

ROSANA LAURA DE CASTRO FARIAS RAMIRES

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL:
O Acesso à Corte Interamericana como Garantia
Constitucional**

Mestrado em Direito

Pontifícia Universidade Católica

São Paulo

2006

ROSANA LAURA DE CASTRO FARIAS RAMIRES

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL:
O Acesso à Corte Interamericana como Garantia
Constitucional**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, subárea Direito Constitucional, sob orientação da Professora Doutora Flávia Piovesan.

Mestrado em Direito

Pontifícia Universidade Católica

São Paulo

2006

Banca Examinadora

São Paulo, ____ de _____ de 2006.

Dedico este trabalho a Deus e a minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela graça maravilhosa e tão grande amor revelados em Cristo Jesus, seu Filho amado que tem me sustentado dia após dia e cuja misericórdia se renova a cada manhã. Agradeço aos meus familiares pela compreensão na ausência e pelo apoio sempre presente. Em especial, ao meu esposo Rildo e ao meu filho Caio Henrique pelo companheirismo e amor. À minha amada mãe Rosangela a quem devo muito do conhecimento jurídico e ético que me foi passado e ensinado na teoria e na prática da vida. Ao meu pai Arnaldo pelo exemplo de perseverança e batalha. Aos meus irmãos Ronaldo e Rafael pelo apoio e eterna amizade. À minha orientadora e Mestra Flávia Piovesan, pelos ensinamentos e reflexões jurídicos e humanas transmitidos com tanta sabedoria e paciência.

“O temor do Senhor é o princípio da sabedoria e o conhecimento do Santo é prudência”.

Provérbios de Salomão 9:10

RESUMO

Tendo como tema central e fio condutor o direito à justiciabilidade internacional dos direitos humanos, o presente trabalho examina, em síntese, se o acesso à tutela de proteção dos direitos humanos prestada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos constitui um direito fundamental constitucional e, portanto, um dever ao qual deverá se submeter o Estado brasileiro.

O direito à justiciabilidade internacional dos direitos humanos situa-se entre os mais recentes temas no bloco dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos pelo nosso ordenamento pátrio. Há apenas sete anos, após a aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, articulou-se pela primeira vez um esquema próprio e compreensível de direitos internacionalmente exigíveis em caso de desrespeito às normas convencionais que o Brasil se obrigou a dar cumprimento.

O direito à justiciabilidade internacional dos direitos humanos e a aceitação da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana constituem, no contexto do presente estudo, as premissas basilares em prol do surgimento e do desenvolvimento da denominada jurisdição constitucional internacional. Nosso trabalho cuida do conceito de jurisdição constitucional internacional a partir da abertura normativa constitucional à ordem jurídica internacional de proteção dos direitos humanos, seja pela conjugação dos ideais inspiradores do constitucionalismo e da internacionalização dos direitos humanos, seja pela própria estrutura normativa e principiológica da Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva, o trabalho encontra-se dividido em três partes: a primeira aborda a íntima relação entre as bases fundamentais do constitucionalismo e dos direitos humanos; a segunda está centrada na expansão da jurisdição internacional dos direitos humanos, atendo-se, especificamente a justiciabilidade destes direitos na ótica da Corte Interamericana dos Direitos Humanos; a terceira e última é a célula nuclear desta pesquisa, tendo como foco a natureza constitucional do acesso à tutela jurisdicional internacional dos direitos humanos como uma garantia fundamental e conseqüente dever estatal, evidenciando os efeitos jurídicos desse reconhecimento no âmbito internacional e no âmbito interno.

ABSTRACT

The right to international justiciability of human rights is the main subject of this thesis, which analyses if the protection given by the Inter-American Court of Human Rights is a constitutional fundamental right and, therefore, an obligation that Brazilian state is duty-bound to.

The right to international justiciability of human rights lies between the most recent themes concerning international human rights recognized by Brazilian legal system. Seven years ago, after the recognition of the compulsory jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights, for the first time it was designed a proper and understandable procedure of demandable international rights in case there was violation of conventional rules Brazil is compromised with.

In the present thesis, the right to international justiciability of human rights and the acceptance of the compulsory jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights figure among the premises which provide a basis for the appearance of what is called international constitutional jurisdiction. Our research examines the international constitutional jurisdiction concept commencing from the Constitutional Law overture to the international legal system of protection of human rights that occurred given to the conjugation of the ideals of constitutionalism and internationalization of human rights and also to the Constitution of 1988 normative structure and set of principles.

From this perspective, this study is divided in three parts: the first one concerns the close relation between the fundamental bases of constitutionalism and human rights; the second one gives special attention to the expansion of international jurisdiction of human rights, focusing specifically on the justiciability of this group of rights in the view of the Inter-American Court of Human Rights; and the last one is the nuclear cell of this research, which is concentrated on constitutional nature of the access to the international jurisdictional protection of human rights as a fundamental guarantee and, for this reason, a state duty, evidencing the legal effect of this recognition on international and national ambit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
-----------------	---

Parte I

CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS HUMANOS

Capítulo I

CONSTITUCIONALISMO INSTRUMENTAL E SUBSTANCIAL

1.1 Compreensão histórica do constitucionalismo.....	9
1.1.1 Constitucionalismo na Antiguidade - perspectiva jusnaturalista dos direitos humanos.....	11
1.1.2 Constitucionalismo na Idade Média - primeiras declarações de direitos humanos.....	14
1.1.3 Constitucionalismo na Idade Moderna - o princípio da positivação dos direitos humanos: afirmação dos direitos humanistas na lei.....	16
1.1.4 Constitucionalismo internacional: a internacionalização da luta contra o poder arbitrário e o processo de formação da concepção contemporânea de constituição.....	19

Capítulo II

DIREITOS HUMANOS: REFLEXÕES SOBRE A PERSPECTIVA CONCEITUAL E FUNDAMENTOS

2.1 Postulado universal do conceito de direitos humanos: a dignidade da pessoa humana.....	32
2.2 A razão de ser dos direitos humanos: possíveis fundamentos.....	37

2.3 Conteúdo dos direitos humanos: bens jurídicos da pessoa humana tutelados na história dos direitos humanos.....	48
--	----

Parte II

TUTELA JURISDICIONAL INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: O DIREITO À JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Capítulo I

JUSTIÇA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 Novos paradigmas para o acesso à justiça internacional.....	65
1.1.1 A especialidade do direito internacional dos direitos humanos.....	67
1.1.2 A desnacionalização da proteção dos direitos humanos: personalidade internacional do indivíduo.....	73
1.1.3. Recontextualização do princípio da soberania.....	81

Capítulo II

JURISDIÇÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 Delimitação conceitual de jurisdição interamericana.....	95
2.1.1 Comissão interamericana de direitos humanos.....	96
2.1.2 Corte interamericana de direitos humanos.....	99
2.1.2.1 Intangibilidade da jurisdição internacional obrigatória da corte interamericana.....	104
2.1.2.2 Democratização do acesso à justiça internacional no âmbito americano.....	106
2.1.2.2.1 O direito interamericano de petição individual.....	107

2.1.2.2.2	A reforma institucional da jurisdição interamericana em prol da democrática tutela judicial dos direitos humanos.....	114
-----------	---	-----

Parte III

GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JURISDIÇÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS: POR UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

Capítulo I

INTER-RELAÇÃO DA NORMATIVA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA COM A ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1	Redemocratização do cenário jurídico-político brasileiro: estrutura principiológica da Constituição de 1988.....	123
1.2	Princípios constitucionais internacionais: estabelecimento constitucional de um diálogo aberto com os direitos humanos.....	127
1.3	Arquitetura dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 e a justiciabilidade dos direitos fundamentais.....	130
1.4	O regime constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.....	133
1.4.1	O regime constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos segundo o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte brasileira.....	146
1.4.2	O novo regime constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos após a Emenda Constitucional n. 45/2004.....	150
1.4.3	O regime constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos à luz do direito constitucional sul-americano.....	159

Capítulo II

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A JUSTICIALIZAÇÃO INTERNACIONAL DOS
DIREITOS HUMANOS

2.1 Reconhecimento da competência jurisdicional da corte interamericana de direitos humanos pelo Brasil: reflexos jurídico-constitucional e processual.....	169
2.2 Sistema normativo brasileiro de cumprimento das decisões da corte interamericana no plano do direito interno: perspectivas e desafios.....	172
2.2.1 Perspectivas e desafios regulamentares: análise dos Projetos de Lei n. 3.214/2000 e n. 4.667/2004.....	175
2.2.2 Perspectiva concretista: mandado de injunção e princípio da máxima efetividade.....	195
2.2.3 Perspectiva pragmática: a prática governamental brasileira na implementação das decisões internacionais proferidas pela corte interamericana de direitos humanos.....	200
CONCLUSÕES.....	205
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	218

INTRODUÇÃO

Situado no cerne do debate constitucional contemporâneo – o estudo do acesso à tutela jurisdicional internacional dos direitos humanos – constitui a proposta do presente trabalho. Dentro dessa temática, buscou-se evidenciar em que medida o acesso à tutela jurisdicional internacional dos Direitos Humanos revela-se como verdadeiro direito fundamental constitucionalmente assegurado, e ainda, como garantia de viabilização dos demais direitos fundamentais constitucionais expressos, implícitos e decorrentes dos tratados internacionais, especialmente os ratificados pela República Federativa do Brasil, nos precisos termos do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, mediante o reconhecimento da executoriedade direta das decisões proferidas em sede de jurisdição internacional para proteção dos direitos humanos.

A concatenação de fatos históricos mundiais e até nacionais tem demonstrado de forma empírica e jurídica que a efetiva tutela dos direitos humanos por meio de medidas jurisdicionais emanadas de órgãos especializados e mutuamente fiscalizados é elemento indispensável para o implemento de governos constitucionais centrados não na pessoa estatal, mas no seu componente subjetivo, a pessoa humana.

Sob a égide do postulado da dignidade da pessoa humana que inspira a relação dialética entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos, particularmente no que tange a justiciabilidade daqueles direitos tanto no âmbito nacional quanto no âmbito internacional de proteção, uma dos pontos examinados pode ser considerado pioneiro. O que se coloca nesse momento da vida dos direitos do homem é a questão da ampliação de esferas jurisdicionais de proteção da pessoa humana pelo expansivo desenvolvimento da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos, vale dizer, o que leva à afirmação histórica de sua emancipação como cidadão do mundo.

Entretanto, considerado o fato de que o sistema regional de proteção de

direitos humanos que se aplica diretamente ao Brasil é o sistema interamericano, o presente trabalho limita-se à análise mais detalhada da forma pela qual a noção de justiciabilidade internacional destes dos direitos humanos tem sido desenhada jurisprudencialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, dando a tônica do fortalecimento dos direitos humanos enquanto direitos plena e legitimamente exigíveis contra o Estado.

Assim, especificamente como fruto da reflexão consolidada acerca dos registros das atividades jurisdicionais e consultivas desempenhadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como acerca da crescente proliferação de legislação ordinária e das constantes reformas constitucionais, com vistas à adequação do sistema jurídico nacional à sistemática normativa internacional dos direitos humanos, esse trabalho propõe-se, com base em pesquisa histórico-empírica, a delinear a forma pela qual a concepção contemporânea dos direitos humanos possibilita, à luz do impacto de sua construção normativa na ordem jurídica nacional, a conclusão de que o reconhecimento da asseguuração de sua proteção internacional, por parte do Estado brasileiro, encontra-se institucionalizado como um direito fundamental acolhido pelo Constituinte de 1988.

Para este mister, partimos, com base em uma interpretação histórico-teleológica, da premissa da concepção contemporânea dos direitos humanos e de sua relevância sob os prismas, ético, político, filosófico e jurídico na história mundial, com vistas a destacar seu nascimento e desenvolvimento como um dos traços inerentes, fundamentais e basilares à idéia do constitucionalismo, tido este como movimento político-ideológico na busca de um governo limitado. Nesse ponto, buscamos frisar a preocupação em demonstrar a antinomia contida em argumentos retóricos que buscam afastar a estrutura normativa constitucional da estrutura normativa internacional dos direitos humanos.

Concentra-se, pois, o arcabouço inicial do presente trabalho no resgate histórico-teórico da idéia de uma Constituição escrita e de seu contexto histórico inspirador e impulsionador de modo a demonstrar a íntima relação do constitucionalismo com a idéia de direitos humanos, na crença de que a finalidade de estabelecer a soberania e regular a

organização do Estado (que caracteriza as Constituições), tem como finalidade e mola propulsora a criação de um ambiente compatível e propício ao pleno estabelecimento dos direitos humanos, seja quanto à sua reconhecibilidade, quanto à sua efetividade. Uma vez estabelecido o conceito de constitucionalismo, indicaremos a fixação de seu fundamento primeiro e último – a contenção do poder – de modo a possibilitar uma visão holística de sua natureza jurídica e determinar seu atual estágio de desenvolvimento.

Em seguida, analisamos a maneira pela qual os direitos humanos, inicialmente concebidos como direitos inerentes ao homem em uma posição jusnaturalista, e, posteriormente desenvolvido como direitos fundamentais a partir de sua posituação nas Constituições de cada Estado, adquirem no plano internacional uma complexa rede de instrumentos internacionais que, concretizando sua internacionalização normativa, paralelamente constroem mecanismos de implementação e efetivação desses direitos.

As implicações mais importantes do estudo da normativa internacional de proteção dos direitos humanos e da averiguação de sua interação com a ordem interna, para fins de elucidação dos estudos ora desenvolvidos são as descritas a seguir. Em primeiro lugar, oferecer uma panorâmica geral do papel ativo que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem exercido, por meio de sua atuação jurisdicional e consultiva centrada na proteção dos direitos humanos, junto aos Estados-membros da Convenção Americana de Direitos Humanos. Atinando-se ao fato de que o processo de proteção dos direitos humanos perante a Corte envolve o próprio Estado, uma vez freqüentemente figura como parte demandada, seria completamente inócua e nenhuma valia teria o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana caso não lhe fosse conferido todos os poderes inerentes à jurisdição. Nesse contexto, pareceu-nos sobremodo relevante enfocar a questão da executoriedade das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na ordem interna. Nesse sentido, o presente trabalho debruça-se a investigar, as diferenças entre a natureza jurídica, o procedimento e a eficácia de uma decisão estrangeira e de uma decisão internacional.

Finalmente, procura esclarecer as perspectivas jurídico-constitucionais acerca da inderrogabilidade do direito ao acesso à jurisdição internacional interamericana através de considerações sobre o alcance do Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002, que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, publicado no Diário Oficial de 11 de novembro de 2002, sob a perspectiva programática contida no art. 7º da Constituição Federal.

Ressaltamos que, em relação a inderrogabilidade do direito ao acesso à jurisdição internacional interamericana, ela pode ser vista sob dois aspectos, conforme a postura que se adote quanto ao status hierárquico normativo conferido aos tratados internacionais de direitos humanos.

Posicionando-se segundo o entendimento majoritário adotado pelo STF, as normas internacionais protetoras dos direitos humanos seriam normas infraconstitucionais e, portanto, o Decreto supracitado, por não possuir status de norma constitucional, seria passível de revogação por atividade legislativa nacional posterior à sua edição. Partindo dessa premissa cumpe-nos, no presente trabalho, debater enfaticamente, quanto a ser ou não o decreto referido, uma norma regulamentadora do art. 7º do ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Prevalendo a afirmativa, incidiria a denominada *proibição da clausula de retrocesso* - o que tornaria referido decreto insusceptível de supressão por parte do Estado.

De outro modo, constatar-se-á que a tese defendida nesse trabalho posiciona-se no sentido de que as normas internacionais protetoras dos direitos humanos consistem autênticas normas constitucionais. No entanto, a fim de evitar os inconvenientes gerados pela confusão entre os diversos planos normativos, mostrou-se mister ao presente trabalho o estudo de cada uma das teses, cuja delimitação do conteúdo auxiliou na análise do regime constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

Busca-se identificar, em síntese, se o acesso à tutela de proteção dos direitos humanos prestada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos constitui um direito fundamental constitucional e, portanto, um dever ao qual há que se submeter o Estado brasileiro. Com relação ao entendimento de que o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos representa uma afronta à soberania nacional, sua suposta veracidade serviria de base para um novo e grande salto qualitativo para a jurisprudência nacional e internacional, no sentido de buscar a eficiência e a eficácia das obrigações internacionais, em particular no campo dos direitos humanos, de modo a se superar um obstáculo que os órgãos internacionais de supervisão dos direitos humanos não têm logrado êxito em transpor, ou seja, a impunidade e sua subsequente erosão da confiança nas instituições públicas¹.

Por se tratar de um tema polêmico, não temos qualquer pretensão de esgotar o assunto, tampouco de trazer todas as respostas a outras questões que virão. Seja este, apenas, um desbravar de caminhos a seguir.

Nessa perspectiva, o trabalho encontra-se dividido em três partes: a primeira aborda a íntima relação entre as bases fundamentais do constitucionalismo e dos direitos humanos; a segunda está centrada na expansão da jurisdição internacional dos direitos humanos, atendo-se, especificamente a justiciabilidade destes direitos na ótica da Corte Interamericana dos Direitos Humanos; a terceira e última é a célula nuclear desta pesquisa, tendo como foco a natureza constitucional do acesso à tutela jurisdicional internacional dos direitos humanos como uma garantia fundamental e conseqüente dever estatal, evidenciando os efeitos jurídicos desse reconhecimento no âmbito internacional e no âmbito interno.

¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Caso Barrios Altos vs. Peru**. Sentencia de 14 de marzo de 2001, Série C, n. 75, p. 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PARTE I

CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS HUMANOS

Constitucionalismo e direitos humanos constituem, pragmaticamente, as duas faces da mesma moeda e que poderíamos denominar de “luta contra o exercício do poder arbitrário”.

A essência (substância) do constitucionalismo reside na premissa de que toda e qualquer forma de organização política de uma sociedade deve pautar-se no reconhecimento de direitos intrínsecos à natureza humana dos seres que a compõem, de tal modo que o exercício dos poderes legiferante, jurisdicional e administrativo estabelecidos e exercidos dentro desta sociedade se realize de forma limitada e, pré-ordenada por aqueles direitos.

De fato, seja sob seu aspecto material ou formal, o constitucionalismo fora concebido desde a antiguidade como movimento de limitação do exercício do poder político. A este respeito propicias as palavras de Karl Lowentein ressaltando que, *la historia del constitucionalismo no es sino la busqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentores del poder²*”.

É neste mesmo sentido que o constitucionalista português Gomes Canotilho sintetiza o constitucionalismo como uma “*técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos³*”

² LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de La Constitución. 2ª ed. Madrid : Ariel, p.150.

³ Ibidem.. p.51.

Eduardo García de Enterría expressou esta idéia com toda nitidez: *“Todo el fin del Estado se reduce a asegurar la coexistencia de las libertades de los súbditos. Estas libertades, desenvolviéndose por sí mismas, concurriendo unas con otras, cuidando la autoridad únicamente de articular sus límites recíprocos, aseguran sin más el óptimo del orden colectivo, la Constitución ideal⁴”*.

Sob seu aspecto material, o constitucionalismo tem nos direitos humanos a sua razão de ser e de desenvolver-se. Ou seja, desde a antiguidade desenvolve-se formas de organização política da sociedade humana na perene busca de se garantir um estadar mínimo de proteção da pessoa humana, individual, coletiva ou socialmente situada.

Doutra sorte, sob seu aspecto formal, o constitucionalismo avança como meio, como instrumento, como forma de materialização positivada dos direitos humanos. Assim é que os textos constitucionais surgidos no pós Revoluções Europeias do século XVIII vão apresentar necessariamente em seu bojo normativo uma Carta positivada de direitos da pessoa humana, constitucionalmente denominados, direitos fundamentais.

Neste lanço, salutar é a lição trazida pelo professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao asseverar que, *“as declarações de direito são um dos traços mais característicos do Constitucionalismo, bem como um dos documentos mais significativos para a compreensão dos movimentos que o geraram⁵”*.

Gisele Maria Bester, ao desenvolver os traços distintivos conceituais entre direitos humanos e direitos fundamentais explica, à luz dos ensinamentos catedráticos sobre direitos humanos do autor espanhol Perez Luño, para quem *“os direitos fundamentais aparecem como a fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos*

⁴ García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Ed. Taurus, 1984, p. 19 apud Edgar CARPIO MARCOS. El Significado de la Clausula de los derechos no enumerados, disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/3/art/art1.htm>

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 97.

*constitucionais do Estado de Direito, processo que tem os direitos humanos como ponto intermediário de conexão*⁶.

Nestes termos é de se registrar que a denominação “direitos humanos”, como conceito juridicamente autônomo, é um conceito relativamente novo, de uso mais regular a partir do primeiro quarto do século XX com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 10 de dezembro de 1948. Contudo, em tempos anteriores já se identificavam e protegiam estes direitos como tais, ainda que com outras terminologias, mais ligada, por exemplo, nos séculos XVIII e XIX à idéia de direitos constitucionais⁷.

É, entretanto, comum na doutrina constitucional e internacional a alusão vinculativa de fatos históricos ocorridos e documentos históricos escritos ao longo da Idade Antiga a Idade Moderna como sendo autênticas bases e fundamentos precedentes tanto da idéia de Constituição como da declaração dos direitos humanos.

Esta constatação leva-nos a defender que o constitucionalismo e os direitos humanos possuem as mesmas fontes materiais e, portanto, o estudo do constitucionalismo ao longo de sua evolução histórica é em última instância, também o estudo da evolução dos direitos humanos quanto às formas de exteriorização e ao conteúdo.

A partir, pois, da breve exposição destes dois pontos congruentes entre o constitucionalismo e os direitos humanos – finalidade legitimadora do exercício do poder político e identidade de fontes materiais – examinaremos nos parágrafos seguintes a evolução

⁶ BESTER, Gisela Maria. Direito Constitucional: Fundamentos Teóricos. São Paulo : Manole, 2005, p. 558.

⁷ A advertência feita por Victor Rodriguez Rescia, em lição extraída do módulo “el concepto de derechos humanos” no curso autoformativo sobre direitos humanos ministrado pelo Instituto Interamericano de Derechos Humanos merece destaque neste ponto pois, ao delimitar didaticamente os termos correlacionando-os aduz: “Es recomendable, para evitar imprecisiones, entender los derechos humanos como um término genérico que involucra derechos y deberes constitucionales, pero también otros que están reconocidos em instrumentos internacionales como tratados y declaraciones de derechos humanos, (...) em otras palabras, los derechos humanos se manifiestan de muchas maneras y por muchos medios de protección”. RESCIA, Victor Rodríguez. Curso Básico Autoformativo sobre Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 06.

histórica do constitucionalismo e, posteriormente debruçaremos atenção especial sobre os fundamentos e conteúdo normativo dos direitos humanos.

Capítulo I

CONSTITUCIONALISMO INSTRUMENTAL E SUBSTANCIAL

1.1 Compreensão histórica do constitucionalismo

Para que melhor possamos compreender a íntima relação entre direitos humanos e constitucionalismo avulta-se imprescindível, analisarmos o que vem a ser e, quais as principais características do que se denominou constitucionalismo.

Num primeiro plano, observamos que uma das dificuldades em relação à compreensão do constitucionalismo radica-se na pluralidade de significações que se pode dar à própria expressão. Verifica-se que esta multiplicidade de sentidos está atrelada ao uso indiscriminado da expressão, ora usada para identificar os ideais de justiça a serem perseguidos por uma sociedade politicamente organizada (caráter substancial do constitucionalismo), ora usada para identificar o modo pelo qual se supõe a forma como devem ser elaboradas as constituições e as práticas dela decorrentes (caráter instrumental do constitucionalismo)⁸.

⁸ CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Almedina: Coimbra, p. 55. O professor Gomes Canotilho destaca que os temas centrais do constitucionalismo são a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades, e tais temas devem ser abordadas de acordo com estruturas teóricas capazes de explicar o desenvolvimento da idéia constitucional. Neste sentido o mestre luso explana as distintas formas (instrumentos) pelos quais estes temas (substancias) foram desenvolvidos na Inglaterra, França e Norte-Americano. André Ramos Tavares traça sistematicamente pelo menos quatro acepções ao termo “constitucionalismo”: O termo "constitucionalismo" costuma gerar polémica em função das diversas acepções assumidas pelo vocábulo ao longo do tempo. Pode-se identificar pelo menos quatro sentidos para o constitucionalismo. Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado om a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e

É de se ponderar, contudo, que se a base de todo constitucionalismo (processo político-jurídico aberto) está assentada na garantia de direitos limitadores do exercício do poder político, a compreensão do exato conteúdo destes direitos deve ser esquadrihada a partir das mais diversas *experiências constitucionais*⁹ pelas quais passaram alguns povos em diferentes espaços temporais.

Importa em dizer que, a percepção de quais sejam estes direitos intrínsecos ao ser humano, e que consubstanciam limites ao exercício do poder, depende de uma atividade intelectual temporalmente dinâmica. Isso porque, o constitucionalismo, ao mesmo tempo que possui esta essência, básica não é, em si, um fenômeno estático, petrificado em dogmas universalizantes, senão que um processo político-jurídico aberto, de realização daqueles direitos limitadores do exercício do poder politicamente organizado. Por esta razão é que o citado autor continua aduzindo que “*não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos*¹⁰”, conceituando assim o constitucionalismo como sendo, “*a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade*”.

Sob este aspecto a ressalva feita pelo saudoso professor Celso Bastos¹¹ de que o estudo do direito constitucional só se faz possível sob o prisma de uma concepção incomensuravelmente mais ampla que o direito posto, que passa, necessariamente, por uma visualização do homem em seu evoluir histórico reforçam a linha metodológica que melhor entendemos optar para fins de desenvolver a correlação necessária entre constitucionalismo e direitos humanos.

posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado. TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 01.

⁹ CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. Op.cit. p. 53. Explica o festejado autor que o cenário de diversidade de experiências constitucionais justifica um conceito histórico de Constituição que para ele “é o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social”. Adverte assim, o luso constitucionalista que tal conceito é importante para fazer compreender que o próprio entendimento do fenômeno da modernidade constitucional só se faz inteligível a partir do desenvolvimento de perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas na relação intertemporal entre constitucionalismo antigo e constitucionalismo moderno.

¹⁰ Id., Ibid.

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 5.

1.1.1 Constitucionalismo na Antiguidade - perspectiva jusnaturalista dos direitos humanos

Na antiguidade a compreensão humana sobre o constitucionalismo encontrava-se intimamente correlacionada a idéia de organização básica de uma sociedade política a partir de uma concepção divina do poder e do valor do ser humano.

A doutrina constitucional aponta, pois, o movimento hebreu e as Cidades-estado gregas como sociedades políticas exemplo emblemático desta visão estatal organicionista e divina humanista.

Nas lições do professor Fabio Konder Comparato encontramos a idéia de que os direitos que sejam próprios da razão humana e de sua essência remonta à Antigüidade, tendo paralelo com as chamadas "leis não-escritas" percebidas pelos filósofos gregos e com o *ius gentium* averbado pelos jurisconsultos romanos¹².

Sobre este aspecto, Karl Loewenstein chega a afirmar:

Sin embargo, la existencia de una constitución escrita no se identifica con el constitucionalismo. Organizaciones políticas anteriores han vivido bajo un gobierno constitucional, sin sentir la necesidad de articular los límites establecidos al ejercicio del poder político; estas limitaciones estaban tan profundamente enraizadas en las convicciones de la comunidad y en las costumbres nacionales, que eran respetadas por gobernantes y por gobernados¹³.

¹² COMPARATO, Fábio Konder; A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 14.

¹³ LOEWENSTEIN, Karl. Trad. E Estudio por ANABITARTE, Alfredo Gallego. Teoría de la Constitución. Barcelona, Ediciones Ariel, p.154.

Através da leitura da Bíblia Sagrada, das informações históricas que confirmam os fatos ali narrados, e da comparação de seu conteúdo com o que hoje conhecemos sobre a teoria do Estado e sobre os princípios do constitucionalismo – sem desprezar a idéia de justiça que motivou a ordem legal codificada ou consuetudinária de muitos daqueles povos antigos, posto que não é este o aspecto do constitucionalismo ora perquirido – identificar um elemento objetivo essencial do constitucionalismo permeando a ordem divino-jurídica do povo hebreu, na limitação do poder governante que essa ordem faz emergir naturalmente, em decorrência de sua própria natureza vinculativa do divino e do humano, encontrando assim, na linha da história dos povos, o que podemos chamar de “embrião do constitucionalismo”, ou do que daria a idéia de constitucionalismo.

Eis que o povo hebreu recebia uma ordem legal de caráter religioso e moral, mas objetivamente jurídica, ao mesmo tempo em que era constituído um Estado, cujo poder governante era o divino, exercido por uma autoridade humana em seu nome, porém limitadamente, por Deus, através dos sacerdotes e dos profetas, que aguardavam a sua lei estabelecida. Como bem observa Karl Lowenstein:

El régimen teocrático de los hebreos se caracterizo —y aquí se oculta un elemento decisivo de la historia de la organización política— porque el dominador, lejos de ostentar un poder absoluto y arbitrario, estaba limitado por la ley del Señor, que sometía igualmente a gobernantes y gobernados: aquí radicaba su constitución material. (...) gran parte de la Sagrada Escritura está dedicada a exhortar al dominador de la justicia, así como a recordarle sus deberes morales frente a sus súbditos para que la ira de Jehová no caiga sobre toda la humanidad. La política fue, pues, una función de la teología, y el poder secular estaba confiado por Dios a los detentadores del poder en esta tierra. Los profetas surgieron como voces reconocidas de la conciencia pública, y predicaron contra los dominadores injustos y carentes de sabiduría que se habían separado del camino de la Ley, constituyéndose así en la primera oposición legítima en la historia de la humanidad contra el poder estatal establecido. Los profetas fundamentaron, con ayuda de la constitución moral de la sociedad estatal su rebelión contra la autoridad que había olvidado la ley. Durante más de dos mil años, la Biblia ha sido, por encima de su papel de imperativa ley moral, la norma estándar para valorar gobiernos seculares, y apenas existe teoría política posterior que no haya podido obtener sus argumentos de la Biblia¹⁴.

Da mesma forma, tem-se na história política e jurídica deste povo o embrião dos direitos humanos. Sobre este aspecto Lafayette com muita propriedade, apoiado

¹⁴ LOEWENSTEIN. Karl. Op. cit., p. 154-155.

nos apontamentos feitos por Celso Lafer no seu livro *A reconstrução dos direitos humanos*, ressalta que:

(...) no Livro do Gênese, da Bíblia, está dito que Deus criou o ser humano à sua imagem”. O ser humano, portanto, é o ponto culminante da criação, tendo importância suprema na economia do Universo. Nessa linha, os hebreus sempre sustentaram que a vida é a coisa mais sagrada que há no mundo e que o ser humano é o ser supremo sobre a terra. Todo ser humano é único, e quem suprime uma existência é como se destruísse o mundo na sua inteireza. Na elaboração judaica desse ensinamento, isso se traduz numa visão da unidade do gênero humano, apesar da diversidade de nações, que se expressa por meio do reconhecimento e da afirmação das Leis de Noé, que na verdade não deixam de ser o direito comum a todos, pois constituem a aliança de Deus com a humanidade e representam um conceito do “jus naturae et gentium” (direito natural das gentes, ou seja, como denominamos atualmente, o direito internacional)¹⁵.

E no povo grego, retomando-se as bases cristãs Lafayette ainda com apoio nas lições de Lafer ressalta que:

(...) o estoicismo, que na época helenística, com o fim da democracia e das cidades-estado, atribuiu à pessoa que tinha perdido a qualidade de cidadão, para se converter em súdito das grandes monarquias, uma nova dignidade. Essa nova dignidade resultou do significado filosófico conferido ao universalismo de Alexandre. O mundo é uma única cidade – cosmópolis – da qual todos participam como amigos e iguais. A comunidade universal do gênero humano corresponde também um direito universal, fundado num patrimônio racional comum, daí derivando um dos precedentes da teoria cristã da *lex aeterna* (lei eterna) e da *lex naturalis* (lei ligada à natureza humana), inspiradoras dos direitos humanos. O cristianismo retoma o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, por meio da evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação. Nesse chamamento, “não há distinção entre judeu e grego”, pois “não há judeu, nem grego, não há escravo nem livre, não há homem nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo Jesus”. Nesse sentido, o ensinamento cristão é tido como um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos. O valor da pessoa humana, historicamente, agregou-se aquilo que se convencionou chamar de direito natural ou humanista.

Não diferentemente, os constitucionalistas destacam a cidade-estado grega como modelo precursor de um regime tipicamente constitucional em razão da institucionalização da democracia constitucional.

¹⁵ Lafayette Pozzoli. *Cultura dos direitos humanos*. Revista de Informação Legislativa Brasília a. 40 n. 159 jul./set. 200, p. 103.

Contudo, como bem pondera Karl Lowenstein, “*las ventajas de la democracia directa griega se convirtieron en vicios, teniendo que fracasar al final por mostrarse el pueblo incapaz de refrenar su propio poder soberano. En ninguna época de su agitada historia, las Ciudades-Estado griegas, Atenas la que menos, alcanzaron estabilidad interna*”.

1.1.2 Constitucionalismo na Idade Média - primeiras declarações de direitos humanos

Assim, denominou-se Idade Média o período da história européia compreendido aproximadamente entre a queda do Império Romano do Ocidente e o período histórico determinado pela afirmação do capitalismo sobre o modo de produção feudal, o florescimento da cultura renascentista e os grandes descobrimentos. A Idade Média européia divide-se em duas etapas bem distintas: a alta Idade Média, que vai da formação dos reinos germânicos, a partir do século V, até a consolidação do feudalismo, entre os séculos IX e XII; e a baixa Idade Média, que vai até o século XV, caracterizada pelo crescimento das cidades, a expansão territorial e o florescimento do comércio¹⁶.

É neste período histórico que se desenvolvem as primeiras instituições constitucionais calçadas em declarações de direitos e práticas governamentais limitadas no exercício do poder, em especial no contexto político jurídico inglês. Nasceram, no berço da Inglaterra da Idade Média, os documentos precedentes à idéia de constituição escrita a qual consignará em seu bojo os direitos humanos.

Entre os vários documentos de índole constitucional, como a *petition of Rights*, destacamos a Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra, em 15 de junho de

¹⁶ LIMA, Antonio Pedro Lizânia de Souza. História da Civilização Ocidental. São Paulo : FDT, 2004, p. 88-109.

1215, sob pressão da nobreza feudal, que tem fundamental importância para a evolução da organização constitucional medieval¹⁷.

A importância desta Carta de Direitos exprime-se desde o seu primeiro dispositivo ao determinar que o homem livre (excluídos, portanto, os servos da gleba e eventuais escravos) não pode ser privado da vida ou da propriedade, a não ser em virtude de sentença judicial e de acordo com a lei, assegurando com isso o direito ao julgamento por um juiz, com a garantia assegurada contra as prisões arbitrárias, pela instituição do *habeas corpus*. Na mesma senda de importância, o segundo dispositivo de seu texto dispõe que a justiça não pode ser vendida, denegada ou retardada, proclamando assim a independência do Poder Judiciário.

Nada obstante, como bem adverte André Ramos Tavares ao lembrar as lições de Nicola Matteucci:

O princípio da primazia da lei, a afirmação de que todo poder político tem de ser legalmente limitado, é a maior contribuição da Idade Média para a história do Constitucionalismo. Contudo, na Idade Média, ele foi um simples princípio, muitas vezes pouco eficaz, porque faltava um instituto legítimo que controlasse, baseando-se no direito, o exercício do poder político e garantisse aos cidadãos o respeito à lei por parte dos órgãos do Governo. A descoberta e aplicação concreta desses meios é própria, pelo contrário, do Constitucionalismo moderno¹⁸.

¹⁷ “A *Magna Carta*, assinada em 1215 mas tomada definitiva só em 1225, não é de natureza constitucional "longe de ser a Carta das liberdades nacionais, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres. Ora, os homens livres, nesse tempo, ainda eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se fazia a favor dos que não eram livres". Essa observação de Noblet é verdadeira, mas não exclui o fato de que ela se tornasse um símbolo das liberdades públicas, nela consubstanciando-se o esquema básico do desenvolvimento constitucional e servindo de base a que juristas, especialmente Edward Coke com seus comentários, extraíssem dela os fundamentos da ordem jurídica democrática do povo inglês”. (SILVA, Jose Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002, 20ª Ed. p. 152.

¹⁸ TAVARES. André Ramos. Ob. Cit. p. 9-10.

1.1.3 Constitucionalismo na Idade Moderna - o princípio da positivação dos direitos humanos: afirmação dos direitos humanistas na lei

No humanismo, que inspirou o constitucionalismo, os direitos do ser humano eram vistos como direitos inatos e tidos como verdades evidentes. A positivação desses direitos nas constituições, que se inicia no século XVIII com a Revolução Francesa, almejava, pelo menos teoricamente, conferir-lhes uma dimensão permanente e segura. Acreditava-se que essa dimensão seria o dado de estabilidade que serviria de contraste e tornaria aceitável, no tempo e no espaço, o Direito Positivo. Lafayette Pozzoli¹⁹

A interlocução entre constitucionalismo e direitos humanos é acentuadamente caracterizada na idade moderna, tendo em vista a elaboração escrita de textos jurídicos codificados de organização do ente estatal com mecanismos jurídicos de limitação do exercício do poder com a anexação das “cartas de direitos fundamentais”.

Neste sentido, o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca com objetividade que, *"o termo Constituição deixa de designar qualquer organização básica do Estado. Passa a designar uma determinada organização do Estado, estabelecida por escrito e solenemente declarada, que visa a resguardar os direitos naturais, com o fim de impedir a opressão e o arbítrio por parte dos que detêm o poder"*²⁰.

Estes textos constitucionais marcam o chamado constitucionalismo moderno que por sua vez é tributado às revoluções burguesas, na Inglaterra (1688), Estados Unidos (1776) e França (1789), discorridas no tópico anterior²¹.

¹⁹ Lafayette Pozzoli. Op. Cit. p. 107.

²⁰ FERREIRA FILHO. Mantel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 3. ed, São Paulo: Saraiva, 2004.p. 19.

²¹ Bem assinala Eduardo Garcia de Enterría que, ‘la idea de someter el Poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho es una idea que surge del Estado montado por la Revolución francesa’.(ENTERRÍA.Eduardo Garcia. Las luchas contra las inmunidades del poder. Cuadernos Cívitas : Madrid, 1983, p. 13. O instrumento idealizado para a realização das modernas concepções do constitucionalismo foi traduzido na consubstanciação escrita das normas constitucionais. Com a consagração de textos escritos, adota-se um modelo que, obviamente, caracteriza-se: a) pela publicidade, permitindo o amplo conhecimento da estrutura do poder e garantia de direitos; b) pela clareza,

Emancipa-se neste período da história da humanidade o constitucionalismo enquanto a idéia de acordo com que as relações políticas de uma sociedade devem ser prevalecidas por uma Constituição escrita²². E, tem-se nesta alçada formal de textos que guarnecessem em seu bojo os direitos que outrora consubstanciavam meras declarações ou concessões reais reservadas, o elemento revelador de uma das características primordiais da evolução constitucional no pós-absolutismo monárquico. Nas palavras de Karl Lowenstein:

Las constituciones de principios del siglo XIX son como un compromiso pragmático entre la tradición y revolución, como una solución transitoria y, por lo tanto, como el puente entre el absolutismo monárquico y el constitucionalismo democrático,... (...)La constitución escrita ofreció el marco dentro del cual se alcanzó en generaciones posteriores la completa democratización del proceso del poder político²³.

por ser um documento unificado, que afasta as incertezas e dúvidas sobre os direitos e os limites do poder; c) pela segurança, justamente por proporcionar a clareza necessária à compreensão do poder. (TAVARES. André Ramos. Op. Cit. p,10).

²² As Sobre esta passagem dos costumes constitucionais aos textos constitucionais escritos transcrevemos as observações feitas pelo professor Paulo Bonavides: "Até os fins do século XVIII preponderavam as Constituições costumeiras, sendo raras as leis constitucionais escritas, isto é, as leis postas em documentos formais. As Constituições costumeiras ou consuetudinárias, fundadas no costume constitucional, cujos traços característicos declinamos no capítulo anterior, coincidem historicamente, em larga parte, com a presença de regimes absolutistas. Antecedem, pois, os modernos sistemas políticos de limitação interna do poder soberano em cada Estado, tendo logrado a preferência dos que, aferrados conservadoramente à teoria contra-evolucionária do começo do século XIX, impugnam o constitucionalismo liberal, cuja doutrina inspirou a aparição das Constituições escritas.(...) Quanto às Constituições escritas, foram em parte o fruto das lutas políticas inglesas que redundaram no triunfo parlamentar e, por outra parte, o produto doutrinário do contrato social de Rousseau, que levou à crença de que era "mais adequado concretizar em um pacto ou contrato as normas de convivência entre governantes e governados". Dessa forma nasceu "a ideia da Constituição escrita, do pacto ou estatuto fundamental posto no papel e sancionado pela autoridade"(..)Até os fins do século XVIII preponderavam as Constituições costumeiras, sendo raras as leis constitucionais escritas, isto é, as leis postas em documentos formais. As Constituições costumeiras ou consuetudinárias, fundadas no costume constitucional, cujos traços característicos declinamos no capítulo anterior, coincidem historicamente, em larga parte, com a presença de regimes absolutistas. Antecedem, pois, os modernos sistemas políticos de limitação interna do poder soberano em cada Estado, tendo logrado a preferência dos que, aferrados conservadoramente à teoria contra-evolucionária do começo do século XIX, impugnam o constitucionalismo liberal, cuja doutrina inspirou a aparição das Constituições escritas.(...) Quanto às Constituições escritas, foram em parte o fruto das lutas políticas inglesas que redundaram no triunfo parlamentar e, por outra parte, o produto doutrinário do contrato social de Rousseau, que levou à crença de que era "mais adequado concretizar em um pacto ou contrato as normas de convivência entre governantes e governados". Dessa forma nasceu "a ideia da Constituição escrita, do pacto ou estatuto fundamental posto no papel e sancionado pela autoridade" (BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18. ed, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 84-85.

²³ LOEWENSTEIN. Karl. Op. cit., p. 160.

Inaugura-se a compreensão histórica da constituição como “*ordenação sistemática e racional da comunidade através de um texto escrito*”²⁴ que configura a essência do que denominamos constitucionalismo instrumental, próprio da Idade Moderna.

Como bem assinala o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o conceito polêmico da idéia de constituição traçado pelo artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão²⁵, quando estabelece que ela “*alimenta o movimento político e jurídico, chamado constitucionalismo*”²⁶.

Porém, como bem adverte Lafayete:

Não obstante, no século XIX assistimos ao mesmo tempo à destruição e ao triunfo do sistema legado pelo jusnaturalismo. Como isso aconteceu? Transposta e positivada pelos códigos e pelas constituições, a visão jusnaturalista, de um direito natural, foi perdendo o significado da idéia de um outro direito que não o direito dos códigos e das constituições. A codificação terminou por constituir-se em ponte involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. O positivismo esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa, em virtude mesmo da falta de unidade e coerência no conjunto de normas vigentes em quase todos os países da Europa. A codificação surge em virtude de um duplo imperativo socioeconômico: o primeiro era a necessidade de pôr em ordem o caos do direito privado para garantir a segurança com justiça das expectativas e atender, dessa maneira, às necessidades do cálculo econômico-racional de uma economia capitalista em expansão. O segundo era de fornecer ao Estado, por meio da lei, um instrumento eficaz de intervenção na vida social. Assim, se o direito natural fora apanhado totalmente pela legislação, então não se poderia duvidar da plenitude da lei, que contém todo o direito, inclusive o direito natural, como ficou expresso na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e dos Cidadãos de 1789. Está aí a gênese do movimento que pretendeu reduzir a ciência do direito a uma simples técnica jurídica, à simples interpretação do texto legal²⁷.

De fato, se por um lado a idéia de elaboração de constituições escritas foi o grande instrumento idealizado pela humanidade nesse período específico como meio de

²⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Op.cit. p. 52

²⁵ A redação original do referido artigo pranteava: “Toda sociedade na qual não está assegurada as garantias dos direitos nem determinada a separação dos poderes não tem Constituição”.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 31a ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 7. Para Ferreira Filho o constitucionalismo visa estabelecer em toda parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas.

²⁷ Lafayette Pozzoli. Op. Cit. p. 107.

garantia dos direitos humanos, por outro lado a pessoa humana passa a ser concebida hermeticamente dentro destes textos positivados e singulares²⁸.

1.1.4 Constitucionalismo internacional: a internacionalização da luta contra o poder arbitrário e o processo de formação da concepção contemporânea de constituição.

Apenas a adesão plena dos cidadãos de todos os cantos, recantos, encantos e desencantos do mundo será capaz de assegurar que a Constituição faça-se viva nos povos e os direitos humanos ativos para todos os homens; (...) Daí porque o constitucionalismo contribui decisivamente para a universalização dos direitos fundamentais para tanto contando com a internacionalização do direito que contemple e garanta os direitos humanos. Cármem Lúcia Antunes Rocha²⁹

Bem certo, conforme estudado anteriormente, que a essência do constitucionalismo reside – para além da mera organização político-administrativa de um Estado – na premissa de que toda e qualquer forma de organização política de uma sociedade deve pautar-se no reconhecimento de direitos intrínsecos à natureza humana dos seres que a compõem, de tal modo que o exercício dos poderes legiferante, jurisdicional e administrativo,

²⁸ A concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livres, consoante nota Verdú,³⁴ a qual, contudo, se tomara insuficiente, pelo que a expressão Estado de Direito evoluíra, enriquecendo-se com conteúdo novo. Houve, porém) concepções deformadoras do conceito do Estado. He mreifó^pois é perceptível que seus^gnificado depende da própria ideia que se tem do Direito. Por isso, cabe razão a Cari Schmití quando assinala que a expressão*"Estado de Direito" pode ter tanto' significados distintos como a própria palavra "Direito" e designar tantas organizações quanto as a que se aplica a palavra "Estado". Assim, acrescenta ele, há um Estado de Direito feudal, outro estamental, outro burguês, outro nacional, outro social, além de outros conformes com o Direito natural, com o Direito racional e com o Direito histórico.³⁵ Disso deriva a ambiguidade da expressão Estado de Direito, sem mais qualificativo que lhe indique conteúdo material. Em tal caso a tendência é adotar-se a concepção formal do Estado de Direito à maneira de Forsthoff³⁶ ou de um Estado de Justiça, tomada a justiça como um conceito absoluto, abstraído, idealista, espiritualista, que, no fundo, encontra sua matriz no conceito hegeliano do Estado Ético, que fundamentou a concepção do Estado fascista: "totalitário e ditatorial em que os direitos e liberdades humanas ficam praticamente anulados e totalmente submetidos ao arbítrio de um poder político onipotente e incontrolado, no qual toda participação popular é sistematicamente negada em benefício da minoria [na verdade, da elite que controla o poder político e económico

²⁹ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Vol I – n. I, Brasília, número 03, dezembro/1997. disponível em: <http://www.justicafederal.gov.br/>, acessado em 20/08/2003.

estabelecidos e exercidos dentro desta sociedade se realize de forma limitada e, de alguma forma, pré-ordenada por aqueles direitos.

Na tutela, pois, de sua essência é que o constitucionalismo se permite abrir a novos instrumentos de realização, tais como os tratados internacionais de direitos humanos fruto da constatação fática do desprezo contumaz para com o ser humano perpetrado pelo próprio Estado.

A humanidade defrontou-se com uma nova forma de desaparecimento do indivíduo: a negação estatal da condição humana. A proteção da dignidade da pessoa humana, que sem dúvida alguma constitui a razão vital dos ordenamentos jurídicos – caráter substancial do constitucionalismo – encontrou nos textos constitucionais deste movimento, em determinados períodos históricos, seu maior instrumento de estrangulamento³⁰.

Instaura-se, pois, no seio da vida e história da humanidade um novo e peculiar período de luta contra o poder, a luta contra o poder estatal, contra a manipulação do ser humano pelo Estado Moderno “constitucional”.

Os excessos e os horrores das ditaduras fascistas, o terrível caos em que, o culto à violência e à força remeteu a Europa tornaram mais aguda a necessidade de se sublinhar, com maior força, o conceito de dignidade da pessoa humana e do respeito a seus direitos e liberdades fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em Paris, em 10 de dezembro de 1948 é a expressão mundial desta necessidade.

³⁰ O formalismo de Kelsen ao fazer válido todo conteúdo constitucional, desde que devidamente observado o *modus faciendi* legal e respectivo, fez coincidir em termos absolutos os conceitos de legalidade e legitimidade, tomando assim tacitamente legítima toda espécie de ordenamento estatal ou jurídico. Era o colapso do Estado de Direito clássico, dissolvido por essa teorização implacável. Medido por seus cânones lógicos, até o Estado nacional-socialista de Hitler fora Estado de Direito. Nada mais é preciso acrescentar para mostrar a que ponto inadmissível pôde chegar o positivismo jurídico-formal. A juridicidade pura se transformou em ajuricidade total.(BONAVIDES. Paulo. Op. Cit.p. 175.

Primeiramente, foi a Carta das Nações Unidas de 1945 que consolidou, definitivamente, o movimento de internacionalização dos direitos humanos³¹. Este documento reconhece, conforme ensina José Augusto Lindgren Alves, “a *legitimidade da preocupação internacional com a promoção e a proteção dos direitos humanos (...) a matéria extrapola o domínio reservado dos Estados, as atenções internacionais não configuram ingerência e o conceito hobbesiano de soberania é inválido*³²”.

Vai ser no bojo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que se desenvolveu a verdadeira noção jurídica de direitos humanos, ao fixar um código comum e universal dos direitos humanos, concretizando a obrigação legal de promover estes direitos. A Declaração “objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais³³”. Para a Declaração, explica professora Flavia Piovesan, ser pessoa é o requisito único e necessário para ser titular de direitos, na medida em que é afirmada desde o preâmbulo desta Declaração a titularidade humana da dignidade.

Conseqüentemente, o restabelecimento do estado da direito no período pós-guerra foi impregnado automaticamente de um alvorecer jusnaturalista, caracterizado basicamente por dois elementos: por um lado outorgar à pessoa humana e à sua dignidade uma posição central na Constituição, assinalando a esta um caráter de norma política e jurídica suprema e inviolável, enquanto imitação e racionalização do poder; que significou fortalecer o proceso político livre e vivo, interpretando a Constituição como uma ordenação

³¹ Nas palavras de Jack Donnelly “The global human rights regime is rooted in the 1948 Universal Declaration of Human Rights and its later elaborations, especially the 1966 International Human Rights Covenants. These documents reflect what I will call “the Universal Declaration model” of international human rights”. E, a respeito da caracterização deste “modelo” explica o autor seus elementos caracterizadores “Four elements of the Universal Declaration model deserve emphasis: its focus on rights; the restriction to individual rights; the balance between civil and political rights and economic, social, and cultural rights; and national responsibility for implementing internationally recognized human rights. (DONNELLY, Jack. The Universal Declaration Model of Human Rights: A Liberal Defense, in: Human Rights Working Papers, Number 12, Posted 12 February 2001, disponível em <http://www.du.edu/humanrights/workingpapers/papers/12-donnelly-02-01.pdf>, acessado em 13 de setembro de 2004.

³² ALVES, José Augusto Lindgren. O sistema de proteção das nações unidas aos direitos humanos e as dificuldades brasileiras. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Editor). A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. San Jose da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996, p. 239.

³³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. Op. cit., p.143.

jurídica fundamental do Estado a serviço da pessoa humana e de sua dignidade. Por outro lado, o Estado se refunde não apenas no princípio da legalidade, nem só no princípio social, mas também no princípio democrático, na fórmula do Estado democrático e social de direito.

É que com a revalorização da pessoa humana e de seus direitos fundamentais, conjecturou-se em consequência a subordinação da lei aos princípios e valores do novo Estado de direito, expressados no constitucionalismo da pós-segunda guerra mundial.

Sobre este último elemento – instauração do regime democrático e social de direito – destacamos o autorizado magistério doutrinário de José Afonso da Silva:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um novo conceito que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo (...) A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (...), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (...); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.(...) E um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir³⁴.

Frente, pois, a um positivismo desvinculado dos valores democráticos, bem como ante um neojusnaturalismo desprovido de seguridade jurídica, com a internacionalização dos direitos humanos passou-se ao estabelecimento de uma renovada concepção institucional do direito, e em particular da dogmática e da jurisprudência do direito constitucional.

³⁴ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Saraiva : São Paulo. 2002, p. 119-120.

A Constituição e o todo o ordenamento jurídico passam a ser concebidos a partir de então como os instrumentos para a proteção da dignidade humana, base dos direitos fundamentais das pessoas, assim como meios para limitar e controlar o poder.

Assim, se na fase moderna de desenvolvimento do constitucionalismo os direitos careceram de certa universalidade jurídica, e em razão disto sempre tiveram validade e eficácia somente no âmbito do Estado ou Nação que os estabeleceram, a fase contemporânea, pós-segunda guerra mundial, reflete a transposição desta barreira geográfica da eficácia e validade dos direitos, a partir do postulado da dignidade da pessoa humana.

A Declaração dos Direitos Humanos introduziu, além da universalidade dos direitos humanos, a indivisibilidade destes direitos ao unir a categoria dos direitos civis e políticos à dos direitos econômicos, sociais e culturais, combinando o “*discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjurando o valor da liberdade ao valor da igualdade*”³⁵, iniciando a concepção contemporânea de direitos humanos, onde os direitos humanos passam a ser encarados como uma unidade interdependente e indivisível, rompendo com a ordem dicotômica entre liberdade e igualdade.

Por isso, e na persecução de manter e fortalecer a eficácia com status universal e caráter indivisível, a tutela internacional dos direitos humanos proposta no bojo da Declaração Universal de 1948, é acompanhada num momento histórico subsequente e até hoje contínuo, da construção de um significativo rol de leis substantivas dos direitos humanos, num vigoroso processo de “juridicização” da própria Declaração.

Anote-se, neste sentido, que a Declaração de 1948 constitui o ponto de partida de uma série 72 tratados internacionais relativos aos direitos humanos. Entre estes figuram: o Pacto Nações Unidas relativas aos direitos civis e políticos, bem como, o Pacto relativo aos direitos económicos, sociais e culturais (1966), a Convenções sobre a eliminação

³⁵ Idem. Ibidem.

de qualquer forma de discriminação racial (1965), sobre a proibição de qualquer discriminação em relação às mulheres (1979) ou ainda a relativa aos direitos da criança (1989). Todos estes fazem parte dos numerosos tratados decorrentes da Declaração universal³⁶.

Anote-se ainda, que a Declaração de 1948 constitui o ponto de partida de uma série 72 tratados internacionais relativos aos direitos humanos. Entre estes figuram: o Pacto Nações Unidas relativas aos direitos civis e políticos, bem como, o Pacto relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais (1966), a Convenções sobre a eliminação de qualquer forma de discriminação racial (1965), sobre a proibição de qualquer discriminação em relação às mulheres (1979) ou ainda a relativa aos direitos da criança (1989). Todos estes fazem parte dos numerosos tratados decorrentes da Declaração universal³⁷.

³⁶ O enunciado desse conjunto de direitos confirma a lição de Dalmo de Abreu Dallari, segundo a qual a Declaração consagrou três objetivos fundamentais: "a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas".⁴¹ Mas, como ainda anota o referido autor, o grande problema é o da eficácia das normas de Declaração de Direitos.⁴² O problema é ainda mais agudo em se tratando de uma Declaração Universal, que não dispõe de um aparato próprio que a faça valer, tanto que o desrespeito acintoso e cruel de suas normas, nesse mais de meio século de sua existência, tem constituído uma regra trágica, especialmente no nosso continente e também no nosso país. Não é, pois, sem razão que se afirma que o regime democrático se caracteriza, não pela inscrição dos direitos fundamentais, mas por sua efetividade, ou sua realização eficaz. A vista disso é que se tem procurado firmar vários Pactos e Convenções internacionais, sob patrocínio da NU, visando assegurar a proteção dos direitos fundamentais- do homem, pelos quais as altas partes pactuantes — reconhecendo: (a) que tais direitos derivam da dignidade inerente à pessoa humana; (b) que, com relação à Declaração Universal de Direitos Humanos, não pode realizar-se o ideal do ser humano livre, no desfrute das liberdades civis e políticas, e liberado do temor e miséria, se não se criarem condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos civis, tanto como de seus direitos econômicos, sociais e culturais; (c) que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos fundamentais do homem — comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos, no seu território e sob sua jurisdição, esses direitos reconhecidos naqueles instrumentos internacionais, dentre os quais, além dos já referidos, são expressivos o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovados pela Assembleia Geral, em Nova York, em 16.12.66, submetidos à firma e ratificação dos Estados interessados. Surgiram eles, como observa Gregorio Peces-Barba Martínez, com o fim de conferir dimensão jurídica à Declaração de 1948 e, assim, eficácia jurídica que supere a obrigatoriedade apenas moral que a caracteriza. (SILVA. Jose Afonso. Op. Cit. p. 164-165).

³⁷ O enunciado desse conjunto de direitos confirma a lição de Dalmo de Abreu Dallari, segundo a qual a Declaração consagrou três objetivos fundamentais: "a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas".⁴¹

Antes, todavia é de se ressaltar que no contexto deste avanço histórico e geográfico, o problema dos direitos humanos é colacionado às grandes discussões internacionais, com profundos reflexos na ordem interna das sociedades nacionais, em especial no campo das constituições nacionais dos Estados.

É que, neste novo marco de internacionalização dos direitos humanos, durante a etapa da reconstrução do Estado nacional do *postguerra*, se reabriu o debate em torno à crise do relativismo político e do direito constitucional positivo estabelecido no período de entreguerras estimulando-se a abertura da Constituição à normativa internacional de proteção dos direitos humanos, abertura que resulta na ampliação do bloco de constitucionalidade.

Intensificam-se assim, o postulado de interação e conjugação do direito internacional e do direito interno, de modo a fortalecer a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos. Testemunha-se o processo de internacionalização do direito constitucional somado ao processo de constitucionalização do direito internacional.

Mas, como ainda anota o referido autor, o grande problema é o da eficácia das normas de Declaração de Direitos.⁴² O problema é ainda mais agudo em se tratando de uma Declaração Universal, que não dispõe de um aparato próprio que a faça valer, tanto que o desrespeito acintoso e cruel de suas normas, nesse mais de meio século de sua existência, tem constituído uma regra trágica, especialmente no nosso continente e também no nosso país. Não é, pois, sem razão que se afirma que o regime democrático se caracteriza, não pela inscrição dos direitos fundamentais, mas por sua efetividade, ou sua realização eficaz. A vista disso é que se tem procurado firmar vários Pactos e Convenções internacionais, sob patrocínio da NU, visando assegurar a proteção dos direitos fundamentais- do homem, pelos quais as altas partes pactuantes — reconhecendo: (a) que tais direitos derivam da dignidade inerente à pessoa humana; (b) que, com relação à Declaração Universal de Direitos Humanos, não pode realizar-se o ideal do ser humano livre, no desfrute das liberdades civis e políticas, e liberado do temor e miséria, se não se criarem condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos civis, tanto como de seus direitos económicos, sociais e culturais; (c) que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos fundamentais do homem — comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos, no seu território e sob sua jurisdição, esses direitos reconhecidos naqueles instrumentos internacionais, dentre os quais, além dos já referidos, são expressivos o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, aprovados pela Assembleia Geral, em Nova York, em 16.12.66, submetidos à firma e ratificação dos Estados interessados. Surgiram eles, como observa Gregorio Peces-Barba Martínez, com o fim de conferir dimensão jurídica à Declaração de 1948 e, assim, eficácia jurídica que supere a obrigatoriedade apenas moral que a caracteriza. (SILVA. Jose Afonso. Op. Cit. p. 164-165).

Analisando o impacto da Declaração Universal na esfera de poder político interno do Estado, Jack Donnelly adverte:

A further distinctive feature of the Universal Declaration model is the national implementation of internationally recognized human rights. "Everyone has a right to x" in practice means "Each state has the authority and responsibility to implement and protect the right to x within its territory. The Universal Declaration was formulated as "a standard of achievement," a set of aspirational norms that left states with full sovereign authority to implement human rights within their territory"³⁸.

Nesta trilha a professora Maria Garcia ensina que:

Essa é a tendência do direito público, (...) em razão da compreensão humanística do Direito e de uma ética que é universal, como universal é o homem, na sua qualidade humana. (...) Verifica-se a constitucionalização do Direito Internacional, quer pela sua posituação no Direito comunitário, quer pela inclusão dos direitos humanos dos tratados no corpus constitucional, num sistema integrativo que compreende, portanto, a internacionalização dos direitos humanos/ a constitucionalização do Direito internacional³⁹.

Relevante também, salientar que, não de outra forma, impôs-se, a par de toda legislatura internacional substantiva dos direitos humanos, a necessidade de se formular e edificar leis processuais e instituições que as sancionem e, que a construção deste sistema normativo-processual impacta e revisita o desenvolvimento do constitucionalismo.

³⁸ DONNELLY, Jack. The Universal Declaration Model of Human Rights: A Liberal Defense. Op.cit.

³⁹ GARCIA, Maria. Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 315-319. Também, Paulo Bonavides ao explicar a interrelação do Direito Constitucional e Direito Internacional exorta que: "Duas tendências observadas no campo institucional e que alguns publicistas (González, ArinosJStcJ compendiam numa terminologia bastante clara e adequada - a internacionalização do Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito Internacional[^]são" suficientemente fortes para inculcar o grau de influência mútua verificada entre as mencionadas disciplinas. A primeira tendência afirma-se na recepção de preceitos de Direito Internacionais por algumas Constituições modernas, que incorporam e chegam até a integrar o Direito externo na órbita interna (preceitos incorporativos: Constituição alemã de 1919, art. 4^a; Constituição espanhola de 1978, art. 7^o; e preceitos integrativos: Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, art. 26). A segunda tendência - constitucionalização do Direito Internacional é talvez, mais recente. Manifesta-se através da inspiração que a ordem constitucional oferece aos internacionalistas abraçados, com fervor, à ideia de implantação de uma comunidade universal de Estados, devidamente institucionalizada. A Carta da ONU (Organização das Nações Unidas) é desses documentos que sugerem a imitação, ainda um tanto rude, do modelo constitucional, como se estivesse a criar nos três órgãos básicos a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança e a Corte de Justiça, respectivamente - a imagem dos três Poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que distinguem, com seu perfil característico, a organização do Estado moderno.(BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. Ed. Malheiros : São Paulo, p. 47-48).

Assim como o surgimento e expansão da normativa substantiva dos direitos humanos redesenhou o constitucionalismo, é de se registrar desde já, que a elaboração e o fortalecimento dos instrumentos processuais normativos já elaborados constitui o mais recente elemento de renovação da idéia constitucional, na seara da prestação jurisdicional estatal.

Da exposição desta correlação histórica e jurídica entre constitucionalismo e direitos humanos finalizamos pontuando que idéia de constitucionalismo, aqui defendida como “*processo político-jurídico aberto de realização dos direitos inerentes ao ser humano limitadores do poder politicamente organizado*”, busca não reduzir este fenômeno à concepção moderna de constituição, desenhada no pós Revoluções Europeias, mormente do final da idade média e início da idade moderna.

Entendemos que não se pode e nem se deve limitar o constitucionalismo à idéia moderna de Constituição, não obstante as imbricações históricas existentes entre ambos.

Registre-se, pois, que não olvidamos a importância histórica e secular do constitucionalismo instrumental gerador da denominada constituição escrita. Mas o que se pretende, antes de tudo, é a defesa de que esta não é um fim em si, senão que fora, e ainda o é, um meio de realização do constitucionalismo substancial, legitimador da própria Constituição.

Isto importa em dizer que não se pretende estabelecer uma junção exclusiva do constitucionalismo à idéia de um movimento gerador da Constituição, em sentido moderno. Ao contrário, busca-se enfatizar que o constitucionalismo, embora sendo o quadro gerador da idéia racionalizada de constituição escrita, transcende à sua existência, conforme bem demonstram os apontamentos do constitucionalista espanhol Luis María Díez-Picazo, citado pela professora Gisela Maria Bester:

O constitucionalismo como doutrina que sustenta a necessidade de estruturar e limitar o poder político através do direito, admite ser realizado de formas distintas. (...) caberia inclusive o constitucionalismo sem o que normalmente se conhece como uma constituição. Certamente, possuir um documento escrito, solene e formalmente qualificado como constituição pode ter uma enorme transcendência em muitos sentidos; porém, definitivamente, o irrenunciável é que o poder político – e a União Européia é já um extraordinário centro de poder político – esteja definitivamente estruturado e limitado pelo direito⁴⁰.

Se o constitucionalismo moderno, que desenha a Constituição como conjunto de normas que limita o poder estatal e assegura direitos fundamentais, constitui uma idéia recente na história da humanidade, a idéia de existência de direitos fundamentais inerentes ao ser humano, ao contrário, é tão antiga quanto controversa. E, portanto, como assevera Jose Renato Nalini “*não coincide a origem do constitucionalismo com a origem das liberdades fundamentais*”⁴¹. Na realidade, a constituição, concebida pelos modernos, ressaltamos, foi mais um veículo de exteriorização dos direitos humanos, que a legitimam servindo de fundamento para a teorização do poder que a concebe.

Do quanto exposto, depreende-se que, o conteúdo normativo do que seja um estado constitucional – entendido como sociedade politicamente organizada de forma limitada aos direitos e garantias inerentes a cada ser que a compõe – não está radicado, essencialmente, na racionalização de um texto normativo formalmente positivado (constitucionalismo instrumental), como bem exprime as palavras de Herman Belz, ao declarar:

Every state has a constitution — a body of principles, institutions, laws, and customs that forms the framework of government — but not every state is a constitutional state. The latter is distinguished by a commitment to constitutionalism, which in essence is the idea that political life ought to be carried on according to procedures and rules that paradoxically are in some degree placed beyond politics: procedures in other words that are fundamental. Nothing so positive as a written constitution, but rather the belief that the law as the embodiment of a society's most important values is powerful, characterizes government under the rule of law⁴².

⁴⁰ BESTER, Gisela Maria. Op.cit. .p.29.

⁴¹ NALINI, Jose Renato. Constituição e Estado Democrático, p.75

⁴² BELZ, Herman. A Living Constitution or Fundamental Law? American Constitutionalism in Historical Perspective. New York : Oxford.

Da mesma forma Karl Loewestein expõe:

La existencia de una constitución escrita no se identifica con el constitucionalismo. Organizaciones políticas anteriores han vivido bajo un gobierno constitucional sin sentir la necesidad de articular los límites establecidos al ejercicio del poder político; estas limitaciones estaban tan profundamente enraizadas en las convicciones de la comunidad y en los costumbres nacionales, que eran respetados por gobernantes y por los gobernados⁴³.

É de se destacar, pois, que o próprio constitucionalismo traz em si, a insígnia da garantia de direitos da pessoa humana como identificador de sua existência e desenvolvimento. Neste caso, haveria que se perquirir qual seja este “direito”, outrora consubstanciado em costumes e convicções, a que o governo de um dado Estado há de estar submetido de forma a demonstrar seu comprometimento com o constitucionalismo na sua essência.

Nossas considerações finais sobre o constitucionalismo tem suporte no autorizado magistério doutrinário Karl Lowenstein:

En conclusión, se puede decir que la constitución escrita es un fenómeno común y universalmente aceptado en la organización estatal contemporánea. La convicción de que un Estado soberano debe poseer una constitución escrita está tan profundamente enraizada que hasta las autocracias actuales se ven obligadas a pagar su tributo a la legitimidad democrática inherente a una constitución escrita. Pero ya no puede ser mantenida la concepción de la Revolución americana y francesa, según la cual la creación de una constitución escrita es, de una vez para siempre, símbolo y realización del autogobierno de una comunidad. En nuestros, día la constitución escrita se ha convertido frecuentemente en la tapadera para el ejercicio de un nudo poder. Una constitución formal no hace en absoluto a un Estado, salvo en la más estricta significación literal, un autentico Estado constitucional.

⁴³ LOEWENSTEIN, Karl. Op. cit., p. 155.

Capítulo II

DIREITOS HUMANOS: REFLEXÕES SOBRE A PERSPECTIVA CONCEITUAL E FUNDAMENTOS

Temos defendido, ao longo do capítulo anterior, o estreito vínculo substancial guardado entre direitos humanos e o constitucionalismo. Ultrapassadas, por hora, para fins de desenvolvimento do presente capítulo, a discussão sobre o constitucionalismo, importa-nos explorar os diferentes fundamentos que buscaram esquadriñar a delimitação conceitual dos direitos humanos.

Na atualidade é muito corrente a proclamação de que, “*o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los*”, como já advertia Bobbio⁴⁴. E, com efeito, o objetivo central da presente dissertação concentra-se na temática da proteção jurisdicional interno-internacional dos direitos humanos. Entretanto, julgamos que não é discipiendo o debate acerca das diferentes linhas filosóficas que buscaram resguardar a legitimidade destes direitos.

Não cremos, por conseguinte, que se tenha tornado irrelevante e anacrônico o fundacionalismo em matéria de direitos humanos⁴⁵. Contrariamente, perfilhamos a linha de raciocínio despendida por Plínio Melgaré no sentido de que “para, jurisdicionalmente efetivar-se a proteção dos direitos humanos, há de se encontrar um marco, um fundamento teórico que o justifique; sob pena de se incorrer em visões e posturas metodologicamente

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24

⁴⁵ De maneira diametralmente oposta Emilio Garcia Mendez defende que o desenvolvimento de uma agenda vigorosa e confiável em matéria de direitos humanos, está muito mais atrelada ao sentido político original presente na origem histórica dos direitos humano que à discussão sobre os pressupostos fundamentais de sua existência e legitimidade. (MENDEZ, Emilio Garcia. Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: Reflexões para uma nova agenda.in: Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano I. Numero I. 1º semestre de 2004. p.09). Esta tese é citada por André Ramos Tavares no levantamento teórico das grandes teorias acerca dos direito humanos e é chamada de teoria realista destacando o autor a síntese feita por Perez Luño sobre esta teoria, no sentido de que “enquanto o jusnaturalismo situa o problema da positivação dos direitos humanos no plano filosófico e o positivismo no jurídico, para o realismo se insere no terreno político”. TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo : Saraiva, 2002.p.349.

simplificadoras ou voluntaristas, tendentes à arbitrariedade⁴⁶”. E neste lance arremata o citado autor, “com efeito, a melhor maneira de se tutelar e garantir um direito é a compreensão e o reconhecimento de seu fundamento⁴⁷”.

A reflexão sobre o(s) fundamento(s) significativo dos direitos humanos inscreveu-se no plano de uma reflexão metajurídica no momento em que as violações destes direitos, na prática diária, terminaram por provocar um elevado nível de relativismo na sua interpretação e uma insegurança crescente nas relações entre os Estados e os grupos sociais no seio da sociedade civil⁴⁸.

Portanto, o debate sobre a existência e validade do universalismo jurídico tem encontrado expressivo espaço no campo do direito, retomando a antiga, todavia, sempre renovada discussão de seu fundamento.

Antes, contudo, de adentrarmos no estudo de cada um destes “possíveis fundamentos” dos direitos humanos, julgamos imprescindível determinar o que entendemos por fundamento. Fundamento para nós consiste na “*razão de ser de algo*”. E, nesta linha, definimos fundamento como sendo o princípio e a razão real, constitutiva e legitimadora dos direitos humanos.

⁴⁶ MELGARÉ, Plínio. Direitos Humanos: uma perspectiva contemporânea – para além dos reducionismos tradicionais; in: Revista de Informação Legislativa Brasília a.39, n. 154 abr/jun. 2002. p.75.

⁴⁷ *Ibidem*, p.83.

⁴⁸ Neste sentido, Carlos Santiago Nino, citado por Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, realça que “a sistemática e contínua violação dos direitos humanos é motivação suficiente para a construção de uma justificação racional dos direitos humanos”.(NINO, Carlos Santiago. Ética y Derechos Humanos, apud. SILVA, Fernanda Duarte Lopes. Fundamentando os Direitos Humanos: um breve inventário, in: Legitimação dos Direitos Humanos, org. Ricardo Torres Lobo. Rio de Janeiro : Renovar, 2002. p.109). Ainda, na mesma esteira de pensamento, registre-se as palavras de Jane Reis Gonçalves Pereira, ao destacar que “a realidade vem demonstrando a falácia positivista que advoga a superfluidade de conferir-se um fundamento moral aos direitos humanos. A eloquência e a generosidade dos documentos jurídicos nacionais e internacionais que consagram tais direitos, quando comparadas à precariedade de sua efetivação, põem em evidência que a necessidade de estabelecer uma justificação ética não se esvai a partir da positivação. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Princípios Morais e Direitos Humanos na Obra de Carlos Santiago Nino, in: . Ricardo Torres Lobo. Rio de Janeiro : Renovar, 2002. p.315-316.

Ademais, nos propomos a percorrer, à luz dos ensinamentos do mestre italiano Norberto Bobbio e do não menos ilustre jurista espanhol Joaquim Herrera Flores, o rol de conteúdos que foram, historicamente, integrando a esfera de proteção da pessoa humana face aos seus próprios pares, e, face ao Estado, de modo a realçar o alcance que haja logrado os direitos humanos até a atualidade.

2.1. Postulado universal do conceito de direitos humanos: a dignidade da pessoa humana

Conforme analisado, moderna e contemporaneamente, a concepção dos direitos humanos tem-se traduzido numa perspectiva juridicizante⁴⁹.

Considerando, entretanto, que a compreensão dos direitos humanos deve vir acompanhada do conhecimento dos processos históricos e filosóficos que circundaram – e ainda circundam – o ser humano e sua constante inter-relação na sociedade e com o poder, propomos demonstrar que a perspectiva juridicizante dos direitos humanos é resultado da conjugação de duas noções preliminares: uma inata e outra histórica.

Tomados de maneira genérica no intróito do capítulo anterior, como direitos inerentes a pessoa humana, a concepção de direitos humanos soaria etérea, sem significação ao menos razoável – na percepção empirista – para fins da constatação histórica de sua existência e âmbito de abrangência⁵⁰.

⁴⁹ Como bem salientado por Victor Rodriguez Rescia,: “Definiciones de “derechos humanos” abundan y la mayoría de ellas siempre hacen referencia a un enfoque jurídico debido a que la propia denominación alude a la palabra “derecho”. Esta circunstancia, más que facilitar el concepto genera un sesgo porque se tiende a “juridizar” el concepto y (...) podemos extender el concepto de derechos humanos a otros niveles que trascienden de un listado de derechos”. Op. cit., p. 01.

Não é, contudo, esta a visão que se deve estabelecer da noção de direitos inerentes a pessoa humana.

Como primeira aproximação do tema faz-se mister delimitar o método que empregaremos para trabalhar com a noção de direitos humanos. Cremos que tanto a noção inata⁵¹ inicialmente utilizada, como a noção histórico-empírica⁵², são indissociáveis para uma compreensão razoável dos direitos humanos.

Neste sentido, ressalte-se que o próprio enfoque jurídico, empregado nas declarações de direito e constituições estudados alhures e, nos tratados internacionais atesta esta indissociabilidade. Os vários textos normativos protetores dos direitos humanos que consagram os mais diversos bens jurídicos, historicamente conquistados e tutelados em nome e primazia da dignidade da pessoa humana, não ignoram, a despeito desta historicidade, ao contrário, guarnecem a noção inata destes direitos⁵³.

Frise-se, pois, que estas declarações, constituições e tratados ao utilizar como idéia geral de entender os direitos humanos a expressão “*aqueles direitos inerentes à pessoa humana por sua simples condição de pessoa*”⁵⁴, reforçam esta tese.

Não de outra forma, Pérez Luño, lume entre as doutrinas mais especializadas em matéria de direitos humanos também robustece a defesa ora preconizada ao compreender os direitos humanos como “*um conjunto de faculdades e instituições que, em*

⁵² Adverte o professor Jose Afonso da Silva não ser uma observação correta atribuir, ao surgimento de uma nova idéia de direito, tão profundamente revolucionaria, inspiração de natureza basicamente ideal, sem levar em conta as condições históricas objetivas. É que entende o douto doutrinador que as declarações de direito não possuem inspiração própria, senão que são fruto das reivindicações e lutas, (que ele denomina de condições reais, objetivas ou materiais) para conquistar os direitos nelas consubstanciados. SILVA, Jose Afonso da. Direito Constitucional Positivo. São Paulo : Malheiros, 2002. p.173.

⁵³ Anote-se, por exemplo a redação impressa no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

⁵⁴ Anote-se, por exemplo, a redação doCitar trechos de tratados e declarações.

cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional⁵⁵”.

Observe-se que o renomado autor ao passo que expõe a necessidade de se buscar em cada momento histórico a compreensão dos direitos humanos, destaca também que estas faculdades historicamente conquistadas traduzem a concretização de uma “exigência”, leia-se, “condição inerente à pessoa humana”, que é sua dignidade.

Antes, porém, de analisar esta conexão entre este inatismo e a historicidade dos direitos humanos é necessário que se delimite justamente qual o sentido da expressão “direitos inerentes à pessoa humana”.

Creemos que o sentido da expressão “direitos inerentes à pessoa humana” só pode ser entendido a partir da aceitação de que há um direito inato ao ser humano⁵⁶, o qual transcende, sem desprezar, contudo, ao contrário, o acervo normativo historicamente formulado.

Este direito inato ao ser humano é, para nós, o direito a dignidade e ainda, o direito ao reconhecimento da própria natureza humana.

Entendemos, pois, que o elemento indispensável à definição dos direitos humanos é a concepção da dignidade da pessoa humana. E, ainda, que tal concepção – a dignidade da pessoa humana – não constitui um conceito etéreo, senão que serve para

⁵⁵ PÉREZ LUÑO< Antonio Henríque. Delimitación Conceptual de los Derechos Humanos, in Los Derechos Humanos, Significación, Estatuto Jurídico y Sistema, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, p.43, apud. TAVARES, André Ramos. Op. cit p.362.

⁵⁶

assentar, em momentos históricos diversos, os distintos alcances dos direitos humanos, tema este, objeto de estudo do próximo capítulo.

Como esclarece Pedro Nikken:

La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos⁵⁷.

A seguir, o constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva observa que estes dois direitos inatos à pessoa humana: o direito à dignidade e o direito ao reconhecimento da própria natureza humana traduzem dois conceitos essenciais para se compreender o sentido dos direitos humanos, a dizer, o conceito de pessoa humana e o de dignidade.

Pondera José Afonso que estes conceitos obedecem a ótica da visão kantiniana⁵⁸. Quanto ao conceito de “pessoa humana” assevera o ilustre professor:

A filosofia kantiana mostra que o homem, como ser racional, existe como fim em si, e não simplesmente como meio, enquanto os seres, desprovidos de razão, têm um valor relativo e condicionado, o de meios, eis por que se lhes chamam coisas;³ “ao contrário, os seres racionais são chamados de pessoas, porque sua natureza já os

⁵⁷ NIKKEN, Pedro. “El concepto de derechos humanos”. In: IIDH, Estudios básicos de derechos humanos I. San José, C.R. Pág.15. No mesmo sentido Fabián Salvioli ensina que os direitos humanos constituem “derechos inherentes a la persona humana, que se ejercen frente al Estado y respecto de los cuales estos no pueden disponer. Se usa indistintamente la expresión derechos humanos, derechos fundamentales y derechos esenciales. Son exigencias elementales que puede plantear cualquier ser humano por el hecho de serlo, y que tienen que ser satisfechas porque se refieren a unas necesidades básicas, cuya satisfacción es indispensable para que puedan desarrollarse como seres humanos. Son unos derechos tan básicos que sin ellos resulta difícil llevar una vida digna. Son universales, prioritarios e innegociables. SALVIOLI, Fabián. Curso Básico sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. IIDH, 2003.

⁵⁸ A respeito da ótica kantiana, colacionamos as observações tecidas por Anne Fagot-Largeault que ao debater sobre a possibilidade de um fundamento filosófico do universalismo jurídico trata da moral do dever, explicitando que

designa como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, por conseguinte, limita na mesma proporção o nosso arbítrio, por ser um objeto de respeito”.⁴ E assim se revela como um valor absoluto, porque a natureza racional existe como fim em si mesma. Assim, o homem se representa necessariamente sua própria existência. Mas qualquer outro ser racional se representa igualmente assim sua existência, em consequência do mesmo princípio racional que vale também para mim, é, pois, ao mesmo tempo, um princípio objetivo que vale para outra pessoa. Daí o imperativo prático, posto por Kant: “Age de tal sorte que consideres a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.⁵ Disso decorre que os “seres racionais estão submetidos à lei segundo a qual cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meio, mas sempre e simultaneamente como fins em si”.⁶ Isso porque “o homem não é uma coisa, não é, por consequência, um objeto que possa ser tratado simplesmente meio, mas deve em todas as suas ações ser sempre considerado como um fim em si”. Isso, em suma, quer dizer que só o ser humano, o ser racional, é pessoa. Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento. Nisso já se manifesta a idéia de dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo, ao mesmo tempo, institui, no dizer de Kant⁵⁹.

Registrem-se ainda, as pertinentes e acuradas formulações tecidas por José Afonso em relação ao conceito de “dignidade”:

Voltemos, assim, à filosofia de Kant, segundo a qual no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem um preço pode muito bem ser substituído por qualquer outra coisa equivalente. Daí a idéia de valor relativo, de valor condicionado, porque existe simplesmente como meio, o que se relaciona com as inclinações e necessidades geral do homem e tem um preço de mercado, enquanto aquilo que não é um valor relativo, e é superior a qualquer preço, é um valor interno e não admite substituto equivalente, é uma dignidade, é o que tem uma dignidade. Correlacionados assim os conceitos, vê-se que a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha e se *confunde com a própria natureza do ser humano*⁶⁰.

Denota-se, da leitura dos poucos conceitos acima colacionados, que a dimensão conceitual dos direitos humanos parece confundir-se com seu próprio fundamento. Em outras palavras, tendo como premissa que o fundamento de algo consista em sua própria

⁵⁹ SILVA, José Afonso. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria -Volumen I. – San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.p. 587.

⁶⁰ Idem p. 588-589.

razão de ser, o fundamento do que venha a ser “direitos humanos” consiste na própria pessoa humana e o respeito à dignidade que lhe é inerente.

O sentido inatista ora empregado com vistas desenhar o conceito de direitos humanos retoma a tese da existência de um universalismo jurídico mínimo, consubstanciado na idéia de dignidade da pessoa humana, que não olvida, segundo já analisado, a necessidade do reconhecimento do pluralismo cultural e moral o qual, como bem observado por Anne Fagot-Largeault, “*segue diretamente para suas preferências não compartilhadas*”⁶¹.

2.2 A razão de ser dos direitos humanos: possíveis fundamentos

Os direitos humanos transcendem regimes e costumes em particular. As crenças inseridas na Declaração Universal dos Direitos Humanos não foram inventadas 50 anos atrás. Elas não são o trabalho de uma única cultura ou de um único país...; Se eu rasgasse esta Declaração, os seus valores prevaleceriam. Se eu queimasse este documento, o seu significado permaneceria inalterado. Se eu proibisse alguém de ouvir as palavras contidas neste documento, elas ainda ficariam nos corações dos homens e das mulheres, tão perceptíveis quanto sempre foram. Hillary Rodham Clinton⁶²

O debate acerca da questão “fundamentos”, de qualquer que seja o objeto do conhecimento, sem fazer sua devida distinção com qualquer elemento conceitual, estará, certamente, fadado à limitação da eficácia de seu próprio fim, vez que àqueles cabe inquirir, especificamente, as razões de sua existência, nas quais se justificarão a legitimidade que o objeto possui para ser considerado, ou ter sua existência respeitada, ou ainda, para garantir o espaço e os efeitos de seu “ser”, implicando, portanto, em legitimação. Enquanto que, o conceito, por sua vez, se traduz na mera expressão da essência desse “ser”, implicando, pois, em conhecimento.

⁶¹ FAGOT-LARGEAULT, Anne. Sobre o que basear filosoficamente um universalismo jurídico?, in: Crimes Internacional e Jurisdições Internacionais, org. Antonio Cassese e Mireille Delmas-Marty. Barueri, SP : Manole, 2004. p. 99.

⁶² Trechos das declarações de, ex-primeira dama dos Estados Unidos, em uma cerimônia especial realizada em 10 de dezembro de 1997, nas Nações Unidas, para marcar o início do ano do 50.º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos. In Questões de Democracia, Uma revista eletrônica da USIA, Vol. 3, No. 3, Outubro de 1998.

De sorte que, por mais que se possa considerar irrelevante tal distinção, não se deve subestimar ou mesmo negar sua necessidade, em especial quando se trata de estabelecer a imprescindibilidade da criação ou da preservação do objeto a ser fundamentado. Posto que estas dependem da comprovação de sua legitimidade como motivo para se impor, ou para serem exigidas. Isto porque, sua exigência não se trata da mera reivindicação que possa ser obtida por meio de argumentações ou justificada por meio de valores pessoais, senão que da necessidade de estabelecimento de verdades fundamentais para um fim específico que justifique a utilidade concreta de sua existência, sob pena de se ter que admitir a futilidade e irrelevância do próprio objeto, o que o colocaria no campo da descartabilidade ou, pior que isso, no campo da neutralidade, onde seu uso indiscriminado ou distorcido não acarretam conseqüências. Tal é o grau de seriedade que cerca o estabelecimento de fundamentos.

No caso específico dos direitos humanos, tanto seu objeto, seu conceito, e sua finalidade, quanto seus fundamentos, estão intrinsecamente ligados à sua natureza, qual seja, a de “direitos de ordem universal, pertencentes ao ser humano, situados em uma esfera superior de importância em relação aos demais”. Daí a natural tendência em confundi-los como vertentes de um só aspecto, o que não corresponde à verdade e finda por obstruir sua íntima compreensão, necessária à valoração dos direitos humanos quanto à sua disponibilidade ou não em face de outros direitos ou fatores de cunho sócio-político-econômico, e inclusive jurídicos.

Necessária então se torna sua individualização, conforme ensina Plínio Melgaré⁶³ ao justificar que “ ... *para jurisdicionalmente efetivar-se a proteção dos direitos humanos, há de se encontrar um marco, um fundamento teórico-racional que o justifique. Sob pena de incorrer em visões e posturas metodologicamente simplificadoras ou voluntaristas, tendentes à arbitrariedade.*”

⁶³ MELGARÉ, Plínio. Direitos Humanos: Uma perspectiva contemporânea - para além dos reducionismos tradicionais, Revista de Informação Legislativa, a. 39, n. 154, Brasília, abr/jun., 2002

Sem embargo de sua relevância, e da imprescindibilidade de um posicionamento verdadeiro, os fundamentos dos direitos humanos têm sido estabelecidos em meio a correntes controversiais, nas quais se encontram mesclas de seu objeto, de seu conceito e de sua finalidade, comprometendo a legitimidade de sua existência, tanto quanto a de sua exigência na proporção de sua importância.

Tornando-se, por isso, necessária uma distinção, ainda que breve, desses elementos, antes de se adentrar à questão dos fundamentos em si. Isto, com o fim de proporcionar a mais correta interpretação de cada fundamento existente e assim encontrar aquele que realmente legitima a existência dos direitos humanos na importância e grau que hoje conhecemos.

O objeto dos direitos humanos é o próprio ser humano como ser portador de necessidades básicas de sua existência, as quais prescindem de satisfação, de respeito, e de proteção.

O conceito de direitos humanos, já se encontra bem definido no tópico anterior, de modo que podemos sintetizá-lo como aqueles direitos exigíveis para o mínimo de dignidade da vida humana, de caráter inalienável e universal.

Por sua vez, a finalidade dos direitos humanos, cuja descoberta decorre de seu reconhecimento, é o estabelecimento de limites, por parte do Estado e por parte do próprio ser humano, no sentido de dar à pessoa humana o respeito aos bens inerentes à sua condição humana, de modo a se estabelecer uma sociedade justa e pacífica, capaz de dar a esse mesmo homem as condições necessárias para atuar no mundo construtiva e produtivamente.

No que tange aos fundamentos, observamos que a busca de responder qual é, ou quais sejam aqueles que verdadeiramente permitem conhecermos os direitos humanos

como uma realidade, nos faz ingressar ao campo do estudo da origem do conhecimento, ou seja, de que maneira a humanidade pôde ou pode perceber, conhecer os direitos humanos. Seria algo inteiramente inato/objetivo ou inteiramente empírico/subjetivo?

As palavras de Hillary Clinton, trazidas como epígrafe a este capítulo, refletem, nitidamente, um dos modelos filosóficos que buscou se impor como fundamento teórico legítimo da noção de direitos humanos. A este modelo denominou-se jusnaturalismo.

A fundamentação jusnaturalista dos direitos humanos é, sem dúvida alguma, a fundamentação de maior tradição histórica, mas também a que levanta mais problemas teóricos de aceitação da existência e do conceito de Direito Natural.

Este modelo filosófico contou com diferentes vertentes metodológicas. Inicialmente, este modelo despontou sob os auspícios do “divino”, como bem salientamos no estudo do constitucionalismo substancial e a idéia de direitos humanos na antiguidade. Num avanço em rumo ao racionalismo temos, posteriormente, a aparição do que se convencionou chamar de jusnaturalismo moderno, apregoado na idade moderna e ventilado nos textos positivados internacionais de direitos humanos.

Destaca Emilio Garcia Mendez que o *“debate (...) acerca dos direitos humanos orientou-se, inicialmente, com muita força para um plano filosófico-metafísico que permitisse afirmar a sua existência e sua legitimidade, independentemente não só do reconhecimento dos governos, mas também da própria sociedade”*.

Entende o citado autor que paradoxalmente, embora a concepção dos direitos humanos ligada à noção da inerência da dignidade da pessoa humana tenha permitido neutralizar as tendências negativas provenientes de posições ligadas a um conceito

exacerbado da soberania, culminou, por outro lado, na consideração herética de qualquer postura que reconduzisse a origem e a existência dos direitos humanos à história e à política⁶⁴.

No entanto, essa corrente hoje se apresenta com uma roupagem nova. Buscando evadir-se do campo religioso, o jusnaturalismo moderno debruçou-se em apresentar uma justificação racional aos direitos humanos, surgindo aí a corrente jusracionalista, que nada mais é do que uma versão iluminista contemporânea do jusnaturalismo, na qual este é estruturalmente afetado pelo racionalismo, que deu surgimento ao poder civil, na defesa da liberação do homem racional de toda sujeição moral ou estatal possível.

A corrente jusracionalista afixa suas bases no direito natural, porém despido da idéia de sua transcendência ao ser humano, mas agora dotado de um aspecto imanente a este ser humano. E, no que tange aos direitos humanos, em especial, muito embora reconheça sua inerência ao ser humano, atribui sua existência como fruto exclusivo da razão humana, que o reivindica, colocando-os como racionais e universalmente válidos, de caráter inalienável, o que coopera com as idéias iluministas de limitação do poder do Estado, posto que, dotados dessa universalidade e de autonomia individual, estabelecem-se esses direitos acima de qualquer agente intervencionista, funcionando como elemento componente do Estado de Direito, tanto quanto como ponto de garantia para a busca da progressividade e para defesa da irreversibilidade dos próprios direitos humanos.

Por seu lado, outro modelo filosófico pelo qual também se fundamenta o que sejam os direitos humanos é o chamado juspositivismo, concepção predominante a partir do século XIX. Segundo a teoria positivista, explica o professor Fabio Konder Comparato, “*o fundamento do direito não é transcendental ao homem e à sociedade, mas se encontra no*

⁶⁴ MENDEZ, Emilio Garcia. Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: Reflexões para uma nova agenda.in: Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano I. Numero I. 1º semestre de 2004. p.07.

pressuposto lógico (o contrato social, ou a norma fundamental) de que as leis são válidas e devem ser obedecidas. É a explicação formal da validade do Direito⁶⁵.

Ainda na trilha da exposição de Fabio Konder Comparato, é de se acatar seu alerta de que *“a grande falha teórica do positivismo, porém, com as experiências totalitárias do século XX cruamente demonstraram, é a sua incapacidade (ou formal recusa) em encontrar um fundamento ou razão justificativa para o Direito, sem recair em mera tautologia⁶⁶”*.

Ao se aplicar aos direitos humanos a corrente subjetivista, ou positivista, com sua característica estritamente axionático-normativa, que limita todo o direito às normas positivadas, os coloca como fruto ou produto exclusivo de sua positivação pela vontade da sociedade que logra reconhecimento do Estado. Essa rigidez também implica em reducionismo dos direitos humanos, pois não se pode conceber o reconhecimento destes como uma mera outorga do poder estatal, caso em que se estaria colocando em risco sua estabilidade, sua universalidade, e sua inalienabilidade, tendo em vista a diversidade de regimes adotados mundialmente nos Estados, e a plausibilidade de mudanças desses próprios regimes, por diversos fatores imprevisíveis. Além do que, a simples atividade legislativa – positivadora do direito – não possui o condão de constituir direitos, senão somente da efetivação da essência de direitos já existentes no âmago do ser humano ou postulados pela sociedade.

Nesse sentido Plínio Melgaré⁶⁷ defende que:

Em face do ponderado, concluímos que o positivismo jurídico contém, no núcleo de sua base doutrinária, uma perigosa simplificação, tanto para o alcance quanto para o

⁶⁵ Explica ainda o eminente jurista que a teoria positivista do Direito “contenta-se com a validade formal das normas jurídicas, quando todo problema situa-se numa esfera mais profunda, correspondente ao valor ético do Direito”. COMPARATO, Fabio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos; in: Cultura dos Direitos Humanos. Coleção Instituto Jacques Maritain. Coord. Maria Luiza Marcilio Lafaiete Pussoli. São Paulo : LTr. P.58-59.

⁶⁶ Idem, ibdem.

⁶⁷ (Op.Cit.)

próprio reconhecimento dos direitos humanos. Endereçar os direitos do homem para a esfera do direito positivado, confundi-los com a lei, nada mais é que abandoná-los ao acaso das vontades e contingências políticas. De fato, para a concretização dos direitos humanos, faz-se necessário salvaguardá-los das circunstanciais transformações políticas, econômicas e tecnológicas. A simplificação doutrinária supra-referida implica outra, que designamos simplificação da relevância do fundamento. Nesse sentido, sustenta-se a dispensabilidade da abordagem dos fundamentos dos direitos humanos.

De acordo com o Professor Pedro Nikken⁶⁸, ao prefaciá-lo seu posicionamento quanto à inerência dos direitos humanos, as escolas de direito natural colocam os direitos humanos como uma conseqüência normal do fato de a ordem jurídica ter sua base essencial na natureza humana, cujas bases de justiça natural devem ser estabelecidas no direito positivado, o que colocaria como fundamento dos direitos humanos a doutrina do jusnaturalismo, que, segundo ele, não possui a adesão universal que caracteriza os direitos humanos.

Para o citado autor, os direitos humanos devem ter sua origem – e assim, seus fundamentos – a partir dos momentos históricos em que ocorreram suas primeiras manifestações positivadas, ainda que precariamente, o que coincide com a história constitucional do ocidente, defendendo assim, a doutrina positivista, ou subjetivista, como fundamento dos direitos humanos. E, apesar de sua posição firmada, não tem por relevante, na prática, a discussão em torno de qual seria o verdadeiro fundamento desses direitos.

Sob o enfoque deste trabalho, não podemos concordar com esta visão de irrelevância, tida pelo citado autor, cujo assente se pauta em uma esfera superficial da realidade dos direitos humanos, quer seja, na prática, ou o cotidiano de sua percepção social e jurídica, o que não encontra respaldo em suas justificativas, vez que, o fato de o “reconhecimento” dos direitos humanos haver ocorrido somente em épocas históricas mais recentes não implica em que estes não houvessem “existido” na inerência do ser humano, em todas as épocas, senão que essa inerência foi sendo “reconhecida” somente na medida em que a humanidade teve seus valores sendo desenvolvidos e a essência destes sendo descoberta. De

⁶⁸ NIKKEN, Pedro. El Concepto de derechos Humanos, ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José da Costa Rica, 1994

forma que entendemos esta tese como estritamente vinculada ao positivismo puro, não aprovado como filosofia correta no decorrer da história.

Para nós, a realidade da existência dos direitos humanos haverá que ser perscrutada em toda sua profundidade e abrangência, em face da estrutural importância – geralmente não observada – que esses direitos possuem ao representar fator de influencia nos posicionamentos e políticas sociais, econômicas, e internacionais das nações, e, por conseguinte, em face do ideal de justiça e estabilidade sócio-econômica que, em seu nome, é perseguido, movendo as lutas dos povos.

Por isso, contrariamente ao entendimento esposado pelo citado Autor, nós vislumbramos, sim, grande relevância, senão dizer mesmo, imprescindibilidade, de se encontrar e estabelecer quais sejam os verdadeiros fundamentos que dão legitimidade de existência dos direitos humanos no grau de sua atual importância, em especial, no presente momento histórico, no qual o já iniciado processo de globalização – fortalecido pelo neoliberalismo – já é claramente reconhecido, até mesmo no meio acadêmico⁶⁹, como risco de relativização dos direitos humanos. Isso porque, em prol de um ambiente plenamente favorável à essa livre integração sócio-econômica, onde o fator da segurança coletiva aponta-se, subjetivamente, ameaçado pelo cenário terrorista internacional, impondo-se medidas de proteção coletiva que implicam em colocação de pessoas e grupos sob suspeita e conseqüente necessidade de monitoramento e repressão de possíveis ações terroristas que eventualmente venham a ser praticadas.

É nesse contexto que o risco de violação de direitos humanos já consagrados até agora, ser praticado contra pessoa ou país inocente, além do risco de excessos cometidos no monitoramento e na repressão dessas possíveis ações também virem a violar direitos humanos fundamentais, passa a ser uma realidade já prevista, e que já começa a acontecer, dessa relativização dos direitos humanos.

⁶⁹ LOPÉZ, Mukel Berraondo. Los Derechos Humanos en la Globalización. 2004

Não se olvide, no entanto, que, não se trata aqui da pretensão de trazer para o campo da relativização as limitações legítimas dos direitos humanos, como os casos concretos de excepcionalidade (guerras, catástrofes, invasões, etc), caracterizadas pela emergência e pela gravidade em relação ao perigo de ameaça da independência e da segurança do Estado, as quais são justificadas na preservação de valores e instituições superiores – porque garantidores – desses próprios direitos humanos, e que somente podem ser estabelecidas por leis que “suspendam” e nunca “suprimam” esses direitos, e, mesmo assim, quando atendam às condições básicas da “necessidade real”, da “proporcionalidade”, da “temporalidade estabelecida”, do “respeito à essência dos direitos humanos”, e da “publicidade”.

Estamos nos referindo à relativização dos direitos humanos diante de uma “realidade subjetiva de ameaça da segurança coletiva”, existente em face de um panorama agressivo representado pela existência de grupos terroristas que agem com certa intensidade em determinadas regiões do planeta, porém não ativos universalmente a ponto de caracterizar um perigo eminente capaz de exigir o estado de exceção que justificaria uma tendência generalizada para a relativização dos direitos da dignidade humana, conforme já declinado em tópico anterior.

Nossa posição justifica-se no entendimento de que será justamente a revelação do verdadeiro fundamento dos direitos humanos que dará a base legítima para estabelecer o patamar de sua verdadeira relevância e primordialidade em face de outros direitos e interesses. Somente permitindo-se falar em possibilidades de sua relativização após esse trabalho de investigação. Daí a importância do questionamento ora levantado, a respeito dos fundamentos dos direitos humanos. Motivo pelo qual não damos por finda a questão dos fundamentos dos direitos humanos, ou mesmo, como já salientados, considerá-los irrelevantes apenas porque a maior parte dos governos existentes se uniu para a proclamação e o reconhecimento de uma Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que, por isso, a prática das relações entre os homens e os Estados esteja supostamente regulada.

Esta inconformidade e esta preocupação nos levam, pois, à busca de verdades concretas e legítimas, que nos remete ao campo dos valores, como o “fiel da balança” entre estas duas correntes contrapostas. Isto porque, a noção do valor, em todos os campos, e em especial no direito, constitui elemento de ordem primordial, como nos ensina a filosofia do direito, aqui retratada pelo ilustre magistrado e professor Paulo Nader⁷⁰, para quem, o juízo de valor emitido pelo homem em relação a um objeto – somente alcançado a partir da emissão de seu juízo de realidade e a busca de sua causa – não se confunde com a simples adesão com um valor estabelecido, que somente corresponderia a um juízo de preferência, destacando que:

Para que alguém atribua valor a um objeto é preciso que este reúna propriedades que satisfaçam às necessidades daquele. A par de tal entendimento, pode-se cogitar de uma escolha universal de valores, comuns ao gênero humano pelo que este possui de constante, pelo que lhe é próprio. Assim considerado, é inequívoco o caráter absoluto dos valores. Foi sob esse ângulo que García Morente, ao desenvolver a análise ontológica dos valores, afirmou que eles são absolutos. Para o filósofo espanhol, os valores seriam alheios ao tempo, ao espaço e à quantidade” ... e ... “Em estudo anterior, sob a influência de Recaséns Siches, situamos os valores entre os objetos ideais de conotações próprias. Sob alguns estímulos, notadamente de Miguel Reale, evoluímos em nossa concepção, reconhecendo, atualmente, plena autonomia dos valores. Não obstante estes se apresentam impregnados nos objetos reais, apenas se projetam em seu exaurimento. Eles não se identificam com as coisas em que se corporificam, apenas se manifestam.

Entendemos, pois, que é nessa diretriz axiológica que coloca em um mesmo plano a questão da inerência dos direitos humanos ao homem e a questão de sua validade perante o universo histórico-cultural passado, presente e futuro, expondo a ética – enquanto instrumento de lealdade aos valores – como o mais apropriado, ou legítimo fundamento desses direitos humanos, sobrepujando o legalismo, por exigir um constante processo de afirmação e reafirmação.

Com esse entendimento, inclusive, que Plínio Melgaré⁷¹, em referência ao entendimento de Peces-Barba quanto aos termos linguísticos usados na temática dos direitos

⁷⁰ NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*, 5ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1996, p.p.48/52

⁷¹ (Op. Cit.)

humanos, conclui pela ética como ponto vital para a elucidação dos verdadeiros fundamentos desses direitos.

Com efeito, buscando abranger a totalidade da compreensão que envolve os direitos humanos, a expressão direitos fundamentais seria adequada, posto abranger tanto a dimensão e os pressupostos éticos quanto os ingredientes jurídicos. Assim, ao mesmo tempo em que traduzem o valor ético comprometido com a dignidade humana, destacam-se juridicamente os direitos humanos, inserindo-os na normatividade do sistema jurídico. Nesse sentido, ‘los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica’ (1999, p. 37). De tais definições, recortamos que os direitos humanos ultrapassam o sentido estrito de uma ordem jurídica escrita. Com efeito, encontram-se em uma dimensão superior, transpositivista. E essa transpositividade disponibiliza e concentra uma validade universal e objetiva, possuidora de tal força e abrangência que é mobilizada, desde os tempos modernos, em todas as praças, sob qualquer circunstancia. De fato, reconhecemos que os direitos humanos assumem uma posição de princípios ético-normativos. Portanto, transcendem ao normativismo-dogmático, alicerçando e instituindo materialmente a juricidade.

E, nessa constatação, podemos concordar com o referido autor quando este afirma que, uma vez reconhecidos, os direitos humanos passaram a integrar a intencionalidade e o sentido da condição humana, e assim, fazer parte, definitivamente, do patrimônio ético da humanidade, de sorte que, é exatamente esse peso axiológico inalienável que a ética impõe o fator que legitima a existência dos direitos humanos como conquista e garantia do verdadeiro sentido de humanidade, e cuja ameaça de violação ou de relativização traz a idéia de retrocesso e perda desse sentido de humanidade que confere segurança e motivação existencial ao ser humano, de sorte que, como afirma Castanheira Neves, nas palavras de Fecher⁷² “*o homem não pode mais preteri-lo (s) sem destruir a si mesmo*”.

Assim, o valor que, mediante a ética, fundamenta a existência dos direitos humanos, é a “dignidade humana” – que é apenas uma parte dos direitos naturais, e que constituiu a busca, consciente ou inconsciente, da humanidade ao longo da história, até sua efetivação positivada – a qual se distingue por ser um valor indeclinável e incontestável sem que se negue aquele chamado sentido de humanidade, essencial para que o homem dê uso idôneo às sua capacidade única de construir uma sociedade benéfica e produtiva.

⁷² NEVES, Antonio Castanheira. Digesta, Coimbra, 1995, p. 211

Desta feita, concordamos com a idéia de que a própria universalidade dos direitos humanos se assenta sobre a afirmação da dignidade da pessoa humana (e demais valores decorrentes), devendo ser vista como um fim e não um mero aspecto instrumental, tendo sua estrutura, pois, no valor ético do ser humano.

2.3 Conteúdo dos direitos humanos: bens jurídicos da pessoa humana tutelados na história dos direitos humanos

Assentamos que o conceito de dignidade da pessoa humana não é um conceito etéreo, mas que, ao contrário, é conceito que serve para fundamentar, em momentos históricos diferentes, os distintos alcances dos direitos humanos e sua proteção ampla e efetiva.

Analisamos, pois, preliminarmente, o sentido da expressão juridicizada dos direitos humanos – direitos inerentes a pessoa humana – importando-nos, então, nesta oportunidade, desenvolver o alcance desta expressão.

É dizer, se por um lado, o sentido de direitos inerentes à pessoa humana é expresso pelo postulado inato da dignidade da pessoa humana, o alcance destes direitos, por sua vez, é expresso pelo processo histórico de desenvolvimento da humanidade que nos permite analisar quais bens jurídicos que no decorrer de séculos, e até milênios, foram se incorporando ao patrimônio humano de modo a assegurar aquele postulado⁷³.

⁷³ Este alcance expansivo fora sensivelmente apreendido pelo professor Jose Afonso da Silva ao expor que “o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direito, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. SILVA, Jose Afonso da. Op.cit. p.149.

É corrente na doutrina nacional e estrangeira a exposição didática da teoria desenvolvida pelo filósofo e cientista político italiano Norberto Bobbio acerca das chamadas gerações de direitos humanos para explicar o fenômeno do alcance dos direitos humanos.

Pertinente neste lanço é o questionamento levantado por Joaquim Herrera Flores,⁷⁴ acerca de “*de que hablamos cuando hablamos de derechos humanos?*”; “*Cuatro condiciones para una teoría realista y crítica de los derechos humanos*”; e “*la nueva perspectiva de los derechos humanos*”.

Neste estudo de direitos humanos, Joaquim Herrera destaca que os discursos sobre direitos humanos se apresentam com um tom de “ideais abstratos” incompatível com a necessária concreticidade exigida para a realista e efetiva visão de que os direitos humanos são “bens exigíveis para se viver, ou sobreviver”, considerando que a conquista de um direito não deve ser vista como uma conquista já obtida “para sempre” – na qual nada mais precise ser feito – uma vez que esses direitos estão inseridos em dinâmicas sociais que exigem idênticas dinâmicas nas conquistas desses direitos, de modo que esses não se percam mas mudanças de realidades que ocorrem continuamente, ou seja, exigem meios e instrumentos (políticos, culturais, sociais, jurídicos ou econômicos) que sejam capazes de proporcionar o acesso contínuo a esses bens.

Para chegar a essa conclusão o Autor destaca que a mudança contextual entre o surgimento e implementação inicial dos direitos humanos (1948/1966 – ocorrência de diversos fatores sociais e políticos, contributivos de um momento de grande intervenção dos Estados na defesa dos direitos humanos e o favorecimento da formação dos respectivos processos legislativos) e sua atual perspectiva (século XXI – imposição de regras de ação dos Estados, por interesses e pelo próprio contexto econômico e seu mercado, com a diminuição drástica da liberdade de intervenção dos Estados em prol daquela defesa) tem, sutilmente, substituído a visão de direitos humanos, de “garantias jurídicas de acesso a bens

⁷⁴FLORES, Joaquín Herrera. Segundo, Tercer e Cuarto Textos del Curso Interactivo de Formación Especializada en Derechos Humanos, Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, Españã.

fundamentais” por uma visão do que chama de “liberdades”, que apresentam os mesmos direitos humanos já não como uma garantia a ser tutelada pelo Estado mas como uma liberdade que pode ser exercida sem a intervenção de políticas públicas, o que faz desses direitos algo suprimível para dar lugar à competitividade do mercado⁷⁵.

Temos, pois, que o que se tem hoje para fundamentar a existência dos direitos humanos já não é mais capaz de abarcar todas as justificativas necessárias para garantir a integridade e a permanência da universalidade e da prioridade desses direitos em face das mudanças sociais e políticas mundiais ocorridas e em face do risco iminente do desaparecimento da estrutural importância de sua proteção e garantia pelos Estados. Há que se construir, portanto, uma “teoria dos direitos humanos”, cujas raízes ultrapassem o grau de abstratividade das motivações que hoje os fundamentam e alcancem a concreticidade de sua razão de ser para a existência do ser humano.

Nas palavras de Joaquim Herrera, “há que se construir, portanto, uma “teoria dos direitos humanos”, cujas raízes ultrapassem o grau de abstratividade das motivações que hoje os fundamentam e alcancem a concreticidade de sua razão de ser para a existência do ser humano”.

Como proposta de acesso às bases dessa teoria almejada pelo jurista espanhol, este apresenta três planos de trabalho.

Primer plano - Desde el punto de vista de una ‘nueva teoría’, las cosas no son tan ‘aparentemente’ simples. Los derechos humanos, más que derechos ‘propriadamente dichos’ son procesos; es decir, el resultado, siempre provisional, de las luchas que los seres humanos ponen en práctica para poder acceder a los bienes necesarios para la vida. Por tanto, nosotros no comenzamos por ‘los derechos’, sino por los ‘bienes’ exigibles para vivir: expresión, confesión religiosa, educación, vivienda, trabajo, medio ambiente, patrimonio histórico-artístico... Por eso, cuando hablamos de

⁷⁵ FLORES, Joaquín Herrera. “Cuatro Condiciones para Una Teoría Realista y Crítica de los Derechos Humanos” - Segundo Texto del Curso Interactivo de Formación Especializada en Derechos Humanos, Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España.

derechos, más que de objetos obtenidos de una vez para siempre, hablamos de dinámicas sociales que tienden a conseguir determinados objetivos genéricos: dotarnos de medios e instrumentos, sean políticos, sociales, económicos, jurídicos o culturales, que nos induzcan a pensar los derechos humanos desde una teoría en la que las verdades las ponen las prácticas sociales que intentan día tras día conseguir el acceso de todas y todos a los bienes materiales e inmateriales que se han ido conquistando en el proceso de humanización.

Segundo plano - Por tanto, una vez establecido el ‘qué’ son los derechos: esos procesos dirigidos a la obtención de bienes materiales e inmateriales, tenemos que preguntarnos el ‘por qué’ de todas estas luchas. La teoría tradicional se queda en el ‘qué’ son los derechos, pues para los que la defienden se habla de algo ya conseguido que no tiene por qué ser objeto de mayor investigación, ni de contextualización histórica, social, cultural y política. Como hemos visto, nos lo dicen el preámbulo y los dos primeros artículos de la Declaración Universal de 1948: todos tenemos los derechos reconocidos en esta Declaración. Sin embargo, para nosotros, es muy importante ampliar el análisis y trabajar en el ‘por qué’ de todos estos procesos. Cuestión que ya no atañe a lo que son los derechos, sino a su ‘significado’. ¿“Por qué” luchamos por los derechos? ... Comenzamos a luchar por los derechos, porque tenemos que vivir, y para ello necesitamos condiciones materiales concretas que permitan acceder a los bienes necesarios para la existencia.

Tercer Plano -... Estamos, pues, dirimiendo la dirección que deberían tomar esas luchas por el acceso a los bienes: la mera supervivencia, o la dignidad. Es decir, estamos marcando los fines a los que tender a la hora de llevar adelante dichas prácticas sociales. Como puede verse, hemos añadido un nuevo elemento en nuestro primer acercamiento a los derechos, el cual podemos llamar ‘dignidad humana’. De este modo, los derechos humanos serían los resultados siempre provisionales de las luchas sociales por la dignidad. Entendiendo por dignidad, no el simple acceso a los bienes, sino que dicho acceso sea justo y se generalice por igual a todas y a todos los que conforman la idea abstracta de humanidad. Hablar de dignidad humana no implica hacerlo de un concepto ideal o abstracto. La dignidad es un fin material. Un objetivo que se concreta en dicho acceso igualitario y generalizado a los bienes que hacen que la vida sea ‘digna’ de ser vivida. Nuestro objetivo no es acabar con el conjunto de buenas intenciones de los que luchan por los derechos siguiendo las pautas de la teoría tradicional. Como veremos más adelante, la lucha jurídica es muy importante para una efectiva implementación de los derechos. Con lo que queremos acabar es con las pretensiones intelectuales que se presentan como “neutrales” con respecto a las condiciones reales en las que vive la gente. Si no tenemos en cuenta en nuestros análisis dichas condiciones materiales, los derechos aparecen como ‘ideales abstractos’ universales que han emanado de algún cielo estrellado que se cierne trascendentalmente sobre nosotros. Y, realmente, lo que ocurre es que se está imponiendo una sola forma de entenderlos y llevarlos a la práctica: la forma y la práctica dominantes, que se va eternizando a pesar de que los hechos las contradigan una y otra vez. Si existe un fenómeno que se resiste a la supuesta ‘neutralidad’ científica, es el de los derechos humanos. Sobre todo, para una teoría como la nuestra que se compromete a reflexionar intelectualmente y a proponer dinámicas sociales de lucha contra los procesos hegemónicos de división del hacer humano, los cuales dividen el mundo entre los que tienen fácil el acceso a los bienes y los que de un modo o de otro ven dificultado tal fin. ¿Qué neutralidad podemos defender si nuestro objetivo es empoderar a las personas y a los grupos dotándolos de los medios e instrumentos necesarios para que, plural y diferenciadamente, puedan luchar por la dignidad: es decir, por los bienes materiales e inmateriales que están desigual e injustamente distribuidos entre los seres humanos por los procesos de división social, sexual, étnica y territorial del hacer humano. De ahí, nuestra

insistencia en que una visión actual de los derechos tenga que partir de nuevas bases teóricas e inducir a prácticas renovadas en las luchas ‘universales’ por la dignidad.

O Autor ainda define quatro condições básicas para a implantação de uma teoria dos direitos humanos⁷⁶, apresentando como primeira condição básica o estabelecimento de uma visão realística do mundo atual em que vivemos, para, sobre essa ótica de realidade – que permite a constatação dos impedimentos do acesso aos bens exigíveis para a vida em dignidade (direitos humanos) – poder-se entender e estabelecer as ações que se mostrem úteis e necessárias para tal. E por isso aponta a importância do ser o que entendemos por “objetivamente conscientes” dessas dificuldades e impedimentos, o que significaria sair do contexto discursivo / ideológico a respeito dos direitos humanos para um contexto de um discurso atuante e afirmativo, vez que, para ele, o pessimismo provém de um reconhecimento de impotência diante de uma ideologia dominante, e tira da realidade o seu caráter de “real”, o que entendemos seja a ocorrência de uma transformação conceitual da realidade, onde essa realidade passa da situação de palco para a conquista para a posição de mero ideal inalcançável, quando na verdade, afirma ele, não existem realidades absolutas (realidades totais ou absolutamente construídas) em um contexto social, mas sim espaços para a criação e acontecimentos de coisas novas.

Como segunda condição básica para se cingir de eficácia essa teoria dos direitos humanos, o citado jurista ressalta que essa visão realística do mundo atual em que vivemos deve ser crítica, no sentido de que a visão crítica não é aquela passiva, mas sim a de combate, ou seja, na qual o discurso politicamente correto simples e puro seja insuficiente, precisando ser apresentado na linguagem própria de quem o está fazendo e ser acompanhado da força que move sua luta, o que podemos chamar de “discurso politicamente correto das ações políticas, sociais, e culturais incorretas” – inabsorvíveis pelo Estado e pelas grandes Corporações – como uma forma de se colocar a altura da supremacia que representam essas oposições.

⁷⁶ FLORES, Joaquín Herrera. (Op. Cit.)

Como terceira condição básica de eficácia dessa nova teoria dos direitos humanos proposta, Joaquim Herrera entende a imprescindibilidade da abertura de espaço para a convivência pacífica e aproximação dos pensamentos críticos sociais aos pensamentos críticos culturais existentes, com o objetivo de unir forças para um enfrentamento contra o tipo de liberalismo e o tipo de globalização que reduzem a sociedade a uma única possibilidade de forma neo-liberal. Isto, porque entende pela tendência de crescente complexidade do desenvolvimento social, econômico, cultural e técnico, que dificultará cada vez mais a crítica, citando o exemplo em, que o próprio direito frequentemente é usado por grupos dominantes transgressores como instrumento de obstaculização de ações afirmativas e construtivas aos direitos humanos, e, por fim, explicando que isso ocorre porque o direito é um fenômeno ou produto cultural e que por isso as leis são feitas em função da satisfação ou não de interesses que circulam em torno dos bens exigíveis para a dignidade da vida humana. Para isso o Autor elege dois pilares de sustentação: o reforço das garantias de direitos humanos formais já reconhecidas juridicamente, e o aumento do poder dos grupos desfavorecidos para a luta do acesso aos bens sociais exigíveis para a vida digna.

Por fim, como uma quarta condição básica para a eficácia da nova teoria, o Autor entende que esse pensamento crítico requer uma busca permanente de certa independência do sistema dominante, isto, em face da tendência que os movimentos sociais possuem de se originar de idéias herdadas, motivo pelo qual tem por necessário a submissão de toda idéia e concepção propostas ou impostas à uma plataforma crítica construída pessoalmente sobre valores próprios e que seja consciente da complexidade do contexto em que vivemos e da complexidade das ações necessárias para enfrentar esse contexto, antes de tomar como nossas essa idéias e concepções, de modo a somente aderir àquilo que for condizente com nossa própria concepção de “acesso aos bens”. Quanto a isso, considera que a crítica é uma atitude aberta à capacidade humana de indignação, e que a crítica social e a crítica cultural são oportunas porque estão relacionadas à construção de vontades que capacitam a saber o que seja o melhor e mais adequado para alcançar os objetivos de dignidade humana.

Quanto a este último ponto, especificamente, considera que a crítica é uma atitude aberta à capacidade humana de indignação, e que a crítica social e a crítica cultural são oportunas porque estão relacionadas à construção de vontades que capacitam a saber o que seja o melhor e mais adequado para alcançar os objetivos de dignidade humana.

Essas atitudes representariam uma “afirmação produtiva de nossos valores”, a qual entendemos deve ser vista sob a ótica de Walter Benjamin⁷⁷ – filósofo alemão que desafia os que pretendem os condicionamentos existentes na ação social a descartarem de suas visões tudo o que se diga eterno ou imutável, no que tange à paradigmas de conduta ou soluções sociais – onde temos por possível a construção de caminhos alternativos em qualquer situação, livre de imposições colonialistas e universalistas. Essa afirmação seria, então, o primeiro passo para a construção dessa nova cultura dos direitos humanos, cuja complementação, exige, naturalmente, esforços no sentido de uma tripla abertura: epistemológica, intercultural, e política.

No terceiro texto⁷⁸ o autor alerta que a importância de uma visão dos direitos humanos dentro de nossa realidade contemporânea – diferentemente da visão obtida na realidade social, política e econômica existente na época da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando os maiores problemas humanitários estavam relacionados à descolonização internacional e à necessidade de consolidação de uma nova ordem internacional, surgida depois da 1ª e da 2ª guerras mundiais – se avulta com a realidade de nossos atuais problemas humanitários se concentram na destruição das importantes conquistas sociais obtidas mediante as grandes lutas e esforços ocorridos nas décadas de 60 e de 70, iniciada após a queda do comunismo nesse final de século passado, acima já colocados, os quais chegaram a contaminar as bases de instituições econômicas vitais na esfera das relações econômicas internacionais, como FMI, BIR, OMC (com a imposição de uma espécie de escravidão das comunidades pobres em dívidas internacionais impagáveis enquanto

⁷⁷ Benjamin, W., “El carácter destructivo”, Discursos Interrumpidos I, Taurus, Madrid, 1973, pp. 160.161

⁷⁸ FLORES, Joaquín Herrera. “La Nueva Perspectiva de los Derechos Humanos” - Tercer Texto del Curso Interactivo de Formación Especializada en Derechos Humanos, Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España.

implementam a apropriação de seus recursos humanos e naturais em prol do desenvolvimento dos países ricos).

Ressalvamos, contudo, em concordância com o Autor, o surgimento de um embrionário “renascimento de indignação social” com o emergir de novas lutas contra essa nova ordem global, que poderia ser chamado de “globalização a partir de baixo”, e que deve ter em foco a necessária inter-relação entre o sistema e os interesses globais e os interesses locais. Nesse sentido, sua proposta da obtenção de uma visão contextualizada dos direitos humanos estaria visando a obtenção de idéias e conceitos compatíveis, capacitadores de uma ação assecuratória da validade desses direitos humanos já conquistados, bem como, conquistadora de maiores avanços de obtenção da dignidade humana.

Parte II

TUTELA JURISDICIONAL INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: O DIREITO À JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

(...) à falta de uma instância internacional apropriada, toda intervenção no domínio dos direitos humanos pode se constituir em mera manobra, sobretudo política, ou num gesto muitas vezes inútil ⁷⁹.

⁷⁹ Hélio Bicudo esclarece: “se reconhecemos o direito dos povos a dispor deles mesmos, é preciso não somente reconhecer o seu direito de existir enquanto uma entidade política, mas ainda admitir que eles possam escolher livremente o estatuto das pessoas, conforme suas tradições culturais e religiosas. Para tomar um só exemplo, a regra da igualdade dos sexos deverá ceder o passo diante da realidade da poligamia. De uma maneira geral, entre o universalíssimo jurídico e o pluralismo cultural que se impõe, se desejarmos respeitar a identidade étnica e política das comunidades, a conciliação parece difícil. Os sistemas de valores sobre os quais repousa a civilização dessas comunidades são por vezes muito diferentes para ser reduzidas a uma união sobre certos pontos importantes. A ação internacional nesses casos comporta, sem dúvida, riscos de manipulação política. As recentes intervenções americanas em favor dos direitos das minorias no Oriente Médio - veja-se o que aconteceu durante a chamada “guerra do golfo” e seus desdobramentos - têm os direitos humanos como pretexto e objetivam, em última análise, resguardar os interesses americanos, sobretudo no domínio da produção do petróleo e derivados. A garantia dos direitos supõe que se ponha em prática mecanismos apropriados, tais como a possibilidade de apropriação de recursos e a organização de jurisdições especiais, de sanções e de meios de contenção...” (*BICUDO, Hélio. Estratégias para a Promoção da Punibilidade das Violações dos Direitos Humanos. Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais. Fundação Alexandre de Gusmão, <http://www2.mre.gov.br/ipri/Papers/DireitosHumanos/Artigo05.doc>).

O direito à proteção jurisdicional internacional dos direitos humanos, ganha foro nas discussões doutrinária e jurisprudencial internacional como condição imprescindível de efetividade dos direitos internacionalmente proclamados⁸⁰.

Inicialmente, cumpre-nos destacar que a idéia de que a pessoa humana tem o direito de se valer de uma instância judicial para prevenção ou reparação a danos causados a eventual direito fundamental encontra guarida nos pensamentos e teses ideológicas que remontam às próprias declarações de direitos do início da Idade Média⁸¹.

É de se recordar que sobre este direito, o capítulo 39 da *Magna Charta libertatum* de João Sem-Terra, na Inglaterra, em 1215, já consagrava que “*nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus paras ou de harmonia com a lei do País*”.

Com a institucionalização dos primeiros textos constitucionais modernos (Constituição Norte-Americana de 1787, Constituição Francesa 1791), esta idéia de que o acesso a instância judicial passa a constituir um direito da pessoa humana, ganha nova roupagem, já sob a perspectiva de verdadeira garantia constitucional. Assim é que se inicia um verdadeiro processo de constitucionalização do direito processual, ao passo em que se vão formulando as primeiras ações constitucionais.

De fato, o processo de materialização do direito de ação não se limita à alçada estatal e vai ganhar foro internacional ao longo da história da humanidade. Na verdade,

⁸⁰ A efetividade destes direitos quando resistidos depende, em ultima instancia, da existência de uma sentença judicial alcançada por meio de uma medida processual, que converta a pretensão em certeza e, por fim a certeza em execução.

⁸¹ Lembramos neste ponto que tais declarações de direito, muitas delas, frutos dos movimentos revolucionários do século XVIII, constituem, com suas bases ideárias, a fonte material de inspiração tanto dos textos constitucionais modernos quanto da normativa interamericana na disposição sobre direitos fundamentais.

a configuração do direito à proteção jurisdicional internacional dos direitos humanos pode ser tributada à própria normativa internacional que consagra o direito de ação como direito fundamental.

Desde 1948, a normativa internacional e, em particular, a interamericana, por meio de diversos instrumentos internacionais, reforçou o direito de ação como proteção dos direitos humanos. Impôs assim, o dever de se prestar recursos dotados de celeridade e efetividade, destinados e legitimados ao amparo dos direitos internacional e constitucional, legalmente reconhecidos, perante os juizes ou tribunais competentes, contra atos de violação ou atentado a estes direitos.

Na conjuntura normativa internacional resta reconhecido, expressamente, tal direito, como se pode constatar na redação das seguintes disposições internacionais:

Toda persona puede ocurrir ante los Tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen en perjuicio suyo, a alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente⁸². Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley⁸³. “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos por la presente Convención hubiesen sido violados, tiene derecho a que se le conceda un recurso efectivo ante una autoridad nacional, incluso cuando la violación hubiese sido cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales⁸⁴.”

“a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;

⁸² Artigo XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

⁸³ Artigo 8º da Declaração Universal de los Derechos Humanos.

⁸⁴ Artigo 13 da Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso⁸⁵.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial,

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso⁸⁶.

De fato, a própria coletividade internacional apreendeu o direito à justiciabilidade dos direitos humanos como um “*estándar mínimo común*”, consistente na obrigação estatal de garantir a proteção judicial dos direitos consagrados na própria normativa internacional mediante recursos céleres e efetivos.

Contudo, depreende-se, da leitura textual de todos os dispositivos convencionais acima elencados, que, embora esteja primeiramente dirigida aos Estados – titulares do monopólio judicial – a atenção da normativa internacional dirige-se também a si própria. Ou seja, há um comando jurídico internacional dirigido à própria comunidade internacional, no sentido de que também esta comunidade estabeleça e garanta a justiciabilidade dos direitos humanos que reconhece e proclama.

Neste sentido é de se registrar a cuidadosa observação tecida pelo ex-Presidente da Comissão Interamericana de Derechos Humanos, *Carlos M. Ayala Corao*:

(...) lo natural y lo normal, es que los tribunales nacionales reparen y restablezcan las lesiones o violaciones causadas a los derechos y garantías de la persona humana,

⁸⁵ Artigo 2º do Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

⁸⁶ Artigo 25 da Convención Americana sobre Derechos Humanos.

a través de las diversas acciones y recursos, en especial, a través de los tipos de amparo constitucional... (...) Cuando las violaciones a los derechos humanos no son reparadas por los mecanismos de Derecho Interno, como pueden ser en muchos casos los diversos instrumentos de amparo y habeas corpus, la jurisdicción nacional debe considerarse agotada, y en consecuencia, se habilita la jurisdicción internacional de los derechos humanos⁸⁷.

Em princípio, a jurisdição internacional não se imiscui em questões de direito interno. Atua de forma complementar à proteção existente no direito interno em relação à garantia dos direitos humanos, suprimindo as omissões ou reprimindo as ações violadoras destes direitos, por parte do Estado.

A consequência lógica da preocupação internacional para com a efetiva tutela processual dos direitos humanos vai se materializar na tendência de criação de espaços internacionais judiciários e jurisdicionais para a realização da tutela internacional dos direitos declarados. É que como bem anota Fernando Jayme não é suficiente apenas assumir o reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais do indivíduo. A garantia jurisdicional destes direitos é que assegura o seu efetivo cumprimento, no caso de virem a ser violados pelo Estado⁸⁸.

Dentro desta perspectiva, nos propomos a dispensar especial atenção, no capítulo seguinte, ao fenômeno da expansão e especialização de tribunais internacionais, apontando quais são, atualmente, os tribunais internacionais de proteção dos direitos humanos em atividade. Da mesma sorte, buscaremos destacar os pressupostos paradigmáticos do acesso à justiça internacional dos direitos humanos.

No momento oportuno analisaremos, especificamente, o direito à justiciabilidade internacional dos direitos humanos à luz da jurisprudência da Corte Interamericana, bem como ao processo evolutivo de participação do indivíduo no cenário processual internacional dos direitos humanos.

⁸⁷ CORAO. Carlos M. Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano Como Institutos para La Protección de Los Derechos Humanos, in:

⁸⁸ JAYME. Fernando G. Direitos Humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos. Belo Horizonte, 2005. p

Capítulo I

JUSTIÇA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado: compreendeu-se, pouco a pouco, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, como não poderia esgotar-se, na atuação do Estado. Cançado Trindade⁸⁹

O foco de estudo do presente capítulo destina-se a apontar, em uma breve visão panorâmica, quais são os tribunais criados no âmbito internacional para o contencioso internacional dos direitos humanos.

Centra-se, ainda, na demonstração de que a existência, expansão de atuação e especialização de um contencioso internacional dos direitos humanos constitui conseqüência lógica da exigibilidade dos direitos humanos e, ao mesmo passo contribui para o fortalecimento dessa exigibilidade face o Estado.

Em outras palavras, a existência de um contencioso internacional dos direitos humanos reforça a noção de que a concepção contemporânea dos direitos humanos repudia qualquer idéia nefasta de concebê-los como meras expectativas de direitos, promessas ou esperanças. Reforça ainda a tendente noção de que existem em sua contrapartida jurídica, deveres autênticos, que, dada sua própria natureza, podem ser ativados mediante a pretensão de tutela acolhida em uma sentença.

Nessa perspectiva situamos o fenômeno da proliferação de órgãos jurisdicionais internacionais⁹⁰, bem como do aperfeiçoado de um considerável número de

⁸⁹ Ob.cit., p.3-4

⁹⁰ Este fenômeno reflete, nas palavras de Jorge Bacelar Gouveia, a crescente judicialização da repressão da ilicitude internacional. Sobre a temática o autor explica que “a via judicial representa a resolução do litígio a partir da intervenção de tribunais judiciais, estruturas permanentes e integradas no poder judicial internacional. Diferentemente do que sucede com os tribunais arbitrais, nos tribunais judiciais as partes em conflito não interferem na escolha dos juizes, que formam um corpo próprio e estável. Por outro lado, as suas decisões são proferidas nos termos das regras processuais aplicáveis, em razão do estatuto internacional que prevê tais

instrumentos processuais que formaram uma ampla esfera protetora dos próprios direitos humanos, à entrada em vigor dos inúmeros instrumentos internacionais sobre direitos humanos estudados na primeira parte deste trabalho.

Esta proliferação de órgãos jurisdicionais internacionais constitui uma notável característica do desenvolvimento do direito internacional no último século, e representa: *"un esfuerzo por mejorar la eficiencia de las obligaciones de derecho internacional público, con el establecimiento de algunos mecanismos convencionales de seguimiento, en particular en el campo de los derechos humanos"*⁹¹.

Nesta mesma senda Jorge Bacelar Gouveia anota que:

A existência de tribunais internacionais igualmente aconteceria no âmbito da protecção dos direitos humanos, no estrito fito de se conferir uma efectividade adjectiva acrescida às respectivas declarações de direitos;

Qualquer sistema internacional de defesa dos direitos humanos beneficia muito de bons mecanismos de verificação da sua observância, mas nem todos são propriamente eficazes nesse seu papel, diversos os caminhos que têm sido gizados para se lograr alcançar esse objectivo;

A criação de tribunais internacionais de direitos humanos, até ao momento, correspondeu ao grau mais avançado que o Direito Internacional conhece nesse sector: — não só determina a passagem da autoridade para identificar essas violações de um nível interno para um nível supra-estadual; — como também lhe permite aplicar as sanções que lhe caibam, que são existentes e assim também processualmente plausíveis.

O sistema europeu de direitos do homem, tendo sido o primeiro na respectiva criação substantiva, foi também o primeiro do ponto de vista adjectivo, designadamente quanto à criação do TEDH⁹².

tribunais. A tendência geral do Direito Internacional sinaliza a intensificação da resolução dos conflitos pela via jurisdicional, sendo apreciáveis os múltiplos exemplos que testemunham essa tendência. Além disso, o recurso crescente às soluções jurisdicionais ocorre, ao mesmo tempo, com um sentido ambivalente que se retira de cada uma daquelas duas mencionadas vias: - há mais e mais tribunais arbitrais, essencialmente para as questões de índole económica; e - há mais e mais tribunais judiciais, essencialmente para as questões político-humanitárias". GOUVEIA, Jorge Bacelar. Op. cit., p. 554.

91 DUPUY, P. M., The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice, (199) NYU J Int'l L & Pol 791, 795: "An effort to improve the efficiency of public international obligations, with the establishment of some conventional and sophisticated 'follow-up machineries', in particular in the field of human rights, international economic law, international trade law, and international environmental law".

⁹² GOUVEIA, Jorge Bacelar. Op. Cit, p.559.

Semelhantemente, mas já voltada à tutela processual dos direitos humanos no âmbito interamericano, Viviana Krsticevic ressalta que:

(...) el establecimiento de mecanismos para la protección internacional de los derechos humanos es resultado del esfuerzo de los Estados Americanos de poner límites a sus propias acciones en beneficio de la dignidad humana. En este sentido, la protección judicial y vinculante brindada por el sistema interamericano expresa el mayor grado de compromiso jurídico con los derechos protegidos⁹³.

De fato, não se pode olvidar que o processo de jurisdicionalização da proteção internacional dos direitos humanos traduz a convicção da comunidade internacional de que os atos estatais que golpeiam profundamente a consciência da humanidade, não podem depender unicamente das legislações e tribunais dos Estados em cujos territórios foram cometidos⁹⁴.

⁹³ KRSTICEVIC, Viviana. El papel de las ONGS en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Tramite de los casos ante la corte interamericana de derechos humanos. In: “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por Antônio Augusto Cançado Trindade, 2 ed., p. 407-425, San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003).

⁹⁴ Com o fim do Império Romano pagão, nasce o Império Romano cristão. A comunidade cristã na Europa tem o seu “tribunal supranacional” nas decisões do Papa. Quando o gládio temporal é retirado das mãos do Vaticano, o processo de formação do Estado moderno, desaparece a instância decisória super partes e cada uma das novas organizações políticas, cuja denominação - Estado - foi popularizada por Machiavelli, pretendeu-se absoluta, titular de poder ilimitado para dentro e para fora: a soberania. No Ocidente o poder de dizer quem tem o direito, quem tem o dever e o poder de executar coercitivamente a decisão jurisdicional, foi monopolizado pelo Estado desde o fim do período medieval. A formação do Estado moderno é a história da concentração do poder de criar, aplicar e executar normas jurídicas..., Não sendo súditos, os Estados não têm a quem recorrer para julgar litígios e dar cumprimento forçado às decisões; cada um pode tanto quanto sua força assegura. Estão em situação natural, idêntica à imaginada pelos contratualistas. Principis principi lupus. A barbárie dessa situação tosca na qual os próprios interessados dizem qual é o direito, de quem é o direito e sobre quem recai a correlata obrigação, mostrou-se com crueza nas centenas de grandes e pequenas guerras que dilaceraram a Europa. Esses fatos deram azo à percepção de que somente a regulação política das relações entre Estados não era suficiente para assegurar a paz. Percebeu-se a necessidade de criar instituições destinadas a mediar, arbitrar e, quiçá, julgar os litígios. “A violência, a autotutela, quer entre indivíduos, quer entre Estados, não pode ser superada sem o concurso de instituições legítimas destinadas a dizer qual é e quem tem o direito.” No período das guerras religiosas, iniciadas com a Reforma Protestante e encerradas em 1648, pelos Tratados de Westphalia, a afirmação da novíssima idéia da soberania impedia qualquer articulação doutrinária ou política destinada a criar instância acima dos Estados. Em Westphalia alcançou-se algo difícil para a radicalidade então presente: os Estados contratantes reconheceram-se como iguais em soberania e, portanto, sujeitos aptos a exercerem direitos e a assumirem obrigações entre si. A idéia de uma instituição destinada a assegurar a paz entre os Estados foi desenvolvida por Kant, que propôs uma foedus pacificum (federação da paz), que não teria poder sobre os Estados, não seria a civitas maxima, mas ao articular-se entre eles, tentaria manter a paz. O problema percebido por ele é que os Povos organizados em Estado, consideram-se como entes singulares em situação de natureza, soberanos e insusceptíveis à vontade de outrem. A proposta de Kant foi execrada por Hegel, para quem os desentendimentos entre as soberanias só podem ser resolvidos pela guerra, pois não há “pretos mas, quando muito, árbitros ou mediadores entre Estados e da sua vontade dependem as contingentes arbitragens e mediações”.¹⁰ A mesma postura aparece em Nietzsche, para quem uma estrutura universal destinada a prevenir

Sob esta lógica é que se destacam três tribunais internacionais que atuam, direta e especificamente, na proteção dos direitos humanos: a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Penal Internacional⁹⁵.

Cumpre-nos salientar, por fim, que a tutela jurisdicional internacional dos direitos humanos não é a única possível⁹⁶. Nem tão pouco a única desejável. Há outros

todas as guerras seria destrutiva, um sinal de fastio, de dissolução das tensões que asseguram a vitalidade humana.¹¹ No decisionismo de Carl Schmitt, que se põe como a antítese ao racionalismo político liberal, a guerra é a expressão mais alta da natureza humana, do que existe de força política capaz de preencher o vazio criado pelo liberalismo. O colóquio eterno da democracia liberal depara-se com momentos excepcionais em que não é possível a mediação, fazendo imprescindível uma decisão pessoal, um diktat, porque nas situações difíceis é mais relevante a decisão do que o modo pelo qual se chega a ela. Com os tratados que selaram o fim da primeira guerra mundial, especialmente o Pacto das Nações (art. 14), foi criada a Corte Permanente Internacional de Justiça, instalada em 1920 na cidade de Haia, para a qual Rui Barbosa foi eleito com 38 dos 40 votos possíveis.¹⁵ Esta Corte tornou-se, com a extinção da Liga das Nações, em 1946, o principal órgão judicial da Organização das Nações Unidas.¹⁶ Ao fim da II Guerra Mundial foram criados dois tribunais internacionais destinados a julgar a responsabilidade penal (pessoal) dos dirigentes políticos e militares derrotados, aos quais imputou-se a prática de crimes de guerra.¹⁵ A doutrina não chegou a acordo sobre a natureza do Tribunal de Nuremberg: supranacional, interaliados, extensão da soberania da Alemanha, exercida pelos vitoriosos. O Tribunal de Tóquio não despertou a mesma celeuma porque criado e conduzido pela autoridade militar norteamericana. Com o fim da guerra fria a Organização das Nações Unidas passa a ser palco de grandes decisões internacionais e a secularmente mal resolvida situação dos Balcãs volta a expor suas mazelas. A Europa se vê outra vez diante de imagens aterradoras. A ONU reagiu e o Conselho de Segurança, pela Resolução 808 de fevereiro de 1993 criou o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Instalado em Haia, julga os crimes ocorridos desde janeiro de 1991. Em seu Estatuto estão tipificados os crimes e preceituadas as regras processuais. Em 1994, pela Resolução 955, o Conselho de Segurança criou o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, com sede na Tanzânia; no Estatuto está preceituado o tempo de existência e a competência *ratione materiae* e *personae*. Ambos são Tribunais supranacionais. Todavia, julgam os derrotados. Soberanias eventualmente vitoriosas em guerra poderão ver seus agentes submetidos a julgamento pelo Tribunal Penal Internacional e constitui, desde o dia 1º de julho de 2002, uma Corte de Justiça, com juízes permanentes, protegidos pela inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e direito a cumprirem integralmente o período de investidura. (WENDPAP. Friedmann Anderson. Justiça Supranacional na América do Sul. http://www.cjf.gov.br/revista/outras_publicacoes/propostas_da_comissao/15_justica_supranacional_na_america_do_sul.pdf).

⁹⁵ Este constituiu o mais recente tribunal internacional focado na proteção do indivíduo contra as arbitrariedades estatais e, representa como salienta Guilherme da Cunha: “um progresso importante na aplicação prática do mecanismo da jurisdição universal; posto que esta já havia sido incorporada ao Direito Internacional escrito desde agosto de 1949, quando foram aprovadas pela comunidade internacional as quatro Convenções de Genebra sobre o Direito Internacional Humanitário. O conceito ou a probabilidade de jurisdição internacional está igualmente previsto em outros tratados internacionais, como, por exemplo, na Convenção para Prevenção e Ascensão do Delito de Genocídio, de 1948, e na Convenção contra a Tortura, de 1984, simplesmente para citar dois tratados internacionais que supõem e que implicam a existência da jurisdição universal. Os Estados-membros desses tratados estariam, assim, ética e juridicamente, obrigados a julgar esses graves delitos e a castigar seus autores”. (CUNHA, Guilherme. *As Dimensões Políticas e Humanitárias da Criação do Tribunal Penal Internacional*. Revista Conselho da Justiça Federal).

⁹⁶ Neste sentido Dinah Shelton ao estudar acerca dos remédios internacionais para proteção dos direitos humanos traça uma panorâmica geral das Instituições e Tribunais Internacionais direcionados a esta missão, asseverando que: “close to a dozen international procedures allow victims to denounce violations of their rights by a state party to the relevant treaty. To enhance compliance with the human rights obligations contained in the United Nations Charter, public and private procedures address gross and systematic violations of internationally-recognized human rights and thematic rapporteurs or working groups appointed by the United Nations Commission on Human Rights accept complaints or information about violations of specific human rights.

instrumentos e órgãos – cujo empenho não se despreza – instituídos, nacional ou internacionalmente que se prestam a promover e alcançar o império dos direitos humanos. Entre os instrumentos de nossa ordem nacional destaca-se o direito de petição (artigo 5º, XXXIV), mandado de injunção (artigo 5º, LXXI), o mandado de segurança individual e coletivo (artigo 5º, LXIX e LXX), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, §1º), todos previstos na Constituição Federal de 1988. E, no plano internacional revelam-se de notável valor, as diversas, benéficas e crescentes funções atribuídas à comissões, comitês e relatores, através de informes, recomendações e relatórios entre outros meios de igual importância⁹⁷.

Within the larger Nations system, the International Labor Organization and UNESCO have developed human rights complaint procedures for violations of rights within their mandates. Human rights treaty bodies established pursuant to the International Covenant on Civil and Political Rights, the Convention against Torture may receive petitions within their specific jurisdictional limits. Regional systems in Europe, the Americas, and Africa parallel and extend the global efforts.” Remedies in International Human Rights Law. Oxford University Press.

⁹⁷ The Statute of the International Court of Justice (1945) takes a traditional position and does not foresee the possibility of access to it by individuals. As stated by Article 34, para. 1, "Only States may be parties in cases before the Court COMPLAINTS PROCEDURES ESTABLISHED BY THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS TREATIES

2.1 International Covenant on Civil and Political Rights and its Optional Protocol In accordance with the Optional Protocol to the International Covenant of Civil and Political Rights¹³, States Parties recognized the competence of the Human Rights Committee¹⁴, to receive and consider communications from individuals who claim to be victims of a violation by the State Party of any rights set forth in the International Covenant of Civil and Political Rights The International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination established (Article 14) a procedure which allows individuals or groups of individuals who claim to be victims of violation of any rights set forth in this Convention to present a complaint to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. The Committee consisting of 18 experts serving in a personal capacity is a body created for the monitoring of the implementation of the Convention. The communication may be presented only in the case where the State concerned is a party to the Convention and has declared that it recognizes the competence of the Committee to receive such complaints The Convention against Torture provides, in Article 22, that a State Party to the Convention may declare that its recognizes the competence of the Committee against Torture¹⁸ to receive and consider communications from or on behalf of individuals subject to its jurisdiction who claim to be victims of a violation by a State Party to the provisions of the Convention. In 1978 the Executive Board of UNESCO by its decision 104 EX/3.3 (4) instituted a special procedure for the examination of cases and questions submitted to UNESCO concerning the exercise of human rights in its sphere of competence. In the exercise of its competence, UNESCO is called upon to examine cases concerning violations of human rights which are individual and specific questions of massive, systematic or flagrant violations of human rights and fundamental freedoms which result either from a policy contrary to human rights applied de jure or de facto by a State or from an accumulation of individual cases forming a consistent pattern. the Additional Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights, establishing an African Court on Human and Peoples' Rights, was adopted in June 1998 by the Heads of State and Government of the Organization of African Unity²¹. The jurisdiction of the Court shall extend to all cases and disputes submitted to it concerning the interpretation and application of the Charter, the Additional Protocol and any other African human rights convention. The Court may also, at the request of a Member State of the OAU, any of its organs, or any African organization recognized by the OAU, provide an opinion on any legal matter related to the Charter or to any African human rights instrument. As foreseen in Article 5, cases may be submitted to the Court: (a) by the Commission; (b) the State Party which has lodged a complaint to the Commission; (c) the State Party against which the complaint has been lodged at the Commission. The Statute provides further that the Court may, on exceptional grounds, allow individuals, non-governmental organizations and groups of individuals to bring cases before the Court which will submit to each regular session of the Assembly a report on the work. The the General Assembly in October 1999 already adopted the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women²². As foreseen by Article 1, a State Party to the Protocol recognizes the competence of the

Contudo, dentro do contexto deste trabalho e, especificamente deste ponto do nosso estudo, a atenção estará limitada a examinar a justiciabilidade internacional dos direitos humanos dentro do marco específico da Jurisdição Interamericana.

1.1 Novos paradigmas para o acesso à justiça internacional

A leitura e a compreensão da tutela internacional dos direitos humanos mediante a atuação de um órgão judicial com estrutura e mecanismos próprios de funcionamento só pode ser legitimamente realizada mediante uma acentuada transição paradigmática de conceitos e institutos jurídicos que circundam aquela realidade jurídica.

Apesar dos entraves e das incertezas, próprios inclusive da novidade, da complexidade e da rapidez dos acontecimentos neste âmbito da tutela internacional dos direitos humanos, é de fato, necessário passar em revista idéias tradicionais de modo a acompanhar a continuidade e as mudanças do tempo.

Esta revisão de idéias tradicionais revela a perene busca do Direito para estar em sintonia com os fatos e não obsoleto diante deles. Ademais, contribui para o progresso científico, isto é, para a atualização do conhecimento.

Committee on the Elimination of Discrimination against Women to receive and consider communications which may be submitted by or on behalf of individuals or groups of individuals, under the jurisdiction of a State Party, claiming to be victims of a violation of any rights set forth in the International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979). Communications shall not be anonymous, should be presented after the exhausting of all available domestic remedies and should concern a State Party to the Protocol. Symonides. Janusz. Access of Individuals to International Tribunals and International Human Rights Complaints Procedures In: Memoria del Seminario "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI" / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por Antônio Augusto Cançado Trindade - 2 ed. - San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p.481

Portanto, delimitamos inicialmente os conceitos e os institutos jurídicos relacionados à justiça internacional dos direitos humanos que serão gradualmente enfrentados nos tópicos seguintes.

O tópico inicial a ser considerado é a natureza jurídica dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, buscando expor assim, de que maneira a especificidade destes tratados afeta a existência e o fortalecimento da justiça internacional de proteção dos direitos humanos.

Em seguida, afigura-nos imprescindível tecer considerações, sob uma perspectiva histórico-internacional, sobre o tratamento jurídico internacional dispensado às noções de personalidade e capacidade jurídica internacional, projetadas sobre o indivíduo e, então fixar o status jurídico da pessoa humana ou de grupo de pessoas junto e perante a sociedade internacional.

Finalmente, procedemos à meditação sobre a transição teórica do juízo de soberania estatal dada por meio do condicionamento histórico internacional da posição do Estado junto à sociedade internacional.

Com efeito, o acesso à justiça internacional, nos moldes ofertados pelos tratados internacionais de direitos humanos, conduz à crucificação dos dogmas arraigados na tradicional consciência internacional e constitucional a respeito da noção de sociedade internacional⁹⁸ e de soberania, para então cristalizar a desnacionalização da proteção dos direitos humanos e, portanto, também, das supostas vítimas de violação dos direitos humanos.

⁹⁸ Para elucidarmos o sentido que adotamos a este termo, valemo-nos dos precisos ensinamentos de Celso Albuquerque de Mello: “a descrição da sociedade internacional significa a apresentação dos entes que a compõem e das forças mais atuantes na vida social internacional. A maioria dos entes se tornam possuidores de direitos e deveres outorgados pela ordem jurídica internacional, transformando-se em sujeitos de direito”. (MELLO. Celso Albuquerque. Ob.cit., p.42)

1.1.1 A especialidade do direito internacional dos direitos humanos

A posição jurisprudencial traçada pela Corte Internacional de Justiça⁹⁹ já nos seus tempos remotos destacou as diferenças emanadas dos tratados multilaterais de tipo tradicional e os tratados de Direitos Humanos no campo das obrigações dos Estados nos seguintes termos:

En particular debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen frente a otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su naturaleza las primeras conciernen a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos implicados, puede considerarse que todos los Estados tienen interés legal en su protección: son obligaciones *erga omnes*... Tales obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho internacional contemporáneo, de los actos ilegales de agresión, del genocidio, y también de los principios y reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana¹⁰⁰.

Jorge Cardona Llorens em sede de estudo da natureza jurídica da função contenciosa da Corte Interamericana destaca que o direito a ser aplicado por este órgão judicial não tem as mesmas características que o direito internacional tradicional.

Assim, a partir dos pronunciamentos da Corte Interamericana que, acerca da temática se pronunciou em duas oportunidades, na Opinião Consultiva OC-2/82 de 24 de

⁹⁹ Neste sentido também é oportuno registrar-se semelhante observação exarada por Stefan Kirchner no seguinte sentido: "The art. 103 UN Charter requires supremacy of respect for Human Rights over other obligations. But Human Rights treaties already are different from ordinary treaties" in so far as e.g. the reservations-regime of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) is inappropriate with respect to them²⁶ and succession into Human Rights Treaties is automatic.² The special nature of Human Rights treaties, which make individuals true holders of rights and not only mere beneficiaries, is also reflected in Art. 60 (5) VCLT. Yet, at the time being, only jus cogens rules as well as obligations *erga omnes* can be considered to be of a constitutional nature, as well as obligations arising out of the UN Charter²⁸ and general principles.²⁹ Human Rights treaties have arguably reached a status which elevates them over other treaties, so that it could be argued that they form a third, middle level of norms, from which they can in the future become constitutional norms. (KIRCHNER, Stefan. "International Constitutional Law: Hierarchy and Relative Normativity in Today's and Tomorrow's International Law" (August 27, 2003). <http://ssrn.com/abstract=445123>).

¹⁰⁰ Corte Internacional de Justicia, Barcelona Traction Light and Power Company Limited, arrêt, CIJ, Recueil, 1970

setembro de 1982¹⁰¹ e Opinião Consultiva OC-1/82 de 24 de setembro de 1982¹⁰², Llorens especifica que as características especiais que individualizam o Direito Internacional dos Direitos Humanos “*tienen su fundamento en el objeto y fin de este sector del Derecho (a), lo que provoca diferencias significativas en materia de características formales de las normas (b), de contenido sustantivo de las mismas (c), o incluso de cuestiones procesales (d)*”¹⁰³”. Neste sentido registra o autor que:

Como ha señalado la Corte desde su más temprana jurisprudencia, "los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. En otras palabras, los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano.

Segundo Llorens, a exata natureza jurídica dos tratados de direitos humanos, distinguindo-os, desta feita, dos tradicionais tratados internacionais tem como ponto crucial o objeto dos tratados de direitos humanos, qual seja, a tutela da pessoa humana independente de sua nacionalidade. Para traçar as distinções relacionadas às características formais da norma de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Llorens se firma nos apontamentos exarados juiz Cançado Trindade na prolação do voto do Caso Blake segundo o qual:

(...) un décalage entre el derecho de los tratados, y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las soluciones del primero, consagradas en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986), fueron erigidas en gran parte sobre la premisa del equilibrio del acuerdo de voluntades entre los propios Estados soberanos, con algunas significativas concesiones a los intereses de la llamada comunidad internacional (identificadas sobre todo en la consagración

¹⁰¹ El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2; párr. 29.

¹⁰² "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1, párr. 24.

¹⁰³ LLORENS. Jorge Cardona. La Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la función contenciosa de la Corte a la luz de su jurisprudencia in: Memoria del Seminario el Sistema Interamericano de protección de Los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - TOMO I. p. 314.

del *jus cogens* en los artículos 53 y 64 de ambas Convenciones de Viena). Las soluciones del segundo se erigen sobre premisas distintas, contraponiendo a dichos Estados los seres humanos victimados bajo su jurisdicción, titulares últimos de los derechos de protección. De ahí la tensión ineluctable entre uno y outro (...). La tensión entre los preceptos del Derecho Internacional Público y los del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es de difícil explicación: mientras los conceptos y categorías jurídicos del primero se han formado y cristalizado sobre todo en el plano de las relaciones interestatales (bajo el dogma de que sólo los Estados, y más tarde las organizaciones internacionales, son sujetos de aquel ordenamiento jurídico), los conceptos y categorías jurídicos del segundo se han formado y cristalizado en el plano de las relaciones intraestatales, es decir, en las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones (erigidos estos últimos en sujetos de aquel ordenamiento jurídico)¹⁰⁴.

Nesta linha de raciocínio também está Celso A. de Mello que, baseando-se em Frédéric Sudre adverte:

(..) O aparecimento do direito internacional dos direitos do homem "reconhece" a unidade da política interna e da política exterior dos Estados". Ele é um direito "politizado" e ideológico². Ele, ao contrário do clássico Direito Internacional, não tem por base a "reciprocidade"¹⁰⁵.

Percorrendo também a linha de raciocínio assinalada pela Corte em sede de estudo da responsabilidade internacional do Estado, André de Carvalho Ramos esclarece que:

¹⁰⁴ Caso Blake, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C No. 36, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párrs. 5 yss e 16 y ss.

¹⁰⁵ Continua Llorens registrando que "Con estas afirmaciones, la Corte sigue, como ella misma afirma⁴, la jurisprudencia sentada ya por la Corte Internacional de Justicia respecto a los tratados humanitarios modernos al señalar que "en este tipo de tratados, los Estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que son la razón de ser de la Convención"⁵; así como la de la Comisión Europea de Derechos Humanos que, a su vez, se ha pronunciado en forma similar en el caso Austria vs. Italia (1961) en el que declaró que las obligaciones asumidas por los Estados Partes en la Convención Europea de Derechos Humanos "son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes"⁶; o la Corte Europea de Derechos Humanos que afirmó, en el caso Irlanda vs. Reino Unido (1978), que "a diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una 'garantía colectiva'"⁷. Igualmente, en el caso Soering vs. Reino Unido (1989), la Corte Europea declaró que la Convención Europea "debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias" (LLORENS, Jorge Cardona. La Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la función contenciosa de la Corte a la luz de su jurisprudencia, Ob.Cit. p.317)

(...) esses tratados de direitos humanos são diferentes dos tratados que normatizam vantagens mútuas aos Estados contratantes. Com efeito, o objetivo dos tratados de direitos humanos é a proteção de direitos de seres humanos diante do Estado de origem ou diante de outro Estado contratante, sem levar em consideração a nacionalidade. Do indivíduo-vítima. Assim, um Estado, frente a um tratado multilateral de direitos humanos, assume várias obrigações para com os indivíduos sob sua jurisdição, independentemente da nacionalidade, e não para com outro Estado contratante, criando o chamado regime objetivo das normas de direitos humanos. Esse regime objetivo é o conjunto de normas protetoras de um interesse coletivo dos Estados, em contraposição aos regimes de reciprocidade, nos quais impera o caráter *quid pró quo* nas relações entre os Estados. Logo, os tratados de direitos humanos estabelecem obrigações objetivas, entendendo estas como obrigações cujo objeto e fim são a proteção de direitos fundamentais da pessoa humana¹⁰⁶.

Contudo, dois outros aspectos são destacados por Llorens para elucidar a especificidade dos tratados internacionais de direitos humanos no que tange aos aspectos formais de suas normas. Estes aspectos estão relacionados especificamente ao poder de reserva e ao poder de denunciar os tratados.

No que tange ao eventual direito de reserva, ainda com base na jurisprudência da Corte Interamericana, Llorens registra que para os tratados de direitos humanos a Corte consignou que *“la Corte ha afirmado que no es aplicable la regla prevista en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 respecto a la necesaria aceptación de las reservas para la entrada en vigor de la manifestación del consentimiento”*. Assim, nas palavras da própria Corte:

En este contexto sería manifiestamente irrazonable concluir que la referencia del artículo 75 (de la Convención Americana) a la Convención de Viena, obliga a la aplicación del régimen legal establecido por el artículo 20.4 de la última, según el cual la entrada en vigor de una ratificación con reserva, depende de su aceptación por otro Estado. Un tratado que da tal importancia a la protección del individuo, que abre el derecho de petición individual desde el momento de la ratificación, difícilmente puede decirse que tienda a retrasar la entrada en vigencia del tratado hasta que por lo menos otro Estado esté dispuesto a aceptar al Estado reservante como Parte. (...) Habiendo concluido que las reservas expresamente autorizadas por el artículo 75, esto es, todas las compatibles con el objeto y fin de la Convención, no requieren aceptación de los Estados Partes, la Corte opina que los instrumentos de ratificación o adhesión que las contienen entran en vigor, de acuerdo con el artículo 74, desde el momento de su depósito. Desde luego, los Estados Partes tienen un legítimo interés en excluir reservas incompatibles con el objeto y fin de la

¹⁰⁶ RAMOS, Andre de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos sistemas de apuração e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro, Renovar, p.27-32, 2002.

Convención, y son libres de afirmar ese su interés mediante los mecanismos consultivos y jurisdiccionales establecidos por aquélla; pero no tienen interés en retrasar la entrada en vigor de la misma ni, por ende, la protección que ésta ofrece a los individuos en relación con los Estados que la ratifiquen o se adhieran a ella con reservas¹⁰⁷.

No tocante ao eventual direito de denunciar os tratados de direitos humanos Llorens, destaca o voto proferido no caso Blake pelo juiz Cançado Trindade:

El mismo género de preocupación incide sobre la denuncia de un tratado, permisible en principio sólo cuando expresamente prevista en éste último, y no presumible en el presente dominio de protección. Aquí, nuevamente, se hace presente el factor tiempo: a diferencia de otros tratados cuya vigencia puede inclusive ser expresamente limitada en el tiempo, los tratados de derechos humanos crean obligaciones de protección de carácter objetivo, sin restricción temporal. Así, aunque prevista la denuncia (mediante ciertos requisitos), su aplicación, en caso extremo, debe sujetarse a controles, por cuanto no es razonable que un Estado Parte se comprometa a respetar los derechos humanos y a garantizar su pleno ejercicio solamente por algunos años, y que, denunciado el tratado, todo sería permisible... Nadie osaría intentar sostener tal posición. Además, aunque efectuada una denuncia, subsistirían en relación con el Estado denunciante las obligaciones consagradas en el tratado que corresponden también a reglas del derecho internacional consuetudinario, las cuales privarían la denuncia de todo efecto práctico. Al fin y al cabo, hay un elemento de intemporalidad en el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por tratarse de un derecho de protección del ser humano como tal, independientemente de su nacionalidad o de cualquier otra condición o circunstancia, y por lo tanto construido para aplicarse sin limitación temporal, o sea, todo el tiempo. El derecho de los tratados no puede seguir dejando de tomar en debida cuenta este elemento de intemporalidad propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁰⁸.

Sobre o conteúdo substantivo das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, Llorens destaca que a interpretação destas normas também possui um aspecto próprio diferenciado da normativa internacional tradicional, devendo-se na análise das normas internacionais dos direitos ater-se ao critério teleológico de sua própria criação. Mais uma vez, Llorens destaca que “*los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos*

¹⁰⁷ El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2; párrs. 34 y ss, apud, LLORENS....

¹⁰⁸ Caso Blake, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C No. 36, voto razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 20-21, apud, LLORENS.....

humanos deben ser interpretados buscando su efecto útil con el objeto de proteger al individuo frente al Estado”.

Ressalta ainda Llorens que a própria Corte Interamericana tem se valido da finalidade da criação da Convenção para interpretar os dispositivos desta na aplicação ao caso concreto:

La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención. En efecto, según ella, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1). Por eso, cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la ineffectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no sólo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención. En tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo¹⁰⁹.

A última característica a diferenciar os tratados internacionais de direitos humanos dos tratados clássicos, destacada por Llorens, assenta-se em questões “processuais”.

¹⁰⁹ El Gobierno puntualizó en la audiencia la naturaleza subsidiaria del régimen de protección internacional de los derechos humanos consagrado en la Convención respecto del derecho interno, como razón de la obligación de agotar previamente los recursos domésticos. La observación del Gobierno es acertada. Pero debe tenerse también en cuenta que la fundamentación de la protección internacional de los derechos humanos radica en la necesidad de salvaguardar a la víctima del ejercicio arbitrario del poder público. La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión y explica la protección internacional. Por ello, cuando quien denuncia una violación de los derechos humanos aduce que no existen dichos recursos o que son ilusorios, la puesta en marcha de tal protección puede no sólo estar justificada sino ser urgente. En esos casos no solamente es aplicable el artículo 37.3 del Reglamento de la Comisión, a propósito de la carga de la prueba, sino que la oportunidad para decidir sobre los recursos internos debe adecuarse a los fines del régimen de protección internacional. De ninguna manera la regla del previo agotamiento debe conducir a que se detenga o se demore hasta la inutilidad la actuación internacional en auxilio de la víctima indefensa. Esa es la razón por la cual el artículo 46.2 establece excepciones a la exigibilidad de la utilización de los recursos internos como requisito para invocar la protección internacional, precisamente en situaciones en las cuales, por diversas razones, dichos recursos no son efectivos. Naturalmente cuando el Estado opone, en tiempo oportuno, esta excepción, la misma debe ser considerada y resuelta, pero la relación entre la apreciación sobre la aplicabilidad de la regla y la necesidad de una acción internacional oportuna en ausencia de recursos internos efectivos, puede aconsejar frecuentemente la consideración de las cuestiones relativas a aquella regla junto con el fondo de la materia planteada, para evitar que el trámite de una excepción preliminar demore innecesariamente el proceso¹⁷. Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 1, párrs. 91 y ss., apud, LLORENS...

Para demonstrar esta característica o autor se fundamentou na decisão proferida pela Corte Interamericana em sede de apreciação do Ivcher Bronstein y Tribunal Constitucional¹¹⁰ e asseverou que:

(...) la Corte ha considerado que dicho objeto y fin atribuye un carácter especial a la Convención no sólo en las cuestiones formales (reservas, denuncia) o sustantivas (previo agotamiento de los recursos internos, contenido de las obligaciones) sino también en cuestiones procesales. Así, en los casos Ivcher Bronstein y Tribunal Constitucional, la Corte, ante el intento por parte de Perú de oponer como causa de incompetencia de la Corte la retirada de la cláusula de aceptación de su competencia en materia contenciosa, ha señalado que: "Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tal como la referente a la cláusula de aceptación de la competencia contenciosa del Tribunal. Tal cláusula, esencial a la eficacia del mecanismo de protección internacional, debe ser interpretada y aplicada de modo que la garantía que establece sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos y su implementación colectiva"¹¹¹.

Depreende-se do exposto a convergência de entendimento entre a doutrina internacionalista e a jurisprudência interamericana quanto à legítima diferenciação entre direito internacional tradicional e direito internacional dos direitos humanos.

1.1.2 A desnacionalização da proteção dos direitos humanos: personalidade internacional do individuo

Não se pode falar em direitos do homem garantidos pela ordem jurídica internacional se o homem não for sujeito de DI...; Negar a personalidade internacional do homem é negar ou deturpar a existência de uma série de institutos da vida jurídica internacional. Celso D. de Albuquerque Mello¹¹².

¹¹⁰ Caso Ivcher Bronstein, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 54, párr. 37 y ss.; Caso Tribunal Constitucional, Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 55, párrs. 36 y ss.

¹¹¹ LLORENS, Jorge Cardona. La Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la función contenciosa de la Corte a la luz de su jurisprudencia, Ob.Cit. p.322-323.

¹¹² Op.cit., p.737-738.

No estudo da evolução histórica dos direitos humanos¹¹³ constatamos que é, precisamente, na fase de internacionalização destes direitos e difusão de sua concepção universal e indivisível, o momento deflagrador da (re)inserção do indivíduo como legítimo sujeito de direitos e deveres na ordem jurídica internacional¹¹⁴.

Incontestemente é que a noção de desnacionalização da proteção dos direitos humanos como uma imposição positiva dirigida aos Estados adquire juridicidade por meio do processo de internacionalização dos direitos humanos. Isso não quer dizer, no entanto, entretanto, que a concepção do ser humano como sujeito de direito internacional tenha, exclusivamente, sua base fundamentadora neste processo.

Com a maestria que lhe é inerente, Cançado Trindade traça um esboço histórico doutrinário do aparecimento e atuação do ser humano no cenário internacional, recordando, neste ponto que:

(...) al considerar la posición de los individuos en el derecho internacional, no hay que perder de vista el pensamiento de los llamados fundadores Del derecho de gentes”. Juega, por tanto, o eximio doctrinador ser imprescindible “recordar la considerable importancia, para el desarrollo Del tema, sobre todos de los escritos de los teólogos españoles¹¹⁵ así como de la obra grociana¹¹⁶.

¹¹³ vide a respeito na segunda parte deste trabalho, terceiro capítulo, item 3.2.2.

¹¹⁴ nesta linha, ainda, Celso^a de Mello explica “o Direito Internacional foi durante longo tempo interestal...” e que, no entanto, “o homem, relegado a um segundo plano no século passado, adquire em virtude do denominado processo de democratização do DI, uma nova posição. Os direitos do homem se internacionalizaram”. – idem 5.

¹¹⁵ Destacando a que autores se refere, o professor Cançado Trindade expõem: “Es ampliamente reconocida la contribución de los teólogos españoles Francisco de Vitoria y Francisco Suarez a la formación del Derecho Internacional. En la visión de Suarez (autor del tratado De Legibus ac Deo Legislatore, 1612), el derecho de gentes revela la unidad y universalidad del género humano; los Estados tienen necesidad de un sistema jurídico que regule sus relaciones, como miembros de la sociedad universal³. Fue, sin embargo, el gran maestro de Salamanca, Francisco de Vitoria, quien dió una contribución pionera y decisiva para la noción de prevalencia del Estado de Derecho: fue él quien sostuvo, con rara lucidez, en sus aclamadas Relecciones Teológicas [1538-1539J, que el ordenamiento jurídico obliga a todos — tanto gobernados como gobernantes —, en esta misma línea de pensamiento. La comunidad internacional (totus orbis] prima sobre el arbitrio de cada Estado individual.

¹¹⁶ Continua Cançado Trindade explicitando como os fundamentos desses autores permitiram a concepção originária do indivíduo como sujeito de direitos na ordem internacional. “La concepción del jus gentium de Hugo Grotius— cuya obra, sobre todo el De Jure Belli ac Pacis (1625) es situada en los orígenes del derecho internacional, como vino a ser conocida la disciplina, — estuvo siempre atenta al rol de la sociedad civil. ...”

Segundo a concepção defendida por Francisco de Vitória, explica Cançado Trindade:

(...) el derecho de gentes regula una comunidad internacional constituida de seres humanos organizados socialmente en Estados y coextensiva con la propia humanidad⁵; la reparación de las violaciones de derechos (humanos) refleja una necesidad internacional atendida por el derecho de gentes, con los mismos principios de justicia aplicándose tanto a los Estados como a los individuos o pueblos que los forman⁶.

E, continua lecionando Cançado Trindade que, da mesma sorte:

Para Grotius, o Estado no es un fin en si mismo, sino más bien un medio para asegurar el ordenamiento social en conformidad con la inteligencia humana, de modo a perfeccionar la "sociedad común que abarca toda la humanidad (...) En el pensamiento grociano, toda norma jurídica — sea de derecho interno o de derecho de gentes — crea derechos y obligaciones para las personas a quienes se dirigen; I posibilidad de la protección internacional de los derechos humanos contra el propio Estado.

No mesmo sentido, mas no âmbito do estudo do fundamento do direito do internacional, Celso Albuquerque de Mello, após traçar um minucioso elenco de diferentes teorias que buscaram justificar e legitimar a norma jurídica internacional chega à conclusão de que a melhor concepção para tanto é a do direito natural, cuja laicização concretiza-se com Grotius.

Contudo, tal concepção jusnaturalista – em prol do individuo como sujeito de direito internacional baseado na idéia da existência de um direito superior ao direito estatal – não permaneceu imune aos ataques dos ideais positivistas e, neste sentido seguindo o

Aún antes de Grotius, Alberico Gentili [autor de *De Jure Belli*, 1598) sostenía, a finales dei siglo XVI, que es el Derecho el que regula la convivência entre los miembros de la *societas gentium universalis*⁹. Samuel Pufendorf [autor de *De Jure Naturae et Gentium*, 1672), a su vez, sostuvo "el sometimiento dei legislador a la más alta ley de la naturaleza humana y de la razón"¹⁰. De su parte, Christian Wolf [autor de *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, ponderaba que así como los individuos deben, en su asociación en el Estado, promover el bien común, a su vez el Estado tiene el deber correlativo de buscar su perfección¹¹,

esboço histórico doutrinário sobre o tema, o professor Cançado Trindade tece as seguintes considerações, cuja salutar reflexão merece registro:

Lamentablemente, las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del derecho internacional (notoriamente los escritos de los teólogos españoles y la obra grociana), que lo concebían como un sistema verdaderamente universal, vinieron a ser suplantadas por la emergencia del positivismo jurídico, que personificó el Estado dotándolo de "voluntad propia", reduciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado a estos "concedía". El consentimiento o la voluntad de los Estados (el positivismo voluntarista) se tornó el criterio predominante en el derecho internacional, negando *jus standi* a los individuos, a los seres humanos. Esto dificultó la comprensión de la sociedad internacional, y debilitó el propio derecho internacional, reduciéndolo a derecho interestatal, no más por encima sino entre Estados soberanos. Las consecuencias desastrosas de esta distorsión son ampliamente conocidas. La personificación del Estado todo-poderoso, inspirada en la filosofía del derecho de Hegel, tuvo una influencia nefasta en la evolución del derecho internacional a finales del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX. Esta corriente doctrinaria resistió con todas las fuerzas al ideal de emancipación del ser humano de la tutela absoluta del Estado, y al reconocimiento del individuo como sujeto del derecho internacional. En el pasado, los positivistas se vanagloriaban de la importancia por ellos atribuida a lo método de la observación (descuidado por otras corrientes de pensamiento), lo que contrasta, sin embargo, con su total incapacidad de presentar directrices, líneas maestras de análisis, y sobre todo principios generales orientadores¹⁶. (...) En el plano normativo, el positivismo se mostró subserviente al orden legal establecido, y convalidó los abusos practicados en nombre de este¹⁷.

Por tais razões, e seguindo as lições de Cançado Trindade, parece-nos mais adequado posicionar o processo de internacionalização dos direitos humanos como uma retomada, dentro de uma “roupagem positivada”, das “reflexiones y visión de llamados fundadores Del derecho internacional”. E, dentro deste enfoque, caracterizar aquele processo como a mais recente etapa de oxigenação do direito internacional dos direitos humanos que possibilita a projeção do indivíduo como sujeito de direitos e deveres na ordem internacional¹⁸.

¹¹⁷ Op. cit., p.542-543.

¹¹⁸ Roborando a conclusão exposta valemo-nos ainda dos dizeres de Celso A. de Mello que destaca que no início do século XX, o direito natural teve verdadeiro renascimento... e, acrescenta: “Por outro lado, a partir de 1945 as teses jusnaturalistas encontram uma nova força diante da “trágica experiência do Estado totalitário” e da renovação filosófica (Recasens Siches). (MELLO. Celso A. Duvivier. Curso de Direito Internacional Público. 11ª ed. Rio de Janeiro :Renoivar. 1997, p.135).

Esta reabertura internacional ao indivíduo é sentida e destacada por Gomes Canotilho ao assinalar que:

Não obstante a tradição de algumas dimensões internacionais na proteção dos direitos fundamentais, o direito internacional clássico considerava o «indivíduo» como «estranho» ao processo dialético-normativo deste direito. Hoje, a introdução dos standards dos direitos do homem no direito internacional – garantia e defesa de um determinado standard para todos os homens – obrigou ao desenvolvimento de um direito internacional individualmente (não estadualmente) referenciado. Para lá da proteção diplomática e da proteção humanitária, desenvolve-se uma teoria jurídico-contratual internacional da justiça, tendo por objetivo alicerçar uma nova dimensão de vinculatividade na proteção dos direitos do homem¹¹⁹.

Assim, o direito internacional público, ao conter em si uma normativa própria, protetora dos direitos humanos, diga-se, ao reconhecer direitos e deveres em tratados internacionais de direitos humanos, reconhece também, imperiosamente, a personalidade jurídica internacional dos indivíduos¹²⁰. E, neste mesmo passo, tem caminhado, também, para a consolidação do reconhecimento da plena capacidade processual internacional dos indivíduos.

Quanto à assertiva anterior, trazemos mais uma vez os pensamentos de Cançado Trindade para quem, *“es mediante la consolidación de la plena capacidad procesal de los individuos que la protección de los derechos humanos se torna una realidad.”*

¹¹⁹ CANOTILHO. Joaquim Jose Gomes. Op. cit, p. 520-521.

¹²⁰ Destacamos neste lanço as observações preliminares levantadas por Jorge Bacelar Gouveia quanto aos estudos dos sujeitos internacionais. Nas suas palavras, “A edificação da subjectividade jurídico-internacional tem largamente beneficiado dos influxos oferecidos pelas várias dogmáticas do Direito Interno - primeiro, do Direito Privado e, depois, do Direito Público - em torno dos conceitos de pessoa jurídica, de personalidade jurídica e de capacidade jurídica. A construção da subjectividade internacional ocorre tendo por base aqueles dois primeiros conceitos, um qualitativo e outro quantitativo⁷⁴⁴, sendo o terceiro uma aplicação estrutural. A personalidade jurídico-internacional é a susceptibilidade para se ser destinatário de normas e princípios de Direito Internacional, dos quais directamente decorre a oportunidade para a titularidade de direitos [situações jurídicas activas) ou para se ficar adstrito a deveres [situações jurídicas passivas). A capacidade jurídico- internacional afere-se pelo conjunto dos direitos e dos deveres que podem estar inscritos na esfera jurídico-internacional da entidade em causa, também se diferenciando entre uma dimensão de titularidade e uma dimensão de exercício dos mesmos. A pessoa jurídico-internacional significa que, numa entidade singular ou colectiva, se junta a susceptibilidade para ser titular de direitos e destinatário de deveres com o facto de tal poder acontecer muito ou pouco, conforme as circunstâncias de cada um dos sujeitos de Direito Internacional que estão em causa, capacidade que pode ser total ou limitada”. (GOUVEIA, Jorge Bacelar. Op. Cit, p. 352-353).

Atento, pois, à efetividade da capacidade internacional do ser humano Cançado Trindade assevera que “*la existencia de derechos inherentes al ser humano, por definición anteriores e superiores al Estado, cuya protección no se agota – no puede agotarse – em la acción del Estado*”¹²¹, implica no reconhecimento de que, no plano processual, a criação de mecanismos de emancipação do ser humano *vis-à-vis* a seu próprio Estado¹²², como sujeito de Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídica internacional, constitui condição *sine qua non* a própria lógica, legitimidade e efetividade dos direitos internacionalmente proclamados

Nesta esteira de pensamento, o professor Celso Albuquerque de Mello¹²³ ensina que os atos internacionais realizados com o fim de proteção à pessoa humana demonstram exatamente a subjetividade internacional do indivíduo, vez que o transformam em portador de direitos e deveres perante a ordem internacional.

Este entendimento é compartilhado por Flávia Piovesan, cujo estudo precursor, acurado e objetivo na matéria, lhe permite asseverar que:

(...) estas transformações decorrentes do movimento de internacionalização dos direitos humanos contribuíram para o processo de democratização do próprio cenário internacional, já que, além do Estado, novos sujeitos de direito passam a participar da arena internacional, como os indivíduos e as organizações não-governamentais...; Na condição de sujeitos de direito internacional, cabe aos indivíduos, o acionamento direto de mecanismos internacionais¹²⁴.

¹²¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito internacional em um mundo em transformação**. São Paulo: Renovar, 2002, p. 538.

¹²² TRINDADE – o autor assevera que o direito de petição internacional, a existência de tribunais internacionais de direitos humanos e a intangibilidade da jurisdição obrigatória destes tribunais constituem verdadeiras cláusulas pétreas da proteção internacional dos direitos humanos. E são elas que tornando possível o acesso do indivíduo à justiça a nível internacional constituem os pilares básicos sobre o qual se ergue o mecanismo de emancipação do ser humano.

¹²³ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 2º Volume.

¹²⁴ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 308-309. É a partir da feição estrutural dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que se faz possível compreender a chamada “justicialização” dos direitos humanos. O grande desafio do Direito Internacional sempre foi o de adquirir “garras e dentes”, ou seja, poder e capacidade sancionatórios. Vale dizer, no âmbito internacional o foco se concentra no binômio: direito da força *versus* força do direito. O processo de justicialização do Direito Internacional, em especial dos direitos humanos, celebra, por assim dizer, a passagem do reino do “direito da força” para a “força do direito”. Testemunha-se, hoje, o crescente processo de justicialização dos direitos humanos. Pela primeira vez na história da humanidade,

Ao ensejo desse primeiro momento de reflexão, e, inaugurando a discussão sobre soberania e direitos humanos, colacionamos às teses expostas, a preciosa doutrina de Norberto Bobbio nos ensinando que:

Para o fim desse monismo contribuíram, ao mesmo tempo, a realidade cada vez mais pluralista das sociedades democráticas, bem como o novo caráter dado às relações internacionais, nas quais a interdependência entre os diferentes Estados se torna cada vez mais forte e mais estreita, quer no aspecto político, quer no ideológico. Está desaparecendo a plenitude do papel estatal, caracterizado justamente pela Soberania; por isso, o Estado acabou quase se esvaziando e quase desapareceram seus limites.(...) O movimento por uma colaboração internacional cada vez mais estreita começou a desgastar os poderes tradicionais dos Estados soberanos. (...) As autoridades 'supranacionais' têm a possibilidade de conseguir que adequadas Cortes de Justiça definam e confirmem a maneira pela qual o direito 'supranacional' deva ser aplicado pelos Estados em casos concretos¹²⁵.

Ao fenômeno da emancipação do ser humano como sujeito de direito internacional dos direitos humanos com capacidade postulatória, convém trazer o raciocínio despendido por Ihering¹²⁶ ao ponderar que o fim do direito é a paz, mas o meio para atingi-lo é a luta.

será instalado um Tribunal Penal Internacional, para julgar os mais graves crimes atentatórios à ordem internacional. Em face da sistemática atual, constata-se que no sistema global a justicialização operou-se na esfera penal, mediante a criação de Tribunais “ad hoc” (adotados por resoluções do Conselho de Segurança para os casos da Bósnia e Ruanda) e, posteriormente, do Tribunal Penal Internacional. No âmbito penal, a responsabilização internacional alcança indivíduos, perpetradores dos crimes internacionais. Já nos sistemas regionais (interamericano e europeu), a justicialização operou-se na esfera civil, mediante a atuação das Cortes européia e interamericana. No âmbito civil, a responsabilização internacional alcança Estados, perpetradores de violação aos direitos humanos internacionalmente enunciados. Nos sistemas regionais, seja no europeu, seja no interamericano, as Cortes de Direitos Humanos têm assumido extraordinária relevância, como especial “locus” para a proteção de direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas e omissas em fazê-lo. Notem-se, inclusive, avanços dos sistemas regionais europeu e interamericano, no sentido do fortalecimento de sua justicialização.

PIOVESAN, Flavia. “Implementation Through Intrastate Levels of Government, Including Federal, State/Provincial and Municipal Jurisdictions”, na Working Session on the Implementation of International Human Rights Obligations and Standards in the Inter-American System, organizada pela Inter-American Commission on Human Rights e pelo The International Justice Project, em Washington, em 01 de março de 2003. <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Piovesan-speech.pdf>, acessado em: 12 de maio de 2005

¹²⁵ “No nosso século, o conceito político-jurídico de Soberania entrou em crise, quer teórica, quer praticamente. Teoricamente, com o prevalecer das teorias constitucionalistas; praticamente, com a crise do Estado moderno, não mais capaz de se apresentar como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 12. ed. Brasília: Editora UnB, 2004. v. 2. p. 1.187.

¹²⁶ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58-59.

Sempre que o direito existente esteja escudado pelo interesse, o direito novo terá de travar uma luta para impor-se... todas as grandes conquistas da história do direito, como a abolição da escravatura, a livre aquisição da propriedade territorial, a liberdade de profissão e de consciência, só puderam ser alcançadas através dos séculos de lutas intensas e ininterruptas. O caminho percorrido pelo direito em busca de tais conquistas muitas vezes está assinalado por torrentes de sangue, sempre pelos direitos subjetivos pisoteados... é que o direito só rejuvenesce eliminando o próprio passado... o direito como concepção finalística, colocado em meio ao movimento caótico dos objetivos, aspirações e interesses humanos, deve tatear e procurar incessantemente o seu caminho, e uma vez descoberto este, tem de derrubar as barreiras que se erguem no curso do mesmo.

E ainda, citando Fausto Goethe continua, "*Aquilo que existe deve ceder ao novo, pois tudo que nasce há de perecer*".

Com efeito, as experiências dos movimentos abolicionistas e feministas bem retratam a idéia trazida por Ihering, nos ensinando que o processo de nascimento de novos direitos e de novos sujeitos de direitos está longe de ser fácil ou sem obstáculos.¹²⁷

Assim, o processo de incorporação dos meios de tutela e de sustentação do direito à justiciabilidade internacional dos direitos humanos, concebido e positivado internacionalmente, encontrará por certo, na cultura (tradição), nas crenças, nas medidas políticas, na forma de Estado e de Governo e nas leis internas de cada Estado-parte da Convenção, as maiores dificuldades para sua perfeita implementação. Estas reflexões serão analisadas com maior precisão como tema de tópico próprio na terceira parte deste trabalho.

Observa-se que, sob este prisma, não obstante referido processo de incorporação se imponha em diferentes estágios e variações dentro das Constituições dos Estados signatários, cada nova geração de direitos encontrará resistências ainda que dentro de uma mesma família ou sistema jurídico.

127 No mesmo sentido afirma Cançado Trindade ao tratar sobre o acesso do indivíduo à Justiça Internacional e fazer um resgate histórico do posição do ser humano diante o Direito Internacional dos Direitos Humanos tece as seguintes considerações: "Esta profunda transformación del ordenamiento internacional desencadeada a partir de las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948, no se há dado sin dificultades, precisamente por se requerir una nueva mentalidad."

Bem certo que a inovação trazida pela internacionalização jurisdicional dos direitos humanos e a ampla adesão, pelos diversos países em suas respectivas constituições, dos tratados internacionais que prevêem em seu sistema a existência de tribunais de proteção aos direitos humanos, assinala que essa nova categoria de direitos humanos – o direito ao acesso à jurisdição internacional dos direitos humanos – forçará a jurisdição doméstica dos países signatários a se afeiçoar à principiologia da capacidade

Posta assim a questão e, traçado o cenário dos direitos humanos, impende adentrarmos no centro nervo da dogmática geral teórica do juízo de soberania estatal dada por meio do condicionamento histórico internacional da posição do Estado junto à sociedade internacional.

1.1.3 Recontextualização do princípio da soberania

O conceito de soberania, de origem jusnaturalista, e necessariamente estabelecido em função da composição dos elementos do Estado – quando, das conquistas do novo mundo, a ordem mundial passou a ser a *communitas orbis* (repúblicas ou Estados soberanos e independentes, com sujeição externa somente ao chamado “direito das gentes”) – teve sua primeira exposição sistemática traçada por Jean Bodin, no século XV, e a partir daí passou pela influência de pensadores como Maquiavel e Hobbes, conservando, contudo, a idéia de fortalecimento do poder. A definição básica de soberania, de caráter interno, dada por Bodin é de que:

A soberania é o verdadeiro fundamento, o eixo sobre o qual se move o estado de uma sociedade política e do qual dependem todos os magistrados, leis e ordenanças; ela é que reúne as famílias, os corpos e os colégios, e todos os particulares num corpo perfeito 127.

Sobre a amplitude de sua significação, o jurista francês tem suas idéias citadas na maioria da doutrina do Estado e do poder:

O uso do adjetivo absoluto implica atribuir ao poder soberano as características de superior, independente, incondicional e ilimitado. Ilimitado porque qualquer limitação é incompatível com a própria idéia de um poder supremo: ‘A soberania não é limitada, nem em poder, nem em obrigações, nem em relação ao tempo’ (República, I, 8, p. 181). Incondicional na medida em que este poder deve estar desvinculado de qualquer obrigação: ‘A soberania dada por um príncipe sob condições e obrigações não é dependente, pois seu detentor deve ter plena liberdade de ação: ‘Assim como o papa não tem suas mãos atadas, mesmo se o desejar’ (República I, 8, p. 192). Superior porque aquele que possui o poder soberano não pode estar submetido ou numa posição de igualdade em relação a outros poderes: ‘É preciso que os soberanos não estejam submetidos aos comandos de outrem’ (República I, 8, p. 191)¹²⁸.

Não muito diversa é a concepção de outros filósofos e juristas que formaram o pensamento jurídico, desde então. Do que podemos depreender, o conceito clássico de soberania se baseia na visão de um poder absoluto e superior que se impõe como fator de intangibilidade sobre seu objeto. Este conceito perdurou mesmo após a teorização da limitação do poder, por Montesquieu.

O *imperium* da soberania passou por transformações no decorrer da história, sendo importante separar o processo histórico da soberania interna do processo histórico da soberania externa, ou seja, a soberania de um Estado em face de seus outros elementos (povo, governo e território) e a soberania de um Estado em face dos demais Estados da comunidade internacional.

Neste quesito, a soberania interna foi encontrar sua limitação no constitucionalismo, quando, os processos constitucionalistas dos Estados estabeleceram os direitos humanos fundamentais como limites do poder, na formação do Estado de Direito.

¹²⁸ Op. cit., p. 123-124, apud BARROS, Alberto Ribeiro. **A teoria da soberania de Jean Bodin**, São Paulo: Unimarco, 2001, p. 236.

Mas neste trabalho nos importa tratar da soberania externa, que, inicialmente sujeita ao “poder das gentes”, veio, após a Revolução Francesa, no período de estabelecimento da democracia e do Estado de Direito, sofrer transformação totalmente oposta à da soberania interna, passando por uma absolutização (séc. VXII), bem traçada por Luigi Ferrajoli.

É a Alberto Gentili e, mais explicitamente a Hugo Grotius que se pode fazer remontar a primeira formulação daquele “princípio de efetividade”, que se tornará o postulado teórico e metodológico da ciência internacionalista e que concretamente equivale à falácia naturalista do achatamento do direito sobre o fato. Grotius torna o direito das gentes autônomo não apenas em relação à moral e à teologia, mas também em relação ao direito natural, definindo-o *id quod Gentium omnium aut multarum voluntate vim obligand'* (o que por vontade de todas ou de muitas gentes assume força de obrigação): ou seja, aquele cuja força obrigatória depende do consenso de todos ou da maior parte dos Estados e, mais exatamente, daqueles que Grotius chama de ‘moratiores’ (mais civis). É assim que o direito deriva do fato e, precisamente, da vontade e dos interesses dos sujeitos mais fortes da comunidade internacional. Mas foi sobretudo a filosofia política jusnaturalista do século XVII que cindiu todo liame da soberania – interna antes da externa – dos vínculos jurídicos de supra-estatal. Completado o processo de secularização dos novos Estados nacionais, a soberania estatal liberta-se de todos os limites ... não menos importantes são as implicações dessa construção em relação à soberania externa. Se o Estado é soberano internamente, ele o é por necessidade, não existindo fontes normativas a ele superiores, também externamente. Mas a sua soberania externa, juntando-se à soberania paritária externa dos outros Estados, equivale a uma liberdade selvagem que reproduz, na comunidade internacional, o estado de natural desregramento, que internamente a sua própria instituição havia negado e superado. É assim que a criação do Estado soberano como fator de paz interna e de superação do *bellum omnium* (guerra de todos) entre as pessoas de carne e osso equivale à fundação simultânea de uma comunidade de Estados que, justamente por serem soberanos, transformam-se em fatores de guerra externa na sociedade artificial de Levistãs com eles gerada¹²⁹.

Quanto mais se limita – e, através de seus próprios limites, se auto-legitima – a soberania interna, tanto mais se absolutiza e se legitima, em relação aos outros Estados e sobretudo em relação ao mundo ‘incivil’, a soberania externa. Quanto mais o estado de natureza é superado internamente, tanto mais é reproduzido e desenvolvido externamente. E, quanto mais o Estado se juridiciza como ordenamento, tanto mais se afirma como entidade auto-suficiente, identificando-se com o direito mas, ao mesmo tempo, hipostasiando-se como sujeito não-relacionado e *legibus solutus*. Explica-se assim também o destino dos direitos fundamentais, ao menos até a Declaração universal de 1948. A universalidade dos direitos humanos resolve-se, conseqüentemente, numa universalidade parcial e de parte: corrompida pelo hábito de reconhecer o Estado como única fonte de direito e, portanto, pelos mecanismos de exclusão por este desencadeados para com os não-cidadãos; e, ao mesmo tempo, pela ausência, também para os próprios cidadãos, de garantias supra-estatais de direito internacional contra as violações impunes de tais direitos, cometidas pelos próprios Estados. Desse fato provêm duas ordens de conseqüências. A primeira é a negação do próprio direito internacional, identificado por Hegel com

¹²⁹ FERRAJOLI. Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 17-21 e 33-38.

o “direito externo de Estado”, isto é, com o conjunto de normas estatais que disciplinam as relações entre os Estados¹³⁰.

Essa situação *westfaliana* ou de absolutização da soberania estatal na ordem internacional, deu origem à chamada “teoria monista do direito internacional”, pela qual se tinha por inexistente o direito internacional, e que perdurou até o final do século XIX, quando se estabeleceu a “teoria dualista” de Heinrich Triepel, como defensora da coexistência dos direitos internos dos Estados e do direito internacional, posteriormente reformulada pela “nova teoria monista” de Kelsen, segundo a qual se estabelece o primado do direito internacional nessa coexistência de direitos interno e externo, a qual vem atingir seu ápice após o fracasso das guerras no século XX, ou seja, após as duas guerras mundiais, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), quando a ordem jurídica mundial é estabelecida.

Em função dessa ordem jurídica mundial, que primou pela paz e pela prevalência dos direitos humanos, é que os Estados abriram mão de parte de suas soberanias externas, com a supressão de parte de seu *ius ad bellum*, o que foi se consolidando através dos Pactos Internacionais de direitos humanos que se sucederam, até se chegar ao consenso ético de que os direitos humanos possuem um valor supra-estatal, não somente dentro da ordem interna dos Estados, mas também na ordem externa.

Com efeito, a Carta Universal da ONU e os Pactos que lhe sucederam, têm o seu caráter contratual social internacional – que não se pauta em mera teoria, mas constitui um *status* ativo para os direitos humanos – como uma simples legitimação de sua verdadeira natureza, qual seja, a de “ordenamento jurídico supra-estatal” que representa uma categoria de *pactum subietionis* (pacto de sujeição), cujas normas possuem caráter de *ius cogens* (direito

¹³⁰Id., Ibid.

imediatamente vinculador) para os Estados-partes, onde a capacidade de sujeito de direito ultrapassa as pessoas estatais e alcança os indivíduos.¹³¹

Tal fenômeno representa, sem sombra de dúvida, uma alteração estrutural no significado de soberania, cujo princípio já não mais pode ser norteado pela idéia de concentração estatal, e veio dar causa a uma recontextualização desta idéia, o que vem se solidificando a cada avanço da implementação desses direitos na esfera internacional. Contudo, tal recontextualização não se encontra ainda solidificada no campo conceitual, o que vem a ser um fator de incertezas e brechas no sentido da desobediência e, conseqüente, o enfraquecimento das instituições de proteção dos direitos humanos e das conquistas já alcançadas.

Portanto, não é somente por se tratar de um conceito cuja influência vincula diretamente a questão dos direitos humanos na esfera internacional – dada à antinomia automática entre ambos os institutos em um mesmo contexto – mas também em face da nova direção político econômica que toma o mundo na atualidade, que o princípio clássico da soberania, em especial, no que se refere à soberania externa, tem sofrido, de fato, alterações de ordem estrutural, cuja recontextualização requer mais do que a mera constatação.

Com efeito, não basta a mudança fática do *status* da soberania externa e seu reconhecimento meramente teórico, pelos Estados nacionais na esfera internacional da proteção dos direitos humanos, uma vez que tal se apresenta insuficiente como elemento afirmador da legitimidade jurisdicional das Cortes Internacionais – que representa a garantia de efetivação desses direitos.

Inúmeros óbices de ordem interna, por parte dos Estados, têm impedido o reconhecimento dos Tribunais Internacionais ou a mera efetivação desses direitos na jurisdição internacional, a pretexto de preservação das respectivas soberanias, se colocando

¹³¹ Op. cit., p. 40-41.

como entraves inconsistentes à realização de direitos de caráter universal. Isto ocorre em um momento em que a realidade fática mundial não mais abriga o conceito clássico absoluto da soberania. Ou seja, não existe mais aquela realidade jurídica internacional limitadora que justifique a negação de um Estado nacional à obediência e sujeição às Cortes Internacionais em questão de direitos humanos violados.

Trata-se de uma situação que tristemente podemos qualificar como um tanto tendente ao bizarro, tendo em vista a importância, não somente dos direitos que se encontram em jogo, mas também, do próprio respeito e reconhecimento da primordialidade e da universalidade desses direitos, que a comunidade internacional, em um esforço conjunto e contínuo, logrou conferir-lhes no decorrer dos anos.

Nesta visão, o mestre Ferrajoli explana que:

Certamente, no plano jurídico, não obstante o artigo 2 da Carta da ONU, o princípio da paz é um princípio imperativo, que faz da “soberania” dos Estados, se quisermos usar esta palavra ainda em homenagem à letra da lei, uma soberania limitada; e os direitos fundamentais, depois da Declaração de 1948 e dos Pactos de 1966, não mais se encontram entre aqueles que o artigo 2, inciso 2, chama de “questões que pertencem à competência interna de cada Estado”, mas são direitos supra-estatais, cuja tutela deveria ser garantida jurisdicionalmente em nível internacional justamente contra os Estados. Mas isso quer dizer que suas violações são hoje interpretáveis como o fruto da antinomia não-resolvida do antigo princípio vitoriano da igual soberania dos Estados, não mais simplesmente um direito natural, mas com os princípios positivos do novo direito internacional, enquanto a ausência de garantias idôneas contra tais violações por obra dos Estados e, por sua vez, configurável como uma lacuna indevida que deve ser preenchida. Em outras palavras, o ordenamento internacional hodierno é ineficaz pelo fato de que os seus órgãos não mais equivalem a um “terceiro ausente”, mas sim a um “terceiro impotente”. Ao menos no plano da teoria do direito, a soberania revelou-se, um pseudoconceito ou, pior, uma categoria antijurídica. Sua crise – agora o podemos afirmar – começa justamente, tanto na sua dimensão interna quanto naquela externa, no mesmo momento em que a soberania entra em contato com o direito, dado que ela é a negação deste, assim como o direito é a sua negação... Por essa razão, a história jurídica da soberania é a história de uma antinomia entre dois termos – direito e soberania – logicamente incompatíveis e historicamente em luta entre si¹³².

¹³² Op. cit., p. 43-44.

Diante desta realidade, tendo em vista que a recontextualização da soberania em face da realidade jurídica internacional dos direitos humanos é um fato incontestável, entendemos pela premência de um estabelecimento formal conceitual adequado à sua nova realidade, ou seja, uma reconceitualização da soberania externa.

Encontramo-nos insertos em um momento crucial dentro do processo de efetivação dos direitos humanos na esfera da jurisdição internacional, visto que todas as fases da implantação do sistema internacional dos direitos humanos já se encontram alcançadas e devidamente assentadas em instrumentos políticos e ações, e, a fase de sua jurisdicionalização – ápice do processo concreto de proteção desses direitos, e também já alcançada – encontra-se ainda eivada de incertezas no que concerne ao alcance de sua autoridade, constatada quando nos deparamos com a atual falta de mecanismos de sujeição dos Estados nacionais às Cortes Internacionais de direitos humanos, cuja implantação é paralisada pela resistência de muitos Estados, ou seja, uma impossibilitação que deriva dessa incerteza conceitual da soberania na ordem externa.

Esta problemática acontece justamente em um momento histórico-político em que os direitos humanos começam a enfrentar o risco – com a ocorrência de alguns casos em concreto – de relativização, conforme veremos adiante.

Entendemos, com isto, que a falta de uma reconceitualização da soberania externa dos Estados, no âmbito internacional dos direitos humanos, pode levar a um retrocesso nas conquistas desses direitos e nas implementações de sua efetivação no nível da jurisdição internacional, com a ameaça direta ao próprio futuro de todo o sistema de proteção aos direitos humanos, só recentemente estabelecido com o consenso de todos os povos.

Sem qualquer pretensão de encerrar a questão ou de apresentar uma solução pronta e acabada, mas simplesmente de alertar a comunidade acadêmica de nível nacional e internacional engajada, no sentido da necessidade do início de um movimento, de caráter

embrionário, mas comprometido, e que, de início seja dirigido apenas em prol do resgate e da produção de material de cunho principalmente filosófico conjuntural formador de bases, nossa proposta encerra a idéia de uma nova teoria, ou uma readaptação da teoria do princípio da soberania ao contexto social econômico e político atual, como ponto de partida para uma reconceitualização fiel à sua realidade, e, por isso, idônea para estabelecer limites para os Estados nacionais diante dos da jurisdição internacional dos direitos humanos, ou seja, a materialização da sujeição dos Estados à autoridade das decisões das Cortes Internacionais de direitos humanos.

Do mesmo modo, ainda sem qualquer pretensão de trazer a solução para a questão, pensamos que uma abordagem crítica e contextualizada da concepção dessa nova teoria deva começar por estabelecer bases exteriorizadoras para a nova realidade do princípio da soberania, como o estabelecimento de uma visão realística do mundo atual em que vivemos, para, sobre essa ótica de realidade estabelecer, sob o princípio da proporcionalidade, as prioridades que se encontram em jogo, a fim de que sua construção seja feita a partir de valores filosóficos conjunturais e não sobre valores tradicionais abstratos incapazes de conferir a necessária autoridade à jurisdição internacional desta área.

Há, ao nosso ver, que se tomar como parâmetro o caráter institucional dos direitos humanos, nos patamares já conquistados, diante da realidade evolutiva das estruturas sociais, atentando-se para o fato de que se está tratando de direitos pertencentes a uma categoria especial – não tratáveis como as outras categorias, e que por isso requerem tratamento especial – com a peculiaridade de expressarem um padrão mínimo e universal de conduta e ações políticas para com todos os povos e pessoas, em um mundo que vive em sociedade civilizada, ou seja, de aplicação igualmente universal, a fim de se chegar a uma conceituação ampla e específica do princípio da soberania em seus aspectos interior e exterior, e seu real significado.

Assim, o passo inicial, especificamente se tratando da matéria dos direitos humanos, seria a mudança do foco genérico, pautado no conceito clássico de soberania dos

Estados, para um conceito do que poderíamos chamar de “autonomia dos povos”, pautada estritamente nos valores que se contrapesam nessa antinomia direito - soberania. A mudança de foco permitiria o espaço para o início da idéia de um constitucionalismo de caráter mundial, ou vinculador universal.

Quanto à idéia de constitucionalismo mundial, ou global, entendemos de grande interesse o posicionamento de Canotilho¹³³, que traz luz nova à questão.

Tentemos aceitar as sugestões do chamado constitucionalismo global. O que é que ele nos propõe? Quais são os seus princípios e as suas regras? De uma forma sintética, os traços caracterizadores deste novo paradigma emergente são os seguintes: (1) alicerçamento do sistema jurídico-político internacional não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados (paradigma hobbesiano/westfaliano, na tradição ocidental) mas no novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo (as populações dos próprios estados); (2) emergência de um *jus cogens* internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais, progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais; (3) tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.

Para o constitucionalista português, entretanto, ainda não existem condições ideais para que este constitucionalismo global possa neutralizar o constitucionalismo nacional, que, na sua opinião:

Este constitucionalismo assenta, ainda hoje, nas seguintes premissas: (1) soberania de cada Estado, conducente, no plano externo, a um sistema de relações horizontais interestaduais e, no plano interno, à afirmação de um poder ou supremacia dentro de determinado território e concretamente traduzido no exercício das competências soberanas (legislação, jurisdição e administração); (2) particular centralidade jurídica e política da constituição interna como carta de soberania e de independência de cada Estado perante os outros Estados; (3) aplicação do direito internacional nos termos definidos pela constituição interna, recusando-se, em muitos estados, a aplicação das normas de direito internacional na ordem interna sem a sua “conversão” ou adaptação pelas leis do Estado; (4) consideração das “populações” ou “povos” permanentemente residentes num território como ‘povo do Estado’ que só nele, através dele e com submissão a ele poderão adquirir a ‘carta de nacionalidade’¹³⁴.

¹³³ CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. Op. cit., p. 1370.

¹³⁴ Op. cit., p. 1370-1371.

Para o ator, o contexto atual reclama por mudanças, no sentido da conquista de um *jus cogens*, de âmbito internacional, que submeta à validade as constituições dos Estados nacionais, o que entendemos ser uma possibilidade de materialização da reconceitualização do princípio a soberania, como se pode ver:

Em nome de um mínimo de realismo julga-se que este modelo ainda permanece como paradigma básico da agenda das relações internacionais, mesmo que, noutros sectores, se avance decididamente na globalização e transnacionalização (ex. relações econômicas). De qualquer forma, o recorte cada vez mais exigente de um direito peremptório ou imperativo internacional (*jus cogens*) sugere a idéia, cada vez mais sufragada pelos cultores de direito internacional, de o poder constituinte dos estados e, conseqüentemente, das respectivas constituições nacionais, estar hoje vinculado por princípios e regras de direito internacional peremptório... Como patamar superior da idéia de direito internacional peremptório – mas, reconheça-se, ainda com grandes reticências jurídicas e políticas dos Estados – entende-se a transformação deste direito em “parâmetro de validade” das próprias constituições nacionais, cujas normas deveriam ser consideradas nulas se violassem as normas do *jus cogens* internacional. Independentemente da elevação do *jus cogens* a parâmetro de validade das constituições internas, parece indiscutível a força conformadora de alguns instrumentos internacionais dos direitos humanos no sentido de (1) estabelecerem um conjunto de standards materiais mínimos impositivos da observância, por parte dos estados, de obrigações jurídicas quanto a observância de um sistema penal e processual justo; (2) de uma organização jurídica independente; (3) de proteção de direitos básicos, incluindo a definição de cidadania; (4) de reatualização dos esquemas de representação política por forma a incluir grupos, minorias e comunidades migrantes num estatuto plural de cidadanias¹³⁵.

É, pois, com propriedade, que conclui o celebrado autor:

Qualquer que seja a incerteza perante a idéia de um standard mínimo humanitário e quaisquer que sejam as dificuldades em torno de um sistema jurídico internacional de defesa de direitos humanos, sempre se terá de admitir a bondade destes postulados e reconhecer que o poder constituinte soberano criador das constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A amizade e a abertura ao direito internacional (cfr. CRP, art. 7º) exigem a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informadores do direito constitucional interno¹³⁶.

¹³⁵ Id., Ibid.

¹³⁶ Op.Cit., p. 1372

Nossa concordância com a necessidade de um instrumento formal – jurídico ou não – mas baseado em uma nova teoria da soberania, e que defina e estabeleça um novo e contextual conceito do princípio da soberania, se dá pela percepção de que, após passarem das etapas de normatização; de construção institucional; e de despolitização; os direitos humanos chegaram a uma nova etapa cujo marco inicial pode ser tomado pelo recente período do atentado terrorista em NY (EUA) em 11 de Setembro de 2001, e dos atentados terroristas em Madrid (ES) em 11 de Março de 2004 – aos quais acrescentamos os atentados de Londres (UKS) no ano de 2005 e o indesculpável “erro” da polícia britânica no caso da morte do brasileiro Gean Charles, em 2006 – a partir do qual vislumbra novos rumos para situar a questão dos direitos humanos no novo contexto político e social que impera no mundo, onde a ameaça de destruição de grandes massas por fundamentalistas e organizações internacionais terroristas deu causa à tomada de medidas de proteção coletiva que implicam na priorização da segurança mundial, das nações e das populações, em face da defesa dos direitos humanos já estabelecidos e reconhecidos internacionalmente, onde ocorre uma relativização dos direitos humanos de uma pessoa ou de um grupo em face da necessidade da preservação da segurança coletiva.

Podemos contemplar, em situações deste porte, os embriões do que pode vir a ser uma espécie de insubordinação seletiva às instituições internacionais de proteção dos direitos humanos, na qual, encorajados, países desenvolvidos se julguem e se posicionem como isentos de sujeição à jurisdição internacional dos direitos humanos, fortalecidos pela ausência de grau e qualidade de sanção que possa afetá-los, enquanto que, aos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, reste apenas a opção entre uma desigualitária sujeição e uma insujeição com conseqüências sócio econômicas indiretas, em decorrência da repercussão de sua “imagem” perante as instituições financeiras internacionais.

Não é sem razão o surgimento de tal temor, visto que até mesmo as Instituições Internacionais, criadas para a defesa dos direitos humanos e sempre respeitadas por toda a comunidade internacional, chegaram a ser afetada, à exemplo do caso recentemente constatado pelo mundo da perda de autonomia e de autoridade da ONU em suas decisões, como o caso da guerra contra o Iraque, deflagrada à revelia de sua autorização.

Esse tipo de ocorrência já denota a tendência e o mover em direção à insubordinação que mencionamos acima, por parte dos Estados mais fortes econômica e politicamente, onde a sutil ocupação dos espaços institucionais internacionais por agrupamentos destes países – feitas por interesses políticos, mas aparentemente em nome da luta do bem contra o mal, e que surge como uma nova espécie de doutrina intervencionista que tende a se estabelecer – é fortalecida por essa falta de concretização de um conceito atualizado do princípio da soberania.

Entendemos que a nova e ainda não muito percebida doutrina internacionalista – que não reconhece o caráter especial e primordial dos direitos humanos em face da soberania estatal – não se encontra pautada em um ponto de vista ideológico legítimo e, por outro lado, também não está expressando um raciocínio equivocado ou desprovido de maiores conhecimentos. Mas, ao contrário, serve de justificativa para motivações políticas e nacionalistas, senão dizer, protecionistas dos interesses dos próprios Estados desenvolvidos, e podem ser mais caracterizadas como provenientes de uma mentalidade economista do que jurídica.

Finalizando, todos os dados acima, captados da realidade internacional, onde os povos interagem, são indícios de que já é avançada a hora em que urge a tomada dos primeiros passos para essa reconceitualização do princípio da soberania dos Estados no âmbito internacional, ante a flagrante falta de legitimidade da imposição estatal em relação aos direitos humanos – que têm a universalidade como caráter principal – já consagrados por toda a comunidade internacional.

Portanto, encerramos este tópico com uma oportuna citação de Canotilho, ao nosso ver, de grande importância para afirmar nosso entendimento ora proposto.

O movimento constitucional desencadeou, no plano doutrinário e político, uma acesa discussão quanto a dois problemas fundamentais, intimamente relacionados: o problema da soberania e o problema da legitimidade e da legitimação. Trata-se de

saber, por um lado, quem detém e exerce o poder soberano; trata-se, por outro lado, de obter a justificação da titularidade e exercício desse poder. A soberania deve ter um título de legitimação e ser exercida em termos materialmente legítimos (legitimidade); a legitimidade e a legitimação fundamentam a soberania. Podemos dizer, de certo modo, que a questão da legitimidade legitimação é o lado interno da questão da soberania¹³⁷.

Capítulo II

JURISDIÇÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS

O desenvolvimento histórico da proteção internacional dos direitos humanos gradualmente superou barreiras do passado: compreendeu-se, pouco a pouco, que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota como não poderia esgotar-se, na atuação do Estado¹³⁸.

A tônica do presente capítulo reside na delimitação conceitual do que se deva entender por jurisdição interamericana. Igualmente, pretendemos discurrir especificamente sobre a normativa internacional que organiza e confere os poderes inerentes da jurisdição em matéria de direitos humanos à Corte Interamericana de Direitos humanos. O objetivo consiste em trazer a lume a assertiva de que a noção de justiciabilidade internacional dos direitos humanos tem sido concebida, dentro deste sistema, como nota imprescindível para o fortalecimento dos direitos humanos enquanto direitos plenamente exigíveis contra o Estado através da obrigatoriedade e intangibilidade da atuação daquela Corte.

O sistema interamericano construiu um regime inteligente para a proteção dos direitos humanos no continente, o qual ainda está em constante aperfeiçoamento por parte do órgão internacional – Organização dos Estados da América – que o construiu sistemática e paulatinamente.

¹³⁷ Op. cit., p. 112.

¹³⁸ Op. cit., p. 3-4.

A Organização dos Estados da América (OEA) é uma organização internacional criada pelos Estados do continente americano, portanto, de abrangência regional, através do tratado internacional denominado “Carta de Organização dos Estados da América”, aprovada em 1948, na conferencia de Bogotá¹³⁹. A carta constitutiva da personalidade jurídica internacional da OAE sofreu reformas ao longo dos anos com vistas ampliação de seus objetivos iniciais e reafirmação positivada de princípios internacionais de consolidação dos direitos humanos¹⁴⁰.

Seguindo a prática de que em geral os tratados internacionais de direitos humanos contemplam um catálogo de direitos acompanhados de algum tipo de mecanismo de controle – órgãos independentes encarregados de fiscalizar o cumprimento das obrigações dos Estados – a Organização dos Estados Americanos traçou paralelamente à Declaração Universal um regime próprio, porém dialógico com o sistema global que prevê respectivamente uma normativa substantiva e processual.

Assim, não apenas se atentou para a construção de um corpo normativo, mas aqui também, na esfera regional americana enorme importância foi dada à criação de mecanismos para o exercício prático dos direitos humanos.

O início formal do sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos se deu com a aprovação internacional da própria Carta da Organização dos Estados da América que proclamava em seu texto “direitos fundamentais da pessoa humana,”, conjuntamente com a aprovação internacional da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na 9ª Conferência Internacional em Bogotá, no ano de 1948. Nota-se,

¹³⁹ A respeito, anote as explicações de DEL’OLMO, Florisbal de Souza. Op. cit, p. 117.

¹⁴⁰ La Carta de la OEA fue aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana que tuvo lugar en Bogotá a comienzos de 1948. La Carta fue reformada en 1967 en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Buenos Aires y en 1985 mediante el “Protocolo de Cartagena de Indias”, suscrito durante el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización. El Protocolo de Washington (1992) introdujo modificaciones adicionales que disponen que uno de los propósitos fundamentales de la OEA es promover, mediante la acción cooperativa, el desarrollo económico, social y cultural de los Estados miembros y ayudar a erradicar la pobreza extrema en el hemisferio. Asimismo mediante el Protocolo de Managua (1993), que entró en vigor en enero de 1996 con la ratificación de dos tercios de los Estados miembros, se estableció el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral. Id., Ibid.

desse modo, que a construção do sistema interamericano é paralela e temporalmente contemporânea à construção formal do sistema global esboçado anteriormente.

2.1 Delimitação conceitual de jurisdição interamericana

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é constituído por diversas instâncias, pessoas e organismos especificamente relacionados entre si para tutela dos direitos humanos e funcionalmente interligados pela normativa de procedimento internacional de tutela destes direitos.

A despeito disso, nos conduzimos a analisar estritamente o sistema interamericano de tutela dos direitos humanos integrado pela Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que conjuntamente, por sua vez “*constituyen el ‘escudo protector’ de los derechos fundamentales en el continente americano*¹⁴¹”, uma vez que situamos a justiciabilidade internacional dos direitos humanos no continente americano como foco central do trabalho.

A jurisdição interamericana realiza-se pelas atividades desempenhadas pela Comissão Interamericana juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁴².

¹⁴¹ RAMÍREZ, Sergio Garcia. **El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos**. Nesse sentido aduz que: “Si nos atenemos a esa versión amplia, única que permite el conocimiento integral de este tema, habría que incorporar en ese "sistema continental a los órganos jurisdiccionales de los países americanos -obviamente, los que forman parte de la Organización de los Estados Americanos, y más aún, los que son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y han reconocido la competencia contenciosa de la Corte-, que tienen a su cargo la protección nacional previa a la tutela internacional (ésta, subsidiaria de aquélla), y también a los diversos organismos, públicos y privados que actúan en este campo, entre ellos los Ombudsmen nacionales y las organizaciones no gubernamentales. Todos concurren a construir ese gran sistema americano, en sentido amplio”.

¹⁴² A idéia de criar uma Corte para proteger os direitos humanos nas Américas surgiu há muito tempo. A IX Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, em 1948, aprovou a Resolução XXXI denominada "Corte Interamericana para proteger os direitos do homem", na qual se considerou que a proteção desses direitos "deve ser garantida por um órgão jurídico, visto que não há direito devidamente garantido sem o amparo de um tribunal competente" e que "em se tratando de direitos internacionalmente reconhecidos, a proteção jurídica, para ser eficaz, deve emanar de um órgão internacional".

Órgãos estes que tem juridicidade conferida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Stricto sensu falando, apenas a Corte Interamericana constitui verdadeiro órgão jurisdicional do sistema regional americano de proteção dos direitos humanos. Contudo, a razão pela qual aduzimos que a Comissão Interamericana insere-se no contexto jurisdicional de tutela internacional dos direitos humanos – compondo a jurisdição interamericana – reside no fato de que esta, além de desempenhar sua função primordial de promotora da observância e proteção dos direitos humanos na América¹⁴³, submete à apreciação da Corte Interamericana casos de violação dos direitos humanos perpetrados pelos Estados-parte.

2.1.1 Comissão Interamericana de direitos humanos

A Comissão Interamericana foi o primeiro órgão criado especificamente para velar pela observância dos direitos humanos no Sistema Interamericano¹⁴⁴. Criada em

¹⁴³ O art. 41 da Convenção Americana possui a seguinte redação: “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: f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, em conformidade com o disposto nos arts. 44 a 51”.

¹⁴⁴ Sobre o processo de criação da Comissão Interamericana: La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959, adoptó importantes resoluciones relativas al desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos. La Declaración de Santiago proclama que “la armonía entre las Repúblicas americanas sólo puede ser efectiva en tanto el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el ejercicio de la democracia representativa sean una realidad en el ámbito interno de cada una de ellas” y declara que “los gobiernos de los Estados americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana”. Por otra parte, conforme a la Resolución III de la Reunión, se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos “el estudio de la posible relación jurídica entre el respeto de los derechos humanos y el efectivo ejercicio de la democracia representativa”. Sin embargo, la resolución más importante emanada de la Quinta Reunión de Consulta fue aquella referida a “Derechos Humanos”. Esta resolución declara que dados los progresos alcanzados en materia de derechos humanos después de once años de proclamada la Declaración Americana y los avances que paralelamente se experimentaron en el seno de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa “se halla preparado el ambiente en el Hemisferio para que se celebre una convención”. Considera “indispensable que tales derechos sean protegidos por un régimen jurídico a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”. Con tal propósito, en la Parte I de la resolución de encomienda al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un “proyecto de Convención sobre derechos humanos.. [y] el proyecto o proyectos de convención sobre la creación de una Corte Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos”. En la Parte II de la resolución mencionada, la Quinta

1959, teve sua organização, funcionamento e natureza jurídica regidos inicialmente por seus Estatutos, conforme lembra Fernando Jayme:

O Estatuto da Comissão, aprovado pelo Conselho da OEA em 25 de maio de 1960, qualifica-a como entidade autónoma, representativa de todos os estados-membros da OEA, com a função de atuar em nome desta Organização. Na mesma ocasião, estabeleceu-se que os direitos humanos tutelados pela Comissão são aqueles consagrados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

A II Conferência Interamericana Extraordinária, realizada no Rio de Janeiro, em 1965, modificou o Estatuto da Comissão para ampliar suas atribuições e fortalecer sua atuação. Das modificações promovidas no Estatuto, destacam-se as seguintes: a que autoriza a Comissão a examinar as comunicações que lhe forem dirigidas; a prerrogativa para dirigir-se aos governos dos estados-membros com o objetivo de obter as informações que considerar pertinentes; o poder de formular recomendações aos estados para fazer cumprir as normas de direitos humanos; a função de determinar à Comissão que elabore um informe anual com o objetivo de examinar a evolução e progressos dos direitos humanos nos estados.

Posteriormente, durante a III Conferência Interamericana Extraordinária, ocorrida em Buenos Aires, no ano de 1967, foram incluídas, no Protocolo de Reformas à Carta da Organização dos Estados Americanos, importantes disposições específicas sobre a Comissão e sobre os direitos humanos em geral, estabelecendo sobre o tema um comprometimento pré-convencional por parte dos estados. A Comissão passou a ser um dos órgãos pelo qual a Organização realizaria seus fins (art. 51, da Carta da OEA).

Finalmente, com a elaboração e aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos em 22 de novembro de 1969, *“a Comissão da OEA foi escolhida como órgão internacional de investigação, conciliação e persecução em juízo de alegadas violações aos direitos humanos protegidos também no sistema da Convenção”*.

Para este desiderato os artigos 34 a 51 da Convenção Americana promoveram a regulamentação internacional da organização estrutural e procedimental,

Reunión de Consulta crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Mediante la creación de la Comisión, los Estados americanos subsanaron la carencia de órganos específicamente encargados de velar por la observancia de los derechos humanos en el sistema. La Parte II resuelve, textualmente: Crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que éste le señale. El Consejo de la Organización aprobó el Estatuto de la Comisión el 25 de mayo de 1960 y eligió a sus primeros miembros el 29 de junio de ese mismo año. Id., Ibid.

funções e competência da Comissão Interamericana. No que toca às funções recorremo-nos às anotações de Hector Fix-Zamudio para quem a Comissão possui as seguintes funções:

a) conciliadora, entre um Governo e grupos sociais que vejam violados os direitos de seus membros; b) assessora, aconselhando os Governos a adotar medidas a de guardar para promover os direitos humanos; c) crítica, ao informar sobre a situação dos direitos humanos em um Estado membro da OEA, depois de ter ciência dos argumentos e das observações do Governo interessado, quando persistirem estas violações; d) legitimadora, quando um suposto Governo, em decorrência do resultado do informe da Comissão acerca de uma visita ou de um exame, decide reparar as falhas de seus processos internos e sanar as violações; e) promotora, ao efetuar estudos sobre temas de direitos humanos, a fim de promover seu respeito e f) protetora, quando além das atividades anteriores, intervém em casos urgentes para solicitar ao Governo, contra o qual se tenha apresentado uma queixa, que suspenda sua ação e informe sobre os atos praticados¹⁴⁵.

Como exposto na introdução deste capítulo, a Comissão constitui um órgão político ou “quase-judicial”, na medida em que sua atuação no recebimento de petições e comunicados de violação dos direitos humanos importa em uma atividade crucial para a ciência da Corte acerca dos fatos¹⁴⁶.

Acerca da atuação, funções e funcionamento da Comissão no âmbito procedimental, analisaremos por ocasião do estudo do direito de petição e do processo de democratização da tutela judicial dos direitos humanos, nos capítulos a seguir.

¹⁴⁵ FIX Zamudio, Héctor. **La proteccion juridica procesal delos derechos**. [S.l.]: Civitas, 1982 apud PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 231-232.

¹⁴⁶ Essa é também a posição de Helio Picudo acerca da natureza jurídica da Comissão Interamericana: “La CIDH tiene -a mi modo de ver- una función cuasi jurisdiccional, ya que a través de los exámenes de los casos que le son presentados, hace recomendaciones a los Estados miembros, teniendo en perspectiva la reparación de la violación cometida. Estas recomendaciones van desde el castigo a los responsables de violaciones a derechos humanos y la imposición del pago de una indemnización pecuniaria, hasta la solicitud de cambios en la legislación interna, recomendándolas de acuerdo con las normas internacionales vigentes. PICUDO, Helio. **Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos** In: Memoria del Seminario “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. 2. ed. San José da Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 229.

2.1.2 Corte Interamericana de derechos humanos

Nos precisos termos do Estatuto da Corte Interamericana, esta constitui um órgão jurisdiccional autônomo que integra Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos, cuja função direciona-se à interpretação e aplicação da Convenção Americana sobre direitos humanos. Nessa medida, a Corte é um tribunal internacional regional de proteção dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos que possui duas funções peculiares: consultiva e contenciosa¹⁴⁷.

Na leitura da locução “interpretar”, desacompanhada da “aplicação”, podemos destacar a função consultiva da Corte Interamericana. No exercício desta função a Corte compete diligenciar respostas as consultas formuladas pelos Estados Membros da OEA ou, pelos próprios órgãos desta Organização Internacional, a respeito de temas atinentes ao alcance e extensão das matérias e disposições normatizadas na Convenção Americana ou, ainda, de outros tratados internacionais concernentes a proteção dos direitos humanos nas Américas.

No tocante à função consultiva da Corte, a Convenção prevê no artigo 64 que qualquer Estado membro da Organização poderá consultar a Corte sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Esse direito de consulta estende-se, no que compete a cada um, aos órgãos enumerados no Capítulo X da Carta da OEA. A Corte também poderá, por solicitação

¹⁴⁷ “Cabe señalar que una de las diferencias entre una y otra función o competencias estriba en que la función jurisdiccional está abierta únicamente para aquellos Estados que han ratificado o adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De los 34 Estados Miembros activos que tiene la Organización de los Estados Americanos¹, 24, han ratificado esta Convención. Pero además deben haber aceptado la competencia contenciosa de la Corte para poder ser demandados ante el Tribunal. Mientras que la función consultiva está abierta a todos los Estados Miembros de la OEA y a los órganos principales de la misma: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Asamblea General, el Consejo Permanente, la Comisión Interamericana de Mujeres, etc. En uso de su función jurisdiccional, la Corte declara la verdad de los hechos en un caso concreto que es exigible al Estado Parte responsable, mientras que la función consultiva responde a preguntas hipotéticas cuyas respuestas no pueden ser ejecutadas, pese a que son obligatorias por constituir una interpretación de la Convención, hecha por el órgano jurisdiccional que dispone la propia Convención. ROBLES, Manuel E. Ventura. **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino Hacia un Tribunal Permanente**. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Directos Humanos, 2003.

de qualquer Estado membro da Organização, emitir opinião sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os instrumentos internacionais acima mencionados¹⁴⁸.

Por seu turno, dentro da concepção da indivisibilidade dos direitos humanos, a Corte interpreta ainda, os direitos normativamente previstos em outros protocolos e documentos conexos que integram todo sistema de garantias que compõem atualmente o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Neste sentido é que a respeito da extensão da matéria passível de consistir objeto de interpretação por parte da Corte esta manifestou nos seguintes termos:

(...) a competência consultiva da Corte pode ser exercida, em geral, sobre toda disposição concernente à proteção dos direitos humanos de qualquer tratado internacional aplicável nos Estados Americanos, independentemente de que seja bilateral ou multilateral, de qual seja seu objetivo principal ou de que sejam ou possam ser partes do mesmo, Estados alheios ao sistema interamericano¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Art. 64 da Convenção Americana estabelece: 1- Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

¹⁴⁹ Na fundamentação a essa decisão a Corte assim se manifestou: “A função consultiva da Corte não pode desvincular-se dos propósitos da Convenção. Referida função tem por finalidade coadjuvar o cumprimento das obrigações internacionais dos Estados Americanos, no que concerne à proteção dos direitos humanos, como também o cumprimento das funções que neste âmbito lhes são atribuídas aos diversos órgãos da OEA. É óbvio que toda solicitação de opinião consultiva que se afaste dessa finalidade debilitaria o sistema da Convenção e reduziria a competência consultiva da Corte; (...) Nos parágrafos 14 a 17 tem-se destacado a amplitude com que foi concebida a competência consultiva da Corte. Dentro desse contexto, o sentido corrente dos termos do artigo 64 não permite considerar que se tenha procurado a exclusão de seu âmbito de certos tratados internacionais, pelo só fato de que Estados alheios ao sistema interamericano sejam ou possam ser partes dos mesmos. Efetivamente, a única limitação que se origina dessa disposição é que se trate de acordos internacionais concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Não se exige que sejam tratados entre Estados Americanos ou que sejam tratados regionais ou que tenham sido concebidos dentro do âmbito do sistema interamericano. Esse propósito restritivo não pode ser presumido, pois não se expressou de nenhuma maneira; (...)o mérito mesmo da matéria opõe-se a uma distinção radical dentre universalismo e regionalismo. A unidade de natureza do ser humano e o caráter universal dos direitos e liberdades que merecem garantia estão na base de todo regime de proteção internacional. De modo que resultaria impróprio fazer distinções sobre a aplicabilidade do sistema de proteção, segundo as obrigações internacionais contraídas pelos Estados originem-se ou não de uma fonte regional; (...)Na Convenção constata-se uma tendência a integrar o sistema regional e o sistema universal de proteção dos direitos humanos. No Preâmbulo, reconhece-se que os princípios que servem de base a esse tratado foram também consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos; (...)A distinção implícita no artigo 64 da Convenção alude mais a uma questão de caráter geográfico-político. Exatamente, o que interessa é estabelecer a cargo de qual Estado estão as obrigações cuja natureza ou abrangência se trata de interpretar, e não a fonte das mesmas.

Em seus julgados e pareceres consultivos a própria Corte tratou de delinear os limites objetivos e subjetivos ao exercício de sua função consultiva. Do levantamento feito no estudo destes julgados e pareceres destacamos três manifestações da Corte que bem exemplificam estes limites.

Em uma de suas primeiras manifestações, no bojo da supracitada Opinião Consultiva 1/82 a Corte registrou expressamente entender como sendo inadmissível, “*toda solicitud de consulta que conduzca a desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte, o en general, a debilitar o alterar el sistema previsto por la Convención, de manera que puedan verse menoscabados los derechos de las víctimas de eventuales violaciones de los derechos humanos*”¹⁵⁰.

Na supracitada opinião Consultiva a Corte assinalou que: “*en determinadas condiciones, podría abstenerse de responder una solicitud de consulta*”. Tal posicionamento vincula materialmente a atividade consultiva da Corte à interpretação de tratados em que esteja diretamente implicada a proteção dos direitos humanos¹⁵¹.

Na Opinião Consultiva n. 13/93 a Corte consignou à título de limite subjetivo que “*sólo puede conocer sobre la interpretación de tratados en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del sistema interamericano*”¹⁵².

Há de se destacar com base na própria jurisprudência e apontamentos feitos pela Corte Interamericana algumas diferenças básicas entre a função consultiva e a função contenciosa exercida por este órgão judicial interamericano. Na opinião consultiva OC-14, a Corte, aclarou a diferença entre suas competências nos seguintes termos:

¹⁵⁰ Opinião Consultiva n. 182/82, parágrafo 31.

¹⁵¹ Id., Ibid.

¹⁵² Opinião Consultiva n. 13/93, parágrafo 41.

“... la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte, en este ámbito, cumple una función asesora...”.

(...)

(...) si la Comisión (Interamericana) considera que la reforma de la Constitución peruana puede representar una violación manifiesta de las obligaciones de ese Estado frente a la Convención, puede utilizar esa circunstancia como fundamento de una solicitud de opinión que tenga ese carácter general. Lo que no puede hacer es buscar que un caso contencioso bajo su consideración sea resuelto por la Corte a través de la competencia consultiva que, por su propia naturaleza, no brinda las oportunidades de defensa que le otorga la contenciosa al Estado¹⁵³.

Observadas estes pontos distintivos passamos a tecer algumas considerações específicas sobre a função contenciosa da Corte.

Com a locução “interpretar e aplicar”, vislumbramos a função jurisdicional da Corte Interamericana por meio da qual se determina se um Estado cometeu qualquer violação dos direitos consagrados na Convenção e, portanto, incorreu na responsabilidade internacional, devendo reparar o respectivo dano resultado da violação.

Eis que a função contenciosa da Corte Interamericana, realça sua natureza de órgão jurisdicional com finalidade de determinar eventual responsabilidade internacional de um Estado por descumprimento de obrigações internacionais num caso concreto, e ainda para designação da reparação devida.

Sobre esta finalidade inerente ao exercício da função jurisdicional que a Corte exerce muito bem destaca André de Carvalho Ramos que:

De acordo com o artigo 52 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte americana pode determinar toda conduta de reparação e garantia do direito violado, inclusive a mensuração pecuniária da indenização. Além disso, de acordo com o artigo 63, a Corte, quando decidir pela responsabilidade internacional do Estado,

¹⁵³ Opinião Consultiva n. 14/94, parágrafo 28.

determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Deve determinar também que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada¹⁵⁴.

Porém, é de se destacar que a provocação do exercício de sua função jurisdicional encontra-se centrada na pessoa da Comissão e dos Estados-parte da Convenção que tenham ratificado ou aderido à Convenção Americana.

Entretanto, refletindo um avanço na consciência mundial da importância da justiciabilidade internacional dos direitos humanos para o indivíduo adveio um considerável avanço em relação ao acesso do indivíduo perante a Corte. Este avanço adveio da modificação do Regulamento da Corte, adotado em 16.09.1996 e vigente a partir de 01.01.1997, em que se deu às supostas vítima, à seus familiares e representantes, a possibilidade de atuar de maneira autônoma à Comissão na fase de reparações. Conforme estudaremos nos parágrafos seguintes, isso significa uma mudança radical na medida em que esse grupo de pessoas passa a ter a possibilidade jurídica de apresentar suas solicitações, argumentos e provas, sem ter de atuarem praticamente através da Comissão¹⁵⁵.

Ademais, a submissão de casos ao crivo judicial da Corte depende do prévio reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte¹⁵⁶. Esta particularidade é observada por Fernando Jayme ao destacar que:

O exercício da jurisdição contenciosa da Corte está condicionada a uma questão preliminar fundamental: o consentimento do Estado. Aderir à cláusula facultativa de reconhecimento da competência contenciosa da Corte significa que o Estado está, a partir de então, vinculado à Convenção em sua integralidade. O consentimento confere ao Estado capacidade processual; o Estado participa do processo na

¹⁵⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 240.

¹⁵⁵ O professor Cançado Trindade ressalta neste sentido que o art. 23 do novo regulamento da Corte, ao dispor que na etapa de reparações, os representantes das vítimas ou de seus familiares poderão apresentar seus próprios argumentos e provas de forma autônoma, abre caminho para desenvolvimentos subseqüentes na direção de se assegurar que os indivíduos tenham *locus standi* no procedimento ante a Corte. Não só na etapa de reparações como também na do mérito dos casos a ela submetidos pela Comissão. Op. cit., p. 681.

¹⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 240-241.

qualidade de parte, comprometendo-se com a proteção integral dos direitos humanos estabelecida no sistema interamericano. A aceitação da competência da Corte é por prazo indefinido, com caráter geral¹⁵⁷.

Contudo, há que se destacar precedente jurisprudencial aberto pela própria Corte acerca do alcance temporal da incidência da jurisdição obrigatória da Corte uma vez aceita a clausula facultativa que a prevê. Trata-se do julgamento exarado pela Corte no Caso Blake.

Eis que, em resposta à suscitação de incompetência *ratione temporis* suscitada pelo Estado da Guatemala no julgamento de uma petição pelo desaparecimento de Nicholas Blake, a Corte reconheceu sua competência para conhecer das possíveis violações de direitos humanos atribuídas ao Estado, apesar de ter restado comprovado que a privação de liberdade da vítima fora anterior ao reconhecimento da competência jurisdicional contenciosa por parte da Guatemala, sob o argumento de que, “*desaparecimento do Senhor Nicholas Blake marca o início de uma situação contínua, sobre cujos fatos e efeitos posteriores à data do reconhecimento da sua competência pela Guatemala, compete-se pronunciar*”¹⁵⁸.

2.1.2.1 Intangibilidade da jurisdição internacional obrigatória da corte interamericana

Essa assertiva é fruto do importante avanço jurisprudencial que a Corte desenvolveu frente à pretensão do governo do Peru de proceder à retirada imediata da competência obrigatória da Corte através de uma resolução legislativa interna, no curso de seu julgamento nos casos Ivcher Bronstein e Tribunal Constitucional¹⁵⁹.

¹⁵⁷ JAYME. Fernando G. Op Cit, p, 90-91.

¹⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Blake, sentença de 24.1.98, p. 41.

¹⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Ivcher Bronstein. Informe anual de Ia Corte Interamericana de Derechos Humanos Washington, D.C.: Secretaria General Organización de los Estados Americanos, 999, p. 371-388; Caso Tribunal Constitucional, Competência, de 24.9.99, Informe anual de Ia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.

A Corte respondeu pronta e firmemente a esta tentativa subversiva do Peru ditando pela primeira vez em sua historia de existência e funcionamento duas sentenças sobre sua competência e declarando, por unanimidade o seguinte:

— A aceitação da competência contenciosa da Corte constitui uma cláusula pétrea que não admite limitações que não estejam expressamente contidas no art. 62.1 da Convenção Americana (§ 36);

- o Estado-parte só pode desvincular-se das obrigações constantes da Convenção, observando as condições nela estipuladas (§ 40);

- admitir a validade da resolução interna significaria negar vigência ao art. 29 da Convenção, privando os beneficiários da garantia jurisdicional dos direitos humanos (§ 41);

— o Estado, ao aceitar a jurisdição contenciosa da Corte, obriga-se a cumprir a Convenção como um todo, de modo que só é possível, nos termos da Convenção de Viena, a denúncia de todo o Pacto, e não apenas de parte, sendo que, em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos, os efeitos da denúncia só se operariam após um ano da data do ato, por força do seu art. 78 (§§ 47 a 55).

A partir deste caso paradigmático consolidou-se no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos que *“a aceitação da competência contenciosa da Corte constitui uma cláusula pétrea que não admite limitações que não estejam expressamente contidas no artigo 62¹⁶⁰”*

Nesse sentido, lembra Fernando Jayme que da mesma sorte, Cançado Trindade quando do voto concorrente, proferido no caso James e outros vs. Trinidad y Tobago, estabelece o significado e alcance da competência jurisdicional da Corte, ao ressaltar:

Uma vez acionada a jurisdição da Corte, esta se torna intangível: não é - não pode ser - afetada de modo algum pela conduta ou pelas atuações posteriores das partes (em materia contenciosa), ou do Estado ou órgão solicitante (em mate consultiva), ou da Comissão como solicitante de medidas provisórias de proteção. (...) A Corte é, em quaisquer circunstâncias, maestra de jurisdicción; a Corte, como todo órgão possuidor de competências jurisdicionais, tem o poder inerente de determinar o alcance de sua própria competência {Kompetem-Kompetenzi compétence de la

¹⁶⁰ Id., Ibid.

compétence) - seja em matéria consultiva; seja em matéria contenciosa, seja em relação a medidas provisórias de proteção¹⁶¹.

2.1.2.2 Democratização do acesso à justiça internacional no âmbito americano

Analizamos no capítulo quinto, que durante um longo período – praticamente até o fim da segunda guerra mundial – a normativa internacional tratou os Estados como sujeitos exclusivos de direitos e deveres.

Sob esta perspectiva, a pessoa humana não somente foi privada de toda a possibilidade para agir autonomamente nesta esfera como também fora submetida exclusivamente a reserva da jurisdição nacional regulada inteiramente pelo próprio Estado¹⁶².

Analizamos ainda, que o legado desta visão foi a total impossibilidade de defesa jurisdicional do indivíduo contra os atos ilícitos perpetrados pelos Estados. E, que, em caso de uma possível violação das normas da lei internacional ou de legítimos interesses dos indivíduos por terceiros (particulares) ou por outros países, somente o Estado nacional detinha o direito de protegê-los pelo exercício de proteção diplomática¹⁶³.

¹⁶¹ Id., Ibid.

¹⁶² After the First World War, new developments may be noted as representatives of minorities received the right of petition to the League of Nations concerning the violation of instruments establishing the system of minority protection. Another example of the right to present complaints was created by the International Labor Organization, which decided to confer on associations of workers and employers the right to claim non-compliance with ILO Conventions by Member States. A radical change took place after the Second World War with the development of international human rights law. Individuals received access to complaint procedures established by regional and universal human rights instruments. Human rights are now considered as not belonging to domestic jurisdiction of States and individuals are now recognized as subjects of international law with actual and potential access to international justice. (SYMONIDES, Januzs. *Acces os Individual to International Tribunal Access of Individual to International Tribunals and International Huma Rights Complaints Procedures*. In: “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI” / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por Antônio Augusto Cançado Trindade, 2 ed., p. 481-490, San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003).

¹⁶³ “En efecto, ya en las primeras décadas del siglo XX se reconocían los manifiestos inconvenientes de la protección de los individuos por intermedio de sus respectivos Estados de nacionalidad, o sea, por el ejercicio de la protección diplomática discrecional, que tornaba los Estados "demandantes" a un mismo tiempo "jueces y

Este quadro traçado não difere da prática processual perpetrada pelos sujeitos atuantes no cenário interamericano de defesa de direitos humanos nos primórdios da organização deste sistema internacional regional.

A despeito deste cenário, defendemos desde o início da discussão da temática que, se a internacionalização dos direitos humanos promoveu a legítima revisão deste legado, possibilitando o resgate histórico da pessoa humana como sujeito de direito internacional, a evolução deste processo de internacionalização deve, acompanhando a lógica do sistema e dos valores em que se apóia, propiciar o reconhecimento da capacidade processual da pessoa humana para reivindicar os direitos dos quais é o sujeito imediato.

Nesta linha de defesa é que nos parágrafos subseqüentes analisaremos que a democratização da jurisdição interamericana dos direitos humanos é um processo constante e evolutivo. Processo este, deflagrado basicamente pela institucionalização de medida judicial cuja titularidade para propositura abrange a pessoa humana e em processo de pela revisão dos procedimentos processuais, tanto da Corte como da Comissão Interamericana de modo a conduzir o indivíduo-peticionário diretamente até a própria Corte Interamericana.

2.1.2.2.1 O direito interamericano de petição individual

A noção conceitual de jurisdição interamericana de proteção dos direitos humanos é pragmaticamente fortalecida pela outorga de capacidade processual internacional ao ser humano para, diante uma lesão ou ameaça de lesão a determinado direito, mover uma ação contra um Estado tendo em vista a proteção desse direito. Conquanto, *es de la propia esencia de la protección internacional de los derechos humanos la contraposición entre los*

partes". Comenzaba, en consecuencia, para superar tales inconvenientes, a germinar la idea del acceso directo de los individuos a la jurisdicción internacional, bajo determinadas condiciones, para hacer valer sus derechos contra los Estados". (TRINDADE, Antonio Augusto Caçado, p.547).

*individuos demandantes y los Estados demandados en casos de supuestas violaciones de los derechos protegidos*¹⁶⁴.

A outorga efetiva de capacidade processual internacional ao ser humano constitui um salto qualitativo na tutela jurisdicional dos direitos humanos. Este salto qualitativo na tutela jurisdicional dos direitos humanos é percebido por Christian Tomuschat que nos estudo das reclamações individuais de reparação contra violações dos direitos humanos destaca:

Otorgar a la víctima de una violación a los derechos humanos un derecho autónomo con respecto al Estado autor, podría al mismo tiempo eliminar un problema que hasta la fecha no ha encontrado una solución satisfactoria, a saber, la facultad de los Estados de resolver los reclamos de sus ciudadanos en una mesa de negociación cuando dichos reclamos pueden constituir sólo un ítem más en una serie que, desde un punto de vista político, podrían ser considerados más importantes¹⁶⁵.

Neste lanço oportuno destacar que o direito de petição individual contribui também para assegurar o cumprimento das obrigações de caráter objetivo que vinculam os

¹⁶⁴ TRINDADE. Antonio Augusto Cançado, Op. cit., p. 556.

¹⁶⁵ Un ejemplo que viene rápidamente a la mente se relaciona con las así llamadas mujeres de consuelo usadas por los soldados japoneses para su satisfacción sexual durante la Segunda Guerra Mundial. La mayoría de estas mujeres eran de nacionalidad coreana o filipina. Por décadas ellas no hicieron mención pública de su situación, todavía afligidas por sentimientos de vergüenza y humillación que, a su vez, minaban su auto-estima. Cuando ellas finalmente se sobrepusieron a sus inhibiciones, encontraron que sus países, actuando con miras a preservar la paz en las relaciones mutuas, podrían haber renunciado a cualquier posible reclamo contra Japón que hubiera resultado de la guerra. (informe emitido por el Relator Especial con respecto a la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Señora Radhika Coomaraswamy, en la misión a la República Popular Democrática de Corea, a la República de Corea y a Japón sobre el tema de la esclavitud sexual militar durante tiempos de guerra, Doc. de Naciones Unidas E/CN.4/1996/53/Add.1, 4 de enero de 1996. Recientemente, el Gobierno de Corea del Sur resolvió pagar por su cuenta una compensación a las “mujeres de consuelo”, véase International Herald Tribune, 22 de abril de 1998). Un debate similar tuvo lugar en Alemania dos años atrás cuando los alemanes étnicos que alguna vez habían habitado el Sudetenland se opusieron a una declaración común preparada por Praga y Bonn15 por temor de que este acuerdo diplomático pudiera ignorar los reclamos que ellos consideraban les asistían en contra de la República Checa en razón del tratamiento al que ellos habían sido sujetos en conexión con su expulsión forzada de sus tierras ancestrales después del término de la Segunda Guerra Mundial. A pesar de que uno puede sentirse naturalmente inclinado a apoyar a Hugo Princz o a las mujeres de consuelo coreanas y filipinas o los alemanes de Sudetenland, también queda claro, casi a primera vista, que demoler la construcción legal tradicional de cómo los reclamos de guerra son resueltos podría acarrear serios problemas legales. Para detalles véase Comisión Internacional de Juristas (ed.), Comfort Women: An Unfinished Ordeal, 1994; (TOMUSCHAT. Christian. Reclamos Individuales de Reparaciones en Instancias de Graves Violaciones a los Derechos Humanos: La Óptica bajo el Derecho Internacional General Título original: “Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law”. Publicado en State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights. Albrecht Randelzhofer and Christian Tomuschat (eds.), © Kluwer Law International, La Haya, 1999. Texto traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).

Estados-partes. Nesta linha de raciocínio, o professor Cançado Trindade define bem a importância do direito de petição individual ao realçar que:

(...) de todos los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos, el derecho de petición individual es, a mi juicio, el más dinámico, al inclusive atribuir la iniciativa de acción al propio individuo (la parte ostensiblemente más débil vis-à-vis el poder público), distintamente del ejercicio ex officio de otros métodos (como los de investigaciones e informes) por parte de los órganos de supervisión internacional¹⁶⁶.

Para se traçar a natureza jurídica do direito de petição individual, de grande valia recorrer ao seu resgate histórico¹⁶⁷, feito de forma elucidativa por Antonio Cançado Trindade, e, sobre a qual comenta o citado autor:

(...) revela la historia jús de algunos países que el antiguo derecho de petición (right to petition), en el plano interno, a las autoridades centrales, como expresión o manifiestación de la libertad de expresión, se desarrolló gradualmente en un recurso legal accionable ante los tribunales para la reparación de danos. Solo en una época más reciente el derecho de petición (right of petition, no más right to petition) vino a formarse en el seno de organizaciones internacionales; Surgieron las primeras distinciones clásicas, como la elaborada por Feinberg y endosada por Drost, entre petition plainte, basada en una violación de un derecho privado individual (v.g., um derecho civil) y en búsqueda de reparación por parte de las autoridades, y petition vœu, atinente a los intereses generales de un grupo [v.g., un derecho político] y en búsqueda de medidas públicas por parte de las autoridades.

La petition vœu evoluciono para lo que se pasó a denominar de comunicación (...) peticiones stricto sensu – se encuentran, por ejemplo, en los sistemas de minorias y mandatos bajo la Sociedad de las Naciones y en el sistema de tutela bajo las

¹⁶⁷ Celso Ribeiro Bastos, no estudo constitucional do chamado direito de petição, faz também uma remissão histórica às origens deste instituto destacando, dentre outros pontos, que “o direito de petição remonta as suas origens ao Bill of Rights de 1689, que permitiu aos súditos que dirigissem petições ao rei. A Constituição francesa de 1791 também consagrou a faculdade de serem dirigidas às autoridades constituídas petições assinadas individualmente. A primeira emenda à Constituição dos EUA dispõe acerca denominado direito do povo de dirigir petições ao governo à reparação de suas lesões”. O saudoso constitucionalista conceitua este o direito de petição como o direito “exercitável por qualquer pessoa, que tem por objetivo apresentar um pleito de interesse pessoal ou de interesse coletivo, visando com isto obter uma medida que considera mais condizente com o interesse público”. Acrescenta ainda que este direito tem, pois, caráter inequivocamente bifrontal, pois de um lado pode estar voltado à defesa de um interesse pessoal, por isso sua inserção nos direitos individuais, de outro pode surgir em socorro da Constituição, das leis ou do interesse geral, caso em que mais se configura um direito de participação política. Nesta última hipótese, é exercitável independentemente da existência de qualquer lesão de interesses próprios. É o cidadão surgindo em defesa do interesse geral. Op. cit., p. 166.

Naciones Unidas. Fueron estos algunos de los primeros sistemas internacionales a otorgar capacidad procesal directamente a los individuos y grupos privados¹⁶⁸.

Note-se, com base nestes antecedentes, que o direito de petição individual ocupa a posição de verdadeiro reclamo judicial, “comunicação judicial” relativo a violações de direitos humanos. Nesta senda, enfatizando, porém, apenas o conceito normativo dado ao direito de petição internacional, Mauro Cappelletti¹⁶⁹ denomina esta medida judicial de “*recurso de amparo individual a nivel supranacional*’ el cual se ejerce con base en un ‘*bill of rights transnacional*’ ante un organismo también transnacional”. Este “recurso de amparo individual a nivel supranacional” consiste específicamente:

(...) no derecho de toda persona humana, víctima de una violación a sus derechos humanos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, o cualquier otro instrumento internacional sobre la materia, a interponer una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando dicha violación provenga de cualquiera de los órganos *del poder público de un Estado Miembro de la OEA*.

No sistema normativo substancial e processual interamericano, a outorga desta capacidade processual internacional se materializa na previsão do direito de petição individual. Este consiste em um direito humano materializado em ação judicial internacional de natureza civil e penal, disponibilizada às pessoas que se encontrem sob a jurisdição dos Estados-membros da OEA, consagrado expressamente no artigo 44 da Convenção Americana, *in verbis*:

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte¹⁷⁰.

¹⁶⁸ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Op. cit., p. 557-559.

¹⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo**. C.A. México: Editorial PORRUA, 1993, p. 45.

¹⁷⁰ No mesmo sentido dispõe o Regulamento da Comissão o Art. 23. Apresentação de petições: 1. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre presumidas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos

A operacionalidade desse direito de petição individual perante o sistema judicial interamericano apresenta três notas específicas de merecido destaque no presente estudo, atinentes: (1) aos pressupostos de admissibilidade desta ação; (2) à legitimidade “*ad causam*” e, (3) aos avanços e desafios no campo da fixação da instância processual de manejo desta ação internacional. Sobre esta última reservamos capítulo próprio, conforme se verá no tópico seguinte.

Os pressupostos de admissibilidade deste, “*recurso de amparo individual a nivel supranacional*”, encontram-se dispostos nos artigos 46 e 47 da Convenção Americana. De acordo com a redação destes dispositivos convencionais, a petição apresentada deve preencher os seguintes requisitos: (a) utilização e exaustão das medidas judiciais disponibilizadas na normativa e jurisdição domésticas; (b) ausência de litispendência internacional acerca do assunto objeto da petição; (c) apontamento da qualificação jurídica e aposição de assinatura da pessoa, grupo de pessoas ou de seu respectivo representante legal junto à petição.

A Comissão também analisará a admissibilidade desta ação à luz da pertinência normativa entre os fatos elencados como violadores dos direitos humanos.

Em relação à legitimidade “*ad causam*” é de se anotar desde já, que a mera leitura gramatical das disposições convencionais conduz à conclusão de que este instituto processual está aberto “*qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização*”. Ou seja, não se impõe que o peticionário se considere vítima da violação.

Econômicos, Sociais e Culturais, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento. O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão.

Sobre esta nota específica do direito de petição Cançado Trindade assevera:

Cabe extraer las consecuencias del amplio alcance del artículo 44 de la Convención, en lo que se refiere a la condición de los individuos peticionario. (...) la legitimatio ad causam que extiende a todo y cualquier peticionario, puede prescindir hasta mismo de alguna manifestación por parte de la propia víctima. El derecho de petición individual, así ampliamente concebido, tiene como efecto inmediato ampliar el alcance de la protección, sobre todo en casos en que las víctimas [v.g., detenidos incomunicados, desaparecidos, entre otras situaciones] se vean imposibilitadas de actuar por cuenta propia, y necesitan de la iniciativa de un tercero como peticionario en su defensa.

Contudo, como bem adverte o ex-juiz da Corte Interamericana Alejandro Montiel Argüello, *“el hecho de que la Convención Americana permita que el denunciante sea una persona distinta de la víctima o presunto lesionado, no significa que no sea indispensable la existencia de éste, pues de otra manera no podría indicarse su identidad en la denuncia y esta vendría a ser inadmisibles conforme al artículo 47.a¹⁷¹”*.

De modo a corroborar esta assertiva Alejandro Argüello relembra e anota que a própria Corte já se pronunciara neste sentido asseverando que:

Sin embargo, no debe interpretarse que la liberalidad del sistema interamericano en este aspecto pueda admitir la interposición de una acción in abstracto ante la Comisión. El peticionario no puede instituir una acción popularis o impugnar una ley sin establecer cierta legitimación activa que justifique su recurso a la Comisión. El peticionario debe presentarse como víctima de una violación de la Convención o debe comparecer ante la Comisión como representante de una víctima putativa de una violación de la Convención por un Estado Parte. No basta que el peticionario sostenga que la mera existencia de una ley viola los derechos que le otorga la Convención Americana, sino que es necesario que dicha ley haya sido aplicada en su detrimento. Si el peticionario no establece su legitimación activa, la Comisión debe declarar su incompetencia *ratione personae* en la materia¹⁷².

Desta nota específica extraímos outra nota claríssima acerca do direito de petição: o seu caráter autônomo. Sendo o direito de petição individual, à luz do sistema

¹⁷¹ Op. cit., p. 200.

¹⁷² CIDH, Informe No. 48/96, Caso 11,553, 16 de octubre de 1996, párr. 28, apud, ARGUELO. Alejandro Montiel, ob.cit, p. 200.

interamericano, um instituto jurídico de direito internacional para reparação das violações de direito humanos, seus requisitos de procedibilidade não se encontram vinculados, necessariamente, às disposições do direito interno. Neste sentido, Cançado Trinda adverte:

Hay que tener siempre presente la autonomía del derecho de petición individual vis-à-vis el derecho interno de los Estados. Su relevancia no puede ser minimizada, por cuanto puede ocurrir que, en un determinado ordenamiento jurídico interno, un individuo se vea imposibilitado, por las circunstancias de una situación jurídica, a tomar providencias judiciales por sí propio. Lo cual no significa que estaría él privado de hacerlo en el ejercicio del derecho de petición individual bajo la Convención Americana, u otro tratado de derechos humanos¹⁷³.

Isto implica em dizer que as condições impostas pela normativa substantiva e processual internacional que regem as petições individuais no sistema interamericano não coincidem, necessariamente, com os critérios nacionais relativos ao “*locus standi*” do indivíduo.

Sobre este caráter autônomo a própria Corte Interamericana exarou pronunciamento nos seguintes termos:

A Corte recorda que o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem por fim proporcionar ao indivíduo, meios de proteção dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente frente ao Estado (seus órgãos, seus agentes, e todos aqueles que atuam em seu nome). Na Jurisdição internacional as partes e a matéria da controvérsia são, por definição, distintas daquelas da jurisdição interna. No presente caso, o aspecto substancial da controvérsia ante a Corte não é se a suposta vítima violou a Lei peruana (quer seja esta ordinária ou militar), senão o fato de saber se Peru violou as obrigações internacionais que contraiu ao constituir-se em Estado-parte na Convenção Americana¹⁷⁴.

Por fim, ultrapassadas as questões atinentes às condições processuais deste instituto é oportuno registrar que, comparativamente ao sistema europeu de proteção dos

¹⁷³ TRINDADE. Antonio Augusto Trindade. Op. cit.p. 568.

¹⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cesti Hurtado vs. Peru. Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Washington, D.C.: Secretaria General de la Organización de los Estados Americanos, p. 162.

direitos humanos¹⁷⁵, o direito de petição individual, tal qual concebido no sistema interamericano, constitui uma cláusula obrigatória, ou seja, de aceitação automática por parte dos Estados ratificantes, ao menos da Carta da OEA¹⁷⁶.

Esta característica reforça, a toda vista, que este instituto processual internacional constitui, de fato, mais um instrumento de limitação do exercício do poder estatal em prol da dignidade da pessoa humana.

2.1.2.2.2 A reforma institucional da jurisdição interamericana em prol da democrática tutela judicial dos direitos humanos

En el sistema interamericano de protección, alcanzará el derecho de petición individual su plenitud el día en que pueda ser ejercido por los peticionarios ya no más ante la Comisión Interamericana, pero sí directamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La vía jurisdiccional constituye la más perfeccionada y evolucionada modalidad de protección internacional de los derechos humanos. Antonio Augusto Cancado Trindade

Considerando, à luz das disposições contidas na Convenção Interamericana, a idéia de jurisdição está associada à atuação, tanto da Corte, quanto da Comissão Interamericana, poder-se-ia, em uma leitura apressada, argumentar que a pessoa humana sempre teve pleno acesso à jurisdição interamericana, nela atuando ativamente por meio do exercício do direito de petição individual dirigido à Comissão.

¹⁷⁵ Originalmente, o direito de petição individual era consagrado no artigo 25 da Convenção Européia de Direitos Humanos, como uma cláusula facultativa. Somente a partir de 01/11/1998, com a entrada em vigor do Protocolo 11 à Convenção Européia, quando se consagra o jus standi dos indivíduos demandantes diretamente perante a Corte Européia, o direito de petição individual perante a nova Corte Européia passou a ser mandatário nos mesmos moldes como fora concebido originalmente na Convenção americana sobre Direitos Humanos.

¹⁷⁶ É de se ressaltar que a base normativa desta ação, a que nos referimos, encontra-se presente tanto na Convenção Interamericana quanto na própria Carta da Organização Interamericana, e também no Estatuto da Comissão Interamericana. Em assim sendo, esta medida judicial apresenta a viabilidade de ser dirigida não apenas contra os signatários da Convenção Americana, mas também face a todos os Estados-membros da OEA que não tenham ratificado a Convenção Americana.

Contudo, entendemos que a forma adotada pela Convenção para a outorga da capacidade processual ao indivíduo humana não sugere o ponto de chegada do movimento de justiciabilidade internacional dos direitos humanos. Eis que para além de se outorgar legitimidade ativa processual ao indivíduo perante a Comissão, imprescindível é assegurar, perante a própria Corte, um *Jus Standi* ainda não alcançado pelo indivíduo.

A afirmativa decorre da constatação de uma realidade prática, relacionada à posição das partes no processo internacional, aparentemente em conformidade com os princípios de direito – e, especialmente, os princípios dos direitos humanos – que, na verdade, encontra-se eivada de um atraso causador de injusta negação. Ou seja, muito embora reconheça o artigo 61(1) da Convenção a legitimidade individual das vítimas de violações dos direitos humanos para representação legal judicial perante a Corte – que muito contribui para a jurisdicionalização da própria Corte – tal reconhecimento está limitado / condicionado aos casos já submetidos à apreciação da Comissão.

Conforme já mencionado *supra*, no procedimento de apreciação pela Comissão a questão levada pela vítima passa por critérios que vão além dos de mera admissibilidade processual, o que a faz adentrar – com perigo de conduta indiscriminada ou omissiva, de direitos inalienáveis – no território da legitimidade exclusiva da parte – afastando-se de seu papel de “guardiã” da correta aplicação da Convenção.

Louvadas foram as razões que, na época do estabelecimento da normativa interamericana de direitos humanos, motivaram a negação, às vítimas de violações, dessa representação legal judicial, ou capacidade postulatória direta e irrestrita perante à Corte Interamericana. Pois, as resistências dos Estados que temiam pelo abalo de suas soberanias em face de uma nova e supranacional jurisdição internacional quanto à matéria, poderiam invalidar as tentativas de aderência desses Estados à Convenção. Entretanto, estabelecidos e estruturados os direitos ali protegidos, reconhecidos e implantados internamente pelos Estados-partes, tornou-se obrigatória sua efetivação. E, tal efetivação somente se revela verdadeira e completa com a correspondente possibilidade de seu exercício livre e

desobstaculizado, pois “... *al reconocimiento de derechos, em los planos tanto nacional como internacional, corresponde la capacidad procesal de vindicarlos o ejercerlos*”¹⁷⁷.

Diante disso, percebemos que a atual realidade da jurisdicionabilidade no sistema interamericano de direitos humanos não se encontra pautada em um dos princípios de direito de maior relevância defendidos pela própria Convenção, ou seja, que o direito individual de petição, ali, não se encontra alcançado, ou outorgado, em sua plenitude, vez que, somente a outorga de seu exercício, de forma livre e completa, diretamente perante a Corte permitirá que a jurisdição internacional seja procedida com a devida legitimidade postulatória.

Assim, entendemos, que o contexto atual da proteção internacional dos direitos humanos não possui mais espaço, ou não mais permite, a permanência daquelas razões iniciais a justificar tal negação, principalmente em face da comprovação da deficiência nos resultados e das distorções no campo do direito e dos papéis das partes e dos órgãos, que a intermediação exclusiva da Comissão na postulação da solução judicial internacional tem mostrado.

Certo é que em nosso continente encontramos ainda algumas limitações de ordem externa, que clamam pela intervenção da Comissão em um processo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como o reduzido número de advogados especializados em direito internacional dos direitos humanos, bem como em direito processual internacional, e aptos a assumir as responsabilidades que a Convenção exige dos representantes legais da vítima perante a Corte.

Contudo, vemos na co-atuação dos profissionais do Direito com a própria Comissão – investidos, cada um de seu próprio papel – a solução para a legitimação da capacidade postulatória plena da vítima, sem o prejuízo do que chamamos “conquistas

¹⁷⁷ TRINDADE. Antonio Augusto Trindade. Op. cit., p. 578.

desestruturadas”, que uma vez alcançadas, falecem por falta de estrutura de estrutura para sua administração e efetivação.

Ou seja, a atuação conjunta do indivíduo, juntamente com seu representante legal, diretamente perante a Corte, na postulação de seu direito supostamente violado, contando com a assistência da Comissão – no papel já mencionado de “guardiã” da Convenção, tanto em relação à garantia do exercício e da defesa dos direitos individuais, quanto em relação à guarda da ordem e autoridade da Corte e da efetividade de suas decisões dentro do próprio processo – com a oportunização dessas duas importantes vertentes de manifestação processual, torna-se o contexto ideal para que a Corte obtenha melhor quantidade e qualidade de informações e elementos para a formação de sua convicção de juízo.

Naturalmente, haverá a Corte de aprimorar seus métodos de avaliação e contrapeso destas informações e elementos, muitas vezes discordantes, o que, reclamará mais acurado empenho de análise conjuntural para a aplicação da lei internacional. Mas quanto a isso entendemos, inclusive, ser um fator de enriquecimento para o direito internacional dos direitos humanos.

Certo é que, inobstante à ausência das limitações de ordem externa – perfeitamente sanáveis, como já visto – que ainda nos cercam, no sistema europeu de direitos humanos, a jurisdição já alcançou esta plenitude de capacidade postulatória à mais de uma década, onde, após o Protocolo 11, de 1994, as vítimas de violações de direitos humanos passaram a ter acesso direto à Corte Europeia de Direitos Humanos para a defesa de seus direitos, passando do *locus satandi*, representação legal que exprime uma capacidade postulatória vinculada, para um *jus standi*, que é a representação legal plena, que exprime uma capacidade postulatória direta do indivíduo perante a Corte¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Con la vigencia del Protocolo N° 11, a partir del primero de noviembre de 1998, se reestructura el sistema europeo de derechos humanos y, al desaparecer la Comisión, la Corte Europea asume como facultad propia la solución o arreglo amistoso. Corresponde a los Arts. 38 y 39 de la Convención Europea, reformada en

Sobre essa evolução e a necessidade de alcançá-la no sistema interamericano de direitos humanos, manifesta-se Cançado Trindade:

La vía jurisdiccional constituye la mas perfeccionada y evolucionada modalidad de protección internacional de los derechos humanos. El sistema europeo de protección esperó casi medio siglo para dar expresión concreta a esta realidad. Su perfeccionamiento institucional, con la entrada en vigor del Protocolo n. 11 a la Convención Europea, refleja, en última instancia, el reconocimiento inequívoco de que los derechos humanos deben ser protegidos en el plano internacional por un órgano judicial permanente, con jurisdicción compulsoria en materia contenciosa, al cual los individuos tengan el derecho de acceso directo independiente de la aceptación de una cláusula facultativa por sus respectivos Estados. ... Trátase, pues, de buscar asegurar, ya no solo la representación directa de las víctimas o de sus familiares (*locus standi*) en el procedimiento ante la Corte Interamericana en casos ya enviados a ésta por la Comisión (en todas las etapas del proceso y no apenas en la de reparaciones), sino más bien el derecho de acceso directo de los individuos ante la propia Corte (*jus standi*), para traer un caso directamente ante ella, como futuro órgano jurisdiccional único para la solución de casos concretos bajo la Convención Americana ... El *jus standi* – nos más apenas *locus standi in judicio* – irrestricto, de los individuos, ante la propia Corte Interamericana, representa – como hemos señalado en casos ante la Corte – la consecuencia lógica de la concepción y formulación de derechos a ser protegidos bajo la Convención Americana en el plano internacional, a las cuales debe necesariamente corresponder la capacidad jurídica plena de los individuos peticionarios de vindicarlos¹⁷⁹.

Conclui-se que o cenário jurisdiccional internacional no âmbito americano tem caminhado para uma democratização e uma maior legitimação de suas atividades. Primeiramente, outorgando ao indivíduo o chamado direito de petição. Instrumento este que traduz a concessão de acesso direto do individuo às instancias internacionais: a Comissão Interamericana. Posteriormente, aperfeiçoando este mecanismo – direito de petição individual – para, através desta iniciativa do próprio individuo permitir que este participe perante a própria Corte.

conformidad con el Protocolo N° 11, establecer el procedimiento de la solución amistosa. El Art. 38 en el párrafo 1 letra b) señala que la Corte al declarar admisible una demanda: "b) se pondrá a disposición de los interesados a fin de llegar a un arreglo amistoso del caso, inspirándose para ello en el respecto de los derechos humanos tal como los reconocen el Convenio y sus Protocolos." Y agrega que este procedimiento será confidencial. Por su parte el Art. 39 hace referencia a que en los casos de arreglo amistoso la Corte "archivará el asunto mediante una resolución, que se limitará a una breve exposición de los hechos y de la resolución adoptada". (PESANTES. Hernán Salgad. La Solución Amistosa y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, in: Memoria del Seminario "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI" / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por Antônio Augusto Cançado Trindade - 2 ed. - San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.p. 95).

¹⁷⁹ TRINDADE. Cançado. Op. cit., p. 582-583.

Ao conceder acesso direto aos indivíduos às instancias internacionais de proteção dos direitos humanos emancipa-se o ser humano do jugo estatal sempre que este mostrar-se arbitrário ou insuficiente (na) a proteção original dos direitos humanos¹⁸⁰.

PARTE III

GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JURISDIÇÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS: POR UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

O direito à justiciabilidade internacional dos direitos humanos mediante o acesso à jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos, situa-se entre os mais recentes temas no bloco dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos pelo nosso ordenamento pátrio. Há apenas cinco anos, com a aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, articulou-se pela primeira vez, um esquema próprio e compreensível de direitos internacionalmente exigíveis em caso de eventual desrespeito às normas convencionais às quais o Brasil se obrigou a dar cumprimento.

Contudo, assim como todas as demais normativas internacionais, a

¹⁸⁰ Adverte o professor Cancado Trindade que “Hay que tener siempre presente la autonomía del derecho de petición individual vis-à-vis el derecho interno de los Estados. Su relevancia no puede ser minimizada, por cuanto puede ocurrir que, en un determinado ordenamiento jurídico interno, un individuo se vea imposibilitado, por las circunstancias de una situación jurídica, a tomar providencias judiciales por sí propio. Lo cual no significa que estaría él privado de hacerlo en el ejercicio del derecho de petición individual bajo la Convención Americana, u otro tratado de derechos humanos. Pero la Convención Americana va más allá: la legitimatio ad causam, que se extiende a todo y cualquier peticionario, puede prescindir hasta mismo de alguna manifestación por parte de la propia víctima. El derecho de petición individual, así ampliamente concebido, tiene como efecto inmediato ampliar el alcance de la protección, sobre todo en casos en que las víctimas (v.g., detenidos incomunicados, desaparecidos, entre otras situaciones) se vean imposibilitadas de actuar por cuenta propia, y necesiten de la iniciativa de un tercero como peticionario en su defensa. La protección de los derechos humanos accionada por el ejercicio del derecho de petición individual se efectúa a la luz de la noción de garantía colectiva, subyacente a la Convención Americana (así como a los demás tratados de derechos humanos). En ese contexto se puede apreciar el amplio alcance de la legitimatio ad causam bajo el artículo 44 de la Convención Americana”.

normativa atinente à aceitação da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana encontra barreira jurisprudencial diante da celeuma hermenêutica suscitada pela Suprema Corte pátria acerca do regime jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos. Não bastasse essa barreira, quanto ao status hierárquico dos tratados, formulada interpretativamente pelo Supremo, a regulamentação interna sobre a natureza jurídica das decisões proferidas pela aludida Corte tem encontrado barreiras também nos planos, legislativo e constitucional, apresentando feições de merecido destaque conforme se poderá apreciar em tópico posterior.

Tendo como ponto de partida as considerações traçadas e, sem pretensão de se esgotar a matéria dada à complexidade do assunto e das circunstâncias jurídicas que cercam a matéria a terceira parte deste trabalho destina-se e limita-se à ênfase de três pontos específicos.

Primeiro, traçar em que medida o processo de internacionalização dos direitos humanos – estudada no terceiro e quarto capítulo – e o processo de democratização político-governamental brasileira na década de 80 contribuíram para a elaboração de um direito constitucional internacional próprio dos direitos humanos e da justiciabilidade destes direitos.

O segundo ponto consiste em identificar a integração entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica nacional na articulação de sistemas e instrumentos que materializam o acesso à tutela internacional de proteção dos direitos humanos como verdadeiro direito fundamental, ou seja, direito constitucionalmente assegurado. E, ainda, em que medida a reforma constitucional realizada pela Emenda 45 de novembro de 2004 implica numa contribuição para que esta visão fosse fortalecida.

E por último, destacar os reflexos jurídico-constitucional e processual das obrigações do Brasil assumidas através da ratificação da Convenção Americana e da aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que tais

obrigações ensejam a possibilidade de o Brasil ser demandado perante aquela Corte. O que serve como um estímulo crescente para que o Estado como um todo as organizações da sociedade civil e o setor privado promovam o respeito autêntico dos direitos humanos na ordem interna. Verificando-se, em seguida, a (in)efetividade do acesso à Corte Interamericana nos moldes disponíveis à luz da panorâmica legislativa nacional.

Neste ponto específico, é de se salientar que a polêmica que gira em torno do direito de justiciabilidade internacional dos direitos humanos, entre os assuntos mais relevantes que o circunda consiste em se saber em que extensão – ao admitir expressamente a jurisdição da corte interamericana de direitos humanos – o fenômeno da delegação da jurisdição a um ente supranacional afeta a soberania e a exclusividade estatal para a prestação jurisdicional e, ainda, qual deverá ser a natureza jurídica interna dos atos jurisdicionais internacionais.

No que tange ao suposto embate entre a noção de soberania estatal e de jurisdição internacional que afeta a vida nacional, desde já colacionamos os pensamentos da professora Flávia Piovesan, reforçado tudo quanto já explanado, no sentido de que “*as principais preocupações do movimento de internacionalização dos direitos humanos é justamente converter a forma pela qual o Estado tratava os seus nacionais em tema de legítimo interesse da comunidade internacional*”. Ao expor essa idéia a professora Flávia, com muita pertinência destaca o entendimento exposto por Abram Chayes, defendendo que:

A soberania não pode mais consistir na liberdade dos Estados de atuarem independentemente e de forma isolada à luz do seu interesse específico e próprio. A soberania hoje consiste, sim, numa cooperação internacional em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, diz o autor, aponta a existência de um Estado não isolado, mas membro da comunidade e do sistema internacional. Os Estados, conclui, expressam e realizam a sua soberania, participando da comunidade internacional, ou seja, participar do sistema internacional é sobretudo um ato de soberania por excelência¹⁸¹.

¹⁸¹ PIOVESAN, Flávia. **Princípio da complementariedade e soberania**. In: Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. Brasília, 1999.

As decisões tomadas diante dessas polêmicas e, parodiando as palavras de Ihering "*as lutas travadas para imposição deste novo direito*¹⁸²," impõem que os instrumentos protetores dos direitos humanos, tanto a nível internacional como especialmente a nível nacional, sejam realmente eficazes e que não permaneçam no âmbito das teorias, das boas intenções e das disposições jurídicas inaplicadas.

Capítulo I

INTER-RELAÇÃO DA NORMATIVA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA COM A ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como bem observado por Fabio Oliveira, o contato entre o Direito Internacional e o Direito Interno acontece, primordialmente, através do Direito Constitucional. É, por assim dizer, "*o Direito Constitucional é a porta de entrada pela qual o Direito Internacional interage com o ordenamento jurídico pátrio*¹⁸³".

Desta forma, pensamos ser sobretudo pertinente passarmos ao plano pragmático-constitucional e, desde logo, iniciarmos uma discussão arrazoada acerca da Constituição pátria vigente, para que possamos, ao estabelecer seu posicionamento na teoria constitucional, a feição de sua estrutura normativa e, a engrenagem de abertura de seu texto, propiciar uma panorâmica acerca do modo de que a Constituição de 1988 se vale para harmonizar a normativa constitucional e a normativa substancial e processual internacional dos direitos humanos.

¹⁸² IHERING, Rudolf. Op. cit., p. 59.

¹⁸³ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Conjuntura internacional, transformações do estado, realinhamento e dessubstancialização constitucional**. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 24-11-2005.

Entendemos ser basicamente três os pressupostos materiais de que o Constituinte de 1988 se valeu para harmonizar a normativa constitucional e a normativa internacional substancial e processual dos direitos humanos. São eles: (1) o regime democrático que pela imposição de pluralidade política e social desenha uma estrutura principiológica; (2) a existência e arquitetura dos direitos fundamentais e, (3) os princípios constitucionais internacionais. A respeito dos quais passamos a tratar nos tópicos seguintes.

1.1. Redemocratização do cenário jurídico-político brasileiro: estrutura principiológica da Constituição de 1988

Um dos pressupostos materiais de que o Constituinte de 1988 se valeu para harmonizar a normativa constitucional e a normativa substancial e processual internacional dos direitos humanos foi a adoção do princípio democrático no texto constitucional pátrio.

Acerca da relação entre democracia e direitos humanos Norberto Bobbio, com peculiar clareza afirma categoricamente que:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo¹⁸⁴.

Paulo Gonet Branco destacando nesta senda a relação íntima entre democracia, direitos humanos e, constitucionalismo afirma:

¹⁸⁴ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 1.

As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam.” (...) Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito positivo¹⁸⁵.

Não obstante a íntima relação acima lembrada é cediço que o constitucionalismo brasileiro, marcado categoricamente pela institucionalização de uma sucessão de constituições no tempo, nem sempre contou com este lastro democrático elementar. Posterior a dois anos de nossa independência, a primeira constituição brasileira – Constituição do Império de 1824 – embora didaticamente caracterizada pela doutrina pátria como liberal, manteve em si alguns odiosos resquícios do antigo regime. Da mesma forma, as demais constituições - 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, AI/69 - ora constituíram um paradoxo quando analisadas frente às ideologias que pronunciavam, ora cumpriram suas ideologias, mas, entretanto, padecerem de falta de legitimidade¹⁸⁶.

Formuladas estas sucintas observações, parece-nos acertado afirmar que a correta compreensão de períodos específicos da vida pública brasileira, tanto nas diversas fases da monarquia como nas distintas ocasiões da caminhada republicana nos conduz à conclusão perfilhada por Luis Roberto Barroso, de que:

¹⁸⁵ Op. cit., p. 152-153 e 199.

¹⁸⁶ O Estado atravessou, ao longo do século que vem de se encerrar, três fases diversas e razoavelmente bem definidas. A primeira delas, identificada como pré-modernidade ou Estado liberal, exhibe um Estado de funções reduzidas, confinadas à segurança, justiça e serviços essenciais. É o Estado da virada do século XIX para o XX. Nele vivia-se a afirmação, ao lado dos direitos de participação política, dos direitos individuais, cujo objeto precípua era o de traçar uma esfera de proteção das pessoas em face do Poder Público. Estes direitos, em sua expressão econômica mais nítida, traduziam-se na liberdade de contrato, na propriedade privada e na livre iniciativa. Na segunda fase, referida como modernidade ou Estado social (welfare state), iniciada na segunda década do século que se encerrou, o Estado assume diretamente alguns papéis econômicos, tanto como condutor do desenvolvimento como outros de cunho distributivista. Novos e importantes conceitos são introduzidos, como os de função social da propriedade e da empresa, assim como se consolidam os chamados direitos sociais, tendo por objeto o emprego, as condições de trabalho e certas garantias aos trabalhadores. A quadra final do século XX corresponde à terceira e última fase, a pós-modernidade (...). Não se deve encobrir, artificialmente, a circunstância de que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno. De fato, no período liberal, jamais nos livramos da onipresença do Estado. A sociedade brasileira, historicamente, sempre gravitou em torno do oficialismo. As bênçãos do poder estatal sempre foram – ressalvadas as exceções que confirmam a regra – a razão do êxito ou do fracasso de qualquer projeto político, social ou empresarial que se pretendesse implantar. Este é um traço marcante do caráter nacional, com raízes na colônia, e que atravessou o Império, exacerbou-se na República Velha e ainda foi além. A modernidade teria começado com a Revolução de 30, institucionalizando-se com a Constituição de 1934 – que abriu um título para a ordem econômica e social – e se pervertido no golpe do Estado Novo, de 1937. Reviveu, fugazmente, no período entre 1946-1964, mas sofreu o desfecho melancólico do golpe militar de 1964. Findo o ciclo ditatorial, que teve ainda como apêndice o período entre 1985-1990, chegou-se à pós-modernidade, que enfrentou, logo na origem, a crise existencial de ter nascido associada ao primeiro governo constitucionalmente deposto da história do país.

A Constituição de 1988 é nossa primeira Constituição verdadeiramente normativa e, a despeito da compulsão reformadora que abala a integridade de seu texto, vem consolidando um inédito sentimento constitucional tem desempenhado na restauração democrática brasileira... avanços como a inclusão de uma generosa carta de direitos, a recuperação das prerrogativas dos Poderes Legislativo e Judiciário, a redefinição da Federação.... Sob sua vigência vem se desenrolando o mais longo período de estabilidade institucional da história do país, com a absorção de graves crises políticas dentro do quadro da legalidade constitucional¹⁸⁷.

O processo de democratização pelo qual o Brasil passou no final da década de 80 tornou-se um dos grandes marcos da história constitucional brasileira, caracterizado pela transição de um regime militar que perdurou por cerca de vinte e um anos subseqüentes, para o atual regime democrático. Nesse contexto, o Brasil pôde desfrutar de um avanço constitucional inigualável, cuja dimensão jurídica, filosófica e humana ainda não foi experimentada em sua plenitude.

Com efeito, o progresso consistente na incorporação constitucional dos direitos fundamentais já reconhecidos e assumidos pelo Brasil internacionalmente, constituiu a solidificação do referido Estado Democrático de Direito. Não é por menos que a Carta Magna promulgada no dia 05 de outubro de 1988, recebeu de alguns juristas o bem merecido nome de Constituição Cidadã.

Tendo como agente principal de toda a estruturação do Estado o indivíduo, a Constituição de 1988 inverteu a ordem de valores até então apregoada nas Constituições anteriores. Profundamente impactada pela ênfase dada aos direitos humanos no âmbito internacional, especialmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela ONU no ano de 1948, a Carta Magna brasileira figura um generoso tributo axiológico aos direitos fundamentais do ser humano ao ponto de afirmar categoricamente que a dignidade da pessoa humana figura entre os fundamentos da República Federativa do Brasil.

¹⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição

Mas poder-se-ia indagar: qual o sentido de afirmar que a dignidade da pessoa humana é a base – fundamento - sobre a qual a República Federativa do Brasil constrói-se como Estado Democrático de Direito?

Para responder a esta indagação recorreremos aos pensamentos de Kant. Na visão kantiana “*o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade*¹⁸⁸”.

Assim sendo, ao declarar o texto constitucional que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, o constituinte consigna que o Estado existe em função de todas as pessoas¹⁸⁹ e não estas em função do Estado. Nesta ótica, a pessoa humana e, sua dignidade é erigida a paradigma de toda e qualquer ação do ente estatal e, é ao mesmo passo, a raiz antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito que o dimensiona e o humaniza.

Creemos que a proclamação do valor distinto da pessoa humana e a proclamação deste valor pela via constitucional projetada, por consequência lógica, uma abertura do texto constitucional à normativa substancial e processual internacional dos direitos humanos¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Convém advertir que a premissa kantiana a qual nos filiamos não sinaliza a adoção de uma concepção individualista da dignidade da pessoa humana.

¹⁸⁹ Lembramos o adágio de Hugo Grotius ao qual se filia o professor Cançado Trindade para defender a posição do indivíduo como sujeito de direito no plano internacional: “Para Grotius, el Estado no es uno fin en sí mesmo, sino más bien un médio para assegurar el ordenamiento social en conformidad con la inteligencia humana, de modo a perfeccionar la “sociedad común que abarca toda la humanidad”.

¹⁹⁰ Recordamos que os preâmbulos das Convenções Internacionais de Direitos Humanos, quase em sua totalidade, iniciam a declaração normativa de direitos declarando: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana”.

1.2 Princípios constitucionais internacionais: estabelecimento constitucional de um diálogo aberto com os direitos humanos

A justiciabilidade internacional dos direitos humanos – defendida neste trabalho como direito fundamental – também aufere caminho para efetivar-se sob este status normativo – de direito constitucionalmente assegurado – por meio das normas constitucionais que regulamentam as atividades externas do Estado Brasileiro. Centramos, neste momento, ao estudo pontual dos princípios constitucionais que disciplinam os atos governamentais do Brasil no cenário internacional.

Prefaciando a Constituição de 1988, assim declarou nosso constituinte:

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.

Em que pese a divergência doutrinária acerca da possível juridicidade do preâmbulo constitucional¹⁹¹ iniciamos com a leitura de seu texto nossas considerações, uma

¹⁹¹ Contrários ao valor normativo do preâmbulo da Constituição: Luis Alberto David Araújo e Vidal Serrano: “o preâmbulo embora não seja considerado uma norma constitucional, indica alguns compromissos e ideais da Constituição Federal.” ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 91. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 15. v. 1. Entende o autor que “se trata de um texto destinado a realizar uma indicação dos planos, objetivos e intenções do constituinte”. Em um estudo constitucional comparado leciona que “é inaplicável ao caso brasileiro a doutrina e a jurisprudência francesas que dão força obrigatória ao preâmbulo da Constituição de 1946 e ao da Constituição de 1958. Com efeito, o preâmbulo da Constituição de 1946, em especial, continha normas precisas e não meros princípios. Em conseqüência se podia entender, como se entendeu, que ele traduzisse normas obrigatórias”.

De outro lado, na lição de José Afonso da Silva, “as normas do Preâmbulo da Constituição – assim como as das disposições transitórias, são classificadas quanto a sua eficácia, como normas de aplicabilidade da Constituição. Chega, até mesmo, a fazer referência (CARL FRIEDRICH, CARL SCHMITT, VEDEL, GARCIA-PALAYO) às posições a favor da força normativa do preâmbulo constitucional. Diz o eminente autor que os preâmbulos constitucionais valem como orientação para a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Leciona o autor que, “têm, pois, eficácia interpretativa e integrativa; mas, se matem uma declaração de direitos políticos e

vez que ao declarar que o Estado Democrático, a ser juridicamente instituído com a promulgação da Constituição de 1988, seria um Estado “*comprometido, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...*”. E, consideramos consistirem as declarações firmadas no preâmbulo as primeiras diretrizes de cunho internacional dos direitos humanos dirigida ao Estado brasileiro.

Esta orientação ideológica consubstanciada no preâmbulo constitucional ganha juridicidade no artigo 4º da Constituição de 1988¹⁹², que destaca – entre os vários princípios fundamentais¹⁹³ a reger o Brasil nas relações internacionais – a prevalência dos direitos humanos.

Imperioso ressaltar que a previsão constitucional de princípios diretores da política internacional revela uma inovadora postura adota pelo constituinte de 1987-1988, se comparado com os constituintes passados. Na lição de Flávia Piovesan:

(...) trata-se da primeira Constituição brasileira a consagrar um universo de princípios a guiar o Brasil no cenário internacional, fixando valores a orientar a

sociais do homem, valem como regra de princípio programático, pelo menos, sendo que a jurisprudência francesa, como anota LIET-VEAUX, lhes dá valor de lei, uma espécie de lei supletiva”. SILVA. José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. Para Dalmo de Abreu Dallari, “é objetivo do preâmbulo assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, é no sentido de que é muito importante notar que o Preâmbulo fala em assegurar o exercício dos direitos, o que tem significação mais concreta do que uma simples declaração dos direitos, sem preocupação com seu exercício” DALLARI, Dalmo de Abreu. **Preâmbulos das Constituições do Brasil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v.. 96, p. 242-69, jan.-dez., 2001.

¹⁹² Art. 4º - 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.

¹⁹³ “Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” E continua: “Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma, pois a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 230.

agenda internacional do Brasil..., Até então, as Constituições brasileiras anteriores à de 1988, ao estabelecerem tratamento jurídico às relações internacionais, limitavam-se a assegurar os valores da independência e soberania do país — tema básico da constituição de 1824¹⁹⁴.

Parece-nos claro a partir da leitura dos princípios fundamentais constitucionalmente normatizados, bem como pela sua introdução inovadora após mais de um século e meio de constitucionalismo, que em matéria de política internacional do Brasil, estes assumem uma feição humanista, adotando internamente o movimento internacional dos direitos humanos¹⁹⁵, não obstante é claro, traga em si outros princípios de vertente nacionalista (independência nacional - igualdade entre os Estados) – o que não entendemos ser contraditório – pois, *“a partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal”*¹⁹⁶.

Ao ensejo da conclusão deste tópico, lembramos a importância hermenêutica da expressão “prevalência” dos direitos humanos correlacionado com o princípio da “cooperação” entre os povos para progresso da humanidade como elementos reforçadores de uma postura estatal aberta, considerando que, princípio que impõe, de plano, uma limitação aos conceitos tradicionais de soberania e de independência nacional, uma vez que cooperar é interagir.

Em virtude destas considerações e, acrescentando a elas, a arquitetura dos direitos fundamentais, ratificamos mais uma vez, que se pode concluir com segurança e

¹⁹⁴ Id., Ibid.

¹⁹⁵ “É incontestável, entretanto, que a incapacidade dos Estados para a promoção dos direitos humanos contemplados em seus textos constitucionais conduziu à internacionalização desses mesmos direitos”. Não obstante a isso, conveniente foi constatar que a Constituição brasileira, procurando ser um instrumento de mudança social, preconiza, expressamente, princípios basilares dos direitos humanos como: soberania, cidadania, dignidade humana e valores sociais do trabalho; a construção de uma sociedade justa, livre e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização social; a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais”. SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão**. Brasília: Separata da Revista de Informação Legislativa 29, n. 115. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1992. p. 88-94.

¹⁹⁶ Vale dizer, surge a necessidade de interpretar os antigos conceitos de soberania estatal e não intervenção, à luz de princípios inovadores da ordem constitucional e, dentre eles, destaque-se o princípio da prevalência dos direitos humanos. PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 64.

legitimidade que o sistema constitucional de direitos humanos estabelecido na Constituição de 1988 proporciona meios legítimos para uma convivência e interação com a normativa substancial e processual internacional dentro, pois, de uma perspectiva internacionalista dos direitos humanos.

1.3. Arquitetura dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 e a justiciabilidade dos direitos fundamentais

O primeiro mecanismo interno da proteção dos direitos humanos é justamente a declaração expressa de tais direitos em textos constitucional. Assim é que, ao lado do pressuposto democrático, também o “*alargamento significativo do campo dos direitos e garantias fundamentais*” e a “*posição fundamentadora e principiológica destes direitos e garantias*”¹⁹⁷ na Constituição brasileira, constituem pressupostos materiais de que o Constituinte de 1988 se valeu para harmonizar a normativa constitucional com a normativa substancial e processual internacional dos direitos humanos.

¹⁹⁷ No intuito de proporcionar a arquitetura dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, nos valem dos ensinamentos de Flávia Piovesan, que ressalta que além do alargamento do campo de direitos e garantias fundamentais outros pontos de revelo merecem serem enaltecidos: “Desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, 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. (...) Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora. (...) Por sua vez, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, consagrados (art. 3º da Carta de 1988). Infere-se desses dispositivos quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como um imperativo de justiça social”. E continua: “Com efeito, a busca do texto em resguardar o valor da dignidade humana é redimensionada, na medida em que, enfaticamente, privilegia a temática dos direitos fundamentais. Constata-se, assim, uma nova topografia constitucional, na medida em que o texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de direitos e garantias, elevando-os inclusive, à cláusula pétrea, o que, mais uma vez, revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e as garantias fundamentais. O texto de 1988 ainda inova, ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais (ver capítulo II, título II da Carta de 1988). Trata-se da primeira Constituição brasileira a integrar, na declaração de direitos, os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a estes direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias (...) Nesta ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade”. Na avaliação de ilustre autora, o alargamento da seara de direitos e garantias fundamentais eleva a Carta de 1988 ao seletorol das Constituições mais avançadas nessa temática. PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 53.

Se por um lado todas as constituições brasileiras, independentemente do regime político e da forma de governo que albergavam, colacionaram em seus textos um rol de direitos fundamentais¹⁹⁸, apenas a Constituição brasileira consolidou, por via desta arquitetura alargada e principiológica dos direitos humanos, a concepção contemporânea dos direitos humanos pautada na idéia de indivisibilidade e universalidade¹⁹⁹ e a natureza objetiva destes direitos.

A concepção contemporânea dos direitos humanos na Constituição de 1988 é destacada pela professora Flávia Piovesan:

Trata-se da primeira Constituição brasileira a inserir na declaração de direitos os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a tais direitos encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias. Nessa ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade²⁰⁰.

Ademais, ao longo da Constituição de 1988 os direitos humanos apresentam duas facetas que interagem entre si com vistas a lograr sua implementação. A primeira faceta consubstanciada na normativa substancial promotora e divulgadora está relacionada ao acesso e à vigência dos direitos humanos. A segunda faceta consubstanciada na normativa processual constitucional de proteção em caso de vulneração dos direitos humanos, encontra-se relacionada aos mecanismos de garantia constitucional dos direitos humanos²⁰¹.

¹⁹⁸ Ilustrando a afirmativa inscrita trazemos alguns artigos das constituições que regeram o Estado brasileiro no decorrer de sua vida estatal

¹⁹⁹ Declaração sobre o direito ao desenvolvimento, art. 6, § 2º “Todos os direitos humanos e todas as liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; a realização, a promoção e a proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais devem se beneficiar de uma atenção igual e ser encaradas com uma urgência igual”.

²⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 33-34.

²⁰¹ En vista de que los derechos humanos en el ámbito interno de un país coinciden con los derechos constitucionales, se debe tener claro que constituyen situaciones de protección frente al Estado (el amparo frente al Estado o la tutela o los recursos de protección frente al Estado). Igualmente hay que distinguir las distintas formas en que el Estado puede vulnerar derechos: cuando debe abstenerse de realizar actos que afecten la esfera de individualidad de las personas o cuando, por el contrario, debe realizar actos prestacionales para desarrollar

Esta segunda faceta dos direitos humanos constitucionalmente assegurados na Constituição de 1988 importa não apenas na existência de garantias constitucionais gerais, ou ainda, ações constitucionais específicas à tutela dos direitos mas também, atentam à organização e implementação de todo o aparato judicial, sua estrutura legal e administrativa. Neste ponto é que há de se falar em justiciabilidade dos direitos humanos na Constituição de 1988.

Eis que, na Constituição de 1988 encontra-se assegurado tanto ações constitucionais para atutela das liberdades públicas e mecanismos de controle de constitucionalidade dos preceitos normativos reguladores da vida humana – formando a chamada jurisdição constitucional²⁰² – quanto um conjunto de mecanismos idôneos para o exercício da função jurisdicional do Estado e, nesta perspectiva, a Constituição de 1988 vai de encontro com a normativa internacional referente ao direito à justiciabilidade dos direitos humanos.

Ainda é de se observar que as ações constitucionais constituem mecanismos judiciais especializados tanto para a tutela dos direitos constitucionais expressamente consagrados no texto constitucional como também para a tutela dos direitos constitucionais implícitos e os direitos humanos consagrados em instrumentos internacionais.

derechos y no lo hace, como por ejemplo, cuando se trata de derechos colectivos como la educación, la salud, el trabajo, etc. De cualquier forma que se vea, siempre deberá estar presente y vinculado con la promoción y protección de los derechos humanos la existencia, vigencia y fortalecimiento del Estado de Derecho que, junto con la democracia, conforman el marco base para la verdadera realización y respeto de los derechos humanos como un todo integral. Precisamente, el Estado de Derecho como concepto constitucional se configuró para la protección de los derechos y libertades públicas en sustitución del Estado absoluto, primando a partir de la configuración del Estado moderno, los principios de la limitación al poder (mediante distribución y separación del poder para su autolimitación) y el principio de legalidad (que todos los órganos y actos del Estado estén sometidos a la ley). (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, disponível em: <http://www.iidh.ed.cr/CursosIIDH/intranet/curso.aspx>, acessado em:03/06/2004).

²⁰² Apoiado em Cappelletti, Carlos Mário da Silva Velloso divide o exercício da jurisdição constitucional em dois aspectos: o do controle de constitucionalidade e o da jurisdição da liberdade, nesta compreendidos o *habeas-corporis*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas-data*, a ação popular e a ação civil pública.(Carlos Mário da Silva Velloso. O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI. *Revista Jurídica*, Porto Alegre (283): 5-16, maio/2001).

Formuladas estas observações, podemos então, concluir com segurança que a arquitetura dos direitos fundamentais – o sistema constitucional de direitos humanos – proporciona meios legítimos para uma convivência e interação com a normativa substancial e processual internacional dentro, pois, de uma perspectiva internacionalista dos direitos humanos.

1.4. Regime constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos

Esquisita justiça que um rio demarca; verdade de um lado dos Pireneus, erro do outro.²⁰³

Dedicamos especial atenção, no presente capítulo, ao fenômeno da internacionalização do Direito Constitucional brasileiro à luz do constitucionalismo nacional contemporâneo²⁰⁴. Buscamos demonstrar como o influxo de normas internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional e a constitucionalização de princípios internacionais informadores da postura estatal em suas relações internacionais impõem a necessidade de uma forte revisão das relações entre o direito internacional e o direito interno, o que se reflete no direito constitucional, especialmente em razão das tendências atuais de se reduzir a soberania estatal a seus clássicos limites²⁰⁵.

²⁰³ Citação de Pirineus, lembrada por Jean-Louis Bergel ao estudar sobre a territorialidade do direito (BERGEL, Jean-Louis. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.p. 168.

²⁰⁴ Com a costumeira propriedade, Flávia Piovesan assinala que ao processo de constitucionalização do direito internacional conjuga-se o processo de internacionalização do direito constitucional mediante a adoção de cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos. A título ilustrativo, cabe alusão aos arts. 4º e 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, bem como a alusão a dispositivos similares constantes das Constituições latino-americanas recentes. O art. 4º consagra os princípios a orientar o Brasil nas relações internacionais, com ênfase na prevalência dos direitos humanos e na cooperação internacional. Já o art. 5º, § 2º, inclui os direitos internacionais no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e jurisdição constitucional internacional**. In: Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais. Org. Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

²⁰⁵ O enfoque encontra-se, pois, no chamado Direito Internacional Constitucional que nas palavras de Celso Albuquerque de Mello consiste “na norma de ordem pública do Direito Internacional Público que se imporia as normas constitucionais dos Estados”. (MELLO, Celso Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*, Ed. Renovar. p. 1)

Sob a influência da constante evolução do direito internacional dos direitos humanos estudado, mais detalhadamente, na segunda parte do presente trabalho, se observa a irreversível necessidade de o direito interno – constitucional – adaptar-se às novas exigências jurídico-políticas impostas pela sociedade internacional em matéria de direitos humanos, mais especificamente, pelas decisões judiciais emanadas de seus respectivos órgãos jurisdicionais.

Para tanto, não é demasiado registrar em mais esta oportunidade que a concepção de Constituição que perfilhamos não se limita a uma perspectiva exclusivamente formalista. Mas, transcendendo o plano formal-legalista e, almejando o plano de uma axiologia transpositiva²⁰⁶, reportamo-nos à idéia de uma “constituição aberta²⁰⁷” e democraticamente instituída²⁰⁸.

Inadequado seria esquecer nesta seara de argumentos que:

(...) a clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio Del poder político este distribuido entre los detentadores Del poder, y por medio de las cuales los detentadores Del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder²⁰⁹.

²⁰⁶ Esta noção foi retomada, substancialmente pelo autor Luis Roberto Barroso (Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro), cujas idéias centrais na matéria são resumidas a seguir: “O pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Além dos princípios tradicionais como Estado de direito democrático, igualdade e liberdade, a quadra atual vive a consolidação do princípio da razoabilidade e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

²⁰⁷ Uma das concepções de constituição mais aplaudida pela moderna juspublicística — a teoria material de constituição — pretende conciliar a idéia de constituição com duas exigências fundamentais do estado democrático-constitucional: (1) a legitimidade material, o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais informadores do estado e da sociedade; (2) a abertura constitucional, pois a constituição deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas portadores de projectos alternativos para a concretização dos fins constitucionais.

²⁰⁸ Merece destaque a afirmação feita pelo internacionalista Paulo Gustavo Gonet Branco no sentido de que “os direitos fundamentais são hoje o parâmetro da aferição do grau de democracia de uma sociedade. Ao mesmo tempo, a sociedade democrática é condição imprescindível para a eficácia dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais eficazes e democracia são conceitos indissociáveis, não subsistindo aqueles fora do contexto desse regime político.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Aspectos da teoria Geral dos Direitos Fundamentais” in *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*.p. 104.)

²⁰⁹ LOEWENSTEIN. Karl. *Teoria de la constitución*. p. 149.

De fato, a existência de uma Constituição aberta ao diálogo com o cenário internacional dos direitos humanos é condição imprescindível para a realização eficaz e efetiva destes direitos e para legitimação material do texto constitucional.

Neste lance, ratificamos aqui o quanto já estudado nos capítulos preliminares: a noção de Estado constitucional, a partir de meados do século XIX e, mais acentuadamente no século XXI transcende em extensão e alcance o que se deve compreender por “estabelecimento de mecanismos de limitação da atuação estatal”, acrescentando à concepção clássica de separação dos poderes estatais, a co-participação e submissão do Estado a uma comunidade internacional em prol da realização dos direitos humanos²¹⁰.

²¹⁰ Nesta linha de raciocínio é que Gomes Canotilho assevera ser o Estado constitucional democrático de direito sedimentado a partir da modernidade política apenas um ponto de partida e nunca um ponto de chegada e, assevera o luso constitucionalismo: “Hoje, os limites jurídicos impostos ao Estado advêm também, e medida crescente, de princípios e regras jurídicas internacionais. Estes princípios e regras estão, em grande número, recebidos ou incorporados no direito interno fazendo parte of the law of the land (CKP, artigo 8.º/1 e 2). Nenhum Estado pode permanecer out, isto é, fora da comunidade internacional. Por isso, ele deve submeter-se às normas de direito internacional quer nas relações internacionais quer no próprio actuar interno. A doutrina mais recente acentua mesmo a amizade e a abertura ao direito internacional como uma das dimensões caracterizadoras do Estado de direito. Em termos mais concretos, a vinculação do Estado ao direito internacional começa, logo, pela observância e cumprimento do chamado jus cogens internacional. Embora a doutrina ainda não tenha recortado, de forma clara e indiscutível, o núcleo duro deste “direito forte” (direito cogente) existem alguns princípios inquebrantavelmente limitativos do Estado. Referiremos, por exemplo, o princípio da paz, o princípio da independência nacional, o princípio do respeito dos direitos do homem, o direito dos povos à autodeterminação, o princípio da independência e igualdade entre os povos, o princípio da solução pacífica dos conflitos, o princípio da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados. Estes princípios constam de textos internacionais (declarações, resoluções, tratados) e nos textos constitucionais mais recentes eles também não deixam de ter acolhimento como normas de conduta e como limites jurídicos do actuar estadual. Para citarmos apenas as constituições de países da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), é o caso da Constituição da República Portuguesa de 1976 (artigo 7.º/1), da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (artigo 4.º), da Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe de 1999 (artigo 12.º), da Lei Constitucional da República de Angola de 1992 (artigo 15.º), da Constituição da República de Moçambique de 1990 (artigos 62.º e 63.º), da Constituição da República de Cabo Verde de 1992 (artigo 11.º) e da Constituição da República da Guiné de 1993 (artigo 18.º). Em segundo lugar, os direitos fundamentais tal como estruturaram o Estado de direito no plano interno, surgem também, nas vestes de direitos humanos ou de direitos do homem, como um núcleo básico do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas. Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes pactos internacionais (exemplo: Pacto Internacional de Direitos Pessoais, Cívicos e Políticos; Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais), nas grandes declarações internacionais (exemplo: Declaração Universal dos Direitos do Homem) e noutras grandes convenções de direito internacional (exemplo: Convenção Europeia dos Direitos do Homem). A vinculação do Estado pelo direito internacional é, em alguns Estados, de tal forma intensa que leva as próprias constituições internas a proclamarem o direito internacional como fonte de direito de valor superior à própria constituição (exemplo: Holanda e Áustria). Para finalizar esta referência ao direito internacional como fonte de juridicidade do poder estatal impõe-se ainda salientar que o direito internacional recorta hoje pré-condições políticas indispensáveis à implantação de um Estado democrático de direito. Dentre essas pré-condições, destaca-se o princípio da autodeterminação dos povos. A autodeterminação precede o Estado de direito e precede a democracia: ela é o momento verdadeiramente fundacional de qualquer comunidade constituída como Estado democrático de direito. O cumprimento das pré-condições políticas jurídico-internacionalmente reconhecidas permite também estabelecer uma clara indissociabilidade entre a forma de Estado interna e a sua imagem na

E, portanto, defendemos que um dos mais contemporâneos mecanismos de limitação da atuação estatal encontra-se configurado na existência de um mandato constitucional que determine como as normas internacionais se integram ao ordenamento nacional e, em que regime jurídico esta integração se realiza com vistas à necessária manutenção da estabilidade material entre o sistema jurídico interno e internacional em prol da realização dos direitos humanos.

O presente tópico busca, pois, explicitar os dispositivos constitucionais que se dirigem a regulamentar o tratamento constitucional dos tratados internacionais de um modo geral. O objeto de estudo, sob este prisma, consiste fundamentalmente no apontamento dos órgãos aos quais foram outorgadas as competências, respectivas, para a aprovação e denúncia dos tratados, bem como da metódica adotada para definir a forma da recepção no ordenamento jurídico interno das normas dos tratados internacionais.

Contudo, não se mostra mansa e pacífica a questão do regime constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, conforme se constatará mais adiante. Por esta razão este capítulo encontra-se subdividido em três partes. Nesta primeira parte, introdutória que é, limitamo-nos a descrever a teoria geral e originária dos tratados na Constituição de 1988. Nosso campo de estudo neste sentido será o Direito Constitucional Internacional, ou seja, o conjunto de normas assente na Constituição, que delineiam o tratamento jurídico tributado aos tratados internacionais em relação ao seu processo de celebração, recepção e aplicação face à normativa interna.

Em seguida, nos propomos, especificamente, a traçar o regime constitucional tributado aos tratados internacionais sobre direitos humanos, Tateando assim as teorias que buscam elucidar a relação entre normativa substancial e processual internacional e a normativa interna.

ordem jurídica internacional. Por outras palavras, que colhemos em Hans Kelsen: existe uma correspondência tendencial entre “State-Form” e “World-Outlook”. CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Op. cit., p. 231-233.

A teoria geral será analisada à luz do texto constitucional originário no que pertine aos tratados em geral. Em seguida, considerando a especialidade dos tratados internacionais de direitos humanos, já estudada na segunda parte deste trabalho, passamos a elucidar seu processo de incorporação também sob a égide do texto constitucional originário, oportunidade em que buscamos apresentar – com base jurisprudencial – os mais diversos aspectos conflitantes existentes entre as decisões do Supremo Tribunal Federal e a lógica específica dos Tratados Internacionais de direitos humanos recepcionada por nossa Constituição Federal.

Na terceira parte deste capítulo, nos debruçamos mais atentamente ao atual regime constitucional tributado aos tratados internacionais de direitos humanos consolidado com a reforma constitucional introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/04.

No que tange ao regime jurídico geral dos tratados internacionais façamos, pois, uma breve análise de sua realidade internacional.

A celebração de um tratado internacional é atividade procedimental de elaboração de normas e princípios internacionais com vistas à regulamentação das relações estabelecidas entre sujeitos de direito internacional, e como tal, é atividade realizada interna e internacionalmente com disciplinas próprias.

A celebração internacional dos tratados constitui objeto próprio do direito internacional, e tem neste ramo jurídico seu regime jurídico disciplinador. Assim sendo, é na normativa internacional que encontramos os preceitos balizadores desta fase.

De fato, segundo as prescrições normativas contidas no tratado de Viena de 1969 extraem-se dois momentos específicos, que concatenados, ensejam a celebração do tratado. Com base no texto final elaborado, segue-se ao momento da manifestação do

consentimento que se expressa, segundo a citada normativa internacional, pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim for acordado. Quando a mera assinatura basta para expressar-se o consentimento classifica-se tal tratado de tratado de forma simplificada. Por outro lado, quando se faz necessária além da assinatura, também a ratificação, a doutrina internacional convencionou denominar de tratado formal ou, em sentido estrito²¹¹.

Com base no magistério de Accioly podemos assinalar que a ratificação é o ato pelo qual um Estado informa aos demais sua aprovação ao projeto de tratado concluído por seus plenipotenciários, e que torna sua observância para aquele Estado obrigatória perante a comunidade internacional. Advirta-se que neste ponto o poder competente para a ratificação é fixado pelo Direito Constitucional de cada Estado, sendo um ato do Poder Executivo, ainda que este não possa prescindir da aprovação do Legislativo. É o caso brasileiro.

No que tange a celebração, originariamente, destacam-se, da leitura autêntica do texto constitucional brasileiro, apenas dois dispositivos normativos disciplinadores do processo de consolidação interna dos tratados internacionais. São eles os arts. 84, VIII e 49, I.

No primeiro (art. 84, VIII), a Constituição brasileira estabelece a competência privativa do Presidente da República de celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos ao referendo do Congresso Nacional. E em complemento à idéia democrática de atuação governamental, no segundo dispositivo (art. 49, I), a Constituição prevê ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais.

²¹¹ Como bem ressaltado por Celso. A de Mello “a Convenção de Viena declara que a ratificação é necessária quando restar determinada da fase de negociação, ou quando houver intenção dos negociadores de submeterem o tratado à ratificação”. MELLO, C. Op. Cit., pp. 208 e 209.

Destas predisposições constitucionais infere-se, como bem destacado pela professora Flavia Piovesan, que:

Há, portanto, dois atos complementares distintos: a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, por meio de um decreto legislativo²¹², e a ratificação pelo Presidente da República (...), assim, celebrado por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional e, por fim, ratificado pelo Presidente da República, passa o tratado a produzir efeitos jurídicos²¹³.

Note-se que no plano interno há a conjugação de vontades do Executivo e do legislativo. Assim, concluída a negociação internacional de um tratado²¹⁴, caso o Presidente da República queira efetuar a declaração de vontade definitiva em relação ao tratado celebrado, deve encaminhá-lo ao Legislativo.

A tramitação do tratado assinado dentro das Casas legislativas brasileiras é informada pelas regras regimentais das respectivas Casas. Da leitura destes preceitos - Art. 151, inciso II, alínea “j”, Art. 139, incisos IV e VI, Art. 53, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados²¹⁵, pode-se assinalar que uma vez recebida a Mensagem presidencial com o

²¹² O art. 49 da Constituição, ao falar em “competência exclusiva” do Congresso, determina a utilização de decreto legislativo, que é a espécie normativa produzida exclusivamente no seio do Poder Legislativo. Tem o mesmo status jurídico que a lei ordinária, uma vez que é votado da mesma forma – maioria simples (art. 47). “Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros”. A única diferença procedimental entre o decreto legislativo e a lei, portanto, reside no fato de que a lei deve ser promulgada pelo Presidente da República, que tem sobre ela o poder de veto ou sanção. Essa última etapa é inexistente no processo de feitura do decreto legislativo. (AMARAL JR., Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro, In: Revista Jurídica Virtual - Casa Civil da Presidência da República, abril/maio 2000, p. 2.).

²¹³ PIOVESAN, Flavia. Op. Cit. p. 49-50. É de se fazer nota que a descrição do modelo constitucional de assunção de compromissos internacionais pelo Estado brasileiro obedece às práticas de envolvimento e participação do Poder Legislativo, materializadas a partir do final do século XVIII, em decorrência da derrocada do absolutismo. Até então, o absolutismo era informado pela idéia de que o monarca era o único titular do poder estatal, sendo, portanto, inteiramente sua a competência para a celebração dos pactos internacionais, ou de seus delegados. A repartição das competências para a atuação externa do Estado, que ressurgiu na época devido às revoluções francesa e americana, estava intimamente ligada à consagração da teoria da separação de poderes. Uma vez que deveria haver o equilíbrio entre os poderes, cujo mecanismo era o controle recíproco, a atuação internacional também deveria externar esse princípio. Assim, o Poder Executivo, que externamente representava o Estado, teria sua ação observada pelo parlamento, de modo a garantir de alguma forma a participação dos representantes populares nas decisões internacionais, a bem da manutenção do princípio democrático. Neste sentido: Francisco Rezek, Aciolly

²¹⁴ Conforme visto, internacionalmente falando, a negociação com a consequente elaboração do texto final de um tratado internacional é tem regime jurídico próprio outorgado pela Convenção de Viena sobre Tratados Internacionais de 1969.

²¹⁵

inteiro teor do tratado, acompanhado de exposição de motivos à matéria é então discutida e votada separadamente, primeiro na Câmara dos Deputados, cujo procedimento parlamentar é iniciado pela Comissão de Relações Exteriores e de Defesa nacional, a quem cabe elaborar o projeto de decreto legislativo. Além das comissões de mérito a que a matéria estiver afeta, o projeto de decreto legislativo é encaminhado à Comissão de finanças e Tributação, para exame da adequação financeira e orçamentária, e à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, para exame da constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e boa técnica legislativa. Ao final da tramitação na Câmara dos Deputados, a proposição é apreciada pelo Plenário dessa Casa, em um único turno de discussão e votação.

No Senado, o projeto de decreto legislativo aprovado pela Câmara é apreciado pela Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional e, pelo Plenário. Se o Senado o aprovar na forma em que fora recebido da Câmara, o projeto é transformado em decreto legislativo e promulgado pelo Presidente do Senado. Caso seja aprovado com emenda, o projeto retorna à Câmara, que delibera definitivamente sobre a alteração introduzida pelo Senado.

Processado e aprovado definitivamente o tratado, agora revestido da roupagem legislativa brasileira, o decreto legislativo é publicado. Com a publicação do decreto legislativo aprovando o tratado, esse é submetido à promulgação por meio do decreto presidencial.

A promulgação por meio de decreto presidencial é um aspecto de merecido destaque uma vez que a edição do decreto presidencial não encontra expresso respaldo constitucional, sendo meramente fruto de um costume nacional, que remonta ao tempo do Império, e que é considerado, pelo Supremo Tribunal, pressuposto obrigatório para que o tratado vigore internamente. Neste lanço, pertinente as considerações tecidas pelo internacionalista Francisco Rezek:

A promulgação de tratados – que se praticou na França entre 1875 e 1940, e que se nunca deixou de se praticar no Brasil – é ato de publicidade de que o tratado existe, e vincula o país, devendo por isso ser executado. Ela mal se distingue, assim, da

mera publicação – esse mínimo indispensável a que se tenha notícia da existência da norma de Direito das Gentes, cuja necessidade nem o mais ortodoxo dos monistas pretenderiam negar. E, apesar de sua linguagem no modelo brasileiro, o ato promulgatório não é exatamente uma ordem de execução imprescindível. (...) a publicação pura e simples tem sido bastante para introduzir em nossa ordem jurídica certas espécies de compromisso internacional. Não se compreenderia, além disso, que o texto, a que se reconhece, quando menos, a estatura hierárquica de uma lei federal, padecesse da estrita dependência de uma ordem de execução com nível de decreto simples do chefe de Governo²¹⁶.

A partir da análise dos procedimentos tributados aos tratados com vistas a sua celebração é de fácil percepção a dicotomia procedimental. Internacionalmente falando, basta a manifestação do consentimento do sujeito de direito internacional para que o projeto detratado negociado se torne um tratado concluído e passe a surtir seus regulares efeitos jurídicos. Por outro lado, a Constituição brasileira, em regra, tributa aos tratados internacionais a necessária participação do Legislativo pátrio acrescida de uma nova atuação executiva para que o tratado seja considerado efetivamente celebrado.

O aspecto temporal neste lanço é de extrema relevância, uma vez que esta dicotômica lógica procedimental pode levar a um quadro de vigência internacional de um tratado sem a correspondente vigência interna do mesmo.

Não menos certo é que este quadro dicotômico é agravado substancialmente em se tratando de convenção internacional aprovada com vistas à tutela dos direitos da pessoa humana. Deveras, conforme já explanado, tanto a normativa internacional constitui-se de normas cogentes como a própria normativa constitucional dotada de idêntico caráter, tem na pessoa humana seu centro gravitacional de existência e legitimidade.

Portanto, perfilhamos o pensamento de que a lógica que informa o processo de integração entre normativa internacional dos direitos humanos e a normativa constitucional difere-se genuinamente da lógica dos tratados internacionais em geral em razão da própria

²¹⁶ REZEK, Francisco. Op.cit. p.

diversidade de natureza entre os mesmos conforme analisamos no quinto capítulo deste trabalho.

Como já foi dito anteriormente, a “dignidade da pessoa humana” constitui ao mesmo tempo fundamento, objetivo e, princípio fundamental no âmbito das relações internacionais da República Federativa do Brasil que assim queira concretizar-se como legítimo Estado Democrático de Direito. Portanto, é a partir deste discurso, pois, que traçamos – o entendimento defendido neste trabalho – sobre qual seja o regime constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.

E, nesta locução, a pesquisa acerca do regime constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos que aqui se realiza, busca suplantando perquirições meramente processualística legislativa para, mais além, revelar a sistemática constitucional que confere legitimidade material-formal aos tratados internacionais de direitos humanos e que, num processo de retro-alimentação mantém a própria legitimidade material da Constituição.

Ao dialogarmos sobre o regime constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, o fazemos então, segundo as precisas palavras do professor Cançado Trindade abandonando *“la vieja polémica, estéril y ociosa, entre monistas e dualistas, erigidas em falsas premisas, no sorprendentemente dejó de contribuir a los esfuerzos doctrinários em prol de la emancipación del ser humano vis-à-vis su próprio Estado²¹⁷”*.

Sendo a celebração, a recepção e a aplicação, as três etapas autênticas de consolidação interna dos tratados internacionais de direitos humanos, elas representam, cada uma por si, o universo normativo internacional e, associadas, as três perspectivas de efetividade do direito internacional dos direitos humanos: a sua evolução, a sua coexistência com a normativa interna, sua imperatividade e eficácia jurídica.

²¹⁷ TRINDADE. Antonio Augusto Cançado Trindade. Op. Cit. p 543.

Diante destas fases, é que o Estado brasileiro deve abrir-se – em um maior ou mais modesto grau – política, ideológica e juridicamente, possibilitando, pela conjugação material-formal da normativa constitucional com a normativa internacional, a emancipação dos direitos humanos para além de suas fronteiras territoriais, fortalecendo-se como Estado Democrático de Direito.

Ademais, não se pode olvidar que eficácia e efetividade do acesso à tutela jurisdicional internacional dos direitos humanos não só dependem do ato de celebração e da forma de recepção dos tratados internacionais, mas também do *status* hierárquico que se lhe outorgue na Constituição interna do Estado-parte, o que será discutido mais adiante.

Nesta linha de raciocínio é que, a par da leitura dos arts. 84, VIII e 49, I, da Constituição Federal, a doutrina brasileira mais atenta ao regime constitucional internacional dos direitos humanos apontou, sob a ótica de uma interpretação teleológica e sistemática, os parágrafos 1º e 2º de seu artigo 5º, como também sendo preceitos constitucionais atinentes ao processo de celebração, recepção e aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

No que tange a recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, destacamos a lição sempre autorizada da professora Flavia Piovesan:

(...) a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, atribuindo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, justifica-se 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 os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas dos Estados²¹⁸.

²¹⁸ PIOVESAN, Flavia. Ob. Cit., p.64-65 e 68.

Com o advento da Constituição de 1988, o regime constitucional dos tratados internacionais passou a ser pautado no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece: *“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”*, dotados da aplicabilidade imediata que emerge do parágrafo 1º, o que sugeriu a concessão de *status* constitucional a estes tratados, posição da qual compartilhamos plenamente.

É de se ratificar, pois, nesta oportunidade, e na linha de estudo expandida na segunda parte do presente trabalho, que os tratados internacionais de direitos humanos são dotados de especificidade também perante a normativa interna dos respectivos Estados signatários destes tratados. Esta especificidade dos tratados de direitos humanos à luz da normativa interna é destaca por Cançado Trindade, para quem, tem como premissa inicial à aceitação de que:

Os tratados de direitos humanos são dotados de especificidade própria e requerem uma interpretação guiada pelos valores comuns superiores que abrigam e em que se inspiram, no que se diferenciam dos tratados clássicos que se limitam a regulamentar os interesses recíprocos entre as Partes. O caráter especial dos tratados de direitos humanos acarreta conseqüências jurídicas nos planos tanto do direito internacional quanto do direito público interno. Os tratados de direitos humanos partem das premissas da anterioridade dos direitos que precedem a toda organização política e social (inerentes que são ao ser humano) e de que a ação de proteção de tais direitos não se esgota – não pode esgotar-se na ação do Estado. A noção de garantia coletiva é subjacente à aplicação dos tratados de direitos humanos, e o cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, chamados que são a aplicar as normas internacionais²¹⁹.

Da mesma forma, no que tange a aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos, também nos valem das considerações tecidas pela professora Flavia Piovesan que apoiada no magistério de Cançado Trindade ressalta que:

Ora, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que tais

²¹⁹ Ob. Cit. , p. 717.

normas merecem aplicação imediata (...) Em outras palavras, não será mais possível a sustentação da tese segundo a qual, com a ratificação, os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, enquanto não advém a referida intermediação legislativa. Vale dizer, toma-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais²²⁰.

Em diametral oposição à tese anteriormente exposta e assim, norteado por uma lógica puramente processual legislativa, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento majoritário pela aplicabilidade da teoria geral dos tratados também aos tratados

²²⁰ PIOVESAN, Flavia. Ob. Cit, p. 80-81. É oportuno registrar a íntegra do posicionamento do professor Cançado Trindade a respeito desta considerações: A disposição do artigo 5 [2] da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é Parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporasse *ipso jure* o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por torça do artigo 5(1) da Constituição, têm *aplicação imediata*. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los artigo 60(4). A especificidade e do caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente. Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica — ainda seguida em nossa prática constitucional — da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional. Foi esta a motivação que me levou a propor à Assembleia Nacional Constituinte, na condição de então Consultor Jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987 da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a inserção em nossa Constituição Federal — como veio a ocorrer no ano seguinte — da cláusula que hoje é o artigo 5(2). Minha esperança, na época, era no sentido de que esta disposição constitucional fosse consagrada concomitantemente com a pronta adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que só se concretizou em 1992. E esta a interpretação correta do artigo 5(2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado. Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. A hierarquia de valores corresponderia uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos — que na verdade não existem —, mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno. Do exposto nos parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta (pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional. Os juizes e tribunais nacionais que assim o têm entendido têm, a meu ver, atuado conforme o direito. Infelizmente, tem-se tentado circundar de incertezas tais disposições tão claras, e condicionar a aplicação direta das normas internacionais de proteção, elevadas a nível constitucional, a uma emenda constitucional, alterando o disposto no artigo 5 [2]. Como a Constituição de um país não é um *menu*, de onde se possa escolher que disposições aplicar e que disposições deixar de lado e ignorar, tal atitude implica em descumprimento da disposição constitucional em questão por omissão, na medida em que adia a um amanhã indefinido a aplicação direta, em nosso direito interno, das normas internacionais de proteção dos direitos humanos que vinculam o Brasil.(TRINDADE. Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional, in: O direito internacional em um mundo em transformação. Renovar : Rio de Janeiro, 2002, p. 712-715.

de direitos humanos, isto é, apenas os tratados internacionais, validamente celebrados pela República Federativa do Brasil, aprovados pelo Congresso, por meio de decreto legislativo e, posteriormente submetidos à promulgação pelo Poder Executivo, integrariam como norma infraconstitucional, o ordenamento jurídico interno.

Outros aspectos foram ventilados na jurisprudência que foi se consolidando sobre a temática. Merece, portanto, especial atenção e análise, a linha argumentativa do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, cujo discurso jurisprudencial – não bastasse dissociar-se claramente da estrutura aberta e principiológica da constituição – tem configurado prática reiterada de descumprimento das obrigações internacionais ensejando a possibilidade de responsabilização internacional do Estado brasileiro, o que passaremos a discorrer nos próximos parágrafos .

1.4.1. O regime constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos segundo o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte brasileira

O entendimento jurisprudencial da Suprema Corte brasileira a respeito do regime jurídico tributado aos tratados internacionais de Direitos Humanos não apresenta posição uníssona nem tão pouco unidimensional ao entendimento exarado pela própria normativa internacional e respectivos órgãos internacionais aplicadores deste preceitos. Não é uníssona, na medida em que é possível colher ao menos três posicionamentos distintos exarados em votos apartados proferidos pelos ministros do Supremo nos julgamento realizados a partir da Constituição de 1988 que envolvem a análise da relação do direito interno e direito internacional.

Eis que no julgamento do Habeas Corpus 72.131 de 22 de novembro de 1995, no qual discutia-se a possibilidade da prisão do depositário infiel face a aparente antinomia jurídica existente entre o artigo 5º da constituição de 1988 e o artigo 7º, VII da

Convenção Americana de Direitos Humanos, o Supremo Tribunal Federal assentou que os tratados internacionais de direitos humanos tem status normativo de lei infraconstitucional justamente pela forma legislativa imprescindível de que devem ser revestidos para terem validade interna no ordenamento jurídico brasileiro²²¹.

Neste sentido destaca-se trecho do pronunciamento tecida pelo Ministro Moreira Alves pronunciou-se enfaticamente no sentido de que:

Os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado²²².

²²¹ No mesmo sentido: Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. (...) Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir." (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22/11/02). Ainda, "Subordinação normativa dos tratados internacionais à Constituição da República. (...) Controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro. (...) Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno. (...) Tratado internacional e reserva constitucional de lei complementar. (...) Legitimidade constitucional da convenção nº 158/OIT, desde que observada a interpretação conforme fixada pelo Supremo Tribunal Federal." (ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/01. A Constituição e o Supremo, disponível em: <http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>, acessado em: 22/08/2005.

²²² A Constituição e o Supremo, disponível em: <http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa>, acessado em: 22/08/2005. Criticando tal posicionamento o professor Cançado Trindade adverte que: "A tese da equiparação de tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional — tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária — não só representa um apego sem reflexão a uma posição anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo 5(2) da Constituição Federal Brasileira. Se se encontrar uma formulação mais adequada — e com o mesmo propósito — do disposto no artigo 5(2) da Constituição Federal, tanto melhor. Mas enquanto não for encontrada, nem por isso está o Poder Judiciário eximido de aplicar o artigo 5(2) de nossa Constituição. Muito ao contrário, se alguma incerteza

Por outro lado, como bem observou a professora Flávia Piovesan, no julgamento do RHC 79.785-RJ em que se discutia o alcance interpretativo do princípio do duplo grau de jurisdição, assentou-se entendimento jurisprudencial a partir do voto do Ministro Sepúlveda Pertence de que os tratados de direitos humanos a despeito de seu status de norma infraconstitucional encontram-se no plano normativo hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico brasileiro²²³.

Ao tecer seu posicionamento, o eminente Ministro elucidou que:

Desde logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (cf. decisão preliminar sobre o cabimento da ADIn 1.480, cif. Inf. STF 48). E prosseguiu: "Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque — alçados ao texto constitucional — se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (Hans Kelsen, Teoria Geral do Direito e do Estado, trad. M. Fontes, UnB, 1990, p. 255). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5^o § 2^o, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização de direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim — aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos nos planos internacional e nacional evo. Arquivos de Direitos Humanos, 2000,1/3,43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasi- Desde logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional (cf. decisão preliminar sobre o cabimento da ADIn 1.480, cif. Inf. STF 48)". E prosseguiu: "Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque — alçados ao texto constitucional — se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (Hans Kelsen, Teoria Geral do Direito e do Estado, trad. M. Fontes, UnB, 1990, p. 255). Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5^o § 2^o, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização de direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim — aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção de direitos humanos nos planos internacional e

houver, está no dever de dar-lhe a interpretação correta, para assegurar sua aplicação imediata. Não se pode deixar de aplicar uma disposição constitucional sob o pretexto de que não parece clara. O problema — permito-me insistir — não reside na referida disposição constitucional, a meu ver claríssima em seu texto e propósito, mas sim na falta de vontade de setores do Poder Judiciário de dar aplicação direta, no plano de nosso direito interno, às normas internacionais de proteção dos direitos humanas que vinculam o Brasil. Não se trata de problema de direito, senão de vontade [*animus*]". (TRINDADE. Antonio Augusto. Ob Cit.p, 714).

²²³ PIOVESAN. Flavia. Ob. Cit.p, 70.

nacional evo. Arquivos de Direitos Humanos, 2000,1/3,43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, em E. Boucault e N. Araújo (org.), Os Direitos Humanos e o Direito Interno) — a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas — até, se necessário, contra a lei ordinária — sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes²²⁴.

E, ainda, defendendo o status normativo constitucional dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte é de se destacar o voto exarado pelo Ministro Carlos Velloso, quando do julgamento do Hábeas Corpus 82.424/RS, conhecido como “caso Ellwanger”.

O posicionamento do Supremo também não é unidimensional ao entendimento exarado pela própria normativa internacional e respectivos órgãos internacionais aplicadores deste preceitos, na medida em que a normativa internacional preceitua expressamente a obrigação do Estado em cumprir de boa-fé o acordo celebrado. Como bem adverte o professor Cançado Trindade:

O ratificar os tratados de direitos humanos, os Estados-Partes contraem, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos, a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno às normas internacionais de proteção. As duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e 1986, respectivamente) proibem (artigo 27) que uma Parte invoque disposições de seu direito interno para tentar justificar o descumprimento de um tratado. E este um preceito mais do direito dos tratados, do direito da responsabilidade internacional do Estado, firmemente cristalizado na jurisprudência internacional. Segundo esta, as supostas ou alegadas dificuldades de ordem interna são um simples ; fato, e não eximem os Estados-Partes em tratados de direitos humanos da responsabilidade internacional pelo não-cumprimento das obrigações internacionais contraídas²²⁵.

²²⁴ STF. RHC 79.785- RJ. RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 29/03/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 22-11-2002, apud, PIOVESAN. Flavia. Ob. Cit. p, 70-71.

²²⁵ TRINDADE. Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional, in: O direito internacional em um mundo em transformação. Renovar : Rio de Janeiro, 2002, p. 702-703..

1.4.2. O novo regime constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos após a Emenda Constitucional n. 45/2004

Conforme nos referimos nos apontamentos anteriores, devemos ter sempre em conta que a eficácia e a efetividade do acesso à tutela jurisdicional internacional dos direitos humanos não dependem apenas do ato de celebração e da forma de recepção dos respectivos tratados pelos Estados-partes, mas também do status hierárquico lhe será outorgado pela Constituição interna.

Assim é que através da Emenda Constitucional n° 45 procedeu-se ao acréscimo do parágrafo 3° ao artigo 5° da Constituição Federal, especificando-se expressamente a hierarquia constitucional concedida aos tratados internacionais sobre direitos humanos de na ordem interna brasileira, ao estabelecer: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais²²⁶”.

²²⁶ Com essa nova sistemática, a Constituição brasileira aproxima-se de outras, como a argentina, de 1994, a qual, em seu art. 75, 22, dispõe: "A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e seu protocolo facultativo; a Convenção sobre a Prevenção e a Sanção do Delito de genocídio; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção contra a Tortura e outros Tratos ou Penas Cruéis, Inumanas ou Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança, nas condições de sua vigência, têm hierarquia constitucional, não derogam nenhum artigo da Primeira Parte desta Constituição e devem ser entendidas como complementares aos direitos e garantias por ela reconhecidas" (Trad. Livre). E, mais importante, os "demais tratados e convenções sobre direitos humanos, no processo de aprovação pelo Congresso, requererão o voto de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara para gozar de hierarquia constitucional" (Trad. livre). No mesmo sentido a Constituição portuguesa, que em seu art. 8° determina: "2. As normas vigentes de convénios internacionais regularmente ratificados ou aprovados vigorarão no âmbito interno após a publicação oficial e na medida em que obriguem internacionalmente o Estado português". Outras constituições procederam no mesmo sentido, como a Constituição dos Países Baixos e a do Peru, constituições estas que mereceram as seguintes ponderações do Ministro Celso de Mello: "a Constituição do Reino Unido dos Países Baixos, promulgada em 1982, permite, expressamente, que qualquer cláusula de tratado internacional que se revele incompatível com a Carta Política do Estado seja, não obstante o vício de inconstitucionalidade, suscetível de incorporação ao direito interno daquele País, desde que o tratado venha a ser aprovado pelo voto de dois terços dos membros integrantes das Câmaras que compõem os Estados-Gerais (art. 91, n. 3). O mesmo ocorre com a recente Constituição do Peru (1993), que admite a incorporação de tratados inconstitucionais, desde que esse ato de direito internacional público seja 'aprovado pelo mesmo procedimento que rege a reforma da Constituição...'" (art. 57). (TAVARES. André Ramos;. A Reforma do Judiciário. Saraiva : São paulo.____)

Não obstante a tentativa conciliadora do constituinte reformador, a redação final dada ao texto suscitou por hora na doutrina pátria questionamento quanto a sua eficácia para o fim a que se propôs.

Primeiramente, no que tange à eficácia da medida reformadora do texto constitucional lembramos que doutrina parece convergir no sentido de que o novo texto constitucional em comento constitui a busca de superar as dissensões doutrinárias e jurisprudenciais em torno da interpretação do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição de 1988.

Para este desiderato, o constituinte reformador teria, tão somente agora, ao consignar a adoção do processo legislativo de emenda ao processo interno de recepção dos tratados internacionais de direitos humano, reconhecido a possibilidade jurídica da recepção dos tratados a título de norma constitucional, desde que referidos tratados fossem submetidos, necessariamente, pelo crivo legislativo rígido da emenda.

Especificamente neste ponto reside a ineficácia da medida constituinte reformadora para no que tange a finalidade a que se propôs. Eis que a doutrina já trava entre si, democraticamente, diferentes posicionamentos acerca da novel redação jurídica sobre o regime constitucional dos tratados de direitos humanos²²⁷.

²²⁷ Cançado Trindade critica a adoção desta emenda no tocante ao processo de incorporação dos tratados internacionais aduzindo que “Esta nova disposição busca outorgar, de forma bisonha, *status* constitucional, no âmbito do direito interno brasileiro, tão só aos tratados de direitos humanos que sejam aprovados por maioria de 3/5 dos membros tanto da Câmara dos Deputados como do Senado Federal (passando assim a ser equivalentes a emendas constitucionais). Mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2 do artigo 5 da Constituição Federal de 1988, que resultou de uma proposta de minha autoria à Assembléia Nacional Constituinte, como historicamente documentado¹⁹³. No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um *imbroglio* tão a gosto de publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano; em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de publicistas autistas e míopes, tão pouco familiarizados, - assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos, - com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos; (...) Este retrocesso provinciano põe em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos no Estado demandado (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo. A nova disposição é vista com complacência e simpatia pelos assim chamados "constitucionalistas internacionalistas", que se arvoram em jusinternacionalistas sem chegar nem de longe a sê-lo, porquanto só conseguem vislumbrar o

Em que pese a realidade trazida pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, há entendimento no sentido de que a inovação do bloco de constitucionalidade somente se deu após os acréscimos do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, pela Emenda 45, como podemos tirar da exposição abaixo:

Essa nova previsão do § 3º do art. 5º do ordenamento constitucional impõe a necessidade de revisitarmos certos institutos do sistema constitucional brasileiro, gerando algumas certezas e também dúvidas de igual envergadura. Uma dessas certezas é que a aplicação do Princípio da Soberania da Constituição (que permite o controle de constitucionalidade dos atos jurídicos infraconstitucionais) passa a ter como parâmetro um conjunto de atos normativos, que no início não estará consolidado ou codificado, de forma sistematizada, num único diploma normativo.

sistema jurídico internacional através da ótica da Constituição nacional. Não está sequer demonstrada a constitucionalidade do lamentável parágrafo 3 do artigo 5, sem que seja minha intenção pronunciar-me aqui a respeito; o que sim, afirmo no presente Voto, - tal como o afirmei em conferência que ministrei em 31.03.2006 no auditório repleto do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em Brasília, ao final de audiências públicas perante esta Corte que tiveram lugar na histórica Sessão Externa da mesma recentemente realizada no Brasil, - é que, na medida em que o novo parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira abre a possibilidade de restrições indevidas na aplicabilidade direta da normativa de proteção de determinados tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro (podendo inclusive inviabilizá-la), mostra-se *manifestamente incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (artigos 1(1), 2 e 29); (...) Do prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos em geral, e da normativa da Convenção Americana em particular, o novo parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira não passa de uma lamentável aberração jurídica. O grave retrocesso que representa vem a revelar, uma vez mais, que a luta pela salvaguarda dos direitos humanos nos planos a um tempo nacional e internacional não tem fim(...) Os triunfalistas da recente inserção do parágrafo 3 no artigo 5 da Constituição Federal brasileira, reféns de um direito formalista e esquecidos do Direito material, não parecem se dar conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado como a Convenção Americana ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato e diretamente, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna, - ou, ainda menos, de *interna corporis*, - são simples *factos* do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do prisma jurídico-internacional e da responsabilidade internacional do Estado, inteiramente irrelevantes.; (...) A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de determinados tratados com pretendidas conseqüências jurídicas, a previsão de pré-requisitos para a aplicabilidade direta de tratados humanitários no direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos. Em definitivo, a proteção internacional dos direitos humanos constitui uma conquista humana irreversível, e não se deixará abalar por melancólicos acidentes de percurso do gênero; (...) Como vivemos em um mundo surrealista, se não irracional, já me permitira, no *Memorial* que apresentei no painel inaugural da *III Conferência Nacional de Direitos Humanos* no Congresso Nacional em Brasília em maio de 1998, formular uma advertência contra eventuais e futuras emendas constitucionais restritivas. Decorrida mais de meia-década, foi exata e lamentavelmente o que vem de ocorrer. O formalismo jurídico vazio primou sobre a identidade de propósito entre o direito público interno e o direito internacional no tocante à proteção integral dos direitos inerentes à pessoa humana. Em minha premonição de 1998, assim adverti para os riscos de futuras restrições ao disposto no artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988: "Modificá-lo, para adaptá-lo - melhor dizendo, aprisioná-lo - à tese hermética e positivista da 'constitucionalização' dos tratados, implicaria a meu ver um retrocesso conceitual em nosso país neste particular. Há que ir mais além da "constitucionalização" estática dos tratados de direitos humanos. Aqui, novamente, se impõe uma mudança fundamental de mentalidade, uma melhor compreensão da matéria. Não se pode continuar pensando dentro de categorias e esquemas jurídicos construídos há várias décadas, ante a realidade de um mundo que já não existe". (Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de de julio de 2006. Voto: Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. p. 10-12, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/seriec/vsc_cancado_150_por.doc,).

Com efeito, o ordenamento constitucional passa a ser composto do texto positivado e pelos elementos implícitos inseridos no corpo permanente e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) pelo constituinte de 1988, pelos preceitos expressos e implícitos constantes apenas nas emendas constitucionais ordinárias elaboradas nos termos do art. 60 e nas emendas de revisão produzidas com amparo no art. 3º do ADCT (vale dizer, dispositivos constitucionais que não foram introduzidos no corpo permanente ou no ADCT, mas têm hierarquia constitucional) e, agora, também pelos preceitos expressos e implícitos contidos nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados nos moldes do § 3º do art. 5º do ordenamento constitucional. Dessa reunião de diplomas normativos, todos com hierarquia constitucional, o sistema jurídico brasileiro passa a se valer da noção de bloco de constitucionalidade, qual seja Constituição em sentido formal e material (portanto, hierárquico, permitindo o controle de constitucionalidade em decorrência da Supremacia da Constituição) que agora representa a reunião de diplomas normativos diversos, ainda que não consolidados em um único código²²⁸.

A noção de bloco de constitucionalidade já era sentida pela jurisprudência pátria, como bem, evidencia as palavras do Ministro Celso de Mello, que em lapidar despacho proferido nos autos da Adin 595-ES, assim pontificou a matéria:

No que concerne ao primeiro desses elementos (elemento conceitual), cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado²²⁹.

Não diferentemente, a doutrina constitucional ressalta que um dos princípios mais salutares do Estado Democrático de Direito do pós-positivista – princípio da

²²⁸ FRANCISCO. José Carlos. Reforma do Judiciário Analisada e Comentada. Coord. TAVARES. André Ramos, LENZA, Pedro, e ALARCÓN, Pietro de Jesús, Método, São Paulo, 2005, Item nº 7 da Parte II, p. 99/100.

²²⁹ Categoria ainda nova no Direito Constitucional brasileiro, mas já contando com três décadas no direito europeu continental é a do bloco de constitucionalidade ... criado para espelhar o sentido de unidade que um ordenamento constitucional deve ter, notadamente para destacar tudo aquilo que efetivamente compõe o ordenamento de status constitucional, equivalendo assim à idéia de Constituição total ... A idéia de bloco evoca a de solidez e de unidade, de conjunto que não pode ser dividido e serve principalmente para designar as normas não escritas nos textos constitucionais ... Embora a noção de bloco de constitucionalidade tenha mais sentido na França, no caso brasileiro arriscamos entender que compõem esse bloco formado em torno à Constituição Federal de 1988 o seu Preâmbulo e todo o seu articulado, podendo ser reforçado com o parágrafo único do art. 4º (apoio à integração regional), com limites para a reforma (regras do seu art. 60) e principalmente com o § 2º do seu art. 5º (a regra de não negação, ou melhor, de inclusão, de todos aqueles direitos e garantias que não figuram expressamente no texto constitucional). (BESTER. Gisela Maria. Direito Constitucional – Vol. I – Fundamentos Teóricos, Manole, São Paulo, 2005, p. 78/79).

proporcionalidade – existe e se manifesta juridicamente sob os auspícios de verdadeira norma constitucional. Neste sentido as palavras de Gisele Maria Bester:

Embora a noção de bloco de constitucionalidade tenha mais sentido na França', no caso brasileiro arriscamos entender que compõem esse bloco formado em torno à Constituição Federal de 1988 o seu Preâmbulo e todo o seu articulado, podendo ser reforçado com o parágrafo único do art. 4º (apoio à integração regional), com os limites para a reforma (regras do seu art. 60) e principalmente com o § 2º do seu art. 5º (a regra de não negação, ou melhor, de inclusão, de todos aqueles direitos e garantias que não figuram expressamente no texto constitucional). Esta noção de bloco de constitucionalidade, que forma unidade e não pode ser rompido ou dividido, é extremamente importante para afirmar normatividade ao Preâmbulo constitucional, que assim adquire uma força normativa própria pelo fato de pertencer a um conjunto normativo que deve ser lido, interpretado e aplicado como um todo unitário, como um bloco monolítico e harmônico²³⁰.

Além deste entrave doutrinário a discussão teórica que se trava encontra-se didaticamente delineada por André Ramos Tavares. O primeiro ponto reside em saber se o processo legislativo de emenda constitui rito obrigatório para o processo de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos ou, se a expressão “que forem” implica na outorga constitucional de discricionariedade ao Poder Legislativo em optar pelo regime jurídico geral dos tratados internacionais.

Para Alexandre de Moraes “a opção de incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, nos termos do art. 49, I ou do § 3º do art. 5º, será discricionária do Congresso Nacional”, ou seja, a inovação trazida pela EC 45 faculta que os tratados sobre direitos humanos sejam submetidos ao quorum especial de emendas à constituição, que se alcançado dará status constitucional à norma, mas não exclui a recepção destes tratados pelo mecanismo tradicional²³¹.

Diferentemente, André Ramos Tavares sobre este ponto expõe que:

²³⁰ BESTER, Gisele Maria. Op. Citp, 79.

²³¹ MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 618.

De acordo com o novo dispositivo, a submissão, em cada Casa do CN, aos três quintos dos votos dos respectivos membros, não está condicionada a um ato volitivo dos parlamentares. (...), não cabe ao CN a opção acerca do rito, a opção acerca da hierarquia que o tratado ou convenção assumirá se constitucional ou, ao contrário, de uma singela legislação ordinária. A matéria circunscreverá, doravante, a forma a ser adotada. A simples presença, no tratado ou convenção do tema direitos humanos impele o CN a adotar o rito inserido no art. 5º para a respectiva parte do tratado (ou, eventualmente, todo ele). O raciocínio a contrario é igualmente válido: não se poderá exigir o processo qualificado de aprovação para dispositivos que não tocam o tema dos direitos humanos, sob pena da constitucionalização indesejada de todo o Direito. O elemento material — insista-se — é imprescindível para assumir a nova ritualização. Contrariamente, se de uma opção se tratasse, ter-se-ia uma alteração constitucional sem qualquer utilidade, pois sempre pôde o CN aprovar, como emenda constitucional, novo direito fundamental, incorporando-o ao rol trazido pela Constituição de 1988. Ademais, a Emenda n. 45/04, neste particular, também procurou ser um elemento estabilizador do Direito pátrio, encerrando a série de disputas em torno do assunto²³².

Discute-se ainda, doutrinariamente se a partir do novo processo legislativo de recepção formal dos tratados internacionais de direitos humanos haveria ainda a necessidade da promulgação executiva para que a normativa internacional produzisse efeitos jurídicos internamente. Acerca deste segundo ponto também valemo-nos das precisas lições de André Ramos Tavares:

A ratificação pelo Presidente, constante do modelo anteriormente enunciado, simplesmente não existirá neste novo formato, pelas próprias características de aprovação e promulgação de proposta de emenda constitucional, que sempre descartou a atuação presidencial. Como se sabe na proposta de emenda constitucional, não cabe ao Presidente da República sancioná-las, estando esta atribuição condicionada aos projetos de lei. A existência dessa particularidade é consagrada pelo § 3º do art. 60 da Lex Suprema: "A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

E, por fim, o terceiro ponto – de fundamental importância para a defesa que se faz neste trabalho, do direito a justiciabilidade internacional como garantia constitucional – consiste em determinar qual seria o *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos já ratificados anteriormente à edição da Emenda Constitucional 45, bem como se esta recepção seria automática ou indireta.

²³² TAVARES. Andre Ramos. Ob. Cit.p,

Quanto aos tratados celebrados anteriormente à EC n. 45/04, e já internalizados pelo rito anterior, cabe indagar sobre sua situação a partir da Reforma. Com base na premissa de que não se aplicava o § 22 do art. 5º da CB, duas leituras no mínimo, seriam possíveis doravante: (i) permanecerem com o status próprio do veículo que os internalizou, ou seja, mantêm o patamar de lei; (ii) passarem automaticamente a ter status de emenda constitucional, numa espécie de recepção.

Portanto, torna-se necessário, no presente trabalho, um esclarecimento mais detalhado a respeito dessas questões. O conflito doutrinário a respeito desta questão, no entanto, apresenta uma vertente que afirma a introdução de distinção hierárquica de tratados internacionais na ordem jurídica interna brasileira, em face do acolhimento específico da matéria de direitos humanos quanto aos tratados internacionais contemplados no parágrafo 3º, acrescido ao artigo 5º da Constituição Federal pela EC 45, neste sentido pondera o professor Pedro Dallari:

(...) a regra brasileira em matéria de integração de tratados ao direito interno – esculpida fundamentalmente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – vinha consagrando, até o advento da Emenda Constitucional 45 e apesar do questionamento de parte da doutrina, o entendimento de que, à exceção dos denominados acordos executivos (de raríssima aceitação no direito brasileiro e que prescindem de aprovação legislativa), o tratado, que deve ser necessariamente aprovado pelo Congresso Nacional por via de edição de decreto legislativo, produz efeitos internamente a partir da data de vigência assinalada no decreto de promulgação da lavra do Presidente da República e que, uma vez em vigor no território nacional, incorpora-se automaticamente ao direito brasileiro, equiparando-se, no plano da hierarquia das normas jurídicas, à lei interna, tomada em seu sentido estrito, sem a necessidade de edição de nova lei interna destinada a reproduzir-lhe o conteúdo, e não se verificando qualquer distinção hierárquica entre diferentes tipos de tratados. Caracterizava-se, portanto, na lida do direito brasileiro com os tratados internacionais, um enfoque nitidamente monista e este continua a se verificar, pois, na sua essência, a regra de integração não foi alterada pela Emenda Constitucional 45, que apenas deu nova orientação no tocante à possibilidade de conferência de status constitucional aos tratados sobre direitos humanos, inovando, assim, ao admitir distinção hierárquica entre tratados.

No entanto, não podemos concordar com a referida tese, uma vez que não vislumbramos tal introdução de distinção hierárquica de tratados internacionais na ordem jurídica interna brasileira, com o acréscimo do parágrafo 3º ao artigo 5º da normativa constitucional, senão que, após o referido acréscimo, a hierarquia – por nós defendida como constitucional – dada aos tratados internacionais de direitos em geral pelo parágrafo 2º do mesmo artigo 5º, permanece para os tratados internacionais de direitos humanos pelo simples

motivo de que tal igualdade hierárquica já se encontra ali recepcionada pela simples inclusão à própria Constituição, que lhes confere o dispositivo constitucional (§ 2º).

Poder-se-ia, diante disto, perguntar: Qual seria, então a razão do texto do parágrafo 3º, acrescido ao artigo 5º da Constituição Federal, ao especificar somente os tratados internacionais de direitos humanos como objeto de consideração equivalente às emendas constitucionais? Eis que, o caso específico do parágrafo 3º, acrescentado pela EC 45, trata de uma forma de “proteção adicional” relacionada, não a seu próprio *status* normativo, mas ao *status* normativo da norma que serve de instrumento para sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro.

Esta linha argumentativa é exposta pela professora Flavia Piovesan que com muita propriedade sobre o assunto assinala que:

A partir de um reconhecimento explícito da natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, o § 3º do art. 5º permite atribuir o status de norma formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos que obedecerem ao procedimento nele contemplado. Logo, para que os tratados de direitos humanos a serem ratificados obtenham assento formal na Constituição, requer-se a observância de quorum qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos — que é justamente o quorum exigido para a aprovação de emendas à Constituição, nos termos do art. 60, § 2º, da Carta de 1988. Nessa hipótese, os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o Texto Constitucional²³³

Também. Jorge Luiz Ieski Calmon de Passos²³⁴ remarca que a pretensão do legislador quanto ao alcance do parágrafo 3º que se acresceu ao artigo 5º da Constituição Federal, foi a de:

²³³ PIOVESAN. Ob. Cit.p, 74.

²³⁴ PASSOS.Jorge Luiz Ieski Calmon. Coord. WAMBIER.Tereza Arruda Alvim, WAMBIER.Luiz Rodrigues, GOMES JR.Luiz Manoel, FISHER.Octavio Campos, e FERREIRA.Wiliam Santos, Reforma do Judiciário – Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004, RT, São Paulo, 2005, p. 349/350.

(...) dotar de força equivalente à emenda constitucional o ato legislativo infraconstitucional que se presta a recepcionar formalmente, no ordenamento jurídico nacional, os tratados e convenções internacionais de que o Brasil é parte, desde que aprovado em dois turnos, por quorum de três quintos dos membros de cada uma das Casas Legislativas que compõem o Congresso Nacional, emprestando-lhes, assim, excepcionalmente, posição hierárquica superior aos demais casos análogos. A mens legislatoris alberga, com isso, o desiderato de proteger as normas internas pelas quais se referendam tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, retirando-os do âmbito da vulnerabilidade própria dos decretos legislativos e das leis ordinárias, sujeitos à regra *lex posteriori derogat priori*, prevista no art. 2º do Dec.-lei 4.657/1942 (LICC), uma vez que, após referendados pelo Poder Legislativo teor dos tratados e convenções internacionais passa a ser lei, *latu sensu*, compondo o ordenamento jurídico nacional.

Portanto, a posição por nós defendida nos leva a afirmar que a partir da vigência da EC 45, todos os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados nos termos especificados pelo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição pátria, passam a ser dotados não somente de *status* constitucional mediante sua inclusão no bloco de constitucionalidade, mas receberão um *plus* com o caráter de blindagem contra a possibilidade de eventual derrogação, por estar o instrumento de sua recepção revestido, especificamente para este caso, do *status* de emenda constitucional.

No que tange às dúvidas sobre o *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos já ratificados anteriormente à edição da EC 45, entendemos que os mesmos continuarão como portadores de *status* constitucional no seio da ordem interna brasileira, pelo disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, mas, receberão formalmente as vestes de emenda constitucional.

Afora essa pretérita discussão, da existência ou não de constituição além do texto formal, em razão da nova realidade inaugurada pela emenda constitucional nº 45/2004 e qualquer que seja a corrente que se faça opção em seguir, é fato que agora se tem preceito constitucional fora da constituição formal, onde a idéia de bloco de constitucionalidade é realidade inabalável – para mim já era antes da emenda –, não só no campo do direito natural como igualmente em outros parâmetros como, por exemplo, a lei de introdução ao código civil que se apresenta como típica norma de estatura diferenciada pelo conteúdo que veicula.

(em minha obra, *A Reforma do Judiciário – Uma avaliação jurídica e política*, editora Saraiva, isso fica muito bem explicitado na abordagem sobre mutação constitucional).

Daí se pode concluir que, a partir do momento em o direito interno brasileiro receber um tratado internacional integrado à ordem interna brasileira pelo procedimento do § 3º, do art. 5º, existirá inquestionavelmente direito constitucional fora da Constituição formal (o que sempre foi rechaçado pela jurisprudência do STF), acarretando, inclusive, a possibilidade de controle de constitucionalidade em face de preceito fora da Constituição formal. Talvez, a partir daí, poderemos pensar em estender o controle de constitucionalidade tendo como base de parametricidade outros integrantes do bloco de constitucionalidade, como regras de direito natural independentemente de sua veiculação por tratados internacionais ou pelo texto da constituição formal.

1.4.3 O regime constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos à luz do direito constitucional sul-americano

Para traçar um quadro comparativo sobre o regime constitucional dos tratados interamericanos de direitos humanos valemo-nos das informações coletadas pela Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos da Organização dos Estados Americanos quando da formulação de questionamentos aos Estados-membros sobre a adequação das normas do direito internacional dos direitos humanos ao direito interno.

Este questionário denominado “Aplicação na Ordem Interna das Normas Internacionais em Matéria de Direitos Humanos”, fora aprovado na sessão ordinária da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos realizada em 21 de fevereiro de 2002 em cumprimento ao mandato contido nos parágrafos dispositivos 2, c e 2, f, da Resolução AG/RES. 1828 (XXXI-O/01), que prevê a “Avaliação do funcionamento do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos para seu aperfeiçoamento e fortalecimento”.

Entre os vários questionamentos formulados pela Comissão destacamos a primeira pergunta, dirigida aos Estados, acerca de qual seria o procedimento interno para ratificar os instrumentos jurídicos internacionais de direitos humanos. E ainda, a segunda pergunta, acerca de qual seria a hierarquia legal que as normas internas dos respectivos Estados atribuem aos instrumentos interamericanos de direitos humanos.

Procedemos assim, à análise das informações prestadas pelos seguintes Estados: Argentina, Chile, Colômbia, Guatemala, México, Paraguai, Peru e, Venezuela.

Quanto ao tipo de procedimento interno usado pelos Estados-partes para ratificar os tratados internacionais de direitos humanos, os Estados do Chile e Peru não se manifestaram. Sendo que os Estados da Argentina, Colômbia e México, informaram que adotaram em suas próprias constituições – em função dos princípios da democracia, da repartição dos poderes e do seu controle mútuo, e também pelas determinações constitucionais internas de competência do Congresso para legislar sobre a harmonização da legislação interna com a internacional adotada – a atribuição de representação legal para a adesão e celebração dos tratados internacionais ao Poder Executivo, nas pessoas de seus Chefes de Estado, resguardando, quanto ao ato de ratificação dos respectivos tratados, a submissão do assunto ao Poder legislativo, que, dentro das normas legislativas correspondentes, dará o seu aval, com ou sem reservas, à ratificação, que se torna oficial e vinculante mediante sua publicação pura e simples ou por ato legislativo, com a diferença de que, no México, a lei interna concede ao Presidente da República a faculdade de conceder plenos poderes a uma ou várias pessoas para representarem o Estado em qualquer ato relativo à celebração de tratados (seja na etapa de negociação, adoção ou autenticação do texto de um tratado, seja para a execução de qualquer ato com ele relacionado).

A República da Venezuela, por sua vez, inobstante o fato de seguir a mesma direção dos países acima mencionados, no procedimento interno de ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos – com a atribuição da competência de celebração dos

tratados ao Chefe de Estado, e a submissão da ratificação do tratado internacional à chancela do poder Legislativo, possui um procedimento mais diferenciado – coloca a salvo dessa submissão os tratados *“mediante os quais se procure cumprir ou aperfeiçoar obrigações preexistentes da República, aplicar princípios expressamente reconhecidos por ela, praticar atos ordinários nas relações internacionais ou exercer faculdades que a lei atribua expressamente ao Executivo Nacional.”*²³⁵. Além disso atribui também ao Poder Judiciário (no artigo 336 da sua Constituição) o poder de, *“a pedido do Presidente da República ou da Assembléia Nacional”*, da e competência para intervir no procedimento interno de ratificação do tratado internacional.

Também o Estado da Guatemala, inobstante o fato de seguir a mesma direção da submissão da ratificação do tratado internacional à chancela do poder Legislativo, possui procedimento diferenciado. Primeiramente, por limitar, em sua própria Constituição (art. 171, “L”, §§ 1 a 5), os casos²³⁶ em que os tratados internacionais devam submeter-se à aprovação do Congresso, e, também por sugerir – mas sem afirmar ou negar – que o Poder Executivo, na pessoa do o Ministro das Relações Exteriores, seja a pessoa competente para a celebração dos tratados internacionais, estando encarregado de abrir um expediente em instrumento consultivo e nele mesmo emite um parecer técnico jurídico que representa a posição do Poder Executivo quanto ao tratado internacional, e que, após isso o mesmo envia o instrumento ao Congresso, através da Secretaria-Geral da Presidência, que, caso venha aprovar a ratificação do tratado em questão, o faz mediante um decreto legislativo que deve ser publicado no Diário Oficial. Somente após este processo o expediente é devolvido ao Ministério das Relações Exteriores, para a elaboração do instrumento de ratificação oficial e seu depósito.

²³⁵ Termo constante na Resposta da República da Venezuela ao quesito nº 1 do questionário “Aplicação na Ordem Interna das Normas Internacionais em Matéria de Direitos Humanos”, de 21 de fevereiro de 2002

²³⁶ Resposta da República da Guatemala ao quesito nº 1 do questionário “Aplicação na Ordem Interna das Normas Internacionais em Matéria de Direitos Humanos”, de 21 de fevereiro de 2002: “A Constituição Política da República da Guatemala no que se refere às atribuições específicas do Congresso da República, estabelece em seu artigo 171, alínea L, parágrafos de 1 a 5, o seguinte: I. Aprovar, antes da sua ratificação, os tratados, convênios ou qualquer acordo internacional quando: 1. Afetem as leis vigentes para as quais esta Constituição requiera a mesma maioria de votos; 2. Afetem o domínio da Nação, estabeleçam a união econômica ou política, parcial ou total, da América Central ou atribuam ou transfiram funções a organismos, instituições ou mecanismos criados de acordo com um ordenamento jurídico comunitário concentrado para o cumprimento de objetivos regionais e comuns no âmbito centro-americano; 3. Obriguem financeiramente o Estado, em proporção que exceda de um por cento do orçamento de receitas ordinárias ou quando o montante da obrigação seja indeterminado; 4. Constituam compromisso de submeter qualquer assunto a decisão judicial ou arbitragem internacionais; 5. Contenham cláusula geral sobre arbitragem ou sujeição a jurisdição internacional.

Quanto ao Paraguai, não se pôde obter maiores dados sobre sua posição, vez que, ao responder ao questionário se limitou a mencionar que sua Constituição interna estabelece a questão como atribuição exclusiva do Senado (art. 224), onde é previsto o início da “consideração dos projetos de lei relativos à aprovação de tratados e de acordos internacionais”. No entanto, ao transcrever o artigo 137 de sua Constituição, não menciona o Congresso como agente celebrador de tratados internacionais, mas somente aprovador, deixando a sugestão de que a expressão “celebrados” ali contida corresponda a ato do Poder Executivo.

Já, no que tange ao questionamento sobre a hierarquia legal que as normas internas dos respectivos Estados atribuem aos instrumentos interamericanos de direitos humanos, as posições dos Estados consultados se apresentam variadas, pelo que cumpre mencioná-las separadamente.

Na República Argentina, os tratados internacionais tinham igualdade hierárquica constitucional (art. 31 da antiga Constituição, não modificado) supremacia hierárquica legal²³⁷ até o ano de 1994, quando, da reforma constitucional, selecionou apenas a “Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem”; a “Declaração Universal de Direitos Humanos”; a “Convenção Americana sobre Direitos Humanos”; o “Pacto

²³⁷Referente a termo constante na Resposta da República da Argentina ao quesito nº 2 do questionário “Aplicação na Ordem Interna das Normas Internacionais em Matéria de Direitos Humanos”, de 21 de fevereiro de 2002: “A Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça da Nação, até o ano 1992, estabelecia sua igualdade hierárquica com respeito às leis nacionais. Em 7 de julho de 1992, o Supremo Tribunal de Justiça da Argentina se pronunciou no caso Ekmekdjian contra Sofovich e sustentou que, quando a Nação ratifica um tratado assinado com outro Estado, ela se obriga internacionalmente a que seus órgãos administrativos e jurisdicionais o apliquem aos supostos previstos nesse tratado, desde que deste constem descrições suficientemente específicas desses supostos que tornem possível sua aplicação imediata (Lei 1992-C.547). Tal decisão teve o mérito de reconhecer que, desde 7 de julho de 1992, na República Argentina, os tratados prevalecem sobre a legislação nacional, desse modo eliminando conflitos normativos que punham em risco a responsabilidade internacional do Estado todas as vezes que uma lei posterior contrariava um tratado vigente. Além disso, cumpre mencionar que o Supremo Tribunal assumiu uma posição constante e sem modificação com o passar do tempo quanto a considerar que os tratados não podem ser assimilados ao instrumento que os aprova, nem podem ser reduzidos a nenhuma outra fonte, ou seja, o direito aplicável pelos tribunais é direito internacional. Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça da Nação declarou que o tratado “adquire validade jurídica em virtude da lei aprobatória, mas nem por isso perde ele o caráter de estatuto legal autônomo cuja interpretação depende de seu próprio texto e natureza, independentemente da lei aprobatória”.

Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”; o “Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo”; a “Convenção de Prevenção e Supressão do Crime de Genocídio”; a “Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial”; a “Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher”; a “Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes”; e a “Convenção sobre os Direitos da Criança” como os tratados internacionais que permaneceriam gozando de *status* de igualdade hierárquica com a Constituição (artigo 75, § 22 da Constituição de 1994), com a ressalva de que os mesmos não possuem o poder de derrogação de nenhum artigo constante da Primeira Parte da Constituição e de que, apesar da igualdade hierárquica, devem ser entendidos como complementares dos direitos e garantias por ela reconhecidos, bem como, que somente podem ser denunciados pelo Poder Executivo Nacional após a aprovação mediante o voto de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara. E, quanto aos demais tratados e convenções internacionais de direitos humanos, submeteu o gozo da hierarquia constitucional à aprovação prévia de dois terços da totalidade do Congresso²³⁸.

No Chile, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos, desde que ratificados e vigentes no país, estão reconhecidos pela Constituição (artigo 5º, § 2º) – e por este motivo parte da doutrina entende pela igualdade hierárquica constitucional dos direitos fundamentais insculpidos no artigo 19. No entanto, a inexistência, no ordenamento jurídico do país, de norma que determine expressamente sua prevalência nos casos de conflito de normas, e, ante a inexistência, na doutrina e na jurisprudência, de consenso a respeito, podemos entender que, especificamente os tratados sobre direitos humanos, possuam igualdade hierárquica com as leis infra-constitucionais, fazendo parte do ordenamento jurídico interno em face da limitação constitucional (artigo 5º) da soberania do Estado aos direitos humanos.

²³⁸Mais detalhes da Resposta da República da Argentina ao quesito nº 2 do questionário “Aplicação na Ordem Interna das Normas Internacionais em Matéria de Direitos Humanos”, de 21 de fevereiro de 2002: “Em conformidade com o disposto nos artigos 116 e 117 da Constituição Nacional, o Supremo Tribunal de Justiça da Nação também entendeu que o costume internacional e os princípios gerais de direito - fontes do direito internacional em conformidade com o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça – diretamente integram a ordem jurídica. Por esse motivo, em numerosas causas, o Supremo Tribunal decidiu pelo mérito do “direito das gentes” e dos “princípios gerais do direito internacional” aplicando diversos institutos do direito internacional”.

Na Colômbia, os direitos humanos em si mesmos, não possuem *status* constitucional, estando previstos apenas em leis infra-constitucionais. Contudo, sua Constituição (artigo 93) recepciona a superioridade hierárquica infra-constitucional, ou igualdade hierárquica constitucional, dos tratados internacionais de direitos humanos, desde que aprovados pelo Congresso – que dará prioridade ao trâmite dos respectivos projetos de lei aprovatórios dos tratados (artigo 164) – o que não lhes retira o caráter de lei ordinária²³⁹.

²³⁹ Por último, vale transcrever a opinião da Corte Constitucional sobre a matéria ao se referir ao bloco de constitucionalidade, quando a Sentença C-177 assinala: (...) A integração das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos em um bloco de constitucionalidade O artigo 93 da Carta estabelece a prevalência, na ordem interna, de certos conteúdos dos tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia. Esta Corte decidiu que para que haja a prevalência de tais tratados sobre a ordem interna “é necessário que ocorram dois pressupostos, por um lado o reconhecimento de um direito humano, e, por outro, que seja daqueles cuja limitação se proíba durante os estados de exceção”. Em tais circunstâncias, é claro que os tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos, como as Convenções de Genebra de 1949, ou o Protocolo I, ou este Protocolo II sob revisão, cumprem com tais pressupostos, já que reconhecem direitos humanos que não podem ser limitados nem durante os conflitos armados, nem durante os estados de exceção. Além disso, como assinalou esta Corte durante a revisão do Protocolo I, e como se verá posteriormente nesta sentença, existe uma perfeita consonância entre os valores protegidos pela Constituição colombiana e as convenções de Direito Internacional dos Direitos Humanos, já que todos repousam no respeito à dignidade da pessoa humana. A propósito, esta Corte já havia assinalado que “as disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos que tratam da condução das pessoas e das coisas vinculadas à guerra, como as que assinalam a forma de conduzir as ações bélicas, foram estabelecidas com o objetivo de proteger a dignidade da pessoa humana e para eliminar a barbárie nos conflitos armados”. Ao desenvolver a teoria do bloco de constitucionalidade, a Corte assinala o seguinte na mesma Sentença: (...) A Corte é de opinião que a noção do “bloco de constitucionalidade”, proveniente do direito francês mas incorporado ao Direito Constitucional Comparado, permite harmonizar os princípios e mandatos aparentemente em contradição aos artigos 4 e 93 de nossa Carta. Este conceito tem sua origem na prática do Conselho Constitucional francês, o qual considera que, como o Preâmbulo da Constituição daquele país faz referência ao Preâmbulo da Constituição derogada de 1946 e à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, esses textos também são normas e princípios de valor constitucional que condicionam a validade das leis. Segundo a doutrina francesa, esses textos formam, então, um bloco com o articulado na Constituição, de modo que a infração por uma lei das normas incluídas no bloco de constitucionalidade comporta a inexecutabilidade da disposição legal controlada. Com tal critério, na decisão de 16 de julho de 1971, o Conselho Constitucional anulou uma disposição legislativa por ser contrária a um dos “princípios fundamentais da República” a que se faz referência no Preâmbulo de 1946. Como vemos, o bloco de constitucionalidade é composto por aquelas normas e princípios que, sem aparecerem formalmente no conjunto de artigos do texto constitucional, são utilizados como parâmetros do controle da constitucionalidade das leis, portanto foram normativamente integrados à Constituição, por diversas vias e por determinação da própria Constituição. São, assim, verdadeiros princípios e regras de valor constitucional, isto é, são normas situadas no nível constitucional, apesar de poderem, às vezes, conter mecanismos de reforma diferentes dos das normas do articulado constitucional *stricto sensu*. Em tais circunstâncias, a Corte Constitucional concorda com a Promotora em que o único sentido razoável que se pode conferir à noção de prevalência dos tratados de direitos humanos e de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Código Penal, arts. 93 e 214, numeral 2) é que estes formam, com o restante do texto constitucional, um “bloco de constitucionalidade” cujo respeito se impõe à lei. Dessa maneira, se harmoniza plenamente o princípio de supremacia da Constituição como lei das leis (Código Penal, art. 4º), com a prevalência dos tratados ratificados pela Colômbia que reconhecem os direitos humanos e proíbem sua limitação nos estados de exceção (Código Penal, art. 93) Como é óbvio, a imperatividade das normas humanitárias e sua integração no bloco de constitucionalidade implica que o Estado colombiano deve adaptar as normas de hierarquia inferior da ordem jurídica interna aos ditames do Direito Internacional dos Direitos Humanos a fim de proporcionar uma melhor viabilização material de tais valores ...”

Na Guatemala somente os tratados internacionais de direitos humanos já ratificados possuem supremacia hierárquica à Constituição (artigo 9º da Lei do Organismo Judiciário), e o direito internacional (os tratados ainda não ratificados e as demais categorias de tratados internacionais) prevalecem somente sobre o direito interno (artigo 46 da Constituição)²⁴⁰.

O México adotou uma postura sem muita concreticidade quanto à hierarquia dada aos tratados internacionais de direitos humanos, ao estabelecer que todos os tratados, celebrados ou por serem celebrados, que sejam coerentes com a Constituição e que disponham da aprovação do Senado são considerados “*a Lei Suprema de toda a União.*” (artigo 133 da Constituição). Não obstante, o Poder Judiciário²⁴¹ tem se encarregado de sanar a lacuna da lei, eliminando as dúvidas a ele levadas adotando a posição de que “*os tratados se situam hierarquicamente abaixo da Constituição e acima da legislação federal*” (Supremo Tribunal de Justiça da Nação)²⁴².

²⁴⁰ Termos constantes na Resposta da República da Guatemala ao quesito nº 2 do questionário “Aplicação na Ordem Interna das Normas Internacionais em Matéria de Direitos Humanos”, de 21 de fevereiro de 2002: “Quanto à interpretação desses artigos, transcrevem-se a seguir algumas cláusulas em que a Corte de Constitucionalidade se pronunciou: “o art. 46 confere a esses direitos humanos hierarquia superior aos da legislação ordinária ou dela derivada, mas não se lhe pode reconhecer superioridade alguma em relação à Constituição, pois se esses direitos, no caso de sê-lo, guardam harmonia com a mesma, não havendo então problema para sua incorporação ao sistema normativo, mas sim entram em contradição com a Carta Magna, seu efeito seria modificador o derogatório, o que provocaria conflito com as cláusulas da mesma que garantem sua rigidez e superioridade e com a disposição de que unicamente o poder constituinte ou o referendo popular, conforme o caso, tem a faculdade de reformar a Constituição; O artigo 46 confere preeminência aos tratados internacionais ratificados pela Guatemala em relação do direito interno, no sentido de que, na eventualidade de que uma norma ordinária internacional entre em conflito com uma ou várias normas constantes de um tratado ou convenção internacional, prevaleceriam estas últimas; isso não significa, porém, que elas possam ser utilizadas como parâmetro de sua constitucionalidade”.

²⁴¹ Tese do Supremo Tribunal de Justiça da Nação (México), transcrita na Resposta da República do México ao quesito nº 2 do questionário “Aplicação na Ordem Interna das Normas Internacionais em Matéria de Direitos Humanos”, de 21 de fevereiro de 2002: “Instância: Plenário do Supremo Tribunal de Justiça Nona Época, Instância: Plenário, Fonte: Semanário Judicial da Federação e sua Gazeta, Tomo X, novembro de 1999, Tese: P.LXXVII/99, página 46, Matéria: Tese constitucional isolada. Tratados internacionais situam-se hierarquicamente acima das leis federais e em segundo plano relativamente à Constituição Federal.”

²⁴² Termos constantes na Resposta da República do México ao quesito nº 2 do questionário “Aplicação na Ordem Interna das Normas Internacionais em Matéria de Direitos Humanos”, de 21 de fevereiro de 2002: Não se deve perder de vista que, em sua conformação anterior, este Tribunal Máximo havia adotado posição diferente na tese P. C/92, publicada na Gazeta do Semanário Judicial da Federação, Número 60, de dezembro de 1992, página 27, sob a denominação: “LEIS FEDERAIS E TRATADOS INTERNACIONAIS. TÊM ELAS A MESMA HIERARQUIA NORMATIVA”; entretanto, o plenário deste Tribunal considera oportuno abandonar tal critério e assumir o que considera superior a hierarquia dos tratados, inclusive ante o direito federal.

Amparo em revisão 1475/98. Sindicato Nacional dos Controladores do Trânsito Aéreo. 11 de maio de 1999. Unanimidade de 10 votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Proponente: Humberto Román Palacios. Secretário: Antonio Espinoza Rangel. O plenário do Tribunal, em sua sessão privada do dia vinte e oito do corrente mês de outubro, aprovou sob o número LXXVII/1999, a referida tese isolada e determinou que a

A posição adotada pelo Paraguai em relação à hierarquia dada aos tratados internacionais em geral se encontra estabelecida na Constituição local (artigo 137), onde se encontra estabelecido que estes fazem parte do ordenamento jurídico interno, desde que validamente celebrados, aprovados por lei do Congresso e cujos instrumentos de ratificação foram trocados ou depositados, sendo considerados como “*direito positivo nacional*”, mas que tal recepção não inclui qualquer paralelo hierárquico com a Constituição. Contudo, em seu artigo 142, a própria Constituição paraguaia faz distinção quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, equiparando-os, quanto à estabilidade da norma²⁴³, à hierarquia das próprias normas constitucionais.

O Estado do Peru não dispõe de regra constitucional específica sobre a questão da hierarquia dos tratados internacionais dentro da ordem jurídica interna, sendo possível uma mera consideração de ordem hermenêutica quanto à sua posição pela interpretação do artigo 200, § 4º, de sua Constituição, que os equipara às normas de caráter interno – que passam pelo crivo do controle de constitucionalidade²⁴⁴ – com a exceção dos tratados internacionais sobre os direitos humanos ratificados, que, pela Quarta Disposição Final e Transitória de sua Constituição, ganham *status* de normas orientadoras da interpretação constitucional quanto à matéria²⁴⁵. Desta forma, os tratados de direitos humanos possuem, na prática, hierarquia constitucional, enquanto que os demais, sujeitam-se à

votação é idônea para a integração de tese jurisprudencial. México, Distrito Federal, aos vinte e oito dias do mês de outubro de mil novecentos e noventa e nove. Nota: Esta tese abandona o critério defendido na tese P. C/92, publicada na Gazeta do Semanário Judicial da Federação, Número 60, Oitava Época, dezembro de 1992, página 27, sob a denominação: “LEIS FEDERAIS E TRATADOS INTERNACIONAIS. TÊM ELES A MESMA HIERARQUIA NORMATIVA”. A tese anterior, não obstante o fato de que seja um critério isolado que deve ser reiterado em outras quatro ocasiões sucessivas para converter-se em jurisprudência obrigatória, encerra importante caráter orientador nos casos que tramitam nos demais órgãos jurisdicionais nacionais, por ser proveniente do plenário do Supremo Tribunal de Justiça da Nação

²⁴³ Termo constante na Resposta da República do Paraguai ao quesito nº 2 do questionário “Aplicação na Ordem Interna das Normas Internacionais em Matéria de Direitos Humanos”, de 21 de fevereiro de 2002: “O artigo 142 da Constituição estabelece que os tratados e acordos internacionais “não poderão ser denunciados senão pelos procedimentos vigentes para a emenda à Constituição”. A Constituição acrescenta mais um elemento a ser levado em conta: um princípio relativo à condução da política exterior do Estado, de que “a República do Paraguai, em suas relações internacionais, aceita o direito internacional e se ajusta à proteção internacional dos direitos humanos”, bem como estabelece, no artigo 145, que o Paraguai admite uma ordem jurídica supranacional, desde que, entre outras condições, seja assegurada a vigência dos direitos humanos.”

²⁴⁴ NEVES, Javier. “Introducción al Derecho Laboral”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, página 61.

²⁴⁵ Op. cit., p. 62.

interpretação do artigo 200, § 4º, possuindo igualdade de hierarquia somente na esfera infra-constitucional.

A Venezuela se apresenta em uma posição de vanguarda perante a maioria dos países sul-americanos nessa questão, uma vez que, quanto a essa matéria, sua Constituição adota, sem maiores restrições, o teor dos tratados internacionais sobre direitos humanos, reconhecendo os tratados internacionais de direitos humanos, desde que celebrados e ratificados, como fontes de direitos (artigo 19), e conferindo-lhes hierarquia que, de acordo com critérios de maior ou menor favorecimento ao indivíduo, em face da própria Constituição, variam em níveis supranacional, constitucional, suprajurídico, ou meramente jurídico, sendo sob este prisma que se decide, diretamente pelos tribunais, a prevalência ou não de alguma norma de direitos internacional sobre a norma do direito interno (artigo 23). O fato de essa flexibilização possibilitar o reconhecimento de hierarquia acima da Constituição interna para alguns tratados internacionais de direitos humanos faz com que o Estado da Venezuela esteja enquadrado, genericamente, em uma categoria de reconhecimento hierarquia supraconstitucional dos tratados internacionais.

Capítulo II

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A JUSTICIALIZAÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Já demonstramos no capítulo anterior a inter-relação normativa-principiológica estabelecida entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e nossa atual Constituição, promulgada em 1988, seja pela estrutura principiológica de que se reveste, seja pelo considerável conjunto de normas-regras voltadas à proteção da pessoa humana, ou ainda, por sua sistemática normativa aberta. Outrossim, também já constatamos que as atividades internacionais na área dos direitos humanos desenvolveram-se em três categorias, lembre-se: atividade de promoção, atividade de controle, e atividade de garantia. Constituindo esta última no processo de justicialização.

Portanto, de posse deste conhecimento, encontramos-nos aptos para adentrar ao aspecto de maior relevo e objeto principal do presente trabalho e afirmar que o constituinte de 1988, impactado pelos ideais dos direitos humanos internacionais, mostrou-se sensível ao momento histórico de justiciabilidade internacional dos direitos referidos, não limitando-se a uma abertura meramente material quanto à aceitação do direito internacional dos direitos humanos, e nem, tampouco, a uma proteção exclusivamente nacional destes direitos, mas, somando-se a isto, articula e abre espaço também para a delegação da prestação jurisdicional dos direitos humanos aos órgãos judiciais internacionais.

Avançando, pois, na leitura inicialmente desenvolvida e, na afirmação acima exposta destacamos que – efetivamente - desde sua formação originária, a Constituição de 1988 apresentou-se, normativa-jurídica e principiologicamente, receptiva ao processo de justicialização internacional dos direitos humanos. E, dentro desta lógica – tomando o termo Constituição como “o modo de ser” do Estado – o novo Estado brasileiro que, então, nascia com a promulgação desta Constituição que juridicamente o instituiu, comprometeu-se expressamente, por força do artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a, *“propugnar pela criação de um tribunal internacional dos direitos humanos”*.

Mas qual o alcance deste dispositivo constitucional? Melhor dizendo, em que consiste “propugnar pela criação de um tribunal internacional dos direitos humanos”? E quais seriam as efetivas implicações desta criação? Estaria o constituinte originário estabelecendo mais uma abertura a normativa internacional, no que tange a prestação jurisdicional? A própria história nacional tem tratado de responder a estas questões.

Neste lance, notamos a importância de uma prévia análise histórica acerca do posicionamento do governo brasileiro em relação à justicialização internacional dos direitos humanos no âmbito americano. Pois, ainda que de significativo valor seja o citado dispositivo constitucional, não tem em si e, per si um caráter emancipatório.

A visão brasileira sobre a justiciabilidade internacional dos direitos humanos não é coisa do presente século, ao contrário, data de mais de meio século. Pois, fora precisamente a Delegação do Brasil que, durante a IX Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá no ano de 1948, propôs a criação de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos. Proposta esta que fora aprovada e adotada como XXI Resolução daquela Conferência, a qual ressaltava a necessidade da criação de um órgão judicial internacional para tornar adequada e eficaz a proteção jurídica dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos²⁴⁶.

O artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sob o ponto de vista jurídico-positivo, reflete, pois, o reconhecimento constitucional da justiciabilidade internacional dos direitos humanos já tão almejada em períodos anteriores.

2.1 Reconhecimento da competência jurisdicional da corte interamericana de direitos humanos pelo Brasil: reflexos jurídico-constitucional e processual

Sob o manto da abertura material-principiológica da Constituição de 1988 quanto aos direitos humanos, tem sido notório o avanço progressivo do Estado brasileiro em direção a mais lúcida e também, democrática e humanista consciência internacional. Alias, e neste caminhar paralelo com a concepção contemporânea dos direitos humanos que possibilitou, não somente a abertura constitucional a normativa internacional, mediante a incorporação de inúmeros tratados internacionais de direitos humanos, mas também, a

²⁴⁶ Registram, Daniela Ikawa, Mônica de Melo e Olga Espinoza Mavila, que a importância do referido dispositivo merece ser destacada, pois “O Brasil, através de seu corpo diplomático, mesmo antes desta conferência já participava de uma Comissão Preparatória para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional e teve atuação destacada no processo de criação deste Tribunal. Podemos dizer que nossos representantes internacionais tudo fizeram para colocar em prática o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal, que preceitua: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. (IKAWA. Danilea, MELO. Mônica, MAVILA. Olga Espinoza. “Nota Introdutória À Jurisdição Contenciosa da corte Interamericana de Direitos Humanos”, in Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: legislação e jurisprudência. São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, p.356

delegação da prestação jurisdicional nacional a órgão judicial internacional para a tutela dos direitos humanos.

Reconsiderando sua posição acerca da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos o Estado brasileiro, em dezembro de 1998, por meio do Decreto Legislativo n.89, irrompe um significativo avanço na implementação de mecanismos internacionais de efetivação dos direitos humanos. Com este ato congressual, o Estado brasileiro reconhece, oficialmente, a competência da jurisdição da referida Corte em matéria contenciosa, lavrando o suprimento de uma grande lacuna quanto à garantia de justiciabilidade internacional dos direitos humanos aos indivíduos sob sua jurisdição quando as instâncias nacionais não se mostrarem capazes de garanti-los.

Com efeito, em complementação aquele reconhecimento constitucional da justiciabilidade internacional dos direitos humanos corroborado pelo artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e, desta sorte, em absoluta compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, o Estado brasileiro aceitou há aproximadamente sete anos a competência da Corte Interamericana de Direitos humanos. Este feito estatal parece-nos ter passado despercebido para o público em geral, e o que nos parece mais grave, para boa parte dos juristas nacionais, em especial pelos ministros da Suprema corte nacional.

Com a aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil está sujeito a ser demandado perante aquela Corte, pelo desrespeito às normas convencionais às quais se obrigou a cumprir e a dar cumprimento. Recordemos neste lanço que a responsabilidade internacional pela violação de tratados internacionais não admite a escusa da incompatibilidade da norma convencional com o Direito interno. Em outras palavras, não interessa às cortes internacionais qual o órgão do Poder que violou o cumprimento dos tratados uma vez que a responsabilidade é do Estado, como sujeito de Direito Internacional.

A primeira vista pode aparentar-nos um tanto quanto invasivo a afirmação feita no primeiro parágrafo de que, “*o Estado brasileiro em direção a mais lúcida e também, democrática e humanista consciência internacional (...), realiza a delegação da prestação jurisdicional nacional a órgão judicial internacional para a tutela dos direitos humanos*”.

Todavia, é de suma relevância recordar mais uma vez o quanto estudado na segunda parte deste trabalho, que a mais abalizada noção de soberania nacional, conforme estudada no quinto capítulo deste trabalho interage, atualmente, com a noção de que, em matéria de direitos humanos, a chamada competência nacional exclusiva, ou "*domínio reservado do Estado*" que afigura-se como particularização da própria noção de soberania, nas palavras do professor Cançado Trindade mostra-se:

Inteiramente inadequada ao plano das relações internacionais, porquanto originalmente concebida, tendo em mente o Estado in abstracto (e não em suas relações com outros Estados)..., (...)nos dias de hoje, não há como sustentar que a proteção dos direitos humanos recairia sob o chamado "domínio reservado do Estado", como pretendiam certos círculos há cerca de três ou quatro décadas atrás²⁴⁷.

Com o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana e a constitucionalização deste órgão judicial internacional por parte da Constituição de 1988 tem-se a ampliação do rol de órgãos legitimados constitucionalmente a zelar pela realização dos direitos humanos constitucionalmente assegurados.

Eis que opera-se na estrutura judiciária brasileira a introdução de nova instância judicial com poderes próprios sob a égide do regime internacional, promovendo-se o alvorecer, ainda embrionário, de uma jurisdição constitucional internacional.

²⁴⁷ TRINDADE, Antonio Augusto Cancado. A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo, Saraiva, p.4.

2.2 Sistema normativo brasileiro de cumprimento das decisões da Corte Interamericana no plano do direito interno: perspectivas e desafios

O aprimoramento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, mediante sua justicialização, requer que os Estados criem mecanismos internos capazes de implementar as decisões internacionais no âmbito interno. Flavia Piovesan²⁴⁸.

Não há olvidar-se a confluência e identidade de objetivos entre a normativa internacional americana e a constitucional brasileira quanto à proteção da pessoa humana. É preciso, contudo, insistir que urge ao Estado brasileiro transpor o estágio atual de proteção dos direitos humanos, consistente na metódica de incorporação constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e de reconhecimento da jurisdição internacional da Corte Interamericana, para, emancipando-se, numa visão constitucionalista global²⁴⁹, não só prever o acesso à jurisdição interamericana de proteção dos direitos humanos, mas, enfim, processar a materialização de uma jurisdição constitucional internacional que, em assim o sendo, dote de eficácia jurídica e social no âmbito interno, referido reconhecimento.

Ou seja, é de se preconizar que ao ato de reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana agregue-se, automática e reciprocamente, o dever estatal de efetivo cumprimento das decisões proferidas pela aludida Corte no seu âmbito interno.

²⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. Op. cit.

²⁴⁹ CANOTILHO, J. J. GOMES. Com efeito, as relações internacionais devem ser cada vez mais relações reguladas em termos de direito e de justiça, convertendo-se o direito internacional numa verdadeira ordem imperativa, à qual não falta um núcleo material duro – o jus cogens internacional vertebrador quer da "política e relações internacionais" quer da própria construção constitucional interna. Para além deste jus cogens¹, o direito internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos direitos humanos — na parte em que não integrem já o jus cogens — a padrão jurídico de conduta política, interna e externa. Estas últimas premissas — o jus cogens e os direitos humanos —, articuladas com o papel da organização internacional, fornecerão um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. Tentemos aceitar as sugestões do chamado constitucionalismo global. O que é que ele nos propõe? Quais são os seus princípios e as suas regras? De uma forma sintética, os traços caracterizadores deste novo paradigma emergente são os seguintes: (1). alicerçamento do sistema jurídico-político internacional não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados {paradigma hobbesiano/Iwestfailiano, na tradição ocidental) mas no novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo (as populações dos próprios estados); (2). emergência de um jus cogens internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais progressivamente plasmados em declarações e documentos internacionais; (3). tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.

É que a normativa interamericana exige, conforme já destacado, que as decisões proferidas em sede jurisdicional sejam executadas segundo o procedimento interno de cada Estado. *Precisamente, ao parágrafo segundo do artigo 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos remete a execução da parte indenizatória da sentença da Corte às regras internas de execução de sentenças nacionais contra o Estado.*

Como bem observa André de Carvalho Ramos:

No caso brasileiro, a execução de quantia certa contra o Estado é regida genericamente pelo artigo 100 da Constituição Federal e pelos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil. Admite-se tal execução com base em título executivo judicial, que é a sentença transitada em julgado. (...) De fato, considerando-se, na visão dominante do Supremo Tribunal Federal, que a Convenção Americana de Direitos Humanos incorporada internamente possui o mesmo *status* normativo de lei ordinária, *introduziu-se uma nova hipótese de execução judicial contra a Fazenda Pública* cujo título executivo judicial é sentença internacional. Só que, ao invés de sentença nacional, é título executivo a sentença internacional²⁵⁰.

Contudo, pensamos não haver ainda, em nosso ordenamento jurídico, uma normativa que regulamente, expressa e especificamente, o processo de execução das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no exercício de sua jurisdição.

A única normativa a tratar da relação entre a aplicação de direito não exclusivamente estatal é a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC – Decreto Lei nº 4.657/1942) – que funciona, no ordenamento jurídico brasileiro, como um verdadeiro pilar principiológico do Direito – trata da execução da sentença estrangeira no Brasil, em seu artigo 15, alínea “a”.

²⁵⁰ RAMOS. André de Carvalho. *Processo Internacional dos Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p, 331-332.

Portanto, entendemos que, falar-se em necessidade de homologação, pelo Supremo Tribunal Federal, das decisões proferidas pela Comissão Inter-Americana de Direitos Humanos e pela Corte Inter--Americana de Direitos Humanos, seria colocá-las ao mesmo nível das sentenças estrangeiras, o que incorreria automaticamente em colocar, juntamente com estas, a jurisdição de tais órgãos internacionais em um mesmo nível em que se tem, no âmbito interno, as jurisdições dos Estados estrangeiros (as quais não são reconhecidas no âmbito interno).

A respeito do tema, vale reproduzir a lição de José Carlos de Magalhães⁽²²⁾ no sentido de que:

É conveniente acentuar que sentença internacional, embora possa revestir-se do caráter de sentença estrangeira, por não provir de autoridade judiciária nacional, com aquela nem sempre se confunde. Sentença internacional consiste em ato judicial emanado de órgão judiciário internacional de que o Estado faz parte, seja porque aceitou a sua jurisdição obrigatória, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja porque, em acordo especial, concordou em submeter a solução de determinada controvérsia a um organismo internacional, como a Corte Internacional de Justiça. O mesmo pode-se dizer da submissão de um litígio a um juízo arbitral internacional, mediante compromisso arbitral, conferindo jurisdição específica para a autoridade nomeada decidir a controvérsia. Em ambos os casos, a submissão do Estado à jurisdição da corte internacional ou do juízo arbitral é facultativa. Pode aceitá-la ou não. Mas, se aceitou, mediante declaração formal, como se verifica com a autorizada pelo Decreto legislativo n. 89, de 1998, o país está obrigado a dar cumprimento á decisão que vier a ser proferida. Se não o fizer, estará descumprindo obrigação de caráter internacional e, assim, sujeito a sanções que a comunidade internacional houver por bem aplicar [...] Tal sentença, portanto, não depende de homologação do Supremo Tribunal Federal, até mesmo porque pode ter sido esse Poder o violador dos direitos humanos, cuja reparação foi determinada²⁵¹.

Neste mesmo lanço André de Carvalho Ramos destaca que:

O instituto da homologação de sentença estrangeira é reservado às sentenças oriundas de Estado estrangeiro. *In casu*, verificamos que essa não é a natureza jurídica da sentença judicial internacional, em especial a da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (...) Pelo contrário, sendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos um órgão internacional, *sua sentença tem a natureza jurídica de decisão de uma organização internacional*. A decisão de uma

²⁵¹ MAGALHÃES, J. C. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.102.

organização internacional *não* encontra identidade em uma sentença judicial oriunda de um Estado estrangeiro. Logo, não é permitido pelo nosso ordenamento a homologação da citada sentença internacional pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de violarmos a própria Constituição brasileira que estabelece os limites da competência de nossa Suprema Corte.(...) Logo, a homologação de sentença estrangeira prevista no artigo 102, I, f, não se aplica às sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁵².

Embora ainda seja cedo para trazer à baila os resultados destas reflexões, ousamos, contudo, apontar algumas perspectivas e desafios sobre a temática.

2.2.1 Perspectivas e desafios regulamentares: análise dos projetos de lei n. 3.214/2000 e n. 4.667/2004.

Diante desse quadro omissivo – revelador de que, mesmo depois da ratificação da Convenção e do reconhecimento da competência da Corte Interamericana, ainda não se vislumbra, no Brasil, uma realidade de implementação das decisões e recomendações desses órgãos – teve por bem a Câmara dos Deputados do Congresso Nacional em propor uma lei que regulamentasse a executoriedade de tais decisões.

Foi então proposto, o Projeto de Lei nº 3.214, de 2000, de autoria do Deputado Federal Sr. Marcos Rolim, o qual, em seu texto original, teve sua finalidade especial focada na necessidade de eliminação das lacunas jurídicas existentes entre a jurisdição dos organismos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a jurisdição nacional.

O referido Projeto de Lei nº 3.214/2000, teve o seguinte texto original:

²⁵² RAMOS. André de Carvalho. Ob. Cit.p, 334.

Projeto de Lei n° 3.214, de 2000

(Do Sr. Marcos Rolim)

Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - As decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, constituídas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi reconhecida pelo Decreto Legislativo n° 678, de 6 de novembro de 1992, produzem efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento interno brasileiro.

Art. 2º Quando as decisões forem de caráter indenizatório, constituir-se-ão em títulos executivos judiciais e estarão sujeitas à execução direta contra a Fazenda Pública Federal,

§ 1º O valor a ser fixado na indenização respeitará os parâmetros fixados pelos organismos internacionais.

§ 2º O crédito terá, para todos os efeitos legais, natureza alimentícia.

Art. 3º Será cabível ação regressiva da União contra as pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, responsáveis direta ou indiretamente pelos atos ilícitos que ensejaram a decisão de caráter indenizatório.

Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Esse Projeto, que a nosso ver, requeria uma interpretação mais baseada em sua justificativa do que em seu próprio texto – uma vez que nela se encontra o contexto histórico e político que motiva a proposta legislativa, e, uma vez que nela ainda se encontram os elementos concretos que apontam para a necessidade da regulamentação²⁵³ –

²⁵³ A justificação, especialmente dada pelo autor, dirigida à apreciação da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional e à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, ambas da Câmara dos Deputados, com o fim de demonstrar a necessidade de aprovação do referido Projeto de Lei, foi redigida nos seguintes termos e motivações: “Os mecanismos de promoção e proteção dos direitos humanos crescem significativamente de forma a constituir um ramo específico do direito, qual seja o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esse segmento jurídico foi fomentado, basicamente, após a Segunda Guerra Mundial e nasceu com o intuito de acabar com as constantes violações, desigualdades e preconceitos. Se constitui de normas jurídicas internacionais, procedimentos e mecanismos voltados a garantir, os direitos humanos de todos os cidadãos e a obrigar cada nação a responsabilizar-se pela satisfação desses direitos. São Convenções, Tratados, Pactos, Protocolos, Comissões, Comitês resultantes de consensos da comunidade internacional e destinados a reforçar o caráter universal, indivisível e interdependente aos direitos humanos.... Após a aprovação da Declaração Universal de 1948, dos Pactos dos Direitos Civis e Econômicos, Sociais e Culturais e das Convenções específicas, formou-se um sistema global ligado a ONU que obrigasse os Estados-Partes a respeitarem os mecanismos internacionais. De forma complementar ao sistema da ONU, muitos continentes criaram sistemas regionais de proteção aos

dirigido no sentido da regulamentação da efetividade das decisões internacionais de direitos humanos, se encontrava especificamente voltado para o sistema interamericano de direitos humanos, tendo em vista a determinação expressa no texto de seu artigo 1º, que limita o regramento às decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou seja, somente às decisões emanadas na esfera da jurisdição interamericana dos direitos humanos.

Constatamos, porém um erro de indicação que, por mais irrelevante que se possa argumentar, não poderia ser admitido, tanto em face da ordem e da seriedade que se requer do ato legislativo, quanto em face das confusões suscetíveis de decorrência, quer seja, o fato de o autor do referido Projeto haver ressaltando a Convenção Americana de Direitos Humanos como instrumento internacional constitutivo dos órgãos supracitados, e, indicar o instrumento normativo brasileiro que reconheceria sua jurisdição com o se fora o Decreto

direitos humanos como a Europa, África e América. O objetivo foi de aproximar as realidades territoriais, e dicotômicas dos parâmetros gerais e valores construídos pela humanidade. O Brasil além de ser Estado-Parte da ONU também integra a OEA (Organização dos Estados Americanos). É parte do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos tendo Já ratificado a Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, em 25 de setembro de 1992, bem como outros instrumentos específicos desse sistema. O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos possui instâncias sólidas e diversos mecanismos destinados a acompanhar a garantia e respeito aos direitos humanos. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que hoje é presidido por um brasileiro, Dr. Hélio Bicudo, existe desde antes da Convenção Americana e passou de uma instância de promoção para instância de fiscalização, estabelecendo recomendações e decisões sobre as violações de direitos humanos submetidas a sua apreciação. As competências desta Comissão estão especificadas nos arts. 34 a 51 do instrumento referido. Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos é instância com características diferenciadas e foi reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto-Legislativo nº 89/98. Por intermédio deste instrumento, estabeleceu-se a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para os fatos ocorridos a partir da data do reconhecimento. No entanto, apesar da ratificação, as decisões dessas instâncias não estão sendo respeitadas pelo Brasil. O Poder Executivo manifesta interesse em cumprir com as decisões da CIDH e da Corte Interamericana, que também hoje é presidida por um brasileiro, Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade porém alega a inexistência de legislação ordinária nacional destinada a disciplinar a matéria. O intuito deste projeto de lei é sanar as lacunas Jurídicas entre a jurisdição dos organismos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a jurisdição nacional. Não é possível admitir-se que, mesmo depois da ratificação, o Brasil ainda não implemente as decisões e recomendações dessas instâncias. Hoje existem dezenas de casos brasileiros que estão sendo apreciados pela CIDH e, em breve, certamente, existirão outros que serão decididos no âmbito da Corte Interamericana. Ressalta-se que somente são apreciados no âmbito dessas instâncias internacionais, os casos extremamente graves de violações dos direitos humanos que tenham ficado impunes embora Já tramitado nas vias internas. Através deste projeto de lei, queremos também permitir que a União assumira a responsabilidade pelo pagamento das indenizações quando assim for decidido pelos organismos podendo, no entanto, intentar ação regressiva contra o estado da Federação, pessoa jurídica ou física que tenha sido responsável pelos danos causados à vítima. Desta forma, é um projeto que aperfeiçoa a vigência e eficácia Jurídica do sistema interamericano de direitos humanos na Jurisdição brasileira. Para ele, esperamos o apoio e aprovação dos nobres parlamentares desta Casa Legislativa. (Sala das Sessões, 13 de junho de 2000. - Deputado Marcos Rolim, PT/RS.)

Legislativo nº 678, de 06 de novembro de 1992²⁵⁴, quando, na verdade este se refere ao instrumento jurídico interno de reconhecimento “da Convenção” e não de sua jurisdição. Pois, na verdade, o instrumento normativo nacional que reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e, por consideração, da Convenção Americana de Direitos Humanos, foi o Decreto Legislativo nº 089, de 1998.

O texto do referido Projeto de Lei revela a pretensão do legislador em estabelecer um contexto regulamentador pautado em uma série de premissas, ou bases de legitimidade, a traçar seu perfil. Assim vemos que, mediante a positivação mencionada, as decisões internacionais relacionadas à questão dos direitos humanos, emanadas dos órgãos ali abrangidos, tinham o caráter de: a) capazes de produção imediata de seus efeitos jurídicos na ordem interna (v. última parte do caput ao art. 1º); b) títulos executivos judiciais exigíveis diretamente contra a Fazenda Pública Federal, ao se tratar de decisões de natureza indenizatória (v. art. 2º); c) passíveis de proibição de re-avaliação, ou nova análise, do mérito do quantum indenizatório (v. § 1º do art. 2º); d) natureza alimentícia do crédito (v. § 2º do art. 2º); e) passíveis de direito de regresso contra o agente causador de ato ilícito influenciador de decisão indenizatória injusta, a teor do Inciso X do art. 5º e do § 6º do art. 37 da Constituição Federal (v. art. 3º); f) cláusula federal de competência (v. art. 3º).

²⁵⁴ O Decreto Legislativo nº 678, de 6 de novembro de 1992 promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), em 22 de novembro de 1969. A “Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos” foi promulgada através do Decreto Legislativo nº 4.463, de 8 de novembro de 2002 – com reserva de reciprocidade, e de acordo com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com o seguinte texto: “*O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando que pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, foi promulgada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969; Considerando que o Congresso Nacional aprovou, pelo Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998, solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção, de acordo com o previsto no art. 62 daquele instrumento; Considerando que a Declaração de aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi depositada junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos em 10 de dezembro de 1998, D E C R E T A : Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação (Brasília, 8 de novembro de 2002; 181º da Independência e 114º da República. - Fernando Henrique Cardoso - Celso Lafer)*”.

Em análise da “Justificativa” dada pelo autor do Projeto, pode-se perceber a admissão de que “*a Corte Interamericana de Direitos Humanos é instância judicial reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto-Legislativo nº 89/98*”, e de que “*Por intermédio deste instrumento, estabeleceu-se a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para os fatos ocorridos a partir da data do reconhecimento*”, em evidente demonstração de que o Estado brasileiro não desconhece sua obrigação em submeter-se à jurisdição da Corte, admitindo inclusive que “*apesar da ratificação, as decisões dessas instâncias não estão sendo respeitadas pelo Brasil*” .

Continuando a análise da “Justificativa” apresentada, percebe-se ainda que o autor do Projeto também procurou isentar o Estado Brasileiro da reprovação por omissões já ocorridas, ao declarar que “*O Poder Executivo manifesta interesse em cumprir com as decisões da CIDH e da Corte Interamericana ... porem alega a inexistência de legislação ordinária nacional destinada a disciplinar a matéria*”, esquecendo-se que a inexistência de normativa interna não constitui óbice legítimo ou excludente do dever de cumprimento para com a obrigação assumida junto à Convenção, bem como, que tal também não incide em negativa do dever do Estado em proporcionar ao jurisdicionado o *devido processo legal* em toda sua plenitude e abrangência, na parte que lhe compete, em relação à jurisdição internacional, qual seja, a execução das decisões dali emanadas.

Após, em análise das conclusões apontadas, quando o Deputado Federal justificou a finalidade principal do Projeto de Lei como a de “*sanar as lacunas Jurídicas entre a jurisdição dos organismos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a jurisdição nacional*” por não ser possível “*admitir-se que, mesmo depois da ratificação, o Brasil ainda não implemente as decisões e recomendações dessas instâncias*”, percebemos que a verdadeira finalidade do Projeto de Lei não consistiria tanto em sanar as possíveis “*lacunas Jurídicas*” – sequer citadas – supostamente existentes a entre a jurisdição da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos e a jurisdição nacional, quanto (sim) em uma tomada de posição, pelo Congresso Nacional, contra a omissão do

Estado brasileiro na implementação das decisões e das recomendações desses Órgãos, mesmo depois da ratificação oficial da Convenção e do reconhecimento, também oficial, da competência da Corte.

Todos estes apontamentos assinalados pelo deputado autor do Projeto foram submetidos à apreciação das Comissões permanentes para apreciação de sua constitucionalidade. E, em sede de apreciação pela Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional da Câmara dos Deputados do Congresso Nacional, o supracitado Projeto de Lei recebeu voto do Sr. Relator, o Deputado Federal Pedro Valadares²⁵⁵, concordando, em

²⁵⁵ Transcrevemos o inteiro teor do voto do relator da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, conforme o original: CÂMARA DOS DEPUTADOS - COMISSÃO DE RELAÇÕES EXTERIORES E DE DEFESA NACIONAL - PROJETO DE LEI Nº 3.214, DE 2000. Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dá outras providências. AUTOR: Deputado Marcos Rolim. RELATOR: Deputado Pedro Valadares. RELATÓRIO: O projeto de lei sob exame dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos estabelecendo a sua direta aplicabilidade no âmbito do ordenamento jurídico interno brasileiro. Além disso, a proposição confere a tais decisões, nos casos em que apresentarem conteúdo indenizatório, caráter de título executivo judicial e poder de execução direta contra a Fazenda Pública. Estabelece ainda, que os créditos originados de decisão indenizatória, além de ter seu valor fixado em respeito aos parâmetros fixados pelos organismos internacionais, possuirão, também, natureza alimentícia. Finalmente, a proposição atribui à União a faculdade de dispor de ação regressiva contra pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, que venham a ser responsáveis direta ou indiretamente pelos atos ilícitos que ensejaram a decisão de caráter indenizatório. VOTO DO RELATOR: O objetivo principal do Projeto de Lei nº 3.214 é fazer com que as decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos sejam aplicados diretamente no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, o PL nº 3.214 estabelece regulamentação própria para os efeitos de tais decisões. Tal como foi apresentado, o teor do projeto oferece dificuldades à sua aprovação, razão pela qual, em conformidade com os argumentos que a seguir desenvolveremos, houve por bem apresentar emenda à proposição. Primeiramente, parece-nos, s.m.j., que as decisões da Corte devam ser consideradas formalmente sentenças estrangeiras, embora produzidas no seio de uma organização internacional e não por outro Estado soberano. Como tal, essas sentenças, como resultado e expressão de atividade judicante de um órgão jurisdicional alienígena, não de ser recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro mediante a sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o artigo 102, inciso I, alínea "h", da Constituição Federal. Reconhecer a eficácia direta de uma decisão judicial produzida por um tribunal estrangeiro, seja ele pertencente ao ordenamento jurídico de outro Estado, seja ele um órgão de uma organização internacional, fere os princípios da autonomia e da exclusividade da jurisdição do ordenamento jurídico brasileiro, exercida pelo Poder Judiciário. Por outro lado, essas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos têm como gerar seus efeitos no País por força do disposto no cerne dos próprios compromissos assumidos pelo Brasil, em conformidade ao texto da própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo País, segundo a qual os Estados Partes comprometem-se a cumprir as decisões da Corte em todos os casos em que forem partes. Com relação ao tema, cabe lembrar que o grande avanço, sob o prisma da proteção internacional dos direitos humanos, decorre da possibilidade - por intermédio ação de órgãos jurisdicionais internacionais - de restauração ou de compensação violações dos direitos humanos mesmo, e sobretudo, quando essas são consequência da omissão ou incapacidade do Estado, ou quando é o próprio Estado o agente violador, e esgotaram-se os meios disponíveis pelo direito interno para que se restabelecesse a justiça. O Brasil, ainda que com um certo atraso em relação aos demais países latino-americanos, ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Fez mais, em concordância ao disposto no "Artigo 62; 1º, 2º e 3º", nosso País fez uso da faculdade constante desse dispositivo - que constitui, em verdade, uma "cláusula facultativa jurisdição obrigatória" - e declarou expressamente reconhecer (por meio de ato que contou com a anuência do Congresso Nacional, expressa nos termos do Decreto Legislativo nº 89, de 1998), como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a partir da data reconhecimento, a competência da Corte

parte com a proposta legislativa, e no sentido de sua aprovação, acompanhado de Emenda Substitutiva²⁵⁶ por ele proposta, na qual propõe a substituição do texto dos artigos 1º e 2º por textos completamente diversos, com a supressão da contemplação das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com supressão dos parágrafos do então artigo 2º, e também a supressão do artigo 3º, mudando assim, de forma drástica e estrutural, o teor e o contexto do referido Projeto de Lei.

Além de suprimir do texto elementos essenciais para a legitimidade jurídica do procedimento, tal proposta fazia incluir procedimento obrigatório (homologação, pelo STF, nos moldes da sentença estrangeira) gerador de polêmicas maiores que as antes existentes, e que transmutava por completo o sentido e a situação jurídica da decisão originada em uma Corte Internacional, transmutando assim, toda a complexidade doutrinária que cerca o ato decisório judicial, fazendo retroceder a questão à antiga posição interna, em que a única normativa passível de ser usada no trato da relação entre a aplicação de direito

em todos os casos relativos à aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Além disso, o Brasil, obrigou-se, nos termos do "Artigo 68, 1º" da Convenção, a cumprir as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos em que for parte. Podemos, portanto, concluir que o Brasil já está obrigado a implementar internamente as decisões da referida Corte, inclusive quando essas condenarem o próprio Estado brasileiro por violações aos direitos humanos. A Corte detém a competência genérica para decidir, conforme o "Artigo 63; 2º" da Convenção, sobre a verificação de violação de um direito ou liberdade protegidos pela Convenção e de determinar que se assegure ao prejudicado o gozo do direito ou liberdade violados e, ainda, de determinar, se for procedente, que sejam reparadas conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem COMO o pagamento de indenização justa à parte lesada. Assim, temos que as decisões no exercício dessa competência gerarão efeitos e haverão de ser obrigatoriamente cumpridas e pelo Brasil, em atendimento ao compromisso assumido pelo País, nos termos do "Artigo 68; 1º e 2º". Cabe, portanto, ao Poder Executivo, órgão do Estado brasileiro que representa o País no exterior e ao qual cumpre primordialmente a gestão das relações internacionais, tomar conhecimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou, se for o caso, ser notificado quando essas decisões forem exaradas. A partir desse momento, caberá ao Executivo fazer com que tal decisão seja cumprida no País. Deverá, portanto, encaminhá-la ao Supremo Tribunal Federal para que este a homologue, tornando-se assim possível que a decisão produza seus efeitos no âmbito do ordenamento jurídico nacional. Esses são os termos da emenda que apresentamos em anexo. Nela, atribuímos ao Poder Executivo o dever de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos em que o Brasil for parte para que esse, como órgão competente do Estado para processar e julgar a homologação de sentenças estrangeiras, nos termos da Constituição, proceda à homologação ou a recuse. Ao mesmo tempo, estabelecemos prazos para o cumprimento dessas ações, de modo a conferir celeridade às medidas que visem a assegurar adequada proteção aos direitos humanos, permitindo-se ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade violados. Ante o exposto, nosso voto é favorável à aprovação, ao Projeto de Lei nº 3.214, de 2000, com a emenda anexa. (Sala da Comissão, em 14 de fevereiro de 2001 - Deputado Pedro Valadares – Relator)

²⁵⁶ Emenda Substitutiva - Dê-se ao artigo 1º do projeto a seguinte redação e acrescente-se o seguinte artigo 2º, renumerando-se os demais: "Artigo 1º O Poder Executivo encaminhará as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em casos em que o Brasil for parte, ao Supremo Tribunal Federal, com vistas à homologação, no prazo de trinta dias, contados da data em que for delas cientificado. Artigo 2º O Supremo Tribunal Federal processará a homologação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no prazo de trinta dias, contados da data de seu recebimento." (Sala da Comissão, em 14 de fevereiro de 2001- Deputado Pedro Valadares – Relator).

internacional era o tratamento dado à execução da sentença estrangeira no Brasil, regulado no artigo 15, alínea “a”, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC – Decreto Lei nº 4.657/1942) em face de sua natureza de verdadeiro pilar principiológico do Direito brasileiro, e no art. 483 do Código de processo Civil, que trata especialmente da questão.

Isto representou, de fato, um retrocesso, vez que, o falar-se em necessidade de homologação, pelo Supremo Tribunal Federal, das decisões proferidas pela Comissão Inter-Americana de Direitos Humanos e pela Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, seria colocá-las em um mesmo nível ocupado pelas sentenças estrangeiras, o que incorre, automaticamente, em colocar, juntamente com as jurisdições internas dos Estados estrangeiros – que não são reconhecidas no nosso âmbito interno – a jurisdição dos referidos órgãos internacionais, já reconhecida por Decreto Legislativo que sujeita o país perante a ordem internacional.

A respeito do tema, vale reproduzir a lição de José Carlos de Magalhães no sentido de que:

É conveniente acentuar que sentença internacional, embora possa revestir-se do caráter de sentença estrangeira, por não provir de autoridade judiciária nacional, com aquela nem sempre se confunde. Sentença internacional consiste em ato judicial emanado de órgão judiciário internacional de que o Estado faz parte, seja porque aceitou a sua jurisdição obrigatória, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja porque, em acordo especial, concordou em submeter a solução de determinada controvérsia a um organismo internacional, como a Corte Internacional de Justiça. O mesmo pode-se dizer da submissão de um litígio a um juízo arbitral internacional, mediante compromisso arbitral, conferindo jurisdição específica para a autoridade nomeada decidir a controvérsia. Em ambos os casos, a submissão do Estado à jurisdição da corte internacional ou do juízo arbitral é facultativa. Pode aceitá-la ou não. Mas, se aceitou, mediante declaração formal, como se verifica com a autorizada pelo Decreto legislativo n. 89, de 1998, o país está obrigado a dar cumprimento à decisão que vier a ser proferida. Se não o fizer, estará descumprindo obrigação de caráter internacional e, assim, sujeito a sanções que a comunidade internacional houver por bem aplicar [...] Tal sentença, portanto, não depende de homologação do Supremo Tribunal Federal, até mesmo porque pode ter sido esse Poder o violador dos direitos humanos, cuja reparação foi determinada²⁵⁷.

É factível que a Emenda supracitada veio, especificamente, sob este ponto, colocar o Projeto de Lei referido totalmente fora dos padrões dos conceitos e posições

²⁵⁷ MAGALHÃES, J. C. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.102.

prioritárias conferidos aos direitos humanos no âmbito internacional. Isso porque, em oposição ao entendimento exarado no voto do Sr. Relator – quanto a suposta necessidade de homologação das decisões proferidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, para que estas obtenham eficácia no âmbito interno, ou seja, para que passem a possuir plena executividade – entendemos, *vênia*, não seja esta a posição correta, vislumbrando-se, inclusive, como incompatível com o panorama internacional citado, e também com o panorama em que se apresentam, no Estado brasileiro, os Direitos Humanos internacionalmente estabelecidos, e os diversos mecanismos de sua efetivação, também internacionalmente estabelecidos.

Nosso entendimento, a esse respeito, funda-se em vários fatores de caráter hermenêutico e lógico relacionados à posição do Direito no âmbito interno e no âmbito internacional; de caráter cogente, dos quais chega-se à conclusão de que a imposição de necessidade de homologação das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, para que estas obtenham plena executividade, nos moldes do artigo 5º, §1ª da Constituição Federal, e a conseqüente paridade em que esta passa a ser colocada com a “sentença estrangeira” – por ser vista como esta para termos de forma de execução – culmina por descaracterizar completamente a natureza, internacionalmente reconhecida, das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tanto quanto o ato legislativo brasileiro que reconheceu a competência deste órgão, conforme se verá no decorrer deste tópico.

Conquanto, com o fim de bem fundamentar o entendimento que ora exaramos, mister se torna a inclusão de esclarecimento quanto à natureza da sentença estrangeira (à qual pretende a referida Emenda igualar as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos), quanto à sua realidade no ordenamento jurídico brasileiro.

O Código de Processo Civil Brasileiro, ao tratar da prestação da tutela jurisdicional, em seu artigo 2º já estabelece que “*Nenhum juiz prestará a tutela*

jurisdicional senão quando a parte ou o interessado o requerer, nos casos e forma legais". E, ao tratar da Homologação da Sentença Estrangeira, estabelece uma exceção única, concedendo ao Supremo Tribunal Federal o exercício da tutela jurisdicional decisória, ao dispor, em seu artigo 483, que *"A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal"*, e ao completar com a disposição, em seu artigo 484, que *"A execução far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação e obedecerá às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza"*.

Ao receber os votos dos Deputados Jorge Wilson (07/06/2001) e Hélio Costa (08/08/2001)²⁵⁸ a referida Emenda Substitutiva sofre novas Emendas, apenas para mudança de prazo do processo de homologação das decisões internacionais, pelo Supremo Tribunal Federal, recebendo Parecer final da Comissão e a Complementação do último voto, sem qualquer acerto do erro cometido na referida Emenda Substitutiva.

Ao ser apreciado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal dos Deputados do Congresso Nacional - que, de acordo com o disposto nos arts. 32,III, "a" e "e", e 139, II, "c" do Regimento Interno da Câmara, tem a função específica de analisar (fiscalizar/conferir) e se manifestar sobre a constitucionalidade, a juridicidade, a técnica legislativa, e o mérito da norma proposta – o referido Projeto de Lei recebeu voto e parecer do Deputado Relator, Sr. José Dirceu²⁵⁹, no qual a questão foi objeto de discrepâncias maiores²⁶⁰.

²⁵⁸ O voto do Deputado Federal Jorge Wilson, de 07 de Junho de 2001, dá acolhida ao parecer e à Emenda Substitutiva proposta pelo Deputado Pedro Valadares, e propõe que a esta seja feita Emenda no sentido de alterar o prazo – estabelecido por aquela Emenda substitutiva no novo texto do artigo 2º do Projeto – de 30 dias para 90 dias. E o voto do Deputado Hélio Costa, de 08 de Agosto de 2001, que sucede ao mencionado, e propõe nova Emenda no sentido de alterar este prazo, de 90 dias para 60 dias.

²⁵⁹ O Relatório feito pelo Deputado Federal José Dirceu, na apreciação do Projeto de Lei nº 3.214/200, reconhece a constitucionalidade do texto final, modificado pela Emenda Substitutiva de autoria do Deputado Pedro Valadares, e pela Emenda complementar do Deputado Hélio Costa.

²⁶⁰ O texto original do referido Projeto de Lei é atacado por discrepâncias inaceitáveis, na justificativa do reconhecimento da constitucionalidade de seu texto final, Lei, pois, já no início do Relatório é feita confusão entre a natureza da decisão jurídica originária de jurisdição internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a natureza jurídica das decisões estrangeiras passíveis de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, quando o Relator comenta que o texto original do projeto seria inconstitucional por, supostamente, ter dispensado a homologação estrangeira, com afronta ao art. 102, I, "h" da Constituição Federal, quando o texto

Em fim, este Projeto terminou sendo arquivado, antes mesmo de ser colocado em pauta para votação, por força do disposto no art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados Federais²⁶¹.

Somente no ano de 2004, por iniciativa do Deputado Federal, Sr. José Eduardo Cardozo, a matéria voltou a ser discutida na Câmara dos Deputados Federais mediante proposta de novo Projeto de Lei, nº 4.667/2004²⁶², que resgatou a proposta e a

do Projeto não possuía qualquer relação com a sentença estrangeira. Sob tal premissa, o citado Relator entende, *contrarium sensu*, que a Emenda Substitutiva supracitada haja “sanado” tal “inconstitucionalidade”.

Após isto, trás maior confusão ainda à questão, quando afirma que o Decreto Legislativo nº 678/1992 – que, na verdade, reconheceu a jurisdição internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos – haja, supostamente, “criado” as “condições necessárias para a homologação, pelo Supremo Tribunal Federal” das decisões originárias da Corte Interamericana, entendendo que “isto” (o objeto do Decreto Legislativo nº 678/1992 que, na verdade diz respeito estritamente ao “reconhecimento” da jurisdição internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos) tornaria o Projeto em questão despiciendo e injurídico (desnecessário), quando, na verdade, o referido Decreto Legislativo não cria qualquer condição para que o STF possa “homologar” tais decisões, oriundas de órgão internacional cuja jurisdição estava reconhecendo como válida, ou seja, a própria natureza do referido Decreto Legislativo já indica a dispensabilidade de qualquer manifestação da jurisdição interna, porque a confirmação que, normalmente, se espera de uma homologação como a citada, já se encontra explícita no próprio Decreto Legislativo, pois tal confirmação nada mais é do que o reconhecimento estatal oficial. As discrepâncias, no caso citado, vão se avolumando no decorrer do texto do referido Relatório, que, inobstante atestar pela suposta despiciência e injuridicidade do Projeto (com suas Emendas), justifica sua existência e aprovação explicando que sua Emenda Substitutiva tenha, ido “além” do que entende já resolvido pelo Decreto Legislativo, por que, supostamente, “*inova o ordenamento, ao estipular prazo tanto para o Poder Executivo encaminhar as decisões ao Supremo Tribunal Federal, como para este último processar e homologar, ou não*”, retratando assim, a total ausência de noção da natureza jurídica do reconhecimento interno de uma jurisdição, não estrangeira, mas internacional.

²⁶¹ Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as: I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões; II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno; III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias; IV - de iniciativa popular; V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República. Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava. Regimento Interno da Câmara dos Deputados, disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legislacao/regimentointerno.html>.

²⁶² A justificação, especialmente dada pelo autor, dirigida à apreciação pelas Comissões da Câmara dos Deputados, com o fim de demonstrar a necessidade de aprovação do referido Projeto de Lei, foi redigida nos seguintes termos e motivações: “O referido projeto foi apresentado originariamente pelo deputado Marcos Rolim, contudo foi arquivado sem antes ser colocado em pauta para votação. Desta forma, optamos por resgatar a proposta efetuando alguns reparos que entendemos necessários. Utilizamos-nos do texto de justificação original pontuado por algumas alterações necessárias. Os mecanismos de promoção e proteção dos direitos humanos crescem significativamente de forma a constituir um ramo específico do direito, qual seja o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esse segmento jurídico foi fomentado, basicamente, após a Segunda Guerra Mundial e nasceu com o intuito de acabar com as constantes violações, desigualdades e preconceitos. Constitui-se de normas jurídicas internacionais, procedimentos e mecanismos voltados a garantir os direitos humanos de todos os cidadãos e a obrigar cada nação a responsabilizar-se pela satisfação desses direitos. São Convenções, Tratados, Pactos, Protocolos, Comissões, Comitês resultantes de consensos da comunidade internacional e destinados a reforçar o caráter universal, indivisível e interdependente dos direitos humanos. Após a aprovação

justificação iniciais do PL nº 3.214/2000 – já acima comentadas – com algumas modificações.

O referido Projeto de Lei nº 4.667/2004, teve o seguinte texto original:

Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos e dá outras providências. O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. As decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos cuja competência foi reconhecida pelo Estado Brasileiro, produzem efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento interno brasileiro.

Art. 2º. Quando as decisões forem de caráter indenizatório, constituir-se-ão em títulos executivos judiciais e estarão sujeitas à execução direta contra a Fazenda Pública Federal.

§ 1º. O valor a ser fixado na indenização respeitará os parâmetros estabelecidos pelos organismos internacionais.

da Declaração Universal de 1948, dos Pactos dos Direitos Civis e Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais e das Convenções específicas, formou-se um sistema global ligado à ONU que obrigasse os Estados-parte a respeitarem os mecanismos internacionais. De forma complementar ao sistema da ONU, muitos continentes criaram sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, como a Europa, a África e as Américas. O objetivo foi o de aproximar as realidades territoriais e dicotômicas dos parâmetros gerais e valores construídos pela humanidade. O Brasil além de ser Estado-parte da ONU também integra a OEA (Organização dos Estados Americanos). É parte do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos tendo já ratificado a Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, em 25 de setembro de 1992, bem como outros instrumentos específicos desse sistema. O projeto original visava tratar da produção de efeitos, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, das decisões da Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos. Entretanto, entendemos ser mais adequado que o texto contemple todos os Organismos Internacionais, cuja competência é reconhecida pelo Estado brasileiro. Não só o sistema de proteção regional aos direitos humanos possui instâncias sólidas e mecanismos destinados a acompanhar a garantia e respeito aos direitos humanos, o sistema global (ONU) também deve ser contemplado quando falamos em disciplinar a produção de efeitos das decisões no âmbito interno. O que nos resta claro é que, apesar da ratificação, as decisões dessas instâncias não estão sendo respeitadas pelo Brasil. O Poder Executivo manifesta interesse no cumprimento das decisões dos organismos de proteção, seja no âmbito regional ou global, porém alega a inexistência de legislação ordinária nacional destinada a disciplinar a matéria. O intuito deste projeto de lei é sanar as lacunas jurídicas entre a jurisdição dos organismos estabelecidos no âmbito da ONU e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a jurisdição nacional. Não é possível admitir-se que, mesmo depois da ratificação, o Brasil ainda não implemente as decisões e recomendações dessas instâncias. Hoje existem dezenas de casos brasileiros que estão sendo apreciados pela CIDH e, em breve, certamente, existirão outros que serão decididos no âmbito da Corte Interamericana. Ressalta-se que somente são apreciados no âmbito dessas instâncias internacionais, os casos extremamente graves de violações dos direitos humanos que tenham ficado impunes embora já tramitado nas vias internas. Através deste projeto de lei, queremos também permitir que a União assumira a responsabilidade pelo pagamento das indenizações quando assim for decidido pelos organismos podendo, no entanto, intentar ação regressiva contra o Estado da Federação, pessoa jurídica ou física que tenha sido responsável pelos danos causados à vítima. Desta forma, é um projeto que aperfeiçoa a vigência e eficácia jurídica dos sistemas global e regional de proteção aos direitos humanos na jurisdição brasileira. (Sala das Comissões, em de 2004. José Eduardo Cardozo - Deputado Federal PT/SP.

§ 2º. O crédito terá, para todos os efeitos legais, natureza alimentícia.

Art. 3º. Será cabível ação regressiva da União contra as pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, responsáveis direta ou indiretamente pelos atos ilícitos que ensejaram a decisão de caráter indenizatório.

Art. 4º. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Embora mínimas, as alterações feitas neste novo Projeto são de ordem substancial, e representam um alargamento de limites quanto à recepção da regulamentação nele contida. Consistem basicamente na ampliação da abrangência da regulamentação de decisões, quanto aos órgãos internacionais de direitos humanos de jurisdição reconhecida pelo Brasil, e encontram-se exclusivamente no artigo 1º, onde, em vez de direcionar-se especialmente à Corte Interamericana de Direitos Humanos e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ou seja, à jurisdição interamericana em matéria de direitos humanos, passa a dirigir-se à todos os “Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos” cuja competência haja sido reconhecida pelo Estado brasileiro, sem menção de qualquer ato legislativo interno de reconhecimento, o que significa ausência de exigência expressa de ratificação.

Ao ser recebido pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias, da Câmara dos Deputados Federais, o referido projeto de Lei nº 4.667/2004 recebeu Emenda Substitutiva com acréscimos consideráveis que resultaram na seguinte redação²⁶³:

²⁶³ COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS - PROJETO DE LEI nº 4.667/2004: Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos e dá outras providências. Autor: Deputado JOSÉ EDUARDO CARDOZO Relator: Deputado ORLANDO FANTAZZINI I – RELATÓRIO: O Projeto de Lei nº 4.667, de 2004, de autoria do nobre deputado José Eduardo Cardozo, estabelece efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro às decisões dos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos. Na justificção da proposição, menciona o autor que originariamente o projeto foi apresentado pelo ex-deputado Marcos Rolim, tendo sido, no entanto, arquivado sem que fosse submetido à votação. Ressalta que apesar da República Federativa do Brasil ter ratificado diversas convenções relativas aos direitos humanos, tanto no sistema global da ONU (Organização das Nações Unidas) como do regional da OEA (Organização dos Estados Americanos), ainda as decisões desses organismos não são cumpridas de imediato pelo Estado. Alega ainda a necessidade de se criar uma legislação ordinária nacional sobre a matéria porque isso sanearia lacunas jurídicas e facilitaria o cumprimento das decisões e recomendações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos. Outrossim menciona que com o projeto de lei aprovado a União terá condições de assumir o pagamento das indenizações decididas pelos organismos internacionais e ingressar com ações regressivas contra o Estado da Federação, pessoa jurídica ou física que tenha sido responsável pelos atos ilícitos que originaram a decisão ou recomendação do organismo internacional. Esgotado o prazo regimental, não foram recebidas emendas ao projeto. É o relatório. II – VOTO DO RELATOR Ao analisar a proposição em destaque, encontramos de forma explícita o interesse do ilustre deputado em garantir que as

Comissão de Direitos Humanos e Minorias

Substituto ao Projeto de Lei nº 4.667/2004

(Dispõe sobre os efeitos jurídicos das decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos e dá outras providências.)

O Congresso Nacional decreta:

Art.1º As decisões e recomendações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos determinadas por tratados que tenham sido ratificados pelo Brasil produzem efeitos jurídicos imediatos e têm força jurídica obrigatória e vinculante no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Parágrafo único. A União, tendo em vista o caráter executório das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos previsto no Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998, e a importância quase jurisdicional da Comissão Interamericana de Direitos Humanos prevista no Decreto Legislativo nº 678, de 06 de novembro de 1992, adotará todas as medidas necessárias ao integral cumprimento das decisões e recomendações internacionais, conferindo-lhes absoluta prioridade.

Art. 2º Quando as decisões e recomendações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos envolverem o cumprimento de obrigação de pagar, caberá à União o pagamento das reparações econômicas às vítimas.

§ 1º O órgão competente da União deverá efetuar, no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da notificação da decisão ou recomendação do organismo internacional de proteção dos direitos humanos, o pagamento das reparações econômicas às vítimas.

§ 2º Os recursos necessários ao pagamento das reparações econômicas de caráter indenizatório determinadas pelos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos terão rubrica própria no Orçamento Geral da União e sua gestão será acompanhada pelo órgão previsto no artigo 4o desta lei

decisões dos organismos internacionais da ONU e da OEA produzam efeitos de imediato no nosso ordenamento jurídico. Sabemos que chegam nas instâncias internacionais apenas os casos extremamente graves de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana ou aqueles impunes pelo ordenamento jurídico vigente ou ainda os que tenham recebido pela mídia nacional forte repercussão. As decisões e recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ambos órgãos da OEA, ratificados pelo Brasil por meio dos decretos legislativos nº 678/1992 e nº 89/1998, respectivamente, não recebem a eficácia jurídica necessária, mesmo funcionando como se fossem instâncias judiciárias. Muitas das decisões e recomendações proferidas envolvem responsabilidades que são dos Estados da Federação como obrigações de fazer, investigação e julgamento ao encargo dos poderes constituídos. Porém, no plano internacional, é a União que representa todo o Estado brasileiro, portanto, incumbe a ela o dever de garantir a efetivação dessas decisões e, quando for o caso, compensar os gastos efetuados, por meio de ação regressiva, contra responsáveis pelos atos ilícitos que ensejaram a decisão do órgão internacional. No entanto, para que se alcance maior efetividade no plano interno das decisões dos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, é importante que também outros conceitos e disposições sejam previstos. Por isso, com a autorização do eminente deputado e autor da proposição, promovemos debates e discussões na comunidade jurídica ligada aos direitos humanos para a formulação, em conjunto, de uma emenda substitutiva global. Apresentamos o resultado desse processo na forma de um substitutivo. Isto posto, nosso voto, no mérito, é pela aprovação do Projeto de Lei nº 4.667/2004, na forma do substitutivo em anexo. Sala da Comissão, em 20 de junho de 2006.

Deputado ORLANDO FANTAZZINI Relator, em

<<http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=406558>>.

Art. 3º Fica garantido o direito à ação regressiva pela União contra os entes federativos, pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, responsáveis direta ou indiretamente pelos atos ilícitos que ensejaram a decisão ou recomendação do organismo internacional de proteção dos direitos humanos.

Parágrafo único. A União fica autorizada a descontar do repasse ordinário das receitas destinadas aos entes federativos os valores despendidos com o pagamento das reparações previstas nas decisões dos órgãos internacionais de proteção de direitos humanos.

Art. 4º Será criado órgão para acompanhar a implementação das decisões e recomendações previstas no artigo 1º, composto por representação interministerial e da sociedade civil, que terá, entre outras, as seguintes atribuições:

I - acompanhar a negociação entre os entes federados envolvidos e os petionários nos casos submetidos ao exame dos organismos internacionais;

II - promover entendimentos com os governos estaduais e municipais, Poder Judiciário e Poder Legislativo, para o cumprimento das obrigações previstas nas decisões e recomendações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos;

III - fiscalizar o trâmite das ações judiciais que tratem das violações de direitos humanos referentes aos fatos previstos nas decisões e recomendações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos;

IV - fiscalizar a implementação de políticas públicas nas esferas federal, estadual e municipal necessárias para o cumprimento das decisões e recomendações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos;

V - acompanhar a gestão das dotações orçamentárias da União destinadas à execução financeira das decisões e recomendações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos;

VI - garantir que o valor a ser fixado nas indenizações respeite os parâmetros fixados pelos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos;

VII - fazer gestões junto aos órgãos do Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia para que agilizem as investigações e apurações dos casos em exame pelos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Art. 5º Quando a decisão ou recomendação do organismo internacional de proteção dos direitos humanos prever cumprimento de obrigação de fazer, o órgão previsto no artigo 4º desta lei notificará os entes competentes para que apresentem, no prazo de 20 (vinte) dias, plano de cumprimento com previsão das ações e identificação das autoridades responsáveis pela sua execução.

Art. 6º Quando a decisão ou recomendação envolver medida policial, judicial ou do Ministério Público no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o órgão mencionado no artigo 4º desta lei notificará a autoridade competente para que apresente, no prazo de 20 (vinte) dias, relatório sobre a investigação ou apuração em curso sobre a matéria.

Art. 7º As medidas cautelares emitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e medidas provisórias emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos serão de imediata execução devendo o órgão previsto no artigo 4º desta lei notificar o ente responsável pelo cumprimento dentro de 24 (vinte e quatro) horas a contar do recebimento da comunicação da respectiva decisão ou recomendação.

Art. 8º Ficam autorizadas as entidades públicas a celebrarem acordos e convênios entre si para o cumprimento desta lei.

Art. 9º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.”

Assim, o texto original do artigo 1º, que era direcionado genericamente à todos os “*Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos cuja competência haja sido reconhecida pelo Estado brasileiro*”, passou à uma direção mais abrangente ainda, ao estabelecer que “*As decisões e recomendações dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos determinadas por tratados que tenham sido ratificados pelo Brasil*”, onde se incluiu as recomendações das Comissões Internacionais de Direitos Humanos. E, ao substituir a expressão “*produzem efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento interno brasileiro*” pela “*produzem efeitos jurídicos imediatos e têm força jurídica obrigatória e vinculante no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.*”, reforça a obrigatoriedade de sua força jurídica, enquanto vincula o ordenamento interno àqueles princípios e regras que nortearam tal decisão.

Por sua vez, o acréscimo do parágrafo único, cujo texto estabelece que: “*A União, tendo em vista o caráter executório das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos previsto no Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998, e a importância quase jurisdicional da Comissão Interamericana de Direitos Humanos prevista no Decreto Legislativo nº 678, de 06 de novembro de 1992, adotará todas as medidas necessárias ao integral cumprimento das decisões e recomendações internacionais, conferindo-lhes absoluta prioridade*”, reconhece a autoridade das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos como semelhante à jurisdicional, e elimina a possibilidade de descumprimento das decisões internacionais de direitos humanos à pretexto de falta de mecanismos internos, vez que obriga o Estado brasileiro à adoção de todas as medidas necessárias ao seu integral cumprimento, além de lhes conferir prioridade absoluta.

A substituição do texto original do artigo 2º para outro, acrescido de parágrafos 1º e 2º, um que prevêem o pagamento de reparações econômicas às vítimas de

violações aos direitos humanos, pela União, quando as referidas decisões e recomendações envolverem o cumprimento de obrigação de pagar, com estabelecimento de prazo de 60 dias, e com determinação de inscrição no Orçamento Geral da União, constitui um avanço, no sentido da positivação, em paralelo com as mesmas obrigações decorrentes de decisões internas, de procedimento que, a despeito da obviedade dedutiva, não possuía lastro normativo específico, além de impedir eventuais desvios de verbas.

Por sua vez, o artigo 3º conserva mais ou menos a mesma direção do texto original, com exceção da supressão do caráter indenizatório das decisões ali mencionadas, o que aumenta o leque de decisões passíveis de ensejar a ação regressiva da União. E, além disso, o acréscimo de seu parágrafo único, confere maior efetivação para a questão do ressarcimento, na prevista ação regressiva, ao autorizar a União ao seu desconto do repasse ordinário das receitas destinadas aos entes federativos.

A substituição do texto original do artigo 4º para outro, acrescido de incisos I a VIII, um que prevêem a criação de órgão, composto por representação interministerial e da sociedade civil, para acompanhar a implementação das decisões e recomendações previstas no artigo 1º, destinado à acompanhar a negociação entre os entes federados envolvidos e os petionários; promover entendimentos com os governos estaduais e municipais, Poder Judiciário e Poder Legislativo, para o cumprimento das obrigações previstas nas referidas decisões e recomendações; fiscalizar o trâmite das ações judiciais que tratem das violações de direitos humanos referentes aos fatos previstos nas referidas decisões e recomendações; fiscalizar a implementação de políticas públicas nas esferas federal, estadual e municipal necessárias para o cumprimento das referidas decisões e recomendações; acompanhar a gestão das dotações orçamentárias da União destinadas à execução financeira das referidas decisões e recomendações; garantir que o valor a ser fixado nas indenizações respeite os parâmetros fixados pelos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos; e fazer gestões junto aos órgãos do Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia para que agilizem as investigações e apurações dos casos em exame pelos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos, constitui um cuidado de criar mecanismos necessários de fiscalização e

incentivo da efetivação interna da jurisdição internacional dos direitos humanos, hoje ainda inexistentes.

Ainda, o acréscimo do artigo 5º, cujo texto estabelece o prazo de 20 dias – a ser dado pelo órgão previsto no artigo 4º – aos órgãos estatais competentes e responsáveis, para que apresentem plano cumprimento, previsão de ações, e identificação de autoridades responsáveis, quando o objeto das referidas decisões e recomendações tratarem de obrigação de fazer, vem aumentar a efetividade dos mecanismos supracitados.

Por outro lado, o acréscimo do artigo 6º, cujo texto estabelece a incumbência do referido órgão, de notificar, em 20 dias, a autoridade competente para que apresente relatório sobre a investigação ou apuração em curso sobre a matéria, quando tais decisões (inclusive medias provisórias) ou recomendações envolverem medida policial, judicial ou do Ministério Público no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, tem a mesma finalidade de aumentar a efetividade dos mecanismos supracitados.

Quanto ao artigo 7º, seu acréscimo visou regulamentar especificamente as medidas cautelares emitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e as medidas provisórias emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelecendo-se que tais serão de imediata execução, com a incumbência ao órgão acima referido, de notificar o ente responsável pelo cumprimento dentro de 24 horas.

O artigo 8º, por sua vez, foi acrescentado com o intuito autorizar as entidades públicas a celebrarem acordos e convênios entre si, no sentido de possibilitar o melhor cumprimento da referida lei. Ficando estabelecido no artigo 9º a data de entrada da lei em vigor.

Nossa opinião, estritamente a respeito da necessidade/conveniência ou não, tanto do Projeto de Lei nº 3.214/2000 em seu texto original, quanto do novo projeto de Lei nº 4.667/2004, para efeitos de possibilitar a execução desimpedida das decisões oriundas da jurisdição internacional dos direitos humanos, é no sentido de que, em um primeiro plano, o simples contexto normativo específico formado pela ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1922/11/1969), por meio do Decreto nº 678, de 06/11/1992; pelo reconhecimento da competência obrigatória da Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, através do Decreto Legislativo nº 89, de 03/12/1998; e pelo disposto nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal/1988 já é suficiente para proporcionar a necessária eficácia e executividade das decisões proferidas por aqueles órgãos internacionais de decisão, sendo – embora oportuna e de bom senso a regulamentação quanto a executoriedade dessas decisões – tecnicamente desnecessária a medida que se faz impor (em sede de imprescindibilidade), de lei regulamentadora para tal, tanto quanto desnecessária e prejudicial a garantia da justiciabilidade internacional dos direitos humanos.

Eis, tratar-se de simples processo válido de raciocínio lógico, a conclusão de que: **a)** a recepção, dada pelos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal aos tratados internacionais em que a República brasileira faça parte, confere *status* constitucional e de direito e garantia fundamental à norma de Direito Internacional ratificada pelo Estado, dispensando-se qualquer necessidade de ato legislativo constitucional (Emenda Constitucional) que venha conferir à norma de Direito Internacional um lugar dentro do ordenamento jurídico brasileiro; **b)** da ratificação, pelo Estado brasileiro, da Convenção Americana de Direitos Humanos decorre inexorável submissão a todo o seu conteúdo normativo e principiológico; **c)** do reconhecimento, pelo Estado brasileiro, da competência obrigatória da Corte Inter-Americana de Direitos Humanos, decorre indiscutível aceitação da jurisdição dessa Corte internacional no âmbito interno; **d)** pela constitucionalização e inserção no rol dos direitos e garantias fundamentais, operada através dos parágrafos 2º e 3º art. 5º da Constituição Federal, e, pelo reconhecimento interno da jurisdição interamericana de direitos humanos, todo o conteúdo normativo e principiológico da Convenção Americana de Direitos Humanos e de sua Corte internacional são abrangidos pelo disposto no parágrafo 1º do art. 5º, decorrendo disto que tal normativa internacional possui, na ordem interna, aplicabilidade imediata, ou seja, independentemente de norma regulamentadora.

No entanto, é mister lembrar, que estamos, evidentemente, aqui falando sobre “jurisdição”, cuja expressão (do latim “jurisdictio”, que significa “ditar” ou “dizer o direito”) traz em si a idéia de competência jurídica, ou seja, território sobre o qual o juiz exerce a sua autoridade. Mas, cujo conceito abrange idéia que vai além desse judicial, visto que a jurisdição consiste também uma das funções da soberania do Estado e o seu poder e dever de atuar o direito objetivo – que o próprio Estado elaborou – compondo os conflitos de interesses e dessa forma resguardando a ordem jurídica e a autoridade da lei, por isso também intitulada “tutela jurisdicional”, cujo princípio respectivo é unanimemente adotado pelas Constituições democráticas, como feito pela nossa Constituição, no inciso XXXV de seu artigo 5º .

É, por assim dizer, o poder de aplicar o direito conferido aos magistrados. Somente estes possuem tal poder e, por isso, a jurisdição não se confunde com a circunscrição, peculiar a certos órgãos, como as autoridades policiais. A jurisdição contenciosa, cuja finalidade é dirimir litígios, não se confunde com a jurisdição graciosa ou voluntária, a qual, como a própria denominação faz ver, refere-se à homologação de pedidos que não impliquem litígio.

Assim, essa “função jurisdicional”, pertencente ao Estado, consiste em assegurar a ordem jurídica, dirimindo a lide com justiça e compondo-a por meio da atuação da Lei através dos Órgãos Jurisdicionais. Por outro lado, o exercício da jurisdição ocorre por meio de um ato (ação) do titular de uma pretensão, em face de quem lhe opõe resistência através dos órgãos jurisdicionais (juízes) e auxiliares dos órgãos jurisdicionais.

O direito à tutela jurisdicional do Estado, também chamado direito ao processo, acha-se, portanto, presente em várias declarações internacionais, como se constata no artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem assim observado: *"Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente, e com equidade,*

por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e deveres, ou para o exame de qualquer acusação contra ela dirigida em matéria penal".

É, pois, neste sentido, da preservação de um equilíbrio de respeito ao limite de legitimidade da soberania estatal; no sentido de eliminar a aparente falta de concreticidade da autoridade da jurisdição internacional dos direitos humanos; e também no sentido de estabelecer um *modus operandi* definido, que entendemos por conveniente e apropriado que haja uma regulamentação do exercício dessa jurisdição internacional, em toda sua autoridade.

Neste aspecto, a Emenda Substitutiva do Projeto de Lei nº 4.667/2004 – com a inclusão dos artigos acima discutidos – nos pareceu oportuna e importante para a efetivação interna da jurisdição internacional dos direitos humanos, especialmente por conter um texto coerente que elimina as chances de um desarquivamento do antigo Projeto nº 3.214/2000 acrescido das Emendas supracitadas, nos absurdos termos em que chegou a ser proposto.

2.2.2 Perspectiva Concretista: mandado de injunção e princípio da máxima efetividade

Conforme estudamos nos capítulos anteriores, o direito à justiciabilidade internacional dos direitos humanos através do exercício do direito de petição individual e conseqüente executabilidade interna das decisões judiciais proferidas pela Corte Interamericana consiste verdadeiro direito fundamental declarado pelo nosso sistema constitucional pátrio.

Em assim sendo, a problemática em torno da efetividade deste direito ganha contornos também constitucionais, na medida em que, na qualidade de autêntica norma constitucional, deve este direito ser exercido independentemente da existência de norma regulamentadora. Para tanto, o direito constitucional de petição individual e a conseqüente

executoriedade interna das decisões devem ser hermeneuticamente compreendido e assegurado à luz do princípio da máxima efetividade.

É cediço no estudo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais que todas as normas constitucionais possuem força normativa cogente e são dotadas de eficácia jurídica independentemente da redação textual que se revestem ou do conteúdo que disciplinam.

Pela recepção formal das normas da Convenção Americana ao texto constitucional pátrio, podemos concluir que o parágrafo 2º do artigo 68 desta normativa internacional ao remeter a executoriedade da sentença indenizatória proferida pela Corte contra o Estado ao processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado, apresenta redação típica da norma constitucional, doutrinária e jurisprudencialmente classificada como de eficácia limitada declaratória de princípio programático.

Na lição de José Afonso da Silva, as normas constitucionais programáticas são as aquelas *"através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado"*²⁶⁴ⁿ.

²⁶⁴ SILVA. Jose Afonso. Aplicabilidade e Eficácia das Normas Constitucionais. São Paulo : Malheiros, 1992, p, 138. Registre-se, contudo, a advertência feita por Canotilho no sentido de que: *"Marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve dizer-se que hoje não há normas constitucionais programáticas. E claro que continuam a existir normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que 'impõem uma actividade' e 'dirigem' materialmente a concretização constitucional. Mas o sentido destas normas não é o que lhes assinalava tradicionalmente a doutrina: 'simples programas', 'exortações morais', 'declarações', 'sentenças políticas', 'aforismos políticos', 'promessas', 'apelos ao legislador', 'programas futuros', juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. As 'normas programáticas' é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Mais do que isso: a eventual mediação da instância legiferante na concretização das normas programáticas não significa a dependência deste tipo de normas da interpositio do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes. Concretizando um órgão e atribuir-lhe competências, a Constituição está a investir nestes a capacidade plena para fazer valer suas competências. Estas, por sua vez, produzem seus efeitos imediatamente e são estáticas, no sentido de que sua aplicação no tempo remanesce a mesma. Qualquer alteração que se quiser produzir na quantidade de poderes outorgados melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) Vinculação do legislador, de*

De fato, a supracitada norma limitou-se a traçar a diretriz básica de implementação das decisões da Corte asseverando apenas que, “*a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado*”. Da redação do texto normativo depreende-se que fora legado à legislação ordinária a tarefa de regular complementarmente como deveria ser este processo de execução.

A despeito da falta de norma regulamentadora é de se emprestar à esta disposição constitucional interpretação à luz do princípio da máxima efetividade, também designado de princípio da eficiência, que na lição de Luis Alberto David Araújo e Vidal Serrano:

“diz que o intérprete deve emprestar ao texto constitucional a inteligência que confira a maior eficiência possível. O princípio tem particular relevância em relação aos direitos fundamentais, que, dotados de comando de aplicabilidade imediata e de âmbito de incidência necessariamente prospectivo quando em colisão com outros valores da Constituição, devem ser realizados da maneira mais ampla dentre as materialmente palpáveis. De igual modo, o princípio em pauta ganha saliência quando aplicado às chamadas normas programáticas. Se genericamente tais normas não podem ter aplicação integral no momento de sua edição pela ausência das necessárias condições regulamentares, é certo que o intérprete delas deve extrair a maior eficácia possível²⁶⁵”.

forma permanente, à sua realização (imposição constitucional). (2) Como directivas materiais permanentes, elas vinculam positivamente todos os órgãos concretizadores, devendo estes toma-las em consideração em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição). (3) Como limites negativos, justificam a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam. (CANOTILHO. Jose Joaquim Gomes. Ob. Cit, p.132.

²⁶⁵ ARAÚJO, Luis Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional, 9ª ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 87. Como adverte o saudoso professor Celso Bastos, “O princípio da máxima eficiência (Canotilho) significa que, sempre que *possível*, deverá ser o dispositivo constitucional interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia. Este axioma deixa bem visível o vazio de conteúdo, em nível de adoção de valores, que apresentam todas estas fórmulas que se designam por postulados. Como corolário deste axioma, extrai-se a máxima segundo a qual a lei não emprega palavras inúteis. Mas cumpre advertir que o axioma aqui colocado não é sinónimo do que se designa por interpretação ampliativa, nem mesmo se pense em convertê-lo em estímulo para, em casos duvidosos, fazer prevalecer sempre a interpretação mais lata. Isto seria, em muitos casos, subverter os fins para os quais existe a Constituição, dentre eles o da defesa do indivíduo. O postulado é válido na medida em que por meio dele se entenda que não se pode empobrecer a Constituição. O que efetivamente significa este axioma é o banimento da ideia de que um artigo ou parte dele possa ser considerado sem efeito algum, o que equivaleria a desconsiderá-lo mesmo. Na verdade, neste ponto, acaba por ser um reforço do postulado da unidade da Constituição. Não se pode esvaziar por completo o conteúdo de um artigo, qualquer que seja, pois isto representaria uma forma de violação da Constituição. Portanto, todos preceitos constitucionais têm valia, não se podendo nulificar nenhum. Na Constituição não devem existir normas tidas por não-jurídicas, pois todas têm de produzir algum efeito. (...) Isto, pois, remete à necessidade de harmonização dos diversos preceitos. Concluindo, o postulado da efetividade máxima possível se traduz na preservação da carga material que cada norma possui, e que deve prevalecer, não sendo aceitável sua nulificação nem que parcial. (BASTOS,

Não havendo, pois, normativa interna que preveja e discipline a execução de sentenças internacionais contra o Estado brasileiro compete ao Supremo Tribunal Federal, em eventual negativa do Estado em cumprir espontaneamente uma sentença proferida pela Corte contra ele e, desde que provocado via mandado de injunção²⁶⁶, dispor judicialmente sobre qual deva ser o processo de execução da referida sentença.

Felizmente, após um longo período de embate jurídico travado entre a doutrina constitucionalista brasileira e o Supremo Tribunal Federal²⁶⁷, este órgão judicial no

Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 3ª ed. São Paulo : Celso Bastos Editor, 2002, p. 175-177.

²⁶⁶ Nos termos do artigo 5º, LXXI do Texto Constitucional “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. (TAVARES, André Ramos. *Constituição do Brasil integrada com a legislação e a jurisprudência do STF*. São Paulo : Saraiva, 2005. p. 40-41).

²⁶⁷ Este embate travado entre o STF e a doutrina pátria é destacado por Gisele Bester ao elucidar o posicionamento do STF sobre a temática, “aconteceu que o Supremo Tribunal Federal (STF) esvaziou a utilidade e a eficácia do próprio instituto, tendo decidido no MI 107-DF, o leading case (caso líder) na matéria, tratar-se de ação que visa obter do Poder Judiciário "a declaração de inconstitucionalidade desta omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar" por parte do Poder, órgão ou entidade de que ela dependa, "com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que se adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão" (DJU de 21 de setembro de 1990). Ao equiparar o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o STF reduziu o instituto a um revólver sem bala (como denominado a partir de então pela doutrina) ou um sino sem badalo, abriu mão de importante tarefa constitucional que lhe fora atribuída pelo constituinte originário, demonstrando sua clara falta de vontade de Constituição. Logo em seguida o STF minorou esta interpretação (nos MI n. 283-5, DJU de 14 de novembro de 1991, e MI n. 14-3, DJU de 26 de junho de 1992, ambos sobre o art. 8º, § 3º, do ADCT, e ainda no MI n. 232-1, DJU de 27 de março de 1992, este referindo-se ao § 7º do art. 195 da CF/88) que se restringiu à declaração da omissão com mera ciência ao omissor para que adotasse as providências necessárias, mas não chegou a se afastar da linha interpretativa que o segue regendo: a "de não assumir uma competência de cunho normativo, mesmo que transitória ou limitada ao caso concreto", ao contrário da majoritária doutrina brasileira, que professa um entendimento que permite a solução do caso concreto, sanando-se a omissão. (BESTER, Gisela Maria. *Ob. Cit.*, p. 143-144). Luis Roberto Barrroso chega a propor uma reformulação na redação do texto Constitucional com vistas a desmistificar o instituto do MI perante o Supremo e registra os seguintes termos da proposta de emenda constitucional: PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL: Dá nova redação ao S 1ª, do art. 5ª, da Constituição, e extingue o mandado de injunção. Art. 1º. O § 1º, do art. 5º, da Constituição Federal, passa a vigorar com a seguinte redação: § 1ª. As normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicação direta e imediata. Na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formulará o juiz competente a regra que regerá o caso concreto submetido à sua apreciação, com base na analogia, nos costumes nos princípios gerais do direito". Art. 2º. Fica revogado o inciso LXXI, do art. 5º, da Constituição Federal, bem como suprimida a referência a mandado de injunção nos seguintes dispositivos: art. 102, I, q, e 11, a; art. 105, I, h; art. 121, § 4ª, V". (BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro : Renovar, 2003. p. 251-271). Em excelente síntese, Jorge Hage ao dissertar sobre inconstitucionalidade por omissão colaciona trechos do pensamento doutrinário dominante em contraposição a este entendimento do STF e destaca a posição de José Carlos Barbosa Moreira para quem: “por meio dele (o MI) se pode pleitear (...) que o Judiciário (...) primeiro formule a regra que complementa, que supra aquela lacuna do ordenamento; e, em seguida, sem solução de continuidade, esse mesmo órgão aplique a norma ao caso concreto do impetrante, isto é, profira uma decisão capaz de tutelar, em concreto, aquele direito (...) A meu ver, o sujeito passivo no processo do MI não é o órgão que seria competente para editar a norma regulamentadora. O sujeito passivo é aquele em face do qual o impetrante quer exercer o direito (...). Contra esse é que se deve emitir uma ordem (...). No meu entendimento, o MI (...) tem (...) a finalidade de permitir a formulação de uma regra provisória e aplicá-la ao caso concreto, sem

juízo do recente Mandado de Injunção nº 670 de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e no julgamento do Mandado de Injunção 712 de relatoria do Ministro Eros Grau houve por bem, na pessoa dos respectivos relatores, julgarem pela primeira vez, na história constitucional pátria, procedente o Mandado de Injunção para reconhecer a falta de norma regulamentadora e, conseqüentemente, dizer o direito ao caso concreto.

E, por conseguinte, tem-se no instituto do mandado de injunção, à luz do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, uma via de tutela da eficácia jurídica interna das decisões da Corte Interamericana que condenem o Estado brasileiro à prestação do dever de indenizar, quando este se negar a fazê-lo.

extensão a outros casos análogos (...). E o ordenamento contém, todos nós os conhecemos, instrumentos destinados a remediar, na medida do possível, esses inconvenientes, promovendo a uniformização da jurisprudência”. Na mesma esteira, Jorge Hege registra o posicionamento doutrinário da professora Flavia Piovesan para quem: “... revela-se o MI como verdadeiro instrumento. De realização do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Sob esse prisma (...), cabe ao Judiciário, ao enfrentar as lacunas inconstitucionais, desvendar normas implícitas no sistema jurídico e recorrer às demais fontes do ordenamento (como analogia, os princípios gerais do direito, os costumes e a equidade), a fim de criar normas jurídicas individuais válidas para o caso concreto, efetuando preenchimento de lacunas. Assim, no MI, a decisão judicial preenche, mas não elimina, a lacuna do sistema jurídico. A eliminação da lacuna, via de regra, é tarefa do Legislativo, quando da elaboração da norma geral e abstrata, faltante. Ainda nesta perspectiva, no MI surge o dever jurisdicional inescusável de tornar viável o exercício de direito (...) obstado por faltar a norma regulamentadora, em face do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, conjugado com o princípio da proibição do non liquet, que impõe a obrigatoriedade da decisão. À luz do princípio da separação dos poderes, é necessário frisar que, no MI, não há a transferência do encargo de legislar para o poder judiciário, posto que não cabe ao Judiciário elaborar normas gerais e abstratas, mas tão somente tornar viável o exercício de direitos (...) no caso concreto. O Poder judiciário assume, assim, embora em dimensões mais alargadas, sua função típica própria, qual seja, a função jurisdicional, respondendo satisfatoriamente ao caso concreto”. (HAGE. Jorge. Omissão inconstitucional e direito subjetivo, Brasília : Brasília Jurídica, 1999. p, 210 e 217-218).

2.2.3 Perspectiva Pragmática: a prática governamental brasileira na Implementação das Decisões Internacionais proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A partir do estudo do capítulo precedente podemos afirmar que ao Judiciário brasileiro compete prover o cumprimento das decisões da Corte caso o Estado brasileiro se negue a, espontaneamente, diligenciar seu cumprimento efetivo, quando, provocado, o fará em sede de mandado de injunção.

Cumprindo função que lhe é inerente e indeclinável, por via do mandado de injunção, e nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil combinado com o artigo 5º da Constituição Federal, o Judiciário poderá valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

Defendemos acima a inviabilidade e a incoerência tida no primeiro Projeto de Lei proposto no Brasil, com vistas à regulamentar a excoeriedade interna das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos – já devidamente arquivado – em cuja Emenda Substitutiva se propunha a aplicação do procedimento de homologação de sentença estrangeira à excoeriedade interna das decisões da Corte, colocando-se o referido projeto totalmente fora dos padrões conceituais conferidos aos direitos humanos no âmbito internacional.

Inobstante a propositura de novo Projeto de Lei, também comentado, cujo texto faz retornar ao senso de coerência, entendemos que uma eventual utilização de mandado de injunção, onde, supostamente se venha optar pela adoção de uma posição analógica ao texto da malfadada Emenda Substitutiva daquele primeiro Projeto de Lei, com a aplicação do processo de homologação das sentenças estrangeiras à excoeriedade das decisões da Corte deva ser inteiramente repudiada.

Ademais, é de se registrar que todas as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos em que o Estado brasileiro figurou como demandado, foram cumpridas voluntariamente – sem que sequer falasse em homologação por parte do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Entendemos, pois, que, diante de uma decisão condenatória, de cujo cumprimento, venha o Estado brasileiro, supostamente, negar-se, pode, em sede de mandado de injunção, valer-se o Judiciário desse “costume” – formado pelo Estado brasileiro a partir do reiterado cumprimento voluntário de todas as decisões já proferidas – com vistas à dar concreticidade às decisões da Corte.

Atualmente, tramitam perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, contra o Estado brasileiro, dois casos contenciosos (Caso Ximenes Lopes²⁶⁸ e Caso Nogueira

²⁶⁸ No dia 30 de novembro de 2005 a Corte emitiu Sentença sobre a exceção preliminar interposta no presente caso, na qual decidiu desestimar a exceção preliminar de não esgotamento dos recursos internos interposta pelo Estado do Brasil e continuar com a realização da audiência pública, assim como os demais atos processuais relativos ao mérito, e eventuais reparações e custas no presente caso. (Informe Anual 2005 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/publica/inf_anual_port_05.pdf, p. 34.). E, na data de 04 de julho de 2006 a Corte Interamericana proferiu sentença admitindo por unanimidade que o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes; declarando também por unanimidade, que: (2). O Estado violou, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, tal como o reconheceu, os direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, nos termos dos parágrafos 119 a 150 da presente Sentença.(3). O Estado violou, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e dos senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, o direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, nos termos dos parágrafos 155 a 163 da presente Sentença.(4). O Estado violou, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, nos termos dos parágrafos 170 a 206 da presente Sentença.(5). Esta Sentença constitui per se uma forma de reparação, nos termos do parágrafo 251 dessa mesma Sentença. E, por fim a Corte ordenou por unanimidade que: (6). O Estado deve garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, nos termos dos parágrafos 245 a 248 da presente Sentença. (7). O Estado deve publicar, no prazo de seis meses, no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, uma só vez, o Capítulo VII relativo aos fatos provados desta Sentença, sem as respectivas notas de pé de página, bem como sua parte resolutiva, nos termos do parágrafo 249 da presente Sentença.(8). O Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria e aqueles dispostos nesta Sentença, nos termos do parágrafo 250 da presente

de Carvalho²⁶⁹) e três medidas provisionais (Caso presídio Urso Branco²⁷⁰ – Porto Velho, Rondônia; Caso Penitenciária “Dr. Sebastião Martins Silveira”, Araraquara, São Paulo e; Caso das Crianças e adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo do Tatuapé” da Febem²⁷¹). Em todos estes casos, a Corte optou pela determinação de Medidas Provisionais

Sentença. (9). O Estado deve pagar em dinheiro para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, no prazo de um ano, a título de indenização por dano material, a quantia fixada nos parágrafos 225 e 226, nos termos dos parágrafos 224 a 226 da presente Sentença. (10). O Estado deve pagar em dinheiro para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e para os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, no prazo de um ano, a título de indenização por dano imaterial, a quantia fixada no parágrafo 238, nos termos dos parágrafos 237 a 239 da presente Sentença. (11). O Estado deve pagar em dinheiro, no prazo de um ano, a título de custas e gastos gerados no âmbito interno e no processo internacional perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a quantia fixada no parágrafo 253, a qual deverá ser entregue à senhora Albertina Viana Lopes, nos termos dos parágrafos 252 e 253 da presente Sentença. (12). Supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença e dará por concluído este caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto nesta Sentença. No prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte relatório sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento. (Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de de julio de 2006, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/Seriec_150_por.pdf).

²⁶⁹ Em 13 de janeiro de 2005 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em conformidade com os artigos 51 e 61 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, apresentou uma demanda contra o Estado do Brasil, em relação com o caso Nogueira de Carvalho (Nº. 12.058). A demanda se relaciona com a suposta responsabilidade do Estado “nas [supostas] ações e omissões na investigação do homicídio do advogado Francisco Gilson Nogueira de Carvalho, defensor de direitos humanos, assim como pela [alegada] falta de reparação adequada em favor de Jaurídice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho, mãe e pai do senhor Nogueira de Carvalho”. Na demanda, a Comissão solicita à Corte que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com a obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da mesma, em prejuízo da senhora Jaurídice Nogueira de Carvalho e do senhor Geraldo Cruz de Carvalho. Como conseqüência do anteriormente exposto, a Comissão solicita à Corte que, de conformidade com o artigo 63.1 (Obrigação de Reparar) da Convenção Americana, ordene ao Estado que adote determinadas medidas de reparação indicadas na demanda. (Informe Anual 2005 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/publica/inf_anual_port_05.pdf, p. 36).

²⁷⁰ No dia 21 de setembro de 2005 a Corte emitiu uma Resolução sobre medidas provisórias no presente caso, na qual resolveu, entre outros, requerer ao Estado que: adote de forma imediata todas as medidas que sejam necessárias para proteger eficazmente a vida e integridade pessoal de todas as pessoas detidas na Penitenciária Urso Branco, assim como as de todas as pessoas que ingressem nesta, entre elas os visitantes e os agentes de segurança que prestam seus serviços na mesma; adeque as condições da mencionada penitenciária às normas internacionais de proteção dos direitos humanos aplicáveis à matéria; e remeta à Corte uma lista atualizada de todas as pessoas que se encontram detidas na penitenciária e, ademais, indique com precisão as pessoas que sejam colocadas em liberdade, as que ingressem no referido centro penal, o número e nome dos reclusos que se encontram cumprindo condenação e dos reclusos sem sentença condenatória e se os reclusos condenados e os não condenados se encontram localizados em diferentes seções. Da mesma maneira, a Corte solicitou ao Estado que, no máximo em 6 de novembro de 2005, apresente à Corte o décimo primeiro relatório sobre o cumprimento das medidas, levando em conta que o prazo para sua apresentação já havia vencido sem que tivesse sido apresentado, e requereu que em dito relatório se referisse aos fatos e situações graves expostos pelos petionários mediante o escrito de 8 de julho de 2005. (Informe Anual 2005 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, p. 36, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/publica/inf_anual_port_05.pdf p. 28).

²⁷¹ No dia 17 de novembro de 2005 a Corte emitiu uma Resolução no presente caso, na qual requereu ao Estado que adote de forma imediata as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e integridade pessoal de todas as crianças e adolescentes residentes no Complexo do Tatuapé da FEBEM, assim como de todas as pessoas que estejam no seu interior. Da mesma maneira, resolveu convocar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os representantes dos beneficiários das presentes medidas provisórias e o Estado do Brasil, para uma audiência pública a ser realizada na sede do Tribunal no dia 29 de novembro de 2005. Na data prevista a Corte realizou uma audiência pública, na qual escutou os argumentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, dos representantes dos beneficiários das medidas provisórias e do Estado do Brasil sobre as medidas provisórias solicitadas no presente caso. Em 30 de novembro de 2005 a Corte emitiu uma nova Resolução sobre

para garantia da inviolabilidade das vítimas envolvidas. Sendo importante ressaltar que, não obstante o caráter provisional das referidas medidas judiciais adotadas pela Corte, todas elas importaram em verdadeiras obrigações de fazer e de não fazer dirigidas ao Estado Brasileiro, e, todos os provimentos mencionados foram acatados pelo Brasil sem a imposição por parte deste de prévia homologação, bem como sem a necessidade da adoção de uma medida executiva judicial interna, conforme já referido.

Doutra sorte, daquelas cinco petições encaminhadas e processadas contra a Republica Federativa do Brasil a única que conta com uma sentença de mérito, com imposição de indenização compensatória, é a petição referente ao Caso Damião Ximenes²⁷².

medidas provisórias no presente caso, na qual resolveu, entre outros, que o Estado do Brasil deve: adotar as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e integridade pessoal de todas as crianças e adolescentes residentes no “Complexo do Tatuapé” da FEBEM, assim como de todas as pessoas que estejam no seu interior; especificamente para prevenir as ocorrências de violência, assim como para garantir a segurança dos internos, manter a ordem e a disciplina no citado centro, e impedir que os jovens internos sejam submetidos a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Da mesma maneira, a Corte resolveu que o Estado deve adotar as medidas necessárias para reduzir a aglomeração no “Complexo do Tatuapé”, confiscar as armas que se encontrem em poder dos jovens, separar os internos conforme os padrões internacionais sobre a matéria e tomando em conta o interesse superior da criança, e brindar a atenção médica necessária às crianças internas, e realizar uma supervisão periódica das condições de detenção e do estado físico e emocional das crianças detidas. (Informe Anual 2005 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/publica/inf_anual_port_05.pdf p. 33-34).

²⁷² Lembramos contudo, que em sede de processamento de casos perante a Comissão Interamericana o Estado brasileiro a partir de composição amigável celebrou acordos com medidas compensatórias que para serem implementadas internamente não contaram necessariamente com o processo de homologação. Assim, até mesmo em sede das decisões proferidas pela Comissão extraímos no parecer exarado por ocasião da consulta sobre a necessidade de ato específico do Poder Legislativo para a Indenização de Ovelário Tames por acordo de cumprimento de Recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos por violação de direitos humanos, que a própria Casa Civil da Republica, através da subchefia para Assuntos Jurídicos reconhece a obrigatoriedade do cumprimento e implementação interna dessas decisões. Neste sentido, o parecer do Procurador Rogério Favreto: “Quanto à validade das recomendações em apreço, importa anotar que o Brasil depositou a carta de adesão em 25 de setembro de 1992, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27/92, e promulgada pelo decreto nº 678/92. Da mesma forma foi reconhecida à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos termos do decreto legislativo nº 89/98 e Decreto nº 4.463/02. Neste particular, na qualidade de signatário da Convenção em tela o Brasil internalizou ao nosso ordenamento jurídico o seu regramento, assumindo a obrigação do cumprimento do seu conteúdo e decisões de suas instâncias de deliberação, exceto quanto aos arts. 43 e 48, alínea “d”, ressalvados no decreto que a promulgou. Vejamos: “Art. 1º A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida inteiramente como nela se contém Art. 2º Ao depositar a carta de adesão a esse ato internacional, em 25 de novembro de 1992, o Governo brasileiro fez a seguinte declaração interpretativa: ‘O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea d, não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado’.” Logo, mesmo não se enquadrando como título executivo judicial, as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos assumem força normativa interna pela condição de Estado-Parte signatário do ato internacional, merecendo atendimento voluntário, a fim de evitar remessa a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que geraria elevado desgaste moral e político ao Estado Brasileiro. www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_75/pareceres/RogérioFavreto.pdf

E, dada a recente data de seu pronunciamento não há, ainda, relato sobre a forma de cumprimento interno desta obrigação pecuniária.

CONCLUSÕES

Defender a idéia de uma jurisdição constitucional internacional exige a busca dos fundamentos históricos do constitucionalismo e dos direitos humanos.

É, entretanto, comum na doutrina constitucional e internacional a alusão vinculativa de fatos históricos ocorridos e documentos históricos escritos ao longo da Idade Antiga a Idade Moderna como sendo autênticas bases e fundamentos precedentes tanto da idéia de Constituição como da declaração dos direitos humanos.

Esta constatação leva-nos a defender que o constitucionalismo e os direitos humanos possuem as mesmas fontes materiais e, portanto, o estudo do constitucionalismo ao longo de sua evolução histórica é em última instância, também o estudo da evolução dos direitos humanos quanto às formas de exteriorização e ao conteúdo.

Da análise comparativa do desenvolvimento histórico do constitucionalismo é possível asseverar que a essência (substância) do constitucionalismo reside na premissa de que toda e qualquer forma de organização política de uma sociedade deve pautar-se no reconhecimento de direitos intrínsecos à natureza humana dos seres que a compõem, de tal modo que o exercício dos poderes legiferante, jurisdicional e administrativo estabelecidos e exercidos dentro desta sociedade se realize de forma limitada e, pré-ordenada por aqueles direitos.

A interlocução entre constitucionalismo e direitos humanos é acentuadamente caracterizada na idade moderna, tendo em vista a elaboração escrita de textos jurídicos codificados de organização do ente estatal com mecanismos jurídicos de limitação do exercício do poder com a anexação das “cartas de direitos fundamentais”.

Se por um lado a idéia de elaboração de constituições escritas foi o grande instrumento idealizado pela humanidade nesse período específico como meio de garantia dos direitos humanos, por outro lado a pessoa humana passa a ser concebida hermeticamente dentro destes textos positivados e singulares.

Na tutela, pois, de sua essência é que o constitucionalismo se permite abrir a novos instrumentos de realização, tais como os tratados internacionais de direitos humanos fruto da constatação fática do desprezo contumaz para com o ser humano perpetrado pelo próprio Estado através de mesmo sob a égide de cartas constitucionais.

Os excessos e os horrores das ditaduras fascistas, o terrível caos em que, o culto à violência e à força remeteu a Europa tornaram mais aguda a necessidade de se sublinhar, com maior força, o conceito de dignidade da pessoa humana e do respeito a seus direitos e liberdades fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em Paris, em 10 de dezembro de 1948 é a expressão mundial desta necessidade.

A tutela internacional dos direitos humanos proposta no bojo da Declaração Universal de 1948, é acompanhada num momento histórico subsequente e até hoje contínuo, da construção de um significativo rol de leis substantivas dos direitos humanos, num vigoroso processo de “juridicização” da própria Declaração.

Com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem e desenvolvimento da normativa internacional dos direitos humanos houve o restabelecimento do Estado de direito o qual foi impregnado automaticamente de um alvorecer jusnaturalista, outorga-se à pessoa humana e à sua dignidade uma posição central na Constituição – interpretando a Constituição como uma ordenação jurídica fundamental do Estado a serviço

da pessoa humana e de sua dignidade – e ainda, tem-se a refundação do Estado o Estado que deixa de assentar-se, exclusivamente, no princípio da legalidade, nem só no princípio social, mas também no princípio democrático, na fórmula do Estado democrático e social de direito.

Essa emancipação dos direitos humanos, pautada na primazia da dignidade da pessoa humana, renova o movimento constitucional e destaca-se então uma nova fase, o constitucionalismo da segunda pós-guerra mundial com tendência eminentemente internacionalista dos direitos humanos. Deflagra-se, pois, o processo de internacionalização do direito constitucional somado ao processo de constitucionalização do direito internacional com uma abertura que resulta na ampliação do bloco de constitucionalidade.

Tanto o movimento constitucionalista anterior à internacionalização dos direitos humanos, quanto o constitucionalismo internacional instaurado trazem um conceito jurídico de caráter histórico e inatista dos direitos humanos.

Creemos que o sentido da expressão “direitos inerentes à pessoa humana” só pode ser entendido a partir da aceitação de que há um direito inato ao ser humano, o qual transcende, sem desprezar, contudo, ao contrário, o acervo normativo historicamente formulado. Este direito inato ao ser humano é, para nós, o direito a dignidade e ainda, o direito ao reconhecimento da própria natureza humana.

Entre o historicismo dos direitos humanos e as diferentes vertentes jusnaturalistas que busca fundamentar estes direitos defendemos que o valor que, mediante a ética, fundamenta a existência dos direitos humanos, é a “dignidade humana” a qual constituiu a busca, consciente ou inconsciente, da humanidade ao longo da história, até sua efetivação positivada.

O sentido de direitos inerentes à pessoa humana é expresso pelo postulado inato da dignidade da pessoa humana alcance destes direitos. Por sua vez, é expresso pelo processo histórico de desenvolvimento da humanidade que nos permite analisar quais bens jurídicos que no decorrer de séculos, e até milênios, foram se incorporando ao patrimônio humano de modo a assegurar aquele postulado.

Assim como o surgimento e a expansão da normativa substantiva dos direitos humanos redesenhou o constitucionalismo, é de se registrar desde já, que a elaboração e o fortalecimento dos instrumentos processuais normativos já elaborados constitui o mais recente elemento de renovação da idéia constitucional, na seara da prestação jurisdicional estatal.

O direito à proteção jurisdicional internacional dos direitos humanos, ganha foro nas discussões doutrinária e jurisprudencial internacional como condição imprescindível de efetividade dos direitos internacionalmente proclamados.

Desde 1948, a normativa internacional e, em particular, a interamericana, por meio de diversos instrumentos internacionais, reforçou o direito de ação como proteção dos direitos humanos. Impôs assim, o dever de se prestar recursos dotados de celeridade e efetividade, destinados e legitimados ao amparo dos direitos internacional e constitucional, legalmente reconhecidos, perante os juizes ou tribunais competentes, contra atos de violação ou atentado a estes direitos.

Estes instrumentos internacionais embora estejam primeiramente dirigidos aos Estados – titulares do monopólio judicial – volta-se também a si própria e à sociedade que a criou. Ou seja, há um comando jurídico internacional dirigido à própria comunidade internacional, no sentido de que também esta comunidade estabeleça e garanta a justiciabilidade dos direitos humanos que reconhece e proclama.

A leitura e a compreensão da tutela internacional dos direitos humanos mediante a atuação de um órgão judicial com estrutura e mecanismos próprios de funcionamento só pode ser legitimamente realizada mediante uma acentuada transição paradigmática de conceitos e institutos jurídicos que circundam aquela realidade jurídica, em especial a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, a democratização da esfera internacional e a recontextualização do princípio da soberania.

Conseqüência lógica destas mudanças de paradigmas e da preocupação internacional para com a efetiva tutela processual dos direitos humanos vai se materializar na tendência de criação de espaços internacionais judiciários e jurisdicionais para a realização da tutela internacional dos direitos declarados. Destacam-se três tribunais internacionais que atuam, direta e especificamente, na proteção dos direitos humanos. São eles: a Corte Européia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Penal Internacional.

Particularmente, destacamos a importância da Jurisdição Interamericana por ser o sistema diretamente aplicável ao nosso Estado. Sobre este sistema judicial de proteção dos direitos humanos é correto afirmar que ele realiza-se, pelas atividades desempenhadas pela Comissão Interamericana juntamente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Órgãos estes que tem juridicidade e jurisdicionalidade conferida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Stricto sensu falando, apenas a Corte Interamericana constitui verdadeiro órgão jurisdicional do sistema regional americano de proteção dos direitos humanos. Contudo, a razão pela qual aduzimos que a Comissão Interamericana insere-se no contexto jurisdicional de tutela internacional dos direitos humanos – compondo a jurisdição interamericana – reside no fato de que esta, além de desempenhar sua função primordial de promotora da observância e proteção dos direitos humanos na América.

É através da Comissão que se exerce o direito individual de petição. Este direito internacional ocupa a posição de verdadeiro reclamo judicial, “comunicação judicial” relativo a violações de direitos humanos. No sistema normativo substancial e processual interamericano, a outorga desta capacidade processual internacional se materializa na previsão do direito de petição individual.

A Corte é, pois, um tribunal internacional regional de proteção dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos que possui duas funções peculiares: consultiva e contenciosa. Porém, é de se destacar que a provocação do exercício de sua função jurisdicional encontra-se centrada na pessoa da Comissão e dos Estados que fazem parte da Convenção por meio da ratificação ou que tenham aderido à Convenção Americana.

A submissão de casos ao crivo judicial da Corte depende do prévio reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte a submissão de casos ao crivo judicial da Corte depende do prévio reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte, não obstante, uma vez reconhecida referida submissão não há, em princípio, possibilidade de retirada unilateral da jurisdição da Corte com efeito imediato.

Contudo, o exercício do direito de petição tem recebido nova roupagem internacional e seu campo de compreensão fora ampliado pautado na noção de acesso a justiça. Assim é que as reformas institucionais da Corte Interamericana introduziram paulatinamente o indivíduo (ou grupo de indivíduos) não apenas perante a Comissão, no exercício regular do direito de petição, mas também perante a própria Corte durante as demais fases processuais de tramitação do reclamo judicial. O cenário jurisdicional internacional no âmbito americano tem caminhado para uma democratização e uma maior legitimação de suas atividades. Primeiramente, outorgando ao indivíduo o chamado direito de petição. Instrumento este que traduz a concessão de acesso direto do indivíduo às instancias internacionais: a Comissão Interamericana. Posteriormente, aperfeiçoando este mecanismo –

direito de petição individual – para, através desta iniciativa do próprio indivíduo permitir que este participe perante a própria Corte.

O direito à justiciabilidade internacional dos direitos humanos mediante o acesso à jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos, situa-se entre os mais recentes temas no bloco dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos pelo nosso ordenamento pátrio. Há apenas oito anos, com a aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, articulou-se pela primeira vez, um esquema próprio e compreensível de direitos internacionalmente exigíveis em caso de eventual desrespeito às normas convencionais às quais o Brasil se obrigou a dar cumprimento.

O Constituinte de 1988 se valeu de quatro pressupostos materiais para harmonizar a normativa constitucional e a normativa internacional substancial e processual dos direitos humanos com vistas à conjugação de esforços no sentido de que a ordem jurídica interna implemente o direito de justiciabilidade dos direitos humanos. São eles: (1) o regime democrático de direito que pela imposição de pluralidade política e social desenha uma estrutura constitucional principiológica; (2) a existência e arquitetura conferida aos direitos fundamentais e, (3) os princípios constitucionais internacionais e, (4) o regime jurídico constitucional tributado aos tratados internacionais de direitos humanos.

O regime democrático instaurado é consequência d processo de democratização pelo qual o Brasil passou no final da década de 80. Eis que tal processo tornou-se um dos grandes marcos da história constitucional brasileira, caracterizado pela transição de um regime militar que perdurou por cerca de vinte e um anos subseqüentes, para o atual regime democrático. Nesse contexto, o Brasil pôde desfrutar de um avanço constitucional inigualável, cuja dimensão jurídica, filosófica e humana ainda não foi experimentada em sua plenitude.

Tendo como agente principal de toda a estruturação do Estado o indivíduo, a Constituição de 1988 inverteu a ordem de valores até então apregoada nas Constituições anteriores. Profundamente impactada pela ênfase dada aos direitos humanos no âmbito internacional, especialmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela ONU no ano de 1948, a Carta Magna brasileira figura um generoso tributo axiológico aos direitos fundamentais do ser humano ao ponto de afirmar categoricamente que a dignidade da pessoa humana figura entre os fundamentos da República Federativa do Brasil.

Da mesma forma, tem-se na Constituição de 1988 um significativo rol de normas-princípios que regulamentam as atividades externas do Estado Brasileiro. *Imperioso ressaltar que a previsão constitucional de princípios diretores da política internacional revela uma inovadora postura adota pelo constituinte de 1987-1988, se comparado com os constituintes passados.* Sendo de se destacar a importância hermenêutica da expressão “prevalência” dos direitos humanos correlacionado com o princípio da “cooperação” entre os povos para progresso da humanidade como elementos reforçadores de uma postura estatal aberta, considerando que, princípio que impõe, de plano, uma limitação aos conceitos tradicionais de soberania e de independência nacional, uma vez que cooperar é interagir.

Se por um lado todas as constituições brasileiras, independentemente do regime político e da forma de governo que albergavam, colacionaram em seus textos um rol de direitos fundamentais²⁷³, apenas a Constituição brasileira consolidou, por via desta arquitetura alargada e principiológica dos direitos humanos, a concepção contemporânea dos direitos humanos pautada na idéia de indivisibilidade e universalidade e a natureza objetiva destes direitos.

Ainda, um dos mais contemporâneos mecanismos de limitação da atuação estatal encontra-se configurado na existência de um mandato constitucional que determine como as normas internacionais se integram ao ordenamento nacional e, em que regime

²⁷³ Ilustrando a afirmativa inscrita trazemos alguns artigos das constituições que regeram o Estado brasileiro no decorrer de sua vida estatal

jurídico esta integração se realiza com vistas à necessária manutenção da estabilidade material entre o sistema jurídico interno e internacional em prol da realização dos direitos humanos. E a Constituição de 1988 possui no seu bojo normativo e principiológico um regime próprio de integração entre a normativa internacional e interna dos direitos humanos.

O regime constitucional dos tratados de direitos humanos é específico ao fim a que se destina. Não havendo que se submeter às regras gerais de aprovação interna dos tratados. Sensível à proteção dos direitos humanos e portanto, aberto à normativa internacional de tutela deste direitos o constituinte de 1988 lançou mão de mecanismo peculiar de recepção dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira.

Nesta linha de raciocínio é que, a par da leitura dos artigos 84, VIII e 49, I, da Constituição Federal, a doutrina brasileira mais atenta ao regime constitucional internacional dos direitos humanos apontou, sob a ótica de uma interpretação teleológica e sistemática, os parágrafos 1º e 2º de seu artigo 5º, como também sendo preceitos constitucionais atinentes ao processo de celebração, recepção e aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

Com o advento da Constituição de 1988, o regime constitucional dos tratados internacionais passou a ser pautado no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece: *“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”*, dotados da aplicabilidade imediata que emerge do parágrafo 1º, o que sugeriu a concessão de *status* constitucional a estes tratados, propiciando a ampliação do bloco de constitucionalidade da Constituição de 1988.

Através da Emenda Constitucional n. 45 procedeu-se ao acréscimo do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, especificando-se expressamente a hierarquia

constitucional concedida aos tratados internacionais sobre direitos humanos de na ordem interna brasileira, ao estabelecer: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Não houve com a vigência do §3º do artigo 5º introdução de distinção hierárquica de tratados internacionais na ordem jurídica interna brasileira, senão que, após o referido acréscimo, a hierarquia – por nós defendida como constitucional – dada aos tratados internacionais de direitos em geral pelo parágrafo 2º do mesmo artigo 5º, permanece para os tratados internacionais de direitos humanos pelo simples motivo de que tal igualdade hierárquica já se encontra ali recepcionada pela simples inclusão à própria Constituição, que lhes confere o dispositivo constitucional (§ 2º).

Poder-se-ia, diante disto, perguntar: Qual seria, então a razão do texto do parágrafo 3º, acrescido ao artigo 5º da Constituição Federal, ao especificar somente os tratados internacionais de direitos humanos como objeto de consideração equivalente às emendas constitucionais? Eis que, o caso específico do parágrafo 3º, acrescentado pela EC 45, trata de uma forma de “proteção adicional” relacionada, não a seu próprio *status* normativo, mas ao *status* normativo da norma que serve de instrumento para sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro.

No que tange às dúvidas sobre o *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos já ratificados anteriormente à edição da EC 45, entendemos que os mesmos continuarão como portadores de *status* constitucional no seio da ordem interna brasileira, pelo disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, mas, receberão formalmente as vestes de emenda constitucional.

Tal modificação é de importância fundamental no âmbito da justiciabilidade internacional dos direitos humanos, pois, reconsiderando sua posição acerca da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos o Estado brasileiro, em dezembro de 1998, por meio do Decreto Legislativo n.89, irrompe um significativo avanço na implementação de mecanismos internacionais de efetivação dos direitos humanos. Com este ato congressual, o Estado brasileiro reconhece, oficialmente, a competência da jurisdição da referida Corte em matéria contenciosa, lavrando o suprimento de uma grande lacuna quanto à garantia de justiciabilidade internacional dos direitos humanos aos indivíduos sob sua jurisdição quando as instâncias nacionais não se mostrarem capazes de garanti-los.

Desta feita, o direito de petição individual consagrado nos sistema interamericano dos direitos humanos, bem como o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana passam a constituir verdadeiras cláusulas pétreas no ordenamento constitucional brasileiro. Insere-se o direito de petição individual entre as já clássicas garantias processuais dos direitos humanos previstas na Constituição de 1988. Amplia-se, pois, a noção de justiciabilidade dos direitos humanos, pois, o direito à justiciabilidade internacional dos direitos humanos e a aceitação da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana constituem, no contexto do presente estudo, as premissas basilares em prol do surgimento e do desenvolvimento da denominada jurisdição constitucional internacional.

Eis que, além da inderrogabilidade internacional que goza o reconhecimento da jurisdição obrigatória esta passa, internamente, a constituir o núcleo rígido da Constituição de 1988.

Com a aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil está sujeito a ser demandado perante aquela Corte, pelo desrespeito às normas convencionais às quais se obrigou a cumprir e a dar cumprimento. Recordemos neste lance que a responsabilidade internacional pela violação de tratados internacionais não admite a escusa da incompatibilidade da norma convencional com o Direito interno. Em outras palavras, não interessa às cortes internacionais qual o órgão do

Poder que violou o cumprimento dos tratados uma vez que a responsabilidade é do Estado, como sujeito de Direito Internacional.

É, contudo, de se preconizar que ao ato de reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana e, ao ato de constitucionalização desta jurisdição, agregue-se, automática e reciprocamente, o dever estatal de efetivo cumprimento das decisões proferidas pela aludida Corte no seu âmbito interno. Contudo, nesta perspectiva não há ainda, em nosso ordenamento jurídico, uma normativa que regulamente, expressa e especificamente, o processo de execução das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no exercício de sua jurisdição.

A despeito deste vácuo legal existente entre o reconhecimento constitucional do direito de petição individual e a regulamentação da exequoriedade das decisões proferidas pela Corte em resposta a petições individuais que lhe sejam encaminhadas, tanto a nível internacional quanto a nível constitucional, a obrigação que o Estado brasileiro tem de cumprir tudo o quanto determinado em condenações impostas pela Corte não se esvaece. Internamente, destacam-se três perspectivas e desafios sobre a temática que podem auxiliar o intérprete do direito a buscar soluções mais adequadas a esta lacuna legal.

A primeira perspectiva que buscamos delinear encontra-se baseada na constatação empírica de que se desenvolve no seio do processo legislativo brasileiro projetos de lei que visam regulamentar o direito de petição individual no que tange especificamente à exequoriedade das decisões proferidas em resposta a estas petições. Duas propostas legislativas trataram da temática. A primeira proposta refere-se ao PL 3214/00 que propugna basicamente: pela produção de efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento jurídico interno brasileiro as decisões proferidas pela Comissão e da Corte; que dentre estas decisões, as que tiverem caráter indenizatório estejam submetidas à execução direta contra a Fazenda Pública Federal e, finalmente há a previsão de ação regressiva da União contra o Estado, as pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, responsáveis direta ou indiretamente pelo

ilícito. Contudo, referido projeto fora arquivado e a discussão retornou ao debate legislativo com a propositura de novo Projeto de Lei. Trata-se do Projeto A segunda proposta O desafio desta perspectiva centra-se na propositura de emenda substitutiva ao projeto, prevendo a necessidade de homologação pelo Supremo Tribunal Federal das decisões da Corte.

Ao lado, desta perspectiva regulamentadora observamos ainda, sob o ângulo doutrinário e jurisprudencial, que as normas constitucionais possuem eficácia jurídica imediata e assim, a despeito da ausência de norma regulamentadora o direito de petição individual perante a Corte e o direito à conseqüente executoriedade interna das decisões deste órgão encontram guarida constitucional pelo mandado de injunção. Por via do mandado de injunção o Judiciário cumpre a função que lhe é inerente e indeclinável. Função esta que, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil combinado com o artigo 5º da Constituição Federal, o Judiciário pode valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito com vistas a realizá-la.

Da mesma forma é de se registrar que a despeito da existência de normas escritas positivadas, o próprio governo brasileiro em diferentes momentos sempre tratou de diligenciar, internamente, o pronto cumprimento tanto dos acordos amistosos celebrados com os petionários perante a Corte, como das medidas provisionais que lhe foram impostas pela Corte. Levando com sua prática reiterada a formação de um costume internacional e constitucional de executoriedade das decisões da Corte Interamericana.

Derradeiramente, conclui-se, que com o processo de constitucionalização do direito internacional, também o contencioso internacional dos direitos humanos passa a auferir nos foros nacionais status de jurisdição constitucional oxigenando assim o constitucionalismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCILOY, Hildebrando, e SILVA. E. G., do Nascimento. **Manual de direito internacional público**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ALVES, José Augusto Lindgren. **O sistema de proteção das nações unidas aos direitos humanos e as dificuldades brasileiras**. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Editor). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

AMARAL JÚNIOR, **Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Jurídica Virtual - Casa Civil da Presidência da República, abril-maio 2000.

ARAGAO, Selma Regina. **Do mundo antigo no Brasil de todos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR. Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROS, Alberto Ribeiro. **A teoria da soberania de Jean Bodin**, São Paulo: Unimarco, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- _____. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.
- BELAUNDE, Domingo García. **Existe um espaço público latino-americano?** In: BONAVIDES, Paulo. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n.I, jan-jun, 2003.
- BELZ, Herman. **Living Constitution or fundamental law?** New York: Rowman & Littlefield, 1998.
- BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BERRAONDO Lopez, Mikel. **Los derechos humanos en la globalización: mecanismos de garantía y protección**. Alberdania: San Sebastián, 2004.
- BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2005.
- BICUDO, Helio. **Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos** In: Memoria del Seminario “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. 2. ed. San José Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.

BITTAR, Eduardo C.B. **Doutrinas e filosofias políticas: contribuições para a história da ciência política.** São Paulo: Atlas, 2002.

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

_____. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** Trad. Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 12. ed. Brasília: Editora UnB, 2004. v. 2.

BODIN, Jean, **República I.** [s.n.], p. 43. In: BITTAR. Eduardo C.B., **Doutrinas e filosofias políticas,** São Paulo: Atlas, 2002, p. 123.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais.** Belo Horizonte: Del Rey, n.I, jan-jun, 2003.

BORGES, José Souto Maior. **Curso de direito comunitário.** São Paulo: Saraiva, 2005.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo.** C.A. México: Editorial PORRUA, 1993, p. 45.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

COMPARATO. Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos.** In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI. Lafaiete. **Cultura dos direitos humanos.** Col. Instituto Jacques Maritain. São Paulo: LTr,

CRETELLA NETO, José. **Coletânea de tratados e normas internacionais.** v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DALLARI. Pedro. **Constituição e relações exteriores.** São Paulo: Saraiva, 2002.

DEL'OLMO. Florisbal de Souza. **Curso de direito internacional público** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DONNELLY, Jack. **The Universal Declaration Model of human rights: a liberal defense.** Disponível em <<http://www.du.edu/humanrights/workingpapers/papers/12-donnelly-02-01.pdf>>. Acesso em 13-9-2004.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Democracia, Constituição e princípios constitucionais:** notas de reflexão crítica no âmbito do direito constitucional brasileiro. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 19-11-2004.

FERRAJOLI. Luigi. **A soberania no mundo moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Estado de direito e Constituição.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1

FIX Zamudio, Héctor. **La proteccion juridica procesal delos derechos**. [S.l.]: Civitas, 1982.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência**: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HÄBERLE, Meter. **El estado constitucional**. Disponível em: <<http://www.jnjbrasil.com.br>>. Acesso em: 14-12-2005.

HABERMAS, Jurgen. **Identidades nacionales y postnacionales**. Madrid: Tecnos, 1989.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HESSE, Konrad. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HUMBOLDT, Wilhem Von. Trad. Joaquin Adellan. **Los límites da la acción del Estado**. Madrid: Tecnos, 1988.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua interpretação pela Corte Interamericana de direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. por LOSANO; Mario. G. **Directo internacional e Estado soberano**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 150.

LYOTRAD. **A condição Pós-Moderna**. Jean-François. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 8. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

MAGALHÃES. José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MARTINS. Ives Gandra da Silva. **Conheça a Constituição: Comentários à Constituição Brasileira**. v. 1. São Paulo: Manole, 2005.

MEDEIROS. Antonio Paulo Cachapuz. **O poder de celebrar contratos: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980

_____. Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO. Celso D. de Albuquerque. **Direito internacional público**. V. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELLO. Marco Aurélio Mendes de Farias. **Óptica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas**. In: BONAVIDES. Paulo. **Revista Latino-Americana de estudos constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n.I jan- jun, 2003.

NALINI, José Renato. **Constituição e estado democrático**. São Paulo: FTD, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. Coleção estudos de direito de processo. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

NIKKEN, Pedro. **La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo**. Madrid: Civitas, 1987.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Conjuntura internacional, transformações do estado, realinhamento e dessubstancialização constitucional**. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 24-11-2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos humanos e jurisdição constitucional internacional**. In: Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais. Org. Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, n.I jan- jun. 2003.

_____. **Princípio da complementariedade e soberania**. In: Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira. Brasília, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS JUNIOR, Galdino Luiz. **Princípios constitucionais do processo: visão crítica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

RECHSTEINER, Beat Valter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RESCIA, Victor Rodríguez. **Curso básico autoformativo sobre direitos humanos** (apostila), 2004. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso Elementar**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais**. *Revista do Conselho da Justiça Federal, Centro de estudos judiciários*, v. I, n. I, dez/1997. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br>>. Acesso em: 20-8-2003.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão**. Brasília: Separata da Revista de Informação Legislativa 29, n. 115. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1992. p. 88-94.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Método, 2005.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **O Direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San Jose da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.