, segundo Kelsen era necessária, pois as ciências da natureza eram regidas pelo princípio da causalidade, onde se tem que um antecedente encontra-se intrinsecamente relacionado a um conseqüente. Essa relação, independente da conduta humana, dá-se nos dois sentidos, ou seja, uma causa produz um efeito que determina a existência de outro efeito, sendo portanto causa.

Kelsen conclui que a ciência jurídica não poderia reger-se pelo princípio da causalidade, mas pelo princípio da imputação. Decerto, na ciência do Direito a imputação é observada, uma vez que o conseqüente normativo é culturalmente determinado – imputado – pela ação da vontade humana, o que o diferencia das ciências naturais, pois na ciência do Direito as relações determinadas por aqueles princípios não poderiam ser tomadas por válidas, pois o conhecimento do Direito somente poderá ser estabelecido de modo completo diante da concepção da inafastabilidade da dicotomia ser/dever-ser, onde o antecedente não está ligado ao conseqüente por uma relação inafastável, mas por uma relação decorrente da manifestação vontade humana.

A relação de imputação, no dizer de Ferraz Jr.<sup>305</sup> é uma “*relação terminal*”, ou seja, há uma profunda clivagem na série de causa e efeito, de modo que esta relação é, por definição finita. Em sendo finita conduz a uma causa única<sup>306</sup>.

<sup>305</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação*. p.188.

<sup>306</sup> “Causalidade implica relações lineares que se prolongam indefinidamente nos dois lados da série: toda causa produz um efeito que é causa de outro efeito, e assim por diante; e todo efeito provém de uma causa

Diante desse axioma, Kelsen entende que, por ser uma ciência pura, o estudo do Direito deve ser afastado de toda análise axiológica, sendo, portanto, tomado em uma acepção racional-matemática. Ou seja, o cientista do Direito exerce uma função meramente descritiva, não lhe cabendo manifestar qualquer juízo subjetivo relativamente à norma estabelecida pelo ente estatal.

Kelsen conclui, ainda, que a cientificidade do Direito não deve ser somente avaliada em função da determinação de seu objeto, mas há a necessidade de que seja estabelecido um método específico, como ensina Gomes<sup>307</sup>: *”O método é, para Kelsen, ponto central na criação da Ciência Jurídica.”*

A distinção metodológica mostra-se no dualismo ser/dever-ser que permeará o pensamento kelseniano. Decerto, na obra de Kelsen é evidente o estabelecimento de uma cisão entre ser e dever-ser. Contudo, a distinção apresentada pelo Autor Vienense não apresenta a mesma profundidade observada em Kant<sup>308</sup>. Isso porque a proposta daquele é o estabelecimento de uma diferenciação de cunho meramente formal.

O dever-ser não existe *a priori*, não podendo ser concebido como um ente inserido no mundo natural, mas materializa-se como uma forma que possibilita a abordagem do fenômeno normativo.

Diante dessa dicotomia, o autor entende que uma norma não pode retirar a sua validade de um fato (ser), mas somente de uma outra norma (dever-ser)<sup>309</sup>. Observe-se,

---

*que, regressivamente, é efeito de uma causa, que é efeito de outra causa etc. Já a imputação é uma relação terminal: por exemplo, quando se imputa a alguém a responsabilidade por um crime, pratica-se um corte na série causal, pois a responsabilização significa que deixamos de considerar as causas que conduzem alguém ao crime, tomando-as como condição inicial da série, interrompendo-se a regressividade.”* FERRAZ JÚNIOR, T. S. *op. cit.* p. 188.

<sup>307</sup> GOMES, A.T. *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen.* p.118.

<sup>308</sup> GOMES, A.T. *idem.* p. 121.

<sup>309</sup> *“Do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do fato de algo dever ser se não pode seguir algo que é.”* KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito.* p. 216.

entretanto, que ao contrário do que vem sendo afirmado por muitos, Kelsen não estabelece a possibilidade da existência de uma clivagem intransponível entre os dois mundos, mas admite que há uma intercomunicação entre eles, o que será demonstrado na relação existente entre validade e eficácia, onde perceber-se-á que a eficácia (ser) pode ser determinante da validade (dever-ser). A veracidade da assertiva acima pode ser comprovada através da transcrição seguinte:

*”Nesta limitação revela-se a conexão, já repetidas vezes acentuada antes e sumamente importante para uma teoria do Direito positivo, entre validade e eficácia do Direito. A determinação correta desta relação é um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista. É apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural. Com efeito, também o ato com o qual é posta uma norma jurídica positiva é – tal como a eficácia da norma jurídica – um fato da ordem do ser. Uma teoria jurídica positivista é posta perante a tarefa de encontrar entre os dois extremos, ambos insustentáveis, o meio-termo correto. Um dos extremos é representado pela tese de que, entre validade como um dever-ser e eficácia como um ser, não existe conexão de espécie alguma, que a validade do Direito é completamente independente de sua eficácia. O outro extremo é a tese de que a validade do Direito se identifica com a sua eficácia. A primeira solução do problema tende para uma teoria idealista, a segunda para uma teoria realista. A primeira é falsa, pois, por um lado, não pode negar-se que uma ordem jurídica singular, perde a sua validade quando deixa de ser eficaz; por outro lado, é também falsa na medida em que existe uma conexão entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural, já que a norma jurídica positiva, para ser válida, tem de ser posta através de um ato-de-ser (da ordem do ser)”<sup>310</sup>.*

Nesse contexto de relativização dos conceitos onde o autor vienense não concebeu a existência de uma separação absoluta entre o ser e o dever-ser, a validade de uma norma poderá ser determinada por um fato, ou seja, a validade de uma norma nem sempre pode ser determinada pela análise formal de seu requisito de validade, mas também

---

<sup>310</sup> KELSEN, H. *op. cit.* p. 235-236.

pelo seu conteúdo, aproximando o autor da Teoria Geral do Garantismo, que será visto mais adiante.

#### 2.4.2 - VALIDADE E EFICÁCIA SEGUNDO A DOGMÁTICA JURÍDICA TRADICIONAL

O estabelecimento de critérios meramente formais para a aferição da validade normativa está relacionado ao advento do liberalismo uma vez que, em nome da segurança jurídica, defendeu-se a supervalorização do fenômeno legal, conforme demonstra a lição de Clève<sup>311</sup>: *“O culto da lei pelo liberalismo produziu conseqüências. É que o culto da lei como forma e conteúdo foi, lentamente, sendo substituído pelo culto da lei enquanto forma.”*

A supervalorização da lei enquanto manifestação estatal decorreu do fortalecimento do poder legislativo, posto que os parlamentos, dotados de maior poder a partir das revoluções liberais, eram compostos quase que exclusivamente por representantes da burguesia. Tal fato era o resultado do voto censitário, que afastou as classes menos abastadas do poder, de modo que como resultado desse processo, não havia o lugar para o confronto ideológico no seio do parlamento, de forma que a lei era, de fato, uma imagem da *vontade geral*, manifestada por representantes legitimamente eleitos.

Com a eliminação do voto censitário e o estabelecimento do sufrágio universal, o processo de formação normativa sofreu uma profunda transformação, que é bem explicitada por Clève<sup>312</sup>:

*“Tudo muda com o sufrágio universal. Os novos eleitores farão novos representantes. O Parlamento deixa de ser o lugar com identidade ideológica. Ao contrário, sérias fissuras passam a ocorrer no*

---

<sup>311</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. p.46.

<sup>312</sup> CLÈVE, C. M. *op.cit.* p.49.

*seio das casas legislativas. Fissuras que darão lugar aos partidos políticos organizados, que substituem os antigos blocos parlamentares. O debate parlamentar passa a ser um debate ideológico, onde diferentes concepções a respeito do papel do Direito e do Estado passam a se confrontar. A lei não consistirá mais na expressão da vontade geral. Não é possível encontrar uma vontade geral descoberta pelo debate parlamentar orientado pela razão. A lei passa, sim, a ser, talvez, apenas expressão de uma 'vontade política'. A vontade política do grupo majoritário no seio do Parlamento. Aparece aqui talvez o primeiro atentado contra a concepção sacralizadora da lei."*

*"E porque constitui expressão da 'vontade política', cada vez menos os juristas se importam com o conteúdo da lei. A lei é forma. Não importa o seu conteúdo. Importa, sim, o fato de que foi votada pelo Parlamento em processo regular. Parece paradoxal que o processo de democratização pelo qual passou a humanidade nas últimas décadas tenha contribuído para o surgimento de um Direito formalizado, destituído, em princípio, de conteúdo."*

Como resultado de todo esse processo, houve o acirramento e a consolidação do legalismo já observado no século XIX. Desta forma, houve o fortalecimento de critérios meramente formais de verificação da validade normativa, a despeito dos limites materiais impostos pela própria Constituição, como será visto mais adiante.

### **2.4.3 - A RELAÇÃO DE VALIDADE**

Como já visto, a teoria pura do Direito, ao estabelecer os postulados fundamentais da ciência jurídica, determina a necessidade de fixação de uma profunda clivagem entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser.

Em se constatando que a ciência do Direito, por ser regida pelo princípio da atributividade, onde as relações entre o antecedente e o conseqüente são determinadas pela vontade humana, pode-se concluir que a análise das relações normativas não pode ser esta-

belecida sobre critérios de veracidade ou falsidade, mas tão somente critérios de validade ou invalidade.

Para que se possa promover a análise da norma jurídica sob os critérios de validade, deve-se considerar que não se pode analisar a norma em estado de isolamento, posto que a validade normativa é verificada mediante a sua inserção em uma dada relação, o que determina a necessidade da concepção de, ao menos, dois pólos distintos.

Em sendo estabelecido que a validade é sempre expressa em uma relação, para que se possa assertar que algo (no caso a norma jurídica) é válido, há a necessidade de que se estabeleça o ponto de referência em relação ao qual tal norma pode ser considerada válida.

Diante disso, o critério de aferição de validade da norma é estabelecido conforme as duas espécies de ordenamentos jurídicos: ordenamentos do tipo estático e ordenamentos do tipo dinâmico. Aqueles estabelecem que o critério de validade da norma dá-se através de uma relação direta com elementos estranhos ao mundo do dever-ser. Nestes, por sua vez, os critérios de validade são determinados pelo estabelecimento de uma relação com entes pertencentes ao mundo do ser.

Desta forma, os ordenamentos do tipo estático estabelecem padrões de aferição de validade normativa com base em critérios exteriores ao próprio ordenamento jurídico. Esse fenômeno ocorre com o jusnaturalismo que estabelece que a validade normativa deve ser estabelecida com base nos critérios de justiça, conceito absolutamente estranho ao ordenamento normativo estatal.

Nos ordenamentos do tipo dinâmico, por sua vez, os critérios de aferição da validade normativa são estabelecidos no interior do próprio sistema, com base em padrões de observância de formalidades determinadas por normas de hierarquia superior.

#### 2.4.4 – A VALIDADE FORMAL

Para Hans Kelsen o Direito positivo trata dos ordenamentos denominados dinâmicos, de modo que a validade de um comando normativo somente poderá ser verificada pela análise da relação existente entre a norma e os critérios formais postos por uma outra norma hierarquicamente superior. Deste modo, uma norma é tomada por válida se encontra o seu critério determinante de validade em uma norma tomada por superior, conforme demonstra Gomes<sup>313</sup>: “*Para Kelsen, são válidas as normas jurídicas produzidas de acordo com critérios postos numa norma superior*”. A questão é saber como se estabelece a hierarquia normativa na dogmática jurídica.

Para que se possa ser tomada por válida, uma norma tem de ser estabelecida por uma autoridade competente. Por seu turno, os limites da competência dessa autoridade são também estabelecidos por uma outra norma, que serve de fundamento da norma considerada inferior.

Em se considerando, desta forma, a norma como um ente pertencente ao mundo do dever-ser, somente poderá ter determinada a sua validade a partir de uma outra norma, que, como é lógico, somente poderá ser tida como uma norma superior.

Diante disso, o fundamento de validade de um comando normativo não poderá dizer respeito a fatos, posto que tais entes pertencem ao mundo do ser, de modo que a partir do momento em que Kelsen estabelece que o fundamento de validade das normas somente poderá ser encontrado em uma outra norma, logicamente superior, o autor separa-se de seu antecessor, Kant, para quem a norma era válida caso estivesse em harmonia com o seu fundamento moral.<sup>314</sup>

---

<sup>313</sup> GOMES, A.T. *op. cit.* p. 149.

<sup>314</sup> “*Em Kant, a liberdade enquanto valor fundamental de sua eficácia, vincula materialmente as ordens que fundamenta: Direito e moral. Por isso, o fundamento de validade do Direito em Kant, era, na tradição do jusnaturalismo, material.*” GOMES, A.T. *op. cit.* p. 150.

Em Kelsen, a teoria da validade normativa toma outra direção, quando o autor assera que as normas jurídicas retiram o seu fundamento de validade de uma norma superior que por sua vez retira de uma outra norma e assim sucessivamente. Entretanto, o fundamento de uma norma não se pode perder no infinito, sendo concebível a existência de uma norma primeira, que não foi posta por nenhuma autoridade, mas existe por si mesma.

Essa norma superior, denominada norma fundamental, estabelece, em última análise, as premissas de validade de todo o ordenamento normativo, ou como assera o autor: *“Chamamos de norma ‘fundamental’ a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior”*<sup>315</sup>.

A norma fundamental não é uma norma posta, em face da impossibilidade de concepção de uma autoridade superior que possa havê-la estabelecido. Deste modo a norma fundamental somente poderá ser *pressuposta*. Sua pressuposição, segundo Kelsen, é logicamente necessária e inafastável, para que se conceba a existência de um ordenamento jurídico válido, como se pode ver da transcrição seguinte:

*“como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada.”*<sup>316</sup>.

Kelsen afirma que a norma fundamental é o supedâneo, ainda que mediato, da validade de todas as normas jurídicas inseridas em um dado ordenamento jurídico. Diante dessa assertiva pode-se constatar que a norma fundamental confere unidade ao mesmo ordenamento, organizando-o sob a forma de um sistema sob coordenação.

---

<sup>315</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. p.163.

<sup>316</sup> KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. p. 217.



Entretanto, por ser pressuposta, essa norma adjetivada de fundamental em momento algum tem sua existência comprovada por Kelsen, mas ao contrário, o autor assera que não há a necessidade de sua comprovação, ou pelo menos que a ciência jurídica não possui a referida norma como objeto de sua investigação<sup>317</sup>.

Afinal, em que consiste a norma fundamental? Kelsen não chega a dar uma resposta definitiva à questão, afirmando que a norma constitui a premissa maior de um silogismo consistente na obrigação (natural?) de que se deve obedecer aos comandos normativos do ordenamento jurídico<sup>318</sup>. De qualquer forma, a norma fundamental em momento algum poderá ser tomada como uma norma positiva, mas como uma norma meramente fática, como ensina o autor vienense: *“A norma fundamental de uma ordem jurídica nacional não é o produto arbitrário da imaginação jurídica. seu conteúdo é determinado por fatos.”*<sup>319</sup>

Bobbio<sup>320</sup> estabelece que a norma fundamental manifesta-se na qualidade de poder constituinte, como se pode ver da transcrição infra:

*“Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: essa norma é a norma fundamental. A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais o poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem as normas constitucionais o dever de obedecê-las”.*

---

<sup>317</sup> “Como a norma fundamental não é uma norma querida, nem mesmo pela ciência jurídica, mas é apenas uma norma pensada, a ciência jurídica não se arroga qualquer autoridade legislativa com a verificação da norma fundamental”. KELSEN, H. *Idem*. p.228.

<sup>318</sup> Esse comando poderia ser classificado como uma norma moral?

<sup>319</sup> KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. p. 175.

<sup>320</sup> BOBBIO, N. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p.58.

Com isso, retorna-se ao ponto de partida: se de um fato não se podem derivar normas válidas, como um fato poderá estabelecer a validade de todo um ordenamento jurídico? A conclusão lógica é de que a dicotomia ser/dever-ser não pode ser entendida de modo absoluto e dogmático, como conclui o próprio Kelsen:

*“De fato, segundo uma teoria jurídica positivista, a validade do Direito positivo se apoiar numa norma fundamental que não é uma norma posta mas uma norma pressuposta e que, portanto, não é uma norma pertencente ao Direito positivo cuja validade objetiva é por ela fundamentada, e também no fato de, segundo uma teoria jusnaturalista, a validade do Direito positivo se apoiar numa norma que não é uma norma pertencente ao Direito positivo relativamente ao qual ela funciona como critério ou medida de valor, podemos ver um certo limite imposto ao princípio do positivismo jurídico. pelo mesmo motivo, podemos considerar a distinção entre uma teoria jurídica positivista e uma teoria jusnaturalista como uma distinção simplesmente relativa, não absoluta”<sup>321</sup>.*

Esse raciocínio escapa ao rigor científico, por duas razões: a premissa maior da impossibilidade da aceitação da falácia normativista proposta por Hume mostra-se insubsistente, diante da constatação de que a norma fundamental, pressuposta, portanto, pode ser concebida como um fato, de onde se pode extrair a conclusão de que a distinção entre ser/dever-ser não pode ser observada no mundo fenomênico.

No mesmo sentido, o autor tenta estabelecer a existência de um instituto jurídico de forma dogmática, sob a alegação de busca de uma objetividade e pureza científica, o que na verdade mostra-se como uma atitude verdadeiramente a-científica, uma vez que a verdade, tomada em sua concepção de coerência lógica interna, não se apresenta no caso analisado.

Uma análise da busca da norma fundamental em Kelsen revela um dogmatismo próprio das doutrinas religiosas, como se pode ver da transcrição seguinte:

---

<sup>321</sup> KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. p. 244.

*“As normas possuem esta qualidade porque são deriváveis de uma norma fundamental específica, do mesmo modo que o particular é derivável do geral. A forma de obrigatoriedade da norma fundamental é, ela própria, auto-evidente, ou pelo menos presume-se que o seja. Normas tais como ‘não debes mentir’, ‘não debes enganar’, ‘debes ser fiel à tua promessa’, são deduzíveis de uma norma geral que prescreve a honestidade. Da norma ‘amarás teu semelhante’, podem-se deduzir normas tais como ‘não debes ferir o teu semelhante’, ‘debes ajudá-lo quando ele estiver necessitado’ e assim por diante. Caso se pergunte por que alguém deve amar o seu semelhante, talvez a resposta seja encontrada em uma norma mais geral dentre aquelas de cuja validade estamos convencidos, considerá-las como norma última. Sua natureza obrigatória pode parecer tão óbvia a ponto de não ser sentida qualquer necessidade de se indagar pelo fundamento de sua validade.”<sup>322</sup>*

Observe-se, entretanto, que a ciência deve ter uma preocupação constante com a verdade, não podendo estar fundada em credos absolutos. Decerto, uma ciência fundada em critérios dogmáticos poderia ser entendida como o equivalente newtoniano seguinte: creiam que a lua está em constante movimento de queda em relação à terra; contudo, não há a necessidade de sabermos qual a força que a impele ou mesmo que a fixa em um curso de translação sem que seja arremessada para o espaço.

Contudo, o aspecto mais interessante dessa teoria de fundamentação formal da validade normativa é a exceção introduzida pelo próprio autor vienense da possibilidade de que se possa aferir a validade das normas jurídicas conforme a observância de critérios materiais, especialmente a observância das normas que estabelecem Direitos fundamentais, como estabelece Kelsen<sup>323</sup>:

*“A Constituição que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos. No primeiro caso existe uma promessa de leis a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis, pois,*

---

<sup>322</sup> KELSEN, H.. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. p. 164.

<sup>323</sup> KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. p. 249.

*já mesmo por razões de técnica jurídica, não pode facilmente ligar-se uma sanção ao não estabelecimento de leis com o conteúdo prescrito. Com mais eficácia, porém, podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. O catálogo de Direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir.*<sup>324</sup>

Desta forma, a postura adotada por Kelsen em estabelecer que a validade da norma pode ser aferida mediante a observância de critérios de cunho material, especialmente as normas recepcionadoras de Direitos fundamentais, estabelecidas pela Constituição aproxima a dogmática jurídica tradicional da Teoria Geral do Garantismo.

#### **2.4.5 - A ABORDAGEM GARANTISTA DE VALIDADE NORMATIVA**

Deve-se salientar que a Teoria Geral do Garantismo não encontra qualquer relação com os sistemas jusnaturalistas de aferição de validade normativa, uma vez que o controle de validade normativa é axiomáticamente determinado por regras situadas no interior de cada sistema.

A validade normativa, segundo a Teoria Geral do Garantismo, apresenta peculiaridades que demonstram a existência de diferenças significativas relativamente à dogmática jurídica tradicional, já que a validade normativa não pode ser apurada mediante a análise de critérios meramente formais.

---

<sup>324</sup> Com isso, o posicionamento firmado por Bobbio, aproxima o autor italiano do mestre vienense, conforme ensina CADEMARTORI, S. op. cit. p.67: “É importante ainda alertar para o fato de que em Bobbio a validade das normas encontra-se condicionada a determinados limites materiais e formais de produção. Ele constata que as normas inferiores, para ser validas, devem respeitar limites estabelecidos nas normas superiores não só quanto à forma ou processo de sua produção (regras de procedimento e competência), como também quanto ao seu conteúdo, sob pena de ser declaradas ‘ilegítimas’(sic) e expulsas do sistema. Assim, uma norma que contrarie os conteúdos previstos em disposições constitucionais (e.g.os Direitos e garantias) verá a sua invalidade declarada. Esta noção é importante para aproximar-nos da postura Garantista, como se verá.”

Decerto, para a Teoria Geral do Garantismo, a condição determinante da validade normativa é a sua adequação com o conteúdo de uma norma hierarquicamente superior, como se pode ver da transcrição da lição de Ferrajoli<sup>325</sup>:

*“O paradigma do Estado Constitucional de Direito – ou seja, o modelo garantista – mais não é o do que esta dúplici sujeição do Direito ao Direito que afeta estas dimensões de cada fenômeno normativo: a vigência e a validade, a forma e a substância, os sinais e os significados, a legitimação formal e a legitimação substancial ou, se se quiser, as weberianas ‘racionalidade formal’ e ‘racionalidade material’. Graças à dissociação entre estas duas dimensões e à sua sujeição a dois tipos de regras distintas, já não é verdade que a validade do Direito depende, como entendia Kelsen, unicamente de requisitos formais, nem que a razão jurídica moderna é apenas, como pensava Weber, uma ‘racionalidade formal’; nem sequer que está ameaçada, como receiam muitos teóricos atuais da crise, pelo enxerto de uma ‘racionalidade material’ orientada para certos fins, como seria a do moderno Estado Social. Todos os direitos fundamentais – e não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele – equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito.”*

Como visto anteriormente, a validade, mesmo a normativa não é um valor em si mesma, mas deve ser estabelecida em relação a alguma outro ser. Deste modo, sobressaem-se dois sistemas diversos de sua apuração: o sistema paleopositivista representado pelo dogmatismo jurídico e suas variantes e o sistema garantista.

A dogmática jurídica tradicional estabelece, em suma, que as normas devem ser consideradas válidas quando estiverem formalmente conformes com uma norma hierarquicamente superior. Contudo, a Teoria Geral do Garantismo, por outro lado, estabelece que a validade normativa é determinada pela sua análise de acordo com o conteúdo das

---

<sup>325</sup> FERRAJOLI, L. *op. cit.* p. 97.

normas hierarquicamente superiores, abandonando, com isso, os requisitos meramente formais de constatação da validade e introduzindo na teoria jurídica um critério substancial de valoração normativa.

Quanto ao conteúdo determinador da validade normativa salienta Ferrajo-

li<sup>326</sup>:

*“Todos os Direitos fundamentais – e não só os Direitos sociais e os deveres positivos por ele impostos ao Estado, mas também os Direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele – equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado constitucional de Direito.”*

No mesmo sentido, reconhecendo como Estado de Direito como aquele onde os limites do poder estatal são ditados pelas normas constitucionais, manifesta-se Serrano<sup>327</sup>:

*“En los estados constitucionales de derecho, por el contrario, las constituciones no se limitan a dictar las condiciones formales del quod principi placuit, sino que establecen también qué no debe molestar o qué debe aceptar, o sobre qué no puede decir (estado de derecho) o sobre qué no puede dejar de decidir el príncipe (estado social). Estados constitucionales son también aquellos que instituyen un catálogo de derechos y que al hacerlo determinan con claridad que su garantía es condición indispensable para la validez sustancial de las normas que el mismo estado produce.”<sup>328</sup>*

---

<sup>326</sup> FERRAJOLI, L. *O direito como sistema de garantias*. p. 97.

<sup>327</sup> SERRANO, J. L. *Validez y vigencia: La aportación garantista de la teoría de la norma jurídica*. p. 59.

<sup>328</sup> Nos estados constitucionais de Direito, ao contrário, as constituições não se limitam a ditar as condições formais do *quod principi placuit*, mas estabelecem também quem não se deve molestar, o que não se deve aceitar, sobre o que não se pode decidir (Estado de Direito) ou sobre o que não pode deixar de decidir o príncipe (Estado social). Estados constitucionais são também aqueles que instituem um catálogo de Direitos e que ao fazê-lo determinam com clareza que sua garantia é condição indispensável para a validade substancial das normas que o mesmo Estado produz.

O próprio Kelsen<sup>329</sup>, admitiu que uma Constituição pode estabelecer critérios materiais de validade, como se pode ver da transcrição seguinte:

*“A Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos. No primeiro caso, geralmente apenas existe uma promessa de leis a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis, pois, já mesmo por razões de técnica jurídica, não pode facilmente ligar-se uma sanção ao não estabelecimento de leis com conteúdo prescrito. Com mais eficácia, porém, podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. O catálogo de Direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir”.*

Observe-se, contudo, que o critério material de apuração da validade normativa apontado por Kelsen mostra-se de modo *sui generis*, não podendo ser confundido com o modelo garantista, uma vez que segundo o autor austríaco a apuração da validade normativa *pode também* ser feita através da análise do conteúdo da norma superior. Desta forma, a validade normativa pode ser determinada por seu conteúdo, quando cotejado com a norma que lhe dê fundamento, mostra-se como sendo um mero acidente, enquanto a Teoria Geral do Garantismo estabelece que o conteúdo da norma é condição *sine qua non* de validade.

Ferrajoli, por seu turno, estabelece que a validade depende da concepção da existência de normas consideradas em um patamar superior que estabeleçam valores a serem observados não só pelo destinatário da norma como também pelo seu aplicador. O que representa a aceitação de uma estrutura normativa hierarquizada que tem em seu cume a Constituição. Esta determinará os critérios de validade de todas as normas consideradas inferiores.

---

<sup>329</sup> KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. p. 249.

Saliente-se que o juízo de validade não se apresenta de forma cristalizada, mas é variável e flexível<sup>330</sup>. Contudo, não se pode estabelecer uma confusão com o juízo de justiça. Isso porque este mostra-se como um sistema externo de aferição da validade da norma, não aplicável à sistemas juspositivistas como o sistema garantista, mas está diretamente vinculado à aferição da validade normativa segundo o senso comum popular.

## 2.5 – A VIGÊNCIA NORMATIVA

### 2.5.1 – A VIGÊNCIA NORMATIVA NA ABORDAGEM DA DOGMÁTICA TRADICIONAL

Para a dogmática jurídica tradicional a vigência relaciona-se à própria existência da norma, como se pode ver da transcrição da lição de Kelsen:

*“Com a palavra ‘vigência’ designamos a existência específica da norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então é consentida, permitida ou facultada. Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra ‘dever-ser’ num sentido que abranja todas estas significações, podemos exprimir a vigência (validade) de uma norma dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita. Se designarmos a existência específica da norma como a sua ‘vigência’, damos desta forma expressão à maneira particular pela qual a norma – diferentemente do ser dos fatos naturais – nos é dada ou se nos apresenta.”*

A abordagem garantista da norma jurídica sob o aspecto da vigência revela a possibilidade de concepções diferenciadas a respeito da validade normativa, como será observado no item seguinte.

---

<sup>330</sup> SERRANO, J. L. *op. cit.* p. 53.



## 2.5.2 - A ABORDAGEM GARANTISTA DA VIGÊNCIA NORMATIVA

Para a Teoria Geral do Garantismo a vigência normativa é estabelecida pela inexistência de vícios formais, ou seja, caso ela haja sido produzida de acordo com critérios procedimentais pré-estabelecidos. Ferrajoli<sup>331</sup> assim ensina:

*“...A vigência, respeitando a forma dos atos normativos, é uma questão de correspondência ou subsunção das formas dos atos geradores de normas relativamente às previstas pelas normas formais sobre sua formação...”*

Logo, o critério de vigência é de natureza jurídica, pois através dele verifica-se se a norma foi produzida de acordo com os requisitos formais de competência, de procedimento, de tempo, de espaço e de destinatário<sup>332</sup>, de modo que o instituto da vigência normativa mostra-se absolutamente dissociado da validade, assumindo, portanto, nova roupagem.

Desta forma, a análise da vigência normativa está permeada por critérios descritivos, não comportando a valoração axiológica da norma. Deste modo para Serrano<sup>333</sup> o juízo de vigência não comporta gradação: ou a norma é vigente, ou não. Logo, a vigência é concretizada por um acontecimento e não por um juízo.

## 2.6 – A EFICÁCIA NORMATIVA

### 2.6.1 – A EFICÁCIA NORMATIVA NA ABORDAGEM DA DOGMÁTICA JURÍDICA TRADICIONAL: A EFICÁCIA E SUA RELAÇÃO COM A VALIDADE NORMATIVA

---

<sup>331</sup> FERRAJOLI, L. *op. cit.* *O direito como sistema de garantias.* p. 96.

<sup>332</sup> SERRANO, J. L. *op. cit.* p.74.

<sup>333</sup> SERRANO, J. L. *op. cit.* p.54.

Segundo a dogmática jurídica tradicional, o instituto da eficácia relaciona-se ao fato de a norma ser aplicada e observada<sup>334</sup>, não estando relacionada ao mundo do dever-ser. Diante dessa assertiva a conclusão inafastável é a de que a eficácia pertence ao mundo do ser<sup>335</sup>, conforme a lição de Kelsen<sup>336</sup>:

*“No silogismo normativo que fundamenta a validade de uma ordem jurídica, a proposição de dever-ser que enuncia a norma fundamental: devemos conduzir-nos de acordo com a Constituição efetivamente posta e eficaz, constitui a premissa maior; a proposição de ser que afirma o fato: a constituição foi efetivamente posta e é eficaz, quer dizer, as normas postas de conformidade com ela são globalmente aplicadas e observadas, constitui a premissa menor; e a proposição de dever-ser: devemos conduzir-nos de harmonia com a ordem jurídica, quer dizer: a ordem jurídica vale (é válida ou vigente), constitui a conclusão.”*

Diante do exposto, conclui-se que o autor vienense já concebia a existência de um vínculo entre validade e eficácia normativa<sup>337</sup>.

Considerando-se a inexistência de uma separação estanque entre o ser/dever-ser, deve-se considerar que, em última análise, a eficácia pode determinar, de modo mediato, a validade de uma norma.

Na verdade, segundo a teoria exposta por Kelsen, a eficácia é condição da validade normativa. Deste modo, não se pode negar a existência de um forte liame entre os dois institutos, como ensina Cademartori<sup>338</sup>.

<sup>334</sup> GOMES, A.T. *op. cit.* p.129.

<sup>335</sup> GAVAZZI, Giacomo, *apud* GOMES, A.T. *op. cit.* p. 129, assim define o instituto da eficácia: “...a eficácia significa simplesmente que os destinatários da prescrição normativa se comportam, efetivamente, como a norma prescreve.”

<sup>336</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* p. 237.

<sup>337</sup> KELSEN, H. *op. cit.* p. 235.

<sup>338</sup> CADEMARTORI, S. *op. cit.* p.47.

*“No entanto, a eficácia, num primeiro momento, aparenta confundir-se com a validade: Uma norma jurídica é considerada como objectivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efectivamente, pelo menos numa certa medida. Esta afirmação aparece posteriormente retificada e esclarecida pelo mestre vienense: a eficácia não se confunde com a validade, mas é condição desta. De fato, diz esse autor que tanto a eficácia da norma singular quanto a eficácia do ordenamento ao qual a mesma pertence são condições de validade da norma”.*

Observa-se, desta forma, que a eficácia mostra-se intrinsecamente relacionada à validade normativa, ainda que não seja de modo imediato. Com isso, pode-se afirmar que uma norma que deixa de ser aplicada, ou que jamais foi aplicada, perde sua validade, como que através de um costume com função negativa, fenômeno denominado por Kelsen de *dessuetude*<sup>339</sup>.

Essa relação entre o instituto da validade e o instituto da eficácia não se mostra como um fenômeno de fácil compreensão. O mestre vienense ensina que uma ordem jurídica não perde sua validade quando uma norma isoladamente deixar de ser aplicada. O fenômeno é observável quando se toma a norma *“numa consideração global”*<sup>340</sup>, ou seja no âmbito de um ordenamento normativo.

Contudo, segundo o autor vienense o fenômeno é também observado em relação à normas isoladamente consideradas, como ensina Kelsen<sup>341</sup>:

---

<sup>339</sup> *“...uma norma jurídica pode perder sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo inaplicada ou inobservada, quer dizer, através da chamada dessuetude. A dessuetude é como que um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente.”* KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. p. 237.

<sup>340</sup> KELSEN, H. *Idem, ibidem*.

<sup>341</sup> KELSEN, H. *Idem*, p. 239.

*“A relação que acaba de ser descrita, entre validade e eficácia, refere-se às normas jurídicas gerais. Mas também as normas jurídicas individuais, através das quais – v.g. através de uma decisão judicial ou de uma resolução administrativa – é ordenado um ato de coerção singular, perdem sua validade quando permaneçam por longo tempo por executar e, portanto, ineficazes, como se mostrou a propósito da hipótese, acima referida, de um conflito entre duas decisões judiciais.”*

Saliente-se, ainda que em momento algum afirma Kelsen que a validade normativa é retirada de sua eficácia, uma vez que aquela somente poderá ser observada em relação a uma norma superior.

Deste modo, a eficácia é *conditio per quam* e não *conditio sine qua non*<sup>342</sup> de validade da norma jurídica, conforme a lição de Gomes<sup>343</sup>:

*“Tanto a norma jurídica tomada individualmente quanto a ordem jurídica como um todo têm a eficácia como condição de validade. Essa posição de Kelsen levou alguns críticos a afirmar que não estaria, neste ponto de sua obra, mantida a disparidade entre ser e dever ser. Kelsen teria aberto uma concessão ao sociologismo jurídico. Entretanto, devemos observar que a eficácia é condição de validade, enquanto o fundamento de validade de uma norma jurídica ou do Direito só pode estar em outra norma jurídica. uma norma jurídica não retira o seu fundamento de validade de sua aplicação ou cumprimento, mas de uma norma superior. Se, porém, a norma jurídica deixa de ser aplicada e cumprida, isto é, deixa de ser eficaz, deixa também de ser válida.”*

Desta forma, a dogmática jurídica tradicional estabeleceu ser a eficácia normativa a aplicação da norma pelos seus destinatários. Assim, revela-se a eficácia como um fato e como tal axiomáticamente vinculada ao mundo do ser.

<sup>342</sup> CADEMARTORI, S. *op.cit.* p.50.

<sup>343</sup> GOMES, A.T. *op. cit.* p. 130.

## 2.6.2 - A ABORDAGEM GARANTISTA DA EFICÁCIA NORMATIVA

Como visto acima, para a dogmática jurídica tradicional a eficácia está associada ao cumprimento da norma pelos seus destinatários. A Teoria Geral do Garantismo, na esteira de Hans Kelsen, propõe que a eficácia de uma norma é determinada não só pela sua observância pelos seus destinatários, mas também pela sua observância pelos órgãos de aplicação normativa.

Serrano<sup>344</sup> decompõe o conceito de eficácia em quatro tipos, da forma seguinte: a) eficácia de cumprimento; b) eficácia de sanção; c) efetividade; e d) eficiência.

Por eficácia de cumprimento o autor entende que pode ser observada quando os destinatários da norma cumprem-na.

A eficácia de sanção é observada quando o conseqüente da norma prevista pelo sistema jurídico é aplicada diante de seu descumprimento.

A efetividade, por sua vez, encontra-se relacionada ao *telos* estabelecido pelo legislador no caso concreto. As normas são estabelecidas com um objetivo específico, de modo que a norma será efetiva quando alcançar a finalidade para a qual foi criada.

Por fim, a eficiência normativa também está relacionada ao atingimento dos fins inicialmente propostos. Contudo, diz-se que uma norma é eficiente quando houver uma relação positiva expressa em custo-benefício.

Pode-se constatar, diante disso, que o juízo de eficácia é um juízo meramente fático, sendo, destarte, externo ao ordenamento jurídico, não podendo ser comparado ao juízo de validade e de vigência.

---

<sup>344</sup> SERRANO, J. L. *op. cit.* p. 63.

Assim, por ser a eficácia uma situação meramente fática, Serrano<sup>345</sup> entende que muitas normas, ainda que não se caracterizem como normas jurídicas, mas sim sociais, morais ou religiosas são dotadas de eficácia, uma vez que são espontaneamente cumpridas por seus destinatários, sem que por isso sejam dotadas de validade ou mesmo de vigência, mas se encontram apartadas do ordenamento estatal.

Em se constatando que a eficácia é uma relação externa ao ordenamento normativo, pode-se entender que muitas normas jurídicas, mesmo sendo consideradas vigentes e válidas são ineficazes, sem que com isso tenham de ser consideradas como excluídas do sistema, pelo instituto jurídico da dessuetude<sup>346</sup>.

Por outro lado, deve-se observar que a aceitação do instituto da dessuetude de forma acrítica pode levar à concepção da possibilidade de aceitação de situações divorciadas do sistema axiológico típico do Estado de Direito<sup>347</sup>, tais como a sucessiva e continuada inaplicação de um Direito fundamental, conduzindo à perda da validade normativa.

## 2.7 - CONCLUSÕES

Os institutos jurídicos da validade, da vigência e da eficácia normativas devem ser tomados como absolutamente distintos entre si, possibilitando a compreensão de que uma norma pode ser vigente e ainda assim não ser dotada de validade, como se pode ver da lição de Cademartori<sup>348</sup>.

---

<sup>345</sup> SERRANO, J. L. *Idem.* p. 66.

<sup>346</sup> KELSEN, H., *Teoria Pura do Direito*, p. 237, em um momento de orientação realista asserta: “Por outro lado, também não se considera como válida uma norma que nunca é observada ou aplicada”.

<sup>347</sup> SERRANO, J. L. *op. cit.* p. 72, levanta questões sérias a respeito da caracterização da dessuetude, pois “cuántos jueces tienen que rehusar su aplicación?”. Tradução livre: “Quantos juizes têm que recusar sua aplicação?”

<sup>348</sup> CADEMARTORI, S. *op. cit.* p.80.

*“A relevância dessa distinção jaz no fato de que estas quatro qualidades das normas<sup>349</sup> são totalmente dissociadas entre si; e a finalidade da distinção é justamente salientar essa dissociação, em particular, aquela entre vigência e validade. Por exemplo, uma norma pode ser justa e não entanto não observada (não eficaz) e vice-versa, uma norma pode ser observada embora injusta. Sobretudo, do ponto de vista de Ferrajoli, pode acontecer que uma norma seja vigente e eficaz mesmo sendo inválida, como pode acontecer que uma norma seja vigente e eficaz mesmo sendo inválida mas nem por isso eficaz.”*

Contudo, o mais importante é que o garantismo não se confunde com as doutrinas normativistas, que promovem a confusão entre vigência e validade, nem com as doutrinas realistas, que “reduzem a validade à eficácia”<sup>350</sup>, como expõe Serrano<sup>351</sup>:

*“Una teoría garantista del derecho exige también el reconocimiento del desnivel insuperable entre validez, por una parte, y eficiencia, por la otra. Sólo así es posible el análisis de los fenómenos jurídicos huyendo de la doble falacia naturalista y normativista, de la asunción de hechos como valores o de valores como hechos. esta doble falacia está en la base de las dos principales orientaciones – legalismo y realismo – en las que se divide la teoría de derecho contemporánea. Ambas orientaciones son ideológicas: la primera porque se limita a contemplar el derecho válido evitando la posible ineficacia, la segunda porque se limita a registrar el derecho eficaz evitando la posible invalidez”<sup>352</sup>.*

A abordagem garantista do fenômeno jurídico determina a necessidade de uma redefinição dos papéis dos operadores normativos, pois mesmo que uma norma seja

<sup>349</sup> Justiça, vigor, validade e eficácia.

<sup>350</sup> CADEMARTORI, S. *op. cit.* p.81.

<sup>351</sup> SERRANO, J. L. *op. cit.* p.107.

<sup>352</sup> Tradução livre: “Uma Teoria Geral do Garantismo do Direito exige também o reconhecimento do desnível insuperável entre validade, de um lado, e eficácia, efetividade e eficiência, de outro. Somente assim é possível a análise dos fenômenos jurídicos evitando a dupla falácia naturalista e normativista, da assunção de fatos como valores ou de valores como fatos. Essa falácia dupla está na base das duas principais orientações – legalismo e realismo – nas quais se divide a teoria do Direito contemporânea. Ambas as orientações são ideológicas: a primeira porque se limita a contemplar o Direito válido evitando a possível ineficácia, a Segunda porque se limita a registrar o Direito eficaz evitando a possível invalidez”.

tida por vigente, mas que não seja válida, o juiz poderá deixar de aplicá-la, o que permite que haja um maior respeito aos valores tidos por fundamentais no interior de um sistema<sup>353</sup>:

---

<sup>353</sup> “...a incorporação em nível constitucional, dos Direitos fundamentais alteram a relação entre o juiz e a lei e atribuem à jurisdição um papel de garantia do cidadão contra as violações da legalidade, a qualquer nível, por parte dos poderes públicos.” FERRAJOLI, L. *O direito como sistema de garantias*. p. 100.



## SEÇÃO II

### **OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A SUA INCORPORAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB O ENFOQUE DA TEORIA GERAL DO GARANTISMO**

#### **1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS**

A análise do § 2º do artigo 5º da Carta Constitucional Brasileira, sob a perspectiva da teoria geral do garantismo revela aspectos importantíssimos que certamente podem ser relevados pelos operadores normativos.

Decerto, a análise dos tratados internacionais numa concepção substancialista, que evidencia a função instrumental do ente estatal põe às claras a necessidade de uma necessidade de redefinição do papel do Estado, vinculando-o aos objetivos a serem perseguidos.

Em um segundo momento, analisar-se-á como os tratados internacionais são introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro, onde será evidenciada a importância do conceito garantista de validade, vigência e eficácia.

#### **2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTRODUÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB UMA PERSPECTIVA SUBSTANCIALISTA**

Os tratados internacionais de direitos humanos constituem uma realidade que não pode ser negada no contexto jurídico atual. Desta forma, a análise dos aludidos instrumentos balisadores da conduta humana, à luz da teoria geral do garantismo, assegura uma posição privilegiada do indivíduo, relativamente ao ordenamento normativo.

De fato, a teoria geral do garantismo surge como uma proposta de restabelecimento do valor do ser humano, que assume um lugar de criador e de objeto de proteção do ordenamento normativo. Como resultado, o homem é posto em um lugar de primazia diante do Estado, como demonstra Cademartori<sup>354</sup>:

*“...o Garantismo constitui uma teoria com suficiente aptidão instrumental para avaliar as ações governamentais num confronto com seus postulados são, que partem da idéia de Estado de Direito. Por esses pressupostos, a eficácia da ação político-econômica como critério de legitimação, próprio de uma social-democracia de massas com opinião pública meramente aclamativa, aparece como uma inversão de toda a tradição teórica-democrática, que propõe, acima da vontade de maiorias eventuais, o respeito aos valores fundantes da convivência social, plasmados nas Declarações de Direitos. De outra parte, a teoria garantista da legitimação, a partir da assunção da idéia-base do Estado como instrumento da Sociedade, repõe uma vinculação dessa estrutura de poder a valores que têm por centro a dignidade da pessoa. Em casos como o do nosso país, onde a Sociedade vê-se continuamente avassalada por medidas legislativas (oriundas do Executivo ou não) que muitas vezes colocam-na a serviço de uma racionalidade econômica alheia seus interesses (sic), a adoção desse enfoque heteropoiético pode fornecer um travejamento teórico que resgate a valorização da pessoa como antologicamente anterior ao Estado fundado por ela.”*

Nesse contexto, de outro modo não se pode entender o fenômeno jurídico, senão como um instrumento posto à disposição do cidadão, para balisar a atuação estatal. Em outras palavras: para proporcionar a “*criação de mecanismos para a defesa do cidadão frente ao poder*”<sup>355</sup>. observe-se que a evidência da concepção instrumental do fenômeno estatal é também demonstrada por Canotilho<sup>356</sup>, na passagem seguinte:

<sup>354</sup> CADEMARTORI, S. *op. cit.* p.179.

<sup>355</sup> CADEMARTORI, S. *op. cit.* p.17.

<sup>356</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional.* p. 18.

*“Um topos caracterizador da modernidade e do constitucionalismo foi sempre o da consideração dos ‘direitos do homem’ como ratio es- sendi do Estado Constitucional (cfr. Infra parte IV, Cap. 1º, e Cap. 5º). Quer fossem considerados como ‘direitos naturais’, ‘direitos inalienáveis’, ou ‘direitos racionais’ do indivíduo, os direitos do ho- mem, constitucionalmente reconhecidos, possuíam uma dimensão projectiva de comensuração universal. Além de apontarem para a realização progressiva do homem num mundo, progressivamente melhor (tensão escatológica), os direitos do homem forneciam um ‘critério’, um ‘fundamento’, uma ‘verdade’, um ‘valor’ universal para se distinguir entre ‘Estado constitucional’ e ‘Estado não cons- titucional’”.*

Saliente-se que por um imperativo expresso no corpo da Constituição Fede- ral, a proteção do indivíduo não se mostra como uma atividade abstrata desenvolvida ao talante do ente estatal, mas deve ser dirigida a um fim específico – a proteção da dignidade da pessoa humana<sup>357</sup>. Este objetivo, reconhecido pela Constituição Federal, consagra o princípio referenciado como vetor axiológico que deve orientar todas as atividades desen- volvidas no seio da sociedade brasileira.

Logo, pode-se asseverar que o fim último do Estado moderno é a “*proteção e conservação dos direitos fundamentais*”<sup>358</sup>. Desta forma, a instituição política revela o seu caráter de mero instrumento de satisfação das necessidades humanas.

Saliente-se que a concepção instrumental do Estado não é uma idéia recente, mas já se encontrava presente nas primeiras manifestações acerca dos direitos humanos, como se pode ver da transcrição do artigo segundo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

*“A finalidade de toda associação política é a conservação dos di- reitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a li- berdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”*

<sup>357</sup> DALARI, Dalmo de Abreu, *apud* WEISS, C. *Op. Cit.* p. 27.

<sup>358</sup> MORAES, G. B. P. de. *op. cit.* p. 96.

No mesmo sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Constituição Francesa de 1793 dispunha em seu artigo primeiro que a finalidade de todo corpo social é a de promover a felicidade de seus membros e a da instituição política é a de promover e garantir os direitos fundamentais<sup>359</sup>.

Desta forma, no contexto jurídico atual o ser humano adquire um sentido de primazia que o eleva à qualidade de criador e finalidade última da atividade estatal. Outro não pode ser o entendimento, diante do novo ordenamento constitucional vigente no Brasil que estabelece como axioma fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 1º da Constituição Federal.

Nesse diapasão, deve-se destacar que os direitos humanos, nunca concepção contratualista, mostram-se como anteriores e superiores ao próprio Estado, de modo que devem ser entendidos como fundantes, como salienta Cademartori<sup>360</sup>.

No mesmo sentido posiciona-se Weiss<sup>361</sup> que entende que as regras estabelecidas de direitos humanos, são anteriores à formação do fenômeno estatal, como se pode ver da transcrição infra:

*“Desde a consolidação dos direitos humanos modernos, nos séculos XVII a XVIII, tem-se entendido que suas regras são logicamente anteriores ao surgimento do Estado, funcionando como verdadeiros*

---

<sup>359</sup> Artigo primeiro da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “A finalidade da sociedade é a felicidade comum. – O governo é instituído para garantir ao homem a fruição de seus direitos naturais e imprescritíveis.”

<sup>360</sup> “Aquela diferença conceitual entre direitos fundamentais e situações jurídicas ou situações de poder permite recolocar o problema teórico da natureza dos direitos fundamentais, vistos pelos jusnaturalistas como ‘fundantes’ (pré-políticos) ou ‘fundados’ segundo a ótica positivista. Para Ferrajoli, uma vez reconhecida a natureza dos direitos fundamentais enquanto princípios axiológicos de justificação do Estado, tais direitos não são fundados, mas fundantes; mas não são normas, e sim princípios ético-políticos externos, carentes de fundamentos, já que eles são ‘fundamentos’ (frutos de opções morais e convenções); mas uma vez incorporados à ordem normativa, convertem-se em normas jurídicas de nível constitucional. E esta ambivalência reflete o caráter tanto externo, ou ético-político, quanto interno, ou jurídico, das fontes de legitimação do direito.” CADEMARTORI, S. op. cit. p.99

<sup>361</sup> WEISS, C. op. cit. p. 27.

*pressupostos de sua existência e condicionando sua atividade que deve ser voltada à preservação e promoção de direitos inatos dos seres humanos, servindo de limite ao poder estatal.”*

Nesse contexto, constata-se que a teoria geral do garantismo oferece contribuições importantes para o entendimento do fenômeno da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque, ao revelar o caráter meramente instrumental do ente político, põe em destaque o ser humano, como criador e destinatário das disposições emanadas do Estado, de modo que os tratados internacionais de direitos humanos, ao imporem limitações objetivas ao poder estatal, possibilitam o efetivo desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos, através de uma minimização do poder e de uma maximização da liberdade.

Saliente-se que de acordo com a moderna teoria constitucional, os direitos fundamentais devem ser entendidos como integrantes de um corpo harmônico e indissociável. A análise do conjunto normativo formado pelos direitos em questão revela a existência de influências recíprocas, resultando na formação de um sistema, como ensina Silva<sup>362</sup>:

*“A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela prevista, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas.”*

Decerto, em se considerando o posicionamento de Moraes<sup>363</sup>, constata-se que os direitos fundamentais são estabelecidos em um ordenamento normativo e agrupados sob o signo da unidade, como se pode ver da transcrição seguinte:

*“A totalidade dos direitos fundamentais é dotada de uma unidade que, consoante a orientação de Jorge Miranda, possui três vertentes:*

---

362 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 182.

363 MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*. p. 89.

*unidade de valor, unidade de sentido e unidade de concordância prática.*

*Cabe asseverar que Antônio Enrique Perez Luño sustenta que a uniformidade do sistema constitucional dos direitos fundamentais consiste na configuração de um conjunto de valores objetivos que representam a suprema expressão da ordem axiológica da sociedade nacional e internacional, manifestando-se no reconhecimento de um núcleo ou conteúdo essencial, comum a todos eles, que deverá permanecer incólume.”*

O elemento que assegura a unidade do sistema de direitos fundamentais encontra-se na necessidade estabelecida pela própria Carta Constitucional, de que o Estado garanta a dignidade da pessoa humana através de omissões ou de ações específicas, como sustenta Moraes<sup>364</sup>:

*“O princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado no art. 1º, III da Carta Magna, constitui o fundamento da unidade aludida, sendo conceituado como uma das proposições diretoras que deverão, em qualquer momento, ser levada em consideração pela atuação estatal, orientada pela identidade da pessoa humana, pelos direitos fundamentais por ela titularizados, pela sua dimensão e pela função social exercida pela mesma. Corresponde à base e à finalidade da sociedade e do Estado e, através do qual, o Direito Constitucional brasileiro reconhece que a pessoa humana possui dignidade própria e equivale a um valor em si mesma, insuscetível de sacrifício por um interesse coletivo.”*

Destaque-se, entretanto, que se deve considerar que o rol dos direitos fundamentais não pode ser tomado por cristalizado e acabado. Isso porque como visto no primeiro capítulo, os direitos analisados estão em processo de constante transformação.

---

<sup>364</sup> MORAES, G.B.P. de. *op. cit.* p. 89.

Diante do caráter aberto de seu rol enumerativo, a Constituição Federal prevê a possibilidade de introdução de novos direitos humanos ao sistema normativo brasileiro, sob a forma de direitos fundamentais, através da recepção de tratados internacionais<sup>365</sup>.

A importância dos tratados internacionais não pode ser minimizada, posto que assumem um papel relevante na atualidade, diante do fenômeno de internacionalização das relações engendradas no dia-a-dia. O resultado desse processo é a relativização da rigidez do conceito de soberania.

A relativização do conceito de soberania estatal impõe-se num mundo cada vez mais internacionalizado, onde o cotidiano nacional deve adaptar-se aos ditames da comunidade internacional, como ensina Canotilho<sup>366</sup>:

*“A globalização internacional dos problemas (‘direitos humanos’, a ‘protecção de recursos’, ‘ambiente’) aí está a demonstrar que se a ‘constituição jurídica do centro estadual’, territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (hard law), ou mais ou menos flexíveis (soft law), progressivamente forjados por novas ‘unidades políticas’ (‘cidade-mundo’, ‘europa (sic) comunitária’, ‘casa européia’, ‘unidade africana’)”.*

<sup>365</sup> “No Brasil, a Constituição de 1988 não regula a vigência do direito internacional na ordem interna, salvo quanto aos tratados internacionais sobre os Direitos do Homem, quanto aos quais o art. 5º, parágrafo 2º, contém uma disposição muito próxima do art. 16, I da Constituição da República Portuguesa de 1976 que, como demonstraremos adiante, deve ser interpretada como conferindo grau supraconstitucional àqueles tratados. (...) ao estabelecer que ‘os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das regras aplicáveis do Direito Internacional, o seu art. 16, n. I, ainda que implicitamente, está a conceder grau supraconstitucional a todo o Direito Internacional dos Direitos do Homem, tanto da fonte consuetudinária, como convencional. De facto, à expressão ‘não excluem’ não pode ser concedido um alcance meramente quantitativo: ela tem de ser interpretada como querendo significar também que, em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá.” PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 103 e p. 117, *Apud* PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p.87.

<sup>366</sup> CANOTILHO, J.J.G. *op. cit.* p.18.

Saliente-se que uma interpretação sistemática do corpo constitucional autoriza o entendimento de que os princípios regentes do sistema constitucional brasileiro asseguram, de modo axiomático a introdução de normas firmadas junto à comunidade internacional. Fica assim estabelecida uma primazia dos tratados internacionais de direitos humanos sobre os instrumentos normativos infraconstitucionais.

Diante da constatação de que os Direitos fundamentais ocupam posicionamento de destaque no ordenamento jurídico constitucional, uma vez que voltados à proteção da dignidade da pessoa humana, resta autorizada a conclusão de que a interpretação do disposto no artigo 5º, §2º da Constituição Federal deve ser realizada, considerando-se o disposto nos artigos 1º e 4º da Constituição Federal, posto que esses princípios mostram-se como intrínsecos ao ordenamento jurídico, como demonstra Piovesan<sup>367</sup>:

*“Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, atribuindo-lhes a natureza de norma constitucional. Este tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, parágrafo 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-os dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e reciprocidade de relações entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados. Como esclarece a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Opinião Consultiva n. 2, de setembro de 1982: ‘Ao aprovar estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, em prol do bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob a sua jurisdição.’ Este caráter especial vem a justificar o status constitucional atribuído aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.”*

---

<sup>367</sup> PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 86.



Ora, se a Carta Constitucional estabelece e reconhece como princípio estruturante do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana, reconhecendo, ainda, no âmbito internacional a prevalência dos direitos humanos, pode-se concluir que a sua denegação pela Corte Constitucional brasileira resulta numa afronta ao sistema principiológico disposto na Constituição Federal.

Desta forma, conclui-se que a Teoria Geral do Garantismo, ao assegurar a primazia do homem, entendendo-o como o criador e como o destinatário das normas jurídicas, pretende assegurar as garantias postas à disposição do indivíduo para que a proteção torne-se efetiva.

### **3. A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Como já salientado, a Teoria Geral do Garantismo mostra-se como estabelecida de uma distinção objetiva entre os institutos da validade, da vigência e da eficácia normativas.

Essa distinção mostra-se importante na medida em que possibilita uma nova abordagem do fenômeno normativo, assim como possibilita também uma valoração efetiva dos tratados internacionais de direitos humanos, como instrumentos normativos introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro como regras dotadas de *status* especial.

#### **3.1 – OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A VIGÊNCIA NORMATIVA**

A Teoria Geral do Garantismo estabelece que a vigência normativa somente poderá ser aferida diante da constatação de que a norma foi efetivamente introduzida no sistema normativo de acordo com critérios formalmente estabelecidos no sistema jurídico.

Decerto, em assim se considerando, os tratados internacionais de direitos humanos somente poderão ser considerados vigentes caso sejam introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro diante da observância das regras disciplinadoras de sua introdução formalizada no sistema.

### **3.2 – OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A EFICÁCIA NORMATIVA.**

A Teoria Geral do Garantismo não possibilita a conclusão autorizada pela Dogmática jurídica tradicional, que concebe a existência de um liame lógico entre a validade normativa e o instituto da eficácia.

Com isso, a *contrarii sensu*, conceber-se-ia a admissibilidade da existência do instituto da desuetude, ou seja, a perda da validade normativa a partir da constante e diuturna negação de sua aplicação.

A Teoria Geral do Garantismo, qo estabelecer a inexistência de um liame entre os institutos da validade e da vigência normativas autoriza a conclusão de que uma norma, mesmo que não seja aplicada pelo destinatário da norma, garantirá a sua validade.

A importância dessa conclusão para o direito brasileiro mostra-se pela constatação de que, mesmo diante de sua constante e diuturna negação pelo Supremo Tribunal Federal, a não aplicação do comando estabelecido pelos tratados internacionais de direitos humanos não importará no reconhecimento de sua invalidez.

### **3.3. – OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A VALIDADE NORMATIVA**

Ao lado do aumento de sua importância, deve salientar-se que os tratados internacionais de direitos humanos não podem ser tidos em posição de igualdade com os tratados ordinários<sup>368</sup>, mas devem ser entendidos como recepcionados pelo ordenamento jurídico nacional com a qualidade diferenciada de normas introdutoras de direitos fundamentais.

Decerto, Piovesan<sup>369</sup> reconhece a existência de elementos que estabelecem a distinção entre as duas espécies de tratados internacionais da forma seguinte:

*“Enfatize-se que, se à luz da Carta de 1988, os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, nos termos do art. 102, III, b, do texto (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos detêm hierarquia de norma constitucional. Este tratamento jurídico diferenciado se justifica, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.”*

---

<sup>368</sup> “Estes argumentos sustentam a conclusão de que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados. Este sistema misto caracteriza-se por combinar regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, parágrafo 2º – apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infra-constitucional. Em suma, a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, parágrafo 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Esta opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional.” PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 89-90.

<sup>369</sup> PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (org.). *O sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. p. 162.

Diante dos pressupostos acima revelados, constata-se que o posicionamento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de negar a primazia hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, mostra-se, no mínimo, conflitante com os vetores axiológicos expressos pela Constituição Federal.

A Corte Constitucional Brasileira em momento algum considerou que a função essencial do tratado internacional, especialmente os que versem sobre direitos humanos, é a de limitar a liberdade estatal, atingindo, de modo direto, a sua soberania.

Deve-se, então, questionar, qual seria o propósito do legislador constitucional, ao criar o mencionado dispositivo, senão o de assegurar a efetiva incorporação das normas dispostas nos tratados internacionais de direitos humanos ao sistema normativo nacional, na qualidade de regras dotadas de uma hierarquia diferenciada?

O entendimento manifesto pelo Supremo Tribunal Federal decorre, certamente, da interpretação literal do texto constitucional, não podendo resistir, contudo, a uma análise sistemática ou teleológica, considerando-se a natureza típica de instrumento de proteção e salvaguarda da pessoa humana que é atribuída pelo sistema constitucional brasileiro aos direitos humanos.

Com isso, cai por terra a alegação de que a rigidez constitucional estaria comprometida, diante da formalidade especificada pela Carta Constitucional para a introdução de normas constitucionais através de emendas próprias.

Nesse aspecto, os tratados internacionais de direitos humanos constituem verdadeiros institutos determinadores da validade normativa, posto que após sua incorporação ao ordenamento jurídico, assumem a natureza de vetores introdutores de normas de direitos fundamentais. Essa característica revela sua importância diante da impossibilidade

de aferição da validade normativa pela utilização de critérios meramente formais<sup>370</sup>, como estabelece a dogmática jurídica tradicional<sup>371</sup>.

Contudo, a Teoria Geral do Garantismo objetiva transcender o minimalismo da forma, para introduzir o conteúdo como elemento determinante da validade normativa, como ensina Ferrajoli<sup>372</sup>:

*“Este papel de garantia do Direito tornou-se hoje possível pela específica complexidade da sua estrutura forma, que é marcada, nos ordenamentos de constituição rígida, por uma dupla artificialidade: não só pelo caráter positivo das normas produzidas, que é a característica específica do positivismo jurídico, mas também pela sua sujeição ao Direito, que é a característica específica do Estado Constitucional de Direito, onde a própria produção jurídica é disciplinada por normas, já não apenas formais, como também substanciais, de Direito positivo. Se em virtude da primeira característica, o ser ou a existência do Direito já não deriva da moral nem se encontra na natureza, pois é precisamente ‘posto’ ou ‘feito’, pelos homens e é como os homens o querem e ainda antes o pensam, em virtude da Segunda característica também o ‘deve ser’ do Direito Positivo, ou seja, as suas condições de ‘validade’, resulta positivado por um sistema de regras que disciplinam as próprias opções com o Direito é pensado e projetado, estabelecendo os valores ético-políticos – a igualdade, a dignidade da pessoa, os direitos fundamentais – que devem enformar aquelas regras. São, em suma, os próprios modelos axiológicos do Direito Positivo, e não só os seus conteúdos contingentes – o seu ‘dever ser’, e não apenas o seu ‘ser’ – que no Estado Constitucional de Direito são incorporados no ordenamento, como Direito sobre o Direito, sob a forma de limites e vínculos jurídicos da produção jurídica. daí resultou uma inovação na própria estrutura*

<sup>370</sup> “Segundo a concepção prevalecente entre os máximos teóricos do Direito – de Kelsen a Hart e a Bobbio – a ‘validade’ das normas identifica-se, qualquer que seja o seu conteúdo, com a sua existência: ou seja, com a sua integração num dado ordenamento, determinada pela sua conformidade com as normas, por sua vez, integrantes desse ordenamento que disciplinam a sua produção.” FERRAJOLI, L. *op. cit.* p. 95.

<sup>371</sup> “O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence a ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito.” KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. p.221.

<sup>372</sup> FERRAJOLI, L. *op. cit.* p.93.

*da legalidade, que é talvez a conquista mais importante do direito contemporâneo: a regulação jurídica do próprio Direito positivo, não só quanto às formas de produção, mas também quanto aos conteúdos produzidos.*”

O Próprio Kelsen<sup>373</sup> reconhece a necessidade do estabelecimento de critérios substanciais de aferição da validade normativa, não se podendo constatar se uma norma é ou não válida através da mera análise formal, sendo necessária a análise de seu conteúdo, que será dado através das normas constitucionais introdutórias de direitos fundamentais:

*“A Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos. No primeiro caso, geralmente existe uma promessa de leis a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis, pois, já mesmo por razões de técnica jurídica, não pode facilmente ligar-se uma sanção ao não estabelecimento de leis com o conteúdo prescrito. Com mais eficácia, porém, podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir.”*

A introdução do critério substancial de aferição de validade normativa, agindo ao lado do critério formal, consagra um sistema de garantias ao ser humano, dando nova orientação ao caminhar evolutivo do ordenamento jurídico, na medida em que recepciona os novos valores que vão sendo reproduzidos pela comunidade internacional.

Essa orientação dada pela comunidade internacional passa a integrar o ordenamento jurídico de cada Estado signatário do tratado internacional de direitos humanos, produzindo conseqüências no corpo normativo estatal, pelo estabelecimento de novos vetores hermenêuticos, e também pela eliminação de normas infraconstitucionais que não estejam de acordo com a nova orientação dada pelos vetores axiológicos inseridos no sistema.

---

<sup>373</sup> KELSEN, H. *Teoria Pura do direito*. p. 249.

Ora, se os tratados internacionais de direitos humanos são recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro como normas que se revestem da qualidade de veículos introdutores de novos direitos fundamentais, pode-se estabelecer que os tratados em questão encontram-se em posição de superioridade em relação às leis ordinárias.

Decerto, em se considerando que a validade normativa, em um sistema dinâmico, é estabelecida na forma de uma relação normativa, onde uma norma somente será considerada válida se estiver em conformidade com os critérios estabelecidos em uma norma diversa, considerada, portanto, superior.

Em se considerando que a Teoria Geral do Garantismo estabelece que as normas devem ter sua validade aferida mediante a observância de critérios materiais, a conclusão possível é a de que as normas que estabelecem direitos fundamentais encontram-se em uma posição superior às leis ordinárias, posto que fixam seus parâmetros de aferição de validade.

Ora, se os tratados internacionais de direitos humanos não são recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro no mesmo patamar das leis ordinárias, a conclusão autorizada é a de há o estabelecimento de um tratamento diferenciado entre os tratados internacionais no direito brasileiro.

Decerto, os tratados internacionais ordinários, por não fixarem os parâmetros materiais de aferição de validade normativa são recepcionados no ordenamento jurídico no mesmo patamar das leis ordinárias, sendo, portanto, susceptíveis de revogação posterior por uma lei interna.

O mesmo fenômeno não ocorre, contudo, com os tratados internacionais qualificados pelo seu objeto como tratados internacionais de direitos humanos, posto que tais instrumentos normativos são introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro como normas estabelecedoras de direitos fundamentais. Esse fenômeno se dá pela constatação de

que tais tratados estabelecem uma transformação no rol dos direitos fundamentais previstos no sistema constitucional.

Por estabelecerem a adição ao rol dos direitos fundamentais, os tratados internacionais de direitos humanos estabelecem novos parâmetros de aferição da validade normativa, razão pela qual revelam sua importância no contexto normativo.

A divergência de opiniões acerca da recepção dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro certamente será solucionado com a aprovação da Emenda Constitucional de reforma do Poder Judiciário, conhecida como PEC 96-A, que prevê a adição do parágrafo 3º ao artigo 5º da Carta Constitucional brasileira, no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos haveriam<sup>374</sup> de ser introduzidos ao ordenamento jurídico nacional na forma de regra constitucional, após a aprovação pelo Legislativo em procedimento legiferante específico, como ressalta Branco<sup>375</sup>:

*“Estando este livro no prelo, passou a ter curso no Congresso Nacional proposta de Emenda à Constituição (no contexto da chamada ‘Reforma do Judiciário’), que visa a acrescentar ao art. 5º da Lei Maior um §3º com estes dizeres: ‘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 emenda constitucionais, condicionada à aplicação pela outra parte.’”*

Desta forma, evidencia-se a importância dos tratados internacionais de direitos humanos como veículos introdutórios de direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro, que estabelecem novos parâmetros de aferição da validade normativa.

---

<sup>374</sup> “Na realidade, o PEC se preocupa apenas com as convenções sobre direitos humanos, com o acréscimo de um parágrafo ao artigo dos direitos fundamentais. A alteração parece pretender encerrar um debate quanto ao status de norma constitucional das convenções em matéria de direitos humanos, tese defendida por parcela relevante da doutrina, e contraditada pela jurisprudência recente do STF.” BARRAL, Welber. *Reforma do Judiciário e Direito Internacional*. p.3.

<sup>375</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Jurídica e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p.163.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema concernente à garantia e à efetivação dos direitos humanos vem assumindo importância cada vez maior na atualidade, seja pela sua extensão, seja por sua profundidade.

Isso porque em se considerando a sua fundamentação originária histórica, a cada dia surgem novos direitos, não contemplados no rol anterior. Esse fenômeno ocorre em razão da constante modificação dos valores presentes no tecido social.

Com isso, pode-se constatar que os direitos humanos são parte de um sistema aberto, posto que é inerente à sua natureza o seu constante incremento, determinado pelas necessidades do momento histórico.

Em se considerando que os interesses a serem protegidos pelo sistema normativo são variáveis no tempo e no espaço, deve-se conceber que os direitos humanos mostram-se como instrumentos revestidos de um dinamismo intrínseco, que se altera de acordo com as necessidades históricas, que, por sua vez, determinam quais os valores que devem merecer proteção específica.

Ao lado desse fenômeno de incremento do rol dos direitos humanos, constata-se, igualmente, um aumento em sua profundidade, que se manifesta na pluralidade dos sistemas engendrados visando sua efetiva proteção.

Esse fenômeno de incremento da proteção da pessoa humana acelerou-se, após a Primeira Guerra Mundial. Isso porque houve uma intensificação do processo de internacionalização do cotidiano.

Os direitos humanos foram também afetados por essa onda de transformações das relações sociais, que tiveram por resultado uma maior intensificação dos processos, aliadas à expansão das fronteiras.

Na determinação do momento histórico da gênese do fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, deve-se tomar como ponto de partida as atrocidades cometidas nas guerras travadas na primeira metade do século XX, que demonstraram a capacidade humana de reduzir o seu semelhante à condição animal.

Com isso julgou-se necessária a adoção de medidas em âmbito internacional, no sentido de evitar, ou ao menos minimizar os efeitos de novas catástrofes promovidas pelo próprio homem.

Desta forma, a comunidade internacional aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, fato ocorrido em 1948.

Contudo, o documento estabeleceu, apenas, um conjunto de disposições que vieram a constituir um patamar ético mínimo a ser observado pelos Estados signatários, objetivando a proteção da pessoa humana.

O caráter declaratório do aludido documento não previa o estabelecimento de disposições de caráter vinculante, que poderiam ser objeto de sanções aplicadas pela comunidade internacional em caso de violação.

Desta forma, a partir de 1948, a comunidade internacional constatou a necessidade de criação de instrumentos normativos válidos e aceitos pelas partes signatárias que fossem capazes de se revestirem da qualidade de ferramentas normativas vinculantes, estabeledoras de deveres jurídicos para os seus signatários.

Deste modo, a proteção da pessoa humana passou a revestir-se de uma efetividade não observada anteriormente, pois veio a ser garantida por normas jurídicas dotadas de um caráter vinculante.

Desta forma, logo após a Declaração de 1948, passaram a ser celebrados tratados Internacionais com o objetivo de estabelecimento de um sistema de proteção de direitos universalizados e inexoravelmente vinculados à proteção da dignidade da pessoa humana.

Criou-se, assim, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, que logo conduziu à necessidade de concepção de sub-sistemas regionais, como o sistema americano de proteção aos direitos humanos, que é levado a efeito pela Comissão Americana de direitos humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse contexto, o Constituinte de 1988 constatou a necessidade de ampliar o leque de proteção aos seus cidadãos, mantendo, com alterações significativas, a cláusula de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico nacional.

Contudo, a inovação trazida pelo novo ordenamento constitucional foi a de que os tratados internacionais que tivessem por objetivo a proteção do ser humano foram introduzidos ao sistema jurídico nacional na qualidade de normas de direitos fundamentais.

Essa disposição normativa revela-se, na verdade de uma qualidade revolucionária, posto que se revestem da qualidade de normas introdutoras de direitos fundamentais, os tratados internacionais de direitos humanos possuem uma hierarquia diferenciada.

Isso porque os tratados internacionais de direitos humanos, por seu objeto de proteção específico, não podem ser dotados da mesma hierarquia normativa das leis.

A equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos às leis conduz ao entendimento da possibilidade de sua revogação, tácita ou expressa, pela superveniência de regra que modifique o seu conteúdo, o que não se mostra aceitável.

A superioridade das normas introduzidas ao ordenamento jurídico pátrio pelos tratados internacionais de direitos humanos mostra-se evidente, seja pela sua função protetora da dignidade do ser humano, seja pela interpretação sistemática e teleológica do das regras constitucionais.

A conclusão mostra-se tão evidente que o sistema constitucional brasileiro prescinde de norma expressa nesse sentido, como ocorre com a Constituição Argentina, ou com a Portuguesa.

Diante desse conjunto de instrumentos normativos constata-se que a dignidade da pessoa humana atinge um nível de proteção jamais concebido anteriormente.

Apesar da evidência da superioridade hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal vem firmando entendimento no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos constituem espécie ordinária do gênero tratados internacionais. Como tal, situam-se no mesmo patamar hierárquico das leis ordinárias. Esse posicionamento mostra-se, na verdade, um verdadeiro retrocesso hermenêutico.

Nesse contexto, a teoria geral do garantismo mostra sua importância na fixação do alcance do dispositivo do §2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Isso porque ela se revela como um instrumento imprescindível no estabelecimento da importância dos tratados internacionais de direitos humanos como veículos introdutórios de normas de direitos fundamentais.

O garantismo apresenta-se como uma teoria que visa assegurar uma primazia axiológica do ser humano, situando-o como essência a ser protegida pelo ordenamento normativo estatal.

Desta forma, segundo a teoria geral do garantismo, o ser humano é a razão e o fim último da existência do ordenamento normativo. Esse entendimento estabelece, em contrapartida que o Estado deve ser analisado numa concepção meramente instrumental.

Isso porque o Estado é, na verdade, uma criação humana, destinado à satisfação das necessidades dos indivíduos, não sendo um valor em si mesmo.

Assim, o ente estatal perde sua primazia axiológica quando defrontado com o princípio estabelecido da necessidade da proteção da dignidade da pessoa humana.

O entendimento da questão da inserção dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento normativo nacional, pela teoria geral do garantismo, somente é possível pelo estabelecimento de dois princípios expressos pela Carta Constitucional.

Decerto, o art. 1º da Constituição Federal estabelece que o Brasil tem como princípios fundamentais a soberania e a dignidade da pessoa humana.

Contudo, quando postos em conflito, o princípio de menor peso, apesar de inserido no sistema normativo, deve ter sua aplicação afastada.

Deve-se considerar, entretanto, que em se relevando o caráter instrumental do ente estatal, o princípio da soberania deve ceder espaço ao princípio da dignidade da pessoa humana, fim último do Estado e do ordenamento estatal.

Considerando-se o Estado como um instrumento das realizações humanas, observadas em sua coletividade, deve-se entender a soberania estatal como um instrumento

posto a serviço do Estado para que ele possa alcançar os fins necessários à consecução dos objetivos estabelecidos, em face da sociedade.

Diante desse contexto, a teoria geral do garantismo revela-se como um importante instrumento posto à disposição do operador normativo, visando o estabelecimento de um sistema de efetiva proteção do ser humano.

Saliente-se ainda que a importância da teoria geral do garantismo não se limita ao estabelecimento de vetores axiológicos no interior do sistema normativo, posto que propõe uma técnica diferenciada de aferição da validade normativa, fundada na observância de critérios materiais, não se limitando à análise de critérios meramente formais, como proposto pela dogmática tradicional.

Sem embargo, para a teoria geral do garantismo a validade normativa é dada pela constatação da observância da norma com o conteúdo previsto pela norma hierarquicamente superior. Este fato revela a importância da teoria geral do garantismo como determinante da validade normativa.

Com isso, os tratados internacionais de direitos humanos tornam-se verdadeiros instrumentos jurídicos postos à disposição dos operadores que passam a ter acesso a elementos estabelecidores da validade normativa, absolutamente distantes da validade meramente formal, onde a norma somente poderá ser considerada válida se inserida no sistema mediante a observância das formalidades previstas em uma regra hierarquicamente superior.

Desta forma, os tratados internacionais de direitos humanos mostram-se como instrumentos importantíssimos para que os juristas possam lançar mão, na determinação da validade normativa.

Logo, a teoria geral do Garantismo revela a importância dos tratados internacionais de direitos humanos como instrumentos importantes para a concretização do efe-

tivo respeito à dignidade da pessoa humana, tornando os direitos humanos mais eficazes e menos retóricos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIOLY, Hildebrando, SILVA; Geraldo Eulálio do nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- ARRUDA, José Jobson de Andrade. *A Revolução Inglesa*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- \_\_\_\_\_. *História moderna e contemporânea*. 16. ed. São Paulo: Ática, 1983.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 36. ed. São Paulo: Globo, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: Promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BARRAL, Welber. *Reforma do Judiciário e Direito Internacional*. Informativo jurídico INCIJUR. Novembro de 1999. p. 3-4.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: UNB, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- \_\_\_\_\_. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral da política: A filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- \_\_\_\_\_. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Thomas Hobbes*. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1989.
- BRASIL. *Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Maurício Antônio Ribeiro. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.



- BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Dispõe sobre o Sistema Tributário e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Maurício Antônio Ribeiro. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Maurício Antônio Ribeiro. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BUSSOLA, Carlo. *Filosofia para o curso básico universitário*. Vitória: Fundação Cecília-no Abel de Almeida, 1991.
- CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1995.
- CHOSSUDOVSKY, Michel. *A globalização da pobreza: Impactos das reformas do FMI e do Banco Mundial*. São Paulo: Moderna, 1999.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são direitos da pessoa*. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DORNELLES, João Ricardo W. *O que são direitos humanos*. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- FERRAJOLI, Luigi. *O Direito como sistema de garantias*. In OLIVEIRA Jr. José Alcebíades de. *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FORTES, Luiz R. Salinas. *O iluminismo e os reis filósofos*. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- GALIANO, A. Guilherme. *O método científico: teoria e prática*. São Paulo: Harbra, 1986.
- GALVES, Carlos Nicolau. *Manual de filosofia do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- STUBBS, Richard; UNDERHILL, Geoffrey (org.). *Political economy and the changing global order*. New York: St. Martin's Press, 1999, p. 83.
- GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito: kant e kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia(org.) *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: forense, 1994.
- HERKENHOFF, João Batista. *Curso de direitos humanos. volume I: gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986.
- HUSEK, Carlos Roberto. *Elementos de direito internacional público*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- IGLÉSIAS, Francisco. *A Revolução industrial*. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do trabalho científico*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- LEITE, José Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- LÖWY, Michel. *Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 1990.
- MACEDO, Ubiratan Borges de. *Liberalismo e justiça social*. São Paulo: IBRASA, 1995.
- MACHADO, Patrícia Ferreira. *A Constituição e os tratados internacionais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Poder Legislativo e os tratados internacionais: o treaty making power na Constituição Brasileira de 1988*.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Vol I. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos direitos humanos fundamentais: Contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- OLIVEIRA, Marcos Fábio Martins de; RODRIGUES, Luciene (org.). *Capitalismo: do gênese à crise atual*. Montes Claros: Unimontes, 1999.
- OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar. *Monografia jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- PENNA, Antônio Gomes. *Introdução à filosofia moral*. Rio de Janeiro: Imago, 1999.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos; AGAZZI, Anna Carla. *Integração, eficácia e aplicabilidade do direito internacional dos direitos humanos: interpretação do artigo 5º, parágrafos 1º e 2º da Constituição Federal de 1988*. In São Paulo (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. Direitos Humanos: Construção da Liberdade e da Igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: M. Limonad, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: M. Limonad, 1998.

- RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1999.
- RUIZ, Urbano. *A função do juiz na sociedade em mudança*. Palestra proferida na XVI Conferência Nacional dos Advogados.
- SABINE, George H. *Historia de la teoría política*. 3. ed. Mexico. Fondo de Cultura Económica, 1998.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: C. Bastos Editor, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SEITENFUS, Ricardo, VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- STUBBS, Richard; UNDERHILL, Geoffrey (org.). *Political economy and the changing global order*. New York: St. Martin's Press, 1999.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. Biblioteca Central. *Guia para normalização de referências: NBR 6023/2000*. Vitória: A Biblioteca, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Normalização e apresentação de trabalhos científicos e acadêmicos: Guia para alunos, professores e pesquisadores da UFES*. Vitória: A Biblioteca, 2001.

- VASAK, Karel. *As dimensões internacionais dos direitos do homem: manual destinado ao ensino dos direitos do homem nas universidades*. Lisboa: Organização das Nações Unidas para a educação, ciência e Cultura, 1978.
- VIANA, Luiz Werneck; *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas, 1999.
- VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. São Paulo: Record, 1999.
- WALKER, Ralph. *Kant: Kant e a lei moral*. São Paulo: UNESP, 1999.
- WEISS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Idéias e instituições na modernidade jurídica*. Sequência, Florianópolis, n. 30, p. 17-23, jun. 1995.
- \_\_\_\_\_. *Ideologia, Estado e direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.