

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

NATHANNA ÉRICA GONÇALVES DOS SANTOS DE ARAUJO

**O MODELO CLÁSSICO DE ESTADO SOBERANO RELATIVIZADO PELA
INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E AS SUAS
CONSEQUÊNCIAS PARA A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL**

São Paulo

2016

NATHANNA ÉRICA GONÇALVES DOS SANTOS DE ARAUJO

O MODELO CLÁSSICO DE ESTADO SOBERANO RELATIVIZADO PELA
INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E AS SUAS
CONSEQUÊNCIAS PARA A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Trabalho de conclusão do curso de
Especialização em Direito Constitucional na
Pontifícia Universidade Católica como
requisito parcial à obtenção do grau de
especialista em Direito Constitucional.

Orientadora: Prof.^a Ms. Mônica de Melo

São Paulo
2016

RESUMO

A presente pesquisa aborda a transformação pela qual passou o conceito de soberania, um dos elementos fundamentais da noção contemporânea de Estado, em razão do processo de internacionalização dos direitos humanos. Analisa, em primeiro lugar, a evolução do Estado, desde os seus primórdios até o contexto da pós-modernidade. Examina, também, a finalidade e as funções do Estado. Estuda, em um segundo momento, o processo de internacionalização dos direitos humanos, analisando a Organização das Nações Unidas e a evolução das chamadas dimensões de direitos humanos, bem como a criação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, composto por uma faceta global e outra regional. Em seguida, adentra no estudo das consequências, para o ordenamento jurídico brasileiro, causadas pelo fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, examinando o processo de incorporação de instrumentos internacionais no direito interno e a relação entre o Estado brasileiro e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, mais especificamente o relacionamento entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por fim, aprofunda o estudo da aproximação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Poder Judiciário brasileiro a partir da análise de casos no contexto do controle de convencionalidade das leis e atos normativos.

Palavras-chave: Ciência Política. Estado. Soberania. Globalização. Internacionalização. Direitos Humanos.

RÉSUMÉ

Ce travail de recherche a pour but de traiter de la transformation subi par le concept de souveraineté, l'un des éléments fondamentaux de la notion contemporaine d'État, en raison du procès d'internationalisation des droits humains. Premièrement, il analyse l'évolution du État, depuis ses origines jusqu'au contexte de la postmodernité. Le travail examine, aussi, la finalité e les fonctions du État. Il étudie, dans un second temps, le procès d'internationalisation des droits humains, en analysant l'Organisation des Nations Unies et l'évolution des soi-disant dimensions des droits humains, aussi bien que la création d'un système international de protection des droits humains, composé par une façon globale et une autre régionale. Ensuite, il explore l'étude des conséquences du phénomène de l'internationalisation des droits humains au système juridique brésilien, en examinant le procès d'incorporation des instruments internationaux au droit interne et la relation entre l'État Brésilien et le système international de protection des droits humains, spécifiquement la relation entre le Tribunal Suprême Fédéral et la Cour Interaméricaine des Droits de L'homme. Finalement, il approfondit l'étude de la approximation entre le Droit International des Droits Humains et le Pouvoir Judiciaire Brésilien à partir de l'analyse des cas dans le contexte du contrôle de conventionnalité des lois et d'autres actes normatifs.

Mots clés: Science politique. État. Souveraineté. Globalisation. Internationalisation. Droits Humains.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
 CAPÍTULO I – O ESTADO: DO MODELO CLÁSSICO DE SOBERANIA AO SEU REPOSICIONAMENTO EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO	
1 Origem, Finalidade e Funções do Estado	9
1.1 Origem do Estado	9
1.2 Finalidade do Estado	12
1.3 Funções do Estado	14
2 O Modelo Clássico de Estado Soberano	17
3 A Relativização do Estado Contemporâneo Face à Globalização	19
3.1 A Contemporaneidade	21
 CAPÍTULO II – O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	
1 A Internacionalização dos Direitos Humanos	24
1.1 Gênese	24
1.2 Organização das Nações Unidas	27
1.3 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão	30
1.4 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão	31
1.5 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão	36
2 A Proteção Internacional dos Direitos Humanos	37
2.1 O Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos	37
2.2 O Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos	39
2.3 O Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos	40
 CAPÍTULO III – CONSEQUÊNCIAS DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PARA A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	
1 Relação entre o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e o Estado Brasileiro	42
1.1 A Incorporação de Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro	44
2 Controle de Convencionalidade das Leis como Consequência da Aproximação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Poder Judiciário Local	49

2.1 Relação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o STF.....53

CONCLUSÃO57

REFERÊNCIAS59

INTRODUÇÃO

A razão de ser deste trabalho de pesquisa se encontra na permanente necessidade de se afirmar que, em qualquer sociedade e em todas as épocas da História, de quão altíssima relevância são os direitos humanos pois, ao exigirem dos Estados o reconhecimento, a promoção e a proteção desses direitos, expressam a evolução da sociedade internacional.

Tendo isso em mente, pode-se dizer que o presente estudo será voltado à análise (1) do Estado, sua formação e características que o definem como tal, (2) do processo de internacionalização dos direitos humanos, reflexo da universalização da noção de dignidade humana, e (3) do impacto dessa internacionalização no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessarte, em primeiro lugar – seguindo a ordem a ser adotada para o desenvolvimento da pesquisa –, tratar-se-á, em linhas gerais, da evolução pela qual passou o Estado, desde a sua concepção, durante a Antiguidade, passando pela formulação de um conceito fundamental, no século XVI, até os dias hodiernos, em que vem sofrendo profunda reestruturação em decorrência de sua inserção no contexto da globalização, bem como investigar-se-á no que consistem a finalidade e suas funções, elucidando-se o que venha ser seu objetivo, sua causa final, mais especificamente, o *porquê* ou a *razão* e o *para quê* a justificarem sua existência.

Assim, ultrapassado esse primeiro momento do trabalho, bastante conceitual e preparatório para o tema propriamente dito, proceder-se-á ao estudo da internacionalização dos direitos humanos, partindo de sua gênese e analisando as fases evolutivas determinantes para a criação de mecanismos que eficazmente protegem os direitos humanos através da tutela internacional, responsabilizando e sancionando os Estados pela violação de direitos, compreendendo a origem dos tratados internacionais e dos vários órgãos especificamente criados para a proteção e efetivação de tais direitos.

Desse modo, sem a pretensão de estender demasiadamente essa breve explanação – foram traçadas apenas algumas diretrizes que orientarão o aprofundamento a ser desenvolvido no decorrer do trabalho –, é de ser dada continuidade à presente pesquisa a partir do estudo da relação entre o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e o Estado Brasileiro, ou seja, como o ordenamento jurídico pátrio se relaciona com a ordem

internacional, abrindo-se à incorporação dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, em âmbito global e, principalmente, regional. Para tanto, analisar-se-á por derradeiro, a incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, denotando o salutar avanço de um sistema mais integrado.

Somadas às considerações anteriores, finalmente, pretende-se esmiuçar o controle de convencionalidade das leis e atos normativos como consequência da aproximação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Poder Judiciário Local.

CAPÍTULO I

O ESTADO: DO MODELO CLÁSSICO DE SOBERANIA AO SEU REPOSICIONAMENTO EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO

1 Origem, Finalidade e Funções do Estado

1.1 Origem do Estado

Na história da Humanidade, poucos fenômenos sociais foram tão importantes para a própria evolução da civilização quanto a criação do Estado. “L'État est le plus froid de tous les monstres froids” (O Estado é o mais frio dos monstros frios, nas palavras de *Nietzsche*¹), o Estado era concebido inicialmente como uma instituição organizada e austera que, através de seu poder, ilude e escraviza. *Marx*, autor de *O Capital*, de 1867, e *Engels*, autor de *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, de 1884, clássicos do pensamento político, revolucionaram as ideias políticas ao conceituar o Estado como uma entidade criada por razões econômicas ou patrimoniais, representativa da força, não da razão, vinculado ao interesse parcial e não ao bem comum, tendo por finalidade o bem-estar dos que detêm o poder (classe dominante), em detrimento do bem-estar de todos.

Proveniente do latim *status*, que significa “estar firme”, o nome Estado somente viria a ser utilizado no início da Idade Moderna, século XVI, em 1513, na obra *O Príncipe* (Il Principe), de *Maquiavel*, a qual estabeleceu, entre outros assuntos, uma reflexão sobre a crise de transição entre o feudalismo e o absolutismo.

Essa denominação passou a ser usada pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente,

como, por exemplo, *stato di Firenze*. Durante os séculos XVI e XVII a expressão foi sendo admitida em escritos franceses, ingleses e alemães. De qualquer forma, é certo que o nome *Estado*, indicando uma sociedade política, só aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores que não admitem a existência do Estado antes do século XVII².

¹ NIETZSCHE, Friedrich. *Ainsi Parlait Zarathoustra*. Paris: Flammarion, 1996, p. 181.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 51.

Entende-se, portanto, que a denominação Estado só é utilizada com propriedade quando se tratar de uma sociedade política com certas características bem definidas, apesar de existirem alguns autores que defendem que todos os modelos de agrupamento que tenham estabelecido regras de convivência para os seus membros devem ser considerados Estados.

Feitas essas considerações preliminares a respeito do momento em que houve o aparecimento do Estado, sem nos olvidarmos da existência de inúmeras teorias baseadas em meras hipóteses que tentam explicar a sua origem, é de se apontar a existência de três posicionamentos fundamentais. O primeiro estabelece que o Estado, assim como a própria sociedade, ainda que entes distintos,

existiram desde sempre ligados ao Homem por força de uma organização social detentora de poder e autoridade competentes para determinar o comportamento de todo o grupo. Entre os que adotam essa posição destacam-se *Eduard Meyer*, historiador das sociedades antigas, e *Wilhelm Koppers*, etnólogo, ambos afirmando que o Estado é um elemento universal na organização social humana³.

O segundo posicionamento representa o entendimento da ampla maioria dos autores, que admitem a existência da sociedade humana independente do Estado. *Friedrich Engels* em uma de suas principais obras – intitulada *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado* – nega ter o Estado nascido com a sociedade, mas sim ser um produto da mesma em um determinado momento de seu desenvolvimento. Para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos sociais tem lugar a formação do Estado de forma gradativa e não uniforme.

Finalmente, tem-se o Estado como sociedade política dotada de características bem definidas, sobretudo a soberania, cujo nascimento data de 1648. *Giorgio Balladore Pallieri* aponta a chamada paz de Westfália, que encerrou a Guerra dos Trinta Anos, como sendo o momento de criação do Estado, culminando com a separação entre o Estado Medieval e o Estado Moderno⁴.

Historicamente, “a divisão clássica das fases do Estado, desde a sua origem, compreende o Estado antigo, o Estado grego, o Estado romano, o Estado medieval e o Estado moderno”⁵. O Estado antigo, oriental ou teocrático remonta a um período da Antiguidade em que predominava grande confusão acerca da família, da religião e da organização econômica,

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 52.

⁴ PALLIERI, *A Doutrina do Estado*, 1969, passim.

⁵ RICCITELLI, Antonio. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. rev. São Paulo: Manole, 2007, p. 15.

não se distinguindo o pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou outras doutrinas econômicas, sendo marcas características a natureza unitária e a religiosidade. Na Idade Antiga Oriental, o Estado apresentava como traço fundamental a teocracia, na qual o monarca, considerado um representante do poder divino na terra, acumulava poderes políticos, religiosos e econômicos.

O Estado grego ou helênico se caracteriza pelo surgimento da *polis*, que pode ser basicamente entendida como a junção de várias cidades-Estado, possuindo um alto nível de independência, efetivando liberdade e autonomia político-econômica, ou seja, auto-suficiência. A cidade-Estado é uma cidade soberana e independente dentro de outra cidade.

Exemplos clássicos da *polis* desde a Antiguidade são Atenas, Esparta e Tróia, situadas na Grécia Antiga. A cidade eclesiástica do Vaticano denominada oficialmente de Estado da Cidade do Vaticano, localizada na cidade de Roma, Itália, é soberanamente governada pelo papa.

O Estado romano primitivo, “não obstante posições doutrinárias contrárias, não só expandia seus domínios anexando territórios dos povos conquistados como também oferecia privilégios àqueles que se submetiam às leis e aos costumes romanos”⁶. A *civitas*, resultado da união de grupos familiares, chamados de *gens*, teve por característica, desde a sua fundação (754 a.C.) até a morte do imperador bizantino Justiniano em 565, a estrutura de cidade-Estado, originada na base familiar de organização.

Com características de cidade-Estado, prolongou-se por cerca de quinhentos anos, expandindo seus domínios por extensas possessões territoriais, povoadas por cidadãos pacíficos e politicamente organizados. O surgimento do Cristianismo (religião oficial em 380), doutrina religiosa intolerante na medida em que perseguia pagãos, cristãos considerados heréticos e judeus, veio a determinar o início da derrocada do Estado Romano. Com o Edito de Milão,

do ano de 313, através do qual Constantino assegurou a liberdade religiosa no Império, desaparecendo, por influência do cristianismo, a noção de superioridade dos romanos, que fora a base da unidade do Estado Romano⁷.

O Estado Medieval, por sua vez, emergiu a partir do declínio do Estado Romano,

⁶ RICCITELLI, Antonio. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. rev. São Paulo: Manole, 2007, p. 16.

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. Obra citada, p. 65.

tendo no Cristianismo e nas invasões dos bárbaros a sua base. Deu-se origem a uma sociedade caracterizada pela servidão feudal, dominada pela Igreja e pela nobreza. Tendo a Igreja sobrevivido à desagregação do Império Romano, ela se transformou na mais poderosa instituição de seu tempo, garantindo não só a unidade religiosa, mas também determinando a política e a cultura. Cita-se como exemplo da afirmação do Império e da Cristandade como unidade política, a conduta do Papa Leão III ao conferir a Carlos Magno o título de Imperador. Entretanto, a multiplicidade de conflitos entre a ordem política e os temas religiosos, bem como a instabilidade social e econômica da época deram início a lides insolúveis entre o papa e o imperador, pavimentando o advento do Estado Moderno.

O Estado Moderno se originou da necessidade de unidade, da busca de um único governo soberano dentro do território delimitado. “Isso tudo foi despertando a consciência para a busca da unidade, que afinal se concretizaria com a afirmação de um poder soberano, no sentido de supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimitação territorial”⁸.

A consolidação do Estado Moderno como poder soberano e centralizado se deu através da assinatura do documento formal dos tratados de paz de Westfália, datados de 1648, marco histórico do fim da Guerra dos Trinta Anos, estabelecendo a liberdade religiosa, a igualdade entre os Estados e o princípio da soberania. Consolidado, o Estado Moderno passou a ser identificado por seus elementos característicos: *soberania, território, povo e finalidade*.

1.2 Finalidade do Estado

Ao mencionarmos finalidade, temos em mente a elucidação do que venha ser o objetivo do Estado, sua causa final, mais especificamente, o *porquê* ou a *razão* e o *para quê* a justificarem sua existência. O problema da finalidade do Estado é de grande importância prática,

sendo impossível chegar-se a uma ideia completa de Estado sem ter consciência de seus fins. Há mesmo quem entenda, como faz MARCEL DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, que a legitimação de todos os atos do Estado depende de sua adequação às finalidades⁹.

Preocupados com a essencialidade dos elementos que formam o Estado moderno, historiadores e doutrinadores, em sua maioria, defendem a existência de apenas três elementos

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 70.

⁹ *Ibidem*, p. 102.

em sua composição – *povo e território*, considerados materiais, e *soberania*, considerada elemento formal ou abstrato. Cumpre mencionar o poder soberano como elemento caracterizador do Estado. Giorgio Del Vecchio defende a existência do Estado através de um *vínculo jurídico*, também considerado como elemento formal, pelo qual os indivíduos encontram a própria unidade materializada pelo direito¹⁰. Alessandro Groppali, filósofo e sociólogo italiano, enxerga na finalidade do Estado um elemento que justifica a forma de conviver, a organização e o poder a que se submetem os indivíduos¹¹.

Hans Kelsen, filósofo e jurista austríaco, por sua vez, refuta e considera desinteressante que a Teoria Geral do Estado se ocupe da finalidade do Estado, entendendo se tratar de uma questão política restrita ao campo jurídico¹². “Ainda outros, como Kelsen, entendem que a questão dos fins do Estado não concerne à sua teoria geral”¹³. Costantino Mortati, jurista e constitucionalista italiano, igualmente rejeita o elemento *finalidade* por ser “demasiado genérica”¹⁴.

Georg Jellinek, filósofo do direito e juiz alemão, adepto da concepção realista, considerou o Estado como unidade teleológica sob as abordagens jurídica e sociológica de seus fins. Em sua visão jurídico-sociológica, o Estado é soberano, sujeito de direitos e obrigações, caracterizando a personalidade jurídica, consubstanciado pela união de um povo que vive em determinado território. Reconhecidamente criador de uma Teoria Geral do Estado, contribuiu significativamente com seus estudos para sistematizar doutrinariamente a finalidade do Estado¹⁵. Assim, fala-se em fins objetivos e subjetivos do Estado, os primeiros procedentes da própria natureza das coisas, independente da vontade humana, ou seja, fins próprios do Estado, e os segundos, síntese das aspirações dos indivíduos, são o resultado da influência da vontade humana que os cria e os transforma.

Dessa maneira,

verifica-se que o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum (...).¹⁶

¹⁰ DEL VECCHIO, *Teoria do Estado*, 1957, passim.

¹¹ GROPPALI, *Doutrina do Estado*, 1962, passim.

¹² KELSEN, *Teoria General del Estado*, 1959, passim.

¹³ AZAMBUJA, Darcy. AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à Ciência Política*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 143.

¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 102.

¹⁵ JELLINEK, *Teoria General del Estado*, 1954, passim.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Obra citada, p. 107.

Seguindo a linha de pensamento de Darcy Pereira Azambuja e Dalmo de Abreu Dallari, conclui-se que as constantes evoluções das épocas e as suas peculiaridades trazem a mudança das necessidades do povo e não dos fins do Estado. “O fim do Estado é o objetivo que ele visa atingir quando exerce o poder. Esse objetivo, podemos antecipar, é invariável, é o bem público”¹⁷.

Jean Dabin, jurista belga, aponta o *bem comum* ou *bem público* como um regime de ordem, de coordenação de esforços e intercooperação organizada, essência primordial do Estado¹⁸. Em sua Carta Encíclica *Pacem in Terris*, datada de 1963, o Papa João XXIII define: “O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”¹⁹.

Assim, podemos afirmar que o bem comum como finalidade precípua do Estado, objetiva o desenvolvimento integral de certo povo situado em determinado território.

1.3 Funções do Estado

O raciocínio lógico de tudo até aqui registrado nos leva à conclusão de que as fases de organização e evolução do poder do Estado do ponto de vista político seguem um curso visando a consecução do bem comum ou bem público como sua meta final. Entretanto, desde os tempos mais remotos, a concretização desse objetivo através da multiplicidade de atividades e serviços era centralizado nas mãos de uma pessoa ou coletividade, com o fortalecimento do poder soberano, redundando no Estado absolutista, primeira forma de Estado moderno.

Bem assim se verificou nas sociedades primitivas, durante o período medieval ou mesmo nas monarquias absolutas da Idade Média, também denominado de *Estado absoluto monárquico*, onde o monarca recebia o poder divino através do Sumo pontífice para governar plena e irresponsavelmente, isento de qualquer imposição pessoal, sob o fundamento de que todo o poder emanava de Deus e que o fazia em seu nome. A célebre declaração de Luis XIV, o Rei Sol, “*L’Etat c’est moi*”, personifica toda a cultura de uma época, resultado de um longo processo histórico, originado na crise da sociedade feudal.

¹⁷ AZAMBUJA, Darcy. Obra citada, p. 144.

¹⁸ DABIN, *La Philosophie de L’Ordre Juridique Positif, Spécialement dans les Rapports de Droit Privé*, 1929, passim.

¹⁹ Papa João XXIII, *Pacem in Terris (Encíclica)*, I, 58. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html>. Acesso em 1 jan. 2016.

O absolutismo teve nos teóricos Maquiavel, Jean Bodin, Jaques Bénigne Bossuet, Thomas Hobbes seus defensores máximos, cujas teorias buscavam legitimar as origens, razão de ser e finalidades do “Estado Soberano”, bem com justificar o direito divino dos reis como representante de Deus na terra e toda sua autoridade sagrada. Nasce então o Estado Moderno, palco de várias transformações, de acordo com o momento histórico em que o mundo se encontrava.

Ao longo dos séculos XVII e XVIII as revoluções antiabsolutistas ou liberais burguesas pavimentaram o advento do Estado liberal de direito,

quando as teorias divinas absolutistas são substituídas pela teoria democrática, esta alicerçada na origem popular representada pela máxima: todo poder emana do povo, por ele é exercido e a ele deve prestar contas²⁰.

Na Inglaterra, em 1688, a transição da monarquia absoluta para a monarquia parlamentar se deu através da *Revolução Gloriosa*, origem da submissão do rei às decisões do Parlamento. Na França, em 1789, a *Revolução Francesa* aniquilou a monarquia, sendo substituída pelos governos provisórios, que por sua vez foram substituídos pela primeira República em 1892.

Partindo dessa argumentação, temos o Estado absolutista substituído pelo liberal, onde a soberania se manteve e se desenvolveu como elemento primordial no processo de criação do novo poder, bem como a separação em poderes, hoje classificados em executivo, legislativo e judiciário.

A existência do Estado é uma realidade e acima de tudo sua criação uma necessidade, cuja instauração é legitimada pelo direito para a consecução das condições universais que fundamentam o exercício do poder, indispensável à manutenção do equilíbrio, como forma de preservar a ordem social.

No curso da História, impulsionada pelo aumento do território e da população, consequências naturais do desenvolvimento social, as atividades emanadas do poder público lentamente obrigaram a formulação de teorias acerca das funções ou divisão dos poderes do Estado. No século V a.C., Aristóteles, filósofo grego (384 a.C./322 a.C.) em sua obra *Política*, detém a gênese da teoria da separação dos poderes. John Locke, em pleno absolutismo do

²⁰ RICCITELLI, Antonio. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. rev. Barueri: Manole, 2007, p. 29.

século XVII, foi o primeiro teórico a apontar a necessidade da divisão dos poderes, tendo por inspiração a Constituição inglesa. O princípio jurídico da separação de poderes em legislativo, executivo e judiciário foi então formulado e difundido com grande repercussão na filosofia política e nas Constituições escritas promulgadas na época, século XVIII, por Montesquieu, jurista e filósofo francês, através de sua obra *Do Espírito das Leis*, de 1748.

Em seu célebre tratado de direito político, *L'esprit des lois*, capítulo VI, *Da Constituição da Inglaterra*, do livro XI, Montesquieu fundamenta e justifica sua doutrina. Assim, existe em cada Estado três tipos de poder:

o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado²¹.

Entretanto, a célebre teoria da Tripartição dos Poderes, sustentáculo do Estado Liberal, protetora das liberdades e dos valores democráticos, sofreu modificações, nem sempre para melhor. No decorrer dos tempos, foi interpretada com contornos rigorosos e inflexíveis, inquinada por uma rígida cisão não preconizada por Locke, Montesquieu ou seus antecessores que, ao contrário defendiam a colaboração constante e íntima dos poderes, uma coordenação harmônica reciprocamente limitada, afastando a absoluta separação, sem se paralisarem uns aos outros. Na realidade, a separação dos poderes foi idealizada e articulada para uma sociedade ainda aristocrática,

com um regime monárquico; hoje, ao invés, vivemos em sociedades democráticas, de sufrágio universal, quase sempre republicanas, ou onde a monarquia já não conserva os antigos poderes. A formação da orientação política do Estado não tem mais sua origem na colaboração dos diversos órgãos institucionais que representam os interesses das classes sociais.²²

Ainda que as Constituições dos Estados Modernos consagrem a separação dos órgãos e a especialização de funções, não nos é permitido olvidar da simultaneidade de princípios de desagregação e de composição, difusos e polissêmicos que a separação de poderes carrega.

²¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. 1689-1755. *O Espírito das Leis / Montesquieu*, trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 167-168.

²² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. trad. VARRIALE, Carmen C. et al. *Dicionário de Política*. vol. 1. 11. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 262.

Face a complexidade social do mundo contemporâneo, o princípio básico de organização do Estado traduzido pela separação dos poderes, postulou a criação de mecanismos de controle mútuo das funções e competências atribuídas, ou melhor, os freios e contrapesos (*checks and balances*), praticado na maioria dos países democráticos. A coordenação de poderes e a cooperação entre os órgãos traduzem o equilíbrio fundamental almejado e exposto por Montesquieu no Livro XI, justificando a ideia de que só o poder limita o poder.

2 O Modelo Clássico de Estado Soberano

De acordo com Ernst-Wolfgang Böckenförde, filósofo alemão,

(...) o conceito de ‘Estado’ não é um conceito universal, mas serve apenas para indicar e descrever uma forma de ordenamento político surgida na Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou início do XIX, na base de pressupostos e motivos específicos da história europeia e que após esse período se estendeu – libertando-se, de certa maneira, das suas condições originais e concretas de nascimento – a todo o mundo civilizado²³.

Sabedores de que o poder do Estado é legitimado pelo direito, emanado da sociedade e fundamentado na lei moral e na lei social, não olvidaremos de que o mesmo deverá ser sempre soberano, visto que não há Estado perfeito sem soberania. Partindo deste princípio, podemos dizer que o modelo clássico de um Estado soberano prega uma soberania absoluta que fundamenta a máxima, *suprema potestas superiorem non recognoscens*, de que o poder supremo não reconhece outro acima de si.

Em uma evolução histórica, partindo do Estado Moderno, a ideia de soberania ou poder político foi proclamada por inúmeros escritores principalmente a partir do século XVI. Contudo, ante a impossibilidade de uma exposição minuciosa do ponto de vista de cada um, o que nos cabe registrar neste estudo é que o conceito de soberania começou a ser concebido por Jean Bodin, Jacques Bossuet, Robert Filmer, Hugo Grócio, Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau entre outros grandes teóricos absolutistas franceses a partir de suas doutrinas teocráticas e democráticas do final do século XVI e início do século XVII, cabendo a Bodin com sua “*Reública*”, a sistematização teórica definitiva.

²³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Obra citada, p. 425.

Em *Os Seis Livros da República*, de 1576, a soberania se caracteriza formalmente como sendo um poder absoluto, perpétuo (*la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République*) sendo um dos fundamentos do Estado Moderno²⁴.

Sob sua perspectiva, enquanto absoluto, o poder soberano, posto que supremo, só pode ser disciplinado pelas leis divinas e naturais, não possuindo uma relação de igualdade nem estando submetido aos outros poderes, sendo detentor de plena liberdade de ação para legislar, declarar, instituir, impor, estabelecer, outorgar. Enquanto perpétuo, o poder soberano tem por fundamento o princípio da continuidade do Estado ou da República, desconhecendo limites ou restrições cronológicas, uma vez que não pode ser limitado no tempo. “République est un droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun avec puissance souveraine”²⁵.

Cumprе salientar que a soberania para Bodin, em sua definição de poder absoluto e perpétuo, descarta a ideia de um poder arbitrário, já que o soberano está sujeito às leis civis comuns a todos os seres humanos e principalmente sujeito à lei divina resultante da expressa vontade de Deus²⁶.

Notadamente, o Estado Moderno tem em Rousseau o protagonista de teorias e discursos críticos que se opuseram aos filósofos da época, promovendo uma revolução cultural e intelectual na história do pensamento moderno e influenciando o início do século XVIII (Época das Luzes), raiar do Estado Contemporâneo. Rousseau, através do espírito iluminista que normalmente orientou suas obras, vê o Estado como um poder constituído por leis, a serviço de uma soberania representada politicamente pela vontade popular, fundando o processo democrático sobre a igualdade política dos cidadãos²⁷. Assim sendo, a soberania passaria das mãos do monarca para as mãos do povo, e por fim, para o Estado, ou em outras palavras, o Estado seria o fruto de um “Contrato Social”.

A concepção da soberania popular,

posto que se apóie em reflexões contraditórias e insustentáveis daquele filósofo político, teve a máxima influência no desdobramento ulterior das ideias democráticas, nomeadamente no que diz respeito à progressiva universalização do sufrágio, tomado este nas lutas

²⁴ BODIN, Jean. *Les Six Livres de la République. Livre Premier, chapitre I*. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/bodin_jean/six_livres_republique/bodin_six_livres_republique.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2015.

²⁵ Ibidem, p. 25.

²⁶ BODIN, *Les Six Livres de la République*, 1583, passim.

²⁷ ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, 1762, passim.

constitucionais do século passado e deste século, por parte dos reformadores mais radicais e progressistas, como a verdadeira espinha dorsal do sistema democrático²⁸.

A percepção da relação direta entre o momento histórico e o pensamento dominante de determinada época, nos leva à certeza de que o conceito de soberania voltado à satisfação e a legitimação dos poderes do próprio Estado, passou por diversas transformações, levando à contemporaneidade novas tendências que agem pela consideração da vontade geral. Diante do atual cenário mundial, onde as relações comerciais, econômicas e sociais são uma nova ordem em contexto global, assevera-se que a soberania não mais seja absoluta e suprema como dantes, enquanto elemento de um Estado, mas sim limitada e em sua melhor definição, uma característica que permeia os demais elementos (território, povo e governo), rompendo fronteiras através do aumento das competências dos organismos internacionais.

3 A Relativização do Estado Contemporâneo Face à Globalização

De acordo com registros históricos, o Estado Contemporâneo, fruto de um processo evolutivo conhecido pelas revoluções liberais burguesas, tem início com a Revolução norte-americana de 1776, marco da Independência das Treze Colônias Inglesas, origem dos Estados Unidos da América e a primeira Constituição escrita do mundo em 1787. As ideias revolucionárias francesas ofereceram ao mundo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, gênese do Estado Liberal de direito, essencialmente um Estado Constitucional com teorias democráticas, notadamente uma resposta da burguesia aos desmandos do Estado Absolutista do século XVII.

As concepções do século XVIII, através do fortalecimento da classe burguesa, tendo como valores supremos a liberdade e a igualdade, estabeleceram um novo cenário repleto de benefícios que valorizaram o indivíduo, fazendo surgir o poder legal, bem como o desenvolvimento econômico, associado às transformações políticas, norteando e concretizando os ideais do Liberalismo e da Democracia. Entretanto, com o Estado Liberal, surge o dilema da supremacia da liberdade e igualdade, emergindo a convicção de que a liberdade como valor supremo era a causa inevitável da desigualdade e das falhas na organização social.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1994, p. 131.

De um lado, a burguesia, com o predomínio absoluto do capital, uma classe social economicamente mais forte e repleta de privilégios, sem respaldo em valores pessoais mínimos que justificassem tal posição, em contraposição ao proletariado, formado por uma classe desprovida de qualquer proteção e impossibilitada de exercer formalmente seus direitos. O capitalismo oligopolístico de um Estado liberal exacerbado cedeu lugar ao modelo estatal intervencionista, impulsionado pelos movimentos socialistas já no século XIX e nas primeiras décadas do século XX, exigindo do poder público uma efetiva atuação.

As crises econômicas mundiais, em especial a Grande Depressão de 1929, fruto de uma economia capitalista de caráter liberal, sem controle ou regulamentação estatal, bem como o processo de industrialização originado em meados do século XVIII, exigiram do governo a implementação de políticas assistenciais públicas. Após a Segunda Guerra Mundial, consolida-se na Grã-Bretanha um modelo assistencial típico da organização de Estado dos países capitalistas desenvolvidos, sob a denominação de *Estado de Bem Estar Social* ou *Welfare State* originado na teoria keynesiana do economista britânico John Maynard Keynes.

Basicamente, o Estado objetivava atender às necessidades da época, responsabilizando-se por garantir “tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político”²⁹. Entretanto, na década de 1970, o modelo paternalista do Estado de Bem Estar Social, comprometido em diminuir as desigualdades sociais e prestar assistência aos menos afortunados, entra em crise, orientada por fatores externos e internos. Aos conservadores, grandes empresários e industriais, foram atribuídas cargas tributárias e, por conseguinte, diminuição na margem de lucro. Cumpre registrar que, fatores sociais como a imigração assentida e piores condições de trabalho; crise do petróleo com a consequente diminuição do crescimento e da arrecadação tributária; aumento da expectativa de vida da população e déficit no orçamento em um cenário previdenciário falido; diminuição da natalidade e envelhecimento crescente, gerando menos mão de obra, contribuíram para o enfraquecimento e desestabilização do Estado do Bem Estar Social.

Respeitada a cronologia registrada pelo fatos historicamente ocorridos, temos principalmente em Milton Friedman, economista norte-americano, a gênese do liberalismo

²⁹ H. L. WILENSKY, 1975 apud BOBBIO, 1998, p. 416.

econômico³⁰. A partir do final da década de 1970 e início da década de 1980, como consequência da retração do modelo do Welfare State, o Estado intervencionista cedeu lugar ao Estado neoliberal ou subsidiário, protagonizado pelos conservadores extremamente insatisfeitos.

Surge, então, o neoliberalismo como uma redefinição do papel do Estado, propondo basicamente a mínima participação e intervenção do governo na economia e no mercado de trabalho; uma política de privatização de empresas estatais; desburocratização de leis, dentre outros princípios econômicos que privilegiam o capitalismo e a liberdade econômica. Vale ressaltar que, respeitados esses parâmetros, reinventou-se o Estado Liberal.

3.1 A Contemporaneidade

Há entre os doutos, pensadores e estudiosos, o consenso de que a partir da década de 1980, século XX, o mundo contemporâneo vem sendo palco de transformações atinentes às esferas econômica, política e cultural, reflexo do processo de globalização, responsável pela queda das barreiras estatais, excluindo socialmente os mais pobres, flexibilizando ou precarizando os direitos humanos previstos na legislação internacional ou constitucionalmente garantidos. Ao que tudo indica, este cenário escrito no pretérito é cíclico, se analisado e comparado em sua essência às ideias do filósofo inglês Thomas Hobbes, onde a necessidade de um poder institucionalizado, provedor dos conflitos e dos maus instintos do ser humano, satisfaça o desejo de paz, segurança e tranquilidade, ausentes no estado de natureza³¹, nos fazendo crer que tudo o que vem ocorrendo, em quase nada difere do já ocorrido em outras épocas.

O mundo contemporâneo escreve o presente através de valores relativizados, onde os códigos morais, sociais e institucionais já não podem mais determinar os modos de existência. Duas grandes guerras mundiais, bombardeios a Hiroshima e Nagasaki, guerras da Bósnia e Afeganistão, atos de terrorismo e incontáveis barbáries em sua grande maioria invisíveis perante toda a humanidade, criaram um mundo onde a regressão social sobrepuja as noções de verdade, justiça, razão e virtude em detrimento do pensamento racional.

³⁰ FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, 1962, passim.

³¹ HOBBS, *Leviathan*, 1651, passim.

O denominado *Estado Democrático de Direito*, herança do Estado Liberal, instrumento que limita o voluntarismo do poder soberano, contraponto evolutivo ao *estado de natureza*, encontra na globalização um emaranhado de incertezas e imprecisões que desorganizam e fragmentam as sociedades nacionais através de seus diversos elementos culturais. Por outro lado, a nova ordem mundial pós-moderna inscreve para a posteridade a dialética da globalização, onde princípios teóricos se contradizem na tentativa de justificar e corrigir as discrepâncias entre o enfraquecimento ou relativização da soberania dos Estados e a onipotência dos mesmos em bases territoriais face a organismos supranacionais, favorecidos pelos processos de internacionalização.

Diante desse quadro, a abordagem em apenas algumas linhas do tema da globalização, tão amplo e controvertido, certamente conduzirá a inevitáveis simplificações. Será preciso, no entanto, tentar fazê-lo, pois todo o conjunto de fenômenos que se convencionou chamar de *globalização* afeta sobremaneira os Estados contemporâneos e sua soberania e acentua essa relativização que tantas consequências importantes trará para a própria reconstrução da noção de Estado e para o Direito Constitucional como um todo. Assim, em primeiro lugar, é importante deixar sublinhado que

l'État est une forme d'organisation du pouvoir politique qui a, dès son origine, été tributaire de la globalisation, car celle-ci est en quelque sorte co-existante à son avènement et à sa croissance.

(...)

La globalisation oblige ainsi à repositionner l'État et à redéfinir son utilité sociale collective³².

E ainda, imerso na globalização,

l'État semble dépouillé de son autorité et de ses libertés traditionnelles de détermination et de mouvement. Cela ne veut pas dire que les États sont devenus des entités politiques secondaires, inadaptées, et condamnées à s'effacer au terme de la transformation en profondeur des relations juridiques qui marque la globalisation³³.

Desse modo, não apenas influenciado pela globalização mas dela mesma corolário, o Estado sofre o impacto desse fenômeno de várias maneiras. De uma parte, pode-se observar uma certa *porosidade das fronteiras estatais* face ao fluxo que caracteriza a globalização. No território do Estado são exercidos poderes outros além do seu e, no campo do direito, sobretudo do Direito Constitucional, a competência exclusiva do Estado é por vezes combatida, refutada, e, com isso, afetada a sua soberania, pois que “l'exclusivité de la compétence étatique territoriale à l'intérieur des frontières est un corollaire évident de la

³² CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane. *Droit Constitutionnel*. 5. ed. Paris: Thémis, 2011, pp. 302-303.

³³ *Ibidem*, p. 305.

souveraineté de l'État³⁴. No que tange a essa porosidade de fronteiras, cabe apontar duas consequências para a soberania do Estado: o desenvolvimento de tecnologias que interpelam a exclusividade da competência do Estado e a elaboração de leis de efeito extraterritorial. Quanto à primeira consequência, Vlad Constantinesco explica que, logo de início, a globalização permitiu

le développement des techniques qui a conduit à des situations dans lesquelles l'État ne peut plus toujours assurer l'effectivité de cette compétence exclusive. Les transmissions par voie hertzienne, qu'il s'agisse de radio ou de télévision, offrent un exemple de porosité des frontières: la population d'un État peut ainsi recevoir des messages de l'extérieur (qu'on songe au rôle de *Radio Free Europe* au temps des démocraties populaires) ou des images (télévision par satellite) difficiles, voire impossibles à repousser, à contrôler ou à filtrer. Mais c'est surtout le développement d'Internet qui fait que le contenu des messages et des informations échanges échappe largement au contrôle des États (...). La répression des infractions à telle législation nationale peut se trouver compliquée par la dématérialisation et la délocalisation d'agissements dommageables³⁵.

Ademais, permite-se à sociedade civil uma maior participação nos processos de consulta existentes além de suas fronteiras, bem como aos cidadãos e às associações permite-se uma notável participação transestatal, dando origem ao que se passa a chamar de *e-democracia*. Renovam-se as formas tradicionais de participação democrática e de consulta à opinião pública. O exercício da competência constituinte e legislativa pode também tomar novas formas.

Já quanto às leis de efeito extraterritorial, entende-se ser um fenômeno que indubitavelmente existe com relação a todos os ramos do direito, não sendo restrito ao campo do Direito Constitucional. Na verdade, o recurso às leis de efeito extraterritorial denota a vontade do Estado de projetar, no âmbito de suas fronteiras, a aplicação de certas regras consideradas essenciais ao resguardo de seus interesses, ainda que esbarrando na exclusividade da competência territorial de outros Estados.

De todo modo, apesar de o fenômeno da globalização parecer desprover o Estado de sua autoridade, limitando sua soberania e apagando suas fronteiras, na realidade, e pelo contrário, o que se verá adiante é que os Estados – e o Direito Constitucional que os rege – são os únicos entes capazes de continuar a assegurar as funções públicas essenciais, mesmo que tais entes existam, agora, em um contexto de concorrência e não mais, como outrora, em uma situação de absoluta primazia.

³⁴ Ibidem, p. 303.

³⁵ CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane. Obra citada, p. 303.

CAPÍTULO II

O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

1 A Internacionalização dos Direitos Humanos

1.1 Gênese

Discorrer sobre a internacionalização dos direitos humanos requer um estudo merecedor de certa abrangência que nos remeta a processos históricos responsáveis por originar e implementar o resgate de valores morais, éticos e jurídicos primordiais à dignidade humana. De acordo com a sabedoria antiga, o processo de criação e evolução do mundo tem no ser humano, dentre os diversos entes que o povoam, um ser organizado socialmente em uma escala universal de valores, no exato sentido axiológico da palavra.

Antropologicamente falando, os grupos humanos classificados como civilização são uma elaboração recente na história, cabendo ao período axial (VIII e II a.C.) e à instituição social das leis escritas, o despontar da ideia de uma igualdade essencial entre todos. O ser humano definido como *pessoa*, etimologicamente derivado da palavra latina *persona*, desde os tempos mais remotos, em uma sequência cronológica que nos remete à Antiguidade Clássica, ao Cristianismo, ao Renascimento, à Idade Moderna, vem sendo considerado ora como personagem principal, ora como personagem secundário do cenário social.

A repugna à violação da dignidade humana em seu âmago e, por conseguinte a violação da consciência moral, propugnou no decorrer dos tempos a se pensar nas garantias jurídicas em prol da defesa dos direitos essenciais do ser humano. Os ideais antropocêntricos do século XV revitalizaram o papel do ser humano como protagonista de direitos e obrigações, ainda que os direitos humanos somente tenham sido previstos no século XVII e o conceito de dignidade da pessoa humana tenha surgido nos séculos posteriores. Como sujeito de direitos, é o Homem o fundamento e a finalidade última de todo o ordenamento jurídico, e, como tal, justificador do princípio da dignidade da pessoa humana, valor máximo privilegiado pelo estado democrático de direito.

A trajetória evolutiva dos direitos do Homem, anotada na memória de doutos e transcrita nos compêndios históricos atravessou os tempos, reconhecendo na *Magna Charta*

Libertatum, assinada em 1215 na Inglaterra, um dos primeiros instrumentos de limitação do Estado e da preservação desses direitos, além de ser a gênese do Constitucionalismo e da Monarquia Constitucional. O curso da História, passando pelas revoluções liberais, como a Revolução Gloriosa Inglesa no século XVII e posteriores Revoluções Americana e Francesa no século XVIII, culminando na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, já no século XX, forjaram a doutrina dos direitos do Homem ou direitos naturais.

Não obstante, foram necessários vinte e cinco séculos

para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’¹.

Originado nos registros iniciais dos pensadores gregos da Antiguidade, os princípios de direito natural ou jusnaturalismo alcançaram seu apogeu nos séculos XVII e XVIII através de doutrinas oposicionistas às teorias teocêntricas do direito no período Medieval, constituindo hoje a teoria jurídica dos direitos humanos.

Desde os primórdios da humanidade, a imprescindibilidade da dignidade da pessoa humana durante a marcha do tempo colocou o ser humano, dotado de razão, como essência do direito natural, fruto da tradição liberal estruturada a partir da noção fundamental de garantia das liberdades individuais e dos direitos de participação política. Por assim dizer, a concepção jusnaturalista se estabeleceu como fundamento último do direito, instruindo e positivando o ordenamento Estatal, outrossim, dando-lhe plena validade e legitimidade.

Após as já mencionadas revoluções liberais, firmou-se o liberalismo, como um conjunto de princípios norteadores dos ideais de liberdade, razão, individualidade e igualdade, representando o bem sucedido movimento político mundial do século XIX, estabelecendo-se o estado de direito contra a resistência do domínio absoluto, tendo nos pensadores Adam Smith, Immanuel Kant, Jean Jacques Rousseau seus defensores, dentre outros. A ideologia liberal caracterizou-se por considerar o indivíduo um fim em si mesmo, sendo a sociedade e o próprio direito apenas instrumentos colocados à disposição daquele para viabilizar seus interesses.

O pressuposto filosófico do Estado Liberal,

entendido como Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto, é a doutrina dos direitos do Homem elaborada pela escola do direito

¹ COMPARATO, Fábio Konder: *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

natural (ou jusnaturalismo): doutrina segundo a qual o Homem, todos os homens, indiscriminadamente, têm por natureza e, portanto, independentemente de sua própria vontade, e menos ainda da vontade de alguns poucos ou de apenas um, certos direitos fundamentais, como direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade – direitos esses que o Estado, ou mais concretamente aqueles que num determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência a seus comandos devem respeitar, e portanto não invadir, e ao mesmo tempo proteger contra toda possível invasão por parte dos outros².

A necessidade de um direito intemporal e universalmente válido, fez com que as concepções jusnaturalistas, inatas à espécie humana e fundamento dos sistemas racionalistas do direito natural antigo e medieval, legassem à contemporaneidade a sistematização do conhecimento por intermédio de Códigos e Constituições modernas, em especial as Declarações de direitos e liberdades fundamentais, fruto do juspositivismo. No decurso do século XIX, a tão recente, almejada e conquistada positivação dos direitos naturais em direitos humanos, exequível nas Constituições, nas Declarações Internacionais de Direitos e demais legislações nacionais, percebe-se trivializada³, ocasionando o desgaste dessas concepções oriundas e praticadas desde o século XVIII até o século XX.

O despontar das ciências sociais, sustentáculo das diversidades culturais do século XIX, representaram forte oposição ao conceito de um direito eterno, perene e universalmente válido difundido pelo jusnaturalismo, inquinando-o de descrédito.

É fato que a crônica dos tempos se deparou com fenômenos que acompanharam sua evolução, e nesta sintonia se desenvolveram as antinomias do direito positivo face aos direitos naturais, entretanto, hoje, as teorias contemporâneas dos Direitos Humanos representam a herança do jusnaturalismo apesar de sua pouca valorização durante o século XIX, somadas às ventiladas codificações, responsáveis por estabelecer um direito intemporal e universalmente válido.

Seguindo este percurso, chegamos ao alvorecer do século XX, palco de vergonhosos acontecimentos históricos notadamente inesquecíveis. O mundo testemunhou impotente o ódio e a intolerância vencerem a dignidade e os direitos humanos, ante a mais extrema e insólita manifestação de desumanidade e horrores, registrados nos atos bárbaros, cruéis e atroztes que o genocídio nacional-socialista perpetrou durante o holocausto da Segunda Guerra

² BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*, trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 11.

³ “A constitucionalização dos direitos do homem, no mundo contemporâneo, na forma de declarações conjugadas a garantias, torna-os, pois, direitos *triviais* na proporção em que eles proliferam, se difundem e se alteram” (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A Trivialização dos Direitos Humanos*. Novos Estudos CEBRAP Nº 28, outubro 1990, p. 111).

Mundial (1939-1945), causando a morte de mais de 45 milhões de seres humanos inocentes, não bastasse a perda de mais de oito milhões de vidas humanas durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Contudo, no pós-guerra, o legado à humanidade de um esmerado e vergonhoso sadismo, reflexo da desumanização e desrespeito à pessoa humana e aos seus direitos, ocasião em que esse mesmo “direito ficou pervertido até se tornar irreconhecível”⁴, viu surgir como reação o renascimento dos ideais de justiça expressos no pensamento jurídico do direito natural contemporâneo, parâmetro de validade do ordenamento jurídico positivo.

Assim, surgem as manifestações de proteção aos direitos humanos, tal qual as conhecemos hoje, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, primeiro instrumento integrante da Carta Internacional dos Direitos do Homem, além dos principais diplomas internacionais que se seguiram, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, datado de 1998, dentre outros.

1.2 Organização das Nações Unidas

Ante ao sentimento generalizado de indignação com os horrores e atrocidades cometidos pelo nazismo, resultando na ruptura do processo de internacionalização dos direitos humanos, bem como na ineficiência da *Liga das Nações* ou simplesmente *Sociedade das Nações*, idealizada e criada através do Tratado de Versallhes em 1919, com a proposta de negociar um acordo de paz pelas potências vencedoras após a Primeira Guerra Mundial, surge a Organização das Nações Unidas em 1945, logo após o término da Segunda Guerra Mundial. Como uma organização intergovernamental, foi criada com o objetivo de promover e manter a paz, garantir os direitos humanos, fomentar o desenvolvimento sócio-econômico e a cooperação internacional, tornando mais fortes os laços entre os países soberanos, proclamando, em 10 de dezembro de 1948, através de sua Assembléia Geral, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como o primeiro dos instrumentos previstos na Carta Internacional dos Direitos do Homem.

Convém lembrar que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos, tão

⁴ KAUFFMAN, Arthur. “A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História”. in: KAUFFMAN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 125.

monstruosamente lapidados, tiveram por reação no pós-guerra a instituição dos Tribunais de exceção de Nuremberg e de Tóquio, órgãos responsabilizadores e punitivos, que se somaram à instituição da Organização das Nações Unidas (1945) e à adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), revitalizando a crença de que um sistema internacional pudesse prevenir a repetição de eventos desumanos, dando início a um novo momento na história.

Desse modo, a Declaração Universal de 1948,

bem como os instrumentos subsequentemente adotados, no contexto da ONU, inscrevem-se no movimento de busca de recuperação da dignidade humana, após os horrores cometidos pelo nazifascismo, mas sobretudo se dá a mudança no enfoque, quanto a ser o estabelecimento de sistema de proteção dos direitos fundamentais *intrinsecamente internacional*. Todo o sistema se constrói a partir de tal premissa⁵. (Grifo nosso)

No mesmo sentido, Flávia Piovesan acrescenta que todo esse movimento de internacionalização dos direitos humanos

constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. A era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no extermínio de 11 milhões de pessoas. O legado do nazismo foi o aparato estatal, na condição de principal delinqüente, condicionar a titularidade de direitos à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana. Isto é, se para a concepção jusnaturalista a condição de sujeito de direitos tinha como requisito único e exclusivo a qualidade de ser humano, o legado da barbárie o substitui pela pertinência a determinada raça, negando a determinados grupos a titularidade de direitos básicos. É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a 2ª Guerra Mundial significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução⁶.

O aprendizado do valor supremo da dignidade humana, erigido de um sofrimento forjado no berço de um totalitarismo estatal nos anos 30, tendo na Segunda Guerra Mundial sua consequência e na Declaração Universal o aprofundar da afirmação histórica da internacionalização dos direitos humanos, desenvolveu-se a partir de conceitos como universalização, multiplicação e diversificação, que fundamentam o processo de origem das denominadas *gerações*, ou, mais corretamente, *dimensões de direitos fundamentais*.

⁵ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 451.

⁶ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp.17-18.

Tornou-se possível falar em *gerações* ou *dimensões*⁷ de direitos fundamentais, em função da necessidade patente de se consagrar novos direitos ao ser humano, na medida em que a complexidade inerente à sua natureza passa a exigir diferentes tipos de proteção, de tutela jurídica. André Ramos Tavares obtempera que a

existência de várias dimensões é perfeitamente compreensível, já que decorrem da própria natureza humana: as necessidades do Homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que, por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano. Daí falar em diversas dimensões de projeção da tutela do Homem, o que só vem corroborar a tese de que não há um rol eterno e imutável de direitos inerentes à qualidade de ser humano, mas sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos Direitos⁸.

A conquista de garantia das liberdades individuais, dos direitos de participação política, originados no Iluminismo e Liberalismo dos séculos XVII e XVIII, as lutas da burguesia contra o absolutismo arbitrário do Estado, os direitos de igualdade material traduzidos pelo Socialismo do final do século XVIII e pela Revolução Industrial a partir do século XIX, tem na Revolução Francesa de 1789, e em seus ideais vanguardistas, a influência de todo o continente europeu, e, posteriormente, de todo o mundo Ocidental, fruto da violenta ruptura com o modelo do *Ancien Régime*.

Sem sombra de dúvida, portanto, afirma-se que, enquanto a Grã-Bretanha se incumbiu de delinear os contornos da economia do século XIX, graças ao advento da primeira Revolução Industrial, a França revolucionária é que, um século antes, foi a responsável por traçar a ideologia e a política do mundo de então. O azul, o branco e o vermelho de sua bandeira se tornaram símbolos da luta pela liberdade e pela democracia. Isso porque os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, que se consubstanciaram no verdadeiro espírito da Revolução Francesa, viriam a representar as três dimensões sucessivas de direitos fundamentais do Homem. Conforme entendimento assente da melhor doutrina, os direitos de

⁷ André Ramos Tavares manifesta a sua predileção pela denominação “dimensão”, pois, consoante o seu entendimento, a “ideia de ‘gerações’, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as ‘gerações’ ou ‘dimensões’ dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo ‘dimensão’” (*Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 468). Também Willis Santiago Guerra Filho aduz que “ao invés de ‘gerações’, é melhor se falar em ‘dimensões de direitos fundamentais’; nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que o direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental” (Grifado no original) (Obra citada, p. 43). Ainda, é de se destacar que Norberto Bobbio certa vez pontuou que os direitos são um todo monolítico, sendo a sua divisão em dimensões ou gerações meramente didática. Dessarte, face a tão pertinentes observações, adotar-se-á, igualmente, a expressão *dimensões de direitos fundamentais*, ao invés de *gerações*, pois inarredável se mostra a sua maior precisão técnica.

⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 468.

primeira, de segunda e de terceira dimensões, são respectivamente os direitos da liberdade (de resistência ou de oposição perante o Estado)⁹, da igualdade e da fraternidade.

1.3 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão

Assim, tem-se que os direitos da liberdade (*Freiheitsrechte*), também conhecidos por liberdades individuais ou liberdades públicas e reconhecidos pelo ordenamento jurídico contra a opressão do Poder Público, correspondem à primeira dimensão dos direitos fundamentais, o que significa dizer que foram os primeiros a serem assegurados nos textos constitucionais, compreendendo os direitos individuais ou civis e os direitos políticos. Historicamente, datam do século XVIII, tendo surgido em decorrência do modelo liberal de Estado. Hodiernamente, apesar de esses direitos parecerem ter sido consolidados a um só tempo nas diversas codificações políticas do Ocidente, fato é que o seu processo de positivação apresentou variações de país para país. Não raras foram as vezes em que se observaram alguns retrocessos no que tange aos abusos e arbitrariedades do Poder Público, porém, em geral, o que se verificou foi uma marcha resoluta rumo à almejada concretização dos referidos direitos, consistentes nas limitações e restrições às ações estatais, impondo ao Estado verdadeiras obrigações de *não fazer*. Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

os direitos fundamentais (na sua primeira face), nos termos em que o pacto os preserva, constituem limitação ao poder. O Poder Político, estabelecido pela Constituição – ela própria garantia institucional do pacto – nada pode contra eles. Definem esses direitos a fronteira entre o que é lícito e o que não o é para o Estado. E, limitando o poder, deixam fora de seu alcance um núcleo irredutível de liberdade¹⁰.

Possuem, assim, o chamado *status negativus*, conforme Georg Jellinek¹¹, na medida em que a efetivação desses direitos exige que o Estado se exima de adentrar na esfera privada de cada um¹². Para tanto, necessário se faz que exista uma nítida separação entre o Estado e a sociedade, de maneira que o caráter antiestatal dos direitos fundamentais de primeira dimensão possa realmente emergir.

⁹ “Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. [...] São por igual direitos que valorizam primeiro o homem singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 563-564.

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.6.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 564.

¹² É importante que se diga, porém, que, no tocante à atividade jurisdicional, esta nunca esteve desvinculada do Estado, sendo, portanto, de sua responsabilidade a solução dos conflitos. Assim, quando se fala em restrições às ações estatais, não se quer dizer que o Estado não possua nenhuma atribuição ou função, mormente quando se está a tratar do Estado de Direito.

1.4 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão

Enquanto no momento histórico em que se concebeu a primeira dimensão de direitos fundamentais o Estado era visto como um verdadeiro *Leviatã* hobbesiano, ao qual foram impostas obrigações de *não fazer*, na segunda dimensão de direitos (*Leistungsrechte*), o Estado passou a ser considerado um aliado, pois se tornou responsável por concretizar as necessidades sociais dos indivíduos. Sempre tendo como base a tríade revolucionária arquitetada pelo gênio político francês do século XVIII – liberdade, igualdade e fraternidade – tem-se, portanto, que os direitos fundamentais de segunda dimensão correspondem aos direitos de *igualdade*.

Ora, isso significa dizer que tais direitos, ao contrário do que se passou com os direitos da dimensão antecedente, visam tutelar não o indivíduo em si mesmo considerado, mas sim inserido em um contexto social, como parte integrante de um organismo muito maior e mais complexo e, conseqüentemente, carecedor de um espectro mais amplo de proteção. Segundo Antonio Riccitelli,

vinculam-se basicamente ao princípio da igualdade ou isonomia. Diferentemente dos direitos fundamentais de primeira geração, exigem uma participação ativa do Estado. Ele deve interferir a fim de garantir o equilíbrio entre os desiguais, ou compensar a desigualdade do hipossuficiente em uma relação com a parte mais forte. [...] São designados também como direitos econômicos, sociais e culturais, típicos de uma legislação social. Dirigidos a todos os seres humanos, agora não mais se destinam a indivíduos isolados, mas sim como partes integrantes de uma sociedade, de uma categoria social, considerada mais frágil em determinadas relações sociais. Tal categoria carece, conforme já comentado, de uma proteção especial do direito, do Estado, que deve agir positivamente a fim de minimizar eventuais diferenças entre grupos sociais¹³.

Correspondem, pois, aos direitos *sociais, culturais e econômicos* da pessoa humana, e são fruto da ideologia antiliberal surgida no final do primeiro pós-guerra do século XX, qual seja, a ideologia do *Estado Social de Direito*. Realmente, houve a incorporação, “ao ideário do Estado de Direito, o ideário social, surgindo o Estado Social de Direito, também conhecido como Estado de Bem-Estar (*Welfare State*), outrora mencionado e Estado-Providência”, representando “o modelo mais avançado de progresso, a exibir a própria evolução espiritual da espécie humana”¹⁴.

¹³ RICCITELLI, Antonio. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. 4. ed. São Paulo: Manole, 2007, p. 113.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 50.

De fato, Pedro Lenza explica que

diante das novas necessidades sociais, surge a teorização do Estado Social, evidenciando-se o grupo e colocando a questão social como preocupação principal do Estado. O Estado, deixando de lado a passividade demonstrada durante o liberalismo, apresenta-se como o grande responsável pela harmonização social e assegurado de alguns direitos que vinham sendo mutilados pela fúria capitalista da Revolução Industrial. Norberto Bobbio assevera que a proteção dos direitos sociais requer uma atuação estatal, de forma ativa, diferente da solicitada (ou não solicitada) durante o Estado Liberal, produzindo uma tal organização dos serviços públicos, que teria sido a responsável pelo surgimento do próprio Estado Social¹⁵.

Este modelo de Estado, por sua vez, foi concebido em função de dois textos constitucionais de indiscutível importância para o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais: a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 5 de fevereiro de 1917, e a Constituição Alemã de Weimar, de 11 de agosto de 1919. Apesar de aquela ter sido, historicamente, o primeiro documento a refletir o propósito de se conciliar os já consolidados direitos de liberdade (ou direitos fundamentais de primeira dimensão) e os recém formulados direitos de igualdade (ou direitos fundamentais de segunda dimensão), exercendo incontestável influência na elaboração das Constituições dos demais países da América Latina, fato é que a Constituição que mais satisfatoriamente conseguiu assimilar a importância de se atribuir *status* jurídico-constitucional a esses novos direitos fundamentais foi a da República de Weimar¹⁶, um *documento símbolo*, consoante Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁷. Obtempera, nesse sentido, Pérez Luño que, na Constituição de Weimar, “junto al reconocimiento de las libertades individuales, como la propiedad privada y la libre iniciativa económica, hallan su puesto los derechos sociales, como los que se refieren a la protección de la familia, la educación y el trabajo”¹⁸.

A lo largo del siglo XX el proletariado va adquiriendo protagonismo histórico, a medida que avanza el proceso de industrialización, y cuando desarrolla una conciencia de clase, reivindica unos *derechos económicos y sociales* frente a los clásicos derechos individuales, fruto del triunfo de la revolución liberal burguesa. A

¹⁵ LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 23.

¹⁶ De fato, a Constituição da República de Weimar, no Capítulo I de sua Segunda Parte, disciplina, de forma bastante ampla, os direitos fundamentais atinentes ao indivíduo inserido em um contexto social (*Gemeinschaftsleben*, ou seja, vida em comunidade), nos arts. 119 a 134. O direito à educação (*Recht auf Bildung*), também um direito fundamental de segunda dimensão, é amplamente tutelado pela Constituição de Weimar, em seus arts. 142 a 150. De acordo com ela, a educação tem de ser provida pelo Estado, mas toda a comunidade precisa participar da sua efetivação, conforme dispõe o art. 143: “Für die Bildung der Jugend ist durch öffentliche Anstalten zu sorgen. Bei ihrer Einrichtung wirken Reich, Länder und Gemeinden zusammen [...]”.

¹⁷ Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituição de Weimar é um “documento símbolo” porque “sua repercussão foi imensa – e este é o argumento decisivo. Serviu de modelo para as Constituições dos Estados então surgidos na Europa central e teve claro reflexo na Constituição brasileira de 1934” (*Princípios Fundamentais do Direito Constitucional: O Estado da Questão no Início do Século XXI, em Face do Direito Comparado e, Particularmente, do Direito Positivo Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88).

¹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 122.

partir de entonces el derecho al trabajo, a sus frutos y a la seguridad social pasan a ser las nuevas exigencias, cuya protección jurídica se reclama. Bajo este aspecto se puede considerar como la carta de estos nuevos derechos el *Manifiesto Comunista*, redactado por Marx y Engels en el año 1848. [...] La Constitución de Méjico de 1917 puede considerarse como el primer intento de conciliar los derechos de libertad con los derechos sociales, superando así los polos opuestos del individualismo y colectivismo. Pero, sin duda, el texto constitucional más importante, y el que mejor refleja el nuevo estatuto de los derechos fundamentales en el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho, es la Constitución germana de Weimar de 1919¹⁹.

Realmente, a Constituição de Weimar é considerada o documento fomentador de todas as tentativas de se compatibilizar os direitos individuais e os direitos sociais, de se conjugar, no sistema dos direitos fundamentais, as liberdades e os direitos econômicos, sociais e culturais, sendo normalmente atribuído a ela o dístico de *marco* da concepção do Estado Social de Direito.

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a *instituição*, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da *solidão individualista*, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude²⁰. (O grifo é nosso)

Dessa forma, a gênese dos direitos fundamentais de segunda dimensão se encontra na reflexão que passou a ser feita quanto à insuficiência de se tutelar apenas os direitos que se encerram na restrita esfera de bens jurídicos do indivíduo isoladamente considerado. E essa reflexão se consubstanciou no momento conhecido como a terceira etapa dos ciclos constitucionais, compreendendo os quatro anos de duração da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) até o final da Segunda Grande Guerra, em 1945. É nesse período que se concebe a ideia de *Estado Social e Democrático de Direito*, e, de fato, o *aspecto social* que se passou a atribuir aos Estados de então viria a permear todo o pensamento político e jurídico do século XX.

Esses direitos, pois, passaram a ser proclamados tanto no âmbito internacional quanto nos ordenamentos jurídicos internos, mostrando-se presentes na maioria das Constituições que se seguiram à Segunda Guerra Mundial.

A lo largo del siglo XIX los conflictos de clase se fueron traduciendo en una serie de exigencias de carácter socio-económico, que pusieron de relieve la insuficiencia de los derechos individuales si la democracia política no se convertía además en democracia social. Estas reivindicaciones determinarán un cambio en la actividad del Estado que progresivamente abandonará su postura abstencionista y recabará como propia una función social. Dicha función se traduce en una serie de

¹⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 38-39.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 565.

disposiciones socio-económicas que a partir de la Constitución de Weimar se suelen incluir entre los derechos fundamentales. [...]

La aparición de los derechos sociales ha supuesto una notable variante en el contenido de los derechos fundamentales. Principios originalmente dirigidos a poner límite a la actuación del Estado se han convertido en normas que exigen su gestión en el orden económico y social: garantías pensadas para la defensa de la individualidad son ahora reglas en las que el interés colectivo ocupa el primer lugar; enunciados muy precisos sobre facultades que se consideraban esenciales y perenes han dejado paso a normas que defienden bienes múltiples y circunstanciales.

Existe, pues, una evidente diferencia entre la categoría de derechos tradicionales que especifican el principio de libertad, y estos nuevos derechos de signo económico, social y cultural que desarrollan las exigencias de la igualdad²¹.

Assim, são direitos considerados de segunda dimensão, como outrora mencionado, os direitos *sociais*, *culturais* e *econômicos*, correspondendo, pois, ao direito à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho²², à seguridade social, ao lazer, à segurança, dentre outros, normalmente presentes nos textos constitucionais. Os *direitos sociais*, dessarte, tendo-se em vista o novo papel que o Estado assumiu em função da crescente preocupação com a questão social, correspondem a poderes de *exigir*, consubstanciando o direito da pessoa humana – agora socialmente considerada – a uma contraprestação do Poder Público²³.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo por base uma interpretação evolutiva da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) no julgamento do caso *Villagran Morales et al versus Guatemala*, de 19 de novembro de 1999, foi introduzida

a visão de que o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa – o direito a não ser privado da vida arbitrariamente –, mas uma dimensão positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna – o direito a criar e desenvolver um projeto de vida. Esta interpretação lançou um importante horizonte para a proteção dos direitos sociais. (...)

Em outros julgados, a Corte tem endossado o dever jurídico dos Estados de conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, com fundamento no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente em se tratando de grupos socialmente vulneráveis. (...) a Corte reconheceu que os direitos humanos devem ser interpretados sob a perspectiva de sua integralidade e interdependência, a conjugar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, inexistindo hierarquia entre eles e sendo todos direitos exigíveis.

(...)

²¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003, pp. 82-83.

²² Os arts. 7º, 8º, 9º, 10 e 11 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, disciplinam de forma bastante abrangente toda a proteção conferida ao trabalhador, seja individual ou coletivamente considerado, refletindo com muito acerto o propósito constitucional de se tutelar o indivíduo enquanto parte da sociedade (justamente a razão de ser da concepção da segunda dimensão de direitos fundamentais).

²³ Realmente, conforme anota Pérez Luño, “En la medida en que el Estado liberal de Derecho ha evolucionado hacia formas de Estado social de Derecho, los derechos fundamentales [...] han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos” (*Los Derechos Fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 21).

Há, ademais, um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta de direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis, o que confirma a ideia da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos²⁴.

Tais direitos, portanto, têm como fundamento a sociabilidade humana e a exigência de que o Estado os provenha, assegurando o atendimento das novas necessidades dos seres humanos.

Los derechos sociales tienen como principal función asegurar la participación en los recursos sociales a los distintos miembros de la comunidad. Gurvitch los definió de forma que puede considerarse clásica, como: *'droit de participation des groupes et des individus découlant de leur intégration dans des ensembles et garantissant le caractère démocratique de ces derniers'*²⁵.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, em seu art. 6.º, apresenta o núcleo dos direitos fundamentais de segunda dimensão, qual seja, os *direitos sociais*, ao dispor que:

CRFB, art. 6.º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição²⁶.

Direitos econômicos, por sua vez, são aqueles direitos que objetivam justamente concretizar os direitos sociais, possuindo uma dimensão *institucional*, no sentido de serem pressupostos da existência e realização destes, pois “sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos”²⁷. Já no tocante aos *direitos culturais*²⁸, eles não foram elencados no supramencionado art. 6.º, porém a eles remete o art. 215 do texto constitucional pátrio, configurando-se, portanto, em corolários do direito à educação:

CRFB, art. 215, caput. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais²⁹.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições”. in: MEZZETTI, Lucas; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). *Diálogo entre Cortes: A Jurisprudência Nacional e Internacional como Fator de Aproximação de Ordens Jurídicas em um Mundo Cosmopolita*. Brasília: OAB Conselho Federal, 2015, pp. 100-101.

²⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Obra citada, p. 84.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. 42. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286.

²⁸ São considerados, dessarte, direitos culturais, consoante se depreende da leitura dos arts. 215 e 216 da Constituição pátria, (a) o direito de criação cultural, como, por exemplo, as criações artísticas, científicas e tecnológicas; (b) o direito de acesso às fontes da cultura nacional; (c) o direito de difusão da cultura; (d) a liberdade nas formas de expressão cultural; (e) a liberdade de manifestações culturais; (f) o direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura, que, assim, estão sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público (SILVA, José Afonso da. Obra citada, p. 313).

²⁹ BRASIL. Constituição (1988). Obra citada, p. 154.

Posto isto, reitera-se que a formulação dos direitos fundamentais de segunda dimensão obedeceu aos reclamos do novo modelo de Estado que surgia – o *Estado Social*, representando a preocupação em se tutelar não apenas o indivíduo, de forma isolada, mas o corpo social do qual indissociavelmente faz parte. É importante, também, deixar consignado que a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, menciona em seu art. 26 que os direitos sociais devem ser progressivamente afirmados e aplicados.

1.5 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão

Representando, uma transformação social, política e filosófica sem precedentes na História, a Revolução Francesa se incumbiu de guindar à condição de verdadeiro sustentáculo do movimento revolucionário, ao lado da liberdade e da igualdade, o princípio da *fraternidade* ou *solidariedade*³⁰. Assim, os chamados direitos de fraternidade são justamente aqueles que integram a *terceira dimensão dos direitos fundamentais*, caracterizada pelo fato de corresponder a uma dimensão muito maior de proteção, inconcebível no passado e capaz de compreender direitos outros que não apenas os individuais e sociais. Nesse diapasão, vale mencionar as considerações de Paulo Bonavides acerca do assunto:

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. [...] Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade³¹.

Dessarte, em linhas bastante gerais, os *direitos fundamentais de terceira dimensão* são aqueles novos direitos, concebidos, consoante já anotado, em função das profundas mudanças operadas na sociedade e, mais ainda, dos reflexos delas decorrentes, tanto no âmbito dos Estados quanto no da comunidade internacional, e que a doutrina costuma denominar *transindividuais* ou *metaindividuais*. Recentemente revelados, esses direitos de *fraternidade* ou *solidariedade* representaram, e continuam representando, um desafio inafastável para a Ciência Jurídica, sobretudo no que tange à busca de meios para a sua proteção e efetivação.

³⁰ A grande maioria dos doutrinadores emprega a palavra *fraternidade* para designar os direitos fundamentais de terceira dimensão, enquanto outros preferem o termo *solidariedade*. As duas expressões, porém, representam uma mesma realidade.

³¹ BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 569.

A evolução dos direitos e garantias fundamentais forjada nas lutas do povo ao longo dos tempos contra o poder estatal, assegura a concepção futura de mais e novas dimensões consensualmente admitidas pela doutrina, contudo, o que realmente se espera é a consolidação efetiva das já existentes.

2 A Proteção Internacional dos Direitos Humanos

2.1 O Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos

Conforme já explicitado, somente a partir de dezembro de 1948, com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é que se inicia o desenvolvimento de um Direito Internacional dos Direitos Humanos, conferindo aos mesmos as características fundamentais de universalidade e indivisibilidade, que viriam a consolidar uma concepção mais adequada aos tempos hodiernos.

De acordo com Flávia Piovesan,

universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada³².

Assim, conforme outrora mencionado, a Declaração de 1948 viria também a abrir caminho para a elaboração de diversos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em 16 de dezembro de 1966 pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado em 19 de dezembro de 1966, também na XXI Sessão da Assembleia-Geral da ONU. Esses documentos, dotados de alcance geral, dariam origem ao chamado sistema *global* de proteção dos direitos humanos. Além dos instrumentos gerais, no entanto, também fazem parte do sistema global os instrumentos específicos de proteção, os quais se voltam aos casos de violações determinadas aos direitos humanos, como a tortura e a discriminação de grupos considerados vulneráveis

³² GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

(discriminação em razão da etnia, contra a mulher, contra as crianças, contra os homoafetivos, contra os deficientes físicos e mentais etc).

Dessarte, a proteção geral e a especial se complementam, coexistem, cada uma com o seu campo de atuação delimitado, ambas dando corpo ao sistema global de proteção dos direitos humanos.

O sistema especial de proteção realça o processo da especificação do sujeito de direito, no qual o sujeito passa a ser visto em sua especificidade e concreticidade (ex.: protege-se a criança, os grupos étnicos minoritários, os grupos vulneráveis, as mulheres...). Já o sistema geral de proteção (ex.: Pactos da ONU de 1966) tem por endereçada toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade³³.

O termo *direitos humanos*, universalmente conhecido denota a premissa de que todos os seres humanos são sujeitos de direitos e merecedores de respeito e dignidade, sendo aceitável a afirmação de que esses mesmos direitos não são universais na sua aplicação face ao tão atual relativismo cultural e social, responsáveis por mensurar o juízo de valores éticos e morais de cada sociedade. É fato que as diversidades cultural e social, espelhadas nas universalidades, geram díspares, incompletas e problemáticas concepções de dignidade e direitos, estabelecendo paradoxal e positivamente a tônica na construção de uma concepção multicultural de direitos humanos, ainda que ao arpejo dos argumentos relativistas.

A superação do embate entre o relativismo e o universalismo cultural é uma aspiração emancipatória dos direitos humanos. Nesse sentido Boaventura de Souza Santos fala de uma “concepção mestiça de direitos humanos (...) que (...) se organiza como uma constelação de sentidos locais mutuamente inteligíveis (...)”³⁴.

O pós-guerra propiciou o desenvolvimento de uma visão jurídica que reduz o *domínio reservado dos Estados* ao primado dos interesses de toda a comunidade internacional. Voltada à criação de mecanismos, instituições e instrumentos de desenvolvimento social e econômico, manutenção da paz e preservação da condição humana, o processo de internacionalização dos direitos ofereceu alternativas que se somaram aos sistemas nacionais, implementado por tratados internacionais, desenvolvendo-se ademais, sistemas regionais de promoção e

³³ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 21.

³⁴ SOUZA SANTOS, Boaventura. Uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. São Paulo: Revista Lua Nova, n.º 39: 105-124, 1997, p. 115.

proteção de tais direitos em condições locais, através de estruturas complementares de interação aos sistemas globais³⁵.

Objetivando expandir atribuições e competências na solene busca de proteção aos direitos humanos, segundo as regras internacionalmente admitidas, foram instituídos subsidiariamente em continentes e momentos diferentes os denominados *Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos*, assumindo especificidades face às peculiaridades culturais e históricas de cada região, tendo sido estruturados principalmente o europeu, o interamericano e o africano.

Sempre complementares ao sistema global de proteção dos direitos humanos (no âmbito da ONU) e nunca mutuamente exclusivos, os sistemas regionais instituídos nos continentes europeu, americano e africano, têm por objetivo facilitar o processo de internacionalização dos direitos humanos.

Consolida-se, assim, a convivência do sistema global (integrado pelos instrumentos das Nações Unidas) com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado pelos sistemas americano, europeu e africano de proteção dos direitos humanos³⁶.

Cumprir mencionar que, devido aos propósitos deste estudo, direcionaremos o foco aos sistemas regionais *europeu e interamericano*.

2.2 O Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos

Complementar ao sistema global e na vanguarda de outrora até a atualidade, devido às reminiscências então recentes da Segunda Guerra, em 1950 e 1953 respectivamente, é assinada e ratificada a *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, tecnicamente denominada *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, cabendo-lhe adaptar as normas gerais às especificações da Europa. Desde o início de sua vigência, vários protocolos foram adicionados à Convenção Europeia, bem como os acréscimos da *Carta Social Europeia* de 1961, os quais preveem direitos substantivos, além dos mecanismos de controle³⁷.

Em 1959 na cidade de Strasbourg, na França, foi instituída a Corte única, transformando-se em um órgão permanente a partir de 1º de novembro de 1998, após a fusão

³⁵ CANÇADO TRINDADE, *Direito das Organizações Internacionais*, 2003, passim.

³⁶ GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 22.

³⁷ É possível encontrar todos os documentos em: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/results/subject/3>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

das antigas Comissão e Corte Europeias de Direitos Humanos, por intermédio do protocolo nº 11, permitindo que os próprios vitimados impetrassem queixas diretamente a uma Corte Internacional única e permanente, sendo observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, sem a necessidade de mediação.

2.3 O Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

No Continente Americano, o sistema regional constituiu-se a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como *Pacto de São José de Costa Rica*, de 1969³⁸, com vigência apenas em 1978 e ratificação pelo Brasil em 1992. Outros documentos também podem ser considerados partes fundamentais para esse sistema regional, como o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou Protocolo de San Salvador, de 1988, o Protocolo à Convenção Americana de Direitos Humanos para Abolição da Pena de Morte, de 1990, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados, de 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também de 1994, e a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Pessoas Portadoras de Deficiências, de 1999.

Viu-se que a entrada em vigor da Convenção Americana se deu em 1978, período marcado pela existência de governos ditatoriais em mais da metade dos países que faziam parte da Convenção, o que significa que, ao contrário do que ocorreu com o sistema regional europeu, fundado nas inseparáveis noções de *Estado de Direito*, *democracia* e *direitos humanos*, o sistema interamericano foi concebido em um contexto cujo absoluto autoritarismo repele veementemente aquelas noções.

Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. Diversamente do sistema europeu, que surge como fruto do processo de integração europeia e tem servido como relevante instrumento para fortalecer este processo de integração, no caso interamericano havia tão somente um movimento ainda embrionário de integração regional.

A região latino-americana tem sido caracterizada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do

³⁸ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. “Convencionalidade das Leis de Anistia: Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos Ordenamentos Nacionais e Responsabilidade dos Estados-Partes”. in: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico³⁹.

Ao lado da função normativa de positivizar os mecanismos de proteção e promoção dos direitos humanos para os países da América, determinando a organização e competência, o Sistema Interamericano é organicamente composto por uma Comissão, criada em Washington a partir da Carta da OEA, em 1959, e por uma Corte, originada de um protocolo, sendo seu funcionamento datado de 1979.

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um 'constitucionalismo regional', que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro 'código interamericano de direitos humanos', foi acolhida por 25 Estados, traduzindo a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos⁴⁰.

Em 10 de dezembro de 1998, uma década após a promulgação da Constituição Federal de 1988, dando cumprimento ao princípio da prevalência dos direitos humanos disciplinado pelo artigo 4º, nº II, combinado com o § 2º do artigo 5º, “o Brasil, por meio de nota ao Secretário-Geral da OEA, reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos”⁴¹. Tais dispositivos constitucionais permitem seja o Estado brasileiro, e tão somente o Estado brasileiro, responsabilizado por ação ou omissão que dê causa a violação de direitos humanos, obtendo o ofendido em contrapartida a necessária reparação, através da implementação de decisão internacional, ou de maneira preventiva, para se evitar uma violação pretendida.

Em 2006, o Brasil recebeu a primeira condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos pela morte de Damião Ximenes Lopes, clara atribuição ao país de responsabilidade pela violação dos direitos humanos. O desrespeito e a violação reiterados aos valores humanos acarretaram posteriormente ao Estado brasileiro as condenações nos conhecidos casos *Escher e outros*; *Garibaldi*; *Gomes Lund e outros (Caso Guerrilha do Araguaia)*, não nos sendo permitido olvidar dos demais casos que ainda tramitam perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições”. in: MEZZETTI, Lucas; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). *Diálogo entre Cortes: A Jurisprudência Nacional e Internacional como Fator de Aproximação de Ordens Jurídicas em um Mundo Cosmopolita*. Brasília: OAB Conselho Federal, 2015, pp. 91-92.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 104.

⁴¹ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. *Obra citada*, p. 460.

CAPÍTULO III

CONSEQUÊNCIAS DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PARA A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

1 Relação entre o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e o Estado Brasileiro

Ante a toda a exposição feita nos capítulos precedentes, objetiva-se agora proceder a uma análise da maneira pela qual o Estado Brasileiro, soberano, é afetado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, ou seja, como o ordenamento jurídico pátrio se relaciona com a ordem internacional, abrindo-se à incorporação dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, em âmbito global e, principalmente, regional.

Primeiramente, é preciso estabelecer que o momento histórico a ser analisado compreende o processo de democratização pelo qual o Brasil passou, iniciado em 1985, com o fim do regime autoritário, e tendo culminado na promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. De uma forma geral, nos países latino-americanos, a incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção de direitos humanos se deu graças ao processo de democratização pelo qual passaram a partir dos anos 1980. Ao contrário do que se possa imaginar, a recém-conquistada abertura a um regime democrático provocou mudanças importantes que não se limitaram ao próprio território nacional mas, além disso, propiciou um terreno fecundo para o reconhecimento, por parte do Estado Brasileiro, de direitos e obrigações internacionais, sobretudo no que tange ao tema dos direitos humanos. Algo que seria completamente inconcebível em um Estado desfigurado pelo autoritarismo.

Com efeito, ao longo do processo de democratização, o Brasil passou a aderir a importantes instrumentos internacionais de direitos humanos, aceitando expressamente a legitimidade das preocupações internacionais e dispondo-se a um diálogo com as instâncias internacionais sobre o cumprimento conferido pelo País às obrigações internacionalmente assumidas. No processo de democratização, por outro lado, acentuou-se a participação e mobilização da sociedade civil e de organizações não governamentais no debate sobre a proteção dos direitos humanos. É nesse cenário que a temática dos direitos humanos começa a se consolidar como uma das mais relevantes pautas da agenda internacional do Brasil contemporâneo¹.

¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 348.

Já em âmbito internacional, o momento histórico que impulsionou o processo de transformação dos direitos humanos em tema de preocupação global foi justamente o fim da chamada Guerra Fria, que polarizou o mundo entre o capitalismo e o socialismo, com um “elevado grau de maniqueísmo e de politização no exame das questões de direitos humanos”². Vistas apenas e tão-somente como estratégia de manipulação difamatória da imagem de um bloco em relação ao outro, as denúncias de violações de direitos humanos não eram encaradas com a devida seriedade e, “com exceção dos casos mais gritantes, como o da África do Sul, os problemas de direitos humanos, conquanto denunciados, tendiam a ofuscar-se dentro das rivalidades estratégicas das duas superpotências”³. Assim, somente com o fim dessa polarização é que se viabilizou a afirmação dos direitos humanos como tema de importância global, finalmente sendo alcançado certo consenso em relação à concepção e ao conteúdo dos direitos humanos, uma vez que as profundas diferenças ideológicas haviam começado a ser superadas.

Desse modo, a ruptura do modelo polarizado da Guerra Fria, conforme a explicação de Louis Henkin,

trouxe esperança ao persuadir os governos a fortalecer seu comprometimento para com os parâmetros da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aderindo a Pactos ou Convenções até então recusados, e a abandonar reservas que esvaziavam o conteúdo dos instrumentos ratificados. O fim da Guerra Fria trouxe ainda a esperança de que os Estados começarão a aceitar algum controle para a situação dos direitos humanos em seus próprios territórios, bem como o monitoramento e a responsabilização atinentes à situação dos direitos humanos em outros países⁴.

De fato, enquanto a Segunda Guerra Mundial é historicamente considerada o marco a partir do qual foram possíveis a criação de órgãos internacionais e a elaboração de convenções e tratados de proteção dos direitos humanos, a Guerra Fria, por sua vez, significou um segundo momento de revolução na internacionalização dos direitos humanos, consolidando-os e reafirmando-os como questão de importância global, não mais restrita a este aquele Estado Nacional. Alçados à condição de tema global, os direitos humanos passam a receber a atenção da comunidade internacional, ao mesmo tempo em que fica evidente a relação entre proteção dos direitos humanos e existência de um regime democrático, sem o qual aquela ficaria totalmente inviabilizada. É por essa razão que, somente com fim do

² SABÓIA, Gilberto Vergne. “Direitos Humanos, Evolução Institucional Brasileira e Política Externa: Perspectivas e Desafios”. in: *Temas de Política Externa Brasileira II*. vol. 1, 1994, p. 190.

³ PIOVESAN, Flávia. Obra citada, pp. 348-349.

⁴ HENKIN, Louis. *Human Rights: An Agenda for the Next Century – Studies in Transnational Legal Policy*. n. 26. Washington, 1994, pp. 7-8.

período ditatorial brasileiro e início de sua redemocratização, consegue-se falar em afirmação dos direitos humanos e estreitamento entre a comunidade internacional e o Estado brasileiro, agora com um governo mais adequado à efetiva proteção dos direitos humanos.

1.1 A Incorporação de Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Diante da relativamente recente inserção do Brasil no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, em âmbito global e regional (no sistema interamericano), impulsionada a partir da promulgação da Constituição de 1988 – símbolo máximo da transição democrática e da afirmação dos direitos humanos no Brasil –, observou-se a adoção de várias medidas visando à incorporação de documentos internacionais de proteção dos direitos humanos ao direito interno. Mesmo antes do atual Texto Constitucional, em 1º de fevereiro de 1984⁵, o Brasil ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o que inaugurou a abertura do país a diversos outros documentos internacionais, já sob o manto da Constituição democrática.

Posto isso, cabe agora examinar a relação entre o direito internacional e o direito interno sob um prisma mais teórico, pois a inserção de instrumentos internacionais pelos respectivos direitos internos é matéria das mais discutidas e polêmicas, justamente por representar uma ruptura, ainda que suave, da soberania do Estado.

Primeiramente, cabe indagar se o direito internacional e o direito interno configuram ordenamentos jurídicos separados e independentes ou se ambos pertencem a um mesmo sistema jurídico único. Muitas teorias foram formuladas para explicar essas relações mas as duas grandes vertentes que buscam responder à indagação posta e que vão interessar ao propósito deste estudo são a teoria *dualista* e a teoria *monista*. A teoria dualista ensina que o direito internacional e o direito interno são modelos que não se confundem. São distintos, não se tangenciam, eis que possuem campos de atuação diferentes: o direito internacional cuida das relações travadas entre Estados, ao passo em que o direito interno se volta às relações entre indivíduos. Aponta-se, ainda, a vontade como elemento diferenciador, pois o direito internacional depende da conjugação das vontades dos Estados envolvidos e o direito interno,

⁵ Na realidade, a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial foi ratificada em março de 1968, muito antes portanto da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada em 1984. Ocorre que, estando o Brasil mergulhado em pleno regime militar, no mesmo ano em que seria publicado o Ato Institucional nº. 5, essa ratificação representou um ato isolado, dissociado de todo o movimento protetivo que caracterizou o surgimento de um Direito Internacional dos Direitos Humanos.

por sua vez, assenta-se na vontade única e unilateral de um Estado apenas. Seguindo esse raciocínio, “o direito internacional não criaria obrigações para o indivíduo, a não ser que as suas normas se vissem transformadas em direito interno”⁶. Já para os doutrinadores da teoria monista, o ponto fundamental é a existência de uma norma superior, sendo o direito visto como um todo, independentemente de se tratar de relações entre indivíduos ou Estados.

Aceita a tese fundamental de que o direito é um só, os defensores da doutrina monista enveredam por dois caminhos opostos: para uns, em caso de dúvida, prevalece o direito internacional: é a tese do *primado do direito internacional*; já outros defendem a tese do *primado do direito interno*. (...)

A jurisprudência internacional tem sido invariável ao reconhecer a *primazia do direito internacional*. O caráter preeminente do direito internacional foi declarado, em parecer de 1930, pela Corte Permanente de Justiça Internacional, nestes termos: ‘É princípio geralmente reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de tratado, as disposições de lei interna não podem prevalecer sobre as do tratado’. A matéria põe-se como questão de preservação das bases da convivência internacional e tem de ser considerada em sua dimensão externa – na interação entre sujeitos de direito internacional – e não somente como questão administrativa interna de cada estado⁷. (Grifos no original)

A tese sustentada pelos chamados *monistas autênticos*, em oposição aos *falsos monistas*, é endossada pelo teor do artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, segundo o qual “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Outras tantas modalidades de monismo e dualismo foram sendo criadas ao longo dos anos, sobretudo no Brasil, onde essas duas grandes teorias nunca foram aplicadas em sua feição pura e sim com variações de interpretação dadas pela jurisprudência, já que a legislação nada elucida.

Surgiu, assim, o dualismo radical e moderado e o monismo radical e moderado. Sem ser necessário, para fins deste estudo, adentrar em extensos desenvolvimentos acerca dessas variantes, é suficiente dizer que o dualismo radical defende a existência de uma lei específica que preveja a incorporação do tratado ao ordenamento jurídico, enquanto que o dualismo moderado prescinde de tal lei, não obstante exigindo a aprovação congressional e a promulgação pelo Executivo. Já o monismo radical prevê sempre a primazia do documento internacional sobre a ordem jurídica interna, ao passo que a vertente moderada o equipara hierarquicamente à lei ordinária, sujeito ao critério cronológico em caso de conflito aparente de normas e subordinado à Constituição. O surgimento da expressão “monismo moderado”

⁶ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 211.

⁷ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. Obra citada, p. 211.

veio com o julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário 80.004/1978, no qual ficou decidido que um tratado em vigor poderia ser atingido por uma lei interna superveniente – a menos que se tratasse de questão tributária, conforme dispõe o ar. 98 do CTN, ou de tratados de comércio e casos de extradição – decisão equivocada que contraria a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, e que prevaleceu por anos, até que o voto do Ministro Gilmar Mendes, no RE 466.343-1, viesse a provocar uma necessária reorientação da jurisprudência. No entanto,

ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha convergido em atribuir um status privilegiado aos tratados de direitos humanos, divergiu no que se refere especificamente à hierarquia a ser atribuída a estes tratados, remanescendo dividido entre a tese da supralegalidade (a ordem jurídica como uma pirâmide em que a Constituição assume o ponto mais elevado) e a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos (a ordem jurídica como um trapézio em que a Constituição e os tratados de direitos humanos assumem o ponto mais elevado)⁸.

Nesse contexto, muitas discussões foram cultivadas no campo da doutrina e da jurisprudência para tentar solucionar os problemas da *incorporação* e da *posição hierárquica* dos instrumentos internacionais na ordem jurídica interna, que representam dois momentos diferentes na complexa relação entre fontes internas e internacionais e que ensejam uma resposta quanto a saber se as normas de origem internacional estão acima das normas internas ou no mesmo nível da legislação ordinária.

Ao estabelecer a necessidade imperiosa de incorporação, independentemente da posição que assumirá posteriormente a norma, adota o direito brasileiro certa forma de dualismo, na modalidade moderada. Somente depois de incorporadas ao ordenamento jurídico interno, podem as normas de origem internacional criar direitos e deveres para os particulares, ainda que antes disso tenha o estado em relação aos seus co-contratantes assumido suas obrigações no plano internacional, por ratificação e depósito no instrumento próprio. (...) No direito brasileiro, em matéria de relação entre direito internacional e direito interno, ou conflito entre fontes, poderia ser, assim, sanado o anterior descompasso entre a doutrina, alinhada pela concepção do monismo kelseniano, segundo a qual o tratado sempre prevalece sobre a lei interna, ainda que se trate da Constituição, e a desconcertante mudança de orientação da jurisprudência pátria, durante certo lapso de tempo, durante o qual se veio, por caminhos tortuosos, equiparar o tratado à lei interna. Surpreendentemente, uma vez equiparado à lei interna, ficaria sujeito o tratado a modificações, em razão de alterações posteriores do ordenamento nacional, o que configura aberração, por privar a norma de direito internacional positivo de seu sentido e alcance normativo internacionais, ao mesmo tempo em que se poderia configurar o descumprimento de obrigação internacional pelo estado brasileiro, na condição de parte contratante de obrigação

⁸ PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições”. in: MEZZETTI, Lucas; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). *Diálogo entre Cortes: A Jurisprudência Nacional e Internacional como Fator de Aproximação de Ordens Jurídicas em um Mundo Cosmopolita*. Brasília: OAB Conselho Federal, 2015, p. 108.

de direito internacional, em relação aos demais signatários desse tratado⁹.

Dessa forma, não bastasse o polêmico e problemático entendimento de que tratado e lei interna estão equiparados, ocorre que, no Brasil, o princípio da supremacia da Constituição sempre dificultou a superação do que muitos internacionalistas denominam de *equivoco de raciocínio* da jurisprudência brasileira, que, por longos anos, orientou-se no sentido de considerar válido um documento internacional somente até o momento em que não colide com preceitos constitucionais. Esse posicionamento é atentatório ao fato de que as normas internacionais produzem efeitos não apenas no âmbito da ordem jurídica de cada Estado signatário mas também, e principalmente, vincula-o como sujeito de direito internacional ao conteúdo do tratado até o momento em que o documento seja denunciado ou extinto. Pode-se observar, assim, a incongruência e o retrocesso – como bem exemplificados pelo teor da decisão proferida no Recurso Extraordinário 80.004 – que durante muito tempo caracterizaram o tratamento dado pelos tribunais brasileiros (sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal) aos casos de conflito entre normas de direito interno e de direito internacional.

Na realidade, o mais apropriado é que, acatadas as posições predominantes da doutrina e corrigidas as falhas da jurisprudência – harmonizadas a soberania do Estado e a sua responsabilidade perante a comunidade internacional,

l'État reste d'abord le lieu privilégié de l'énonciation du droit: la Constitution demeure la norme fondamentale qui définit les conditions d'édition de toutes les autres normes de l'État, ainsi que la hiérarchie qui les relie. De même, c'est la Constitution qui définit les relations entre les normes de l'État et les normes internationales¹⁰.

Assim, porém somente em dezembro de 2004, com a publicação da sempre mencionada Emenda Constitucional n.º. 45, é que essa polêmica passou a receber, ao menos em parte, um tratamento mais adequado, por parte da Constituição. Dentre inúmeras alterações promovidas no corpo da Constituição, bem como em suas disposições transitórias, houve a inserção de um parágrafo 3º ao artigo 5º do texto constitucional, com o seguinte teor:

CRFB, art. 5º., §3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais¹¹.

⁹ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. Obra citada, pp. 213-214.

¹⁰ CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane. *Droit Constitutionnel*. 5. ed. Paris: Thémis, 2011, p. 305.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. 42. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

Com esse parágrafo, ficou estabelecido que, a critério do Poder Executivo – pois a ele cabe decidir quais documentos internacionais devem ser considerados de direitos humanos e, conseqüentemente, quais deles serão submetidos aos requisitos especiais de aprovação – existe uma nova categoria de normas de direito internacional que possuem o mesmo *status* conferido às normas constitucionais derivadas, ou seja, de emendas constitucionais. O que a redação dada ao parágrafo sob análise não esclarece, porém, é a situação dos tratados e convenções que adentraram no ordenamento jurídico brasileiro antes do advento da EC nº. 45, pois quanto a essas normas, atualmente dotadas do *status* de lei ordinária, não há como se estender a equivalência com as emendas constitucionais, “porquanto o novo § 3º faz a respeito expressa distinção”¹².

De qualquer forma, ainda que a nova sistemática deixe alguns pontos em aberto, tornando imprescindível aos tribunais superiores o suprimento de questões não elucidadas, é importante ter em mente que, conforme se tem defendido ao longo desse trabalho, no tocante ao caráter relativo da soberania dos Estados,

a estrita observância de tratados, não sujeitos a alteração pela lei interna posterior, impõe-se como corolário lógico e imperativo jurídico, sob pena de esvaziar o processo de institucionalização do direito internacional e de construção de seu conteúdo, devendo tanto a legislação quanto a jurisprudência internas observarem tais preceitos. Em contraste com a concepção nacionalista das relações entre o estado e o mundo, a visão internacionalista insere o estado em sociedade de estados, que abrange todo o globo, e de que todos os estados fazem parte. A própria noção de sociedade internacional, enquanto entidade, superior a cada um de seus integrantes, situa cada estado, particularmente considerado, em relação ao todo. O império da lei limita a soberania, submetendo o estado, em sua atuação, à legalidade internacional, na ação restritiva resultante das obrigações deste em relação à sociedade¹³.

Finalmente, quando se trata das relações entre direito interno e direito internacional, hoje o que se percebe é uma divisão menos intensa tanto quanto ao Estado, mas sobretudo, em relação ao indivíduo, vislumbrando-se, na verdade, um ordenamento jurídico único e uma sociedade ou comunidade única, o que torna mais fácil afirmar que, na pós-modernidade, o direito internacional não mais pode ser considerado tão *internacional* quanto outrora; “verifica-se que esse processo de abertura do constitucionalismo também para o plano

¹² ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. Obra citada, p. 222

¹³ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. Obra citada, p. 223.

internacional muda o foco central de análise: das estruturas para a matéria, do Estado para a pessoa humana”¹⁴.

A evolução das relações internacionais e a grande revolução dos meios de comunicação no mundo indubitavelmente fizeram com que a

séparation entre les domaines de compétences internes et externes soit aujourd’hui difficile à maintenir puisque ceux-ci se chevauchent. Il n’y a donc plus de distinction nette entre souveraineté interne et externe. La révolution des communications réduit également la souveraineté. Alors que les États accordent un intérêt croissant aux facteurs économiques et sociaux que l’on pourrait qualifier de mondiaux, ils ont de plus en plus tendance à percevoir l’action collective internationale comme le meilleur moyen d’affronter ces problèmes complexes. De ce fait, les pays membres des structures régionales (...) ou plus globales cèdent volontairement une partie de leur souveraineté nationale au profit de cette action collective. Il n’y a d’ailleurs pas forcément de contradiction entre la souveraineté nationale et les exigences de la coopération internationale. Au contraire, le droit international repose sur l’inévitable négociation des États. Il semble alors que l’on puisse conclure que les exigences de la coopération internationale et surtout régionale ont pour effet de renforcer la souveraineté si ce n’est de l’ensemble des États, du moins de certains d’entre eux¹⁵.

Superada está, portanto, a divisão absolutamente estanque entre ordem jurídica interna e ordem jurídica internacional¹⁶. As leis do mundo mudaram e até que as leis do Homem mudem para refletir esse novo contexto, só se pode agir da forma que pareça mais adequada e correta.

2 Controle de Convencionalidade das Leis como Consequência da Aproximação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Poder Judiciário Local¹⁷

¹⁴ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. “Diálogo entre Cortes e o Controle de Convencionalidade – Algumas Reflexões sobre a Relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos” in: MEZZETTI, Lucas; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). *Diálogo entre Cortes: A Jurisprudência Nacional e Internacional como Fator de Aproximação de Ordens Jurídicas em um Mundo Cosmopolita*. Brasília: OAB Conselho Federal, 2015, p. 123.

¹⁵ AL-RASHIDI, Ahmad. “L’évolution du Concept de Souveraineté et les Projets de Coopération Régionale” in: KIENTLE, Eberhard (coord.). *La Reconstruction d’un Espace d’Échanges: la Méditerranée*. Nouvelle édition [en ligne]. Cairo: CEDEJ – Égypte/Soudan, 2000, pp. 5-6. Disponível em: <<http://books.openedition.org/cedej/801>>. Acesso em : 2 fev. 2016.

¹⁶ Como bem pontuado por Luiz Guilherme Arcaro Conci, ao se falar em “direitos humanos, deve prevalecer uma perspectiva substancialista da proteção da pessoa humana, não mais bastando clássicas separações como monismo e dualismo, visto que também aqui se parte de uma perspectiva formal ou estrutural. (...) A centralidade do constitucionalismo da pessoa humana, inaugurado no pós-guerras, fez com que também o estado e as instituições internacionais deixassem de se focar em análises meramente estruturais para aplicação do direito para se entenderem no sentido de que a pessoa humana, como centro das atenções desse constitucionalismo renovado, deve ser prestigiada, independentemente da origem das normas para a sua proteção, deve ser o objeto central da proteção estatal” (CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. “Diálogo entre Cortes e o Controle de Convencionalidade – Algumas Reflexões sobre a Relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos” in: MEZZETTI, Lucas; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). *Diálogo entre Cortes: A Jurisprudência Nacional e Internacional como Fator de Aproximação de Ordens Jurídicas em um Mundo Cosmopolita*. Brasília: OAB Conselho Federal, 2015, p. 120).

¹⁷ Conforme alerta Accioly, muitas doutrinas “buscam demonstrar o que as normas internacionais e as internas têm em comum e, ao mesmo tempo, se e como podem funcionar separadamente. A dificuldade do juiz, diante de caso concreto,

Conforme já ficou assentado, a Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de São José de Costa Rica*, de 1969) dá forma ao sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos e rege a conduta dos órgãos internos dos Estados que a adotam. “Ao adentrar no sistema interamericano de direitos humanos e, especialmente, aceitar a jurisdição da Corte IDH, ocorreu que o estado nacional brasileiro aceitou, expressamente, se submeter às decisões dessa corte (Decreto 4.463 de 08 de novembro de 2002)”¹⁸. Assim, os Estados-parte sujeitos ao seu império, bem como sujeitos às diversas outras normas internacionais que se conjugam para formar o sistema interamericano, testemunham o surgimento de um novo parâmetro jurídico, que afasta o antigo modelo piramidal, em que a Constituição ficava no topo do ordenamento jurídico, e dá vez para um modelo semelhante a um trapézio, no qual estão lado a lado a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos. Essa é uma realidade que se observa não apenas no Brasil mas nos países latino-americanos de uma maneira geral, cujos textos constitucionais cada vez mais permitem a ampliação do chamado bloco de constitucionalidade, como é o caso da Constituição da Argentina, de 1994, das Constituições do Peru, de 1979 e 1993, da Constituição da Colômbia, de 1991, e, finalmente, da Constituição do Chile de 1980. De fato, o antigo tripé sobre o qual se apoiavam os ordenamentos jurídicos latino-americanos de outrora era formado pela(o)

- a) pirâmide com a Constituição no ápice da ordem jurídica, tendo como maior referencial teórico Hans Kelsen, na afirmação de um sistema jurídico endógeno e auto-referencial (observa-se que, em geral, Hans Kelsen tem sido equivocadamente interpretado, já que sua doutrina defende o monismo com a primazia do Direito Internacional – o que tem sido tradicionalmente desconsiderado na América Latina);
- b) hermetismo de um Direito purificado, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão estritamente normativa (mediante um dogmatismo jurídico a afastar elementos ‘impuros’ do Direito);
- c) o *State approach* (*State centered perspective*), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a lente ‘*ex parte principe*’, radicada no Estado e nos deveres dos súditos, na expressão de Norberto Bobbio¹⁹. (Grifos no original)

consiste em optar por uma delas, em caso de conflito entre o direito interno e o direito internacional ou, melhor dito, entre lei interna e tratado em vigor. E aqui se verifica ser o enfoque eventualmente dado por um juiz nacional não necessariamente o mesmo de tribunal internacional. (...) Cabe ter presente que o capítulo das relações entre o direito internacional permite ilustrar, como dito, o descompasso entre a doutrina e sua aplicação pelos tribunais” (ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. Obra citada, pp. 210-219).

¹⁸ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Obra citada, p. 132.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições”. in: MEZZETTI, Lucas; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). *Diálogo entre Cortes: A Jurisprudência Nacional e Internacional como Fator de Aproximação de Ordens Jurídicas em um Mundo Cosmopolita*. Brasília: OAB Conselho Federal, 2015, p. 85.

Portanto, em substituição à perspectiva paroquialista nacional, focada no Estado, ente soberano e garantidor da segurança nacional, desponta a perspectiva centrada na pessoa humana²⁰ (o *human rights approach* ou *human centered perspective*), passando a soberania e a segurança nacional a serem vistas sob a lente ‘*ex parte populi*’, conforme Norberto Bobbio, ou seja, com ênfase nos direitos dos cidadãos e na dignidade humana. A importância dessa mudança de parâmetros está na possibilidade de pavimentação de um efetivo diálogo entre cortes, a ser alcançado principalmente a partir do chamado *controle de convencionalidade*.

Desse modo, a fim de que se examine o controle de convencionalidade como corolário do processo de internacionalização dos direitos humanos, a análise a ser feita terá como base as relações entre a jurisdição regional, especificamente o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, e a jurisdição constitucional dos Estados.

Primeiramente, cabe definir o que venha a ser controle de convencionalidade. Sabe-se que a Emenda Constitucional nº. 45/04, ao acrescentar o § 3º ao art. 5º da Constituição, tornou possível que tratados internacionais de direitos humanos aprovados seguindo um procedimento qualificado fossem equiparados às emendas constitucionais. Essa disposição trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro e à atividade legislativa um novo tipo de controle, qual seja, o controle de convencionalidade. Ora, só se pode falar em controle de convencionalidade quando se tem a supremacia das normas internacionais protetivas de direitos humanos em relação às normas jurídicas ordinárias. É preciso uma hierarquia diferenciada.

À medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art.5º., §2º) ou *material e formalmente* constitucionais (art.5º., §3º), é lícito entender que, para além do clássico ‘controle de constitucionalidade’, deve ainda existir (doravante) um ‘controle de convencionalidade’ das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

(...)

A primeira ideia a fixar-se (...) é a de que a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante *validade* no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição e com os tratados internacionais²¹. (Grifos no original)

²⁰ Trata-se da “perspectiva de que é a pessoa humana, e não o Estado-parte, quem suporta como fundamento e para onde confluem como destinatários os objetivos de tutela do direito internacional dos direitos humanos e, nesse sentido, sendo a tutela das liberdades dos indivíduos o fim último de qualquer sistema jurídico” (CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Obra citada*, pp. 136-137).

²¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria Geral do Controle de Controle no Direito Brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. v. 46, n. 181, jan./mar. 2009, p. 114. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

Na atual conjuntura, portanto, não basta que uma determinada norma interna seja compatível apenas com a Constituição, mas também deverá respeitar os tratados internacionais de direitos humanos para que possa ser considerada apta a pertencer ao ordenamento jurídico de um Estado. Importante frisar que os tratados internacionais a serem utilizados como parâmetro dessa nova modalidade de controle são aqueles voltados à proteção de *direitos humanos* e não os tratados internacionais *comuns*, que cuidam de assuntos outros, eis que, aqui, o que se afere é a *legalidade* das normas internas, e não sua *convencionalidade*, posto que somente aqueles são materialmente (CF, art. 5º, §2º) ou formal e materialmente constitucionais, dependendo do seu enquadramento ou não ao §3º do art. 5º da Constituição Federal. “Não se trata de controle de convencionalidade pelo fato de se reservar esta última expressão à compatibilidade vertical que devem ter as normas infraconstitucionais com os tratados de direitos humanos, que têm índole e nível constitucionais”²². Assim, de forma complementar ao conhecido controle de constitucionalidade das leis e atos normativos internos, o controle de convencionalidade tem por finalidade

adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internos devem realizar o controle de convencionalidade (para além do clássico controle de constitucionalidade), mas também os tribunais internacionais (ou supranacionais) criados por convenções entre Estados, em que estes (os Estados) se comprometem, no pleno e livre exercício de sua soberania, a cumprir tudo o que ali fora decidido e a dar seqüência, no plano do seu direito interno, ao cumprimento de suas obrigações estabelecidas na sentença, sob pena de responsabilidade internacional²³.

Portanto, cabe concluir que, diante da evolução da jurisprudência quanto à problemática da relação entre fontes internas e internacionais e com o advento da Emenda Constitucional nº. 45/04, o sistema jurídico brasileiro ganhou um novo tipo de controle a ser exercido em suas normas, o *controle de convencionalidade*. Esse controle pode ser realizado pelos juízes e tribunais locais, sem que a sua manifestação requeira autorização internacional. Trata-se, pois, de um controle de caráter difuso, existente no país desde 5 de outubro de 1988. Ao lado dessa modalidade, existe também, à semelhança do que ocorre com o controle de constitucionalidade, um controle concentrado, atribuído ao STF, no caso dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados nos termos específicos do art. 5º, §3º da Constituição, existente, dessarte, apenas a partir de 8 dezembro de 2004, quando da

²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Obra citada, p. 135.

²³ Ibidem, pp. 128-129.

promulgação da EC nº. 45. Esse verdadeiro *diálogo das fontes*, que ampliou os parâmetros de aferição de validade das normas produzidas em território brasileiro, abriu o ordenamento jurídico pátrio para a possibilidade de se implementarem os princípios, as normas, as práticas e a jurisprudência internacional sobre o tema de direitos humanos, reforçando a abordagem centrada na dignidade da pessoa humana e no princípio internacional *pro homine*, privilegiando-se a norma que melhor proteja o indivíduo, independentemente de *status* ou hierarquia²⁴. Afinal, é a pessoa, e não o Estado, que, tanto no âmbito interno quanto internacional, merece a atenção do direito e justifica a existência mesma de um sistema de proteção dos direitos humanos.

2.1 Relação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal

Conforme visto acima, o exame da forma pela qual o controle de convencionalidade é exercido no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro será feito com base no posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Mencionou-se também a ratificação, pelo Brasil, em 1992, das normas constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que, por via de consequência e de acordo com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos – cuja jurisdição o Brasil reconheceu em 1998 –, implica em os poderes judiciários locais analisarem a compatibilidade entre seus ordenamentos jurídicos e as normas da Convenção, o que configura a essência mesma do controle de convencionalidade.

Nesse contexto, o controle da convencionalidade pode ser compreendido sob uma dupla perspectiva: a) tendo como ponto de partida a Corte Interamericana e o impacto de sua jurisprudência no âmbito doméstico dos Estados latino-americanos; e b) tendo como ponto de partida as Cortes latino-americanas e o grau de incorporação e incidência da jurisprudência, principiologia e normatividade protetiva internacional de direitos humanos no âmbito doméstico²⁵.

Aqui, abordar-se-á a segunda perspectiva, analisando a atuação do Supremo Tribunal Federal quanto à utilização de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

²⁴ Com muita razão, Arcaro Conci defende que “o que se verifica é que o estado nacional – e suas autoridades – cada vez mais se inteiram de uma realidade em que não somente se deve perceber o espaço interno como *locus de autoridade constitucional* mas que se estabelece uma relação não hierárquica entre o espaço interno e o internacional, de modo a compartilharem decisões em matéria de organização estatal e direitos humanos. (...) Implica isso também em entender que no momento atual do constitucionalismo há que se superar modelos cerrados por fronteiras nacionais para uma abertura crítica para o debate entre autoridades que decidem no plano interno e internacional” (CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. “Diálogo entre Cortes e o Controle de Convencionalidade – Algumas Reflexões sobre a Relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos” in: MEZZETTI, Lucas; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). *Diálogo entre Cortes: A Jurisprudência Nacional e Internacional como Fator de Aproximação de Ordens Jurídicas em um Mundo Cosmopolita*. Brasília: OAB Conselho Federal, 2015, pp. 125-126).

²⁵ PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições”. in: MEZZETTI, Lucas; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). *Diálogo entre Cortes: A Jurisprudência Nacional e Internacional como Fator de Aproximação de Ordens Jurídicas em um Mundo Cosmopolita*. Brasília: OAB Conselho Federal, 2015, p. 104.

em seu processo decisório. Dito isso, não obstante a obrigatoriedade de adaptação dos ordenamentos jurídicos internos, harmonizando-os à Convenção e respeitando as sentenças proferidas pela Corte Interamericana, somente há alguns anos passou a receber um tratamento mais efetivo por parte do Poder Judiciário brasileiro. Tal se deu porque, apesar de o Texto Constitucional de 1988 se caracterizar pela afirmação e proteção intensa dos direitos humanos, elencando um rol abrangente de direitos e garantias fundamentais, fato é que a guarda e defesa desse mesmo texto foram confiadas a um Supremo Tribunal Federal ainda inquinado das mazelas decorrentes do recém derrubado regime ditatorial, acostumado a uma visão extremamente civilista das questões a ele submetidas, não atuando verdadeiramente como uma Corte Constitucional. De fato, apenas em 3 de dezembro de 2008, após trinta anos de entendimento de que tratados internacionais e leis ordinárias estavam em um mesmo patamar jurídico, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, decidiu, unanimemente, pela necessidade de conferir aos tratados internacionais de direitos humanos um regime especial e diferenciado. Esse julgado sem dúvida alguma representou verdadeiro marco na jurisprudência brasileira, pois conferiu tratamento de prestígio àquela categoria de tratados internacionais e permitiu que parâmetros internacionais adentrassem a ordem jurídica interna, aventando-se a possibilidade de exame não apenas da constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, mas também de sua convencionalidade.

Apesar dessa mudança de paradigma, ocorre que é ainda muito fechada a atuação do STF ao diálogo e quase inexistentes os casos em que a jurisprudência da Corte brasileira se valeu da orientação ventilada pela Corte Interamericana, se comparados com os casos em que se alude à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA (oitenta casos) e do Tribunal Federal da Alemanha (cinquenta e oito casos).

O posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi mencionado nos seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: na polêmica questão da permanência ou não da Lei de Anistia no ordenamento jurídico brasileiro (ADPF nº. 153); em tema de direito à vida (ADI nº. 4.277); quanto à exigibilidade ou não de diploma para se exercer a profissão de jornalista, decidindo-se pelo fim dessa exigência em respeito ao direito à informação e à liberdade de expressão e com base na Opinião Consultiva da Corte Interamericana nº. 5, de 1985 (RE nº. 511.961); quanto aos limites da competência da justiça militar (Medida Cautelar no HC nº. 109.544); quanto ao direito à assistência consular concedido ao estrangeiro que for detido, em respeito ao princípio do devido processo legal e com base na Opinião Consultiva

da Corte Interamericana nº. 16 de 1999, e, finalmente, no acalorado julgamento da Ação Penal nº. 470 (caso “Mensalão”), em que se discutiu o duplo grau de jurisdição em sede de julgamento com prerrogativa de foro e no qual a argumentação se baseou principalmente no caso Barreto Neiva *versus* Venezuela.

Nos escassos exemplos de utilização da jurisprudência internacional regional pelo STF, o que se observa é uma ausência de método para tanto, sem que as citações sejam adaptadas ou que os argumentos sejam devidamente desenvolvidos para fundamentar esta ou aquela decisão. Muitas vezes, os julgados mencionados já estão até mesmo superados no tribunal do qual provieram. Na verdade, a jurisprudência colacionada, somada a trechos de doutrina nacional, forma um conjunto argumentativo utilizado apenas de maneira coadjuvante, sem veicular o mesmo tipo de efeito vinculante gerado pelas normas nacionais.

Da leitura dos referidos julgados, se depreende que as manifestações do STF a respeito de precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos se prestam a mero reforço argumentativo, não se podendo falar em nenhuma diferença persuasiva se comparado à doutrina ou a tratados existentes nos planos internacionais.

Nesse sentido, o tribunal ignora a doutrina do controle de convencionalidade desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não enfrentou, sequer, o tema da existência de um bloco de convencionalidade até a presente data²⁶.

De acordo com Luiz Guilherme Arcaro Conci, existe ainda o problema de não se tratar da necessidade de coordenação entre os tribunais locais e a Corte internacional para evitar decisões contraditórias. É desconcertante também o fato de que ainda hoje se percebe uma inclinação do STF para a teoria dualista das relações entre direito interno e direito internacional, já refutada linhas acima, eis que, como demonstrado, o contexto atual não mais permite a defesa desse arcaico posicionamento.

Já foi mencionado, ainda de acordo com Arcaro Conci, que

o artigo 2º da Convenção Americana impõe aos Estados-partes um dever geral de adaptação dos ordenamentos internos no sentido de harmonizá-los ao *Pacto de San José*.

(...)

A implicação desse dever, vertido em duas exigências, faz, ainda, com que os Estados-partes, e não somente os juízes, tenham conhecimento e cumpram os precedentes da CIDH, decorrentes da interpretação dada ao DIDH que decorre do sistema regional de proteção dos direitos humanos. Com isso, ficam obrigados a seguir tais decisões a

²⁶ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. “Diálogo entre Cortes e o Controle de Convencionalidade – Algumas Reflexões sobre a Relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos” in: MEZZETTI, Lucas; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). *Diálogo entre Cortes: A Jurisprudência Nacional e Internacional como Fator de Aproximação de Ordens Jurídicas em um Mundo Cosmopolita*. Brasília: OAB Conselho Federal, 2015, p. 142.

administração pública, os juízes e os legisladores, além dos particulares – razão pela qual se pode falar, tal como no direito nacional, em uma vinculação dos particulares ao Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁷.

O respeito, portanto, às decisões provenientes do sistema regional de proteção dos direitos humanos, sobretudo da Corte Interamericana, implica afirmar que os atos provenientes do Poder Público, como as leis, os atos administrativos e as decisões judiciais, consideradas, à luz do Direito Internacional, como atos de soberania estatal, de manifestação de vontade do Estado, se violadores do Direito Internacional dos Direitos Humanos, darão ensejo à responsabilização desse mesmo Estado perante a comunidade internacional. Podem ensejar, assim, a condenação ao pagamento de indenizações à quem tiver sido prejudicado por um ato estatal interno que tenha sido julgado válido em relação ao seu ordenamento jurídico mas em dissonância quanto ao posicionamento da Corte, como também se vislumbra a possibilidade de revogação da norma dissonante.

Ainda, um importante *topos* que a CIDH vem utilizando em sua jurisprudência é a aplicação do princípio da legalidade, que se oferece não mais unicamente sob a sua vertente formal, baseada no respeito à lei em sentido estrito, mas sob as bases de uma perspectiva material, próxima de um princípio de juridicidade, que impõe, em âmbito nacional, o cumprimento do direito fundado no sistema regional de direitos humanos e na interpretação que se lhe dá a CIDH.

A união entre controle de convencionalidade e princípio da legalidade (juridicidade) impõe uma análise mais aprofundada sob a perspectiva substancial dos DIDH, o que implica, em âmbito nacional, no dever de aplicar os direitos humanos derivados do sistema regional, impondo também que o direito nacional se transforme cotidianamente. Essa transformação deve se dar sob a base de uma mutação hermenêutica, é dizer, transformação desse direito não somente mediante a sua reforma textual, mas, também, e de modo mais presente, por meio de uma reinterpretção de seus conteúdos, através de um direito construído internacionalmente²⁸.

Por fim, ante ao exposto até aqui, o cenário que se tem é o de um Supremo Tribunal Federal que ainda hesita em tratar abertamente do controle de convencionalidade e que somente se debruçou sobre o direito regional interamericano para tratar da problemática da hierarquia das normas internas e internacionais (prisão civil do depositário infiel) e, em alguns poucos casos, valeu-se da jurisprudência da CIDH sem espírito crítico e sem lhe conceder a força vinculante que merece. Longe se está, ainda, de um diálogo fortalecido entre jurisdições internas e internacionais, que permita a tão almejada efetivação dos direitos humanos.

²⁷ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. “Convencionalidade das Leis de Anistia: Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos Ordenamentos Nacionais e Responsabilidade dos Estados-Partes”. in: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 1064-1066.

²⁸ *Ibidem*, p. 1068.

CONCLUSÃO

Ante à exposição de todos os tópicos que compuseram o presente trabalho de pesquisa, conclui-se que as naturais transformações operadas na sociedade, em termos de crescimento populacional e desenvolvimento cultural e tecnológico, fizeram surgir novas exigências, necessidades outras da população, não compreendidas pela proteção jurídica individual ou mesmo social. O tema central de preocupação dos ordenamentos jurídicos se desloca para os interesses da coletividade de uma forma não mais restrita a este ou àquele Estado, mas a todos os indivíduos de uma multiplicidade de Estados. No que concerne, assim, ao reconhecimento da internacionalização dos direitos humanos, ficou registrado que ela foi o resultado da reação coletiva aos horrores perpetrados durante os anos sombrios da Segunda Guerra Mundial, que, em grande parte do mundo, representou o exato oposto a tudo o que diz respeito à proteção de direitos. Entretanto, apontar a consolidação de novos rumos ou novos caminhos em um processo que se encontra em constante desenvolvimento, ainda é uma tarefa em fase de construção e reflexão pela doutrina e pela própria jurisprudência, especialmente no contexto latino-americano.

Consubstanciado nas apreciações desenvolvidas neste estudo, observa-se que o processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos, por vezes tem acarretado tensões entre o relativo e o universal, com vistas à consolidação de um direito comum que aproveite a uma comunidade mundial em seu aspecto jurídico. Apesar dos constantes embates entre monistas e dualistas, quando se trata das relações entre direito interno e direito internacional, hoje o que se percebe é uma divisão menos intensa tanto em relação aos Estados, mas sobretudo, em relação ao indivíduo, vislumbrando-se, na verdade, um ordenamento jurídico único e uma sociedade ou comunidade única, o que torna mais fácil afirmar que, na pós-modernidade, o direito internacional não mais pode ser considerado tão internacional quanto outrora.

Viu-se também uma mudança paradigmática, com o surgimento de um novo parâmetro jurídico, que afasta o antigo modelo piramidal, em que a Constituição ficava no topo do ordenamento jurídico, e dá vez para um modelo semelhante a um trapézio, no qual estão lado a lado a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos. Essa realidade não se restringe ao Brasil, observando-se nos países latino-americanos de uma

maneira geral, cujos textos constitucionais cada vez mais permitem a ampliação do chamado bloco de constitucionalidade. Porém, quando se faz a uma análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal quando o assunto é controle de convencionalidade e fomento ao diálogo entre jurisdições, o cenário que se tem é o de um Supremo Tribunal Federal ainda muito hesitante em tratar abertamente dessa nova modalidade de controle e que somente se debruçou sobre o direito regional interamericano para tratar da problemática da hierarquia das normas internas e internacionais.

Ainda não se consegue vislumbrar a existência de diálogo crítico e efetivo entre o Poder Judiciário brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nem mesmo uma preocupação com o fomento e o incentivo ao controle de convencionalidade e ao diálogo entre jurisdições (em âmbito global, regional e mesmo local), o que dificulta e atrasa em demasia a consolidação de uma proteção efetiva dos direitos humanos, fim último a justificar a existência de qualquer tipo de sociedade e de ordenamento jurídico, seja ele interno ou internacional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AL-RASHIDI, Ahmad. “L'évolution du Concept de Souveraineté et les Projets de Coopération Régionale” in: KIENLE, Eberhard (coord.). *La Reconstruction d'un Espace d'Échanges: la Méditerranée*. Nouvelle édition [en ligne]. Cairo: CEDEJ – Égypte/Soudan, 2000. Disponível em: <<http://books.openedition.org/cedej/801>>. Acesso em: 2 fev. 2016.

AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à Ciência Política*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. trad. VARRIALE, Carmen C. et al. *Dicionário de Política*. vol. 1. 11. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*, trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BODIN, Jean. *Les Six Livres de la République. Livre Premier, chapitre I*. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/bodin_jean/six_livres_republique/bodin_six_livres_republique.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1994.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 42. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder: *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. “Convencionalidade das Leis de Anistia: Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos Ordenamentos Nacionais e Responsabilidade dos Estados-Partes”. in: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. “Diálogo entre Cortes e o Controle de Convencionalidade – Algumas Reflexões sobre a Relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos” in: MEZZETTI, Lucas; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). *Diálogo entre Cortes: A Jurisprudência Nacional e Internacional como Fator de Aproximação de Ordens Jurídicas em um Mundo Cosmopolita*. Brasília: OAB Conselho Federal, 2015.

CONSTANTINESCO, Vlad; PIERRÉ-CAPS, Stéphane. *Droit Constitutionnel*. 5. ed. Paris: Thémis, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A Trivialização dos Direitos Humanos*. Novos Estudos, CEBRAP Nº 28, outubro 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: SRS Editora, 2009.

HENKIN, Louis. *Human Rights: An Agenda for the Next Century – Studies in Transnational Legal Policy*. n. 26. Washington, 1994.

KAUFFMAN, Arthur. “A Problemática da Filosofia do Direito ao Longo da História”. in: KAUFFMAN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria Geral do Controle de Controle no Direito Brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. v. 46, n. 181, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. 1689-1755. *O Espírito das Leis*. trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NIETZSCHE, Friedrich. *Ainsi Parlait Zarathoustra*. Paris: Flammarion, 1996.

PAPA JOÃO XXIII, *Pacem in Terris (Encíclica)*, I, 58. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_jxxiii_enc_11041963_pacem.html>. Acesso em: 1 jan. 2016.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. “Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições”. in: MEZZETTI, Lucas; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). *Diálogo entre Cortes: A Jurisprudência Nacional e Internacional como Fator de Aproximação de Ordens Jurídicas em um Mundo Cosmopolita*. Brasília: OAB Conselho Federal, 2015.

RICCITELLI, Antonio. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Manole, 2007.

SABÓIA, Gilberto Vergne. “Direitos Humanos, Evolução Institucional Brasileira e Política Externa: Perspectivas e Desafios”. in: *Temas de Política Externa Brasileira II*. vol. 1, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.