

**UNIVERSIDADE DE ITAÚNA – UIT
CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Lucas Rogerio Sella Fatala

**DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA À LUZ DA HERMENÊUTICA PARA OS
DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: soberania estatal (re) visitada por
força da cidadania integrativa e do controle de convencionalidade.**

**Itaúna/MG,
fevereiro de 2015.**

Lucas Rogerio Sella Fatala

**DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA À LUZ DA HERMENÊUTICA PARA OS
DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: soberania estatal (re) visitada por
força da cidadania integrativa e do controle de convencionalidade.**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora em Trabalho de Conclusão de Curso como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração de Proteção aos Direitos Fundamentais e na linha de pesquisa de Direito Internacional junto à Universidade de Itaúna – UIT.

Orientador: Professor Doutor Aziz Tuffi Saliba

**Itaúna/MG,
fevereiro de 2015.**

Direitos humanos e fundamentais - Democracia - Soberania - Hermenêutica - Cidadania integrativa - Controle de convencionalidade.

F252d Fatala, Lucas Rogerio Sella.

Democracia contemporânea à luz da hermenêutica para os direitos humanos e fundamentais: soberania estatal (re) visitada por força da cidadania integrativa e do controle de convencionalidade / Lucas Rogerio Sella Fatala. -- Itaúna, MG: 2015.

284 f.; 29 cm

Bibliografias: f. 266-284.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais, Universidade de Itaúna.

Orientador: Dr. Aziz Tuffi Saliba.

1. Direitos humanos e fundamentais. 2. Democracia. 3. Hermenêutica. 4. Soberania. 5. Cidadania integrativa. 6. Controle de convencionalidade. I. Saliba, Aziz Tuffi; Orientador. II. Universidade de Itaúna. III. Título.

Bibliotecária responsável: Anicéia Ap. de Resende Ferreira
CRB-6/2239



Universidade de Itaúna

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

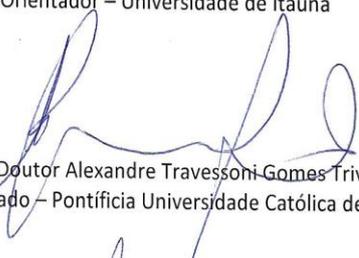
MESTRADO EM PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

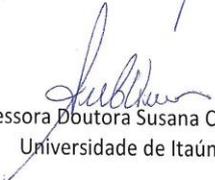
Reconhecido pela Portaria do Ministério da Educação nº 1324/2012 (DOU de 09/11/2012, Seção 1, Pag.10)

““DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA À LUZ DA HERMENÊUTICA PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: soberania estatal (re) visitada por força da cidadania integrativa e do controle de convencionalidade”

Dissertação de Mestrado apresentada por **Lucas Rogério Sella Fatala**, do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, em 13 de fevereiro de 2015, ao Mestrado em Direito-Área De Concentração: Proteção Dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - MG, e aprovada com recomendação para publicação pela Banca Examinadora constituída pelos professores:


Professor Doutor Aziz Tuffi Saliba
Orientador – Universidade de Itaúna


Professor Doutor Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno
Professor Convidado – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais


Professora Doutora Susana Camargo Vieira
Universidade de Itaúna - MG



(Guernica, 1937, pintura a óleo, 349 cm x 776 cm, Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía).

“No, la pintura no esta hecha para decorar las habitaciones. Es um instrumento de guerra ofensivo y defensivo contra el enemigo” (Pablo Picasso).

A meus avós. Todos se foram, e todos ficaram!

À Rebeca, sempre presente!

Procura a companhia de pessoas que possam contribuir para tornar-te melhor. Permite a aproximação das pessoas que tu possas melhorar. Desta forma o estímulo interior será mútuo, pois aprendemos enquanto ensinamos. (Sêneca).

AGRADECIMENTOS

À minha família e amigos, pelo contínuo amparo, incentivo e inabalável crença em meu desenvolvimento pessoal e profissional.

Aos professores, funcionários e colegas da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira – FUNCESI/MG, em principal à Diretora Acadêmica Yana Torres de Magalhães, à Coordenadora do Curso de Direito Renata Barbosa de Almeida e aos colegas Abel Camilo de Oliveira Lage Filho e Vanderlúcio de Oliveira, ambos pelos diálogos filosóficos.

Aos membros e servidores do Ministério Público de Minas Gerais – MPMG, em especial à Promotora Flávia de Simone e Souza e ao Promotor Mateus Beghini Fernandes pela compreensão e apoio com minhas contínuas atividades acadêmicas.

Aos professores, funcionários e colegas da Universidade de Itaúna – UIT/MG, local do saber em que me vinculei definitivamente.

Ao professor Aziz Tuffi Saliba pela cortesia em minha orientação, mas acima de tudo, pela excelência como modelo profissional na docência e na pesquisa, com o qual compreendi que “sempre temos algo a aprender”.

Ao professor Gregório Assagra de Almeida pelo exemplo de retidão e simpatia como pessoa, bem como pela energia construtiva na constante promoção e proteção dos direitos fundamentais.

À professora Carla Ribeiro Volpini Silva pelos intensos debates multiculturais e pelo exemplo de carinho com a docência.

Ao professor e atual coordenador do Mestrado em Direito da UIT Carlos Alberto Simões de Tomáz pela cortesia e esclarecimento nas conversas, pelo exemplo de ser humano pleno e pelas oportunidades acadêmicas a mim oferecidas.

Ao professor Lucas de Abreu Barroso pelos debates críticos e dialógicos sobre o atual sentido do Direito.

À professora Suzana Camargo Vieira pelos apontamentos coerentes e cruciais na construção desta pesquisa, bem como pelo interesse e disponibilidade em compor a banca de defesa.

Ao professor Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno pelo interesse e disponibilidade em compor a banca de defesa e contribuir no aprimoramento desta pesquisa.

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para que eu pudesse alcançar o patamar pessoal e profissional que hoje me encontro.

Cordialmente, obrigado!

RESUMO

A história da civilização ocidental é marcada por momentos cruciais para a conquista e consolidação dos direitos humanos e fundamentais. A presente pesquisa inicia com uma abordagem sobre a historicidade dos direitos humanos e fundamentais, demonstrando os marcos fáticos que desenrolaram o debate filosófico-jurídico sobre a natureza do ser humano, o ser humano em coletividade e a dignidade da pessoa humana. Em seguida são esmiuçadas as categorizações, conceitos e características dos direitos fundamentais no viés de serem instrumentos emancipadores para a teoria jurídica e prática social. Aborda-se a linha multiconstrutiva como forma de raciocínio para a construção da teoria dos direitos fundamentais e o instituto da aplicabilidade imediata como concretizador social da dignidade da pessoa humana. No segundo capítulo busca-se demonstrar a hermenêutica como a teoria interpretativa emancipadora para os direitos humanos e fundamentais, método de raciocínio utilizado no decorrer do trabalho e amparado na filosofia de Lênio Luiz Streck e na problemática de Antônio Castanheira Neves. O terceiro capítulo trata de analisar o regime político da democracia, já que esse sistema desenvolveu-se de forma concomitante às conquistas históricas de direitos humanos e fundamentais. As fases históricas, críticas antidemocráticas, redemocratização brasileira, vinculação estreita com a liberdade de expressão e os fundamentos da democracia são alvos de estudos, tornando possível concluir qual o ideal e o real da democracia contemporânea. Para tanto, é construído um debate de teorias modernas e pós-modernas sobre a democracia, com linhas filosóficas de Kant, Habermas e Arendt, e estudos político-jurídicos de Pareto, Mills, Macpherson, Bobbio e Dahl. Por fim, o quarto capítulo constitui a apresentação e esmiuçamento do problema jurídico central desta pesquisa: a desmitificação do dogma da soberania estatal moderna e a forma de recepção das normas internacionais de direitos humanos pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro. São alvos dois paradigmáticos julgados do Supremo Tribunal Federal, nos quais foi majoritariamente defendida a supralegalidade e infranconstitucionalidade dos direitos humanos no plano interno. Por outro lado, disserta-se sobre a atual jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual propõe uma obrigatoriedade aos Estados de máxima eficácia nos direitos fundamentais, inclusive por meio do postulado jurídico do “controle de convencionalidade”. Busca-se demonstrar um novo paradigma que contribua para a emancipação da dignidade da pessoa humana: a ideia de soberania democrática e cidadania integrativa, um *modo-de-ser* da pós-modernidade, em que cada indivíduo é consciente da pluralidade e ator participante e deliberativo na construção dos pilares do Estado Democrático de Direitos Humanos e Fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos e fundamentais. Democracia. Soberania. Controle de convencionalidade. Hermenêutica. Cidadania integrativa.

ABSTRACT

The history of Western civilization is marked by crucial moments for the conquest and consolidation of human and fundamental rights. This research begins with a discussion of the historicity of human and fundamental rights, demonstrating the factual milestones that unfolded the philosophical and legal debate on the nature of the human being, the human being in society and the dignity of the human person. Different categories, concepts and characteristics of fundamental rights are screened in the bias being emancipatory instruments for legal theory and social practice. Multi constructive line is the approach used to build the theory of fundamental rights and the institute immediate applicability as social concretizing the dignity of the human person. The second chapter seeks to demonstrate hermeneutics as an emancipatory interpretative theory for human and fundamental rights, based on the work of Lênio Luiz Streck and Antonio Castanheira Neves. The third chapter analyses the political system of democracy, given the fact this system developed concomitantly to the development of achievements of human and fundamental rights. In the quest to measure/oppose the ideal and the reality of contemporary democracy, this paper then examines different historical phases, deficits in democracy and the Brazilian democracy, having as parameters freedom of expression and other cornerstones of democracy. Therefore, this works discusses modern and postmodern theories on democracy, using Kant, Habermas and Arendt as philosophic benchmarks, and Pareto, Mills, Macpherson, Bobbio and Dahl as political benchmarks. Finally, the fourth chapter presents and analyzes in detail the central legal question of this research: the demystification of the dogma of modern state sovereignty and the form of receipt of international human rights standards by the Brazilian legal system. These include two paradigmatic decisions of the Brazilian Supreme Court which declared human rights law originating from international Human Rights treaties as infra constitutional yet supra domestic non-constitutional law. On another hand, the paper approaches current jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, which requires States to act more effectively in matters of Human Rights, according to the new paradigm of "conventionality control". The purpose of this work is to arrive at and demonstrate a new paradigm which will contribute to emancipate human dignity: the idea of democratic sovereignty and integrative citizenship, a post-modern way-of-being, in which every individual is conscious of social plurality and participant and actor in the construction of deliberative democratic state pillars of Human Rights and Fundamental rights.

KEYWORDS: Human and fundamental rights. Democracy. Sovereignty. Conventionality control. Hermeneutics. Integrative citizenship.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos de 1968 (Pacto de San Jose da Costa Rica)

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

Convenção de Montevideo – Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados de 26 de dezembro de 1933

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969

DIDH – Direito Internacional de Direitos Humanos

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

NIDH – normas internacionais de direitos humanos

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

OUA – Organização da Unidade Africana

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966

PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	13
CAPÍTULO I – ABORDAGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	16
1.1. A historicidade como natureza originária dos direitos humanos e sua concretização como característica essencial para a ordem jurídica interna e internacional.....	16
1.2. Abordagem multiconstrutiva crítica para a teoria dos direitos fundamentais.....	56
1.3. Categorizações dos direitos fundamentais como instrumentos críticos.....	62
1.4. Aplicabilidade imediata da dignidade humana.....	72
CAPÍTULO II – A HERMENÊUTICA PÓS-POSITIVISTA PARA A EMANCIPAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	80
2.1. A renovação histórica da hermenêutica.....	82
2.2. Filosofia hermenêutica apresentada por Lênio Luiz Streck.....	95
2.3. Hermenêutica problematizada por Castanheira Neves.....	104
2.4. Apontamentos finais sobre hermenêutica para os direitos fundamentais.....	109
CAPÍTULO III – A DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA: IDEAL E REAL.....	112
3.1. As fases históricas da democracia.....	113
3.2. As críticas à democracia e à ideia de povo: anarquismo e totalitarismo.....	124
3.3. A redemocratização brasileira.....	130
3.4. A estreita vinculação entre democracia e liberdade de expressão.....	137
3.4.1. <i>Julgados da CIDH sobre democracia e liberdade de expressão</i>	150
3.4.2. <i>Julgados do STF sobre democracia e liberdade de expressão</i>	157
3.5. Os fundamentos da democracia contemporânea.....	162
3.6. Os instrumentos da democracia semidireta para participação e deliberação ativa da cidadania.....	187
CAPÍTULO IV – O EXERCÍCIO DA SOBERANIA DEMOCRÁTICA NA RECEPÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PELO ESTADO BRASILEIRO.....	190

4.1. Soberania anacrônica do obsoleto Estado Nacional.....	192
4.2. O conceito de soberania democrática e de cidadania integrativa como referenciais teóricos capazes de superar o conflito entre normas internacionais de direitos humanos e soberania estatal.....	208
4.3. A recepção das normas internacionais de direitos humanos e o controle de constitucionalidade brasileiro.....	217
4.3.1. <i>Posicionamentos divergentes dos Ministros do STF sobre a recepção e validade interna dos Direitos Humanos.....</i>	225
4.4. O controle de convencionalidade das normas internacionais de direitos humanos e fundamentais pelos poderes públicos estatais.....	242
4.4.1. <i>A natureza jurídica do “controle de convencionalidade”</i>	254
CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÃO.....	255
REFERÊNCIAS.....	266

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Parte-se da premissa de que o *modo-de-vida*, incluindo-se o direito, na civilização ocidental está em crise emergencial¹. Urge o tempo para que a sociedade internacional e os Estados em seus âmbitos internos encontrem e pratiquem os melhores métodos para dar efetividade aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a crise indica a necessária revisitação dos institutos jurídicos concebidos na modernidade, adequando-os aos novos tempos, a uma era de democracia e dignidade da pessoa humana. A ruptura paradigmática é imprescindível nos âmbitos jurídicos interno e internacional, visando-se o novo sentido para o Direito, o equilíbrio consistente entre o individualismo, a coletividade e a transgeracionalidade, a recompreensão do ser como pessoa humana e como integrante de um sistema biocêntrico. Para essas questões, a historicidade crítica e a filosofia hermenêutica apresentam-se renovadas para o embate.

O primeiro capítulo versará sobre os direitos fundamentais a partir de seus marcos históricos legitimadores, seus principais conceitos e categorizações, sua carga axiológica e principiológica, sua normatividade e aplicabilidade. No segundo capítulo, serão feitos alguns apontamentos sobre as principais escolas hermenêuticas da modernidade, suas influências e efeitos. Tratar-se-á de visitar, sucintamente, duas

¹ “A nenhum observador atento e a nenhuma pessoa dotada de um mínimo de sensibilidade ética pode escapar o fato de que o mundo encontra-se, hoje, em plena crise. [...] o radical do étimo grego - *krei* ou *kri*, o qual corresponde em latim a *cermo*, é o mesmo do verbo *krinô* [...] *Krisis* significa, assim 1) ação ou faculdade de distinguir ou discernir; 2) ação de escolher, eleição; 3) ação de separar e, figurativamente, dissentir ou contestar; 4) decisão ou julgamento. [...] Ora, justamente, o diagnóstico da crise atual aponta para uma espécie de entropia ou desordem universal, causada por carência governativa, tanto no interior das nações, quanto na esfera internacional. A ressurreição da ideologia liberal, reapresentada agora em nova embalagem propagandística, levou a um enfraquecimento generalizado do poder de governação, com o desbridamento das forças do mercado e das velhas rivalidades étnicas e culturais. Os perdedores, como sempre, são fracos, os pobres, os humildes. Chegamos, nesta passagem de milênio, ao apogeu do capitalismo, no preciso sentido etimológico do termo, isto é, à fase histórica em que ele se coloca na posição de maior distanciamento da Terra e da Vida. É este, portanto, o momento crítico [...] O capitalismo não é mero sistema econômico, mas uma forma global de vida em sociedade; ou, se se quiser, dando ao termo um sentido neutro, uma civilização. [...] O espírito do capitalismo é o egoísmo competitivo, excludente e dominador. Nesse tipo de civilização, toda a vida social, e não apenas as relações econômicas, fundam-se na supremacia absoluta da razão de mercado. [...] Uma civilização que garanta a toda a humanidade o direito de buscar uma vida mais feliz há de contrapor-se radicalmente ao capitalismo, tanto pelo seu espírito quanto pelo sistema institucional ou a prática de vida. Em oposição ao individualismo excludente, o espírito da nova civilização há de ser a irradiação da fraternidade universal, a organização de uma humanidade solidária [...] ou a humanidade se deixa conduzir à dilaceração definitiva, na direta linha do apogeu capitalista, ou tomará afinal o rumo da justiça e da dignidade, seguindo o luminoso caminho traçado pela sabedoria clássica. Não há terceira via.” (COMPARATO, 2003, p. 534-541).

linhas de pensamento da hermenêutica que podem ser, para fins didáticos, classificadas como escolas da pós-modernidade: a filosofia emancipadora de Lênio Luiz Streck e o pensamento problematizante de Antônio Castanheira Neves. Em seguida, no terceiro capítulo, adentrar-se-á ao debate sobre o direito ao sistema político democrático. Para tanto, será elaborada revisitação da história democrática e seu desenvolvimento como direito fundamental, com intuito de conceber qual a modalidade de democracia se apresenta adequada, e realmente praticada, para a época contemporânea, partindo-se dos estudos, e construindo-se um debate, de relevantes teorias modernas e pós-modernas sobre a democracia, com linhas filosóficas de Kant, Habermas, Arendt, e estudos político-jurídicos de Pareto, Mills, Macpherson, Bobbio e Dahl.

Por fim, no quarto capítulo será problematizada a questão central da pesquisa, tratando-se de uma celeuma da atualidade vinculada à democracia: a soberania estatal frente à aplicabilidade das normas internacionais de direitos humanos e fundamentais. Assim, questiona-se se a recepção e aplicação das normas internacionais de direitos humanos pelo Estado Brasileiro constituem lesões/violações e/ou flexibilizações a sua soberania estatal.

Com efeito, o debate sobre a força normativa interna que é imputada às normas internacionais de direitos humanos – NIDH é tema polêmico em todo o planeta, sendo imprescindível a continuidade dessa pesquisa. No cenário brasileiro, o recente e impactante posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em dois julgados de 2008, é paradigma para o presente estudo. Ainda nesse contexto, as novidades trazidas pela jurisprudência internacional também merecerão atenção da pesquisa, com preferência ao Sistema Americano de Proteção aos Direitos Humanos. Constatou-se que enquanto a Corte Constitucional Brasileira defende majoritariamente a natureza supralegal e infraconstitucional das normas internacionais de direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já trata da obrigação dos Estados em garantir a plena eficácia das disposições do Pacto de San José, por meio de um denominado “controle de convencionalidade”, proferido no ano de 2006. Infere-se, *a priori*, um descompasso entre ordem jurídica interna e internacional sobre o assunto.

Esta pesquisa encontra valor social na dificuldade contemporânea de concretização dos direitos fundamentais, um desafio continuado que depara com diversos óbices: questões de soberania estatal, formas de estado não-democráticas, (des)vontades políticas, ausência de amparo financeiro, ações governamentais obscuras, debates culturalistas, e, evidentemente, interpretações normativas em descompasso. Ainda, a pesquisa se enquadra na crescente tendência de estudos científicos críticos e sistematizados para o ramo jurídico dos direitos fundamentais.

Para o trabalho foram coletadas referências bibliográficas, jurisprudenciais e de periódicos e trabalhos em redes eletrônicas, as quais receberam análise de conteúdo e interpretação sistêmica, sempre sob um foco hermenêutico pós-positivista.

O tema encontra enquadramento em diversos setores científicos abarcados pelas ciências humanas. A filosofia, sociologia e história são fundamentais, quanto utilizadas de forma desmitificadora, para respostas mais adequadas no âmbito da ciência jurídica. De tal forma, o presente trabalho tenta aproximar essas áreas para o desenvolvimento crítico e ampliado da pesquisa. Portanto, é trabalho transdisciplinar para a promoção e proteção de direitos fundamentais, amparando-se na Teoria do Estado, Ciência Política, Teoria do Direito, Teoria dos Direitos Fundamentais, Direito Constitucional, Direito Internacional e Hermenêutica Jurídica.

Por fim, a amplitude do tema problematizado exigiu algumas restrições no recorte metodológico para conter a pesquisa nos limites acadêmicos de conclusão do curso de mestrado. Outras limitações foram de caráter subjetivo pessoal, como a necessidade de uma reconstrução no estilo de escrita (de um padrão técnico profissional para um padrão acadêmico e científico), a restrição temporal por compromissos profissionais e a necessidade de ampliar a prática nos idiomas estrangeiros.

Conclui-se com algumas considerações sobre o tema problematizado e uma resposta sensata para a pergunta central, porém, distante de esgotar o assunto².

² “Não se deve nunca esgotar de tal modo um assunto, que não se deixe ao leitor nada a fazer. Não se trata de fazer ler, mas de fazer pensar” (MONTESQUIEU, 2010, p. 197).

CAPÍTULO I – ABORDAGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E DA APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O cenário mundial, hoje, é de crise. Uma crise gerada por diversos fatores – econômicos, políticos, morais – e principalmente pelos efeitos da aplicação dos ideais modernos dos séculos XV ao XX. Há um descompasso entre o discurso global e a realidade social, pois, enquanto se teoriza a emancipação do ser humano e a renovação ética para a sociedade mundial, milhares de pessoas ainda sofrem com a fome, a miséria, a guerra e o ambiente insalubre. Nesse contexto de extremos, a luz trazida pelo processo de humanização das ciências, inclusive o Direito, e pela hermenêutica pós-positivista aponta para a principal tensão dos direitos humanos e fundamentais: a universalidade desses direitos reconhecidos a ser traduzida em concretude no mundo.

1.1. A historicidade como natureza originária dos direitos humanos e sua concretização como característica essencial para a ordem jurídica interna e internacional.

A origem histórica dos direitos e garantias fundamentais do ser humano não é tópico desprovido de sentido, mas investigação necessária para constatar a própria natureza de tais direitos. Para HOBSBAWM (1998, p. 49-50), “toda a previsão sobre o mundo real repousa em algum tipo de inferência sobre o futuro a partir daquilo que aconteceu no passado, ou seja, a partir da história”.³

No surgir da história escrita, há evidências concretas de que Ciro, o primeiro rei persa, em 539 a.C., ao conquistar a Babilônia, declarou que todas as pessoas tinham o direito de escolher a sua própria religião, libertou os escravos e estabeleceu a igualdade racial. Essas normas estão registradas no “Cilindro de Ciro”, um objeto

³ “Uma espécie de historicismo, ou seja, a extrapolação mais ou menos sofisticada e complexa de tendências passadas para o futuro, foi o método mais conveniente e popular de previsão. Em todo caso, a forma do futuro é vislumbrada mediante a procura de pistas no processo de desenvolvimento passado, de forma que, paradoxalmente, quanto mais esperamos inovação, mais a história se torna essencial para descobrir como ela será. Esse procedimento pode ir desde o muito ingênuo - a visão do futuro como um presente maior e melhor, ou um presente maior e pior, tão característica das extrapolações tecnológicas ou antiutopias sociais pessimistas – até o intelectualmente muito complexo e intenso; mas, essencialmente, a história continua a ser a base de ambos” (HOBSBAWM, 1998, p. 31).

cilíndrico argiloso com escrita cuneiforme na língua acádica, sendo recentemente reconhecido como a primeira carta dos direitos humanos do mundo. O teor do cilindro foi traduzido nas seis línguas oficiais das Nações Unidas, e as suas estipulações são análogas aos quatro primeiros artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴.

Como parâmetro constitucional para a origem, aponta-se a elaboração da *Magna Charta Libertatum* do Príncipe João-Sem-Terra⁵, ano 1215, momento em que a nobreza britânica de época, representada pela aristocracia feudal, tratou de legitimar expressamente alguns direitos que se opusessem aos abusos da Coroa Inglesa. Embora o texto tenha sido redigido sem divisões nem parágrafos, ele é comumente apresentado como composto de um preâmbulo e de sessenta e três cláusulas. A *Magna Charta* foi confirmada, com ligeiras alterações, por sete sucessores de João Sem Terra. A cláusula 39⁶, geralmente apontada como o coração da Magna Carta, desvincula da pessoa do monarca tanto a lei quanto a jurisdição. Os homens livres devem ser julgados pelos seus pares e de acordo com a lei da terra. Eis aí, já em sua essência, o princípio do devido processo jurídico (*due process of law*), expresso na 14^a Emenda à Constituição dos EUA de 1776 e também adotado na Constituição Brasileira de 1988 (art. 5º, LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal).

Não se pode dizer que as normas da Magna Carta constituíam uma afirmação de caráter universal, de direitos inerentes à pessoa humana e oponíveis a qualquer governo. Foram assegurados os direitos dos barões e prelados ingleses, restringindo o poder absoluto do monarca. Todavia, essa afirmação de direitos, feita em

⁴ In: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html> “Unidos pelos Direitos Humanos é uma organização internacional, sem fins lucrativos dedicada à implementação da Declaração Universal dos Direitos do Homem a nível local, regional, nacional e internacional. É composta por indivíduos, educadores e grupos em todo o mundo que estão ativamente a transmitir o conhecimento e a proteção dos direitos humanos por e para toda a Humanidade”.

⁵ “Redigida em latim bárbaro, a *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae* (Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês) foi a declaração solene que o rei João da Inglaterra, também conhecido como João Sem Terra, assinou, em 15 de junho de 1215, perante o alto clero e os barões do reino.” (COMPARATO, 2003, p. 69). “O documento que a maioria dos autores considera o antecedente direto mais remoto, das Declarações de Direitos, é a Magna Carta da Inglaterra, de 1215”. (DALLARI, 2012, p. 206).

⁶ “Nenhum homem livre poderá ser detido ou mantido preso, privado de seus bens, posto fora da lei ou banido, ou de qualquer maneira molestado, e não procederemos contra ele e nem o faremos vir, a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra”.

caráter geral e obrigando o rei da Inglaterra no seu relacionamento com os súditos, representou um avanço, tendo fixado alguns princípios que indicavam o caminho da universalidade de direitos.

Séculos depois, os ideais das revoluções iluministas liberais (EUA, 1776; França, 1789) impulsionaram a formação de um sistema de direitos fundamentais individuais de cunho liberalista, com base na liberdade, igualdade, propriedade e segurança. O texto original da Declaração de Direitos de Virgínia⁷ foi de autoria de George Mason, que representou o Estado na Convenção de Filadélfia de 1787, onde foi votada a Constituição. O estilo é mais retórico do que técnico-jurídico, distanciando-se do modelo inglês de 1689. A proclamação de abertura, asseverando que todos os seres humanos são, pela sua própria natureza, igualmente livres e independentes, dá o tom de todas as grandes declarações de direitos do futuro, como a francesa de 1789 e a Declaração Universal de 1948, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

Rousseau escrevera, no início do *Contrato Social*: “O homem nasceu livre, mas por toda parte se encontra a ferros”. Representou um nascimento não natural, mas ideal. Era precisamente essa a meta a que se haviam proposto os constituintes franceses de 1789, os quais, no art. 2º, declaravam que a “o objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”, como a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão. No artigo não há a expressão “contrato social”, mas a ideia do contrato está implícita na palavra “associação”. (BOBBIO, 2004, p. 87).

⁷ “É importante assinalar que os dois primeiros parágrafos da Declaração de Virgínia expressam com nitidez os fundamentos do regime democrático: o reconhecimento de ‘direitos inatos’ de toda pessoa humana, os quais não podem ser alienados ou suprimidos por uma decisão política (parágrafo 1), e o princípio de que todo poder emana do povo, sendo os governantes a este subordinados (parágrafo 2). O parágrafo 3, de certa forma, completa a declaração da soberania popular do parágrafo anterior, proclamando o direito do povo de substituir os governantes ou, mais radicalmente, de mudar a forma de governo, caso a organização estatal se revele incapaz de realizar os fins de toda sociedade política, quais sejam, a felicidade e a segurança dos cidadãos. No parágrafo 4 é afirmado o princípio fundamental da igualdade perante a lei, pela rejeição dos privilégios pessoais e da hereditariedade nos cargos públicos. Em complemento, o parágrafo 5 estabelece e proclama a igualdade de condição política de todo cidadão, ou seja, o princípio democrático de que ninguém nasce da condição imutável (o *status* do antigo regime) de governante ou governado.” (COMPARATO, 2003, p. 111-112).

Os direitos fundamentais, em verdade, não encontram nascedouro fixo e estático, já que, às evidências, são direitos resultantes da evolução histórica dos povos e nações e da formação dos Estados ao longo dos tempos. Para PEREZ LUÑO (2007, p. 21), no tocante ao significado axiológico objetivo, “*los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes.*”⁸

Algumas relevantes contribuições ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, para alcançar seu atual *status*, datam de épocas anteriores às revoluções iluministas-liberais do século XVIII. Ilustrando, a época antiga legou um primórdio da ideia de liberdade, como aquela aptidão aos capacitados para exercer a vida política da sociedade grega, e um primórdio da ideia cosmopolita do império helênico de Alexandre da Macedônia, bem como, a herança cultural judaico-cristã e seus valores de moralidade e solidariedade, pautada na tolerância e na ideia do *homem-em-si* como respeito aos demais homens⁹.

O período medieval destacou-se pela obscuridade na disseminação dos conhecimentos. Porém, a criação das primeiras universidades (Bolonha, Paris e Oxford)

⁸ “Os direitos fundamentais representam o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais, alcançado a partir das relações de tensão dos consequentes esforços de cooperação desenvolvidos pelas metas em comum” (tradução livre).

⁹ “O valor atribuído à pessoa humana, fundamento dos direitos humanos, é parte integrante da tradição, que se viu rompida com a irrupção do fenômeno totalitário. [...] Na vertente grega da tradição cabe mencionar o estoicismo, que na época helenística, com o fim da democracia e das cidades-estado, atribuiu ao indivíduo que tinha perdido a qualidade de cidadão, para se converter em súdito das grandes monarquias, uma nova dignidade. Esta nova dignidade resultou do significado filosófico conferido ao universalismo de Alexandre. O mundo é uma única cidade - *cosmo-polis* - da qual todos participam como amigos e iguais. À comunidade universal do gênero humano corresponde também um direito universal, fundado num patrimônio racional comum, daí derivando um dos precedentes da teoria cristã da *lex aeterna* e da *lex naturalis*, igualmente inspiradora dos direitos humanos. O cristianismo retoma e aprofunda o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, através da evangelização, a ideia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação. [...] Neste sentido, o ensinamento cristão é um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos. [...] importa realçar outra dimensão importante da tradição que ensinou o tema dos direitos humanos, a saber, o *individualismo* na sua acepção mais ampla, ou seja, todas as tendências que vêm no indivíduo, na sua subjetividade, o dado fundamental da realidade. O individualismo é parte integrante da lógica da modernidade, que concebe a liberdade como a faculdade de autodeterminação de todo ser humano. Tem, como ponto de partida, no plano epistemológico, o *nominalismo*, que substituiu a preocupação aristotélica com o geral pelas substâncias individuais de Guilherme de Occam. Com efeito, para o nominalismo só são reais os seres singulares designados por nomes próprios.” (LAFER, 1999, p. 119-120).

permitiu a compilação de obras clássicas pelos glosadores, em principal, a corrente platônica e a aristotélica, ademais da vigência da doutrina escolástica. Época também marcada pela consolidação da filosofia cristã, com a salvação pela misericórdia, qualidade esta que vem a ser basilar para a posteridade da dignidade humana. Destacam-se Agostinho¹⁰ e Tomás de Aquino¹¹, com suas doutrinas naturalistas providenciais, bem como, Guilherme de Ockham¹² e sua renovação da vontade (nominalismo), afastando o Direito do transcendental e aproximando-o do livre-arbítrio (liberdade da vontade do ser) para a sociedade organizada, primórdio para o positivismo e para a formação dos Estados modernos. No mesmo sentido, os teólogos espanhóis Francisco de Vitoria e Francisco Suárez condenaram a supremacia da força, preconizando a limitação da independência dos Estados pela moral e pelo direito¹³.

¹⁰ “Agostinho defende a criação do mundo por Deus por meio de uma reflexão sobre a mutabilidade das coisas. Na natureza, aquilo que muda, isto, é, o mutável, nem sempre existiu. Assim é o homem, os animais e tudo o que podemos conhecer: as coisas têm um começo e, cedo ou tarde, têm um fim. Ora, aquilo que nem sempre existiu, precisa de *algo* que seja anterior a si e que tenha possibilitado sua existência: o mutável não pode ser sua própria origem e parece um contrassenso propor que o nada tenha sido alguma vez o autor de algo. Desse modo, em última instância, para existir, o conjunto das coisas mutáveis dependeu ao menos uma vez de algo que fosse anterior a si. E é preciso que esse ser que deu origem ao mutável tenha sempre existido, isto é, que seja eterno e, conseqüentemente, imutável. É assim que, para Agostinho, a mutabilidade é o maior testemunho que as coisas podem dar de seu criador” (RAMOS; MELO; FRATESCHI, 2012, p. 46).

¹¹ “Por meio de sua apresentação da filosofia aristotélica, principalmente no que diz respeito à compreensão da natureza do homem, Tomás de Aquino dá suporte à teoria da distinção entre o poder temporal e o poder espiritual. Afinal, dado o que é capaz de apreender de sua própria natureza, o homem vê-se destinado à busca do bem comum, regida pelo poder temporal porque subordinada àquilo que é próprio da natureza humana” (RAMOS; MELO; FRATESCHI, 2012, p. 60).

¹² “O poder do Imperador ou do rei, para Ockham, provém, em última instância, do povo que resolveu eger um governante para si: o povo deve estabelecer se um rei deve suceder a outro por hereditariedade, por eleição ou por qualquer outro meio. [...] Ao propor a vontade do povo como a base da instituição do governo temporal, Ockham não faz mais que retomar a formulação aristotélica da constituição da política em vista do bem comum numa chave estritamente prática. O poder do governante, ou, nas palavras de Ockham, o principado régio, possui, entre outras características, aquele de ter sido instituído por causa do bem comum dos súditos, e não em proveito do próprio governante. [...]. Sendo assim, mais do que na natureza, o núcleo em torno do qual gira a política ockhamiana está na vontade: vontade do povo que decide escolher para si um rei, vontade do rei que escolhe que tipo de organização será a melhor para seu reino. [...] Em Ockham, a Política encontra seus limites, uma vez que já não pode mais contar nem com a religião nem com a natureza como bases de seus fundamentos. Destituída de suas bases, a vontade precisa buscar em si mesma a legitimidade do bem querido. Abrem-se, enfim, as portas para a modernidade” (RAMOS; MELO; FRATESCHI, 2012, p. 64).

¹³ “Francisco de Vitoria dió un aporte pioneiro y decisivo para la noción de la prevalência del Estado de Derecho: fué el quien sostuvo, com rara lucidez, em sus célebres *Relecciones Teológicas* (1538-1539) que el ordenamento jurídico obliga a todos (governados y gobernantes, y la comunidade internacional (*totus orbis*) prima sobre el arbítrio de cada Estado individual” (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 119). “Francisco de Vitoria deu um aporte pioneiro e decisivo para a noção da prevalência do Estado de Direito: foi ele quem sustentou, com rara lucidez, em suas célebres *Relecciones Teológicas* (1538-1539) que o ordenamento jurídico abriga a todos (governados e governantes), e a comunidade internacional (*totus orbis*) tem preferência sobre o arbítrio de cada Estado individual.” (tradução livre).

Com efeito, a decadência da Idade Média e o alvorecer da Idade Moderna contribuíram para a formação do Estado de Direito, desde o absolutismo até o liberalismo, afinal, a ideia e implantação de um poder central reforçou a noção de Estado e a relação dos súditos/cidadãos com seu Estado na busca de proteções, políticas e jurídicas, para a efetivação da liberdade, igualdade e propriedade. Destacam-se Maquiavel e Hobbes na doutrina absolutista como forma de governo, enquanto, posteriormente, Locke, Montesquieu e Rousseau extrapolam o mero absolutismo monárquico e escrevem sobre o liberalismo da sociedade civil, o contratualismo social e o controle do poder pelo próprio poder, nascedouros do Estado Liberal de Direito.

Fator-chave para a estruturação moderna do Estado Liberal de Direito foi a Reforma Protestante, movimento ideológico religioso de ruptura com a Igreja Católica Romana por meio das manifestações cruciais de Calvino e Lutero, o que efetivou o processo de secularização, separando em definitivo o Estado e o Direito da religiosidade, culminando na laicização definitiva do Direito Natural. Essa secularização gerou espaços ao repensar do jusnaturalismo desde Hugo Grotius. Conforme DALLARI (2012, p. 206), o jusnaturalismo do século XVII, que levou às Declarações de Direitos no século seguinte, já não se apoiava na crença em duas verdades, uma revelada e outra conquistada pela razão, como ocorria com os jusnaturalistas medievais. Assim Hugo Grotius, um dos mais eminentes defensores do novo Direito Natural, sustentava que este poderia ser concebido mesmo que não houvesse Deus, procurando com isto afirmar o seu caráter puramente racional. Para ele o Direito Natural era “a qualidade moral que tornava justo e certo que um homem fizesse ou tivesse algo”. No tocante ao direito internacional, “*en la concepción del jus gentium de Hugo Grotius (De Jure Belli ac Pacis, 1625), el Estado no es un fin em sí mismo, sino un medio para asegurar el ordenamento social y perfeccionar la sociedad común que abarca toda la humanidad.*” (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 120).¹⁴

¹⁴ “na concepção do *jus gentium* de Hugo Grotius, o Estado não é um fim em si mesmo, senão um meio para assegurar a ordem social e perfectibilizar a sociedade comum que abrange toda a humanidade” (tradução livre).

Esse novo jusnaturalismo configurou-se a mola propulsora do movimento constitucionalista, pois os direitos do homem, a partir de então, passaram a ser vistos como direitos inatos e tidos como verdade evidente, definindo sua carga axiomática. As constituições que estavam por vir são profundamente jusnaturalistas renovadas, expressando em seus textos a intensa preocupação em colocar o homem como o centro da convivência política e do ordenamento jurídico¹⁵. Desponta, então, uma fase de emancipação do ser humano por meio da racionalidade pura e prática, no modelo *sapere aude* kantiano, ou seja, com a liberdade de uso autônomo da razão para produzir-se a *ilustração*¹⁶ e a maioria dos homens. Originam-se os direitos humanos em sua concepção contemporânea. Desde então, as liberdades do homem tornam-se fundamentais aos novos tempos.

Mas qual a origem dessa tendência humanista filosófico-jurídica? Impulso relevante no berço iluminista é dado pela constatação da desigualdade humana dissertada por ROUSSEAU (2012, p. 114):

Conclui-se dessa exposição que a desigualdade, sendo quase nula no estado de natureza, obtém sua força e cresce com o desenvolvimento de nossas faculdades e os progressos do espírito humano, tornando-se finalmente estável e legítima pelo estabelecimento da propriedade e

¹⁵ “No jusnaturalismo, que inspirou o constitucionalismo, os direitos do homem eram vistos como direitos inatos e tidos como verdade evidente, a compeli-la mente. [...] A proclamação dos direitos do homem surge como medida deste tipo, quando a fonte da lei passa a ser o homem e não mais o comando de Deus ou os costumes. De fato, para o homem emancipado e isolado em sociedades crescentemente secularizadas, as Declarações de Direitos representavam um anseio muito compreensível de proteção, pois os indivíduos não se sentiam mais seguros de sua igualdade diante de Deus, no plano espiritual, e no plano temporal no âmbito dos *estamentos* ou ordens das quais se originavam. É por isso que a positivação das declarações nas constituições, que se inicia no século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa, tinha como objetivo conferir aos direitos nelas contemplados uma dimensão permanente e segura. Esta dimensão seria o dado da estabilidade, que serviria de contraste e tornava aceitável a variabilidade, no tempo e no espaço, do Direito Positivo, dependente da vontade do legislador em contextos localizados e variáveis.” (LAFER, 1999, p. 123-124).

¹⁶ “Essa é outra importante fonte das duas declarações. A filosofia da ilustração se formou absorvendo ideias obtidas, principalmente, junto às liberdades inglesas e às ideias dos fisiocratas. Os intelectuais franceses admiravam as liberdades obtidas pelos ingleses e o aparato institucional que as tornava possível. Autores como Montesquieu, em *Do espírito das leis*, e Voltaire, em *As cartas inglesas*, demonstram explicitamente essa admiração e racionalizavam essa experiência política concreta dos ingleses. [...] Os fisiocratas constituíam uma escola de pensamento econômico do século XVIII que considerava que as sociedades são regidas por uma ordem natural – leis naturais – e que o Estado não deve intervir nelas. Consequentemente defendiam a liberdade econômica, considerando que a ação do Estado impedia o pleno desenvolvimento das forças produtivas. [...] O respeito ao indivíduo e aos seus direitos era a base da sociedade; a propriedade constituía a essência da ordem social. A expressão *laissez faire – laissez passer* (deixe fazer, deixe passar), que tornou-se clássica para expressar o pensamento econômico liberal, tem origem fisiocrática.” (DIAS, 2013, p. 234-235).

das leis. Conclui-se também que a desigualdade moral, autorizada apenas pelo direito positivo, é contrária ao direito natural (...) distinção que determina suficientemente o que se deve pensar, a esse respeito, sobre a espécie de desigualdade que reina entre todos os povos civilizados, pois é manifestamente contra a lei da natureza, não importa como a definamos, que uma criança comande um velho, que um imbecil conduza um homem sábio e que um punhado de gente tenha coisas supérfluas em abundância enquanto a multidão faminta carece do necessário (ROUSSEAU, 2012, p. 114).

Porém, a proteção dos direitos humanos não é mero retorno ao direito natural¹⁷ ou negativa extremada ao direito positivado¹⁸, mas uma releitura crítica e necessária do que é nosso direito primordial, a defesa da vida em todas as suas formas por meio de uma coletividade benéfica.

Esse jusnaturalismo renovado é essencial ao contratualismo¹⁹ de Locke e Rousseau, fundamentando a liberdade como direito natural e a existência do Estado para garantir essa liberdade. Concluem na necessidade de um Estado de poderes restritos, mas legitimado para restringir em prol da coletividade. E para que o Estado tenha legitimidade, cada indivíduo da coletividade cede, tacitamente, uma parcela de sua liberdade, o que leva à restrição das liberdades individuais em benefício do bem comum, assegurando que o Estado tenha meios de garantir as liberdades individuais de

¹⁷ Voltaire, depois de ler o ensaio de Rousseau, afirmou que este propusera, de forma muito sutil, o retorno do homem ao animalesco, a andar de quatro. Em carta de resposta a Voltaire, aos 10 de setembro de 1755, Rousseau rebate, “entenda que não aspiro a um retorno à nossa animalidade, embora eu lamente muito, de minha parte, o pouco que perdi dela. [...] Não tente, portanto, voltar a andar de quatro” (ROUSSEAU, 2012, p. 161).

¹⁸ A crítica maior mira ao positivismo jurídico como método interpretativo fechado, ou seja, a mera exegese legal, desvalida de carga valorativa e principiológica.

¹⁹ “O Direito Natural laicizado difundiu largamente, nos séculos XVII e XVIII, a tese do contrato social como explicação da origem do Estado, da Sociedade e do Direito. A explicação *contratualista* ajusta-se à passagem de um Direito baseado no *status* para o Direito baseado no indivíduo, numa sociedade na qual começa a surgir o *mercado* e a competição. Com efeito, no contratualismo a relação autoridade-liberdade fundamenta-se na auto-obrigação dos governados, resolvendo-se desta maneira um dos problemas básicos da Filosofia Jurídica individualista, que é o de explicar como é que o Direito, que deve servir aos indivíduos, pode também vincula-los e obriga-los. Esta vinculação provém de uma auto-obrigação dos governados, resolvendo-se desta maneira um dos problemas básicos da Filosofia Jurídica individualista, que é o de explicar como é que o Direito, que deve servir aos indivíduos, pode também vincula-los e obriga-los. Esta vinculação provém de uma auto-obrigação no momento da celebração do contrato social, na passagem do estado de natureza para a vida organizada em sociedade. Afirma-se, desta maneira, que o Estado e o Direito não são prolongamento de uma sociedade natural originária e orgânica, como a família, mas sim uma construção convencional dos indivíduos, ao saírem do estado de natureza.” (LAFER, 1999, p. 121).

todos, sendo o Direito esse principal meio²⁰. Esse contrato social, um consentimento tácito, encontrou corpo físico nas cartas constitucionais da modernidade.

Os ideais iluministas (liberais, democráticos e jusnaturais), pautados na prevalência exacerbada dos direitos individuais²¹, nortearam a elaboração das principais constituições da época, portanto, foram expressamente protegidos os direitos e garantias individuais nas cartas políticas dos Estados modernos, em principal EUA e França, nos quais um ordenamento jurídico de controle e legitimação do poder era necessário. De tal forma, o conceito moderno de Estado de Direito intrinsecamente exigiu a proteção e promoção dos direitos individuais de origem liberalista.

Todavia, como analisa COMPARATO (2003, p. 129-130), o estilo abstrato e generalizante distingue, nitidamente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dos *bills of rights* dos Estados Unidos. Os americanos, em regra, com exceção de Thomas Jefferson, estavam mais interessados em “firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que em levar a ideia de liberdade a outros povos”, enquanto os revolucionários franceses bradavam-se

²⁰ “No contratualismo de Locke - que Hannah Arendt considera de tipo horizontal porque criado de uma *societas* entre indivíduos - o Estado e o Direito são um meio-termo que compatibiliza a liberdade do estado de natureza, onde tudo é permitido, com as exigências da vida em sociedade. [...] Existe uma relação direta entre a teoria política de Locke e os princípios que inspiraram a tutela dos direitos fundamentais do homem no *constitucionalismo*. Com efeito, a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do *todo* em relação ao *indivíduo*. Estes limites, vistos como necessários para que as individualidades possam ser livres, resultariam da divisão dos poderes, na lição clássica de Montesquieu - que tem as suas raízes na teoria do governo misto, combinada com uma declaração de direitos, ambas expressas num texto escrito: a constituição.” (LAFER, 1999, p. 121-123).

²¹ “Com efeito, num primeiro momento, na intenção entre governantes e governados que antecede a Revolução Americana e a Revolução Francesa, os direitos do homem surgem e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder do soberano no Estado absolutista. Representavam, na doutrina liberal, através do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a emancipação do poder político das tradicionais peias do poder religioso e através da liberdade de iniciativa econômica a emancipação do poder econômico dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político. Os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são, neste sentido, direitos humanos de primeira geração, que se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais, uma vez que precedem o contrato social. Por isso, são direitos individuais: (I) quanto ao *modo de exercício* - é individualmente que se afirma, por exemplo, a liberdade de opinião; (II) quanto ao *sujeito passivo do direito* - pois o titular do direito individual pode afirmá-lo em relação a todos os demais indivíduos, já que estes direitos têm como limite o reconhecimento do direito do outro, [...]; e (III) quanto ao *titular do direito*, que é o homem na sua individualidade.” (LAFER, 1999, p. 126-127).

“apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos vindouros”.

Para HOBBSAWM (1997, p. 41-42), efetivamente, o espírito da Revolução Francesa foi difundido, em pouco tempo, não só na Europa, como também nas regiões distantes da Índia, Ásia Menor e América Latina. No mesmo sentido, defende BOBBIO (2004, p. 85) que apesar da influência até mesmo imediata que a revolução das treze colônias teve na Europa, bem como da rápida formação no Velho Continente do mito americano, o fato é que a Revolução Francesa constituiu, por cerca de dois séculos, o modelo ideal para todos os que combateram pela própria emancipação e pela libertação do próprio povo²².

Em síntese, o núcleo principiológico da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 está contido nos três artigos iniciais: o primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos que precede a formação da sociedade civil; o segundo, à finalidade da sociedade política, que vem depois (se não cronologicamente, pelo menos axiologicamente) do estado de natureza; o terceiro, ao princípio de legitimidade do poder que cabe à nação. (BOBBIO, 2004, p. 87). Ademais, a fórmula do primeiro artigo – “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” – foi retomada quase literalmente pelo art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1946: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” (BOBBIO, 2004, p. 87).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 significou que doravante o Homem, e não o comando de Deus nem os costumes da história, seria a fonte da Lei. Independente dos privilégios que a história concedera a algumas classes sociais ou certas nações, a declaração era ao mesmo tempo a mostra de que o homem se libertava de toda espécie de tutela e o prenúncio de que já havia atingido a maioridade.

²² “Foram os princípios de 1789 que constituíram, no bem como no mal, um ponto de referência obrigatório para os amigos e para os inimigos da liberdade, princípios invocados pelos primeiros e execrados pelos segundo. Da subterrânea e imediata força de expansão que a Revolução Francesa teve na Europa, permitam-me recordar a esplêndida imagem de Heine, que comparava o frêmito dos alemães ao ouvirem as notícias do que ocorria na França com o rumor que emerge das grandes conchas que ornamentam as lareiras, mesmo quando já estão distantes do mar há muito tempo: ‘Quando em Paris, no grande oceano humano, as ondas da revolução subiam, agitavam-se e se enfureciam tempestuosamente, para além do Reno os corações alemães murmuravam e fremiam’.” (BOBBIO, 2004, p. 86).

Por outro lado, era apenas o início da proteção dos indivíduos em face de uma nova sociedade secularizada e emancipada, pois o consenso de opinião do século XIX era de que os direitos humanos tinham de ser invocados pelo indivíduo para proteger-se da nova soberania estatal e arbitrariedade social. Um sistema normativo mais organizado para garantir a exequibilidade dos direitos humanos fazia-se necessário. (ARENDR, 1997, p. 324).

O “iluminismo” foi, acima de tudo, ideologia revolucionária, implicando na abolição da ordem política e social vigente na maior parte da Europa. Com exceção da Grã-Bretanha, que fizera sua revolução no século XVII, e alguns Estados menores, as monarquias absolutas reinavam em todos os Estados em funcionamento no continente europeu; aqueles em que elas não governavam ruíram devido à anarquia e foram tragados por seus vizinhos, como a Polônia. Os monarcas hereditários pela graça de Deus comandavam hierarquias de nobres proprietários apoiados pela organização tradicional e a ortodoxia das igrejas e envolvidos por uma crescente desordem das instituições que nada tinham a recomendá-las exceto um longo passado. (HOBBSAWM, 1997, p. 38).

A política e ideologia do mundo do século XIX foram formadas fundamentalmente pela Revolução Francesa. A França forneceu o vocabulário e os temas da política liberal e radical-democrática, os códigos legais, o modelo de organização técnica e científica e o sistema métrico de medidas a maior parte do mundo, a ponto de bandeiras tricolores de um tipo ou de outro terem-se tornado o emblema de praticamente todas as nações emergentes. A Revolução Francesa não foi feita ou liderada por um partido ou movimento organizado, no sentido moderno, mas sim pelo consenso de ideias gerais em um grupo bem coerente: a burguesia²³. Essas ideias eram as do liberalismo clássico, formuladas pelos filósofos. Por sinal, a Revolução teria ocorrido sem a presença dos filósofos, mas eles provavelmente constituíram a diferença entre um simples colapso de um velho regime e a sua substituição rápida e efetiva por um novo. (HOBBSAWM, 1997, p. 76-77).

²³ “A peculiaridade da Revolução Francesa é que uma facção da classe média liberal estava pronta a continuar revolucionária até o, e mesmo além do, limiar da revolução antiburguesa: eram os jacobinos, cujo nome veio a significar ‘revolução radical’ em toda parte” (HOBBSAWM, 1997, p. 80-81).

Sem dúvida, as revoluções iluministas e liberais do século XVIII ocorridas na França e EUA foram fundamentais para a emancipação dos direitos individuais, voltados à pessoa como “ser-em-si”, direitos de todos e de cada um, e oponíveis contra todos. Promovem-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, à segurança. É momento histórico de ruptura com os Estados absolutistas monárquicos e com o primado do “rei-sol”, uma legitimada, proposital e famigerada confusão da autoridade estatal com o divino. Germina-se o campo científico e político para novos debates em torno dos direitos humanos. Mas, em verdade evidente, a segurança dos direitos individuais – prevalentes para a classe burguesa – não garantiu a distribuição equânime da justiça social.

Ocorre que a exacerbação dos ideários individualistas não pôde, por meio do Estado Liberal de Direito, garantir, eficazmente, a qualidade de vida almejada aos povos dos Estados Modernos. Grande parte da população, sua maioria, não teve acesso aos chamados meios-de-produção, e submeteu-se ao trabalho assalariado, uma gigantesca evolução se comparada ao sistema feudal-escravocrata, mas ainda muito distante de conferir dignidade a todo ser humano. Isso gerou uma nova onda de reavaliação sobre os ideais iluministas e liberais, encontrando-se, como solução, a necessária busca de um equilíbrio entre os princípios da liberdade e, agora, da igualdade social.

Defendeu Léon Duguit que a doutrina individualista deveria ser refutada, considerando-se que sua base consolida-se sobre uma afirmação apriorística e hipotética, pois afirma que o homem natural, isto é, o homem enquanto ser isolado, separado de outros homens, encontra-se investido de certos privilégios, certos direitos, que lhe cabem em virtude de sua natureza humana, ‘por causa da eminente dignidade da pessoa humana’, na expressão de Henry Michel. Essa pode ser considerada uma afirmação desmotivada. O homem natural, isolado, que nasce livre e independente de outros homens, e com direitos constituídos por essa mesma liberdade e essa mesma independência, constitui uma abstração desvinculada da realidade. O ser humano nasce integrado a uma coletividade, vive sempre em sociedade e só pode viver em sociedade. Nesse sentido, o ponto de partida de qualquer doutrina relativa ao fundamento do direito deve basear-se, sem dúvida, no homem natural; não aquele ser isolado e livre que

pretendiam os filósofos do século XVIII, mas o indivíduo comprometido com os vínculos da solidariedade social. Não é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direito, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade e sujeitos, assim, a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva. (DUGUIT, 2009, p. 25-26).

Para DUGUIT (2009, p. 105-106), o óbice maior ao equilíbrio da liberdade/igualdade encontrava-se nas antigas e ainda vigentes indagações dos juristas romanos: o direito público em oposição ao direito privado. O paradigma estabelecido era sólido no sentido de que haveria uma “fronteira absoluta e intransponível entre direito público e privado”, pois as noções verdadeiras entre particulares deixam de ser verdadeiras quando se pretende aplica-las a relações que abrangem governantes e seus representantes. O direito privado constitui um “conjunto de regras aplicáveis a pessoas semelhantes, regras que perdem a aplicabilidade quando se pretende determinar relações de direito público, uma vez que, em tal contexto, essas relações emergem entre pessoas desiguais, sendo que uma das entidades, seja o Estado ou outra pessoa pública, exerce um direito de poder sobre a outra.”.

DUGUIT (2009, p. 106) veementemente inadmitte essa distinção entre direito público e privado, refutando a personalidade, a soberania do Estado e a existência de regra aplicável às relações de pretensa pessoa coletiva soberana a impor sua vontade a outros indivíduos. Para ele, “os governantes são indivíduos semelhantes a quaisquer outros, também implicando nos laços de solidariedade social, e submetidos também à regra de direito que se funda nesta solidariedade.” A regra de direito imposta aos governantes é a mesma para os governados. Nas relações dos governantes com os governados, e nas relações recíprocas entre governados, só pode haver uma regra de direito, que é sempre a mesma: cooperar na solidariedade social. O direito público e o direito privado têm, portanto, o mesmo fundamento.²⁴.

²⁴“Coletivo *versus* individual. Pensamos que tal confronto remonta à *summa divisio*, forjada nas origens do Direito, onde este aparecia rigidamente dividido entre ‘público’ e ‘privado’. [...] Tal separação era compreensível naquelas priscas eras, onde efetivamente, os dois únicos pólos de referência eram o indivíduo e o Estado; não se podia cogitar ‘corpos intermediários’ que ameaçassem o monopólio estatal. O próprio Direito Positivo restou dividido em dois ramos distintos: o público e o privado [...] Em verdade, a natureza humana aspira ao coletivo, tende ao grupo. [...] Com efeito, desde o início do século e até nossos dias, assiste-se ao crescimento formidável do processo corporativo: sindicatos, associações, trustes, cartéis, conglomerados financeiros, partidos políticos, *lobbies* etc [...] Parece-nos que o binômio

De tal forma, com os descréditos que recaíram sobre o Estado Liberal²⁵, ao final do século XIX e início do século XX ganham força e repercussão internacional as doutrinas socialistas e comunistas, defensoras do materialismo histórico²⁶ nos estudos de Marx, Engels, e Trotsky, e na posterior (e infame) aplicabilidade, no âmbito do nacionalismo estatal, por Stálin. A primeira geração de direitos viu-se complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do ‘bem-estar social’, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. Em *Introdução ao Manifesto Comunista*, de 1848, prevê-se a sociedade pós-capitalista pela mudança histórica mediante a práxis social, mediante a ação coletiva, como cerne para uma associação na qual o desenvolvimento livre de cada um é a condição de desenvolvimento livre de todos.

Na Alemanha, a Constituição de *Weimar* de 1919 tornou-se um modelo internacional de proteção aos direitos sociais. O manifesto revolucionário do Príncipe Max de Baden²⁷, em 1918, influenciou diretamente a nova Constituição alemã, a *Constituição de Weimar*, de 11 de agosto de 1919, na qual os direitos sociais tiveram grande destaque. O livro II da *Constituição de Weimar* foi inteiramente dedicado aos ‘Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão Alemão’, contendo três capítulos referentes, respectivamente, a ‘Pessoas Individuais’, ‘Vida Social’ e ‘Religião e Associações Religiosas’.

‘interesse individual/interesse coletivo’ deve ser visto de maneira objetiva e racional.” (MANCUSO, 2000, p. 34 e 39).

²⁵ “O conceito dos direitos humanos foi tratado de modo marginal pelo pensamento político do século XIX, e nenhum partido liberal do século XX houve por bem incluí-los em seu programa, mesmo quando havia urgência de fazer valer esses direitos.” (ARENDDT, 1997, p. 326).

²⁶ “Marx desejava provar a priori que um certo resultado histórico, o comunismo, era a consequência inevitável do desenvolvimento histórico [...] o materialismo histórico não era determinismo econômico [...] o argumento decisivo sobre a concepção materialista da história dizia respeito à relação fundamental entre o ser social e a consciência” (HOBSBAWN, 1997, p. 176).

²⁷ “Na Alemanha, ao final da I Guerra Mundial, a situação dos operários era desesperadora, com um altíssimo índice de desemprego e todo o seu cortejo de miséria e desespero. Em 9 de novembro de 1918, o Príncipe Max de Baden, chefiando um movimento revolucionário, publicou um manifesto, anunciando a abdicação do Imperador e a organização de um novo governo. Afirmando que a orientação desse governo era ‘puramente socialista’, o manifesto, a que se deu força de lei, eliminava uma série de restrições e prometia que em breve prazo seriam promulgadas novas disposições em matéria de política social” (DALLARI, 2012, p. 210).

Para renovar o sistema econômico capitalista após a 1ª Guerra Mundial e enfrentar a doutrina socialista, a tendência de valorização exacerbada dos direitos liberais da liberdade e propriedade consolida-se no *Welfare State*²⁸, um plano governamental de bases no “Estado-Providência” e “Estado-de-Bem-Estar”. Uma esfera de direitos sociais é projetada, mas em verdade, o plano do *Welfare State* mostrou-se desastroso para o desenvolvimento equilibrado do Estado, já que a entrega desenfreada de incentivos e subsídios estatais para as necessidades individualistas resultou em uma grave recessão da economia interna dos EUA e Estados Europeus²⁹. O *Welfare State* esteve presente até meados dos anos 70, momento propício ao surgimento das doutrinas neoliberais e de globalização.

No cenário político, os partidos liberais foram contrapostos ao movimento social-democrata. Porém, as participações malsucedidas de partidos políticos de orientação social-democrata no poder, durante o entreguerra, e a vontade de marcar distância do socialismo soviético levaram essa corrente, em diversas partes da Europa, a priorizar a participação dentro dos limites da legitimidade do Estado burguês. Para

²⁸ “Os chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte Populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômicos-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo, impedindo, desta maneira, a invasão do *todo* em relação ao *indivíduo*, que também resulta da escassez dos meios de vida e de trabalho.” (LAFER, 1999, p. 127-128).

²⁹ “*The welfare state has something in common with fishing. If no one owns and is responsible for the fish in the lake, but one does own all the fish he or she can catch and pull out of the lake, everyone tries to catch the most fish. Each reasons that ‘if don’t catch the fish, someone else will’. Each of us may know that catching lots of fish now means that the lake will be fished out, but so long as others can catch whatever I don’t catch, none of us have an incentive to limit our fishing and let the fish population replenish itself. Fish are caught faster than they can breed; the waters are fished out; and in the end everyone is worse off.*” (PALMER, 2012, p. 5). “O estado de bem-estar tem algo em comum com a pesca. Se não houver um proprietário e responsável pelos peixes no lago, e se alguém puder possuir todos os peixes que ele ou ela puder pegar e puxar para fora do lago, todo mundo tentará pegar a maior quantidade de peixes. Isso significa que ‘se eu não pegar o peixe, alguém o fará’. Cada um de nós pode saber que apanhar muito peixe agora significa que o lago vai se esgotar de peixes, mas enquanto outros podem pescar qualquer coisa que eu não pesquei, nenhum de nós tem um incentivo para limitar a nossa pesca e deixar a população de peixes se reabastecer. Os peixes são capturados mais rapidamente do que eles podem se reproduzir; as águas são esgotadas de peixes; e, no final, todos saem perdendo. (tradução livre).

PADRÓS (2000, p. 248), através do jogo eleitoral e do sistema de aliança políticas, o objetivo passou a ser o acesso ao governo para introduzir algumas reformas de caráter social e, então, voltando à trincheira do parlamento, defender tais avanços até uma nova chegada ao governo. Com esse tipo de atuação, defendendo programas de moradia popular, luta contra o desemprego ou pensão para os idosos, consideravam que cumpriam com o seu papel. Pensavam que, se não eliminavam as contradições do capitalismo, ajudavam a combater as tensões mais visíveis. Neste sentido, tinham razão, pois não modificaram a estrutura econômica nem a relação de força existentes. Assim, a social-democracia acabou dirigida pelas propostas de Keynes, e defendendo programas sociais que garantissem empregos e elevassem a qualidade salarial das pessoas, mas em contrapartida, o aumento do salário estava destinado ao aumento do consumo, equilibrando a economia de perfil capitalista³⁰.

As crises econômicas da década de 30 (*Big Crash* ou *Depressão*)³¹, a precária melhora social do *Welfare State* e o levante das ideologias pseudonacionalistas³² de totalitarismo³³ estatal, como o nazismo e fascismo, contra o

³⁰ “O cruzamento das propostas de Keynes com o gradual afastamento da social-democracia de propostas revolucionárias levou-os ao objetivo de gerenciar a economia capitalista, limitando-se a combater seus efeitos sociais negativos. Ou seja, através do Estado, desenvolver programas sociais, garantir o pleno emprego e evitar desequilíbrios internos acentuados. A tese keynesiana de que uma sociedade sadia devia ter produtividade crescente sustentada num forte mercado consumidor reforçava a opção social-democrata de garantir pleno emprego, bons salários e razoável cobertura social. A solução era aumentar o consumo” (PADRÓS, 2000, p. 249).

³¹ “A perspectiva da Depressão se fixa na não-geração, pela economia mundial, de demanda suficiente para uma expansão duradoura. As fundações da prosperidade da década de 1920 eram fracas, mesmo nos EUA, onde a agricultura já se achava praticamente em depressão, e os salários em dinheiro, ao contrário do mito da grande era do *jazz*, não estavam subindo, mas estagnaram nos últimos anos loucos do *boom*. O que acontecia, como muitas vezes acontece nos *booms* de mercados livres, era que, com os salários ficando para trás, os lucros cresceram desproporcionalmente, e os prósperos obtiveram uma fatia maior do bolo nacional. Mas como a demanda da massa não podia acompanhar a produtividade em rápido crescimento do sistema industrial nos grandes dias de Henry Ford, o resultado foi superprodução e especulação. Isso, por sua vez, provocou o colapso.” (HOBSBAWM, 1995, p. 104).

³² “O anti-semitismo moderno crescia enquanto declinava o nacionalismo tradicional, tendo atingido seu clímax no momento em que o sistema europeu de Estados-nações, com seu precário equilíbrio de poder, entrara em colapso. Os nazistas não eram meros nacionalistas. Sua propaganda nacionalista era dirigida aos simpatizantes e não aos membros convictos do partido. [...] O ‘nacionalismo’ nazista assemelhava-se à propaganda nacionalista na União Soviética, que também é usada apenas como repasto aos preconceitos das massas. Os nazistas sentiam genuíno desprezo, jamais abolido, pela estreiteza do nacionalismo e pelo provincianismo do Estado-nação” (ARENDR, 1997, p. 23-24).

³³ “Os movimentos totalitários são organizações maciças de indivíduos atomizados e isolados. Distinguem-se dos outros partidos e movimentos pela exigência de lealdade total, irrestrita, incondicional e inalterável de cada membro individual. Essa exigência é feita pelos líderes dos movimentos totalitários

liberalismo, a social-democracia e o real nacionalismo estatal, foram contundentes para a eclosão do mais trágico momento da história, a 2ª Guerra Mundial.

Já com a 1ª Guerra Mundial de 1914-1918, mas principalmente em 1939-1945, doutrinas totalitárias de estado legitimaram o holocausto, o genocídio, a tortura, a violência contra a desigualdade humana, traduzidas em duas guerras que mudaram o mundo por força de seus nefastos efeitos.

A 2ª Guerra Mundial, deflagrada com a invasão da Polônia pelas forças nazistas ao 1º de setembro de 1939, costuma ser apresentada como a consequência da falta de solução, na conferência internacional de Versalhes, das questões suscitadas pela 1ª Guerra Mundial e, portanto, como a retomada das hostilidades interrompidas em 1918. Nesse sentido, HOBBSAWM (1995, p. 30) reconhece essa fase como “a guerra mundial de 31 anos”.

Entretanto, as duas guerras se diferenciam em diversos pontos, os quais demonstram a maior amplitude dos efeitos da 2ª Guerra Mundial. O conflito de 1939-1945 abrangeu maior número de países envolvidos, teve duração mais prolongada e vitimou muitos mais. Por volta de 60 milhões de pessoas foram mortas durante a 2ª Guerra Mundial, a maior parte delas civis, seis vezes mais do que na 1ª Guerra Mundial, em que a maior parte das vítimas eram militares. Estima-se que a 1ª Guerra Mundial gerou 4 milhões de refugiados, enquanto a 2ª produziu aproximadamente 40 milhões de pessoas deslocadas de suas casas e Estados.

Conforme COMPARATO (2003, p. 210), também a qualidade das duas guerras mundiais foi bem distinta. A 1ª Guerra Mundial desenrolou-se na linha clássica das conflagrações imediatamente anteriores, pelas quais os Estados procuravam alcançar conquistas territoriais, sem escravizar ou aniquilar os povos inimigos. A 2ª Guerra Mundial, diferentemente, foi deflagrada com base em proclamados projetos de subjugação de povos considerados inferiores, lembrando os episódios de conquista das Américas a partir dos descobrimentos. O ato final da tragédia – o lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, em 6 e 9 de agosto de 1945, respectivamente – sou

mesmo antes de tomarem o poder e decorre da alegação, já contida em sua ideologia, de que a organização abrangerá, no devido tempo, toda a raça humana” (ARENDDT, 1997, p. 373).

como um prenúncio de apocalipse: o homem acabara de adquirir o poder de destruir toda a vida na face da Terra.

A 2ª Guerra Mundial foi, sem dúvida, global. Praticamente todos os Estados independentes do mundo se envolveram, quisessem ou não, embora as repúblicas da América Latina só participassem de forma mais nominal. As colônias das potências imperiais não tiveram escolha. Com exceção da Irlanda, Suécia, Suíça, Portugal, Turquia e Espanha, na Europa, e do Afeganistão, fora da Europa, o planeta foi todo beligerante ou ocupado, ou as duas coisas juntas. Em campos de batalha, os nomes de ilhas melanésias e assentamentos nos desertos norte-africanos, na Birmânia e nas Filipinas, tornaram-se tão conhecidos dos leitores de jornais e radiouvintes – e essa foi a guerra dos noticiários radiofônicos – quanto os nomes de confrontos no Ártico e no Cáucaso, na Normandia, em Stalingrado e em Kursk. (HOBSBAWM, 1993, p. 31-32).

Contudo, a mais essencial característica da 2ª Guerra Mundial veio do próprio homem, já que o estado de espírito violento e as depravações morais marcaram os campos de batalha e de prisioneiros. Somada à brutalidade extrema, “era a nova impessoalidade da guerra que tornava o matar e estropiar uma consequência remota de apertar um botão ou virar uma alavanca, pois a tecnologia tornava suas vítimas invisíveis, como não podiam fazer as pessoas evisceradas por baionetas” (HOBSBAWM, 1993, p. 57).

De tal forma, a maior mudança na consciência do mundo pós-guerras deu-se no plano ético, o qual repercutiu aos planos político, social e jurídico. Para PIOVESAN (2008, p. 118):

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. Nesse cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos. Nesse contexto, desenha-se o esforço de reconstrução dos

direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução. (PIOVESAN, 2008, p. 118).

Conforme PADRÓS (2000, p. 246), o caráter destrutivo da guerra produziu reflexões sobre os limites do uso da ciência e da tecnologia e sobre os fundamentos de uma ética civilizatória. A perda da humanidade estava presente numa sociedade profundamente ferida. Apesar da euforia material dos anos gloriosos (*Welfare State*), sempre pesou sobre a consciência coletiva a lembrança da barbárie anterior e o medo do holocausto nuclear.

No cenário mundial, a reestruturação da ordem político-econômica, bem representada pelo *Plano Marshall*³⁴, gerou profundas implicações sociais, como, alterações no sistema produtivo e no perfil do emprego, aburguesamento de segmentos operários, extensão da mecanização da agricultura e intensificação tecnológica provocando constante diminuição do campesinato e estímulo à urbanização, incorporação do *fordismo*, ascensão da mulher como protagonista produtiva e política, universalização da alfabetização e ensino fundamental, e crises nos sentimentos religiosos. (PADRÓS, 2000, p. 244).

Nesse período pós-guerras, a comunidade internacional tratou de consolidar organizações internacionais fundadas nos efeitos gerados pelos conflitos armados. Após a 1ª Guerra Mundial, os Estados vencedores buscaram aproximação entre seus comércios e sistemas de produção, na tentativa de impulsionar o mercado e o setor industrial, o que culminou na Sociedade das Nações de 1919. Porém, os efeitos terrivelmente desumanos da 2ª Guerra Mundial incentivaram os Estados vencedores a unirem-se para evitar novas ocorrências de guerras.

Surge a Organização das Nações Unidas – ONU, aos 26 de junho de 1945, na Conferência de São Francisco. O Brasil aprovou a Carta das Nações Unidas pelo

³⁴ “Os objetivos do Plano Marshall eram: a) reconstruir a sociedade capitalista global; b) recompor a economia europeia; c) integrar o Ocidente europeu à economia americana; d) adequar a imensa defasagem entre dólares e ouro existentes nos EUA e a falta deles entre os aliados ocidentais. O Plano Marshall foi fundamental para a acelerada recuperação das economias europeias nos anos 50 e 60. Mas foi muito mais favorável aos EUA” (PADRÓS, 2000, p. 233-234).

Decreto-lei nº 7.935, de 4 de setembro de 1945, ratificando-a em 21 de setembro do mesmo ano.

A ONU difere da Liga das Nações, na mesma medida em que a 2ª Guerra Mundial se distingue da 1ª. Enquanto em 1919 a preocupação única era a criação de uma instância de arbitragem e regulação dos conflitos bélicos, em 1945 objetivou-se colocar a guerra definitivamente fora da lei. Enquanto a Sociedade das Nações não passava de um clube de Estados, com liberdade de ingresso e retirada conforme suas conveniências próprias, as Nações Unidas nasceram com a vocação de se tornarem a organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer, portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana. Na ‘Carta do Atlântico’, Roosevelt e Churchill declararam que o objetivo comum a seus países, na guerra em curso, era o respeito pelo direito de todos os povos de escolher a sua própria forma de governo. A ‘Carta do Atlântico’ foi depois incorporada à Declaração das Nações Unidas, de 1º de janeiro de 1942, em que as 26 potências que combatiam as forças do Eixo proclamaram seus objetivos de guerra. Os signatários foram declarados ‘membros originários’ da ONU, cuja Carta de fundação foi assinada por 51 países em 26 de junho de 1945, ao término da Conferência de São Francisco. COMPARATO (2003, p. 210-212).

A seguir, a comunidade internacional, agora representada pela ONU, decide celebrar uma carta de intenções, a Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁵ – DUDH, adotada em 10 de dezembro de 1948, em Paris, durante a 3ª Sessão Ordinária

³⁵ “Finalmente, após a II Guerra Mundial, o problema dos direitos fundamentais da pessoa humana foi posto novamente em debate. Em 26 de junho de 1945 aprovou-se a Carta das Nações Unidas, destinada a fornecer a base jurídica para a permanente ação conjunta dos Estados, em defesa da paz mundial. Mas a experiência já havia deixado bem evidente que não pode existir paz onde não houver justiça social, surgindo, portanto, a ideia de uma Declaração de Direitos que fixasse as diretrizes para a reorganização dos Estados. Já no ano de 1946 foi iniciado o trabalho de elaboração desse documento, que, afinal, foi aprovado na terceira sessão ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, recebendo o nome de Declaração Universal dos Direitos Humanos. Contendo trinta artigos, a Declaração é precedida de um preâmbulo, onde se diz que a Assembleia Geral das Nações Unidas *proclama* os direitos fundamentais. É bem expressivo esse termo, pois torna evidente que não há concessão ou reconhecimento dos direitos, mas proclamação deles, significando que sua existência independe de qualquer vontade ou formalidade. Assim sendo, tratando-se de direitos fundamentais inerentes à natureza humana, nenhum indivíduo ou entidade, nem os governos, os Estados ou a própria Organização das Nações Unidas, tem legitimidade para retirá-los de qualquer indivíduo”. (DALLARI, 2012, p. 210-211).

da Assembleia Geral da ONU, cujo preâmbulo salientou que “o reconhecimento da dignidade intrínseca e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Essa carta de intenções teve como principais objetivos expressar em um documento as vontades dos Estados em proteger e promover os direitos fundamentais individuais (de cunho liberalista e capitalista-burguês) e coletivos *lato sensu* (de cunho comunista e social-democrata), criar tratados posteriores para gerar força vinculatória à Declaração e, finalmente, elaborar mecanismos de coerção ao cumprimento da Declaração e tratados internacionais pertinentes. Esta última fase ainda se encontra em desenvolvimento³⁶.

A DUDH encontrou amparos normativos em tratados internacionais anteriores, como a Carta de Direito Humanitário de Genebra para tratamento de soldados feridos e prisioneiros de guerras, a Liga das Nações de 1919, a Organização Internacional do Trabalho e a Carta das Nações Unidas.

O Direito Humanitário enunciou regras para atenuar os sofrimentos provocados pelos conflitos armados. Alguns costumes foram progressivamente codificados, em particular nas convenções concluídas em Genebra, para cuja preparação contribuiu grandemente o Comitê Internacional da Cruz Vermelha³⁷. Entre essas convenções, citam-se as de 1949 (relativas aos doentes, feridos, prisioneiros e à

³⁶ “Durante a sessão de 16 de fevereiro de 1946 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, ficou assentado que a Comissão de Direitos Humanos, a ser criada, deveria desenvolver seus trabalhos em três etapas. Na primeira incumbir-lhe-ia elaborar uma declaração de direitos humanos, de acordo com o disposto no artigo 55 da Carta das Nações Unidas. Em seguida, dever-se-ia produzir, no dizer de um dos delegados presentes àquela reunião, ‘um documento juridicamente mais vinculante do que uma mera declaração’, documento esse que haveria de ser, obviamente, um tratado ou convenção internacional. Finalmente, ainda nas palavras do mesmo delegado, seria preciso criar ‘uma maquinaria adequada para assegurar o respeito aos direitos humanos e tratar os casos de sua violação’. A primeira etapa foi concluída pela Comissão de Direitos Humanos em 18 de junho de 1948, com um projeto de Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro do mesmo ano. A segunda etapa somente se completou em 1966, com a aprovação de dois Pactos, um sobre direitos civis e políticos, e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais. [...] A terceira etapa, consistente na criação de mecanismos capazes de assegurar a universal observância desses direitos, ainda não foi completada. Por enquanto, o que se conseguiu foi instituir um processo de reclamações junto à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, objeto de um Protocolo facultativo, anexo ao Pacto sobre direitos civis e políticos.” (COMPARATO, 2003, p. 222-223).

³⁷ “O Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) nasceu por iniciativa de Henri Dunant, que, tendo assistido aos efeitos da batalha de Solferino, em 1859, quis criar uma instituição internacional susceptível de humanizar os conflitos armados. Após uma longa evolução durante a segunda metade do século XIX, constituiu-se em 1919 a Liga das Sociedades da Cruz Vermelha (associando a própria Cruz vermelha, o Crescente Vermelho e o Leão Vermelho)” (TOUSCOZ, 1993, p. 374).

proteção da população civil em tempo de guerra) e os dois protocolos adotados em 1977 (que favoreciam, sobretudo, uma expansão do campo de aplicação do Direito Humanitário às formas de guerra não-convencional e aos conflitos armados não internacionais). (TOUSCOZ, 1993, p. 373-374).

Com a fundação da Liga das Nações, em 1919, a extensão e amplitude do Direito Humanitário foram melhor definidas. O artigo 22 do Pacto da Liga estabeleceu o sistema de mandato para os povos de ex-colônias do inimigo “que não fossem ainda capazes de subsistir por si mesmos nas árduas condições do mundo moderno”. A potência mandatária era obrigada a garantir a liberdade de consciência e de religião. Uma Comissão Permanente para os Mandatos foi criada para examinar os relatórios feitos pelas autoridades mandatárias, e o arranjo todo foi qualificado como “uma responsabilidade sagrada da civilização”. O artigo 23 do Pacto previa o justo tratamento das populações nativas dos territórios em questão. Os acordos de paz celebrados em 1919 com os Estados da Europa Oriental e dos Bálcãs continham dispositivos referentes à proteção das minorias, os quais essencialmente previam a igualdade de tratamento e resguardavam oportunidades para a atividade coletiva daquelas. Essas estipulações eram supervisionadas pela Liga, à qual se atribuiu competência para conhecer de petições. (SHAW, 2010, p. 208-209).

Já a Organização Internacional do Trabalho fora prevista na Parte XII do Tratado de Versalhes, com a finalidade de promover melhores condições de trabalho e apoiar o direito de associação sindical. A OIT foi criada em 1919 e expandiu-se em 14 de dezembro de 1946, quando entrou em vigor o acordo (Resolução 50-I da Assembleia Geral) pelo qual a OIT constituiu relação com a ONU na qualidade de agência especializada, conforme disposto no art. 63 da Carta das Nações Unidas. A Declaração de Filadélfia, de 1944 (incorporada em 1946 à constituição da OIT), reafirmou os princípios básicos da organização: a) o trabalho não é uma mercadoria; b) que a liberdade de expressão e associação é essencial para o progresso contínuo; c) que a pobreza, onde quer que exista, é um perigo para a prosperidade de todos. (SHAW, 2010, p. 208 e 257).

Por fim, a Carta das Nações Unidas garantiu, em diversos artigos, os direitos humanos. O art. 1º menciona, entre os propósitos da organização, a promoção e o estímulo ao respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, idioma ou religião. O art. 13(1) observou que a Assembleia Geral deveria iniciar estudos e fazer recomendações destinadas a favorecer o pleno gozo dos direitos humanos para todos. O art. 55 dispôs que as Nações Unidas devem promover o respeito universal e efetivo dos direitos humanos, enquanto o art. 56 determinou que todos os membros da organização se comprometem a agir em cooperação para garantir os direitos humanos. (SHAW, 2010, p. 212-213).

De tal forma, a DUDH, arrimada nos tratados que a precederam, representou um marco para o lançamento dos direitos do homem no cenário do direito internacional, tendo proclamado um conjunto de características para os direitos humanos, bem como, o direito à dignidade da pessoa humana como mola propulsora e senso orientador para a interpretação e aplicabilidade dos direitos fundamentais no cenário internacional³⁸.

Em observação ao plano de atuação internacional, SHAW (2010, p. 206) aponta o conjunto axiológico nuclear para a garantia da dignidade da pessoa humana:

A corrente de pensamento que se centra nos cursos de ação política é particularmente interessante. Ela busca identificar, conceituar e ordenar uma larga variedade de fatores pertinentes ao processo de criação e implementação dos direitos humanos. Postula a existência de oito valores interdependentes (a saber, as exigências de respeito, poder, conhecimento, bem-estar, saúde, habilidade, afeto e retidão) e dá ênfase a diversas influências ambientais. A dignidade humana é vista como um conceito fundamental; é posta em relação com esses valores e com a meta última de uma comunidade mundial que busque efetuar uma distribuição democrática deles. (SHAW, 2010, p. 206).

³⁸ “A Declaração Universal dos Direitos Humanos, como se percebe da leitura de seu preâmbulo, foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, e cuja revelação só começou a ser feita após o encerramento das hostilidades. Além disso, nem todos os membros das Nações Unidas, à época, partilhavam por inteiro as convicções expressas no documento: embora aprovado por unanimidade, os países comunistas (União Soviética, Ucrânia e Rússia Branca, Tchecoslováquia, Polônia e Iugoslávia), a Arábia Saudita e a África do Sul abstiveram-se de votar. Seja como for, a Declaração, retomando-se os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I. A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos.” (COMPARATO, 2003, p. 223).

Sob o ponto de vista formal, a DUDH constituiu-se numa resolução que a Assembleia Geral das Nações Unidas fez aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). Com efeito, é ainda usual sustentar-se que o documento não tem força vinculante. Nesse sentido, mas reconhecendo a relevância histórica e ideológica da DUDH, VOLPINI (2010, p. 76) argumenta que “apesar de a DUDH não ter força normativa, ela é um grande marco para os direitos humanos, pois traz uma ideia inovadora ao atribuir aos direitos humanos as características de integralidade, indivisibilidade e interdependência”.

Em verdade, esse não-reconhecimento da força normativa da DUDH não é mera questão formalista, mas reflexo de prévia tendência de não-reconhecimento da juridicidade da ordem internacional. Como analisa TOUSCOZ (1993, p. 53), “vários autores sustentam essa tese, uns afirmando que o Direito Internacional não é mais do que a expressão das relações de força, e outros sustentando que ele não é mais do que uma moral não obrigatória”. Explica SHAW (2010, p. 204) que “embora a importância dos direitos humanos na estrutura internacional seja admitida por quase todos, há muita confusão acerca de sua natureza e do papel preciso que devem desempenhar no direito internacional”. Exemplificando, certos direitos são entendidos como compromissos vinculantes e imediatamente exigíveis; outros apenas especificam um possível padrão de comportamento para o futuro, uma característica de programaticidade. Ademais, a grande frequência com que as normas de direitos humanos são violadas seria indício de uma prática estatal que desmente a estrutura de princípios de direitos humanos.

Mas, em contraponto, SHAW (2010, p. 205) explica que “embora as violações sejam um problema sério, essa abordagem é não só academicamente incorreta, como também profundamente negativa”. Os direitos humanos estão ligados diretamente à ética e à moral, e na concepção pós-positivista do Direito, a ética de dignidade da pessoa humana e a moralidade benéfica à coletividade são princípios que passam a integrar a normatividade e força vinculativa da ordem jurídica interna e internacional.

Complementa TOUSCOZ (1993, p. 55) que as teses que negam a existência do Direito Internacional ou que recusam reconhecer a juridicidade do Direito e das instituições da sociedade internacional, assentam na afirmação explícita ou implícita de que só existe Direito na ordem estadual. Tal concepção é errônea quando consideradas as fontes do Direito Internacional. “Afirmar que o Direito não pode existir senão no seio das ordens estaduais é negar, de acordo com a lógica, a existência de qualquer Direito: só o Direito Internacional pode assegurar uma certa coerência entre as diferentes ordens estaduais, concorrentes e muitas vezes antagônicas”.

Necessária, hoje, é a interpretação ampliativa de todos os pactos que tratem de direitos humanos e fundamentais, consentindo-se no efetivo cumprimento e exigência dessas conquistas inerentes à dignidade do ser humano. (COMPARATO, 2003, p. 223-224). Note-se que uma das reconhecidas fontes do direito internacional são os costumes e princípios gerais de direito (artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça), fazendo com que os direitos humanos e fundamentais, independentemente de sua declaração em leis e tratados internacionais ou constituições internas, tenham vigência imediata e plena.

Observa DALLARI (2012, p. 211) que o grande problema, ainda não resolvido, é a “consecução de eficácia das normas de Declaração de Direitos”. Proclamadas como normas jurídicas, anteriores aos Estados, elas devem ser aplicadas independentemente de sua inclusão nos direitos dos Estados pela formalização legislativa. Entretanto, inexistindo um órgão que possa impor sua efetiva aplicação ou impor sanções em caso de inobservância, muitas vezes os próprios Estados que subscreveram a Declaração agem contra suas normas, sem que nada ou muito pouco possa ser feito.

Para DALLARI (2012, p. 212), o efeito constitucionalista ganhou força exatamente pela necessidade de ampliar-se a força normativa, portanto vinculativa, dos direitos humanos declarados na DUDH, pois “adotou-se a praxe de incluir nas próprias Constituições um capítulo referente aos direitos e garantias individuais, justamente porque, dessa forma, incorporadas ao direito positivo dos Estados, aquelas normas adquirem plena eficácia”. Por fim, adverte que, “entretanto, quando qualquer governo,

valendo-se de uma posição de força, ignora a Constituição e desrespeita as normas da Declaração de Direitos, os demais Estados ou a própria Organização das Nações Unidas se limitam a fazer protestos, quase sempre absolutamente inócuos, ou de pouco efeito prático” (DALLARI, 2012, p. 213).

Como esforço para dar eficácia à proclamação dos direitos fundamentais da pessoa humana, bem como na consecução do terceiro objetivo apontado na formação da ONU, esta organização aprovou diversos documentos que estabelecem com mais precisão e de modo mais concreto os direitos de todas as pessoas ou de segmentos especiais, como as mulheres, as crianças, os deficientes físicos e mentais, fixando regras precisas para a proteção e, mais ainda, a promoção desses direitos. Em tal sentido são de extrema relevância os chamados ‘Pactos de Direitos Humanos’, aprovados em 1966.

Aos 16 de dezembro de 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou dois pactos internacionais de direitos humanos, que desenvolveram pormenorizadamente o conteúdo da Declaração Universal de 1948: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – PIDCP e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC.

Ao PIDCP foi anexado um Protocolo Facultativo, atribuindo ao Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo mesmo Pacto, competência para receber e processar denúncias de violação de direitos humanos, formuladas por indivíduos contra qualquer dos Estados-Partes. Completava-se, assim, a segunda etapa do processo de institucionalização dos direitos do homem em âmbito universal e dava-se início à terceira etapa, relativa à criação de mecanismos de sanção às violações de direitos humanos. Nesse particular, porém, a atuação do Comitê de Direitos Humanos restringe-se aos direitos civis e políticos e, ainda assim, sem que ele tenha poderes para formular um juízo de condenação do Estado responsável pela violação desses direitos. Além disso, contrariamente ao que fora estipulado na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, a competência do Comitê para receber e processar denúncias, mesmo quando formuladas por Estados-Partes, depende de reconhecimento expresse do Estado apontado como violador dos direitos humanos.

A elaboração de dois tratados e não de um só, compreendendo o conjunto dos direitos humanos segundo o modelo da Declaração Universal de 1948, foi o resultado de um compromisso diplomático. As potências ocidentais insistiam no reconhecimento, apenas, das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra os abusos e interferências dos órgãos estatais na vida privada. Já os países do bloco comunista e os jovens países africanos preferiam pôr em destaque direitos sociais e econômicos, que têm por objeto políticas públicas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas. Decidiu-se, por isso, separar essas duas séries de direitos em tratados distintos, limitando-se a atuação fiscalizadora do Comitê de Direitos Humanos unicamente aos direitos civis e políticos, e declarando-se que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, ‘até o máximo dos recursos disponíveis’ de cada Estado (PIDESC, art. 2º, alínea 1). (COMPARATO, 2003, p. 275).

Essa postura de natureza programática para os direitos econômicos, sociais e políticos justificou-se pela necessidade prévia de um conjunto de ações coordenadas pelo Estado e sociedade civil para a concretude desses direitos, o que se pode identificar como sendo as políticas públicas engendradas pelos governos estatais. Não se pode afastar a imprescindível fase de planejamento e maturação das políticas públicas, mas não se devem aceitar justificativas secundárias para o não desenvolvimento dos projetos³⁹.

³⁹ “Por serem exigências de superação da inércia estatal, ou formas de se evitar o desvio da ação dos Poderes Públicos em favor das classes sociais ricas e poderosas, os direitos declarados no presente Pacto têm por objeto políticas públicas coordenadas entre si. A elevação do nível de vida e da qualidade de vida das populações carentes supõe, no mínimo, um programa conjugado de medidas governamentais no campo do trabalho, da saúde, da previdência social, da educação e da habitação popular. Na verdade, esses objetivos sociais são interdependentes de sorte que a não-realização de um deles compromete a realização de todos os outros. [...] Tudo isso, bem se vê, realça a grande dificuldade para a efetivação dos direitos humanos de conteúdo econômico, social e cultural. Uma política pública não é um ato isolado nem, menos ainda, a abstenção de praticar determinados atos. Ela consiste numa *atividade*, conceito técnico elaborado pela mais recente teoria jurídica. Trata-se, com efeito, de uma série de atos, do mais variado tipo, unificados pela comunhão de escopo e organizados num programa de longo prazo. [...] A verdade é que a elaboração das garantias dos direitos econômicos, sociais ou culturais, afora o campo restrito dos direitos derivados do contrato de trabalho e da liberdade sindical, ainda está em grande parte por fazer-se. Ela deve concentrar-se em torno dos instrumentos próprios de realização de políticas públicas, que são os orçamentos. Seria preciso assim, entre outras medidas, institucionalizar a participação popular na elaboração dos orçamentos públicos, aparelhar uma ação judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas (e não apenas de leis ou atos normativos da Administração Pública), bem como reconhecer a competência do Judiciário para invalidar a aprovação de orçamentos públicos que desrespeitam as prioridades sociais estabelecidas na Constituição.” (COMPARATO, 2003, p. 336-337).

Contudo, essa divisão do conjunto dos direitos humanos em dois Pactos distintos é outro mero formalismo a ser superado. Note-se que o direito à autodeterminação dos povos é reconhecido, de forma idêntica, no art. 1º de ambos os Pactos. Disserta COMPARATO (2003, p. 276) que “os redatores estavam bem conscientes de que o conjunto dos direitos humanos forma um sistema indivisível, pois o preâmbulo de ambos os pactos é idêntico”. Ademais, a unidade essencial do sistema de direitos humanos foi afirmada pela Resolução n. 32/120 da Assembleia Geral da ONU, em 1968, e confirmada pela Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, na Declaração de Viena⁴⁰.

As organizações, declarações e tratados acima apresentados, entre outros, constituem um sistema geral e especial de proteção dos direitos humanos, um sistema que apresenta diferentes âmbitos de aplicação em razão do componente geográfico-espacial. Ao lado do sistema global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África, e um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema asiático. (PIOVESAN, 2012, 236-239).

O Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos surge com o Conselho da Europa, de 1949, uma organização criada para promover e desenvolver a cooperação intergovernamental e interparlamentar, e efetiva-se com Convenção Europeia de Direitos Humanos, assinada em 4 de novembro de 1950 e entrando em vigor em setembro de 1953, tendo sido ratificada em março de 2003 pelos 44 membros do Conselho da Europa. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos manifestou que a Convenção é um instrumento vivo, a ser interpretada à luz das condições do presente, observando que o objetivo e a finalidade da Convenção, de ser um instrumento para a proteção dos indivíduos, exige que seus dispositivos sejam interpretados e aplicados de

⁴⁰ “Os direitos humanos constantes de ambos os Pactos, todavia, formam um conjunto uno e indissociável. A liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com sacrifício dos direitos civis e políticos acaba engendrando, mui rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais. É o princípio da solidariedade que constitui o fecho de abóbada de todo o sistema de direitos humanos.” (COMPARATO, 2003, p. 333).

modo que se tornem práticas e eficazes suas salvaguardas, pois é um “documento constitucional da ordem pública europeia”. (SHAW, 2010, p. 263-267)⁴¹.

Sobre o Sistema Regional Africano, a “Carta de Banjul dos Direitos Humanos e Direitos dos Povos” foi adotada pela Organização da Unidade Africana em 1981 e entrou em vigor em 1986, sendo signatários todos os membros da OUA⁴², e explicitando os tradicionais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como vários direitos dos povos, como a autodeterminação, o desenvolvimento e o ambiente saudável. A Carta Africana é a primeira convenção de direitos humanos a detalhar os deveres do indivíduo para com o Estado, a sociedade e a família (art. 27-9), bem como estabeleceu a Comissão Africana dos Direitos Humanos e Direitos dos Povos, formada por onze pessoas nomeadas pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da OUA por um período de seis anos, renovável, tendo como função implementar a Carta. (SHAW, 2010, p. 298-299).

Quanto ao neonato Sistema Árabe, a “Carta Árabe sobre os Direitos Humanos” ainda não vigora, tendo sido adotada pelo Conselho da Liga dos Estados Árabes em 15 de setembro de 1994, afirmando os princípios contidos na Carta das Nações Unidas, na DUDH, no PIDCP e PIDESC, mas também na “Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos no Islã”. Ocorre que esta última declaração deixa evidente que todos os direitos e liberdades devem ser entendidos e praticados no contexto da religião islâmica (arts. 24 e 25), única fonte de referência para a explanação ou elucidação de qualquer dos artigos declarados. (SHAW, 2010, p. 300).

⁴¹ Destaca-se o caso *Loizidou vs. Turquia*, sentença de 23 de março de 1995. “*La Corte Europea de Derechos Humanos ahí advirtió que, a la luz de la letra y del espíritu de la Convención Europea de Derechos Humanos, no se puede inferir la posibilidad de restricciones a la cláusula facultativa de su jurisdicción contenciosa (por analogía con la práctica estatal permissiva bajo el artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Bajo la Convención Europea, agregó, se había formado una práctica de los Estados Partes precisamente a contrario sensu, aceptando dicha cláusula sin restricciones indebidas*” (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 159). “A Corte Europeia de Direitos Humanos aí advertiu que, à luz da letra e do espírito da Convenção Europeia de Direitos Humanos, não se deve inferir a possibilidade de restrições à cláusula facultativa de sua jurisdição contenciosa (por analogia com a prática estatal permissiva do artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça). No âmbito da Convenção Europeia, acrescentou, havia se formado uma prática dos Estados-Partes precisamente *a contrario sensu*, aceitando dita cláusula sem restrições indevidas” (tradução livre).

⁴² EM 2000, a OUA mudou de nome para União Africana.

Por fim, em abordagem ao continente americano, a Organização dos Estados Americanos – OEA, seguindo a tendência de pactuação normativa do conteúdo da DUDH, tratou de aprovar, na Conferência de São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, a qual reproduziu a maior parte das declarações de direitos constantes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966. Quanto aos órgãos competentes para supervisionar ao cumprimento de suas disposições e julgar os litígios referentes aos direitos humanos nela declarados, a Convenção aproxima-se mais do modelo da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950⁴³. A fim de obter a adesão dos Estados Unidos à Convenção, a Conferência de São José da Costa Rica decidiu deixar para um Protocolo à parte a declaração de direitos econômicos, sociais e culturais; Protocolo esse que só veio a ser aprovado na Conferência Interamericana de São Salvador, em 17 de novembro de 1988⁴⁴.

No tocante aos órgãos de fiscalização e julgamento, a Convenção seguiu, de modo geral, o modelo europeu e não o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1959, e seu primeiro estatuto foi aprovado pelo Conselho da OEA em 1960. Em 1977, foi reconhecida como um dos principais órgãos da OEA. Em 1978, com a entrada em vigor da Convenção de 1969, a Comissão tornou-se ainda mais forte, estendendo seus poderes a todos os Estados-membros da OEA, não somente aos que ratificaram a Convenção, e seu estatuto deixa claro que os direitos humanos por ela protegidos são não somente os

⁴³ “A Convenção Americana, que entrou em vigor em 1978, traz uma série de direitos que devem ser protegidos pelos Estados-partes. Esses direitos são, fundamentalmente, os mesmos salvaguardados pela Convenção Europeia, com algumas diferenças interessantes. Por exemplo: segundo o artigo 4º, o direito à vida deve ser protegido, em geral, desde o momento da concepção; a proibição da tortura e de qualquer tratamento desumano ou degradante é expressa de forma mais extensa e dentro do contexto do direito à integridade física, mental e moral (artigo 5º)” (SHAW, 2010, p. 291-292).

⁴⁴ “O Brasil aderiu à Convenção por ato de 25-9-1992, ressaltando, no entanto, a cláusula facultativa do art. 45, 1º, referente à competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para examinar queixas apresentadas por outros Estados sobre o não cumprimento das obrigações impostas pela Convenção, bem como a cláusula facultativa do art. 62, 1º, sobre a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro do mesmo ano. Pelo Decreto Legislativo n. 89, de dezembro de 1998, o Congresso Nacional aprovou ‘a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional’. Pelo Decreto n. 4.463, publicado em 11-11-2002, foi promulgada essa declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte.” (COMPARATO, 2003, p. 362).

da Convenção, mas também os da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. (SHAW, 2010, p. 292).

A Comissão Interamericana é sediada em *Washington*, EUA, e é composta por sete membros eleitos a título pessoal pela Assembleia-Geral da OEA, com mandato de quatro anos e permitida uma reeleição, valendo destacar a proibição de mais de um membro de um mesmo Estado. Seus membros, hoje, são Tracy Robinson (Jamaica), Rose-Marie Belle Antoine (Trindade e Tobago), Felipe González (Chile), José de Jesús Orozco Henríquez (México), Rosa María Ortiz (Paraguai), Paulo Vannuchi (Brasil) e James L. Cavallaro (EUA).

A Comissão pode atuar tanto no âmbito do Sistema da OEA, quanto no Sistema da Convenção de Direitos Humanos, sendo que algumas de suas funções são estabelecidas no art. 18 de seu Estatuto: a) estimular a consciência dos direitos humanos na América; b) formular recomendações aos Governos para que promovam medidas progressivas a favor dos direitos humanos; c) prepara estudos e informações; d) solicitar informações dos Governos sobre as medidas tomadas em matéria de direitos humanos; e) atender às consultas formuladas por um Estado sobre questões de direitos humanos nesse mesmo Estado e requeridas por meio da Assembleia-Geral da OEA; f) preparar relatório anual (*reports*) sobre a situação dos direitos humanos na América; g) efetuar verificações *in loco* em um Estado com sua anuência ou pedido; h) examinar comunicações que lhes sejam dirigidas, solicitar dos Estados informações sobre o ocorrido e formular recomendações. Acrescem-se, ainda, as funções estipuladas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, em suma: a) receber petições que contenham denúncias por violação da Convenção Americana; b) comparecer à Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos previstos na Convenção; c) solicitar medidas provisórias à Corte Interamericana a fim de evitar danos irreparáveis aos indivíduos; d) consultar a Corte Interamericana sobre a interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados sobre direitos humanos no continente americano; e) submeter à Assembleia-Geral da OEA projetos de protocolos adicionais ou emendas à Convenção Americana.

No que diz respeito às denúncias apresentadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Convenção afastou-se do modelo europeu. Como se pode ver do disposto em seu art. 44, ela admitiu a legitimidade de denúncias formuladas à Comissão por ‘qualquer pessoa ou grupo de pessoas ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização (dos Estados Americanos)’, sem exigir que o Estado-Parte, apontado como responsável, haja previamente reconhecido a competência investigativa da Comissão, tal como estatuído na Convenção Europeia (art. 25). Em sentido contrário, seguindo o Pacto de 1966 e não a Convenção Europeia, a Convenção Americana submete à prévia exigência do reconhecimento da competência da Comissão o exame, por esta, de ‘comunicações em que um Estado-Parte alegue haver outro Estado-Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção’ (art. 45, 1º). No tocante à condição prévia de esgotamento dos recursos internos, para que a Comissão possa conhecer de uma petição ou comunicação (art. 46), a Convenção Americana é mais precisa do que a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Procurou-se, com isso, afastar a costumeira defesa dos Estados faltosos, fundada na falta de garantias judiciais adequadas na legislação nacional, ou na morosidade da Justiça. (COMPARATO, 2003, p. 367-368).

Com efeito, criou-se, além de uma Comissão encarregada de investigar fatos de violação de suas normas, também um tribunal especial para julgar os litígios daí decorrentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, cuja jurisdição, no entanto, só é obrigatória para os Estados-Partes que a aceitem expressamente (art. 62, 1º). No tocante à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade defende que não se trata de mera solucionadora de impasses internacionais, mas de fonte criadora de direitos:

En mi entendimiento, la jurisdicción de un tribunal internacional de derechos humanos como la Corte Interamericana no se limita a la simple solución de controversias entre los Estados Partes y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, por cuanto sus bases jurisdiccionales conllevan la Corte, además, a decir cual es el Derecho, - o sea, no sólo a aplicarlo sino también a verdaderamente crearlo. Ess por esto que, em este particular, su jurisprudência la distingue, al igual que la de la Corte Europea de Derechos Humanos, de la de otros tribunales internacionales, circunscritos al contencioso interestatal. Los dos tribunales internacionales de derechos humanos (a los cuales se agregará próximamente la futura Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) han dejado claro que no se

autolimitan ante los excesos del voluntarismo interestatal. Todo lo contrario, la Corte Interamericana, al igual que la Corte Europea, han impuesto límites al voluntarismo estatal, al proteger derechos que son anteriores y superiores al Estado y valores comunes igualmente superiores (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 158).⁴⁵

A Corte Interamericana nasce, em 1969, como órgão de fiscalização da Convenção Americana de Direitos Humanos, e não como órgão da OEA. A CIDH é sediada em *San José de Costa Rica*, constituindo-se de sete juízes de diferentes nacionalidades de Estados-membros da OEA, eleitos pela maioria dos Estados-partes da Convenção Americana de Direitos Humanos na Assembleia-Geral da OEA, para um mandato de seis anos, permitida uma reeleição. Atualmente, os membros da Corte são seu presidente, o Juiz Humberto Antonio Sierra Porto (Colômbia); seu vice-presidente, o Juiz Roberto F. Caldas (Brasil); Juiz Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica), Juiz Eduardo Vio Grossi (Chile); Juiz Diego García-Sayán (Peru); Juiz Alberto Pérez Pérez (Uruguai); e Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (México). Cabe destacar a possibilidade da nomeação de um juiz *ad hoc* por um Estado envolvido no caso julgado pela CIDH, situação ainda polêmica para o direito internacional. Ademais, os Estados precisam aceitar expressamente a competência da CIDH, como foi o caso do Brasil em 1998. Vale citar que o Brasil, quando aceitou a competência contenciosa da CIDH, formulou uma reserva temporal de irretroatividade da jurisdição da Corte para fatos ocorridos anteriormente a 1998.

O processo junto à Corte apresenta fases específicas, em suma: a) propositura da ação; b) medidas provisórias; c) exceções preliminares; d) sentença; e) reparação; f) execução.

⁴⁵ “No meu entendimento, a jurisdição de um tribunal internacional de direitos humanos como a Corte Interamericana não se limita à simples solução de controvérsias entre os Estados-Partes e os seres humanos sob suas respectivas jurisdições, pois suas bases jurisdicionais levam a Corte, ademais, a dizer qual é o Direito, - ou seja, não só a aplicá-lo senão também a verdadeiramente criá-lo. É por isso que, neste ponto, sua jurisdição se diferencia, igual como a Corte Europeia de Direitos Humanos, da de outros tribunais internacionais, circunscritos ao contencioso estatal. Os dois tribunais internacionais de direitos humanos (aos quais se agregará num futuro próximo a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos) deixaram claro que não se autolimitam ante os excessos do voluntarismo interestatal. Pelo contrário, a Corte Interamericana, assim como a Corte Europeia, têm imposto limites ao voluntarismo estatal, ao proteger direitos que são anteriores e superiores ao Estado e valores comuns igualmente superiores” (Tradução livre).

Destaca-se o caso *Ivcher Bronstejn versus Perú* (1999), no qual a Corte Interamericana afirmou que o exercício de sua competência não poderia ser limitado por atos que não fossem próprios seus, sendo, portanto, inadmissível a pretendida “retirada com efeitos imediatos” do Estado demandado.

Sobre as medidas provisórias, de natureza acautelatória, o art. 63 (2) da Convenção prevê essa possibilidade, justificada em situações de extrema gravidade e urgência para evitar danos irreparáveis. As exceções preliminares, de natureza defensiva prévia, podem ser opostas pelo Estado que é réu na demanda, discutindo-se pontos anteriores ao próprio mérito do julgado, podendo a CIDH manifestar-se em julgamento separado ou conjunto à sentença meritória. Entre os principais requisitos de admissibilidade, notam-se o prévio esgotamento dos recursos internos e a inexistência de litispendência internacional⁴⁶.

A fase instrutória corresponde à produção de provas e argumentos pelas partes, a serem analisadas quando da sentença. Esta, em verdade, é uma decisão colegiada, portanto, mais semelhante a um acórdão, o qual pode constituir-se em opiniões unânimes ou majoritárias, permitido aos juízes agregarem votos em separado, tanto para concordar quanto discordar com a decisão final do acórdão. A natureza da sentença é terminativa, pois não cabem recursos apelativos, apenas pedidos de interpretação sobre a própria sentença, como se fossem embargos aclaratórios, conforme art. 67 da Convenção.

Quanto à fase reparatória, a CIDH estipula uma reparação em razão do ato ilícito, sendo mais comum a restituição da coisa, como a determinação da soltura de um preso ou devolução de uma propriedade, a compensação indenizatória por danos morais e materiais, e a satisfação não financeira, como a anulação de um processo judicial obrigação de editar uma lei conforme a Convenção. Por fim, a fase de execução consiste no continuado monitoramento das decisões, podendo a Comissão e a CIDH apresentar relatórios à Assembleia-Geral da OEA sobre descumprimento das sentenças para que essa organização tome medidas cabíveis. No viés de aumentar a efetividade das

⁴⁶ “A petição, tal como no Sistema global, deve responder a determinados requisitos de admissibilidade, como o prévio esgotamento dos recursos internos – salvo no caso de injustificada demora processual, ou no caso da legislação doméstica não prover o devido processo legal” (PIOVESAN, 2012, p. 249).

“*To be admissible, petitions from individuals or communications from states must be submitted after exhaustion of domestic remedies, must be lodged within six months of a final domestic decision, and must not be the subject of a petition or communication pending before another international procedure. The Inter-American Commission may investigate the case, must try to reach a friendly settlement, and issue a report*” (JANIS, 1999, p. 274-275). “Para serem admissíveis, petições de indivíduos ou comunicações dos Estados devem ser apresentadas após o esgotamento dos recursos internos, deve ser apresentado no prazo de seis meses de uma decisão interna final, e não deve ser objeto de uma petição ou comunicação pendente de outro procedimento internacional. A Comissão Interamericana pode investigar o caso, deve tentar chegar a uma solução amistosa, e emitir um relatório” (Tradução livre).

sentenças da CIDH, debate-se a possibilidade da OEA, ou da própria CIDH, determinar óbices aos empréstimos do Banco Mundial solicitados pelos Estados violadores dos direitos humanos, na forma de sanção pecuniária indireta.

A competência da CIDH não se exaure com o modelo contencioso, pois ainda apresenta uma modalidade consultiva, prevista no art. 64 da Convenção. Órgãos da OEA e Estados podem consultar a CIDH sobre a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de direitos humanos no continente americano, bem como um Estado solicitar parecer sobre a compatibilidade entre seu ordenamento jurídico interno e tratados de direitos humanos.

Uma questão que chama a atenção e promove debates na comunidade jurídica brasileira e internacional é a atual impossibilidade que um indivíduo ou grupo de indivíduos demande diretamente à CIDH, necessitando da representação pela Comissão ou por um Estado. Mas a tendência por uma ampliação do *jus postulandi* no âmbito americano vem sendo impulsionada pelo sistema europeu, no qual há mais de uma década já é admissível a petição individual. Além disso, a recente inclusão (reforma de 2009 modificando o art. 41 do Regulamento da Corte) da possibilidade de participação de *amicus curiae* nos processos contenciosos da CIDH representa um reconhecimento à importância da participação livre de indivíduos nos julgados sobre direitos humanos.

Cabe destacar que, em 1985, a Assembleia Geral da OEA adotou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 1988 foi assinado um Protocolo Adicional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 8 de junho de 1990 foi adotado um Protocolo sobre a Abolição da Pena de Morte, e em 9 de junho de 1994 uma nova Convenção sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Para tanto, a Comissão tem ampla competência para fazer publicidade de assuntos ligados aos direitos humanos, por meio de relatórios, estudos, palestras, recomendações aos Estados e investigações *in loco*. (SHAW, 2010, p. 293).

Já a partir dos idos de 1970, outra era de direitos emerge do âmago da conscientização ambiental, e posteriormente das questões bioéticas e cibernéticas, uma

era de direitos que pertencem à humanidade como coletividade global, direitos que são de titularidade de todos ao mesmo tempo, direitos ditos transindividuais ou difusos. Essa tendência mundial de promoção e proteção aos direitos difusos, com ênfase ao desenvolvimento ecologicamente equilibrado e a defesa da vida em todas as suas formas, resultou em uma corrente biocentrista impulsionadora de pactos internacionais sobre o assunto.

No cenário de embates entre ativistas da preservação do meio natural contra os fundamentos do sistema econômico, explica que os defensores de políticas ecológicas tinham razão. A taxa de desenvolvimento devia ser reduzida ao ‘sustentável’ a médio prazo e, a longo prazo, se chegaria a um equilíbrio entre a humanidade, os recursos (renováveis) que ela consumia e o efeito de suas atividades sobre o ambiente. Esse equilíbrio mostrou-se impraticável com uma economia mundial baseada na busca ilimitada do lucro por livres empresas em um livre mercado global. HOBBSAWM (1995, p. 548).

Com efeito, na Convenção sobre a Diversidade Biológica - ECO/92, assinada no Rio de Janeiro em 5 de junho de 1992, a qual entrou em vigor no plano internacional em 29 de dezembro de 1993, sendo aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo n. 2, de 3 de fevereiro de 1994, e promulgada pela Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998, expressou-se que “as Partes Contratantes, conscientes do valor intrínseco da diversidade biológica e dos valores ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético da diversidade biológica e de seus componentes, conscientes, também, da importância da diversidade biológica para a evolução e para a manutenção dos sistemas necessários à vida da biosfera”, afirmam a conservação da diversidade biológica é uma preocupação comum à humanidade.

Noutro tópico contemporâneo, os processos neoliberais de globalização e de evolução tecnológica flexibilizaram a soberania dos Estados⁴⁷, aproximando-os no

⁴⁷ “Globalization is generally understood literally to mean the creation of structures and process than span the entire globe. People, goods, and ideas increasingly move and interact across – even irrespective of – national territorial boundaries. Politics, markets, and cultures become transnational and even global rather than national. [...] The growing transnational consolidation of capitalist markets has been accompanied by the spread of neoliberal market ideology and its enforcement by multilateral agencies and multinational banks and corporations [...] Regional and international organization increasingly influence, and sometimes even make, decisions that once were unquestionably the province of states”

comércio, nas finanças, na economia e nas comunicações. Em verdade, a globalização é do próprio sistema capitalista⁴⁸. A abertura do mercado encontrou arrimo no exercício do direito humano ao desenvolvimento dos povos. Sem dúvida, o crescente acesso tecnológico de transportes e comunicações favorece a amplitude e alcance dos debates e práticas sobre direitos humanos. Mas, com precisão, adverte DONOLLY (2013, p. 224), “*markets promise to produce more overall, not more for all*”.⁴⁹

Globalização representa integração, homogeneização e celeridade, mas também diferenciação, fragmentação e isolamento. O movimento global também gerou pontos negativos para os Direitos Humanos. Fomentou o subemprego, os conflitos étnicos e religiosos, extrativismo e progresso degradante ao ambiente, o tráfico multinacional de órgãos, drogas, armas e da prostituição, inclusive infantil. A nova divisão internacional da produção e do trabalho transforma o mundo em uma fábrica/empresa global, provocando a busca de força de trabalho desvalorizada em todas as regiões do planeta, e promovendo migrações em todas as direções. Para IANNI (2005, p. 215), “toda essa movimentação envolve problemas culturais, religiosos, linguísticos e raciais, simultaneamente sociais, econômicos e políticos, emergem xenofobias, etnocentrismos, racismos, fundamentalismos, radicalismos, violências.” Parece ser que somente a construção democrática individual, coletiva, estatal e internacional, portanto pluralista, com ênfase aos direitos humanos e fundamentais pode monitorar e erradicar os efeitos desumanos do processo globalizatório econômico.

(DONOLLY, 2013, p. 219-220). “A globalização é geralmente entendida como literalmente a criação de estruturas e processos que abrangem todo o globo. As pessoas, bens e ideias cada vez mais se movem e interagem através de - mesmo independentemente de - limites territoriais nacionais. Política, mercados e culturas tornaram-se transnacionais e até mesmo globais e não nacionais. [...] A crescente consolidação transnacional dos mercados capitalistas tem sido acompanhado pela propagação da ideologia do mercado neoliberal e sua aplicação pelas agências multilaterais e bancos multinacionais e empresas [...] Organizações regionais e internacionais influenciam cada vez mais e às vezes até mesmo tomam decisões que já foram, inquestionavelmente, dos estados” (tradução livre).

⁴⁸ “Ocorre que o capitalismo tornou-se propriamente global. A reprodução ampliada do capital, em escala global, passou a ser uma determinação predominante no modo pelo qual se organizam a produção, distribuição, troca e consumo. O capital, a tecnologia, a força de trabalho, a divisão do trabalho social, o mercado, o *marketing*, o *lobbying* e o planejamento, tanto empresarial como das instituições multilaterais, além do governamental, todas essas forças estão atuando em escala mundial” (IANNI, 2005, p. 212).

⁴⁹ “Mercados prometem produzir mais globalmente (em todas as áreas), e não mais para todos” (tradução livre).

Nesse âmbito de globalização, o *ativismo jurídico transnacional* junto à CIDH expandiu-se consideravelmente na década de 2000. Em que pesem os dados sobre as denúncias recebidas e os casos processados pela CIDH não estarem consistentemente apresentados em seus relatórios anuais, publicados desde 1970, esses relatórios indicam um aumento significativo no número de denúncias ao longo dos anos. Por exemplo, em 1969 e 1970 a CIDH recebeu 217 petições, metade do número recebido apenas em 1997, de 435 petições. O número continua crescendo, tendo triplicado em 2006, com 1.325 petições. No cenário brasileiro, mesmo antes da ratificação da CIDH pelo Estado Brasileiro em 1992, o caso de violações de direitos humanos da população indígena *Yanomami*, que durou de 1980 a 1985, demonstrou que o Brasil e a CIDH começavam a dar a devida seriedade ao assunto. Entretanto, o Estado Brasileiro ainda se mostra contraditório em seus atos, por vezes ignorando os relatórios e recomendações da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (SANTOS, 2007, p. 36-38).

Finalizando, percebe-se a evolução dos direitos humanos desde o século XVI até a atualidade, um movimento irrefreável. O liberalismo da primeira fase estatal debruçou-se nos direitos e garantias de cunho individualista, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, relegando direitos sociais. Essa postura liberalista foi amparada nos estudos contratualistas-democráticos de Locke, Rousseau e Montesquieu, bem como na filosofia jusnaturalista renovada e na laicização e valorização do Direito. Já o movimento socialista, originado nas discussões das Internacionais Comunistas, nos escritos de Marx e Engels e na revolução russa bolchevique em face do czarismo, contribuiu com a valorização dos ideais sociais, estes pautados na igualdade, no primado do trabalho e da ordem social, na segurança coletiva e na propriedade comum. A seguir, a exaltação dos direitos humanos e da autodeterminação dos povos com o período pós-holocausto (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e Pactos Internacionais de Direitos de 1966) passa a valorizar e a reintegrar a democracia como sistema político⁵⁰. Por fim, as preocupações ambientais, a virtualidade nas comunicações e o controle científico da genética são fatores que determinaram a defesa dos direitos difusos em cenário interno e internacional. O Estado Democrático de

⁵⁰ “Deve-se recordar que a luta pela afirmação dos direitos do homem no interior de cada Estado foi acompanhada pela instauração dos regimes representativos, ou seja, pela dissolução dos Estados de poder concentrado.” (BOBBIO, 2004, p. 40).

Direito, hoje, é a somatória de todas essas conquistas históricas, as quais legitimam a proteção e promoção dos direitos fundamentais no sentido de ampliar a incidência e a efetividade dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana⁵¹.

Ao que parece, as épocas pretéritas são basilares para a natureza dos direitos fundamentais, mas a efetividade na proteção e promoção dos mesmos pertence à contemporaneidade⁵². Nesse sentido, entende ALMEIDA (2008, p. 298), em que pese a relevância de outros períodos da História Humana, nota-se que “a construção de uma proteção realmente efetiva ainda encontra-se em desenvolvimento, pois somente ganhou o peso devido a partir do início da Idade Contemporânea”.

Para BOBBIO (2004, p. 27-28), é com a DUDH que se alcançou a “certeza histórica de que toda a humanidade partilha de alguns valores comuns”, levando-se a crer na universalidade dos valores, na unicidade axiológica, ou seja, “no sentido em que universal significa não algo dado objetivamente, mas algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens”⁵³.

Contudo, outra certeza resultou dessa constatação, de que o universalismo dos direitos humanos não é garantia de universalidade no seu respeito e cumprimento. A efetividade dos direitos fundamentais é a nova crise que se impõe ao cenário interno e internacional, não apenas do aspecto social, mas político-jurídico-econômico. Segundo

⁵¹ “Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta; todas as regras importantes do direito devem ter sido, em sua origem, arrancadas àqueles que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que alguém esteja decidido a mantê-lo com firmeza”. (IHERING, 2009, p. 23).

⁵² “[...] no simpósio promovido pelo *Institut International de Philosophie* sobre o ‘Fundamento dos Direitos do Homem’, tive a oportunidade de dizer, num tom um pouco peremptório, no final de minha comunicação, que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. Desde então, não tive razões para mudar de ideia [...] Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político.” (BOBBIO, 2004, p. 25).

⁵³ “Com o argumento do consenso, substitui-se pela prova da intersubjetividade a prova da objetividade, considerada impossível ou extremamente incerta. Trata-se, certamente, de um fundamento histórico e, como tal, não absoluto: mas esse fundamento histórico do consenso é o único que pode ser factualmente comprovado. A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus gentium* sobre um determinado sistema de valores.” (BOBBIO, 2004, p. 27).

BOBBIO (2004, p. 40), a tutela dos direitos do homem vai de encontro a dificuldades inerentes ao próprio conteúdo desses direitos.

Causa espanto que, de modo geral, haja pouca preocupação com esse tipo de dificuldade. Dado que a maior parte desses direitos são agora aceitos pelo senso moral comum, crê-se que seu exercício seja igualmente simples. Mas, ao contrário, é terrivelmente complicado. Por um lado o consenso quanto a eles induz a crer que tenham um valor absoluto; por outro, a expressão genérica e única 'direitos do homem' faz pensar numa categoria homogênea. Mas, ao contrário, os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos, nem constituem de modo algum uma categoria homogênea. (BOBBIO, 2004, p. 40).

A natureza histórica indica uma característica essencial dos direitos humanos e fundamentais, tratando-se de sua contínua renovação e transformação, ou seja, da tendência ampliativa e mutacional da esfera que engloba tais direitos. Essa mutabilidade ampliativa dos direitos fundamentais enquanto elemento essencial, também gera uma maior dificuldade da sua efetivação concreta. Para BOBBIO (2004, p. 32), “basta examinar os escritos dos primeiros jusnaturalistas para ver o quanto se ampliou a lista dos direitos: Hobbes conhecia apenas um deles, o direito à vida”. Porém, infere-se que a efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana. Portanto, “é um problema que não pode ser isolado, sob pena, não digo de não resolvê-lo, mas de sequer compreendê-lo em sua real dimensão. Quem o isola já o perdeu”.

Em suma, os direitos humanos e fundamentais⁵⁴ constituem representações da vontade humana histórico-filosófico-socialmente legitimadas para proteger e promover três esferas naturais isoláveis, mas necessariamente correlatas e unidas: a vida em todas as suas formas, individualmente, coletivamente, em relação ao meio em que se habita e às futuras gerações. Neste momento, vive-se a problemática da efetivação desses direitos, pois os direitos humanos e fundamentais (já preservados como valores universais, normas éticas para a humanidade, princípios gerais de direito, tratados

⁵⁴ A expressão abrange, assim, os direitos da humanidade no cenário internacional e interno dos Estados.

internacionais e constituições) apresentam a necessidade de transformação das subjetividades em concretudes, da ética em moral, da justiça ideal em justo real⁵⁵.

A quem possa parecer um discurso desprovido de necessidade, BOBBIO (2004, p. 44) indica um exercício de simples empirismo: “ler a Declaração Universal e depois olhar em torno de si. Será obrigado a reconhecer que, apesar das antecipações iluminadas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas, dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer é ainda longo. E ele terá a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que estão diante de nós, talvez tenha apenas começado”.

1.2. Abordagem multiconstrutiva crítica para a teoria dos direitos fundamentais.

O aprofundamento sobre a relação entre direitos fundamentais e Estado Democrático de Direito é indispensável para a continuidade da ciência jurídica. Argumenta ALMEIDA (2008, p. 291) que o estudo da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito “constitui-se em assunto dos mais importantes para uma dogmática jurídica crítica do tipo criativa e transformadora”⁵⁶.

⁵⁵ Não se pode pôr o problema dos direitos do homem abstraindo-o dos dois grandes problemas de nosso tempo, que são os problemas da guerra e da miséria, do absurdo contraste entre o excesso de *potência* que criou as condições para uma guerra exterminadora e o excesso de *impotência* que condena grandes massas humanas à fome. Só nesse contexto é que podemos nos aproximar do problema dos direitos com senso de realismo. Não devemos ser pessimistas a ponto de nos abandonarmos ao desespero, mas também não devemos ser tão otimistas que nos tornemos presunçosos.” (BOBBIO, 2004, p. 44).

⁵⁶ “A *teoria crítica do Direito* é um movimento de pensamento aberto e composto por várias correntes teóricas que têm, como causa comum, a apresentação de uma concepção emancipadora em torno do Direito, de forma a desmistificar outras concepções teóricas que representem a manutenção de uma realidade socialmente injusta ou possam provocar retrocessos em relação às conquistas democráticas da sociedade ou possam impedir a evolução do processo democrático de mudanças sociais. [...] a *teoria crítica do Direito* pretende questionar o pensamento jurídico tradicional em vários pontos de suas premissas básicas, tais como a neutralidade, completude, cientificidade e, com isso, destravar o caráter ideológico do Direito, buscando a sua equiparação à Política, dentro de um discurso que, estabelecido com base em uma prática libertária e transformadora, objetiva combater o uso do Direito como técnica e instrumento de manutenção da hegemonia da classe dominante. Como escreve Michel Miaille, a *teoria crítica do Direito* permite não apenas o descobrimento das diferentes dimensões escondidas em relação a uma realidade que se encontra em movimento, mas abre, principalmente, os caminhos para uma nova dimensão: a da *emancipação*.” (ALMEIDA, 2010, p. 159-164).

É possível apresentar um estudo da teoria dos direitos fundamentais sob apenas um foco, mas sua prejudicialidade provém de método fadado ao isolamento e anacronismo. Para ALMEIDA (2008, p. 299), “o estudo da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais é amplo, complexo e pode ser desenvolvido em vários ângulos e em várias dimensões”. Assim, é adequada uma análise transdisciplinar dessa teoria, com ângulos de observação *histórico, filosófico, sociológico, político e jurídico*. Ao que parece, todas as ciências sociais estão aptas a construir a teoria dos direitos fundamentais. Nada mais incongruente do que uma mera observação monofocal, ainda mais quando consideradas as diversas causas gerativas dos direitos fundamentais⁵⁷.

O estudo histórico da humanidade revela que diversas explicações falaciosas foram utilizadas para justificar institutos e instituições convenientes ao poder vigente e à manutenção do *status quo*. É necessário observar a história pela ciência historiográfica renovada e voltada para a desmitificação e o esclarecimento. Essa historiografia crítica permitiu observar que os seres humanos são capazes de genialidades sublimes e horrores absurdos⁵⁸.

⁵⁷ “De cuanto hasta aqui se há expuesto se desprende que los derechos fundamentales han sido fruto de una doble confluencia: a) de un lado, suponen el encuentro entre la tradicion filosófica humanista, representada prioritariamente por el jusnaturalismo de orientación democrática, con las técnicas de positivación y protección reforzada de las libertades propias del movimiento constitucionalista, encuentro que se plasma en el Estado de Derecho; b) de outro lado, representan un punto de mediación y de síntesis entre las exigências de las libertades tradicionales de signo individual, con el sistema de necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo a cuya satisfacción y tutela se dirigen los derechos sociales” (PEREZ LUÑO, 2007, p. 43). “Do que foi exposto até aqui se compreende que os direitos fundamentais foram fruto de uma dupla confluencia: a) de um lado, supõem o encontro entre a tradição filosófica humanista, representada prioritariamente pelo jusnaturalismo de orientação democrática, com as técnicas de positivação e proteção sólidas das liberdades específicas do movimento constitucionalista, encontro que se plasma no Estado de Direito; b) por outro lado, representam um ponto de mediação e de síntese entre as exigências das liberdades tradicionais individuais, com o sistema de necessidades radicais de caráter econômico, cultural e coletivo, cuja satisfação e tutela se direcionam aos direitos sociais” (tradução livre).

⁵⁸ A missão da historiografia tornou-se mecanismo de endeusamento da ordem jurídica, política e social do modo de produção capitalista, na medida em que o espaço institucionalizado passa a ser coberto por um universo ideológico apresentado como uma situação natural e independente do devir histórico. Daí a historiografia jurídica presa aos textos legais e à exegese de seus corifeus orientar-se rumo, ora a um formalismo técnico-dogmático, ora a uma antiquada erudição da vida social. [...] alguns juristas-historiadores declinaram para uma narrativa conservadora e dogmática, que visava a ‘justificação’ da ordem social e jurídica vigente, tendo provar que ela mergulhava na ‘tradição’, no ‘espírito nacional’, ou que resultava num paulatino progresso do ‘espírito humano’. Tal postura negligenciava toda e qualquer explicitação do Direito por um processo dinâmico, inserido no bojo de conflitos e tensões sociais. Outra tendência dos operadores do legalismo no meio acadêmico era a desconsideração a uma historicidade das instituições que possibilitasse, na formação dos juristas, a prática de condutas eficazes e legitimamente identificadas com os problemas da sociedade. [...] O surto do historicismo tradicional, ocultando-se no

Ademais da historiografia, a filosofia renova o questionamento e o esclarecimento, fundamentais para ampliar os elementos críticos na construção da teoria e ciência dos direitos fundamentais. Como defende GUSTIN (2010, p. 256), a Filosofia do Direito é responsável pela reflexão crítica do discurso e do conhecimento jurídico, pois “combina-se capacidade analítica com uma preocupação empírica e com o esclarecimento de conceitos através da análise linguística relacionada a uma visão do significado da realidade, percebida esta em toda sua complexidade”. De tal forma, elementos como a temporalidade, a espacialidade e a historicidade devem ser inseridos na proposta de uma teoria multiconstrutiva e crítica dos direitos fundamentais.

A Filosofia do Direito permite a emancipação da ciência jurídica porquanto indaga, reanalisa, e requalifica as interrelações de qualquer ciência social, pois estas buscam estudar os diferentes e numerosos círculos de conhecimento humano. Nesse viés, a *teoria dos sistemas sociais*⁵⁹ de Niklas Luhmann indica os pontos de conflito para as interrelações humanas, já que a contextualidade de um ambiente pode levar o

suposto mito da neutralidade do saber e da universalidade dos princípios da ciência positivista, expressão da fase concorrencial do Capitalismo, abnega o problema crítico do conhecimento histórico e ordena-se por uma perspectiva linear, estática e conservadora. [...] urge redefinir, na historicidade da crise, os novos marcos teóricos-metodológicos que possibilitam alcançar novo paradigma, envolvendo modalidades alternativas de interpretação, pesquisa e investigação histórica. Não mais uma historicidade linear, elitista e acumulativa, mas problematizante, desmitificadora e transformadora. [...] A renovação crítica na historiografia do Direito - no âmbito de suas fontes históricas, suas ideias e de suas instituições - começa a aparecer em fins dos anos 60 e ao longo da década de 70. Trata-se de substituir os modelos teóricos, construídos de forma abstrata e dogmatizada, por investigações históricas, engendradas na dialética da produção e das relações sociais concretas.” (WOLKMER, 1999, p. 16-17).

⁵⁹ A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann (estes organizados em sistemas de primeira ordem e de segunda ordem) apóia-se em quatro fundamentos. Em primeiro lugar, pretende que a sua teoria ultrapasse as fronteiras da sociologia e seja universal, abrangendo conteúdos da economia, do direito, da política e até da religião; para ele, os sistemas não devem ser apenas observados, mas devem observar-se uns aos outros. Em segundo lugar, todos os sistemas devem admitir contribuições de outras disciplinas do conhecimento que não apenas as ciências humanas, mas também a matemática, biologia e até a cibernética. Em terceiro lugar, os sistemas são agrupados pela função, como numa estrutura matricial - o que interessa é o fim a que se destinam os sistemas, a solução que vão apresentar, e não a característica de cada um. Por fim, em quarto lugar, os sistemas utilizam a noção de paradoxos para se aperfeiçoarem e se reconstruírem (internamente) conforme a necessidade. Segundo Luhmann, é pela diferença que se encontra a unidade. Luhmann afirma existirem três classes de sistemas que seguem esses fundamentos. São os sistemas biológicos, como as células; os sistemas psíquicos, como a fantasia e a concentração; e os sistemas sociais, como as organizações corporativas e a sociedade. A sociedade é o mais complexo sistema social. E, dentro dele, o direito funciona como uma estrutura. O ideal iluminista era oferecer oportunidades iguais a todos de escapar da ignorância e reduzir a complexidade do mundo. Luhmann prossegue esse ideal, mas com uma abordagem moderna que ultrapassa os limites do iluminismo original. A estrutura que vai possibilitar essa evolução do homem é o sistema social, e a ideia básica de que, pela observação das diferenças, o homem infere soluções. Especificamente, as diferenças entre um sistema e seu ambiente, que o homem apreende pela racionalidade.” (CASTILHO, 2012, p. 276-277).

sistema que está inserido nesse contexto à estagnação, impedindo que os sistemas se auto-organizem por meio da observação entre eles. Essa estagnação não pode ser parte da construção jurídica, pois o contrassenso de uma sociedade dinâmica com um direito estático resultará na desnecessidade e perda de sentido do Direito como ciência. É pela diferença que se encontra a unidade. (LUHMANN, 1980, p. 55).

De tal forma, a aptidão de todas as ciências sociais em estudar a teoria dos direitos fundamentais e contribuir para a construção de um paradigma sólido e válido pelo esclarecimento, leva à conclusão da necessária fusão das diversas disciplinas que se propõem estudar a questão, afastando o solipsismo e o isolamento. Evidente que a análise jurídica deve apresentar rigor em sua formulação, metodologia adequada, fundamentação clara e efetividade presente. Mas a sua interrelação com as demais disciplinas também deve ocorrer, na forma de contrapontos para a construção crítica da teoria dos direitos fundamentais.

A *abordagem multiconstrutiva* é essencial para criticamente alcançar veracidades consistentes. Entende ALMEIDA (2008, p. 300) que a compreensão adequada dos direitos e garantias constitucionais fundamentais pressupõe “um estudo interdisciplinar e multidisciplinar, evitando-se a análise meramente racionalista fechada, própria de um positivismo legalista ultrapassado”. Para uma *teoria ideal dos direitos fundamentais*⁶⁰, construído de Robert Alexy, necessária é a integração dos diversos estudos e conceitos sobre a questão. Porém, tal teoria geral deve afastar-se do imbróglio possivelmente causado pela força integradora, e aproximar-se de um “sistema de enunciados gerais de direitos fundamentais, corretos ou verdadeiros, ordenados da forma mais clara possível”. (ALEXY, 2008, p. 39).

Para ALEXY (2008, p. 40), a *teoria integrativa* se apresenta como a mais adequada na contemporaneidade, pois teorias unipolares – tese de base única (teoria liberal, teoria institucional, teoria axiológica, teoria democrático-funcional e teoria social-

⁶⁰ “A concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico. Ela tem como objetivo uma teoria integradora, a qual engloba, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimizada. (ALEXY, 2008, p. 39). As três dimensões apresentadas pelo autor correspondem à subdivisões da dogmática jurídica, sendo, a dimensão analítica, a empírica e a normativa.

estatal) – e teorias combinadas – combinação indeterminada de ideais básicas abstratas e passíveis de colisão – não esgotam, longe disso, as possibilidades de construção de teorias sobre direitos fundamentais.

A integração é método para a teoria geral dos direitos fundamentais, pois a ruptura com uma posição hierárquica e distanciada da ciência jurídica frente às demais ciências sociais é imprescindível. Afirma BITTAR (2007, p. 40) que “se o direito parecia fornecer uma espécie de ideia de contenção da política, percebe-se a partir daqui o quanto direito, política e moral se aproximam no momento de imposição de decisões a casos mais complexos do que aqueles simplesmente ordinários”.

A teoria integrativa ampara e ampara-se no movimento neoconstitucionalista⁶¹. Este é ruptura paradigmática voltada a desconstruir as atuais metodologias de estudo e de interpretação da carta constitucional, ainda arraigadas à exegese restrita e ao positivismo legalista e fechado. O neoconstitucionalismo volta-se para a hermenêutica pós-positivista, pautada na interpretação aberta e arrimada nos direitos fundamentais conquistados⁶². Para ALMEIDA (2008, p. 138), o neoconstitucionalismo é “uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado, pois propõe a superação do paradigma do direito meramente reprodutor da realidade para um direito capaz de transformar a sociedade”.

Em síntese, o movimento neoconstitucional defende a força normativa-valorativa da constituição, sobrepondo-se à lei restritiva, promovendo - em seus

⁶¹ “O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o de pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento da força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional” (BARROSO, 2010, p. 27).

⁶² “*El constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales. Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquellas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad*” (PEREZ LUÑO, 2007, p. 19). “O constitucionalismo atual não seria o que é sem os direitos fundamentais. As normas que sancionam o estatuto dos direitos fundamentais, junto àquelas que consagram a forma do Estado e as que estabelecem o sistema econômico, são as decisivas para definir o modelo constitucional de sociedade”. (Tradução livre).

princípios, garantias e regras - os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito como meios de transformação social.

Na concepção neoconstitucionalista e em observação histórica, sob o prisma de fatos sociais gerais, acontecimentos como as revoluções iluministas e socialistas, as guerras mundiais e suas consequências, as crises econômicas e as reaberturas democráticas são marcantes para o reconhecimento universal da proteção ao que é fundamental ao ser humano e à sociedade. Especificamente, observa-se, como marcos históricos, as promulgações constitucionais pelo mundo, como a “Lei Fundamental de Bonn” (1949) e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a Constituição Italiana (1947), a de Portugal (1976) e a da Espanha (1978).

Com efeito, PEREZ LUÑO classifica a Constituição Espanhola de 1978 como “ambiciosa”, normatizando de forma ampla e detalhada o “estatuto dos direitos fundamentais”, uma tendência presente nas constituições recentes dos países democráticos.⁶³

Sem dúvida, a Constituição Brasileira de 1988, apesar de tardia, também germinou no país a ideia do novo constitucionalismo, uma tendência interpretativa voltada para a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente preconizados. Em suma, a CR/88 inovou em diversos aspectos em relação às anteriores: a) foi a primeira a fixar os direitos fundamentais antes da organização do próprio Estado, realçando a importância deles na nova ordem democrática estabelecida no País após

⁶³ “La Constitución española de 1978 puede calificarse de ‘ambiciosa’, por contraste con otros textos constitucionales ‘modestos’, que se limitan a establecer una sucinta declaración de los derechos de los ciudadanos y sobre la organización y funcionamiento de los poderes públicos. Frente a ellas, nuestra Ley de leyes es una norma amplia y detallada, que no tan sólo regula los aspectos esenciales de la vida estatal, sino que configura y define la posición jurídica de los ciudadanos en sus relaciones con los poderes públicos y entre sí. Puede, por tanto, afirmarse que nuestra Constitución, al igual que las constituciones más recientes de los países democráticos de nuestro entorno cultural, es particularmente ‘ambiciosa’ en lo que concierne a la fijación del estatuto de los derechos fundamentales” (PEREZ LUÑO, 2007, p. 55). “A Constituição espanhola de 1978 pode ser classificada de ambiciosa, se comparada com outros textos constitucionais modestos, que se limitam a estabelecer uma sucinta declaração dos direitos dos cidadãos e sobre a organização e funcionamento dos poderes públicos. Comparada a elas, nossa Lei das leis é uma norma ampla e detalhada, que não apenas regula os aspectos essenciais da vida estatal, mas também configura e define a posição jurídica dos cidadãos em suas relações com os poderes públicos e entre si. Portanto, pode-se afirmar que nossa Constituição, da mesma forma que as constituições mais recentes dos países democráticos de nosso entorno cultural, é particularmente ambiciosa no que concerne à fixação do estatuto dos direitos fundamentais.” (tradução livre).

longos anos de autoritarismo; b) tutelou novas formas de interesses, os denominados coletivos e difusos; c) impôs deveres ao lado de direitos individuais e coletivos.

Para ALMEIDA (2010, p. 142), “o sistema constitucional pátrio é aberto de valores, dinâmico e transformador da realidade social, [...] tanto para construção de uma ordem jurídica democrática constitucional mundial, quanto para o respeito a uma *cidadania planetária* em torno da ideia de solidariedade coletiva do tipo biocentrista”.

As tendências ideológicas, sociológicas e científico-jurídicas que reinavam na Constituinte de 1987 emanavam princípios a serem positivados na carta constitucional. Princípios voltados à negação do Estado militar e ditatorial, voltados à ampliação da economia, voltados à consolidação da igualdade das pessoas e do sistema democrático. De tal forma, os constituintes originários prezaram pela valorização dos direitos fundamentais e suas garantias (instrumentação efetiva), tanto de cunho individual, quanto coletivo (coletivos restritos e difusos). Citam-se os artigos 1º e 2º, defensores do regime republicano-democrático-federativo; artigo 3º, rol de objetivos fundamentais; artigo 5º, direitos individuais; artigo 6º, direitos sociais; artigo 14, direitos políticos; artigo 103, controle abstrato da constitucionalidade; artigo 193, sobre a ordem social com o primado do trabalho e o bem-estar e a justiça sociais como objetivos, além da previsão previdenciária e assistencial; artigo 225, promotor do meio ambiente ecologicamente equilibrado; artigo 226, protetor da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso. Por fim, ressalta-se que o preâmbulo constitucional evidencia a força axiomática no momento da Constituinte, expressando a instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos fundamentais⁶⁴.

1.3. Categorizações dos direitos fundamentais como instrumentos críticos.

⁶⁴ “Considerando o caráter formal da Constituição brasileira e o fato de que toda norma por ela incorporada a constitui, o preâmbulo, dispensável ou não, integra a Constituição. Não há como separar, à luz de constituições formais, normas constitucionais ou não da perspectiva material. O contrário é bem vindo: o reconhecimento de normas constitucionais além da formalidade. Mas desconsiderar o caráter supralegal de norma constitucional com base em seu conteúdo significa ruir com o postulado básico de uma Constituição formal” (LAGES, 2010, p. 121).

Ponto de debate sobre a “teoria dos direitos fundamentais” é sua categorização mais tradicional, uma classificação de cunho geracional histórico, porém, que deve ser utilizado para fins propedêuticos e didáticos, já que a historicidade crítica demonstra que a linha do tempo da civilização humana não é meramente linear, mas repleta de tangentes e convergentes, evoluções e involuções, apresentando-se num formato cíclico espiralado e não apenas circular.

Ainda vige um majoritário entendimento doutrinário apontando para a existência de três gerações de direitos fundamentais, sendo utilizado o termo “gerações” porque, em momentos históricos distintos, surgiu a tutela de novos direitos. Com efeito, as três gerações de direitos fundamentais são: a) direitos individuais; b) direitos sociais; c) direitos de fraternidade.

Nesse viés de entendimento, defende PINHO (2007, p. 68) que “o ideário político dos revolucionários franceses de 1789 era resumido em uma grande palavra de ordem: ‘liberdade, igualdade e fraternidade’. Cada geração de direitos representa a conquista pela humanidade de um desses grandes postulados. A primeira geração, dos direitos individuais e políticos, corresponde ao ideal da liberdade; a segunda geração, dos direitos sociais, econômicos e culturais, atende ao princípio da igualdade; e a terceira geração, dos direitos de grupos de pessoas coletivamente considerados, corresponde ao postulado da fraternidade.”

Entretanto, em abordagem histórica crítica, essa categorização comete um equívoco prejudicial. Desmitificando-se, indica uma evolução meramente linear dos direitos humanos e fundamentais conquistados, revelando um problema para a prática interpretativa. Se os direitos são geracionais, cada nova “onda” de direitos afasta a anterior, como um efeito revogante, o que não condiz com a completude e postura ampliativa da teoria crítica para os direitos fundamentais. Como bem pronunciou Antônio Augusto Cançado Trindade⁶⁵, a construção dessa nomenclatura geracional, criada por Karel Vasak e disseminada por Norberto Bobbio, afasta a adequada

⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Cançado Trindade questiona a tese de “Gerações de Direitos Humanos” de Norberto Bobbio*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. S/D, S/P. Acessado em: 15 de março de 2014.

concepção de que “o próprio direito fundamental à vida é de primeira, segunda, terceira e de todas as gerações. É civil, político, econômico-social e cultural”. Ademais, o profundo valor dado aos direitos individuais, denominados de primeira geração, é marca característica do mundo Ocidental, enquanto no mundo Oriental valoriza-se por primeiro os direitos sociais.

Para a superação, alguns autores passaram a utilizar a expressão “dimensão”, o que, *a priori*, permite fluidez e visibilidade da interrelação que há entre todos os direitos, sejam individuais, coletivos ou difusos. Nesse viés, percebe-se a existência de, ao menos, cinco dimensões de direitos fundamentais.

A primeira dimensão corresponde aos direitos de cunho iluminista-revolucionário e individualista-liberal gerados no século XVIII, sendo, a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade e a segurança, todos reconhecidos no *caput* do artigo 5º da CR/88.

Na segunda dimensão encontram-se os direitos sociais, econômicos e culturais, frutos da consolidação de um Direito Internacional fundado na dignidade da pessoa e da coletividade em contraponto ao Holocausto e outras atrocidades bélicas, bem como, na desenvoltura do *Welfare State*, doutrina do bem-estar social. São direitos de segunda dimensão, a saúde, a moradia, o trabalho, a educação, a alimentação, a previdência, a proteção à maternidade e à infância, a assistência social, todos assegurados no *caput* do artigo 6º da CR/88.

Os direitos de terceira dimensão são os denominados transindividuais⁶⁶, já que extrapolam o individualismo do ser e alcançam a coletividade, tanto em sentido

⁶⁶ “Os direitos reconhecidos como do homem na sua singularidade – sejam eles os de primeira ou de segunda geração – têm uma titularidade inequívoca: o indivíduo. Entretanto, na passagem de uma titularidade individual para uma coletiva, que caracteriza os direitos de terceiro e quarta geração, podem surgir dilemas no relacionamento entre o indivíduo e a coletividade que exacerbam a contradição, ao invés de afirmar a complementaridade do todo e da parte. Estes dilemas provêm, em primeiro lugar, da multiplicidade infinita dos grupos que podem sobrepor-se uns aos outros, o que traz uma difusa e potencial imprecisão em matéria de titularidade coletiva – basta pensar na criança, na família, na mulher, nos trabalhadores nas minorias étnicas, religiosas, linguísticas e sexuais. Um bom exemplo de imprecisão em matéria de direitos de titularidade coletiva é o próprio direito à autodeterminação dos povos, pois os textos falam de povos, que é um termo plurívoco, daí advindo a dificuldade em diferenciá-lo de outros, como o de nação, que com ele se relaciona, mas não se identifica.” (LAFER, 1999, p. 132).

coletivo propriamente dito, quanto difuso. A esfera difusa de direito comporta os interesses que têm como titulares as pessoas de uma forma indeterminada, como a “sociedade” ou a “humanidade”. É nesse sentido que MANCUSO (2000, p. 77) argumenta que o interesse difuso concerne a “um universo maior do que o interesse coletivo, visto que, enquanto aquele pode mesmo concernir até a toda a humanidade, este apresenta menor amplitude, já pelo fato de estar adstrito a uma ‘relação-base’, a um ‘vínculo jurídico’, o que o leva a se aglutinar junto a grupos sociais definidos”. De tal forma, “o interesse coletivo resulta do homem em sua projeção *corporativa*, ao passo que, no interesse difuso, o homem é considerado simplesmente enquanto *ser humano*” (MANCUSO, 2000, p. 78).

São novos direitos, decorrentes de uma sociedade de massas, surgida em razão dos processos de industrialização e urbanização, em que os conflitos sociais não mais eram adequadamente resolvidos dentro da antiga tutela jurídica voltada somente para a proteção de direitos individuais. A titularidade pertence ao gênero humano, com diretos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, sobre patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Diversos outros direitos de terceira dimensão podem ser acrescentados a essa relação, como a proteção ao consumidor, à infância e à juventude, ao idoso, ao deficiente físico, à saúde e à educação pública. No ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, inciso I, define os *interesses ou direitos difusos* como os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, e no inciso II, os *interesses ou direitos coletivos* como os “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Os direitos de terceira e quarta dimensão, conforme linguagem da ONU, têm servido como ponto de apoio para as reivindicações jurídicas dos desprivilegiados. Estes direitos têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade. É o caso por excelência do direito à autodeterminação dos povos, expresso na Carta das Nações Unidas (art. 1º, §2º, art. 55), e reivindicado com muita nitidez na prática da ONU em relação às potências colonialistas no processo de descolonização, a

partir da Resolução 1514 (XV) da Assembleia Geral de dezembro de 1960. O direito à autodeterminação dos povos foi consagrado tanto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 1º), quanto no sobre Direitos Civis e Políticos (art. 1º), e é juridicamente concebido como um direito de titularidade coletiva, que se insere como um dos exemplos, pacificamente aceitos por todos os Estados, de *jus cogens* no plano internacional.⁶⁷

Fatos históricos – o período pós-guerras mundiais, as crises econômicas vinculadas ao petróleo nos anos 70, as catástrofes ambientais causadas pelo progresso civilizatório desenfreado dos anos 80, as diferenças sociais provocadas pelo capitalismo “selvagem” – foram basilares para germinar e frutificar uma gama de direitos fundamentais vinculados ao extraindividual, à valorização da fraternidade, da autodeterminação dos povos, da harmonia entre a pessoa, o coletivo e seu ambiente, da boa-fé nas relações de consumo capitalista. A Carta Constitucional Brasileira normatiza tais direitos de forma esparsa, valendo citar o artigo 3º, o qual trata dos objetivos fundamentais da nação, o artigo 4º, o qual trata das relações internacionais no sentido de proteção da paz e defesa dos direitos humanos, e o artigo 225, o qual trata do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, associada a um dever de preservar para agora e para gerações vindouras.

A quarta dimensão é formada a partir de uma revolução científica e tecnológica pós-moderna, com o decifrar do genoma humano na virada para o século XXI. Desenvolvem-se a bioética, a biotecnologia e a engenharia genética, áreas a serem estudadas pelo biodireito. Trata-se de uma revolução sobre o direito fundamental à vida. Junto ao biodireito, o regime político democrático passa a integrar essa nova dimensão, garantindo o exercício livre dos direitos fundamentais, com ênfase à liberdade de expressão, o acesso à informação, a cidadania e o pluralismo político.

⁶⁷ “No contexto dos direitos de titularidade coletiva que vêm sendo elaborados no sistema da ONU é oportuno, igualmente, mencionar: o direito ao desenvolvimento, reivindicado pelos países subdesenvolvidos nas negociações, no âmbito do diálogo Norte/Sul, sobre uma nova ordem econômica internacional; o direito à paz, pleiteado nas discussões sobre desarmamento; o direito ao meio ambiente arguido no debate ecológico; e o reconhecimento dos fundos oceânicos como patrimônio comum da humanidade, a ser administrado por uma autoridade internacional e em benefício da humanidade em geral, no texto do tratado que resultou das negociações da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (arts. 136, 140, 154 e 157).” (LAFER, 1999, p. 131).

Por fim, a quinta dimensão de direitos abrange a evolução tecnológica da informática e da comunicação, por meio do “oceano virtual informativo e interconectado”, a *internet*. Esse “oceano” é analogia às grandes navegações, pois o que a *internet* oferece é a vastidão e o desconhecido como outrora viveram os desbravadores marítimos. Porém, esse “oceano virtual” ainda carece de estudo e normatização satisfatória. Para ALMEIDA (2008, p. 331), “a necessidade de regulamentação desses direitos e, portanto, da criação de formas próprias e adequadas de tutelas jurídicas é uma realidade presente”.

Demonstrada a classificação histórica, ainda é possível qualificar os direitos constitucionais fundamentais em uma “dimensão subjetiva”, a qual se liga às pessoas individuais ou coletivas titulares dos direitos, quanto “objetiva”, constituindo-se, nesse caso, parâmetro básico para a interpretação e concretização da ordem jurídica e da fixação de parâmetros e valores do próprio Estado Democrático de Direito. Entende PEREZ LUÑO (2007, p. 25):

En el horizonte del constitucionalismo actual, los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines e valores constitucionalmente proclamados. (PEREZ LUÑO, 2007, p. 25)⁶⁸.

O jurista espanhol ainda vislumbra a objetividade dos direitos fundamentais como a representação do resultado do acordo básico das diferentes forças sociais. Já pelo prisma da subjetividade, os direitos fundamentais determinam o estatuto jurídico dos cidadãos. (PEREZ LUÑO, 2007, p. 20-22).

Noutra categorização, discorre ALMEIDA (2008, p. 317) que a partir dos critérios de *cognição* e do *dever correlativo*, classificam-se: a) pelo *critério nível de cognição*, os direitos fundamentais seriam *direitos autossuficientes e direitos*

⁶⁸ “No horizonte do constitucionalismo atual, os direitos fundamentais desempenham, portanto, uma dupla função: no plano subjetivo seguem atuando como garantias da liberdade individual, se bem que a este papel clássico se une agora a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade, enquanto que no objetivo assumiram uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve funcionar para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados” (tradução livre).

coalescentes, conforme exista a necessidade ou não da norma infraconstitucional para a integração do conteúdo do enunciado normativo; b) pelo *critério do dever correlativo*, os direitos fundamentais seriam *direitos de abstenção (ou de defesa)*, que exigem do sujeito passivo um comportamento negativo (não restrição do direito de liberdades públicas), e *direitos de prestação*, os quais impõem ao poder público uma prestação positiva ou ativa (fornecimento de medicamentos pelo Estado aos doentes).

Outra polêmica sobre os efeitos dos direitos e garantias constitucionais fundamentais é sua eficácia em relação aos particulares, o que parte da literatura especializada denomina de “efeito horizontal”, em oposição ao “efeito vertical” com o poder público. ALEXY (2008, p. 258) demonstra tal questão:

Atualmente a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre como as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um problema de construção. A questão sobre em que extensão elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, um problema de colisão. Tanto o problema de construção quanto o de colisão resultam de uma diferença fundamental entre a relação Estado/cidadão e a relação cidadão/cidadão. A relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais. (ALEXY, 2008, p. 258).

A literatura especializada ainda não se apresenta coesa sobre o assunto, havendo defensores de ambos os lados, tanto para a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações horizontais, quanto para uma flexibilização (e até inexistência) dessa eficácia nas relações entre cidadãos.

Nesse sentido, argumenta MENDES (1998, p. 48) que uma aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas poderia suprimir ou restringir em demasia o princípio da autonomia privada. Portanto, “é o próprio sistema de direitos fundamentais que autoriza e legitima que os indivíduos confirmem aos negócios de direito privado conformação não coincidente com tais direitos”. Konrad Hesse destaca serem as relações entre pessoas privadas marcadas, fundamentalmente, pela ideia de igualdade. A vinculação direta dos entes privados aos direitos fundamentais não poderia jamais ser

tão profunda, pois, “ao contrário da relação Estado-cidadão, os direitos fundamentais operariam a favor e contra os dois partícipes da relação de direito privado”.

Entretanto, o argumento de violação da esfera individual pela tal eficácia horizontal dos direitos fundamentais é, manifestamente, de roupagem liberal, a qual também merece flexibilização. Um conflito entre titulares de direitos fundamentais também alcançará a esfera pública, e o benefício à coletividade é o fiel da balança. Se entendermos que os direitos fundamentais sociais são imbuídos da mesma força normativa que os direitos individuais, faz-se logicamente necessária a aplicação da eficácia e força vinculante dos direitos fundamentais nas relações sociais entre os indivíduos, em sua esfera de sociedade civil, e não apenas a relação entre poder público/sociedade. Para ALMEIDA (2008, p. 335), “a aplicabilidade imediata e a eficácia vinculatória geral dos direitos e garantias e constitucionais fundamentais têm plena incidência tanto em relação ao Direito Individual, quanto em relação ao Direito Coletivo em geral. Interpretação em sentido oposto contraria material e formalmente a Constituição Federal de 1988.” (ALMEIDA, 2008, p. 335). Portanto, mais coerente flexibilizar a ideologia liberal para adaptá-la a carga histórica e principiológica de direitos voltados à dignidade da pessoa humana, do que o movimento contrário, sob pena de retrocesso.

Noutro ponto, a conceituação dos direitos fundamentais é alvo de debate, porquanto o conceito pretende transpor ao mundo da linguagem uma valoração da verdade abstrata. Pelo apanhado histórico, revelou-se a necessária ocorrência de lutas constantes por consolidação de interesses privados e coletivos. Entende ALMEIDA (2008, p. 304) que para “conceituação adequada dos direitos fundamentais devem-se reconhecer as garantias conquistadas historicamente”. Em outro ponto, “a pluridimensionalidade, a interdisciplinaridade, e a complexidade dos direitos fundamentais dificultam a formulação de conceito pleno, mas não a impede”.

A literatura especializada coaduna-se no sentido de que “os direitos fundamentais são os direitos humanos assegurados constitucionalmente”, portanto, positivados em um ordenamento jurídico específico. Porém, isso não é suficiente, pois a Constituição deve ser lida de modo ampliativo (cláusula aberta), ou seja, o que está positivado não exclui outros que possam a vir ser conquistados (artigo 5º, §2º, da

CR/88). A conceituação adequada dos direitos fundamentais deve abranger a esfera das conquistas individuais e coletivas, bem como, os direitos difusos (transindividuais), intergeracionais, bioéticos e democráticos, consistentes em garantias de terceira e quarta dimensão. A concretização das diversas dimensões dos direitos fundamentais é a finalidade-chave do bem/interesse público, ou seja, da existência do Estado Democrático de Direito. São direitos que encontram fundamento em “acordos básicos que originam a sociedade” (LORENZETTI, 2010, p. 102).

Um conceito em completude deve abranger todos os pontos acima destacados, portanto, adequado o conceito de ALMEIDA (2008, p. 310):

Os direitos fundamentais são todos os direitos, individuais ou coletivos, previstos expressa ou implicitamente em determinada ordem jurídica e que representam os valores maiores nas conquistas históricas dos indivíduos e das coletividades, os quais giram em torno de um núcleo fundante do próprio Estado Democrático de Direito, que é justamente o direito à vida e a sua existência com dignidade. (ALMEIDA, 2008, p. 310).

De tal forma, há uma característica de multifuncionalidade para os direitos fundamentais, consistente no múltiplo âmbito de ocorrência, interferência, aplicação e efetividade dos direitos fundamentais em uma dada sociedade. Nesses âmbitos, um direito fundamental efetiva-se como direito subjetivo individual (pertencente ao indivíduo em face do Estado ou outros indivíduos), como direito subjetivo coletivo (protetor dos interesses de uma comunidade), como direito subjetivo difuso (protetor dos interesses da sociedade e das gerações vindouras), e ainda, como dever obrigacional do Poder Público, regulando as diretrizes de ação política e jurídica do Estado que se proclame e seja reconhecido como Democrático de Direito.

Entre as características mais nominadas pela doutrina tradicional, estão a historicidade (direitos fundamentais são consequências de diversas conquistas históricas, como as revoluções iluministas-liberais, as revoluções socialistas e as guerras mundiais), a inalienabilidade (os direitos fundamentais não têm conteúdo patrimonial-econômico, portanto, são inegociáveis e indisponíveis), a imprescritibilidade (nunca deixam de ser exigíveis, não sendo atingidos pelo instituto prescricional), a irrenunciabilidade (os titulares podem não exigir, mas não podem renunciar), a

interdependência (existência de pontos de intersecção entre os direitos fundamentais), a universalidade (abrangem todas as pessoas, independentes de suas características individuais), a complementaridade (interpretados complementarmente aos sistema constitucional) e a efetividade (devem alcançar concretude). Evidente que as características gerais dos direitos fundamentais são a própria validade de existência dos mesmos, colocando tais direitos em patamar de supremacia aos demais direitos existentes, e conferindo, aos mesmos, particularidades que asseguram sua proteção, promoção e aplicação prática. Ainda, apontam-se características de caráter principiológico para os direitos fundamentais: a máxima força concretizadora (efetividade), a interpretação aberta e ampliativa (não restrição e rol não exaustivo), a máxima força irradiadora e condutora do sistema jurídico e do comportamento dos operadores jurídicos em geral e dos particulares (essência constitucional, princípio em sua concepção mais ampla, alcançando distintos ambientes de conhecimento, desde a academia até a práxis), a dinamicidade incorporativa e valorativa (interpretação axiológica-ontológica e de acompanhamento ao movimento social), a proibição do retrocesso (superação do ultrapassado, evolução) e a relativização (aplicação do princípio da proporcionalidade nos conflitos aparentes entre os direitos fundamentais).

E permanece a pergunta que exige uma resposta direta: e quais são os direitos fundamentais? O artigo 5º, *caput*, da CR/88 especifica cinco direitos fundamentais básicos: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, que constituem o fundamento de todos os demais direitos reconhecidos, quer pelos incisos do art. 5º, quer pelos dispositivos sequenciais do mesmo Título II, bem como de toda a Constituição – dado que órgãos, bens, direitos, deveres, instituições refluem, todos, para um destinatário único, em especial, o ser humano. Porém, dentre todos os demais direitos e garantias assegurados pela Constituição – e, ainda, os direitos não expressos, mas previstos pela abrangência do art. 5º, §2º, da CF/1988, quais deles seriam direitos fundamentais? Explica GARCIA (2011, p. 763) que são “todos os direitos e garantias *diretamente* vinculados a um dos cinco direitos fundamentais básicos constantes do art. 5º, *caput*. Os demais compõem apenas o quadro de dos direitos constitucionais”.

As categorizações, conceitos e características apresentadas acima para os direitos fundamentais ainda geram debates e polêmicas no campo teórico, sinal positivo

de que o principal efeito da ciência jurídica está em funcionamento: a constante indagação e problematização dos institutos que se cristalizaram, no intuito de contínua crítica da teoria associada ao mundo prático, um movimento de essência emancipatória.

1.4. Aplicabilidade imediata da dignidade humana.

As normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, conforme expressamente prevista no §1º do artigo 5º da CR/88. De outra forma não poderia ser, pois a finalidade da constituição contemporânea é solidificar o Estado Democrático de Direito, com prevalência dos direitos fundamentais individuais e coletivos (Título II, Capítulo I, CR/88), preservando-se a pessoa humana e sua dignidade. Para ALMEIDA (2008, p; 332), a aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais fundamentais é “princípio essencial no plano da teoria dos direitos fundamentais e está diretamente ligada ao direito de acesso à justiça na sua condição de direito de acesso a uma ordem jurídica adequada e justa”.

A aplicabilidade imediata consiste na irradiação⁶⁹ de força normativa dos ditames constitucionais referentes aos direitos fundamentais, não sendo aceitável a manutenção de óbices – políticos, estruturais, ideológicos – que impeçam a concretização das normas que garantem a dignidade da pessoa humana, tanto em seu aspecto de ser individual, quanto em suas relações sociais, estas dirigidas a uma consciência comunitária de fraternidade. Nesse viés, PIOVESAN (2013, p. 261) argumenta ser “inadmissível a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental, posto que a omissão estatal viola a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir direito fundamental”. Pois bem, o novo constitucionalismo é essencialmente concretizador.

Em razão da irradiação da força normativa dos direitos constitucionais fundamentais, toda e qualquer norma que seja referente a tais direitos recebe a mesma força normativa e vinculante, portanto, a aplicabilidade imediata se faz presente em

⁶⁹ “Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência” (ALEXY, 2008, p. 524).

qualquer âmbito normativo. Argumenta ALMEIDA (2008, p. 336) que “tanto os modelos teóricos explicativos da dogmática jurídica, quanto a atuação do legislador, do administrador, do juiz e até dos particulares devem obediência aos direitos e garantias constitucionais fundamentais”.

Sendo imediata a aplicabilidade dos direitos fundamentais, estes não podem depender de regulamentação pelo legislador ordinário para sua concretização. A ausência de norma regulamentadora ou a argumentação de um caráter meramente programático não podem ser aceitos como óbices para o caráter imediato na efetividade dos direitos fundamentais. Entende ALMEIDA (2008, p. 334) que “a alegação de impossibilidade jurídica não é admitida como cláusula impeditiva da realização de direitos fundamentais”. Completa afirmando que “a impossibilidade, que poderá servir como impedimento, é somente a real, amparada em elementos e circunstâncias fáticas, e mesmo assim deve ser sopesada concretamente”. (ALMEIDA, 2008, p. 335).

Sob outra ótica, Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 588) concorda em parte, pois entende que a previsão de direitos sociais na constituição brasileira não pode ser encarada como simples “lírica constitucional”, ou seja, não é possível que não haja nenhuma consequência jurídica concreta para essa previsão. Mas não é possível que direitos sociais sejam tratados como se tivessem a mesma estrutura que têm os chamados direitos individuais (civis e políticos), ou seja, juízes não podem ignorar as políticas públicas já existentes nessas áreas, concedendo, de forma irracional e individualista, medicamentos, tratamentos de saúde ou vagas em salas de aula a todo aquele que recorrer ao Judiciário.

Com o devido respeito ao catedrático da Universidade de São Paulo, mas entender os direitos sociais como pertencentes apenas à coletividade é desconsiderar a característica de interrelação e fluidez entre todos os direitos fundamentais, na forma de dimensões interconexas, afastando a ideia de meras gerações estanques. Ora, não há dúvida que o direito à saúde e à educação pertence, didaticamente, à segunda dimensão, pois de natureza coletiva. Mas saúde e educação são elementos essenciais para a vida com dignidade, direito de cada pessoa individualmente considerada. Exigir que magistrados fundamentem racionalmente suas decisões em casos dessa natureza é

benéfico para a equação de custos estatais, mas impedir o provimento para os pedidos individuais é violação ao princípio constitucional de acesso à Justiça.

Apenas um impedimento real e intransponível, amparado em elementos e circunstâncias fáticas devidamente justificadas, poderá, temporariamente, diminuir a marcha da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Trata-se de situações de impossibilidades estruturais ou jurídicas momentâneas, que devem ser corrigidas o mais breve possível, pois se apresentam como anomalias. Ademais, é cediço que não há princípios absolutos, já que a fluidez principiológica determina que os valores expressos em normas constitucionais devem ser ponderados entre si, evitando que qualquer princípio seja por completo fulminado. Portanto, a única limitação jurídica aceita para a aplicação de um direito fundamental é aquela que vise salvaguardar outros direitos e garantias fundamentais. Esse ditame, apesar de não estar expresso na Constituição Brasileira, encontra-se no artigo 18, 2, da Constituição Portuguesa de 1976⁷⁰, servindo como modelo de direito comparado para a adequada interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.

Em contraponto, TEMER (2001, p. 23) entende que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, algumas de eficácia jurídica e social, e outras apenas com eficácia jurídica:

Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. *Eficácia jurídica*, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam. Embora não aplicada a casos concretos, é aplicável juridicamente no sentido negativo antes apontado. Isto é: retira a eficácia na normatividade anterior. É eficaz juridicamente, embora não tenha sido aplicada concretamente.” (TEMER, 2001, p. 23).

Sobre a eficácia das normas constitucionais, José Afonso da Silva presta inegável contribuição doutrinária ao descrever os seus graus: a) *normas constitucionais de eficácia plena*: são aquelas de aplicabilidade imediata, direta, integral, independentemente

⁷⁰ Art. 18, 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

de legislação posterior para a sua inteira operatividade; b) *normas constitucionais de eficácia contida*: são aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas que podem ter reduzido seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional; c) *normas constitucionais de eficácia limitada*: são aquelas que dependem da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhes a eficácia, mediante lei ordinária, lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados. São divididas em *normas de princípio institutivo* e *normas de princípio programático*. Ambas de eficácia limitada. As primeiras são as que dependem de lei para dar corpo a instituições, pessoas, órgãos, previstos na norma constitucional. As últimas (programáticas) são as que estabelecem um programa constitucional a ser desenvolvido mediante legislação integrativa da vontade constituinte. (SILVA, 2011, p. 125-130).

Em que pese a importância dessa classificação, a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais implica na ocorrência de eficácia jurídica e social, portanto, eficácia plena⁷¹, ou seja, é inadequada a arguição de ausência de lei regulamentadora infraconstitucional para a promoção e proteção de direitos e garantias fundamentais. Se os denominados direitos sociais necessitam de programas para sua concretização, qualquer alegação no sentido de impossibilidade de efetivar tais programas será inconstitucional. Os impedimentos surgem das dificuldades fáticas no desenvolvimento dos programas, mas nunca da impossibilidade de elaborá-los e iniciá-los. Esses programas são constituídos pelas chamadas “políticas públicas”, mas não somente, já que ademais da obrigação de ação por parte do Estado, a participação da sociedade civil, por meio de ONG’s, associações civis, organizações sociais, OSCIP’s, é fundamental para o desenvolvimento célere e efetivo dos programas sociais.

Noutra abordagem, os direitos fundamentais são garantias de um conjunto de específicos direitos e tutelas que assegurem a existência da pessoa, um “mínimo

⁷¹ “As normas de direitos fundamentais são – de acordo com a terminologia mais difundida no Brasil – normas de eficácia plena, no sentido de que por mais relevante que seja o papel do legislador infraconstitucional, não se poderá deixar a decisão sobre o conteúdo dos direitos sociais, na esfera plena e ilimitada de atuação do legislador. Dito de outro modo, também os direitos sociais não podem ter sua eficácia e efetividade, mesmo como direitos a prestações, integralmente, portanto, exclusivamente, condicionados por uma interposição legislativa, cuidando-se, nesta perspectiva, também de autênticos trunfos contra a maioria” (SARLET, 2012-B, p. 477).

existencial”. O mínimo existencial é “núcleo duro”, na expressão de Ada Pellegrini Grinover, de direitos fundamentais a garantir a dignidade da pessoa humana⁷². É dessa concepção de garantia do mínimo existencial atrelado à dignidade humana que as políticas públicas devem partir.

A priori, a defesa do mínimo social se coaduna à garantia da dignidade do ser humano. Porém, há risco de ser “faca de dois gumes”, já que os poderes que comandam o Estado Pseudodemocrático podem determinar que apenas o mínimo existencial seja satisfeito, de forma até restritiva, omitindo-se e afastando-se da responsabilidade constitucional de garantir além do núcleo mínimo e que tal “núcleo duro” tenha uma força ampliativa crescente, a ponto de abranger cada vez mais novos direitos que se reconheçam fundamentais e que assegurem a dignidade humana.

Mas, afinal, como definir a dignidade da pessoa humana? Para BARROSO (2012, p. 127), a dignidade humana apresenta-se “como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, funcionando tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais”.

Sob o prisma histórico, a primazia jurídica do valor da dignidade humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associado à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei. Basta lembrar que os principais acusados em Nuremberg invocaram o

⁷² O mínimo existencial constitui-se no bloco de oportunidades mínimas devidas a todo e qualquer ser humano, para o seu adequado desenvolvimento e para que possa ter uma vida minimamente digna. Dizer que um sujeito deva desfrutar de oportunidades mínimas implica afirmar que há exigências básicas e vitais a serem atingidas. Porém, não se podem confundir exigências com preferências, já que são gradações distintas de necessidades. Numa escala hipotética das necessidades humanas variando entre -1 e +1, as exigências consistem naquilo que permitem aos indivíduos começarem suas vidas do nível zero, sem que lhes falte qualquer bem necessário para uma vida minimamente digna; são, portanto, as necessidades básicas, ou, ainda, as oportunidades mínimas. As preferências, por sua vez, consistem no que é supérfluo, representando os desejos, interesses e aspirações individuais. Assim, ao Estado cabe viabilizar as oportunidades mínimas, viabilizando as condições para uma vida minimamente digna, podendo, portanto, as pessoas exigirem do e controlarem o Estado no que se refere à concretização e à manutenção dessas oportunidades. Entretanto, não é obrigação estatal concretizar as preferências dos indivíduos, ou, por outra, o Estado não tem o dever de utilizar recursos para realizar aquilo que as pessoas preferem. (FARO, 2012, p. 167).

cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas de autoridade competente como justificativa para os crimes cometidos⁷³.

Em verdade, a compreensão da dignidade da pessoa humana no curso da História tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. As práticas de torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes germinaram nas consciências a exigência de novas regras para uma vida de valoração à integridade do ser pessoa humana. Essa ética de reconhecimento determinou uma moral de solidariedade, fundada sobre o respeito aos direitos humanos e estabeleceu as bases para a construção de uma cidadania mundial, onde já não há relações de dominação, individual ou coletiva⁷⁴.

Acima de tudo, intenta-se a reaproximação da ética e do direito por um consenso antropológico⁷⁵. Pode-se afirmar a ocorrência de um reencontro com o pensamento kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua. Para Kant, as pessoas devem existir como um fim em si mesmo e jamais como

⁷³ “A respeito, destaca-se o julgamento de Eichmann em Jerusalém, em relação ao qual Hannah Arendt desenvolve a ideia da ‘banalidade do mal’, ao ver em Eichmann um ser esvaziado de pensamento e incapaz de atribuir juízos éticos às suas ações. Nesse contexto, ao final da Segunda Guerra Mundial, emerge a grande crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal. É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que é possível compreender, no Pós-Guerra, de um lado, a emergência do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, em resposta ao impacto das atrocidades então cometidas. No âmbito do Direito Constitucional ocidental, são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana.” (PIOVESAN, 2008, p. 28-29).

⁷⁴ “Além dessa chave de compreensão histórica dos direitos humanos, há outro fato que não deixa de chamar a atenção, quando se analisa a sucessão das diferentes etapas de sua afirmação: é o sincronismo entre as grandes declarações de direitos e as grandes descobertas científicas ou invenções técnicas. Uma das explicações possíveis para isso parte da verificação de que o movimento constante e inelutável de unificação da humanidade atravessa toda a História e corresponde, até certo ponto, ao próprio sentido da evolução vital. [...] Na história moderna, esse movimento unificador tem sido claramente impulsionado, de um lado pelas invenções técnico-científicas e, de outro lado, pela afirmação dos direitos humanos. São os dois grandes fatores de solidariedade humana: um de ordem técnica, transformador dos meios ou instrumentos de convivência, mas indiferente aos fins; e o outro de natureza ética, procurando submeter a vida social ao valor supremo da justiça. A solidariedade técnica traduz-se pela padronização de costumes e modos de vida, pela homogeneização universal das formas de trabalho, de produção e troca de bens, pela globalização dos meios de transporte e de comunicação.” (COMPARATO, 2003, p. 37-38).

⁷⁵ “*En efecto, los derechos humanos constituyen en la actualidad – como realidad a la vez positiva e ideal, jurídica y ética, expresión dinámica de un cierto consenso antropológico y dotada de profundas implicaciones políticas – una noción ecuménica sin precedentes*” (ARAZO, 1992, p. 118). “Com efeito, os direitos humanos constituem na atualidade – como realidade positiva e ideal, jurídica e ética, expressão dinâmica de um certo consenso antropológico e dotada de profundas implicações políticas – uma noção ecumênica sem precedentes” (tradução livre).

um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, enquanto irracionais, por isso são chamados “coisas”, substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados ‘pessoas’, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidades, na medida em que têm um valor intrínseco. Desse modo, ressalta Kant, deve-se tratar a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre com um fim em si mesmo, nunca como um meio. Adiciona Kant que a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Lembra que a ideia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio de um princípio universal da moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres racionais. (PIOVESAN, 2008, p. 29-30).

Entretanto, a concepção de que o homem nunca será meio, como apresentado por Flávia Piovesan, não está integralmente de acordo com a melhor interpretação da filosofia kantiana, pois a ideia adequada é de que o homem não deva ser usado “apenas” como um meio. A primeira fórmula do imperativo categórico, pelo qual devemos agir de forma com que nossa máxima possa tornar-se uma lei universal, encontra, na dignidade da pessoa humana, a força valorativa e principiológica que permite transformar-se em concretude. Para MARTÍNEZ-PUJALTE (1992, p. 91), *“los derechos humanos se fundan en la dignidad del hombre, esto es, en aquella exigência que es expressada por Kant: ‘La humanidad misma es una dignidad, pues el hombre no puede ser tratado por ningún hombre (ni por outro, ni siquiera por sí mismo) puramente como médio, sino siempre como um fin”*.⁷⁶

Na ordem constitucional, a dignidade é inserida como fundamento da República e como um dos valores supremos defendidos pela Constituição. A dignidade seria, portanto, o núcleo em torno do qual gravitam do ‘direitos fundamentais’, gerando um autêntico sistema de garantias. Como argumenta SALDANHA (2013, p 276), as Constituições modernas que seguiram essa tendência passaram a tratar de temas que até então lhes fugiam ao alcance, e, de forma complementar, “buscou-se real efetivação de

⁷⁶ “Os direitos humanos fundamentam-se na dignidade do homem, isto é, naquela exigência que é expressa por Kant: ‘A própria humanidade é uma dignidade, pois o homem não pode ser tratado por nenhum homem (nem por outro, nem sequer por si mesmo) puramente como meio, senão sempre como um fim” (tradução livre).

tais direitos na seara infralegal. No âmbito do direito privado, por exemplo, tal movimento ficou conhecido como de ‘repersonalização do direito civil’, no qual este deixou de ter preocupações eminentemente patrimoniais e passou a valorizar o ser humano em seu caráter mais fecundo”.

Assim, o valor da dignidade da pessoa humana é núcleo irradiador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional. Considerando que toda Constituição deve ser interpretada como unidade, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Para PIOVESAN (2008, p. 28), “o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular”.

Dignidade humana é norteador axiológico, paradigma ético, imperativo de conduta e fundamento jurídico. De tal forma, em todos os contextos, o princípio da aplicabilidade imediata e da eficácia plena da dignidade da pessoa humana deve ser traduzido em concretização para a realidade social.

CAPÍTULO II - A HERMENÊUTICA PÓS-POSITIVISTA PARA A EMANCIPAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No capítulo anterior foram apresentados fatos e fenômenos sociais significantes para o reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais, com ênfase no método histórico. O presente capítulo, cumprindo o compromisso desta pesquisa com a teoria crítica, é uma argumentação com ênfase no viés filosófico⁷⁷, representado especificamente pela hermenêutica jurídica.

Proveniente da expressão grega *hermeneutiké* (arte de interpretar) e de *hermeneuo* (explicar alguma coisa), é estudo que estabelece os critérios para a interpretação de textos, também representado pela *exegese* como método de explicação e comentários. De forma geral, a hermenêutica ocupa-se em decifrar os mitos, decodificar o inconsciente, identificar os elementos simbólicos de uma cultura (signos), compreender as obras de arte, evidenciar equívocos de linguagem, compreender as leis dos homens e dos livros sagrados. É usada prioritariamente nos campos da Filosofia, da Religião e do Direito.

A hermenêutica contemporânea é a ciência que objetiva a busca do conhecimento de algo que não se apresenta de forma clara, portanto, pretende clarificar, evidenciar, iluminar e interpretar. A complexidade das ciências sociais, sempre referidas a valores, faz com que a verdade esteja oculta ou que seja, ao menos, discutível. A hermenêutica é essencial nas áreas de conhecimento em que a certeza científica não é vigente, ou seja, nas ciências não-exatas, nas quais utiliza o discurso e suas características argumentativas como principal método de veracidade, como é o caso da ciência jurídica.

Define CAMARGO (2011, p. 14), “a hermenêutica jurídica refere-se, assim, a todo um processo de interpretação e aplicação da lei que implica a compreensão total do fenômeno que requer solução”. Para CRETELLA JÚNIOR (1983, p. 46), “no terreno da *hermenêutica*, impenetrável ao leigo, os artigos de lei jamais devem ser interpretados

⁷⁷ “Filosofia do direito é o estudo crítico dos postulados em que repousam os institutos típicos dos diferentes ramos em que se subdivide a ciência jurídica; é a revisão crítica do fundamentos dos institutos jurídicos; é a crítica dos postulados das ciências particulares do direito” (CRETELLA JÚNIOR, 1983, p. 13).

isoladamente, o artigo de lei só vale em função dos demais artigos do Código em que se inscreve, articulando este com outros diplomas legislativos e com o espírito geral do sistema”.

Pois bem, e atualmente, qual é o “espírito geral do sistema” que guia a hermenêutica jurídica para os direitos humanos e fundamentais? Essa é a pergunta orientadora deste capítulo.

Compreender é indagar sobre as possibilidades do significado dos acontecimentos inerentes às relações humanas⁷⁸. O direito é produto da racionalidade e das interrelações sociais, ou seja, o direito só existe, em sua total acepção, quando compreendido. O direito admite uma superposição entre dois âmbitos de estudo: a da compreensão da norma e a da compreensão do fato, levadas a cabo pelo *ser*⁷⁹ historicamente presente, que se utiliza, para tanto, do procedimento argumentativo⁸⁰. Tecnicamente, a argumentação viabiliza o acordo capaz de formular a compreensão através de uma interpretação que sirva de fundamento à solução mais razoável. Conforme CAMARGO (2011, p. 22), “o método do direito é o tópico-hermenêutico. Cada situação deve ser compreendida em função do problema que apresenta a da tradição histórica na qual se insere. Mas o seu instrumental é argumentativo”.

⁷⁸ “A compreensão no campo do direito dá-se por intermédio da argumentação. A interpretação, enquanto ação mediadora entre a pré-compreensão e a compreensão, é de índole nitidamente concretizadora e argumentativa. E, se pensarmos que *compreender* é indagar sobre as possibilidades de um acontecer próprio das relações humanas, ou, segundo Heidegger, o caráter ôntico original da vida humana mesma: o *estar-aí* que se interpreta, temos que o direito só existe enquanto compreendido. Interpretamos algo concreto, que é a conduta tipificada como jurídica, e justificamo-la por meio de argumentos que pretendemos convincentes. E, se pensarmos que é por meio da argumentação que se dá a interpretação, isto é, que a tese vencedora é que nos impõe um significado passível de produzir efeitos sobre a realidade, podemos achar que a hermenêutica é ontológica. Lembremo-nos que, no direito, a coisa julgada constrói uma verdade jurídica (*aletheia* ou desvelamento da decisão correta), que corresponde à tomada de posição por sua vez produtora de efeitos sobre a realidade.” (CAMARGO, 2011, p. 255-256).

⁷⁹ O “ser” em completude com o “conhecer”, ponto de fusão entre ontologia e gnoseologia, portanto, um viés *ontognoseológico*.

⁸⁰ “À hermenêutica jurídica cabe a função de viabilizar o entendimento da linguagem normativa, uma vez que as regras gramaticais primárias desta não encontram total correspondência naquelas que integram a estrutura da linguagem natural. Poder-se-ia dizer, nestes termos, que ela cumpre a função de metalinguagem, operando a passagem entre a realidade (linguagem natural) e a normatividade (linguagem jurídica).” (SOUZA, 1993, p. 85).

A priori, pelo viés hermenêutico o direito é a realização prática do justo pela compreensão interpretativa e discursiva da norma e do fato na busca da solução adequada ao problema proposto⁸¹.

2.1. A renovação histórica da hermenêutica.

A hermenêutica apresenta-se, para a ciência da atualidade, como a teoria da interpretação⁸². Suas origens remetem a antiguidade clássica, mas somente na idade moderna esse método de pensamento desvincula-se da teologia e da leitura de textos majoritariamente bíblicos para alcançar um *status* científico, em principal com os estudos de Friedrich Schleiermacher, Wilhelm Dilthey e Paul Ricœur⁸³.

É possível demarcar a renovação da hermenêutica como filosofia gnoseontológica (ser e conhecer), a partir das teorias de Ludwig Wittgenstein sobre a precisão da linguagem. Para ele, o mundo é representado pelo pensamento, desde que mundo pensamento e linguagem (proposição) tenham a mesma forma lógica, pois pensamento e linguagem podem ser imagens lógicas dos fatos, e a imagem é o modelo da realidade. Wittgenstein, diferentemente dos atomistas, via o mundo como fatos, e não objetos, pois a estrutura da linguagem é que revela a estrutura do mundo, revelando, assim, nossa concepção da realidade. (CASTILHO, 2012, p. 208).

Uma nova visão epistemológica é construída com a superação das abordagens idealistas (subjetivista/objetivista-platônica) e realistas (naturalista-

⁸¹ “[...] a *hermenêutica* como método ou orientação de raciocínio, a *tópica* como mola propulsora e centro de gravidade que garante esse movimento, a *argumentação* como organização do pensamento, enquanto o *discurso* corresponde à exteriorização do raciocínio, e a *interpretação* à fixação da *compreensão*. [...] o direito, apesar de toda sua carga dogmática, faz parte de uma tradição filosófica cuja base reside na *tópica* e na *retórica*; o que nos leva a acreditar que o seu conhecimento, como criação humana, histórica e social, comporta uma dimensão hermenêutica. [...] o *direito* consiste na *realização de uma prática que envolve o método hermenêutico e a técnica argumentativa*.” (CAMARGO, 2011, p. 258-259).

⁸² “Hermenêutica jurídica é a ciência e a arte da interpretação da linguagem jurídica, tendo por objetivo sistematizar princípios e regras. Interpretação é o processo de definição do sentido e alcance das normas jurídicas, tendo em vista e integração do sistema com a harmoniosa aplicação da fonte a um determinado caso concreto. A hermenêutica visa a: a) interpretar normas garantindo a sua aplicabilidade; b) constatar a existência de lacunas e apresentar critérios para o preenchimento das mesmas; c) solucionar antinomias jurídicas.” (KÜMPEL, 2012, p. 120).

⁸³ “A hermenêutica de Schleiermacher e Dilthey é qualificada como metodológica, epistemológica ou científica. Isso porque ela procura disciplinar o processo interpretativo em busca da apreensão de um sentido correto de um texto ou obra cultural” (ERICKSEN, 2012, p. 56).

aristotélica) do conhecimento. Os estudos de Kant propõem o sincretismo entre o ideal e o real por meio da constatação fenomenológica. No mesmo sentido, o empirismo e o racionalismo não alcançam a verdade por si só, mas são métodos complementares para conhecimento dos fenômenos. Para Kant, a razão pura (racionalidade) e a metafísica dos costumes (moralidade) necessitam da razão prática como condição superior: o reconhecimento da *vontade do ser* como *causalidade natural*, representada pela *autonomia* e pela propriedade desta, a *liberdade*. Pois, “o uso especulativo da razão, com respeito à natureza, conduz à absoluta necessidade de alguma causa suprema do universo; o uso prático da razão, com respeito à liberdade, conduz também a uma necessidade absoluta, mas só das leis das ações de um ser racional como tal. Ora, é princípio essencial de todo o uso de nossa razão o conduzir o seu conhecimento até a consciência de sua necessidade (porque sem ela não seria nunca conhecimento da razão)” (KANT, 2005, p. 79-95).

Conforme CRETELLA JÚNIOR (1983, p. 36), os *fenomenologistas* entendem ser impossível conhecer as “coisas em si”, como realmente são, mas apenas “como se revelam” ou “como se apresentam” ao sujeito cognoscente, pois “o mundo fenomênico é a aparência compreendida pelo espírito humano com suas diversas limitações”.

Ao pensamento kantiano, TOMAZ (2010, p. 22) complementa que “a razão prática apenas se manifestará como liberdade moral se consideramos como imperativo categórico que *só se é livre quando todos são livres*, como outrora proclama Sartre”. Esse sincretismo entre Kant e Jean-Paul Sartre tornou-se possível com o mais contundente movimento filosófico do século XX: o *existencialismo*.

É a relevância da linguagem para a constatação da verdade fenomenológica que fertiliza o campo filosófico para despertar o existencialismo. Durante o século XX, surgem os estudos de Martin Heidegger⁸⁴ e Hans-Georg Gadamer⁸⁵, os quais

⁸⁴ “A obra de Heidegger se desdobra inteiramente entre duas datas e dois títulos: *Ser e Tempo* (1927) e *Tempo e Ser* (1962). O primeiro livro representa a etapa preparatória, o caminho que é preciso percorrer para poder tratar do tema anunciado logo de início. [...] A temporalidade do *Dasein* é marcada por traços como angústia, o ser-para-a-morte, o cuidado (cujo sentido ontológico não é outro senão a temporalidade), o estar em dívida com o *Dasein* que, na facticidade do ser-no-mundo, está sempre em atraso em seu próprio poder-ser, o que é testemunhado constantemente pelo chamado, pela voz da consciência que se faz ouvir na preocupação cotidiana, que interpela a existência inautêntica normalmente vivida sob o regime do *a gente*. [...] O *Dasein*, como ser-no-mundo, descobre o ente intramundano, a

determinam uma nova visão para a hermenêutica, uma linha existencialista. Não se apregoa mais a diferenciação e o afastamento entre o sujeito e o objeto, mas que tudo é um exercício interpretativo pela linguagem, a qual leva a constatação do ser-no-mundo (*dasein*), um ente que constrói e desconstrói a cultura para continuamente inová-la.

Pela ontologia de Heidegger, pensar a hermenêutica significa pensar a compreensão a partir do discurso, portanto, a fala, o silêncio e a escuta são essenciais ao estudo da hermenêutica. Na linguagem o homem aparece no seu modo distinto, ainda que a palavra a ser compreendida seja silenciosa. No discurso o ser humano pode se manifestar, presente ou ausente a voz. O silêncio, a escuta e a fala, portanto, a linguagem constitui o discurso, e este constitui a existência. (MEGALE, 2013, p. 11).

No campo da hermenêutica jurídica clássica, Friedrich Carl von Savigny preordena a interpretação de normas de direitos privados – dotadas em sua maioria de estrutura de regras, com a previsão de uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica -, sendo influenciado pela hermenêutica metodológica, epistemológica ou científica. Seguindo essa trilha filosófica, foram criados os métodos de interpretação gramatical, lógico, histórico e sistemático. Em momento posterior, Rudolf von Ihering explicitou o método teleológico (finalidade da lei) de interpretação como um implemento teórico ao sistema interpretativo até então vigente

Quando associada à interpretação constitucional, a hermenêutica apresenta uma gama considerável de teorias e métodos interpretativos. Sinteticamente, destacam-se o método jurídico clássico de Ernst Forsthoff, o método tópico-problemático de Theodor Viehweg, o método concretizador de Konrad Hesse, o método integrativo de Rudolf Smend, o método normativo-estruturante de Friedrich Müller, o método da constituição aberta de Peter Häberle. Todos os métodos têm em comum o exercício de interpretação constitucional para alcançar soluções adequadas em casos concretos.

mundanidade do mundo, sistema de relações, complexo de referências significantes que se oferece à compreensão Essa estrutura do mundo, dita unidade de significatividade (*Bedeutsamkeit*), deve ser apreendida em seu teor fenomênico e não apenas em formalizações que nivelam os fenômenos. Ela possui sua temporalidade própria, o tempo público” (COLETTE, 2011, p. 94-95).

⁸⁵ “A hermenêutica de Heidegger e Gadamer é qualificada como existencial, ontológica ou filosófica. Isso porque ela não se propõe a estabelecer um método ou uma teoria científica da interpretação, mas volta-se para o conhecimento da própria existência humana e do ato de compreensão em si” (ERICKSEN, 2012, p. 58).

Porém, os métodos devem ser utilizados de forma complementar, jamais rigidamente ou de forma excludente, pois, seguindo a linha filosófica-existencialista de Heidegger, a contínua interpretação é a própria evolução do ser numa espiral crescente e expansiva⁸⁶.

Na esteira do jurista espanhol Antônio Enrique Perez Luño, é possível organizar e arrolar quatro principais teorias hermenêuticas que discutem parâmetros para a interpretação dos direitos e garantias fundamentais: a escola positivista, a teoria dos valores, a teoria institucional e a escola jusnaturalista crítica. (PEREZ LUÑO, 2003, p. 297).

ALVES e XAVIER (2012, p. 102-103) esmiúçam e sintetizam essas teorias:

Para a Teoria Positivista, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais se vincula à proteção normativa, por outro lado, para a Teoria da Origem dos Valores, tal conteúdo se identifica com o núcleo objetivo intrínseco de cada direito. Já de acordo a Teoria Institucional, esse conteúdo diz respeito a uma garantia institucional de obediência aos fins estabelecidos pela Constituição Federal, menosprezando conceitos como vontade, interesse ou proteção jurídica, que são os conceitos usados nas duas teorias anteriormente citadas. Por último, conforme a Teoria Jusnaturalista Crítica, o conteúdo essencial que permeia o conceito dos direitos fundamentais seria o que é bastante para a garantia de valores sociais mínimos contra um decisionismo político ameaçador. (ALVES e XAVIER, 2012, p. 102-103).

A escola positivista é de vertente exegética, representando a escola da exegese em direito positivo, sendo essa “a corrente tradicionalista por excelência, que o objetivo do intérprete seria descobrir, através da norma jurídica, e revelar – a vontade, a intenção, o pensamento do legislador” (MAXIMILIANO, 1997, p. 18).

Ainda que a escola exegética positivista concebesse a multiplicidade dos fatos sociais perante a lei, o que se chamava de teoria evolutiva, não havia uma avocação de princípios que pudessem orientar a interpretação legal, e sim, um

⁸⁶ Os métodos de interpretação constitucional, na realidade, correspondem a concepções sobre a Constituição e o Direito Constitucional, as quais repercutem na forma de apreensão do sentido e na aplicação, enfim, na concretização das normas constitucionais. Por outro lado, os princípios de interpretação constitucional representam apenas pontos de partida argumentativos para o tratamento jurídico de problemas sob o prisma da constituição. Os métodos e princípios apontados não podem, pois, ser tomados como parâmetros rígidos e absolutos, devendo ser considerados como critérios orientadores da complexa atividade do intérprete, aplicador e concretizador das normas constitucionais. (ERICKSEN, 2012, p. 63-64).

movimento de observação da norma em sua rigidez, determinando-se que somente a partir dela, da lei, é que se encontrariam as soluções adequadas⁸⁷.

Mas é com Hans Kelsen que a filosofia jurídica sofre uma significativa ruptura. Kelsen cinge-se à ideia do resgate da objetividade e da segurança no campo do direito, propondo a construção de uma teoria que excluísse quaisquer elementos de natureza metafísico-valorativa. (CAMARGO, 2011, p. 135-136).

A escola exegética arrima-se nos estudos de Hans Kelsen para uma “ciência pura do direito”, na qual a norma deve ser interpretada a partir de raciocínio lógico-dedutivo. Em que pese a alegação de uma “moldura para enquadramento dos fatos a norma”, visualizando-se mais de uma solução para o caso concreto, o método positivista prima pela norma, pela lei e sua rigidez como o cerne irradiador para as soluções jurídicas, desconsiderando o conteúdo axiológico dos princípios constitucionais e, em principal, relegando os fatos a partir de outras ciências, como a sociologia e a política⁸⁸.

Hans Kelsen dedica um capítulo próprio à interpretação em sua *Teoria pura do direito*. Ali, define interpretação como uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior, ou seja, mantém a constância da figura da pirâmide normativa. Kelsen

⁸⁷ É um mal necessário a rigidez da forma; ao invés de o abrandarem com a interpretação evolutiva, agravam-no com a estreiteza da exegese presa à vontade criadora, primitiva, imutável. Se há proveito por um lado, avulta o prejuízo maior por outro: o que a lei ganha em segurança, perde em ductilidade; menos viável se torna o sofisma, porém fica excessivamente restrito o campo de aplicação da norma. Ora, incumbe à Hermenêutica precisamente buscar os meios de aplicar à riqueza, à infinita variedade dos casos da vida real, à multiplicidade das relações humanas, a regra abstrata objetiva e rígida. (MAXIMILIANO, 1997, p. 26-27).

⁸⁸ “Do exame do escalonamento do ordenamento jurídico surgem consequências muito significativas para o problema da interpretação. Este é um processo espiritual, que acompanha o processo de produção jurídica em seu desenvolvimento, de um grau superior - determinado pelo superior - para um grau inferior. [...] A norma a ser executada, em todos esses casos [indeterminação intencional], forma apenas uma moldura dentro da qual são apresentadas várias possibilidades de execução, de modo que todo ato é conforme a norma, desde que esteja dentro dessa moldura, preenchendo-a de algum sentido possível. Entendendo-se por ‘interpretação’ a verificação do sentido da norma a ser executada, o resultado desta atividade só pode ser a verificação da moldura, que representa a norma a ser interpretada e, portanto, o reconhecimento de várias possibilidades que estão dentro desta moldura. Nesse caso, a interpretação de uma lei não é necessária a uma decisão como a única certa, mas leva, possivelmente, a várias decisões - enquanto só se ajustam à norma a ser aplicada - do mesmo valor, mesmo que uma única dentre elas se torne direito positivo numa sentença judicial. [...] A interpretação deve desenvolver um método que possibilite preencher acertadamente a moldura verificada. [...] a necessidade de uma ‘interpretação’ acontece exatamente porque a norma a ser aplicada ou o sistema de normas deixa abertas inúmeras possibilidades, o que quer dizer que não contém nenhuma resolução sobre qual dos interesses em jogo é o mais alto; essa decisão, essa determinação de hierarquia dos interesses é muito mais num ato de produção normativa - permite, por exemplo, uma sentença judicial justa.” (KELSEN, 2012, p. 152-153).

entende que os vários escalões que compõem a ordem jurídica possuem entre si uma relação de determinação ou de vinculação, na medida em que a norma do escalão superior regula o ato (processo e conteúdo) pelo qual é produzida a norma do escalão inferior. Assim, a função de interpretar deverá atender aos vários âmbitos de aplicação da norma: a concretização das leis ou dos atos administrativos em função de uma interpretação que se faça da Constituição, bem como a concretização da sentença judicial em função da norma que lhe sirva de fundamento. (CAMARGO, 2011, p. 112).

A escola positivista e exegética sofre duras críticas, em principal por afastar a força criativa do jurista em sua tarefa de interpretação normativa, emoldurando-o, enquadrando-o. Essa dogmática jurídica tradicional caracterizou-se pelos seus aspectos formalista e legalista, ou seja, primado da lei, enquanto regra geral, abstrata e universalmente obrigatória; representação da atividade do juiz meramente como tarefa de ‘conhecimento’ da lei, portanto exegética, que faz com que a interpretação se dê independentemente do problema; e separação radical entre os conceitos de ‘interpretação’ e ‘criação’ do direito⁸⁹.

Em meados do século XX, desenvolve-se um movimento crítico⁹⁰ que questiona as reais contribuições da dogmática jurídica tradicional para a sociedade, ganhando força a sociologia e a filosofia dos valores com a questão da justiça. Um dos maiores defensores é Chaïm Perelman, professor de lógica da Universidade Livre de Bruxelas. Perelman trouxe importante contribuição para a filosofia e, particularmente, para a metodologia do direito, mediante o estudo que desenvolveu sobre a retórica como teoria da argumentação. Perelman posiciona-se expressamente contra a filosofia da evidência de Descartes. Seu esforço consistiu, justamente, na busca de uma outra

⁸⁹ “Não é possível confundir a hermenêutica com exegese. Embora em sentido amplo as palavras se confundam, em sentido estrito a hermenêutica tem um sentido filosófico e a exegese, um sentido empírico (prático). Enquanto a hermenêutica formula preceitos, a exegese busca a solução dos casos concretos. Ainda assim, não é possível confundir-se exegese e escola a exegese, posto que a segunda foi adotada na França, do século XVIII, de cunho racionalista e buscava uma interpretação meramente gramatical ou contextual na análise do caso concreto. Não é o caso do exegeta atual (juízes, promotores, advogados) que visam à aplicação da norma, fazendo exegese da mesma, porém, dentro de um contexto histórico e teleológico.” (KÜMPEL, 2012, p. 120).

⁹⁰ “No entanto, as correntes que vêem a aplicação do direito como atividade criadora insurgem-se contra tal mecanismo, apresentando severas críticas ao positivismo kelseniano. Acredita-se que o direito existe concretamente e não de forma virtual, ou melhor, que ele vale à medida que é capaz de compor interesses, desconsiderando-se a sua força meramente potencial. O movimento crítico, que encerra o predomínio da dogmática jurídica tradicional, é denominado *pós-positivismo*.” (CAMARGO, 2011, p. 136).

dimensão da racionalidade compatível com a vida prática. Pretendia demonstrar a aptidão da razão para lidar também com valores, organizar preferências e fundamentar, com razoabilidade, as decisões. Perelman parte do princípio de que o raciocínio valorativo viu-se marginalizado da filosofia ocidental nos últimos séculos, por ter sido equiparado à irracionalidade ou à ausência de razão. Assim era visto porque fugia do modelo geométrico admitido como o único verdadeiramente científico. Mas Perelman percebe que nem tudo se sujeita ao campo da matemática, que exhibe como verdade apenas aquilo que é rigorosamente demonstrável ou provado como evidente. Admite existir um outro âmbito da existência cujas relações não se sujeitam ao argumento da indiscutibilidade, qual seja, o das relações humanas. Trata-se da *práxis ou prática deliberativa*⁹¹ conduzida pela ação moral, relativa à tomada de decisão. Decisão esta, tida por seu agente como a mais adequada para determinada situação. (CAMARGO, 2011, p. 187-188).

No contraponto da escola positivista, a linha hermenêutica dos valores trata de ressaltar o conteúdo axiológico dos princípios constitucionais, combate a mera aplicação silogística dedutiva na interpretação e reconhece a relevância dos fatos concretos para uma decisão jurídica adequada. Essas características de multidimensionalidade tornam-se imprescindíveis para a Ciência do Direito e da Hermenêutica Jurídica. Nesse sentido, ALEXY (2008, p. 48) defende que “nos casos minimamente problemáticos, a decisão não tem como ser tomada com base apenas nos meios da Lógica, a partir de normas e conceitos jurídicos pressupostos, pois são necessários valores adicionais e como fundamento desses valores, conhecimentos empíricos”.

⁹¹ “A conduta prática - pensamento dirigido à ação correta - comporta mais de um resultado ou mais de um significado, conforme a aceitação por uma ou outra escala de valores, e conforme o problema apresentado em uma situação específica. Como toda escolha, a solução adotada como conduta a ser assumida despreza outras consideradas menos favoráveis. A ‘melhor’ conduta será aquela que se apresente como a mais razoável, consoante justificativa convincente. Perelman procura nos chamar a atenção para a validade das deliberações humanas ou preferências razoáveis que deixam de ser arbitrárias à medida que se apresentam por meio de justificativas. [...] Perelman percebe que é próprio do homem, enquanto ser dotado de razão, o deliberar e o argumentar, e que a lógica dos modernos abandonou esses aspectos do pensamento devido aos limites impostos pelo raciocínio apodíctico. A partir de então, anuncia uma ruptura com o cartesianismo e estabelece, como paradigma filosófico, a concepção relacional e retórica da razão prática. Isto faz com que a razão seja aceita não do ponto de vista da contemplação, mas do ponto de vista da justificação das nossas convicções e das nossas opiniões”. (CAMARGO, 2011, p. 189-190).

A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy tem como cerne de discussão a diferenciação entre regras e princípios. Enquanto as regras são postulados do “tudo ou nada”, como códigos binários, os princípios são “mandamentos de otimização constitucional”, os quais devem ser “ponderados” para elucidar conflitos e colisões. Para Alexy, a harmonia a ser aspirada pela comunidade política não é o de igualdade e sim o de correção, dentro de um modelo eminentemente procedimental de argumentação jurídica, pressupondo a interpretação e aplicação de normas com base em regras formais de discussão e construção de consensos entre os participantes do debate. Coaduna-se com o modelo procedimental-comunicativo da teoria da ação comunicativa de Habermas.

Entretanto, CADEMARTORI (2006, p. 139-140) pontua com precisão as principais distinções entre Alexy e Habermas na polêmica travada a respeito da teoria dos direitos fundamentais. A questão decisiva refere-se aos limites desses direitos. Segundo Alexy, este problema se resolve demarcando-se tais direitos a partir de uma teoria dos princípios cuja base é a tese de que os direitos fundamentais, enquanto normas, possuem a estrutura de mandatos de otimização, o que leva a situar a máxima da proporcionalidade no centro da dogmática dos direitos fundamentais. A principal consequência prática disto é a ponderação axiológica (via critérios de adequação, necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito) na limitação de tais normas. Habermas rechaça tal teoria, contrapondo ao modelo da ponderação de valores de Alexy o modelo do discurso de aplicação idealizado por Klaus Günther, segundo o qual o discurso jurídico comporta duas divisões ou níveis: discursos de justificação, que consideram interesses universalizáveis em condições ou circunstâncias iguais ou constantes de avaliação (como o discurso da legislação, por exemplo, ao elaborar hipóteses normativas não mutáveis) e discursos de aplicação, que consideram todas as circunstâncias do caso concreto, e portanto, em condições específicas e mutáveis (é o discurso da decisão judicial, por exemplo). Neste último caso, as condições são variáveis devido às circunstâncias inerentes ao caso o que faz com que, dentro do repertório legal das normas válidas, somente uma seja aplicável, ou melhor, adequada ao caso, embora isto não invalide, *prima facie*, as demais normas do repertório jurídico do qual foi extraída a norma mais adequada (não caberia falar-se de validade, pois todas elas o são) para tal caso concreto. Portanto, aqui o papel central é o da coerência e não o

da opção valorativa entre princípios. Embora Aléxy concorde em que na interpretação do direito a coerência é fundamental, entende também que não pode haver coerência sem ponderação. É precisamente neste ponto que a discrepância entre Aléxy e Habermas é central. Com efeito, Habermas entende que a ideia de ponderação valorativa destrói a estrutura deontica dos direitos fundamentais. A ponderação pressupõe um mais e um menos como graus de otimização dos princípios e, com isto, afasta a estrutura binária (lícito/ilícito) que é constitutiva da validade das normas. Assim, a teoria dos princípios de Aléxy, retira dos direitos fundamentais a sua estrutura deontológica (dever-ser) e lhes confere um sentido teleológico (finalidade valorativa). Tal polêmica leva, em última análise, à discussão se a máxima da proporcionalidade é um procedimento racional ou não. Habermas sustenta que não, ao passo que Aléxy afirma que sim, se é que existe um critério de racionalidade apto a responder questões oriundas do campo da razão prática. Essa, por seu turno, é a problemática central discutida no seio do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo e que tem como fontes principais, a suprir o seu embasamento epistemológico, as atuais contribuições teóricas advindas, precisamente, da hermenêutica constitucional.

Assim, a teoria de Alexy sofre várias críticas no sentido de ter diminuído os direitos fundamentais a meros valores, retirando-lhes sua carga deontica. Habermas denomina irracional o método da ponderação, pois não há critérios objetivos absolutos para determinar o valor das variáveis principiológicas. Essa ponderação estaria apta a lesar a coerência na interpretação e aplicabilidade do Direito, ou seja, a *integridade* do Direito defendida por Dworkin.

Ronald Dworkin, para se opor ao positivismo, afasta a ideia do direito como um conjunto de regras e defende o valor normativo dos princípios, sendo que regras e princípios se diferenciam pela lógica-argumentativa. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, já os princípios enunciam uma razão que conduz a um argumento e a uma determinada direção. Dworkin objetiva a erradicação da discricionariedade judicial, tratando de defender a integridade do Direito, integridade que é posta em risco com a exacerbada carga axiológica e política do *decisionismo*. (DWORKIN, 2002, p. 39-43). Nesse viés, CATTONI DE OLIVEIRA (2004, p. 85) propõe que a “integridade

do Direito é subjacente ao projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito, de cidadãos solidários, auto-compreendidos como livres e iguais.”

Em outro ponto, a teoria hermenêutica institucionalista encontra arrimo nos estudos de Nicklas Luhmann e a “Teoria dos Sistemas”, pela qual os direitos fundamentais se apresentam como um subsistema que pertence ao sistema maior, o ordenamento jurídico geral, e têm como objetivo manter o equilíbrio sistêmico, em sua força “autopoiética”⁹². A ideia ainda é debatida acaloradamente pelos estudos científicos, mas defender um sistema autopoiético pode ser, *a priori*, manter hermeticamente encerrado o ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais não podem ser engessados como subsistema, já que apresentam força irradiadora que atinge todo o ordenamento. A teoria institucionalista, *a priori*, não se coaduna com a linha de pensamento em que os direitos fundamentais são o cerne da interpretação normativa, são o fundamento e a base para a norma, são o objetivo e a bússola norteadora para a concretização da justiça material⁹³.

Porém, quando a *teoria dos sistemas* é compreendida em seu desmitificado contexto, percebe-se que a ideia de Luhmann é defender a existência de uma dinâmica entre os sistemas, para que se auto-observem e se observem reciprocamente, gerando uma força integrativa e renovadora para os subsistemas, os quais poderão se atualizar de acordo com a dinâmica da sociedade. Para TOMAZ (2010, p. 74-75), o pensamento de Luhmann revela que o Direito não pode se identificar apenas com um complexo de programas decisórios afetos à institucionalização por meio da decisão política primária (norma legislada) ou por meio da decisão política secundária (a decisão judicial). Há a

⁹² *Autopoiese* (criação própria) é expressão cunhada por Francisco Varela e Humberto Maturana na década de 1970, no sentido de seres vivos que produzem a si próprios. Originalmente utilizada na biologia e filosofia, a expressão difundiu-se nas ciências sociais, sendo inserida na sociologia jurídica por Nicklas Luhmann.

⁹³ Nesse sentido, CAMARGO (2011, p. 176) defende que “o que se procura agora é entender o direito a partir, também, de uma ótica externa ao sistema, isto é, a partir *do problema* submetido à decisão judicial que, por sua vez, encontra-se referenciado por uma série de outros fatores que não apenas os conceitos e os possíveis valores extraídos da lei simplesmente. O problema procura uma solução à qual o direito deve servir, atendida toda sua complexidade. Não se quer, com isso, abandonar a figura do sistema, mas, apenas, arejar seus contornos, para que respire o ar da realidade e dos valores que orientam o que-fazer humano. Para a solução jurídica, portanto, não podemos nos valer do silogismo categórico que subsume o fato, como premissa menor, à lei (geral), que é a premissa maior, obtendo-se do resultado dessa operação a solução do problema. Não. Considerando o Direito como uma prática, porque pretende ser realizado na solução do conflito, o seu método também há de ser visto como uma prática”.

terceira forma de redução, compreendida por quem tem consciência de que *o Direito não vale só para os juristas*, um direito alopoiético lastreado na *dimensão prática* por meio da qual o Direito se apoia em estruturas de expectativas fixadas externamente com base em um sentido idêntico, compondo uma interrelação de confirmações e limitações recíprocas, efetuada por meio de *fixação do sentido capaz de ser transmitido através da linguagem*, e que pode ser inserido e mantido no contexto das definições de sentido do Direito.

Bem adverte TOMAZ (2010, p.76) que o bloqueio da produção autopoietica do Direito pode-se processar a tal ponto que, em vez de uma salutar e saudável fatorização de interesses no âmbito alopoiético⁹⁴, pode-se divisar, sem muitas dificuldades, o aparecimento de uma legislação simbólica, na qual, segundo Luhmann, o sistema se mantém simulando legalidade, mas, mesmo assim, não renuncia à sua normatividade geral. No cenário atual, não se pode negar a subordinação da autopoiese do Direitos aos interesses oportunistas políticos e econômicos.

Por fim, a teoria jusnaturalista crítica ergue novamente a força dos valores e o teor axiológico dos princípios constitucionais, renovando a escola valorativa. Para ALVES e XAVIER (2012, p. 104-105):

Por sua vez, a *Teoria Jusnaturalista Crítica* propõe um método de interpretação dos direitos fundamentais baseado numa concepção intersubjetiva de valores, fundamentada por um consenso sobre as necessidades básicas do ser humano, evitando assim que a determinação dos valores que regem a sociedade ocorra somente através do decisionismo puro e ilimitado. A teoria em questão oferece ao intérprete critérios jusnaturais socialmente aceitos para a aplicação dos valores e princípios que dizem respeito aos direitos fundamentais. De fato, a Teoria Jusnaturalista Crítica apregoa a existência de uma espécie de “mínimo existencial axiológico natural” socialmente estabelecido, garantidor dos direitos fundamentais frente à ameaça em potencial emanada pelas decisões eminentemente políticas. (ALVES e XAVIER, 2012, p. 104-105).

Representando a escola jusnaturalistas crítica, a hermenêutica constitucional de Peter Häberle é uma ruptura com a exegese positivista, um contraponto à ideologia da subsunção. Para ele, interpretação é um processo aberto, não é um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação

⁹⁴ Emaranhado entre o jusnaturalismo e o juspositivismo.

conhece possibilidades e alternativas diversas, pois os diversos intérpretes legitimados compõem a realidade pluralista. A legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição, devendo ser integradas ativamente enquanto sujeitos. De tal forma, limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes corporativos ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo. A Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade, é a fonte de luz com função diretiva eminente, e a realização dos Direitos Fundamentais é a verdadeira legitimação do Estado constitucional-democrático. (HÄBERLE, 1997, 29-36).

Apresentados alguns apontamentos da evolução da ciência hermenêutica e das principais teorias hermenêuticas aplicadas aos direitos fundamentais, das quais nota-se participarem de uma alternância entre o mecanicismo (positivismo e institucionalismo) e o existencialismo (teoria dos valores e do jusnaturalismo crítico), passa-se, no próximo tópico, às análises de dois estudos da interpretação jurídica que se destacam na seara constitucionalista pós-positivista.

Nota-se que o movimento pós-positivista adere ao esforço da persuasão e do convencimento que estruturam e servem de base às construções jurídico-decisórias. Portanto, é mais na esfera do razoável e do adequado, do que na esfera do puramente lógico, que a metódica atual deve ser examinada. (CAMARGO, 2011, p. 137).

A hermenêutica pós-positivista, como movimento de reação ao legalismo⁹⁵, essencialmente busca na moral uma ordem valorativa capaz de romper os limites impostos pelo ordenamento jurídico positivo, honrando o compromisso maior que o Direito tem com a Justiça. Suas insuficiências seriam resolvidas mediante o recurso aos valores humanitários que, apesar de circunscritos socialmente, pretendem alcançar sua

⁹⁵ “Ocorre que, até agora, a dogmática jurídica fundamentou-se no paradigma do Estado liberal, apoiado no jusnaturalismo, pautado na universalidade do bom direito e nas qualidades intrínsecas do homem, que o acompanham a qualquer lugar e em qualquer tempo. De acordo com esta concepção, existe uma ética e uma moral universais, consubstanciadas no direito natural, que devem orientar as atividades legislativa e jurisdicional. Este seria o *verdadeiro* direito, independentemente das circunstâncias históricas que informam os atos e fatos jurídicos. Ao contrário dessas posições monolíticas, o que se aponta agora, sob o viés da pós-modernidade, é que, no lugar do universal, encontra-se o histórico; no lugar do simples, o complexo; no lugar do único, o plural; no lugar do abstrato, o concreto; e no lugar do formal, o retórico.” (CAMARGO, 2011, p. 250).

dimensão universal. Tais iniciativas amparam-se, fundamentalmente, na argumentação capaz de legitimar as posições assumidas pelo intérprete, assim como na idoneidade dos mecanismos que se fazem necessários. (CAMARGO, 2011, p. 137-138).

Há uma hermenêutica com as respostas corretas? Responder essa questão seria contrariar a essência da própria hermenêutica.

Para CATTONI DE OLIVEIRA (1997, p. 132-133), toda interpretação, assim como toda atividade humana, dá-se num contexto histórico, pressupõe paradigmas e, para usar uma expressão de Habermas, um pano de fundo de mundos da vida compartilhados, que simplesmente não podem ser, em sua totalidade, colocados entre parêntesis, através de uma atividade de distanciamento ou de abstração, porque o ser humano não pode abstrair-se de si mesmo, não pode fugir à sua condição de ser de linguagem; ‘paradigmas’, ‘mundos da vida’ compartilhados são condições para a interpretação, são condições de linguagem. De fato, não há um método ou métodos capazes de revelar o ‘verdadeiro significado’ de uma norma jurídica, pois nenhum método é instrumento neutro capaz de superar a sua própria condição de obra humana, histórica e datada. Também não há, como propôs Hans Kelsen, como falar das interpretações possíveis. Mas, tão-somente de interpretações possíveis, segundo este ou aquele paradigma de Direito refletidos pela própria ordem jurídica em questão. E os conflitos que, segundo Kelsen, possam existir no momento da aplicação, entre várias interpretações possíveis de dispositivos normativos, o que implicaria um conflito entre possíveis normas jurídicas válidas, podem (e devem) ser solucionados, não de forma decisionista ou discricionária, mas tendo-se em vista os próprios elementos relevantes do caso concreto.

Hermenêutica é um constante diálogo, uma continuada reflexão, uma intermitente crítica (des)construtiva de valores. Por tal razão, este capítulo é apenas uma sucinta pesquisa sobre o tema, um esforço para justificar a grandiosidade de sua pertinência nos tempos atuais.

Os tópicos a seguir têm viés metodológico de releitura bibliográfica e análise de conteúdo, com apontamentos conceituais e críticas comparativas. Para a

releitura de Streck, utilizar-se-á a obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, publicada originariamente em 1999. A (re)visita à Castanheira Neves dar-se-á por meio de sua obra *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, reimpressão datada de dezembro de 2010, originariamente de 2003.

2.2. Filosofia hermenêutica apresentada por Lênio Luiz Streck

A obra de Streck *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* parte apresentando a “crítica da razão cínica brasileira”, já que a modernidade chegou tardiamente em nosso país e somente alcançou uma parcela específica da população (cinco mil famílias ricas reúnem patrimônio no patamar de 46% do PIB), para os demais cabe o atraso e o *apartheid* social. O Brasil apresenta-se como um Estado de negligência social, o que leva a um “simulacro da modernidade”, onde a modernização é vista independentemente do bem-estar coletivo. Há uma violência simbólica pela ordem da verdade de que “cada um tem seu lugar demarcado” e “o sobreintegrado ou sobrecidadão dispõe do sistema e a ele não se subordina, enquanto o subintegrado ou subcidadão depende do sistema, mas a ele não tem acesso”. A razão cínica significa a instrumentalidade da conduta de nossas classes dirigentes, pois “eles sabem muito bem o que estão fazendo, mas fazem assim mesmo”. (STRECK, 2009, p. 21-30).

Necessita-se uma ruptura⁹⁶ com a dogmática jurídica presa no paradigma liberal-individualista, sendo imprescindível a revisitação das instituições políticas e jurídicas em face do novo Estado Democrático de Direito.

Para STRECK (2009, p. 33), “a crise do modelo (modo de produção de Direito) se instala porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, nítidos em nossos Códigos

⁹⁶ “Lênio Luiz Streck defende uma *nova crítica do Direito*. Essa nova concepção, diz ele, procura contrapor a experiência, a historicidade e a faticidade e representa um importante passo para a definição do pensamento jurídico como pensamento prático, como pensamento orientado à coisa mesma. A finalidade é contribuir para que o jurista se dê conta de que nas situações da vida existe similitude, porém, não há identidade. Os traços caracterizadores da situação particular não podem ser desconsiderados por força do caráter abstrato da pauta geral. A tarefa de uma *nova crítica do Direito* será a de estabelecer condições para o plano da reflexão jurídica, permitindo a compreensão da crise do Direito e do Direito como crise, de modo a possibilitar a construção de fatores necessários para a sua superação.” (ALMEIDA, 2012, p. 165-167).

(civil, comercial, penal, processual penal e processual civil)”. A crise está presente nas práticas jurídicas dos tribunais, fóruns e doutrina. Para a construção do Estado Democrático de Direito, uma sociedade além do Estado liberal e do Estado Social, necessária é a *realização dos direitos fundamentais*. (STRECK, 2009, p. 34-59).

Outro ponto é a viragem/reviravolta linguística (*linguistic turn*) ainda não recepcionada pelo modelo dominante em *terrae brasilis*. A reviravolta linguística é nova concepção da constituição do sentido, “é a mudança da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem”. Esse sentido não pode mais ser pensado como algo que uma consciência produz para si independentemente de um processo de comunicação, mas deve ser compreendido como algo que nós, enquanto participantes de uma práxis real e de comunidades linguísticas, sempre comunicamos reciprocamente. “Trata-se de um novo caráter prático, intersubjetivo e histórico da linguagem humana. É a base da nova hermenêutica. O universo jurídico deve ser compreendido como um universo linguístico”. Para STRECK (2009, p. 61-64), as codificações brasileiras são resultantes de um paradigma (neo) liberal-individualista imbricado a um paradigma da filosofia da consciência, em que se privilegia a vida urbana e os direitos reais em detrimento dos direitos pessoais. A interpretação jurídica praticada no Brasil ainda eiva-se de positivismo fechado e astúcia da razão dogmática (interpretação da maneira que for melhor ao seu interesse ou interesse de seu cliente).

Lênio Luiz Streck apresenta um exemplo de paradoxo da legislação: se um servidor público engaveta um processo (administrativo ou judicial) por vários anos, caso venha a ser denunciado, basta alegar que o processo ficou parado porque foi preguiçoso e desleixado, pois será absolvido. O legislador não previu a prevaricação culposa, apenas a dolosa, e a jurisprudência é pacífica em afirmar que a negligência é excludente de dolo. Agora, se uma pessoa furta uma galinha, pulando um muro, o legislador previu a conduta qualificada e a jurisprudência é forte no sentido de furto consumado com a mera inversão da posse. Ademais, a pena da prevaricação, como o retardo de um processo que busca condenar criminosos do ‘colarinho branco’, é de 03 meses a 01 ano. A pena do furto da galinha qualificado pelo salto sobre o muro, geralmente praticado por pessoa de renda inferior a um salário mínimo, é de 02 a 08 anos. (STRECK, 2009, p. 77).

Paradoxos, como o apresentado acima (e diversos apresentados por Streck), permeiam a legislação nacional, o que coloca em xeque a dogmática jurídica. Porém, há um *sentido comum teórico* aplicado pelos operadores jurídicos, os quais defendem esse sentido fechado e formalista, pois foi o ensinado na graduação do Direito e apresenta-se como um dever de perpetuação. (STRECK, 2009, p. 65-75). Arrimando-se em Ferraz Jr, Pierre Bourdieu e Alf Ross, dispara STRECK (2009, p. 77-78):

A cultura calcada em manuais, muitos de duvidosa cientificidade, ainda predomina na maioria das faculdades de Direito. Forma-se, assim, um imaginário que “simplifica” o ensino jurídico, a partir da construção de *standards* e lugares comuns, repetidos nas salas de aula e posteriormente nos cursos de preparação para concursos, bem como nos fóruns e tribunais. Essa cultura alicerça-se em casuísmos didáticos e o positivismo ainda é a regra. (...) a crise do ensino jurídico é, antes de tudo, uma crise do Direito, que na realidade é uma crise de paradigmas, assentada em uma dupla face: uma crise de modelo e uma crise de caráter epistemológico”. (STRECK, 2009, p. 77-78).

Noutro ponto e amparando-se em Pierre Legendre, Sérgio Adorno e Arnoldo Wald, Lênio Luiz Streck coloca em xeque o atual discurso jurídico, demonstrando sua face de fetiche e sua mera ilusão, ou um “texto sem sujeito”. O discurso jurídico-dogmático, instrumentalizador do Direito, é importante fator impeditivo/obstaculizante do Estado Democrático de Direito em nosso país – e, portanto, da realização da função social do Direito -, traduzindo-se em uma espécie de “censura significativa”. A fetichização do direito é dizer que, através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo uma lei-em-si, abstraída das condições de produção que a engendraram, como se a sua condição-de-lei fosse uma propriedade natural. De tal forma, o discurso jurídico não passa de ilusão, é texto sem sujeito. (STRECK, 2009, p. 89-91).

Outro tópico analisado por Lênio Luiz Streck trata das diversas posições da dogmática atual sobre como deve ser interpretada a lei, constatando-se uma cisão entre os que interpretam pela subjetividade (busca do espírito da lei e do legislador, toda lei está sujeita a interpretação, na forma de Emiliano Betti) e os que interpretam objetivamente (a lei é clara, não se interpreta a evidência óbvia, sob pena de interpretar-se erroneamente, busca-se a vontade da norma, a intenção da lei). Entre *voluntas legis*

versus *voluntas legislatoris*, a característica comum a ambas as vertentes é o consenso de serem imprescindíveis as regras de interpretação, aplicando-se os métodos gramatical, exegético, histórico, teleológico, dogmático-sistêmico, comparativo, positivista-fático, valorativo, retórico. Contudo, a crítica de Streck é ferrenha, no sentido de que não há uma sistemática hierárquica minimamente válida para a aplicação dos métodos de interpretação, o que facilmente leva a arbitrariedade, ou como explica Bairros de Brum, um “jogo de cartas marcadas”, ou como afirma Luiz Alberto Warat, leva ao sempre presente “movimento de imposição de ideologias”. (STRECK, 2009, p. 92/108).

Para impulsionar a ruptura com o positivismo fechado-legalista, Lênio Luiz Streck aponta os princípios constitucionais como o cerne do novo método de pensamento para a pós-modernidade. Os princípios como protagonistas, não como coadjuvantes da “insuficiência” de regras. A própria teoria argumentativa de Robert Alexy é posta em dúvida, quando conclui que o exercício do jurista alemão foi no sentido de manter acoplados os princípios às regras:

Numa palavra, princípios são normas e tem um sentido deontológico. Assim, na medida em que se consolida a “era dos princípios” – que introduzem o mundo prático no direito, institucionalizando a moral no direito a partir de sua construção democrática (Constituições compromissórias e dirigentes) –, não se pode confundí-la com “abertura hermenêutica” e a conseqüente necessidade da construção da racionalidades de cariz epistemo-metodológicas. É como se as regras estivessem ligadas à subsunção – e com isso se daria razão ao positivismo –, e os princípios estivessem ligados às teorias argumentativas. Ou que os casos simples (*easy cases*) pudessem ser resolvidos por raciocínios causais-explicativos e os casos difíceis (*hard cases*) demandassem raciocínios mais complexos, como a ponderação. Ora, *os princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantarem problemas metodológicos oriundos da “insuficiência” das regras*. Não são, pois, “mandados de otimização” ou postulados interpretativos. Devem, sim, ser entendidos no contexto da ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo (afinal, esta não é a era pós-positivista?). (STRECK, 2009, p. 114).

Lênio Luiz Streck lança a nova forma de posicionar-se no mundo de regras e princípios, ainda confrontando a teoria de Robert Alexy:

Eis a inovação: por trás de cada regra, passa a existir um princípio. Enquanto as insuficiências provocadas pela limitação própria das

regras eram “superadas” pelas teorias da argumentação e correlatas (mas sempre ainda atreladas a teses axiológico-subjetivas), através do manuseio das incertezas (inerentes) da linguagem, o paradigma que supera esse modelo, sustentado no novo constitucionalismo, passa a ter na aplicação dos princípios – e não na sua ponderação como quer, por exemplo, Alexy – o modo de alcançar respostas adequadas constitucionalmente (respostas hermeneuticamente corretas), além de evitar a descontextualização do Direito, cindindo o que é incidível: fato e direito, texto e norma, palavra e coisa, interpretação e aplicação, enfim, tantos dualismos que sustentam o modelo positivista-metafísico do direito. (STRECK, 2009, p. 115).

Desse fragmento infere-se a ruptura paradigmática com o positivismo interpretativo do sujeito/objeto, uma solução metafísica embasada em intenções, vontades e espíritos da lei e do legislador. O que deve preponderar é a hermenêutica criativa pela filosofia da linguagem (semiótica). Na defesa da viragem lingüística, valorizando a filosofia da linguagem em detrimento da filosofia da consciência, diz Streck, amparando-se em Humboldt, Hamann e Hans-Georg Gadamer, mas evidentemente notam-se as influências de Kant, Habermas e Heidegger:

No paradigma da filosofia da consciência a concepção vigente é a de que a linguagem é um instrumento para a designação de entidades independentes desta ou para a transmissão de pensamentos pré-linguísticos, concebidos sem a intervenção da linguagem. Assim, *somente depois de superar esse paradigma, mediante o reconhecimento de que a linguagem tem um papel constitutivo na nossa relação com o mundo é que se pode falar em uma mudança paradigmática*, representada pelo rompimento com a filosofia da consciência pela filosofia da linguagem. (STRECK, 2009, p. 145).

Aspectos relevantes do giro lingüístico são abordados no capítulo sete da obra, quando Lênio Luiz Streck analisa a linguagem como abertura e acesso ao mundo:

Como consequência da superação da concepção de linguagem como instrumento e precisamente a causa da consideração da linguagem em sua dimensão constitutiva tanto para o pensamento como o conhecimento, a linguagem é vista como condição de possibilidade tanto da objetividade da experiência como da intersubjetividade da comunicação (...) a linguagem é o traço distintivo de nossa razão e o único que permita que a razão assuma uma figura e assim se propague (...) não descobrimos o mundo e nem seu sentido independentemente da linguagem (...) a linguagem aparece como a condição de possibilidade de uma visão da totalidade do mundo (...) o homem vive com os objetos exclusivamente tal e como a linguagem a ele os apresenta (...) o mundo só é mundo enquanto vem à linguagem (palavra): a linguagem somente tem sua verdadeira existência no fato

de que nela se apresenta (tem acesso) o mundo (...) *a mundanidade originária significa a própria linguisticidade originária do ser-no-mundo*. (STRECK, 2009, p. 146-150).

Lênio Luiz Streck reserva o capítulo oito para esmiuçar a ciência semiótica e para indicar a invasão da filosofia pela linguagem. A semiologia foi conceituada por Ferdinand Saussure como sendo “uma ciência que estuda a vida dos signos no seio da vida social”. Essa ciência ensinará em que consistem os signos, que leis os regem. A lingüística não é senão uma parte dessa ciência geral; as leis que a Semiologia descobrir serão aplicáveis à lingüística, e esta se achará vinculada a um domínio bem definido no conjunto dos fatos humanos. A teoria semiológica de Saussure parte de um modelo bilateral, que compreende três termos: o signo e seus constituintes, significante e significado. “O signo lingüístico é comparado a uma folha de papel e suas duas faces, na qual o pensamento é o anverso e o som o verso; não se pode cortar um sem cortar, ao mesmo tempo, o outro”. “Une-se um conceito e uma imagem acústica, e não uma coisa e uma palavra. A imagem acústica não é o som material, coisa puramente física, mas a impressão psíquica desse som, isto é, a representação que dele nos dá o testemunho de nossos sentidos, tal imagem é sensorial”. (STRECK, 2009, p. 152).

Os estudos de Charles Peirce também são destacados por Lênio Luiz Streck como fundamentais para a fundação da semiótica, pois para Peirce “todo o pensamento é signo; [...]; o pensamento é de natureza lingüística; não se pensa sem signos [...] o homem é a própria linguagem, porque a palavra ou o signo que o homem usa é o próprio homem”. (STRECK, 2009, p. 158).

Apresenta-se imprescindível um rompimento com os fundamentos metafísicos. Pelas concepções metafísico-ontológicas determina-se uma realidade que se apresenta ao sujeito como definitiva, do mundo como ele é, do mundo em si mesmo, do mundo formado por essência, considerando a linguagem como uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, formando uma barreira que dificulta o conhecimento humano de como são as coisas em si mesmas. Porém, os movimentos antimetafísicos da viragem lingüística (existencialismo, desconstrucionismo, holismo, pragmatismo, pós-estruturalismo, pós-modernismo, hermenêutica) afirmam que:

Tudo é uma construção social, toda apreensão é uma questão lingüística, nunca temos que nos colocar fora da linguagem, nunca apreender a realidade sem a mediação de uma descrição lingüística, todo conhecimento é conhecimento a partir de descrições que resultam adequadas para nossos propósitos sociais correntes (...) a guinada linguística colocou o filosofar sobre uma base metódica mais segura e o libertou das aporias das teorias da consciência. Sintetizando, as premissas do viragem lingüística são: a) o conhecimento ocorre na linguagem; b) é na linguagem que há surgência do mundo; c) é na linguagem que o sujeito surge-aparece-ocorre; d) é na linguagem que ocorre a ação. e) é na linguagem que se dá o sentido. (STRECK, 2009, p. 163-180).

O problema da interpretação metafísica no Direito consiste na certeza do jurista tradicional de que é sua subjetividade que funda os objetos no mundo, é a crença de que a sua descrição é que faz com que o mundo ou as coisas sejam como elas são⁹⁷.

Lênio Luiz Streck ainda destaca os trabalhos de Luis Alberto Warat (Escola Analítica da Argumentação Jurídica de Buenos Aires), Roland Barthes, Gerard Bachelard, Michel Foucault, Tércio Sampaio Ferraz Jr e Eros Roberto Grau como aportes da filosofia da linguagem e semiologia jurídica, numa perspectiva de significação e comunicação, sem descuidar da incontestável contribuição da hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer.

Enquanto a visão clássica é voltada para técnicas interpretativas, numa relação sujeito-objeto com base na filosofia da consciência, a nova visão propõe interpretar para buscar o sentido, numa autocompreensão do ser-aí (*Dasein* de Heidegger) com base na filosofia da linguagem. Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica. Ademais, para Heidegger, o ser humano é compreender, ele só se faz pela compreensão, ele só se dá pela compreensão, compreender é um existencial, uma categoria pela qual o homem se constitui, como o

⁹⁷ “O Direito é uma linguagem, tanto de signo linguístico (regras jurídicas, decisões, etc), como não lingüístico (luzes do trânsito, sirene da polícia, etc).(...) O conjunto desses signos constitui o direito positivo, os quais serão interpretados em enunciados jurídicos. (...), o Direito exprime-se por palavras, gestos, expressões e não pode existir sem eles. O Direito tem como suporte a língua que se constitui em discurso.(...) Por discurso, entende-se o lugar onde se manifesta e transforma um universo carregado de sentido; uma seqüência composta por um conjunto de trabalhos na qual a lei não é mais do que o ponto de chegada, portanto, a produção do discurso pressupõe um ponto de chegada que se expressa como Direito positivo. O discurso jurídico dado não está desvinculado de sua fonte de produção, que é o grupo dominante da sociedade, sendo instrumento de poder desse grupo. Daí a necessidade de se descobrir essa ideologia inscrita no discurso do Direito positivo: é esta a tarefa da semiologia jurídica. (STRECK, 2009, p. 188-194).

compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, nosso acesso a esse mundo só é possível pela linguagem, a linguagem é a morada do ser, portanto, compreender não é um modo de conhecer, mas é um modo de ser, compreender é desvelar, é desocultar, é a Verdade (*aletheia*). No mesmo sentido é a visão de Gadamer, pelo qual o primado da linguagem é o sustentáculo do projeto hermenêutico, sendo este um processo produtivo (*applicatio*), sendo impossível reproduzir os sentidos originais (como o espírito da lei ou do legislador). (STRECK, 2009, p. 194/240).

Lênio Luiz Streck arrola tópicos relevantes para um movimento de emancipação do Direito em relação a suas amarras positivistas e da filosofia da consciência (sujeito-objeto): 1) A nova hermenêutica, baseada na filosofia da linguagem, é necessariamente uma experiência crítico-dialética, afastando-se o solipsismo (além de nós, somente há nossas experiências, é a tendência do egoísmo pragmático pós-liberalista). 2) A interpretação sempre modifica, portanto, jamais se alcançará uma interpretação absoluta ou idêntica ao autor original. 3) Fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito, é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio e criticar as verdades apriorísticas (por exemplo, quando o Poder Judiciário manifestou-se no sentido de que o dever de prestar saúde, conforme artigo 196 da CRFB, não é obrigação jurídica, mas mera norma programática, resultando em uma solução jurídica que não gerou solução para a realidade social). 4) O Estado Social-Providência ainda não ocorreu no Brasil, é apenas um simulacro, gerando uma imensa dívida social a ser resgatada. 5) Os juristas nacionais ainda sofrem da ‘síndrome de Abdula’, considerando que sua missão é a de apenas reproduzir os sentidos previamente dados/adjudicados/atribuídos por aqueles que possuem o *skeptron*, isto é, a *fala autorizada*, e esperam calmamente a entrega da verdade, a correta interpretação da lei, a fala-falada, um produto que será consumido nos cursos jurídicos, tribunais e pela doutrina estandardizada. 6) O Direito não pode ser visto como uma mera instrumentalidade formal, Direito positivo não deve ser confundido com positivismo jurídico e tampouco podemos colocar como sinônimo a dogmática jurídica e o dogmatismo jurídico. 7) A Constituição é um espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade, uma mediadora entre legitimidade e justiça. 8) A Constituição é o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico. 9) Os princípios são a institucionalização

do mundo prático no direito, são o modo de superação do mundo das regras do positivismo, enquanto as regras vigem, os princípios valem, por meio dos princípios o neoconstitucionalismo resgata a *realidade perdida*, trazendo para dentro do Direito os conflitos sociais. 10) Não é possível conceber normas constitucionais meramente programáticas, tratando-se todas de dispositivos deontológicos vinculativos e de eficácia plena. 11) Todas as normas infraconstitucionais, para terem validade, devem passar pelo processo de imersão ou filtragem constitucional. 12) A Constituição tem a tarefa de apontar para o futuro (dirigente), mas também protege os direitos já conquistados (princípio da proibição do retrocesso). 13) Necessita-se revisitar os institutos civis, penais e processuais, refletindo-se sobre os mesmos a partir do neoconstitucionalismo e nova hermenêutica. 14) Não se interpreta para compreender, mas sim, compreende-se para interpretar. 15) As palavras da lei são constituídas de vagezas, ambigüidades e incertezas significativas, uma plurivocidade. Mas isso não pode significar que cada intérprete possa atribuir os sentidos que mais lhe convierem. Daí a importância da hermenêutica. 16) Superada a dicotomia sujeito-objeto e a metafísica, não há mais o sujeito isolado, contemplando o mundo e definindo-o segundo seu *cogito*, há, sim, uma comunidade de sujeitos em interação. 17) A interpretação da lei é uma atividade criativa, e sua tarefa consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação. 18) O intérprete do Direito é um sujeito inserido, inexoravelmente, em um meio ambiente cultural-histórico, isto é, em uma tradição. Portanto, desde logo está inserido em um mundo lingüístico. 19) A hermenêutica deve ser dialética (mediação pela argumentação e contrargumentação) e crítica (no sentido de produtiva e inovadora). 20) A compreensão do novo modelo de Direito estabelecido pelo Estado Democrático de Direito implica a construção de possibilidades para a sua interpretação. *Olhar o novo com os olhos do velho transforma o novo no velho!* A nova hermenêutica deve romper com a ideia da subsunção do caso sob uma regra que lhe corresponda de maneira mecânica. *Hermenêutica é experiência. É vida! É este o nosso desafio: aplica-la no mundo da vida!* (STRECK, 2009, p. 241-290).

Por fim, para enfrentar a crise de paradigmas que permeia o Direito e apresenta-se como óbice para a aplicação constitucional, Lênio Luiz Streck repisa a necessidade de romper com o paradigma da filosofia da consciência e constatar “a morte do sujeito”, o que deveras assusta a comunidade jurídica. Mas é por meio da

filosofia da linguagem que os princípios constitucionais poderão desvelar-se, que a crise poderá ser superada, que as premissas de um direito positivista-individualista poderão ser ultrapassadas, que o “estranho” constitucional poderá emancipar-se, pois a constituição não é apenas uma lei fundamental, mas é a diretiva de constituir-se uma nova sociedade, ou um novo modelo social, arrimado no Estado Democrático de Direito e nos direitos e garantias fundamentais. A hermenêutica tem a tarefa precípua de impulsionar a ruptura e o salto para novos paradigmas, filiados agora à emancipação do ser pessoa humana e do Direito como manifestação linguística do próprio homem. “Há um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição”. (STRECK, 2009, p. 297-367).

2.3. Hermenêutica problematizante de Castanheira Neves

O trabalho de Castanheira Neves insere-se na denominada tradição tópica ou pós-positivista. A recuperação da tópica aristotélica, conforme infere-se do trabalho de Castanheira Neves, corresponde a atual posição de contraponto da filosofia do direito diante da tradicional postura formalista que concebe o direito de forma auto-suficiente. De acordo com a postura tradicional, o ordenamento jurídico, na qualidade de um sistema, basta a si mesmo. Toda realização do direito é por ele determinada, bem como todo o seu significado. Logo, na medida em que o sistema serve como referencial único ao processo de interpretação e aplicação das leis, a hermenêutica deve cingir-se a um âmbito conceitual próprio, que encontra seus limites previamente fixados. “Essa noção extremada de limite é o que nos leva a aproximar tal forma de entendimento com o positivismo, que só se preocupa com os mecanismos de reconhecimento de validade da lei posta pelo Estado ou pelas autoridades competentes.” (CAMARGO, 2011, p. 176).

Em sua obra, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica- I*, Castanheira Neves abre o estudo com apontamentos preliminares que são cruciais para a compreensão de sua linha de pensamento, notadamente a crise pela qual passa o Direito e o paradigma da interpretação jurídica positivista:

A interpretação jurídica suscita um problema particular, embora nuclear, no quadro global da metodologia do direito e a sua intencionalidade específica é aí a resultante de uma complexa multiplicidade de factores. Pressupõe o contexto cultural que vai no horizonte significativo dos juristas e repercute a concepção

fundamental do direito de cada época, é codeterminada pela perspectiva epistemológica-metodológica do pensamento jurídico e vê-se orientada pelos imediatos objectivos práticos da realização do direito. (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 10).

Para Castanheira Neves, o pensamento jurídico parece (necessita) despertar de um longo sono positivista, encerrado em seu mundo de isolamento, e levantando-se para um novo horizonte, uma visão mais próxima da realidade e da concretude da vida, pois “deixou de conceber-se tão-só e estritamente como *interpretação da lei*, para se pensar como *actus da realização de direito*, a realização do direito não se identifica já com a interpretação da lei, nem nela se esgota, de interpretação da lei converte-se em *interpretação do direito*, de novo a *interpretatio legis* se confronta com a *interpretatio iuris*.” (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 11).

De tal forma, o pensamento jurídico recuperou o *concreto*, que vai na essencial vocação do direito, depois que o positivismo legalista, com o seu normativismo analítico-dedutivo, o levava a refugiar-se no alienante *abstracto*. (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 12). O rito de passagem de um pensamento jurídico restritivo para um ampliado passa, necessariamente, pela recompreensão da interpretação, integração e aplicação do direito:

Considerada, por outro lado, quanto ao seu *âmbito*, a interpretação jurídica pode ser vista hoje, para além do sentido *restrito* tradicional, num sentido amplo e mesmo num sentido unitariamente *global*. O sentido restrito foi o que se tornou comum depois que, com SAVIGNY, e sobretudo com o positivismo jurídico do século passado, legalista e exegético, a interpretação jurídica se viria a identificar com a *interpretação da lei* (com a exegética interpretação da lei) e se pretendeu diferencia-la rigorosamente da possível actividade de *integração de lacunas* - a interpretação e a integração seriam actos intencional e metodologicamente de todo distintos e a demarcar objectivamente pelo texto da lei (pelos limites significativo-gramaticais do texto da lei). (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 39-40).

Na parte II de seu estudo, Castanheira Neves indaga a própria natureza da actividade de interpretação jurídica, esmiuçando suas nuances axiológicas e metodológicas. Para refletir sobre a específica índole problemático-metodológica que se deverá reconhecer à interpretação jurídica – que tanto é interrogar pelo tipo de problema que se propõem os juristas verdadeiramente resolver ao fazerem a interpretação que

metodologicamente lhes cumpre. Assim, “a interpretação jurídica é um problema hermenêutico ou um problema normativo?” (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 45).

Na busca por uma resposta a essa questão, se é a interpretação jurídica um problema hermenêutico ou normativo, Castanheira Neves coloca em discussão o existencialismo de Heidegger:

Assim, tendo deixado de ser a hermenêutica tão-só a tradicional *ars* de interpretação de textos (*ars interpretandi*, *ars bene intelligendi*) - <cânone de regras que tinham por objecto operar com textos> -, para se assumir numa referência ontológica à própria existência humana, já que o compreender se revelou na analítica dessa existência, como <um modo fundamental do ser, do *Dasein*> enquanto ser finito e histórico no mundo, analogamente se poderá afirmar que <o ‘ser-no-direito’ pertence ao ser do homem> (como ser comunitário em coexistência de mútuo reconhecimento) e que nesses termos sempre uma compreensão e, portanto, uma hermenêutica será base constitutiva do direito. (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 49-50).

A constatação de que a hermenêutica tradicional foi (ou deve) ser superada por uma hermenêutica de natureza humana – ou seja, como própria parte do ser, e não como algo distante que divinamente se incorpora –, é, para o jurista lusitano, a aproximação do pensamento jurídico ao compromisso ético na prática da vida e do mundo. “As proposições jurídicas devem ser sempre interpretadas tendo em vista a sua prática tarefa ética; elas não podem ser interpretadas abstraindo desta tarefa”. (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 54).

O autor continua a analisar sua indagação inicial, perguntando se a interpretação jurídica é afinal “hermenêutica (cognitivo-determinativa de objectivos conteúdos de textos e, portanto, de intenção fundamentalmente <teorética>) ou antes normativa (constitutiva de concretos juízos decisórios a partir de critérios pressupostamente positivos e, como tal, de intenção já verdadeiramente prático-normativa)”. (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 55).

Castanheira Neves qualifica a hermenêutica pelo seu conteúdo teórico e metodológico, enquanto designa a prática-decisória como a natureza da normatividade. Assim, hermenêutica é teoria, normatividade é *práxis*. Em seguida, o autor esmiúça o ato de interpretação jurídica, afirmando que esta teria, como qualquer outra interpretação, um “<*momento cognitivo*> (i. é, <recongnitivo do pensamento da lei ou de

outra fonte do direito>), só que a esse momento se acrescentaria a <operação complementar> de uma <função normativa> - função <na qual o entender serve um fim ulterior, que é o de fornecer a *máxima decisão* ou, em geral, *da acção*, em ordem a uma tomada de posição na vida social>”. (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 56).

De tal forma, Castanheira Neves esclarece que a interpretação jurídica desdobra-se em cognição e ação, mas deixa claro que os dois momentos não são isolados, mas complementares, com atuações concomitantes. Ademais, os momentos cognitivo e prático são criativos, e ao permitir a transição entre sistemas, a criação será mais adequada, pois “a prático-normativa realização do direito exclui um sistema <fechado> (ou virtualmente fechado) e exige um sistema <aberto>, exige uma criação normativo-jurídica transistemática, tanto no objecto decidendo (nos <interesses> a tutelar) como no critério de decisão (na ponderação normativa)”. (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 61).

Para Castanheira Neves, o novo olhar para o direito, ou seu novo sentido, é assumir que não se trata de objeto distante, mas problema apresentado, pois o direito, antes de pressuposto, é ele próprio o objetivo e a tarefa que a interpretação jurídica se propõe, “uma vez que só resolvendo (decidindo judicativamente) aqueles problemas, ele afinal se obtém – se obtém o direito que os mesmos problemas solicitam como sua solução. Nesses termos e para a interpretação jurídica, o direito não é *objecto* a conhecer, e sim *problema* a resolver.” (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 63-64).

Continuando a crítica ao positivismo fechado-legalista, o autor esclarece a natureza incindível dos momentos da interpretação jurídica:

(...) com BÜLOW, a norma legal não é o direito, mas só um <projecto> de direito, ou igualmente agora com KAUFMANN que <não é realidade mas só a possibilidade do direito> (...) a interpretação jurídica é sempre <interpretação integrante> e numa incindibilidade entre <interpretação> e <aplicação> (estas categorias no seu sentido tradicional) (...) só na sua realização temos verdadeiramente o direito, que o direito só é *direito real* – não já tão-só projecto ou possibilidade de direito -, através do acto criador que o realiza (<a realização é a vida e a verdade do direito, ela é o próprio direito>) (...) consumando-se a <interpretação> só na <aplicação> e sendo esta normativamente constitutiva ou integrante, então a <aplicação do direito não pode ser separada da interpretação e da integração> (*Rechtsfortbildung*). (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 69-70).

Se a interpretação jurídica é necessariamente composta de dois momentos, um cognitivo e um prático, os quais não são separáveis, então, a interpretação jurídica não é o mesmo que um problema hermenêutico, pois este é puramente teórico. “A hermenêutica jurídica não é se confunde com a interpretação jurídica, pois esta trata de compreender as proposições jurídicas vigentes, e aquela busca obter o direito, isto é, interpretar as leis de forma a que a ordem jurídica cubra inteiramente a realidade social”. (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 78).

Assim, respondendo à indagação inicial, Castanheira Neves conclui que o problema da interpretação jurídica é um problema normativo, necessariamente passando por dois instantes unidos e sobrepostos, o cognitivo e a ação. Nesse sentido, o exercício do pensamento jurídico por meio da interpretação não se engessa em ato científico, ou abstração teórica, mas apresenta-se como ação jurídica de decisão no mundo e, como ensina Castanheira Neves, é jurisprudência:

O problema da interpretação jurídica não está em saber o que *textual-significativamente* consta, p. ex., da lei, ou como esta em termos puramente hermenêuticos se deva determinar, mas em saber de que modo *prático-normativamente* se deve assimilar o seu sentido normativo-jurídico para que possa ser critério também normativo-juridicamente adequado de uma <justa> (prático-normativamente plausível) decisão do problema jurídico concreto. O que na interpretação jurídica está em causa não é a determinação hermenêutico-significativa de um *texto* (ainda que texto de normativa autoridade), mas a *prático-normativa* obtenção, no contexto global da ordem jurídica vigente e a partir do seu <direito positivo>, de uma *norma* – de um critério normativo para as judicativas decisões concretas. Se assim a natureza problemática e a intenção metodológica da interpretação jurídica não são puramente hermenêuticas, mas essencialmente normativas, não poderá deixar de reconhecer-se que essa interpretação não tem uma índole hermenêutica e sim normativa – nela o pensamento jurídico não é conhecimento num qualquer acto de *ciência*, mas prática num acto de *jurisprudência*. (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 105-106).

Em tópicos de conclusão e revelando sua teoria do jurisprudencialismo, o autor encerra reforçando a ideia de incindibilidade dos momentos cognitivo e prático, da interpretação e da aplicação, evitando-se que esses dois instantes fiquem distantes, abrindo-se um abismo entre eles⁹⁸.

⁹⁸ “O problema da interpretação jurídica é um problema específico do pensamento jurídico e que só esse pensamento está em condições de assumir e resolver. O pensamento jurídico de orientação

Pelo exposto, para Castanheira Neves a construção do Direito é constante transformação na sua atividade de decisão judicante; o Direito não é um conjunto de leis numa esfera transcendente, mas uma problemática a ser resolvido perante os fatos concretos; se não há concretude, não há direito, apenas intenção teórica.

2.4. Apontamentos finais sobre a hermenêutica para os direitos fundamentais.

A hermenêutica é método interpretativo para o direito, mas não apenas um método, como também uma postura filosófica e investigativa a ser tomada perante o problema que o Direito pretende solucionar. Assim, o verdadeiro direito, vivo em sua essência, é a aproximação do teórico normativo ao prático problemático. É essa a postura imprescindível para os estudiosos e práticos do Direito que compreendem a importância da proteção e promoção dos direitos humanos e fundamentais, uma postura de constante busca de concretização, de contínuo esforço pela concretude (eficácia, efetividade e eficiência) daqueles direitos que se propõem a garantir o princípio ético da dignidade da pessoa humana.

Uma relevante união entre a filosofia e o direito surge do imbricamento da hermenêutica jurídica pós-positiva e da teoria crítica do direito, pois ambas convergem em propor a superação da dogmática jurídica clássica, em suas versões legalista, conceptualista e analítica. Propõem, também, a superação da zetética, nas suas dimensões teleológica, sociológica, axiológica, realista e culturalista. Assim, para a teoria crítica, tanto na concepção dogmática, quanto na zetética, o direito continua sendo instrumento de dominação. Como entende ALMEIDA (2012, p. 165-167), a

tradicionalmente hermenêutica via o *prius* metodológico na norma, a determinar, por isso mesmo, em termos hermeneuticamente autônomos: interpretada primeiro a norma na sua autonomia abstracta, antes e independentemente da sua referência à decisão do caso concreto, seria ela depois <aplicada> ao caso com o sentido ou a significação daquele modo determinados, sem consideração das exigências judicativas emergentes do problema do caso decidendo. Eram assim a <interpretação> e a <aplicação> actos metodologicamente de todo diferentes e autônomos. Pelo contrário, deverá reconhecer-se que o juízo da realização concreta do direito, e pelas suas exigências normativo-decisórias, é que dá sentido, conxiona e assimila num processo intencional-metodologicamente unitário todos os elementos que nele concorrem – daí que a determinação do sentido normativo-jurídico da norma apenas se consuma no juízo e pelo juízo, só no juízo e pelo juízo a sua normatividade, sempre de uma aberta indeterminação em abstracto, se vai concretamente determinando. A <interpretação> e a <aplicação> não podem, pois, separar-se, antes se conjugam numa indissolúvel unidade.” (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 344-345).

“teoria crítica do Direito objetiva combater o mito da neutralidade do Direito, de modo a demonstrar que a interpretação e a aplicação da lei, realizadas de forma supostamente neutra e distante da realidade social, é uma manutenção servil dos interesses das classe superiores, consagradas na norma jurídica”. Nesse contexto, é fundamental a estratégia que busca um *pluralismo jurídico* mais democrático, afastando-se a mera aplicação impositiva do ordenamento jurídico positivo, num movimento unidimensional de cima-para-baixo.

O próprio sentido do Direito está em questionamento. Para quais fins serve o Direito objetivo ou positivado?⁹⁹ Enquanto a referência do Direito for a manutenção dos fins econômicos e políticos, como mero instrumento legitimador do poder elitizado e do *status quo*, a ciência jurídica permanecerá submissa e compartimentalizada, sem força autopoietica, conforme Luhmann. A unicidade da ciência jurídica e a importância de seu constante diálogo com as outras áreas científicas são fundamentais para a emancipação do Direito. Nesse ponto, o sentido do Direito pode reencontrar seu rumo com a promoção e proteção dos direitos fundamentais, pois este bojo de conquistas apresenta-se, atualmente, como uma normatividade de força histórica e filosófica, com intensa carga valorativa e extremamente problematizante em sua concretude. Ao que parece, o sentido do Direito voltado à promoção e proteção dos direitos fundamentais é a alternativa que melhor se apresenta para retirar a ciência jurídica da submissão política e econômica, permitindo a construção do Direito como atividade humana criadora, inovadora e compreensiva em plenitude, atingindo sua necessária emancipação.

Para responder a questão introdutória deste capítulo (qual é o “espírito geral do sistema” que guia a hermenêutica jurídica para os direitos humanos e fundamentais?), parte-se da premissa de NIETZSCHE (2013, p. 211): “a vida não é um argumento; entre as condições da vida se poderia encontrar o erro”.

⁹⁹ “A norma jurídica encontra-se sempre referenciada a valores na medida em que defende comportamentos ou serve de meio para atingirmos fins mais elevados. Assim, o problema jurídico, que envolve situação de natureza valorativa, deve ser *compreendido*. Compreender é buscar o significado de alguma coisa em função das razões que a orientam. Buscar os valores subjacentes à lei, e que fogem da mera relação causa-efeito. Para aplica-los, não basta detectarmos o fato e encaixá-lo a uma lei geral e abstrata dando-lhe concretude, como se a subsunção da premissa menor à premissa maior conferisse uma solução necessária, mediante operação puramente formal. Não. O direito é comprometido com valores, e a norma que buscamos no texto através da interpretação encontra-se relacionada a uma situação histórica da qual fazem parte o sujeito (interprete) e o objeto a ser interpretado (fato e norma). Assim, podemos afirmar que o processo de interpretação e de aplicação das leis corresponde a uma *situação hermenêutica*, da qual nos fala Gadamer” (CAMARGO, 2011, p. 13-14).

Pois bem, se a simples proposição de proteção à vida não é o argumento, são nas suas condicionantes que se encontra a fundamentação. A qualificação da vida a ser vivida com dignidade é o argumento valorativo fundamental, ou “espírito central”, dos sistemas sociais para a contemporaneidade, inclusive o sistema jurídico. Para o Sistema Internacional dos Direitos Humanos, não resta dúvida que a postura filosófica do jusnaturalismo renovado e voltado para o valor universal da Justiça é crucial para a promoção e proteção da dignidade do ser pessoa humana¹⁰⁰.

Por fim, para a libertação do pensamento moderno liberal-cartesiano, o argumento central de proteção e promoção da vida com dignidade humana, que apresenta natureza individualista, deve ser complementado pelo objetivo de uma sociedade solidária, não apenas para os que hoje povoam o mundo, mas também para os que irão povoar: um compromisso deontológico com as futuras gerações¹⁰¹.

¹⁰⁰ “Não mais se trata de um retorno ao direito natural clássico, mas sim da afirmação ou restauração de um padrão de justiça, pelo qual se avalia o direito positivo. Este ‘eterno retorno’ do jusnaturalismo tem sido reconhecido pelos próprios jusinternacionalistas, contribuindo em muito à afirmação e consolidação do primado, na ordem dos valores, das obrigações em matéria de direitos humanos” (CANÇADO TRINDADE, 2006, p 86).

¹⁰¹ “Podría afirmarse que hay una postura generalizada que admite, al menos, alguna obligación moral de no poner obstáculos para que existan las futuras generaciones y puedan hacerlo humanamente, es decir, dignamente. Del mismo modo, y como consecuencia de la idea anterior, también podría hablarse de una obligación moral de ‘no seleccionar’ las futuras generaciones” (SANZ, 1992, p. 201). “Poderia afirmar-se que há uma postura generalizada que admite, ao menos, alguma obrigação moral de não criar obstáculos para que existam as futuras gerações e possam existir humanamente, ou seja, dignamente. Do mesmo modo, e como consequência da ideia anterior, também poderia falar-se de uma obrigação moral de ‘não selecionar’ as futuras gerações” (tradução livre).

CAPÍTULO III – A DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA: IDEAL E REAL

Entre os direitos fundamentais reconhecidos na CR/88, notadamente em seus Títulos I e II, a democracia é assegurada como sistema político para o Estado brasileiro. Em seu artigo 1º determina que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e que entre seus fundamentos estão a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. O parágrafo único desse artigo constitui a ideia democrática da modernidade, assegurando que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Infere-se que o regime político¹⁰² democrático encontra duas maneiras do exercício político do povo, em um sistema que a literatura especializada convencionou denominá-lo misto, eclético ou semidireto, já que encontra instrumentos de exercício para a democracia direta (plebiscito, referendo e iniciativa popular) e, ao mesmo tempo, para a democracia indireta ou representativa (eleições regulares para os cargos políticos do executivo e legislativo).

A abordagem histórica da democracia é imprescindível para validar a cientificidade desta pesquisa. Para HOBBSAWM (1998, p. 39), “a ciência social moderna, a política e o planejamento adotaram um modelo de cientificismo e manipulação técnica que, sistemática e deliberadamente, negligencia o humano e, acima de tudo, a experiência histórica”.

Para compreender, em sua integralidade, no que consiste essa opção democrática do constituinte originário, necessário desenrolar os fundamentos de cada

¹⁰² Para SILVA, José Antônio (2011, p. 124), “regime é um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram determinada concepção do Estado e da sociedade, e que inspiram seu ordenamento jurídico”. A definição encontra respaldo nos estudos do *Servicio Español del Profesorado de Enseñaza Superior-Universidad de Barcelona*.

“Um sistema político é definido por Robert Dahl como ‘qualquer padrão permanente de relações humanas que implique, de maneira significativa, em poder, governo ou autoridade’. E, de acordo ainda com Dahl, na grande maioria dos sistemas políticos podem ser encontradas certas características constantes e que são: o controle desigual dos recursos políticos, a busca da influência política, distribuição desigual da influência política, objetivos conflituosos, aquisição de legitimidade, o desenvolvimento de uma ideologia, impacto de outros sistemas políticos e a influência da mudança” (DIAS, 2013, p. 17).

fase histórica do regime político da democracia, pois, como afirma SILVA, José Antônio (2011, p. 125-126), “democracia é conceito histórico [...] não é um mero conceito político abstrato e estático”.

3.1. As fases históricas da democracia.

O termo democracia é de origem grega (δημοκρατία, *dēmokratía*), entendido como o poder ou governo do povo¹⁰³. Para AZAMBUJA (2008, p. 242), nenhum termo do vocabulário político é mais controverso que democracia. Empregado pela primeira vez por Heródoto há quase dois mil e quinhentos anos, a significação do vocábulo tem variado e se transmutado – na prática, através dos períodos históricos, e em teoria nas obras de todos os autores, especialistas ou não.

A priori, o termo *democracia* representa um procedimento sistêmico de tomada de decisões, regulando a convivência intersocial de uma comunidade. Para ser democrático esse complexo processo de decisões deve ser consentido pela maioria da comunidade que a ele se submete. A ideia de democracia, portanto, se identifica com a conduta política de legitimação do poder por todos, por representação ou diretamente, e, por consequência, o poder político não pode pertencer a nenhum grupo limitado de pessoas ou a uma pessoa específica, mas a todo o povo. A ideia democrática, quando garantida no ordenamento jurídico de um Estado, transforma-se, então, na qualidade prática de um regime político.

Mas a modificação do conceito e dos integrantes do “povo” pelos tempos impulsionou variações no exercício democrático pelas diversas sociedades. Atualmente, vive-se no epicentro resultante da evolução democrática, um momento de democracia real um tanto confusa e distante da ideal. Com essas considerações preliminares, quais fases da democracia, e por que, foram implantadas e suplantadas até os dias de hoje?

¹⁰³ “Do ponto de vista etimológico, *democracia* é composta de duas palavras de origem grega, *demos*, que significa povo, e *kratos*, que significa poder, autoridade. A palavra aparece pela primeira vez durante o século V a.C., durante a época de Péricles; foi citada por Heródoto, em sua obra *Historia*, em conexão com a noção de isonomia, igualdade diante da lei. Posteriormente, Tucídides empregará a palavra *democracia* para referir-se ao regime político de Atenas” (DIAS, 2013, p. 174).

A primeira fase da democracia, na prática, é a da *antiguidade*, especialmente da civilização grega. Trata-se de uma democracia inserida na nova conquista social de época: a Cidade¹⁰⁴. A democracia aristotélica¹⁰⁵, embasada no *zoom politikon*¹⁰⁶, entregou a soberania do poder ao “povo”, o qual exercia diretamente a política e a constituição da *polis*¹⁰⁷. Entretanto, é cediço que a democracia ateniense somente se sustentava pela existência do regime escravocrata, já que os excluídos da cidadania (servos, escravos, mulheres, estrangeiros) se encarregavam dos afazeres e do labor, enquanto os cidadãos (homens livres com influência e posses, cerca de 5% da população)¹⁰⁸ podiam debater na *ágora* (praça) e na *eclésia* (assembleia) a política local, exercendo diretamente a democracia.

A democracia antiga, mesmo com intenção de distribuir equanimemente o poder, era exercida, aos olhos da modernidade, por um sistema de aristocracia-patrimonial-religiosa¹⁰⁹, no qual somente uma ínfima parcela da população, elitizada

¹⁰⁴ “A primeira obra foi o Olimpo, a segunda a Cidade. Esta, obra surpreendente do gênio grego, é inaudita, sem exemplo e sem precedente. Todo o esforço da humanidade até ali não havia feito senão povoações, reuniões de tribos, agregações de aldeias para a sua segurança.” (MICHELET, 2002, p.148).

¹⁰⁵ “Uma constituição é a disposição das magistraturas em uma Cidade, especialmente a mais alta delas. O governo é em toda parte soberano, e a constituição é na verdade o governo. Por exemplo, na democracia o povo é soberano”. (ARISTÓTELES, 2011, p. 122).

¹⁰⁶ “[...] o homem é por natureza um animal político” (ARISTÓTELES, 2011, p. 122).

¹⁰⁷ “É verdade que, quando se trata de estabelecer a elevada fórmula, definitiva e verdadeira da cidade, a de Aristóteles é precisamente *antiespartana*. Diz ele que a Cidade, na sua própria unidade, não deve de ser *múltipla*, não composta de homens semelhantes (como era Esparta), mas sim de indivíduos especificamente diferentes (como foi Atenas) – diferenças essas que permitem o exercício de forças variadas, a troca de serviços e benefícios mútuos, a feliz ação recíproca de todos em prol de todos. Dessa forma, a Cidade é, para si mesma e para o indivíduo, a mais poderosa educação.” (MICHELET, 2002, p. 161).

¹⁰⁸ “O povo da democracia ateniense não era todos os indivíduos que viviam de modo permanente sob o governo de Atenas, e sim uma pequena parte deles. Segundo cálculos abalizados, essa população era de 230 a 240 mil pessoas; destas, cerca de 150 mil eram escravos, sem direito algum. Das 90 mil pessoas livres, 60 mil eram mulheres e crianças, também sem direitos políticos, e os habitantes dos arredores da cidade não compareciam geralmente às assembleias políticas; e entre os próprios cidadãos alguns deixavam-se ficar sob as árvores que Cimon mandara plantar na *ágora*, ou no mercado, ou diante dos tribunais. As decisões mais importantes deviam ser tomadas pelo ‘povo inteiro’, segundo as leis. Na verdade, nesses casos, os cidadãos presentes não eram mais de 6 mil” (AZAMBUJA, 2008, p. 243).

¹⁰⁹ “A mesma revolução, sob formas ligeiramente variadas, ocorreu em Atenas, em Esparta, em Roma, em todas as cidades, enfim, cuja história conhecemos. Em toda parte ela foi obra da aristocracia, em toda parte teve como efeito suprimir a realeza política, deixando subsistir a realeza religiosa. A partir cidades, enfim, cuja história conhecemos. Em toda parte ela foi obra da aristocracia, em toda parte teve como efeito suprimir a realeza política, deixando subsistir a realeza religiosa. A partir dessa época e durante um período cuja duração foi bastante desigual para as diferentes cidades, o governo da cidade pertenceu à

pela propriedade e religiosidade, decidia as diretrizes de vida de toda a sociedade. O povo ateniense era um povo restrito, pois a cidadania era limitada à prática do *culto*¹¹⁰, e este só permitido aos homens livres e não-estrangeiros¹¹¹.

Durante o ciclo europeu medieval, a ideia e a prática da democracia foram envoltas pela névoa lúgubre dos impérios sacralizados, momento em que a religiosidade une-se umbilicalmente ao poder estatal com as teorias divinas da sobrenaturalidade e providencialidade, apresentadas por Agostinho e Tomaz de Aquino. A monopolização (restrição rígida) do acesso ao saber é a principal medida tomada para manter o povo na ignorância política, ou seja, manter o poder ao monarca por meio do medo e do desconhecimento, aplicações determinadas pelos estudos primordiais de Maquiavel¹¹².

Com efeito, o homem era identificado como servo, vendo-se na mesma condição que os escravos das civilizações antigas. O “cidadão medieval” era núcleo de irradiação apenas de deveres, submetido, necessariamente, a três esferas de poder: o monarca, os senhores feudais e a Igreja Católica. A estabilização dessa estrutura, tanto

aristocracia. Essa aristocracia baseava-se ao mesmo tempo no nascimento e na religião.[...] Na Grécia houve um longo período em que a aristocracia foi soberana. A *Odisseia* apresenta-nos um quadro fiel desse estado social”. (COULANGES, 2009, p. 265-267).

¹¹⁰ “Reconhecia-se o cidadão por participar do culto da cidade, e era dessa participação que lhe vinham todos os direitos civis e políticos. Ao renunciar-se ao culto, renunciava-se aos direitos. [...] Se quisermos dar a definição exata de cidadão, devemos dizer que é o homem que tem a religião da cidade. O estrangeiro, ao contrário, é aquele que não tem acesso ao culto, aquele que os deuses da cidade não protegem e que nem sequer tem o direito de invoca-los, [...] rejeitam o estrangeiro; a entrada em seus templos é proibida para ele, e a sua presença durante o sacrifício é um sacrilégio” (COULANGES, 2009, p. 210).

¹¹¹ “[Aristóteles] ele próprio já esclarecera que o nome de cidadão só se deveria dar com propriedade àqueles que tivessem parte na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária. E diz taxativamente que a cidade-modelo não deverá jamais admitir o artesão no número de seus cidadãos. Isto porque a virtude política, que é a sabedoria para mandar e obedecer, só pertence àqueles que não têm necessidade de trabalhar para viver, não sendo possível praticar-se a virtude quando se leva a vida de artesão ou mercenário [...] essa ideia restrita de povo não poderia estar presente na concepção da democracia do século XVIII, quando a burguesia, economicamente poderosa, estava às vésperas de suplantar a monarquia e a nobreza no domínio do poder político” (DALLARI, 2012, p. 146).

¹¹² “Chegamos assim à questão de saber se é melhor ser amado do que temido. A resposta é que seria desejável ser ao mesmo tempo amado e temido, mas que, como tal combinação é difícil, é muito mais seguro ser temido, se for preciso optar. [...] Estará perdido o príncipe que tiver confiado inteiramente nas suas palavras, sem tomar outras cautelas, porque a amizade conquistada pelo dinheiro, e não pela grandeza e nobreza de espírito, não é segura – não se pode contar com ela. Os homens têm menos escrúpulos em ofender quem se faz amar do que quem se faz temer, pois o amor é mantido por vínculos de gratidão que se rompem quando deixam de ser necessários, já que os homens são egoístas; mas o temor é mantido pelo medo do castigo, que nunca falha”. (MAQUIAVEL, 2007, p. 90/91).

no plano econômico (legitimando o feudalismo) quanto no plano político (legitimando a monarquia absoluta), passava por um emaranhado de interesses em que a figura da Igreja aparece com influência, tanto no plano espiritual, quanto no âmbito do poder temporal. (TOMAZ, 2010, p. 27-28).

Com a *Magna Charta Libertatum* inglesa de 1215 alguns direitos individuais são reconhecidos e garantidos positivamente. Contudo, o sistema democrático acaba por deparar com o óbice das monarquias absolutistas sustentadas pelo sistema de produção feudal e por uma “carta de direitos” ainda distante da proteção constitucional preconizada nos tempos atuais. É nesse cenário de restrição da dignidade humana – o sistema feudal assemelhava-se à escravidão – que a democracia encontra subsídios para, séculos depois, germinar em nova roupagem, a fase da democracia *representativa, moderna* ou *clássica*.

Para o ressurgimento da democracia no pós-medieval, fundamentais são os estudos jusnaturalistas de John Locke e Jean-Jacques Rousseau¹¹³, defensores da ideologia liberalista e do contratualismo social. No “Segundo Tratado sobre o Governo” Locke sustenta a supremacia do poder legislativo, que poderia ser exercido por vários órgãos, mas sempre sujeito ao povo. Assim, “quem detiver o poder legislativo ou o poder supremo de qualquer comunidade obriga-se a governa-la mediante leis estabelecidas, promulgadas e conhecidas do povo, e não por meio de decretos que surpreendam o povo”. (DALLARI, 2012, p. 147-148).

Essa doutrina seiscentista de direitos naturais, associada principalmente à John Locke, fundamentava a existência de certos direitos inalienáveis na ideia de um contrato social celebrado para por fim às difíceis condições que caracterizavam a vida do homem no estado de natureza. Essa teoria permitia que os homens invocassem um tipo superior de direito e foi, assim, um poderoso meio para coibir o exercício arbitrário do poder. (SHAW, 2010, p. 205).

¹¹³ “O Estado Democrático moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana. Daí a grande influência dos jusnaturalistas, como LOCKE e ROUSSEAU, embora estes não tivessem chegado a propor a adoção de governos democráticos, tendo mesmo ROUSSEAU externado seu descrédito neles”. (DALLARI, 2012, p. 147).

Em principal, é por meio de três contundentes movimentos políticos-sociais que se transpõem do plano teórico para o prático os princípios que iriam conduzir ao Estado Democrático: o primeiro é a Revolução Inglesa¹¹⁴, fortemente influenciada por Locke e que teve sua expressão mais significativa no *Bill of Rights*, de 1689; o segundo foi a Revolução Americana, cujos princípios foram expressos na Declaração de Independência das treze colônias americanas, em 1776; e o terceiro foi a Revolução Francesa, que teve sobre os demais a virtude de dar universalidade aos seus princípios, os quais foram expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo evidente nesta a influência direta de Rousseau. (DALLARI, 2012, p. 147).

A contenda em face do absolutismo monárquico na Inglaterra, por razão de sua contundência e repercussão, gerou efeitos nas colônias da América do Norte. É nesse momento que a ideia de um governo democrático ressurge como uma necessidade¹¹⁵. A independência norte-americana do jugo inglês era um movimento irrefreável, mas não adiantaria livrar-se do absolutismo britânico e passar a um absolutismo pela própria elite estado-unidense¹¹⁶. Como afirma DALLARI (2012, p. 148), “não existindo, no momento da independência ou da criação dos Estados Unidos da América, uma nobreza ou um Parlamento que fossem considerados os opositores naturais do absolutismo, isto influiu para uma afirmação mais vigorosa de governo pelo próprio povo”.

¹¹⁴ “Quanto à Revolução Inglesa, dois pontos básicos podem ser apontados: a intenção de estabelecer limites ao poder absoluto do monarca e a influência do protestantismo, ambos contribuindo para a afirmação dos direitos naturais dos indivíduos, nascidos livres e iguais, justificando-se, portanto, o governo da maioria, que deveria exercer o poder legislativo assegurando a liberdade dos cidadãos”. (DALLARI, 2012, p. 147).

¹¹⁵ “Esclareça-se o povo, e a tirania e as opressões do corpo e da mente desaparecerão como maus espíritos ao raiar do dia. THOMAS JEFFERSON.” (BRUNS, 1988, p. 20). “Acredito que as decisões do povo, como um todo, serão mais honestas e desinteressadas que as dos homens ricos. THOMAS JEFFERSON.” (BRUNS, 1988, p. 29).

¹¹⁶ “Uma síntese perfeita de todas essas influências encontra-se nas frases iniciais da Declaração de Independência, de 1776, onde assim se proclama: ‘Consideramos verdades evidentes por si mesmas que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a Vida, a Liberdade e a procura da Felicidade; que para proteger tais direitos são instituídos os governos entre os Homens, emanando seus justos poderes dos consentimentos dos governados. Que sempre que uma forma de governo se torna destrutiva, é direito do povo alterá-la ou abolí-la e instituir um novo governo, fundamentado em princípios e organizando seus poderes da forma que lhe parecer mais capaz de proporcionar segurança e Felicidade’.” (DALLARI, 2012, p. 149).

Quanto ao terceiro movimento de ressurgimento democrático, a Revolução Francesa causou impactos que mudaram o rumo da história político-social da humanidade. As condições políticas da França eram diferentemente das que existiam na América, pois, além de se oporem aos governos absolutos, os revolucionários franceses enfrentavam o problema de uma grande instabilidade interna, devendo pensar na unidade da França. Foi isto que favoreceu o aparecimento da ideia de “nação”, como vínculo moral unificador de vontades e interesses. Outro fator foi a situação religiosa, uma vez que na França a laicização do Estado já estava consolidada, o que influenciou para que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, diversamente do que ocorrera na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, tomasse um cunho mais universal, sem as limitações impostas pelas lutas religiosas locais. Declara-se, então, que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Como objetivo da sociedade política aponta-se a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, que são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. (DALLARI, 2012, p. 149-150).

Entretanto, cabe ressaltar que a revolução francesa, apesar da renovação democrática e proteção aos direitos fundamentais do indivíduo, também gerou um momento de extrema tensão social, quando os jacobinos, grupo radical, liderados por Robespierre, implantaram uma ditadura popular, criando o que se chamou de período de terror, já que as execuções de muitos nobres e do próprio rei foram feitas sem qualquer cerimônia jurídica. Os ideais libertários, por um breve momento, suprimiram o direito de defesa dos acusados, num misto de tribunal *ad hoc* e órgão de execução sumária. Um momento de derramamento de sangue, mas passageiro¹¹⁷.

O conceito de nação transformou-se na fonte de toda a soberania e confundiu-se com democracia¹¹⁸. O “povo” foi identificado com a “nação”, um conceito

¹¹⁷ “O governo da liberdade é o despotismo da liberdade contra a tirania. ROBESPIERRE.” (CARSON, 1988, p. 41).

¹¹⁸ “Se o nacionalismo era uma força histórica reconhecida por governos, a democracia, ou a crescente participação do homem comum nas questões do Estado, era outra. Os dois eram uma única coisa, na medida em que movimentos nacionalistas nesse período tornaram-se movimentos de massa, e praticamente todos os líderes radicais nacionalistas supunham esses dois conceitos como sendo idênticos. Entretanto, na prática a grande parte do povo comum, como os camponeses, ainda não havia sido atingida pelo nacionalismo, enquanto outras, principalmente as novas classes trabalhadoras, eram impelidas a

revolucionário; mais revolucionário do que o próprio programa liberal-burguês. Mas era também uma “faca de dois gumes”. (HOBSBAWM, 1997, p. 76).

Nesse âmbito, admite-se que, na primeira parte do século XIX, a questão da liberdade se destaca. Tratava-se aí de conquistá-la ou defendê-la contra seus adversários tradicionalistas e reacionários. Os liberais lutam por uma constituição na qual sejam positivados direitos e liberdades individuais. Apesar de diferenças quanto às relações entre os “poderes”, havia um relativo consenso quanto à necessidade de garantias contra o poder arbitrário através de alguma forma de “representação” da Nação, eleita e permanente. No entanto, ao definir quem seriam os “cidadãos” eleitores e legíveis, os liberais fixavam exigências de tal ordem que somente uma minoria podia participar do processo político. Aqueles que não preencham esses requisitos “censitários”, e que constituíam a maioria, ficavam marginalizados, como “cidadãos de segunda categoria”. Quase por toda parte, porém, “liberais radicais” lutavam pela “igualdade” de todos os cidadãos agitando a bandeira do “sufrágio universal” (masculino). Era a exigência da “democracia política”, à qual seus adversários contestavam com os perigos do “jacobinismo” dos desordeiros e miseráveis que “nada possuíam de seu”, ou seja, as “classes perigosas” e ignorantes que precisavam ser vigiadas e controladas pelas autoridades. (FALCON, 2006, p. 47-48).

Percebe-se que a partir das Revoluções Iluministas dos séculos XVIII e XIX a democracia é reincorporada aos regimes políticos estatais, nas Constituições Nacionais da França (1791, já substituída) e dos Estados Unidos da América (1789, ainda vigente com emendas). O iluminismo político projetava-se contra o absolutismo monárquico, já que a classe burguesa fortalecida pelo comércio capitalista pós-revolução industrial alcançara grande domínio de propriedades, suplantando a própria nobreza estatal¹¹⁹.

seguir movimentos que punham um interesse de classe internacional acima de filiações nacionais” (HOBSBAWM, 1996, p. 147).

¹¹⁹ “Para a corrente Iluminista, a verdade é obra do homem e todo conhecimento só pode ser aceito como verdadeiro quando for evidente para a razão ou para os sentidos. A tradição e a autoridade, portanto, não podem mais ser tomadas como critérios de verdade. Nada conseguiu deter o desenvolvimento do pensamento político e econômico que se estruturava mais firmemente à medida que a Revolução Industrial transformava as velhas economias europeias, principalmente na França e na Inglaterra. Conforme proliferavam as fábricas e fundições, aumentava o número de profissionais da classe média e de pessoas instruídas, os quais, ao contrário da aristocracia, haviam adquirido suas riquezas pelo trabalho

Os preceitos burgueses evoluíram para reações que colocaram em xeque toda a estrutura do Antigo Regime. Pela propaganda filosófica e pelas atitudes econômicas, esses valores alcançaram a qualificação de uma nova visão do mundo, impondo através das “Luzes” novas concepções sobre o homem e suas relações com a política. (RODRIGUES, 2006, p. 118).

Mais adiante, durante o século XIX, em meio a Guerra de Secessão Americana, o então presidente Abraham Lincoln, fortemente influenciado pelos ideais de Thomas Jefferson, em seu imortal Pronunciamento de *Gettysburg* (19 de novembro de 1863), ponderou sobre a democracia “que esse governo do povo, pelo povo e para o povo não desapareça da Terra”¹²⁰. É o ápice da democracia clássica representativa, um auge arrimado na *autodeterminação dos povos*, como promulgado no artigo 1.2 da Carta das Nações Unidas de 1945¹²¹.

na indústria e no setor de serviços profissionais. À medida que seu poder econômico crescia, tornavam-se mais impacientes com os nobres, detentores hereditários do direito de governar e herdeiros de quase totalidade das terras da França. No entanto, apesar de seu crescente poder econômico, a burguesia via-se tolhida pela falta de participação política e pelos privilégios da nobreza improdutiva e dilapidadora das riquezas do país. Passaram a pressionar com vigor, exigindo mudanças sociais, econômicas e políticas. Durante o século XVIII generalizou-se a crença de que a razão, tão decantada pelos enciclopedistas, desvendaria os segredos da natureza e da experiência e iluminaria o caminho para a constituição de um governo perfeito, uma sociedade perfeita, a utopia”. (CARSON, 1988, p. 18-19).

¹²⁰“Há 87 anos nossos pais criaram neste continente uma nova nação, concebida na liberdade e consagrada à ideia de que todos os homens nascem iguais. Agora estamos envolvidos numa grande guerra civil, testando se esta nação, ou qualquer nação assim concebida, pode perdurar. Estamos reunidos num grande campo de batalha dessa guerra. Viemos para consagrar parte deste campo como o local de repouso eterno daqueles que aqui deram suas vidas para que aquela nação pudesse viver. Fazemos, assim, o que é justo e correto. Mas, num sentido mais amplo, não podemos dedicar, não podemos consagrar, não podemos santificar este chão. Os homens corajosos, vivos e mortos, que aqui combateram, consagraram-no, muito além do que nossas parcas forças são capazes de intensificar ou enfraquecer. O mundo nem chegará a notar e logo se esquecerá do que dizemos aqui, mas jamais esquecerá o que eles aqui fizeram. Nós, vivos, antes de mais nada, devemos nos consagrar ao trabalho inacabado, tão nobremente iniciado por aqueles que aqui lutaram. Devemos nos consagrar à grande tarefa que temos diante de nós; que a causa desses honrados mortos nos dê renovada devoção, pois a ela devotaram tudo que tinham; que aqui decidamos solenemente que essas mortes não foram em vão; que esta nação, com a proteção de Deus, tenha um novo nascimento de liberdade; e que esse governo do povo, pelo povo e para o povo não desapareça da Terra.” PRONUNCIAMENTO DE GETTYSBURG, 19 de novembro de 1863, ABRAHAM LINCOLN.” (BRUNS, 1987, p. 9-10).

¹²¹ Artigo 1.2 da Carta das Nações Unidas “Artigo 1º. Os propósitos das Nações Unidas são: 1. (...) 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direito e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal”.

Sobre a autodeterminação dos povos, entende AZAMBUJA (2008, p. 265) que “cada povo é senhor de seu destino, tem o direito de viver de acordo com as leis que livremente adotar e de escolher livremente as pessoas que, em nome dele e de acordo com a opinião dele, hão de tratar dos interesses coletivos”. O direito à autodeterminação dos povos, assegurado na abertura dos Pactos Internacionais de 1966, diz respeito, em primeiro lugar, à independência dos povos coloniais. Refere-se, também, em segundo lugar, à soberania de cada Estado independente sobre as riquezas e recursos naturais que se encontram em seu território. Esses direitos já haviam sido objeto de duas declarações da Assembleia Geral das Nações Unidas: a Declaração sobre a garantia de independência dos países coloniais, de 14 de dezembro de 1960 [A/RES/1514(XV)], e a de 14 de dezembro de 1962, acerca da soberania permanente sobre os recursos naturais [A/RES;1803(XVII)]. Tais declarações exprimiram uma tomada de consciência universal sobre a urgência de se superar o colonialismo e o imperialismo.

Esse processo, usualmente denominado *descolonização*, fora iniciado durante o século XIX, pois na África, na Índia, na Indonésia, era como se ingleses, franceses, belgas, portugueses e holandeses começassem a sentir que a dominação do *homem branco* sobre o planeta Terra entrava em fase de extinção. A descolonização foi acelerada ao longo dos anos 50 e 60 do século XX, resultando no fim dos impérios coloniais, parte de um longo processo de mudança no plano internacional. Sobre esse processo, LINHARES (2005, p. 41) pontua uma crítica desmistificadora:

No seu nascedouro, a palavra descolonização já vem carregada de ideologia, parecendo definir um destino histórico dos povos colonizados: depois de ter colonizado, o europeu descoloniza, estando, pois, implícita a *vontade* do país colonizador de abrir mão de pretensos direitos adquiridos em determinado momento. A generalização do termo implica, de certa forma, uma interpretação eurocêntrica da História, ou seja, a noção de só a Europa possui uma História ou é capaz de elaborá-la. Os *outros* não têm História: nem passado a ser contado nem futuro a ser elaborado. (LINHARES, 2005, p. 41).

O processo de “descolonização” iniciado no século XIX encontrou continuidade nas mais diversas formas de governos nacionalistas, tanto totalitários e ditatoriais quanto democráticos e monárquicos, tanto de natureza econômica-política quanto de fundo espiritual e cultural, mas geralmente centrados na figura de um grande

líder, um “salvador”. Como exemplos, Nehru na Índia, Ho Chi Minh no Vietnã, Lumumba no Congo, Nasser no Egito, Mobuto no Zaire.

Infere-se que a autodeterminação de um povo é direito basilar para a formação de um Estado. Para tanto, a comunidade internacional, atual e majoritariamente, prevê requisitos para o reconhecimento do Estado autodeterminado. O art. 1º da Convenção de Montevideu sobre os Direitos e Deveres dos Estados (1933) aponta os critérios para o reconhecimento: a) população permanente; b) território delimitado; c) governo; d) capacidade de proceder às relações com outros Estados. Na comunidade internacional ainda há debates sobre a validade de cada um desses requisitos, como: a) em que consiste a população e o povo e quem são os legitimados ao direito da autodeterminação¹²²; b) quais os limites de um território e a questão da extraterritorialidade; c) quais regimes governamentais são válidos. Entretanto, SHAW (2010, p. 157-162) quais as características marcantes, portanto, princípios, para o reconhecimento de um Estado: a) direitos fundamentais; b) independência; c) igualdade; d) coexistência pacífica.

Posteriormente, a democracia representativa encontrou asilo no preâmbulo¹²³ e no propósito¹²⁴ da Carta da Organização dos Estados Americanos, bem como no preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San

¹²² “O problema, no tocante ao respeito do direito de autodeterminação dos povos reside, justamente, na exata definição do que seja um povo, como titular desse direito. Como foi pertinentemente observado, *povo* é uma ‘*context-dependent notion*’, que representa uma categoria insuscetível de definição abstrata: o seu sentido só se precisa no contexto da declaração onde a palavra é empregada. De qualquer forma, o âmbito semântico do termo começou a ser delimitado a partir de 1945, em contraste com a noção de *minorias*. Este último termo, como é indicado em comentário ao artigo 27, passou a designar grupos incluídos numa sociedade organizada sob a forma de Estado, os quais não têm necessariamente vocação à independência. A grande dificuldade, no exercício do direito à autodeterminação dos povos, consiste em determinar quem está legitimado a representa-los e reivindicar, em nome deles, a independência. Todos os conflitos surgidos no mundo, nesse campo, prendem-se à solução preliminar dessa questão de representatividade. As potências coloniais, ou as autoridades centrais do Estado onde estão os povos que aspiram à independência, negam sistematicamente a representatividade dos que se apresentam como interlocutores legítimos do povo colonizado, ou submetido à dominação indesejada do Estado. Por outro lado, não são raras as situações em que se apresentam vários representantes do povo em questão, cada qual declarando-se o único legitimado a atuar em nome dele.” (COMPARATO, 2003, p. 282-283).

¹²³ “[...] Seguros de que a democracia representativa é condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região [...]” (Preâmbulo da Carta da OEA).

¹²⁴ “2.[...]b) Promover e consolidar a democracia representativa, respeitado o princípio da não intervenção” (Carta da OEA).

Jose)¹²⁵. Essa democracia *clássica* ou *representativa* consistiu na conquista dos ideais de liberdade política e civil em face da opressão monárquica e aristocrática. Por fim, suas principais características podem ser delineadas em: a) o poder político pertence ao povo, é a soberania popular; b) o poder político é exercido por órgãos diferentes, autônomos e independentes; é a teoria da divisão de poderes; c) as prerrogativas dos governantes são limitadas explicitamente pela Constituição; d) são declarados e assegurados os direitos individuais.¹²⁶

Sob ponto de vista histórico, HOBSBAWM (1995, p. 17) entende que a democracia só manteve-se viva após a 2ª Guerra Mundial, porque o levante dos movimentos totalitários foi enfrentado e vencido por uma temporária e bizarra alinça entre o capitalismo liberal e o comunismo.

Percebe-se que a democracia clássica ou moderna foi resultante de movimentos sociais e crises nas estruturas do feudalismo, da monarquia e da sacralização estatal, crises provocadas por um novo método de pensamento e por uma nova ideologia social, o liberalismo, mas também pelos sistemas econômicos do capitalismo e do socialismo. O que importa repisar é a reivindicação violenta de segurança constitucional quanto aos direitos fundamentais individuais, em principal, a liberdade, a igualdade, e a propriedade. Nota-se que a conquista desses direitos fundamentais, necessariamente, desenvolveu-se junto às conquistas democráticas. A história da desenvoltura dos direitos basilares confunde-se, em imbricamento benéfico, com a história da evolução da democracia como sistema político para os Estados do século XX.

¹²⁵ “Os Estados Americanos signatários da presente Convenção, reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais” (Preâmbulo da CADH, Pacto de San Jose de 1969).

¹²⁶ “Uma síntese dos princípios que passaram a nortear os Estados, como exigências da democracia, permite-nos indicar três pontos fundamentais: A *supremacia da vontade popular*, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante à representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários. A *preservação da liberdade*, entendida sobretudo como o poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado. A *igualdade de direitos*, entendida como a proibição de distinções no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes”. (DALLARI, 2012, p. 150).

3.2. As críticas à democracia e à ideia de povo: anarquismo e totalitarismo.

Tomando como marco o período pós-revolucionário francês, uma das primeiras contraposições que a democracia clássica encontrou foi o levante do ideal anárquico da virada do século XIX ao XX, uma ideologia difundida em distintos países e áreas de conhecimento, representada, entre outros, por Pierre-Joseph Proudhon, Leon Tolstói, Peter Kropotkin, Oscar Wilde, Errico Malatesta, George Orwell, Michael Bakunin. Este último escreveu sobre a “ilusão do sufrágio universal”, uma crítica direta às conquistas da democracia representativa.

Michael Bakunin defende que a crença humana de que o estabelecimento do sufrágio universal garantiria liberdade aos povos não passava de uma grande ilusão, uma farsa produzida pela inocente ideia de que o sistema representativo geraria um governo e uma legislação representativa da verdade vontade do povo. Para ele, o poder político é dominação, uma eterna história que se repetia novamente¹²⁷.

Por sua vez, Leon Tolstói argumenta que a lei não representava a vontade da maioria ou do povo, mas daqueles que detinham o poder. E para impô-la sobre os subjugados, somente havia uma forma: a “violência organizada”, ou seja, não a mera violência física, mas a dominação por meio das violências morais, psicológicas, econômicas e políticas, com a consequência de um direito feito para a restrição das liberdades¹²⁸.

¹²⁷“Instintiva e inevitavelmente, o povo espera duas coisas: a maior prosperidade material possível comanda com a maior liberdade de movimento e ação. [...] Os instintos dos governantes, sejam legisladores ou executores de leis, são diametricamente opostos (aos do povo) por estarem numa posição excepcional. [...] Quem fala de poder político, fala de dominação. Quando existe dominação, uma grande parcela da sociedade é dominada e os que são dominados geralmente detestam os que os dominam, enquanto estes não têm outra escolha a não ser subjugar e oprimir aqueles que dominam. Esta é a eterna história do saber político, desde que o poder surgiu no mundo.” (Michael Bakunin, *Ouvres*, vol. II, 1907, in WOODCOCK, 1990, p. 98).

¹²⁸ “Muitas constituições foram criadas – a começar pela Inglesa e a Americana, terminando com a Japonesa e a Turca – de modo a fazer com que as pessoas acreditassem que todas as leis estabelecidas atendiam a desejos expressos pelo povo. Mas a verdade é que não só nos países autocráticos, como naqueles supostamente mais livres – como a Inglaterra, a América, a França e outros – as leis não foram feitas para atender a vontade da maioria, mas sim a vontade daqueles que detêm o poder. Portanto, elas serão sempre, e em toda parte, aquelas que mais vantagens possam trazer à classe dominante e aos poderosos. Em toda parte e sempre, as leis são impostas utilizando os únicos meios capazes de fazer com que algumas pessoas se submetam à vontade de outras, isto é, pancadas, perda da liberdade e assassinato. Não há outro meio. [...] Se as leis existem, é necessário que haja uma força capaz de obrigar as pessoas a

Embora as doutrinas anarquistas tenham perdido espaço no cenário mundial, líderes de grandes Estados democráticos também percebiam as dificuldades na consolidação desse regime político, em principal pelas interpretações antagônicas feitas pelos diferentes setores sociais sobre os princípios da liberdade, igualdade e resistência à opressão, valores gerados pela modernidade iluminista. Franklin Delano Roosevelt, presidente dos EUA de 1933 a 1945, proferiu em 1936 que “O pastor afasta o lobo das ovelhas e por essa ação as ovelhas agradecem ao pastor como aquele que as libertou, enquanto o lobo o denuncia por atacar sua liberdade [...] É evidente que ovelhas e lobos não estão de acordo sobre a definição de liberdade.” (ISRAEL, 1987, p. 75).

Radicais são as críticas de Friedrich Nietzsche com os valores da “democracia liberal”, pois “as leis não revelam o que é um povo, mas somente aquilo que lhe parece estranho, referindo-se somente às exceções da moralidade dos costumes” (NIETZSCHE, 2013, p. 111), e “a elevação maior do tipo ‘homem’ foi até agora obra de uma sociedade aristocrática” (NIETZSCHE, 2004, p. 183).

Diversos foram os problemas decorrentes da identificação do Estado Democrático ideal com determinadas formas de Estado e de governo implantadas na emancipação dos povos¹²⁹. A ideia essencial era enfraquecer o poder Estatal por meio de mecanismos legitimados na própria organização dos Estados. Porém, a experiência demonstrou que a mera existência de um controle formal do poder, portanto, um poder estatal aparentemente enfraquecido, não garantia um Estado Democrático desejado, ou

respeitá-las. E só há uma força capaz de fazer com que alguns seres se submetam à vontade de outros e esta força é a violência. Não a violência simples, que alguns homens usam contra seus semelhantes em momento de paixão, mas uma violência organizada, usada por aqueles que têm o poder nas mãos para fazer com que os outros obedeçam à sua vontade.” (Leon Tolstói, *A escravidão de nosso tempo*, 1900, in WOODCOCK, 1990, p. 106).

¹²⁹ “A ideia moderna de um *Estado Democrático* tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores. A fixação desse ponto de partida é um dado de fundamental importância, pois as grandes transformações do Estado e os grandes debates sobre ele, nos dois últimos séculos, têm sido determinados pela crença naqueles postulados, podendo-se concluir que os sistemas políticos do século XIX e da primeira metade do século XX não foram mais do que tentativas de realizar as aspirações do século XVIII. A afirmação desse ponto de partida é indispensável para a compreensão dos conflitos sobre os objetivos do Estado e a participação popular, explicando também, em boa medida, a extrema dificuldade que se tem encontrado para ajustar a ideia de Estado Democrático às exigências da vida contemporânea”. (DALLARI, 2012, p. 145).

pior, a fachada de Estado Democrático passou a legitimar a perpetuação de Estados totalitários, centrados em uma determinada liderança, elite, classe, instituição ou partido político¹³⁰.

Em verdade, o Estado Democrático Liberal não assegurou os direitos que bravamente proclamara, revelando o que se convencionou denominar “Estado policial”, pois apenas reconheceu as “liberdade públicas”, mas não se preocupou em estabelecer meios para a efetivação, assumindo mera atitude passiva. Foram as forças e ideologias sociais, voltadas para a “igualdade”, que promoveram nova revolução. Mas as ideias marxistas-socialistas foram, na prática, traduzidas na hipertrofia da igualdade e supressão da liberdade, por meio, principalmente, dos regimes totalitários soviético, nazista e fascista. (TOMAZ, 2010, p. 35-40).

Com efeito, uma das principais consequências da 1ª Guerra Mundial foi a consolidação do regime comunista na Rússia, e a URSS, embora não se proclamasse um Estado liberal, sempre deu ênfase ao caráter popular e democrático que atribuiu à sua forma de governo. Os regimes que implantou nos países satélites depois da 2ª Guerra Mundial foram oficialmente chamados de “democracias populares”, e foi sob essa forma restrita que grandes populações tomaram conhecimento do “regime democrático”. Entretanto, não há como negar que essas pseudodemocracias sustentaram regimes totalitários.

Outra consequência foi o fortalecimento do ultranacionalismo alemão, representado pelo totalitarismo do partido nazista. Os movimentos totalitários são possíveis onde quer que existam “massas” que, por um motivo ou outro, desenvolveram certo gosto pela organização política. Essas “massas” não se unem pela consciência de um interesse comum e falta-lhes aquela específica articulação de classes que se expressa em objetivos determinados e atingíveis. O termo “massa” se aplica às pessoas que, simplesmente devido ao número, ou à sua indiferença, ou à ambos, não se podem

¹³⁰ “Com muita facilidade o enfraquecimento aparente não correspondia à realidade, pois o mesmo grupo ou até o mesmo indivíduo exercia domínio sobre todas as partes e, em consequência, o controle recíproco que elas ostensivamente exerciam não tinha qualquer sentido prático, pois todas eram dependentes do mesmo centro de dominação. E o que se tornou mais grave foi que essa forma, aceita como um pressuposto de que o Estado era democrático, passou a ser utilizada para ocultar o totalitarismo, que se vestia com a capa do Estado Democrático.” (DALLARI, 2012, p. 301).

integrar numa organização baseada no interesse comum, seja partido político, organização profissional ou sindicato de trabalhadores. Em sua ascensão, tanto o movimento nazista da Alemanha quanto os movimentos comunistas da Europa de 1930 recrutaram os seus membros dentre essa “massa” de pessoas aparentemente indiferentes, que todos os outros partidos haviam abandonado por lhes parecerem demasiado apáticas ou estúpidas para lhes merecerem a atenção. A maioria dos seus membros, portanto, consistia em elementos que nunca antes haviam participado da política. Isso permitiu a introdução de métodos inteiramente novos de propaganda política e a indiferença aos argumentos da oposição. (ARENDDT, 1997, p. 361).

O sucesso dos movimentos totalitários entre as “massas” significou o fim de duas ilusões dos países democráticos em geral e, em particular, dos Estados-nações europeus e do seu sistema partidário: a) a ilusão de que o povo participava majoritária e ativamente do governo; b) a ilusão de que as “massas” politicamente indiferentes não importavam. Os movimentos totalitaristas demonstraram que a democracia repousava na silenciosa tolerância e aprovação dos setores indiferentes e desarticulados do povo. (ARENDDT, 1997, p. 361).

Os movimentos totalitários são organizações maciças de indivíduos atomizados, isolados e esvaziados. O espírito dos regimes totalitários é a luta pelo domínio total de toda a população da terra, a eliminação de toda realidade rival não-totalitária, pois se não lutarem pelo domínio global como objetivo último, correm risco de perder todo o poder que porventura tenham conquistado. O totalitarismo no poder usa a administração do Estado para o seu objetivo em longo prazo de conquista mundial e para dirigir as subsidiárias do movimento; instala a política secreta na posição de executante e guardião da experiência doméstica de transformar constantemente a ficção em realidade; e, finalmente, erige campos de concentração como laboratórios especiais para o teste do domínio global. (ARENDDT, 1997, p. 442).

Nesse contexto, Hannah Arendt aponta que uma das características do totalitarismo, como forma inédita de governo e dominação, é a *desolação*¹³¹, que

¹³¹ “Solidão não é estar só. Quem está desacompanhado está só, enquanto a solidão se manifesta mais nitidamente na companhia de outras pessoas. [...] Na opinião de Epicteto o homem solitário (*éremos*) vê-se rodeado por outros com os quais não pode estabelecer contato e a cuja hostilidade está exposto. O

impede a vida privada e promove o desenraizamento. A desolação faz desaparecer a intimidade, que é, para ela, essencialmente uma descoberta positiva e importante do mundo moderno. A desolação, além do mais, é um óbice à *vita contemplativa*, pois nela não se dá o estar-só ensejador do diálogo socrático do eu consigo mesmo, na desolação a pessoa está sozinha, porque, não tendo mais identidade, não consegue fazer-se companhia na solidão. É, portanto, “aquela situação em que eu estou em falta comigo mesmo e não tenho tranquilidade para pensar, e o pensamento, ao questionar prejudgamentos, torna possível uma autêntica *vita activa*.” Essa situação não permite a prática da *The Life of the Mind*, pois o totalitarismo concorre poderosamente, através da propaganda e da ideologia, vinculando as pessoas ao mundo das aparências e ao estar sozinho da desolação. (LAFER, 1999, p. 239).

Pelo visto, a problemática sobre uma democracia que é dirigida pelas elites, as quais pretendem exatamente a manutenção e permanência no poder, leva à necessária crítica sobre quem constitui o instituto democrático denominado “povo”. Inicialmente, AZAMBUJA (2008, p. 264) destaca que a democracia é “o regime em que o povo governa a si mesmo, diretamente ou por meio de funcionários eleitos por ele para administrar os negócios públicos e fazer as leis de acordo com a opinião geral”. Mas

homem só, ao contrário, está desacompanhado e, portanto, ‘pode estar em companhia de si mesmo’, já que os homens têm a capacidade de “falar consigo mesmos”. Quando estou só, estou ‘comigo mesmo’, em companhia do meu próprio eu, e sou, portanto, dois-em-um; enquanto, na solidão, sou realmente apenas um, abandonado por todos os outros. [...] O problema de estar a sós é que esses dois-em-um necessitam dos outros para que voltem a ser um – um indivíduo imutável cuja identidade jamais pode ser confundida com a de qualquer outro. Para a confirmação da minha identidade, dependo inteiramente de outras pessoas; e o grande milagre salvador da companhia para os homens solitários é que os ‘integra’ novamente; poupa-os do diálogo do pensamento no qual permanecem sempre equívocos, e restabelece-lhes a identidade que lhes permite falar com a voz única da pessoa impermutável. [...] O que torna a solidão tão insuportável é a perda do próprio eu, que pode realizar-se quanto está a sós, mas cuja identidade só é confirmada pela companhia confiante e fidedigna dos meus iguais. [...] O que prepara os homens para o domínio totalitário no mundo não-totalitário é o fato de que a solidão passou a ser, em nosso século, a experiência diária de massas cada vez maiores. O impiedoso processo no qual o totalitarismo engolfá e organiza as massas parece uma fuga suicida dessa realidade. O ‘raciocínio frio como o gelo’ e o ‘poderoso tentáculo’ da dialética que nos ‘segura como um torno’ parecem ser o último apoio num mundo onde ninguém merece confiança e onde não se pode contar com coisa alguma. É a coerção interna, cujo conteúdo único é a rigorosa evitação de contradições, que parece confirmar a identidade de um homem independentemente de todo relacionamento com os outros. [...] Destruindo todo o espaço entre os homens e pressionando-os uns contra os outros, destrói-se até mesmo o potencial produtivo do isolamento; ensinando e glorificando o raciocínio lógico da solidão, onde o homem sabe que estará completamente perdido se deixar fugir a primeira premissa que dá início a todo o processo, elimina-se até mesmo a vaga possibilidade de que a solidão espiritual se transforme em solidão física, e a lógica se transforme em pensamento. [...] A solidão organizada é consideravelmente mais perigosa que a impotência organizada de todos os que são dominados pela vontade tirânica e arbitrária de um só homem. É o seu perigo que ameaça devastar o mundo que conhecemos antes que um novo começo, surgindo desse fim, tenha tido tempo de firmar-se” (ARENDDT, 1993, p. 528-531).

essa ponderação baseia-se na ideia de que cada povo é senhor de seu destino, ou seja, trata-se da definição de *autodeterminação dos povos*, não sendo suficiente para a compreensão plena da ideia de democracia na atualidade.

Para BOBBIO (2013, p. 23), “a democracia como autogoverno do povo é um mito que a história desmente continuamente. Em todos os Estados, quem governa é sempre uma minoria, um pequeno grupo, ou alguns grupos minoritários em concorrência entre si.” A ideia de povo transformou-se pelo tempo, tendo sentidos diversos em cada momento histórico e em cada apogeu civilizatório. Com efeito, enquanto o povo grego da democracia antiga constituía-se da elite proprietária e livre das cidades-Estados, o povo da época revolucionária iluminista constituía-se da casta empobrecida, em contraponto às classes da nobreza e clerical. Essas variações de conveniência momentânea sobre a ideia de povo, e as constantes tentativas de imporem-se regimes totalitários com o disfarce democrático geraram uma crise no ideário do Estado Democrático, o qual esteve em xeque por diversas vezes¹³².

Há quem entenda e afirme que nenhum povo tem suficiente cultura, senso prático, critério e inteligência para escolher os melhores homens, nem competência para intervir nas complexas questões políticas que o governo democrático acarreta. Mas isso também é uma simples hipótese. Como propões AZAMBUJA (2008, p. 265), “na prática, os exemplos que se costumam citar nada provam, porque provam demais”.

O que a história e o bom senso demonstram é que os povos, ao tratar de seus interesses, não tem errado mais nem acertado menos do que têm errado e acertado os maiores estadistas ao cuidar dos interesses do povo. Tanto uns quanto outros cometeram equívocos e acertos. Para AZAMBUJA (2008, 266), “se se fosse julgar pelos erros cometidos e pela possibilidade de cometê-los, nenhum homem e nenhum povo poderia governar.”

¹³² “Tudo isso gerou a crise do Estado Democrático, levando os mais pessimistas à conclusão de que a democracia é utópica, porque na prática encontra obstáculos intransponíveis, emaranhando-se em conflitos insuperáveis. O povo, julgado incapaz de uma participação consciente, deveria ser afastado das decisões, ficando estas a cargo de indivíduos mais preparados, capazes de escolher racionalmente o que mais convém ao povo. A liberdade considera um mal, porque é fonte de abusos, deveria portanto ser restringida, a bem da ordem e da paz social. A igualdade, por sua vez, não poderia ser aceita, pois os governantes, que sabem mais do que o povo e trabalham para ele, devem gozar de todos os privilégios, como reconhecimento por seus méritos e sua dedicação.” (DALLARI, 2012, p. 302).

Em face da noção de povo não encontrar convergência suficiente para ser mantida como a fonte da vontade democrática, um novo paradigma emerge, uma vinculação da democracia à cidadania, ou seja, o poder não emana do povo, mas da cidadania e dos cidadãos, indivíduos que povoam o Estado e lhe legitimam o poder, apresentando-se como pessoas livres e conscientizadas sobre seus direitos fundamentais e deveres como integrantes de uma sociedade, cidadãos que não representam “massas” ou “indivíduos isolados”, mas pessoas ativas no processo de construção democrática¹³³.

3.3. A redemocratização brasileira.

Somente no período republicano, a sociedade brasileira finalmente conhece o sistema democrático, ou ao menos, seus ideais liberais. Dentro do ministério formado pelo governo provisório presidido pelo marechal Deodoro da Fonseca, recém-proclamada a república, houve embates entre a ala democrática, onde se destacava o vice-chefe do governo e ministro da Fazenda Rui Barbosa, e os partidários da “ditadura sociocrática” de inspiração comtista. Em verdade, o maior interesse à época era a consolidação da república e a formação de um estado federativo. Contudo, a constituição de 1891 representou substancial avanço, relacionando alguns direitos e prevendo a representação de minorias, como exemplo, o “sufrágio universal masculino” em contraste ao governo imperial, no qual o direito político estava condicionado à renda do “cidadão”.

Mas a tônica da República-Velha brasileira (1898-1930) foi a constituição de forças nacionais em um novo sistema, uma república federalista e presidencialista. A democracia era apenas um adorno nas cartas constitucionais. O espírito antidemocrático era forte, como a doutrina aristocrática formulada por Campos Sales de que a política deve ser privilégio de uma minoria e as grandes deliberações levam o país a agitações e ao aproveitamento da situação por um grupo menos capaz. Essa doutrina gerou o

¹³³ “A democracia moderna repousa na soberania não do povo, mas dos cidadãos. O povo é uma abstração, que foi frequentemente utilizada para encobrir realidades muito diversas. Foi dito que depois do nazismo a palavra *Volk* tornou-se impronunciável. E quem não se lembra que o órgão oficial do regime fascista se chama *Il Popolo d'Italia*? Não gostaria de ser mal-entendido, mas até mesmo a palavra *people*, depois do abuso que dela se fez durante a Revolução Francesa, tornou-se suspeita: o povo de Paris derruba a Bastilha, promove os massacres de setembro, julga e executa o rei. Mas o que esse ‘povo’ tem a ver com os cidadãos de uma democracia contemporânea?” (BOBBIO, 2004, p. 109).

elitismo dos representantes federais e sua dominação sobre o presidente da república, um governo mantido com as forças regionais oligárquicas sustentadas no “coronelismo”¹³⁴. (SILVA, José Afonso, 2011, p. 78-79).

Em 1930 irrompe a revolução em face da República-Velha, subindo Getúlio Vargas ao poder como líder civil. Desde logo Getúlio se inclina para a questão social, mas também para a derrubada das forças oligárquicas e coronelistas. Em 1937 é adotada a Constituição do Estado-Novo, com influências da Constituição de *Weimar*. Apesar das fortes renovações no setor laboral, essa Constituição não teve aplicação adequada. Para SILVA (José Afonso, 2011, p. 83), muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta, houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo. Vinte uma emendas sofre essa Constituição, que a alteravam ao sabor das necessidades, conveniências e caprichos do momento e do chefe do governo.

A democratização brasileira ganhou forças com o fim do Estado-Novo e com o esvaziamento da ditadura de Vargas. Diversos partidos de viés nacionalista extremado e até totalitaristas foram derrubados pelos movimentos de democratização e constitucionalização do cenário internacional e após o fim da 2ª Guerra Mundial. Apesar de democrática, a Constituição de 1946 não foi elaborada de forma organizada e bem discutida, espelhando-se nas constituições brasileiras anteriores. Voltar-se às fontes formais do passado, como afirma SILVA (José Afonso, 2011, p. 85) “constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, não conseguindo realizar-se plenamente”. Não por menos que Getúlio Vargas, antes ditador, reassumiu o poder de forma democrática representativa.

No cenário político e econômico internacional, durante a década de 50, as mudanças no capitalismo internacional levaram a um investimento maior no processo de industrialização dos países periféricos. O modelo nacionalista e desenvolvimentista

¹³⁴ “O fenômeno do coronelismo tem suas próprias leis e funciona na base da coerção da força e da lei oral, bem como de favores e obrigações. [...] O coronelismo fora o poder real e efetivo, a relação de forças dos coronéis elegia os governadores, os deputados e os senadores. (SILVA, José Afonso. 2011, p. 80).

se esgotava e acabaria por ceder lugar ao desenvolvimento associado. Na América Latina, as lutas por reforma e a instabilidade aumentavam. O movimento camponês renascia, com novas pressões por reforma agrária. Ampliavam-se o descontentamento social e os movimentos pela democracia e contra as ditaduras. Chegava ao fim o modelo de aliança populista: suicídio de Vargas e queda de Perón. (SANTOS, Ana Maria. 2005, p. 69).

Já na década de 60, a necessidade de capital externo, para dar continuidade ao processo de desenvolvimento industrial, levava a um novo modelo econômico que não podia mais incorporar o aumento das reivindicações operárias, tornando-se difícil manter o sistema representativo por razão da eclosão de focos revolucionários. Para alcançar o desenvolvimento com segurança e ordem, ou seja, sem tensões sociais, os militares são chamados novamente à cena. (SANTOS, Ana Maria. 2005, p. 70).

Invariavelmente, nos governos presidenciais posteriores à Vargas, permanentes ou temporários – Café Filho, Carlos Luz, General Teixeira Lott, Nereu Ramos, Juscelino Kubitschek de Oliveira, Jânio Quadros, João Goulart, sucederam-se crises políticas e conflitos constitucionais de poderes. Nesse contexto, o Golpe Militar já era “carta marcada”, concretizando-se ao 1º de abril de 1964.

Após duas décadas no poder, a sociedade brasileira percebeu que o regime ditatorial instaurado em 1964 estava em esgotamento. Em 1968, as revoltas dos movimentos estudantis já tinham provocados fissuras na estrutura da ditadura militar, o que levou a ocorrer um *golpe dentro do golpe*, pois representantes da mais extrema direita viram-se impelidos a tomar o poder e desencadearam um período violento e cruel contra os direitos humanos e fundamentais¹³⁵.

¹³⁵ “Os gritos das vítimas das torturas certamente ainda são ouvidas pelos sobreviventes. De um lado, estavam adversários do regime ou, seguindo o padrão das ditaduras da época, parentes dos procurados pela polícia, amigos e, em alguns casos, até vizinhos, sócias e homônimos. Havia, ainda, os supostos inimigos pegos ao acaso, como uma professora que dissesse em classe algo contra as autoridades do momento. Um aluno comentava com o pai, que, por sua vez, levava a informação a alguém ligado ao aparelho de segurança da ditadura. Era o bastante. Foi assim que muitos foram parar nos cárceres. Sem nunca terem militado, lido Marx ou pego em armas. Apenas por uma crítica banal. [...] O regime instalado em 1º de abril de 1964, após o golpe militar que derrubou o governo eleito de João Goulart, o Jango, anunciava ter vindo para salvar a democracia. O movimento se propunha a evitar a implantação de um regime comunista. Instalava-se uma ditadura para impedir a chegada de outra ditadura. E essa não seria a única grande contradição daqueles tempos. Os dados levantados por grupos de defesa dos direitos humanos falam em 272 mortos, centenas de torturados e desaparecidos. Mas os números jamais vão

Com dificuldades na gestão do país, principalmente no âmbito econômico-financeiro, os próprios militares preparavam o retorno ao regime democrático desde a distensão lenta e gradual do governo Geisel, a anistia política, o processo de abertura do governo Figueiredo e a eleição indireta de Tancredo Neves e José Sarney pelo Congresso Nacional para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República¹³⁶.

As forças oposicionistas conseguiram obter seguidas vitórias nas eleições realizadas e mobilizar a opinião pública e as forças da sociedade civil para o processo de redemocratização do Estado brasileiro, movimento que passou a ser conhecido como “Diretas Já”. A capacidade de negociação dos líderes oposicionistas e a existência de divergências no partido de sustentação do governo contribuíram para a vitória das forças democráticas na eleição indireta realizada pelo Congresso Nacional para a escolha do Presidente da República. Pela Emenda nº 26 à Constituição de 1967, encaminhada pelo Presidente José Sarney ao Congresso Nacional, em 1985, foi convocada uma nova “Assembleia Nacional Constituinte”. Foram eleitos Senadores e Deputados, em 1986, com a missão de elaboração da atual Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988. Nasce a *Constituição Cidadã*, na feliz expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em razão de ser amplamente voltada para a defesa dos direitos dos cidadãos.

A Constituição Brasileira de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. Com ela, os direitos humanos ganham relevância

refletir a tristeza e a dor das vítimas e de seus parentes e amigos. Inicialmente repressiva no campo político, a ditadura instaurada em 1964 logo adotou as piores práticas dos regimes habituados a violar sistematicamente os direitos humanos. (TAQUARI, 2012, p. 323-324).

¹³⁶ “Após o longo período de vinte e um anos de regime militar ditatorial que perdurou de 1964 a 1985 no País, deflagrou-se o processo de democratização no Brasil. Ainda que esse processo se tenha iniciado, originariamente, pela liberalização política do próprio regime autoritário – em face de dificuldades em solucionar problemas internos -, as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas. A transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social. Tal processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional – nascia assim a Constituição de outubro de 1988.” (PIOVESAN, 2008, p. 25).

nunca antes vista, pois a Carta de 1988 é o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos e fundamentais adotado no Brasil¹³⁷.

Àqueles que desacreditam na evolução do mero sujeito adstrito à subordinação estatal, como era no período ditatorial brasileiro e em outros países da América Latina, para o ser humano como cidadão das renovações democráticas neste continente, os dados históricos demonstram o total desrespeito e violação aos princípios mais fundamentais da pessoa humana cometidos pelos governos totalitários. O período ditatorial brasileiro é um claro exemplo de utilização da fachada populista-democrática para legitimar um governo totalitarista arendtiano dissociado da vontade do “povo”.

Entretanto, a maior dificuldade para a concretização democrática brasileira encontra-se arraigada historicamente na cultura social deste país. Desde a independência em relação ao colonialismo lusitano, o Brasil desenvolveu uma sociedade regida pelas ideias latinas de que há duas esferas de atuação político-jurídica na consolidação de um Estado: a pública e a privada.

Como apresenta WOLKMER (1999, p.116), a conclusão que se pode extrair da evolução do Direito Público, caracterizado, nessa reflexão, basicamente pelas principais constituições do Brasil, é que ele foi marcado ideologicamente por uma doutrina de “nítido perfil liberal-conservador, calcada numa lógica de ação atravessada por temas muito relevantes para as elites hegemônicas, tais como *conciliação* e *reformismo*”.

O processo histórico nacional evidencia que as instâncias do Direito Público jamais foram resultantes de uma sociedade democrática e de uma cidadania participativa, pois a evolução destas foi fragmentária,

¹³⁷“A consolidação das liberdades fundamentais e das instituições democráticas no País, por sua vez, muda substancialmente a política brasileira de direitos humanos, possibilitando um progresso significativo no reconhecimento de obrigações internacionais nesse âmbito [...] No caso brasileiro, as relevantes transformações internas tiveram acentuada repercussão no plano internacional. Vale dizer, o equacionamento dos direitos humanos no âmbito da ordem jurídica interna serviu como medida de reforço para que a questão dos direitos humanos se impusesse como tema fundamental na agenda internacional do País. Por sua vez, as repercussões decorrentes dessa nova agenda internacional provocaram mudanças no plano interno e no próprio ordenamento jurídico do Estado brasileiro. Como observa Antônio Augusto Cançado Trindade, essas transformações têm gerado um novo constitucionalismo, bem como uma abertura à internacionalização da proteção dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2008, p. 26).

ambígua e individualista, além de permanecerem sujeitas a constantes rupturas, escamoteamentos e desvios institucionais. Em suma, a falta de tradição verdadeiramente democrática nos liames do que se convencionou chamar de ‘liberalismo burguês’ fez com que inexistisse - na evolução das instituições do país - a consolidação e a constância de um Constitucionalismo de base popular-burguesa, pois, tanto o político quanto o social foram sempre construções momentâneas e inacabadas das oligarquias agrárias. Como já se assinalou em outro contexto, o Constitucionalismo brasileiro nunca deixou de ser o contínuo produto da ‘conciliação-compromisso’ entre o patrimonialismo autoritário modernizante e o liberalismo burguês conservador.” (WOLKMER, 1999, p. 116).

Por outro lado, o direito privado no Brasil remonta-se, em principal, aos conflitos sobre a posse, o uso e a distribuição da terra, pois o panorama nacional sempre foi desenvolvido a partir de uma estrutura agrária, de privilégios e injustiças, assentada na dominação política autoritária e clientelística, nos intentos capitalistas especulativos e discriminadores, e na produção de legalidade oficial comprometida com os interesses das tradicionais elites agrárias. Com efeito, todo fundamento desse modelo jurídico liberal-conservador, montado no início do século para assegurar e proteger os interesses da oligarquia rural, veio privilegiar, de modo exclusivo, inatacável e absoluto, o Direito Individual de propriedade.” (WOLKMER, 1999, p. 124-125).

Essas duas esferas vistas de modo distinto, e até antagônicos, essa contraposição intangível entre público e privado no Brasil continuou viva até, teoricamente, a promulgação da Constituição Democrática de 1988, quando se tentou superar a divisão clássica da sociedade por meio da classificação dos direitos fundamentais, não mais em públicos e privados, mas em individuais e coletivos. A superação da esfera público-privada é imprescindível para a concretização plena dos direitos e garantias fundamentais, individuais, coletivos e difusos.

O que assombra, nestes tempos atuais, é ouvir defensores do retorno ao regime ditatorial, num rompante antidemocrático, pois a democracia, dizem, é permissiva perante a corrupção interna instaurada em quase todas as instâncias de governo. Como se a corrupção humana tivesse sido inventada pela democracia. Ora, os governos ditatoriais foram exímios profissionais na ocultação de informações e controle

direto sobre os meios de comunicação brasileiros. Afinal, o totalitarismo empodera-se na formação da opinião pública ilusória.¹³⁸

Não há dúvida que no Brasil a democracia ainda esbarra em certas práticas de cunho eticamente duvidosas, como os modelos de autoritarismo social travestidos de poder hierárquico, ou os casos de clientelismo e nepotismo nas esferas públicas do governo. O sentimento de impunidade nutre a chama da fogueira na qual se quer queimar o Estado Democrático. Mas, em verdade, com apenas 25 anos de Constituição Democrática, a fase é de fundações, momento crucial para a recompostura ética do sensato e do justo, evitando-se a construção de um regime fadado a ruir. Busca-se atingir uma cidadania que construa a democracia, edificando-o de forma esclarecida e inclusiva para a sociedade.

Essa visualização dos potenciais políticos democráticos da cidadania no Brasil contemporâneo é essencial para a renovação de valores e práticas políticas e para a ruptura com paradigmas liberais. Para ANDRADE (1998, p. 126), deve-se inverter a

¹³⁸ “Em junho de 1968, no Rio de Janeiro, um grupo de oficiais da Aeronáutica, chefiados pelo brigadeiro João Paulo Burnier, planejou um ato terrorista que ficaria conhecido como o Caso Para-SAR (nome de um grupo de elite da Aeronautica especializado em operações de resgate). O plano consistia em explodir o gasômetro do Rio de Janeiro, o que poderia provocar a morte de milhares de pessoas, além do pânico na cidade. O atentado seria atribuído à esquerda, para mostrar como era ‘importante’ o trabalho dos militares que ‘combatiam o comunismo’. Na lógica do absurdo daquele grupo, eles iam promover uma matança para ‘provar’ como era necessário manter a linha dura. O plano só não foi adiante graças à coragem de um homem, o capitão Sergio Miranda de Carvalho (conhecido pelo apelido de ‘Sergio Macaco’), que ameaçou denunciar Burnier e os demais envolvidos na conspiração. O capitão Sérgio pagou caro pela iniciativa de conter aquele bando de desatinados. Foi afastado da Aeronáutica, tachado de louco e teve sua carreira militar interrompida. (TAQUARI, 2012, p. 338).

Noutro caso, “censores retiraram da edição de 26 de julho de 1974 de *O Estado de S. Paulo* reportagem sobre uma epidemia de meningite que, até aquela data, já havia provocado a morte de 200 pessoas. Em seguida, a Polícia Federal proibiu a divulgação de notícias sobre meningite em todo o país. Para esconder a precariedade do sistema preventivo, o governo colocava em risco a saúde da população, que, desinformada, ficava mais exposta aos riscos. Os mesmos agentes do obscurantismo cuidavam de proteger policiais denunciados por torturas, casos de corrupções envolvendo integrantes do regime militar e até acusados de crimes de estupro e assassinato. Em setembro de 1973, um crime chocou a opinião pública. Uma menina de sete anos, Ana Lídia, foi encontrada morta, em Brasília, com sinais de violência sexual. Além de costelas quebradas e marcas de tortura espalhadas por todo o corpo, o laudo apontava as causas da morte: ‘Asfixia por sufocação, lesões vaginais e retais e sevícias posteriores.’ A imprensa só conseguiu cobrir o fato nos primeiros dias. Quando surgiram os nomes dos suspeitos de terem cometido o assassinato, a censura proibiu todo o noticiário a respeito. Os suspeitos eram Alfredo Buzaid Jr., filho do ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, e Eurico Rezende Filho, filho do governador Eurico Rezende, ex-líder do governo no Senado e mais tarde governador biônico do Espírito Santo. O caso, nunca esclarecido, foi arquivado. Da mesma forma, o governo mobilizou sua máquina para proteger o delegado Sergio Fleury. Além de expoente da repressão política em São Paulo, Fleury era acusado de chefiar um esquadrão da morte formado por policiais que se confundiam com bandidos e estavam habituados a matar impunemente.” (TAQUARI, 2012, p. 343-344).

ideia da cidadania moldada pela democracia (representativa) para a cidadania moldando a democracia (possível e sem fim); da cidadania instituída pela democracia para a cidadania instituinte da democracia. Trata-se, pois, de pensar as condições de possibilidade da democracia no Brasil a partir das exigências que as diferentes lutas pela cidadania expressam e demandam.

3.4. A estreita vinculação entre democracia e liberdade de expressão.

Entre os diversos direitos fundamentais que são reconhecidos pelo Estado Democrático de Direito, optou-se, nesta pesquisa, pelo estudo de uma das liberdades humanas, a de pensamento e expressão, pois considerada essencial para o exercício da cidadania.

O pensamento, tanto sob a ótica filosófica¹³⁹ quanto biológica¹⁴⁰, é inato ao ser humano, sendo condicionante do reconhecimento *em-si*, de sua autonomia de vontade e de sua capacidade, por meio da expressão, em integrar ativamente a coletividade e ser sujeito de direitos e obrigações, bem como agente de transformações sociais. Entre essas transformações sociais, destaca-se uma que repercute sobre todas as sociedades atuais, em principal sobre a remodelação dos Estados contemporâneos, o sistema político-jurídico da democracia e de sua íntima relação com a proteção e promoção dos direitos fundamentais, em especial, do direito à liberdade de pensamento e expressão. Para MEYER-PFLUG (2009, p. 126), “a liberdade de expressão compartilha com o direito à vida a natureza de direitos pressupostos para o exercício dos demais direitos, uma espécie de *pré-direitos*”.

¹³⁹ “Eu sou, eu existo; isso é certo; mas por quanto tempo? A saber, por todo o tempo em que eu penso; pois poderia ocorrer que, se eu deixasse de pensar, eu deixaria ao mesmo tempo de ser ou de existir. Agora eu nada admito que não seja necessariamente verdadeiro: portanto, eu não sou, precisamente falando, senão uma coisa que pensa [...] (Descartes, *Segunda meditação*, 1641)” (DALGALARRONDO, 2000, p. 124).

¹⁴⁰ “Devem-se inicialmente distinguir os *elementos constitutivos do pensamento* que, segundo a tradição aristotélica, são *o conceito, o juízo e o raciocínio*, das diferentes dimensões do *processo de pensar*, delimitadas como *curso, forma e conteúdo* do pensamento. Sem entrar em questões filosóficas mais amplas, pode-se, didaticamente, afirmar que o pensamento se constitui a partir de elementos sensoriais, que, embora não sejam propriamente intelectivos, podem fornecer substrato para o processo de pensar: são as imagens perceptivas e as representações.” (DALGALARRONDO, 2000, p. 124).

A liberdade de expressão engloba a exteriorização do pensamento, ideias, opinião, convicções, bem como de sensações e sentimentos em suas mais variadas formas, como atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação, ou seja, é o respeito à expressão e qualquer *concepção intelectual*. MEYER-PFLUG (2009, p. 66).

Há um consenso atual da literatura especializada de que os fundamentos necessários para a liberdade de pensamento e expressão são: a) assegurar a satisfação individual; b) meio para alcançar a verdade; c) método de participação dos membros da sociedade na criação de decisões sociais e políticas; d) instrumento de manutenção da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade. (CHEQUER, 2011, p 18). Esses fundamentos são particulares categorizações da liberdade de expressão, mas, de forma ampla, liberdade de pensamento e expressão é direito fundamental, portanto, conquista histórica e com validade filosófica e jurídica.

A liberdade de pensamento e de expressão está prevista no artigo 5º, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Mas quais os motivos da Assembléia Nacional Constituinte brasileira ter dado ênfase na proteção desse direito? Ademais, tratando-se de desmitificar a falácia de uma isolada (pseudodivina) construção espontânea dos legisladores nacionais, a normatização constitucional brasileira encontrou amparo em quais pactos internacionais para consolidar a liberdade de pensamento e de expressão como direito fundamental?

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 propôs em seu artigo 11 que “a livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode pois falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelo abuso dessa liberdade nos caso determinados pela lei.” Nesse mesmo ano, nos EUA, durante a primeira legislatura do Congresso, James Madison, convertido por Jefferson à necessidade de se aprovar uma declaração de direitos fundamentais no plano federal, apresentou sua proposta de emenda constitucional aditiva, a qual, após várias alterações, acabou sendo aprovada pelas duas Casas Legislativas em 25 de setembro. Doze artigos, cada qual considerado uma emenda distinta, foram enviados à ratificação, que se completou em 1791. No artigo primeiro, conhecido como “primeira emenda”, dispôs-se que “o Congresso não editará

lei instituindo uma religião, ou proibindo o seu exercício; nem restringirá a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito de o povo reunir-se pacificamente, ou o de petição ao governo para a correção de injustiças.” (COMPARATO, 2003, p. 118-121).

Os artigos XVIII, XIX e XX da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, estampam que “todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente; que todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão e que este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras; e que todo homem tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas, sendo que ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação”.

Em consonância à DUDH, nos artigos 18 e 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos preconizou-se que “toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião e que esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino; que ninguém poderá ser molestado por suas opiniões; que toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha; que o exercício do direito à liberdade de expressão implicará deveres e responsabilidades especiais e, conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.”

Em abordagem filosófica a partir do iluminismo, Voltaire apresenta, em seu “Dicionário Filosófico”, um diálogo entre milorde Boldmind, declarado pela Inglaterra

como Rei da Espanha e protetor de Portugal, após os britânicos vencerem a Batalha de Saragoça em 1707, e o Conde Medroso, um familiar da Inquisição:

Boldmind: Somente a vós compete aprender a pensar. Porque nasceste com espírito. Vede que sois uma ave na gaiola da Inquisição. O Santo Ofício aparou-vos as asas mas elas podem voltar a crescer. Quem não sabe geometria, pode aprendê-la. Qualquer homem pode instruir-se. Vergonhoso é que se deposite a alma nas mãos daqueles aos quais não se confiaria o dinheiro. Deveis ter ousadia de pensar por vós mesmo. **Medroso:** Dizem que se toda a gente pensasse por si, a confusão seria danosa. **Boldmind:** Pelo contrário. No momento em que assistimos a um espetáculo, cada qual dá livremente a sua opinião, e a paz não é perturbada. Porém, se algum insolente, protetor de alguma mau poeta, quiser forçar todas as pessoas de bom senso a considerar bom o que lhes parece mau, os dois partidos podem acabar alvejando-se com maças, como já aconteceu uma vez em Londres. Grande parte das desgraças do mundo foram causadas por esses tiranos. Na Inglaterra, só somos felizes desde que cada qual goze livremente do direito de exprimir a sua opinião. **Medroso:** Em Lisboa também nós estamos sossegados, pois ninguém pode exprimir a sua opinião. **Boldmind:** Sossegados porém não sois felizes. Desse modo é o sossego dos escravos das galés que remam em cadência e em silêncio. **Medroso:** Nesse contexto, julgais que minha alma está nas galés? **Boldmind:** Sim. E me apraz libertá-la. **Medroso:** E se acontecer todavia que eu me sinta bem nas galés? **Boldmind:** Nesse caso, é porque mereceis as galés. (VOLTAIRE, 2012, p. 354-356).

Voltaire jamais apreciara Rousseau em suas ideias de ‘volta à natureza’. Certa vez escreveu a Jean-Jacques, que lhe enviara seu livro *Discurso Sobre a Origem da Desigualdade*, na qual pregava a “volta ao estado natural”: “Acabei de receber seu último livro contra a espécie humana, e agradeço. Ninguém foi tão refinado quanto o senhor na tentativa de converter-nos em brutos. A leitura de seu livro produz o desejo de voltar a ficar de quatro. Como, entretanto, faz uns 60 anos que deixei de exercer tal prática, sinto que é impossível para mim voltar a ela”. Ainda assim, quando as autoridades suíças queimaram o livro de Rousseau, Voltaire defendeu-o, lançando seu famoso princípio: “Não concordo com uma só palavra do que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-lo.” (VOLTAIRE, in *Dados Biográficos*, 2012, p. 495).

Immanuel Kant aponta a liberdade de pensamento e expressão como essencial para a emancipação do ser, principalmente, em face da imposição estatal:

Opõe-se a liberdade de pensar, antes de mais nada, à coação civil. Indubitavelmente se ouve dizer: a liberdade de falar ou de escrever

pode nos ser tirada por um poder superior, mas esta não pode fazê-lo com a liberdade de pensar. Mas quanto e com que correção poderíamos pensar, se por assim dizer não pensássemos em conjunto com outros, a quem comunicamos nossos pensamentos, enquanto eles nos comunicam os seus! Portanto, com razão podemos dizer que esse poder exterior que aos homens retira a liberdade de comunicar publicamente seus pensamentos rouba-lhes também a liberdade de pensar, único tesouro que ainda nos resta apesar de todas as cargas civis, e graças ao qual só pode ainda ser produzido um remédio contra todos os males inerentes a essa situação. (KANT, 2005, p. 110-111).

Kant é partidário da ideia de progresso da humanidade, cujo processo seguiria a dialética, sendo, portanto, lento e contraditório. “Por ser dialético, fundamental a preservação da liberdade de opinião e de imprensa para que as diferentes opiniões possam se encontrar, alargando o debate público e propiciando melhores condições para tal progresso.” (CASTILHO, 2012, p. 135).

Mesmo contrapondo-se ao sistema ontoteológico de Kant, Nietzsche, em 1882, compartilhava a ideia da liberdade de expressão como liberdade humana a ser exercida com dignidade. Alertou sobre a mudança na forma de “pensar”, posta em risco pelo sistema cultural capitalista, liberalista, industrial e massificador:

A meditação perdeu toda dignidade de sua forma; ridicularizou-se o cerimonial e a atitude solene daquele que reflete e não se toleraria mais um homem sábio ao velho estilo. Pensamos depressa, pensamos pelo caminho, em plena marcha, no meio de negócios de toda espécie, mesmo quando se trate de pensar nas coisas mais sérias; basta-nos apenas um pouco de preparação e até mesmo pouco silêncio: - é como se nossa cabeça contivesse uma máquina em movimento constante, que continuasse trabalhando mesmo nas condições mais impróprias para o pensamento. (NIETZSCHE, 2013, p. 68).

Jürgen Habermas adota postura firme em relação à importância da liberdade de pensamento e expressão para a consolidação democrática. Para Habermas, a linguagem e a comunicação garantem a democracia, pois esta é a compreensão de interesses mútuos e do consenso. Não é por menos que há um valor ético a ser seguido no exercício da comunicação, a transmissão da verdade¹⁴¹.

¹⁴¹ “A saída, para o indivíduo, é sociabilizar-se, cooperar uns com os outros. E o melhor começo é pela comunicação. Esta é a tese da razão comunicativa, conceito básico na filosofia de Habermas. Uma tese que tem relação direta com a verdade universal. Habermas afirmam que o uso da linguagem pode ser validado, ou seja, não é distorcido, quando atende a quatro premissas, seja qual fora a pessoa que emite uma comunicação. A primeira delas seria ‘a comunicação é inteligível’, baseada em regras semânticas

A liberdade de expressão possibilita ao ser humano participar da formação comunicativa do poder, como exercício do *agir comunicativo* de Habermas, pelo qual a formação pública da opinião e da vontade, institucionalizada juridicamente, deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é essencial o princípio do discurso. Este princípio tem dois âmbitos: a) *sentido cognitivo* para filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos são de aceitabilidade racional; b) *sentido prático* para produzir relações de entendimento, isentas de violência, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. (HABERMAS, 2010, v. 1, p. 190-191).

Contemporâneo de Habermas, Niklas Luhmann, compartilha a ideia de comunicação com postura ética como a base de qualquer sistema social formado que queira manter-se em dinâmica transformação e adequação. Pela comunicação, os grupos podem ter aprendizado mútuo, alcançar consensos e implantar mudanças¹⁴².

Assim, proteção e promoção da liberdade de pensamento e expressão apresentam duas finalidades, uma de possibilitar o desenvolvimento das potencialidades do ser, evitando sua fossilização mental¹⁴³, outra para gerar a comunicação

que os interlocutores compreendem. A segunda ‘ser o conteúdo da comunicação verdadeiro’. O terceiro, ‘utilizar-se o emissor das normas sociais típicas do idioma’. Por fim, ‘ser ele sincero, não distorcendo a comunicação’. Portanto, a linguagem, para Habermas, serve como garantia da democracia - porque a democracia depende da compreensão de interesses mútuos e do consenso.” (CASTILHO, 2012, p. 267).

¹⁴² “O ponto central de seu pensamento é a comunicação. Para ele, todos os sistemas sociais constituem basicamente sistemas de comunicação que ultrapassam os limites da fala e da escuta e envolvem um universo complexo que inclui a mídia, a cultura e as relações sociais. A comunicação, em Luhmann, tal como no conceito da razão comunicativa de Habermas, confere unidade a um grupo social porque lhe dá sentido. Comunicando-se, o grupo consegue uma generalização simbólica importante para as suas definições de identidade e até de diferenciação. Comunicando-se, o grupo consegue implantar mudanças, através do aprendizado mútuo. Comunicando-se, enfim, o grupo pode alcançar o consenso. O positivismo jurídico dizia que o direito é representado pela lei, como regra geral e abstrata, mas, para Luhmann, a lei também é um sistema social.” (CASTILHO, 2012, p. 276).

¹⁴³ Numa sondagem transdisciplinar, apresenta-se a psiquiatria contemporânea: “Alguns autores de orientação fenomenológica e existencial propõem conceituar a doença mental como perda da liberdade existencial (Henry Ey, por exemplo). Desta forma, a saúde mental vincular-se-ia às possibilidades de transitar com graus distintos de liberdade sobre o mundo e sobre o próprio destino. A doença mental é constrangimento do ser, é fechamento, fossilização das possibilidades existenciais. Dentro desse espírito, o psiquiatra gaúcho Cyro Martins afirmava que a saúde mental poderia ser vista, até certo ponto, como a possibilidade de dispor de ‘senso de realidade, senso de humor e de um sentido poético perante a vida’, atributos esses que permitiriam ao indivíduo ‘relativizar’ os sofrimentos e limitações inerentes à condição

transformadora pelos grupos sociais. São duas finalidades essenciais para a construção democrática da atualidade. Denota-se que promover a liberdade de expressão é promover a democracia participativa, uma liberdade comunicativa racional, e promover o racional procedimento democrático é fundamentar a legitimidade do Estado Democrático de Direito.

Atualmente, se a comunicação é fundamental para a consolidação democrática, o fenômeno mundial da expansão dos meios tecnológicos da atualidade é a principal ferramenta para o desenvolvimento da cidadania democrática. Em contraponto ao título de “Era dos Extremos” de Eric Hobsbawm, alguns dizem que se vive, hoje, na *era da informação*¹⁴⁴. Uma era alavancada pelas inovações tecnológicas de comunicação e transporte. Mas essa “informação” merece, desde logo, um processo de filtragem para a adequada transmissão do saber emancipatório¹⁴⁵.

Com a expansão das comunicações praticamente instantâneas (rádio, televisão, cinema, rede mundial de computadores), a liberdade de expressão e de informação extrapolou o restrito contexto da individualidade, alcançando a esfera de interesse coletivo. De tal modo, se o direito de informação coletivizou-se, a propriedade e gestão dos meios de comunicação também deve ser ponto de debate no processo de cidadania democrática¹⁴⁶.

humana e, assim, desfrutar do resquício de liberdade e prazer que a existência nos oferece.” (DALGALARRONDO, 2000, p. 27).

¹⁴⁴ “O mundo de hoje, já foi dito, é o mundo da comunicação. Ainda não nos capacitamos plenamente do que ocorre com o impacto dos canais elétricos e eletrônicos sobre as estruturas sócias. Há 50 ou 60 anos, os homens se comunicavam de maneira lenta e intermitente. As notícias jamais eram abruptas, pois o espaço e o tempo separavam as cidades e as Nações. As notícias, mesmo as mais impressionantes, chegavam resfriadas para um homem que normalmente não participava, a não ser remotamente, dos acontecimentos. Hoje estamos imersos na informação.” (REALE, 1977, p. 156).

¹⁴⁵ “O direito à informação [...] está ligado à liberdade de opinião e expressão. Estas envolvem tanto uma neutralidade por parte dos outros – a liberdade negativa de não se ver molestado pelas suas opiniões – quanto a liberdade positiva de expressar publicamente suas ideias. Ambas, enquanto expressões do *sapere aude* kantiano, pressupõem uma informação exata e honesta como condição para o uso público da própria razão, que enseja a ilustração e a maioria dos homens. É por essa razão que a democracia, por obra do legado kantiano, tem como uma de suas notas constitutivas o princípio da publicidade e o da transparência na esfera do público.” (LAFER, 1999, p. 242).

¹⁴⁶ “Até a organização dos atuais meios de comunicação de massa, a liberdade de expressão limitava-se à parcela culta da população, que sabia ler e escrever. Era entre eles que se divulgavam os livros e as publicações periódicas (jornais e revistas). Não havia grandes empresas de edição. Nessas condições, a liberdade de expressão era efetivamente um direito individual. O advento dos meios de comunicação de massa - primeiro os veículos impressos, em seguida o rádio, o cinema e a televisão -, agora interligados

A organização dos meios de comunicação social merece especial atenção, pois se pleiteia uma sociedade autenticamente democrática. Cabe entender o modelo grego para tal celeuma. O debate público ateniense sobre questões de interesse coletivo nela ocupava um lugar central, e a *isegoria* ou a igualdade de palavra era escrupulosamente observada, qualquer que fosse a condição social do cidadão. Sucede que, em nossos dias, o espaço público de comunicação já não é a *agora* ateniense nem mesmo o Parlamento, como imaginou o constitucionalismo clássico, mas sim a imprensa, o rádio, a televisão, a *Internet*. Salvo esta última, os demais grandes veículos de comunicação, quando não monopolizados pelo Estado autocrático, acabaram sendo apropriados pela classe empresarial, para o serviço de seus interesses de classe. A democratização dos meios de comunicação de massa representa, pois, a condição *sine qua non* do efetivo exercício da soberania popular nos dias que correm. (COMPARATO, 2003, p. 545).

No tocante à *internet*, há que se reconhecer o uso intensivo desse meio de comunicação instantâneo por inúmeras associações não-governamentais que atuam política e socialmente com fins diversos para melhorar as condições de vida no planeta, sendo possível encontrar em seus *sites* desde estatutos até denúncias, bancos de dados,

numa rede telemática mundial com base em transmissões por via de satélites tornou obsoleta a antiga liberdade individual de expressão. Salvo o caso excepcional da rede *Internet*, a comunicação de massa é explorada e dominada pelo Estado ou por organizações empresariais, que moldam em grande parte a opinião pública no mundo todo. Criou-se, com isto, uma lamentável confusão entre a liberdade de expressão e a liberdade de empresa. A lógica da atividade empresarial, no sistema capitalista de produção, funda-se na lucratividade, não na defesa da pessoa humana. Uma organização econômica voltada à produção do lucro e sua ulterior partilha entre capitalistas e empresários não pode, pois, apresentar-se como titular de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. Ora, as disposições do artigo 19 do Pacto referem-se exclusivamente à liberdade de expressão, não à liberdade de exploração empresarial. Constitui, pois, uma aberração que os grandes conglomerados do setor de comunicação de massa invoquem esse direito fundamental à liberdade de expressão, para estabelecer um verdadeiro oligopólio nos mercados, de forma a exercer, com segurança, isto é, sem controle social ou popular, uma influência dominante sobre a opinião pública. Se, na atual sociedade de massas, a verdadeira liberdade de expressão só pode exercer-se através dos órgãos de comunicação social, é incongruente que estes continuem a ser explorados como bens de propriedade particular ou estatal, em proveito exclusivo de seus donos. Os veículos de expressão coletiva devem ser instrumentos de uso comum de todos. Na verdade, aqui, como em todos os outros campos dos direitos humanos, o avanço no sentido da humanização da vida social depende, hoje, muito mais da criação de mecanismos de realização ou de garantia dos direitos do que do enunciado de meras declarações. Felizmente, alguns institutos jurídicos novos têm surgido para garantia da liberdade de expressão. É o caso, por exemplo, do chamado ‘direito de antena’, no rádio e na televisão, já reconhecido na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição espanhola de 1978. Da mesma forma, institutos tradicionais, como o direito de resposta, podem e devem ser alargados para permitir a defesa do interesse público também por particulares. Em qualquer hipótese, a liberdade de expressão tende a tornar-se muito mais coletiva do que individual” (COMPARATO, 2003, p. 310-313).

listas de discussões e questionários para elaboração de pesquisa. Num tempo onde a luta contra qualquer tipo de discriminação ganhou amplas proporções, o uso de meios de comunicação interativos parece imprescindível. (ZENHA, 2005, p. 245).

Contudo, há uma séria condição para o exercício da liberdade de expressão e de informação, pois esta deve ser traduzida em liberdade de imprensa comprometida com a ética de um estado democrático efetivo, no qual a participação de todos tenha efeito¹⁴⁷. O controle legitimado pela propriedade dos meios de comunicação não pode ser maior que o controle legítimo e originário da soberania popular, ou melhor, da cidadania democrática. As informações e dados de relevância ao debate político autêntico devem chegar a todos de forma transparente e eficaz.

Sob o foco histórico internacional, diversos movimentos sociais do século XX estiverem arrimados ou lutando pela liberdade de pensamento e expressão, como o pronunciamento de Martin Luther King e a Marcha sobre Washington de 1963, os movimentos radicais de Malcom X e do *Black Power*, as revoltas estudantis do final da década de 60 (Paris, Praga, México e Berlim), as manifestações da contra-cultura do feminismo e amor livre dos *hippies*, as tentativas de resistir às ditaduras na América Latina, os protestos em países comunistas contra a violência do sistema totalitário, o combate ao regime do *apartheid* na África do Sul, entre outros.

No cenário brasileiro, os maiores exemplos de violação ao direito de expressão e informação foram legados pelo cenário ditatorial das décadas de 60 e 70 do século XX. O exercício da censura de forma arbitrária e centralizada demonstrou que o totalitarismo estatal percebera e estava atacando o centro nevrálgico da renovação democrática, a liberdade de expressão e informação adequada¹⁴⁸.

¹⁴⁷“A transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes. Para dar apenas alguns exemplos, lembro que a crescente quantidade e intensidade das informações a que o homem de hoje está submetido faz surgir, com força cada vez maior, a necessidade de não se ser enganado, excitado ou perturbado por uma propaganda maciça e deformadora; começa a se esboçar, contra o direito de expressar as próprias opiniões, o direito à verdade das informações.” (BOBBIO, 2004, p. 33).

¹⁴⁸ “Em São Paulo, um grupo autodenominado Comando de Caça aos Comunistas (CCC), formado por estudantes de universidades particulares, com apoio da polícia, passou a ameaçar e agredir opositores do regime. Em 18 de julho de 1968, militantes do CCC invadiram o Teatro Ruth Escobar, em São Paulo, e

Não é por menos que a Constituição Brasileira de 1988 tratou de assegurar em diversos dispositivos a liberdade de pensar, expressar e difundir informações para a consolidação da democracia nacional. A CR/88 protege expressamente a liberdade de consciência (foro íntimo, indevassável e absoluto) e seus desdobramentos em liberdade de crença e liberdade de consciência¹⁴⁹; a liberdade de exteriorização de pensamento e seus desdobramentos em liberdade de culto, liberdade de informação jornalística, liberdade de cátedra, liberdade científica, liberdade artística.

A Constituição assegura ampla liberdade na produção da arte, nas suas mais variadas formas: literatura, música, teatro, cinema, televisão, fotografia, artes plásticas etc. Determinadas expressões artísticas, como artes plásticas, literária e musical gozam de ampla liberdade, não estando sujeitas a qualquer restrição por parte do Estado. Contudo, nas expressões artísticas feitas pelos veículos de comunicação social (imprensa, rádio e televisão) ou de forma pública (cinemas, teatros, casa de espetáculos), que atingem pessoas indeterminadas, a Constituição admite certas formas de controle. Tratando-se de diversões e espetáculos públicos, o Poder Público poderá estabelecer faixas etárias recomendadas, locais e horários para a apresentação. Ao mesmo tempo, lei federal deverá estabelecer meios para que qualquer pessoa ou família possa defender-se de programações de rádio e televisão que atentem contra os valores éticos vigentes (art. 220, §3º, I e II, CR/88).

agrediram os atores da peça *Roda Viva*, de Chico Buarque. Em 12 de outubro de 1968, a polícia prendeu 1.200 estudantes que participavam do 30º Congresso da União Nacional dos Estudantes (UNE), no município de Ibiúna, em São Paulo. O clima de tensão se espalhava pelo país e iria levar a um mergulho ainda mais fundo no radicalismo. A data de 13 de dezembro de 1968 marcou o calendário nacional como uma das mais tristes na história do país. Nesse dia, Costa e Silva assinou o Ato Institucional nº 5, que fechou o Congresso Nacional e reduziu os já escassos direitos individuais, proibindo até a concessão de *habeas corpus* em casos considerados crimes políticos. A decisão ocorreu na sequência de uma série de atos de contestação ao regime, principalmente um discurso do então deputado Marcio Moreira Alves. A Câmara dos Deputados se recusou a conceder autorização para que ele fosse processado pelo teor do pronunciamento, em que criticava os militares, e esse fato foi utilizado como pretexto. O AI-5 também apertou a censura à imprensa. Um editorial publicado por *O Estado de S. Paulo*, em 13 de dezembro de 1968, intitulado 'Instituições em frangalhos' entrou para a história do jornalismo no país, ao reagir duramente contra a ditadura e defender a volta ao estado de direito. Por causa do editorial, a edição foi apreendida. A primeira edição de *Veja* após o AI-5, de 18 de dezembro de 1968, que continha uma reportagem sobre o ato, também foi apreendida. Depois do AI-5, jornais e revistas passaram a conviver com a censura diariamente." (TAQUARI, 2012, p. 338-339).

¹⁴⁹ A liberdade de crença é a liberdade de pensamento de foro íntimo em questões de natureza religiosa (CF, art. 5º, VI). A liberdade de consciência em sentido estrito é a liberdade de pensamento de foro íntimo em questões não religiosas. Trata-se de convicções de ordem ideológica ou filosófica.

Há proteção direta à ampla liberdade religiosa, assegurando-se o direito de assistência religiosa, objeção de consciência, ensino religioso facultativo nas escolas públicas de ensino fundamental (art. 210, §1º, CR/88) e reconhecimento da validade do casamento religioso para efeitos civis (art. 226, §2º). O direito de assistência religiosa é assegurado, nos termos da lei, em entidades civis e militares de internação coletiva, como quartéis, internatos, estabelecimentos penais e manicômios (art. 5º, VII). A objeção ou escusa de consciência consiste no direito de não prestar o serviço militar obrigatório ou qualquer outra obrigação legal a todos imposta por motivo de crença religiosa, filosófica ou política.

Ademais, o direito de informação contém um tríplice alcance: o direito de informar, o de se informar e o de ser informado. A Constituição, em diversos incisos do art. 5º, tutela o direito de informação. No inciso XIV, estabelece que “é assegurado a todos o acesso à informação”. No inciso XXXIII, complementa que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular”. Finalmente, em caso de violação desse direito, a Constituição criou o *habeas data*, uma ação constitucional para proteger os indivíduos de banco de dados públicos ou abertos ao público, com dupla finalidade: conhecimento do conteúdo das informações e concessão da possibilidade de retificação (art. 5º, LXXII, CR/88).

Por fim, a Constituição assegura a “plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”. Trata-se de um direito de conteúdo mais abrangente que o tradicional conceito de liberdade de imprensa, que assegura o direito de veiculação de impressos sem qualquer restrição por parte do Estado. A liberdade de informação jornalística compreende o direito de informar, bem como o do cidadão de ser devidamente informado. Qualquer legislação infraconstitucional que constitua embaraço à atividade jornalística, por expressa disposição de nossa Constituição, deve ser declarada inconstitucional (CR/88, art. 220, §1º). A liberdade de informação jornalística deve ser exercida de forma compatível com a tela constitucional da intimidade e da honra das pessoas, evitando situações de abuso ao direito de informação previsto na Constituição¹⁵⁰.

¹⁵⁰ “A positivação de um direito humano [...] não elimina, e por vezes exacerba, os problemas práticos de sua tutela. É o que ocorre quando surgem situações por força das quais distintos direitos humanos podem ser vistos não apenas como complementares, mas também como contraditórios. É isto o que sucede com o

Com a liberdade de expressão como pano de fundo, hoje estão abertos debates nas comunidades científica e política concernentes a outros temas complexos e delicados: a) sobre os “crimes de opinião”¹⁵¹; b) sobre o “discurso do ódio”¹⁵²; c) sobre vedação de censura; d) sobre limitações às reuniões e associações; e) sobre conflitos com outros direitos fundamentais. As referidas celeumas, apesar de merecerem, não serão alvos de aprofundamento nesta pesquisa por respeito aos limites de extensão de um trabalho conclusivo de mestrado.

A democracia contemporânea, por força da dinâmica social de velocidade pós-globalizada – *explosão de informações*¹⁵³, é regime político que necessita de proteção aos direitos fundamentais, principalmente o direito de manifestação de pensamento em suas duas dimensões: a substancial e a instrumental. Soma-se a necessidade de publicidade e ampliação do espaço público de debate, com ênfase na *recompostura ética* e declínio das *oligarquias concorrenciais*¹⁵⁴ e das *elites do poder*¹⁵⁵,

direito à intimidade, que frequentemente se choca com o direito à informação e com a prática dele derivada do jornalismo de investigação, que tem sido considerado um ingrediente importante da liberdade de imprensa. O direito à informação, que no Direito das Gentes, como o direito à intimidade, tem como objeto a integridade moral do ser humano, é precipuamente uma liberdade democrática, destinada a permitir uma adequada, autônoma e igualitária participação dos indivíduos na esfera pública.” (LAFER, 1999, p. 241).

¹⁵¹ “A doutrina considera crimes de opinião aqueles em que há um uso abusivo da liberdade de pensamento, seja pela palavra, imprensa, ou qualquer meio de transmissão. Mas merecem análise as manifestações cuja tipificação como crime entendemos inconstitucional, por ausência de qualquer dano ou perigo concreto de dano a um bem jurídico” (SILVA, Alexandre Assunção e. 2012, p. 83).

¹⁵² “O discurso do ódio se apresenta como um dos grandes desafios a ser enfrentado pelo direito constitucional contemporâneo, na exata medida em que questiona os fundamentos e os limites do Estado Democrático de Direito. Ele suscita o conflito de direitos fundamentais que se constituem na própria estrutura das sociedades democráticas, pois testa a abrangência e a extensão da proteção conferida à liberdade de expressão, à dignidade da pessoa humana, aos direitos das minorias e a vedação à prática do racismo. [...] consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias.” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 23 e 97).

¹⁵³ “[...] a sensação da aceleração dos tempos pertence à geração nascida na era tecnológica, para a qual a passagem de uma fase à outra do progresso técnico, que antigamente demorava séculos, depois décadas, agora demora poucos anos. [...] O tempo vivido não é o tempo real: algumas vezes pode ser mais rápido; algumas vezes mais lento. As transformações que vivenciamos nos últimos tempos [...] suscitam em nós o dúplice estado de espírito do encurtamento e da aceleração dos tempos. [...] Quanto mais a nossa memória afunda em um passado remoto que continua a se alongar, mais a nossa imaginação se inflama com a ideia de uma corrida sempre mais rápida em direção ao fim. É um pouco o estado de espírito do velho, que conheço bem: para ele, o passado é tudo; o futuro, nada.” (BOBBIO, 2004, p. 211).

¹⁵⁴ Robert Dahl constata a ocorrência da transição democrática da Hierarquia Fechada (inexistência de disputa pelo poder) para a Oligarquia Competitiva (certo poder disputado em certo espaço). Entretanto,

por meio da difusão da informação de interesse público, a qual deve ser facilitada e protegida. Portanto, para estar preparado para o novo, para constantemente remodelar-se, o sistema democrático prima pela proteção e promoção da liberdade de pensamento, expressão e informação, tornando possível a construção e consolidação de uma *democracia humanizada e racionalmente justa*. A expressão de apenas um indivíduo é capaz de modificar outras opiniões e conceitos, então, todas as vozes individuais devem igualmente ser ouvidas.

Para DAHL (2001, p. 110), “sem a liberdade de expressão, os cidadãos logo perderiam sua capacidade de influenciar o programa de planejamento das decisões do governo. Cidadãos silenciosos podem ser perfeitos para um governante autoritário, mas seriam desastrosos para uma democracia”. No mesmo sentido, KARAM (2009, p. 2) defende que a liberdade de expressão e de informação é inseparável da ideia de democracia, pois “o consentimento, a participação e o controle populares são pilares inafastáveis do modelo do Estado de direito democrático”. Com efeito, no exercício democrático das eleições periódicas, bem como nas formas diretas de democracia, pressupõe-se que os cidadãos sejam livres para transmitir e divulgar seus pensamentos, ideias e opiniões, influenciando e participando ativamente das escolhas a serem feitas. Do outro lado da moeda, pressupõe-se que o exercício do poder democrático pelo governo seja totalmente transparente e probó.

Pelo exposto, evidenciou-se que a proteção à liberdade de expressão e ao direito de informação é imprescindível para a construção do Estado Democrático de Direito; e que a força emanada pelo exercício da liberdade de expressão e do direito de informação é *sinérgica*, pois é efeito ativo e retroativo de trabalho e esforço conjunto e coordenado para a realização da tarefa de concretizar todos os direitos fundamentais.

define o próximo passo: a Poliarquia, na qual o poder encontra-se dinamicamente em disputa em um amplo espaço de debate público. (DAHL, 2005, p. 25-37).

¹⁵⁵ “A elite do poder é composta de homens cuja posição lhes permite transcenderem o ambiente comum dos homens comuns, e tomar decisões de grandes consequências. Se tomam ou não tais decisões é menos importante do que o fato de ocuparem postos tão fundamentais (...), pois comandam as principais hierarquias e organizações da sociedade moderna. Comandam as grandes companhias. Governam a máquina do Estado e reivindicam suas prerrogativas. Dirigem a organização militar. Ocupam os postos de comando estratégico da estrutura social, no qual se centralizam atualmente os meios efetivos do poder e a riqueza e celebridade que usufruem. A elite do poder não é de governantes solitários. Conselheiros e consultores, porta-vozes e promotores de opinião são, frequentemente, os capitães de seus pensamentos e decisões superiores”. (MILLS, 1968, p. 12).

3.4.1. *Julgados da CIDH sobre democracia e liberdade de expressão.*

Como já apresentado no capítulo I, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, os Estados-membros da OEA e da Convenção Americana de Direitos Humanos reconheceram a jurisdição consultiva e contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos para casos de possíveis violações de direitos humanos pelos Estados e indivíduos na América. De tal forma, apresenta-se a seguir alguns casos levados ao conhecimento da CIDH em que o objeto da discussão foi exatamente a liberdade de expressão e o sistema democrático¹⁵⁶.

Foi na esfera consultiva que a CIDH forneceu sua primeira opinião sobre a liberdade de pensamento e expressão. Trata-se da Opinião Consultiva nº 05, de 13 de novembro de 1985, sobre a filiação (sindicalização; associação profissional) obrigatória de jornalistas (*La colegiación obligatoria de periodistas; The compulsory membership in an association prescribed by law for the practice of the journalism*). Participaram os juízes Thomas Buergenthal (Presidente), Rafael Nieto Navia (Vicepresidente), Huntley Eugene Munroe, Máximo Cisneros, Rodolfo E. Piza E., e Pedro Nikken.

Quanto aos fatos, O Estado da Costa Rica, por meio de comunicação de 08 de julho de 1985, submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos uma solicitação de opinião consultiva sobre a interpretação dos artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação à associação obrigatória dos jornalistas e sobre a compatibilidade da Lei nº 4.420 de 22 de setembro de 1969, Lei Orgânica da Associação de Jornalistas da Costa Rica. O Estado da Costa Rica declarou expressamente que a solicitação da presente opinião consultiva foi formulada por um compromisso entabulado com a Sociedade Interamericana de Imprensa, já que o Estado

¹⁵⁶ “Ressalta-se que a Corte não efetua uma interpretação estática dos direitos humanos enunciados na Convenção Americana, mas, tal como a Corte Européia, realiza interpretação dinâmica e evolutiva, de forma a interpretar a Convenção considerando o contexto temporal da interpretação, o que permite a expansão de direitos”. (PIOVESAN, 2012, p. 255).

Na Opinião Consultiva nº 10/89, de 14 de julho de 1989, solicitada pelo Governo da República da Colômbia, a CIDH proferiu duas contundentes conclusões: a) a Convenção Americana de Direitos Humanos, apesar de ser uma declaração e de não ser um tratado propriamente dito, produz todos os efeitos jurídicos de sua violação; b) a Corte pode interpretar a Convenção, pois esta é norma de Direitos Humanos inserida na competência da Comissão Americana de Direitos Humanos, sendo oponível aos Estados-membros da OEA.

da Costa Rica entendia perfeitamente compatível a referida lei interna com os ditames da Convenção Americana de Direitos Humanos, evidenciando sua posição de opositor persistente.

O pedido requeria ao tribunal o seu pronunciamento acerca da compatibilidade da sindicalização obrigatória de jornalistas (*periodistas em general*) e repórteres (*reporteros*) com o artigo 13 da CADH, e especificamente quanto a uma norma do sistema jurídico costarricense que obriga àqueles que quiserem se desempenhar como jornalistas a se filiarem a uma associação profissional, estabelecendo diferentes exigências e restrições. Esta opinião consultiva foi o primeiro pronunciamento da Corte IDH sobre o direito à liberdade de expressão e nela estabeleceram-se as múltiplas e importantes diretrizes para a compreensão de sua relevância e alcances.

Vale frisar que o elevado número de integrantes da discussão que participaram como *amicus curiae*, em sua maioria, associações, sindicatos e organizações sobre a imprensa, o jornalismo e a liberdade de expressão, de diversas nacionalidades, legitimaram ainda mais as conclusões emanadas. Assim opinou a Corte IDH:

- a) Observou que o direito à liberdade de expressão é fundamental e imprescindível para a vida democrática, já que são inerentes à democracia o debate livre, a maior circulação possível de informação e opiniões e o respeito das discordâncias.
- b) Destacou que este direito compreende duas dimensões igualmente importantes que devem ser garantidas simultaneamente: uma individual e outra social. A primeira reconhece o direito dos indivíduos a não ser arbitrariamente impedidos, total ou parcialmente, de expressar seu próprio pensamento. A segunda implica o direito de todos os membros da sociedade a conhecer a informação ou opiniões que outros possam difundir.

- c) Acrescentou que a lesão de uma das duas dimensões do direito necessariamente tem como contrapartida a lesão da outra. Por isso, expressou que os governos não podem alegar que a proteção de alguma das duas dimensões do direito justifique a restrição da outra. A limitação da expressão de um número de vozes tem como necessária contrapartida a redução do número de informações e ideias que a sociedade em seu conjunto receberá. Concretamente, a exigência de que só reunindo certas condições as pessoas possam se desempenhar como jornalistas (no caso analisado pela Corte, aquelas exigidas para integrar o colégio de jornalistas) limitam por si mesmas o número e a variedade de opiniões e notícias às que a sociedade poderá ter acesso; isto afeta e jamais pode favorecer a dimensão social da liberdade de expressão.
- d) Concluiu que a normativa interna que impedia o trabalho daqueles jornalistas que não estivessem colegiados constituía uma violação do direito à liberdade de expressão. Em conclusão, o tribunal destacou que nas sociedades democráticas é preciso assegurar a livre circulação de ideias e informações e que o debate público possa se desenvolver plena e livremente. Isto exige que tanto a dimensão individual quanto a dimensão social do direito à liberdade de expressão estejam garantidos.

A Corte IDH, no §70 da Opinião, assegurou que *“la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”*¹⁵⁷.

¹⁵⁷ “A liberdade de expressão é uma pedra angular na própria existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também *conditio sine qua non* para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedade científicas e culturais, e no geral, os que desejarem influenciar sobre a coletividade possam desenvolver-se plenamente. É, enfim, condição para que a comunidade, no momento de exercer suas opiniões, esteja suficientemente informada. Por fim, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre” (tradução livre).

A contundência da opinião consultiva em comento foi tamanha que o mesmo padrão foi sustentado pela Corte IDH em todos os casos contenciosos relacionados com a violação do direito à liberdade de expressão nos que teve de intervir, v.g., “*La última tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos vs. Chile*), parágrafos 64-67 da sentença de 05 de setembro de 2001; “*Ivcher Bronstein vs. Perú*”, parágrafos 146-149 da sentença de 24 de setembro de 1999; “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”, parágrafos 108-111 da sentença de 02 de julho de 2004; “*Ricardo Canese vs. Paraguai*”, parágrafos 78-80 da sentença de 31 de agosto de 2004; “*Palamara Iribarne vs. Chile*”, parágrafos 69 da sentença de 22 de novembro de 2005; “*López Álvarez vs. Honduras*”, parágrafo 163 da sentença de 1º de fevereiro de 2006; “*Claude Reyes vs. Chile*”, parágrafos 75-77 da sentença de 19 de setembro de 2006; “*Kimel vs. Argentina*”, parágrafo 53 da sentença de 02 de maio de 2008.

O próximo caso constitui, em verdade, a primeira vez que se apresentou à apreciação da Corte uma celeuma sobre a liberdade de pensamento e de expressão na esfera *contenciosa* da CIDH. Trata-se do “Caso A última tentação de Cristo” (*Olmedo Bustos e outros vs. Chile*), sentenciado pela Corte aos 05 de setembro de 2001, tendo sido o julgamento presidido pelo juiz brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade.

Sobre os fatos e procedimentos, em 03 de setembro de 1997 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu em sua Secretaria uma denúncia interposta pela Associação de Advogados pelas Liberdades Públicas, representando os senhores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Cláudio Marquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matias Insunza Tagle, Hernan Aguirre Fuentes e o restante dos habitantes da República do Chile.

Ocorre que os denunciados produziram uma obra cinematográfica denominada “*La Última Tentación de Cristo*”, e a veiculação de seu conteúdo foi considerada lesiva à honra e religião de alguns indivíduos, merecendo, portanto, a censura, ao arrimo da própria Constituição Chilena.

A Comissão recomendou que o Chile retirasse a censura, já que se tratava de uma violação ao artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Como o Estado chileno nada manifestou no prazo que lhe fora dado, a Comissão levou a denúncia à Corte Interamericana, aos 15 de janeiro de 1999.

Após instrução probatória, a Corte condenou o Estado do Chile como violador, entre outros dispositivos, do artigo 13 do Pacto de San Jose, o qual trata da liberdade de pensamento e expressão, determinando ao Estado chileno o dever de modificar seu ordenamento jurídico com o fim de suprimir a censura prévia, permitindo a exibição cinematográfica e a publicidade do filme “A Última Tentação de Cristo”, já que está obrigado a respeitar o direito à liberdade de expressão e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita a sua jurisdição.

A Corte ainda justificou sua decisão declarando que sobre o conteúdo do direito à liberdade de pensamento e de expressão, os que estão sob a proteção da Convenção tem não somente o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de toda índole, tendo a liberdade de expressão uma dimensão individual e uma dimensão social.

Num último julgado, a mais recente decisão sobre liberdade de expressão no âmbito contencioso da Corte Interamericana de Direitos Humanos é o denominado “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”. Nesse litígio, aos 29 de janeiro de 2011 a CIDH declarou, por unanimidade, que o Estado da Argentina foi internacionalmente responsável pela violação do direito e da liberdade de expressão dos Senhores Jorge Fontevecchia e Hector D’Amico. Contou a Corte com Diego Garcia-Sayan como o Juiz Presidente, sendo que o vice-presidente da Corte, o Juiz Leonardo A. Franco, de nacionalidade argentina, não participou do julgamento, em cumprimento ao artigo 19.1 do Regimento da Corte.

No tocante aos fatos, Fontevecchia e D’Amico são jornalistas profissionais e, aos 05 e 12 de novembro de 1995, publicaram matérias na revista ‘Noticias’ envolvendo Carlos Saul Menen, na época Presidente da Argentina. O teor das matérias

relacionava-se a: a) um relacionamento afetivo entre Carlos Menen e a Deputada Martha Meza, do qual nasceu Carlos Nair Meza; b) uma denúncia feita por Martha Meza, no ano de 1994, sobre o roubo de suas joias avaliadas em US\$ 230.000,00, parte delas presentes de Carlos Menen; c) detalhes dos encontros de Martha Meza e seu filho Carlos com o Presidente Carlos Menen nas dependências do Palácio do Governo e em Casas de Verão Oficiais; d) exposição dos aspectos dessa relação familiar; e) supostas ameaças feitas contra a vida de Carlos Nair Meza, sendo que Martha Meza indicou ser obra do próprio Governo Argentino, vindo a solicitar asilo no Paraguai; f) existência de um acordo, no qual Carlos Menen pagaria uma pensão vitalícia mensal de US\$ 20.000,00 para Martha Meza, uma doação de meio milhão de dólares para Carlos Nair Meza, e uma suposta ‘cobertura política’ para o esposo de Martha Meza, o qual estava envolvido com um escândalo fraudulento em obra social para aposentados; g) a ascensão econômica de Martha Meza.

De tal forma, Carlos Menen ajuizou ação civil por danos morais contra os dois jornalistas e a empresa ‘Editorial Perfil Sociedade Anônima’ pelas matérias veiculadas, requerendo uma indenização de um milhão e meio de dólares. A Corte de segunda instância (Câmara de Apelações Cíveis) e a Corte Nacional de Justiça Argentina condenaram os jornalistas e a empresa ao pagamento de sessenta mil pesos.

Após, os jornalistas apresentaram petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos requerendo o julgamento do caso pela Corte Interamericana. Ao final, as conclusões da Corte IDH foram as seguintes:

- a) As decisões das Cortes Internas da Argentina não resultaram de um sistema democrático, ferindo a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.
- b) O direito de privacidade é flexibilizado em relação às pessoas que exercem cargos públicos, sendo seus atos passíveis de observação pela sociedade. Ademais, era sobre o mais alto cargo público da Nação.
- c) Seguindo decisões reiteradas, a Corte entendeu pela proteção à liberdade de expressão nos casos de opiniões e informações sobre assuntos em que

a sociedade detém um legítimo interesse de manter-se informada, no que é relativo ao funcionamento do Estado e aos direitos e interesse gerais que lhe acarretem consequências. É o interesse público.

- d) No caso, a Corte entendeu que a questão familiar restrita era a causa principal e elemento central inseparável dos fatos e condutas que envolveram verbas públicas, bem como, acobertamento de fraudes. As matérias jornalísticas possuíam um caráter de interesse público e um chamado ao controle público e judicial. Como as Cortes Nacionais da Argentina apenas analisaram o aspecto da violação à vida privada, sem observar o conteúdo de interesse público, foram consideradas decisões não democráticas.
- e) Sobre fotografias, a Corte entendeu que o artigo 11 da Convenção protege as imagens da vida privada, mas o artigo 13 do mesmo Pacto considera as fotografias como instrumentos da liberdade de expressão. Ademais, as fotos não foram produzidas em situações de evidente intrusão à privacidade ou de formas ilícitas (sub-reptícias). Por fim, nem todas as imagens necessitam de consentimento para publicação.
- f) As indenizações judiciais cíveis não devem constituir inibição ou censura aos que exercem o direito da livre expressão e da cidadania. Para a consolidação da democracia são necessários os debates públicos e o pluralismo informativo.
- g) Todos os órgãos dos Estados membros, incluindo os juízes, devem exercitar *ex officio* o *controle de convencionalidade*¹⁵⁸, ou seja, a observância das normas internas e das normas internacionais de maneira concomitante, ao arrimo do artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por derradeiro, decidiu a Corte que a própria sentença já é uma reparação, bem como, determinou: a) que se tornassem sem efeito as decisões dos tribunais internos da Argentina sobre o caso; b) a divulgação da Sentença Internacional por

¹⁵⁸ Este entendimento será aprofundamento no capítulo IV.

diferentes meios; c) o pagamento de certo montante à título de reparação por perdas, danos e custas; d) a supervisão pela CIDH até o cumprimento integral da Sentença Internacional.

Extrai-se deste último caso que a liberdade de imprensa surge, portanto, como componente inseparável da liberdade de expressão na sua acepção mais larga. A imprensa assume papel primordial, porque é meio de transmissão de fatos e opiniões. Estimula o intercâmbio de conhecimento e fomenta a cultura social. Equivoca-se, porém, quando o teor da informação é suspeito, escuso, afastando-se de sua valorosa e inestimável função de transmitir a notícia íntegra, em compromisso com a verdade.

Vale, por fim, destacar dois casos envolvendo nosso país: a) o caso *Arley Escher vs. Brasil*, sentença de 20 de novembro de 2009, na qual o Estado brasileiro foi condenado por violar o direito de reunião e associação (um desdobramento da liberdade de expressão); b) o caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, sentença de 24 de novembro de 2010, na qual o Estado brasileiro foi condenado por violar o direito de informação das vítimas em saber a verdade do ocorrido (outro desdobramento da liberdade de expressão).

3.4.2. Julgados do Supremo Tribunal Federal do Brasil sobre democracia e liberdade de expressão.

Em um primeiro e recente caso, a Procuradora-Geral da República Débora Duprat de Britto propôs ação direta de inconstitucionalidade, ADI 4.274-2/DF, contra o §2º do artigo 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, objetivando a exclusão de qualquer interpretação que pudesse ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos. Alegou que uma descabida exegese do dispositivo em questão gerava indevidas restrições aos direitos fundamentais à liberdade de manifestação de pensamento e comunicação social (artigo 5º, incisos IV e IX, e artigo 220 da CRFB) e de reunião (artigo 5º, inciso XVI, CRFB), lesionando, enfim, “o verdadeiro ‘coração’ da liberdade de expressão, o seu núcleo essencial” (sic). Aduziu que os atos públicos em favor da legalização das drogas não constituíam indução ou

instigação ao uso de substâncias entorpecentes e que tais manifestações devem ser protegidas por razão da liberdade de expressão.

Pela complexidade da matéria, o Relator Ministro Ayres Britto deferiu a inclusão da Associação Brasileira de Estudos Sociais de Uso de Psicoativos – ABESUP como *amicus curiae*. O STF decidiu, em Tribunal Pleno e por unanimidade, pela procedência da ação:

EMENTA: ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE “INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO” DO § 2º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006, CRIMINALIZADOR DAS CONDUTAS DE “INDUZIR, INSTIGAR OU AUXILIAR ALGUÉM AO USO INDEVIDO DE DROGA”. 1. Cabível o pedido de “interpretação conforme à Constituição” de preceito legal portador de mais de um sentido, dando-se que ao menos um deles é contrário à Constituição Federal. 2. A utilização do § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006 como fundamento para a proibição judicial de eventos públicos de defesa da legalização ou da descriminalização do uso de entorpecentes ofende o direito fundamental de reunião, expressamente outorgado pelo inciso XVI do art. 5º da Carta Magna. Regular exercício das liberdades constitucionais de manifestação de pensamento e expressão, em sentido lato, além do direito de acesso à informação (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Constituição Republicana, respectivamente). 3. Nenhuma lei, seja ela civil ou penal, pode blindar-se contra a discussão do seu próprio conteúdo. Nem mesmo a Constituição está a salvo da ampla, livre e aberta discussão dos seus defeitos e das suas virtudes, desde que sejam obedecidas as condicionantes ao direito constitucional de reunião, tal como a prévia comunicação às autoridades competentes. 4. Impossibilidade de restrição ao direito fundamental de reunião que não se contenha nas duas situações excepcionais que a própria Constituição prevê: o estado de defesa e o estado de sítio (art. 136, § 1º, inciso I, alínea “a”, e art. 139, inciso IV). 5. Ação direta julgada procedente para dar ao § 2º do art. 33 da Lei 11.343/2006 “interpretação conforme à Constituição” e dele excluir qualquer significado que enseje a proibição de manifestações e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização do uso de drogas ou de qualquer substância que leve o ser humano ao entorpecimento episódico, ou então viciado, das suas faculdades psicofísicas. (ADI 4274, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012). (sublinhou-se).

Com sensatez, o STF não se deixou confundir pelos tenuamente distintos institutos da criminalização da conduta e do debate sobre a criminalização da conduta.

Destacou o Relator Ministro Ayres Britto que a perpetuidade das normas penais é ideia incompatível com o dinamismo e a diversidade, cultural e política, de nossa sociedade democrática, uma sociedade em que a liberdade de expressão é a maior expressão de liberdade. Obtemperou o Ministro Cesar de Mello que em ordem a preservar, em favor de qualquer cidadão desta República, a integridade do direito de reunião e da liberdade de manifestação do pensamento, como convém a uma sociedade estruturada sob a égide do princípio democrático. Citaram as seguintes decisões estrangeiras como precedentes: Caso *Ellen Mac Donald J, Iorfida v. MacIntyre da Corte de Ontário (General Division)*, julgado em 05 de outubro de 1994; Caso *Hague v. Committee for Industrial Organization*, julgado em 05 de junho de 1939.

Assim, o STF concluiu pela proteção constitucional da liberdade de reunião fundamentando-se no princípio democrático e no dinamismo social, salvaguardando o segundo âmbito da liberdade de expressão, sua instrumentalidade, ou seja, os meios para efetivar a manifestação do pensamento humano.

Em um segundo caso, no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 690.841/SP, o STF debateu o conflito entre a liberdade de informação e o direito individual à imagem, mais precisamente, entre o direito de informação e crítica jornalística em face da honra do suposto criticado. Assim decidiu a Segunda Turma do STF:

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO - DIREITO DE CRÍTICA - PRERROGATIVA POLÍTICO-JURÍDICA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXPÕE FATOS E VEICULA OPINIÃO EM TOM DE CRÍTICA - CIRCUNSTÂNCIA QUE EXCLUI O INTUITO DE OFENDER - AS EXCLUDENTES ANÍMICAS COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO DO “ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI” - AUSÊNCIA DE ILICITUDE NO COMPORTAMENTO DO PROFISSIONAL DE IMPRENSA - INOCORRÊNCIA DE ABUSO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO - O DIREITO DE CRÍTICA, QUANDO MOTIVADO POR RAZÕES DE INTERESSE COLETIVO, NÃO SE REDUZ, EM SUA EXPRESSÃO CONCRETA, À DIMENSÃO DO ABUSO DA LIBERDADE DE IMPRENSA - A QUESTÃO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO (E DO DIREITO DE CRÍTICA NELA FUNDADO) EM FACE DAS FIGURAS PÚBLICAS OU

NOTÓRIAS - JURISPRUDÊNCIA - DOCTRINA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. - A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. - A crítica que os meios de comunicação social dirigem a pessoas públicas (e a figuras notórias), por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. - Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa, a quem tais observações forem dirigidas, ostentar a condição de figura notória ou pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Jurisprudência. Doutrina. - O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, verdadeira “garantia institucional da opinião pública” (Vidal Serrano Nunes Júnior), por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material ao próprio regime democrático. - Mostra-se incompatível, com o pluralismo de idéias (que legitima a divergência de opiniões), a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado - inclusive seus Juízes e Tribunais - não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa, não cabendo, ainda, ao Poder Público, estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição indevida aos “mass media”, que hão de ser permanentemente livres, em ordem a desempenhar, de modo pleno, o seu dever-poder de informar e de praticar, sem injustas limitações, a liberdade constitucional de comunicação e de manifestação do pensamento. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência comparada (Corte Européia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol). (AI 690841 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 21/06/2011, DJe-150 DIVULG 04-08-2011 PUBLIC 05-08-2011 EMENT VOL-02560-03 PP-00295) (sublinhou-se).

O Supremo delineou os âmbitos da liberdade de imprensa, com ênfase ao direito de informação, caracterizando-a como “projeção das liberdades de comunicação e expressão”. O Ministro Relator Celso de Mello obtemperou que o direito de crítica, apesar de ser passível de restrição, encontra suporte legitimador no pluralismo político, que representa um dos fundamentos em que se apoia, constitucionalmente, o próprio Estado Democrático de Direito. Nessa celeuma, foram citados como precedentes as seguintes Jurisprudências Internacionais: Tribunal Constitucional Espanhol: Sentenças 6/1981, 12/1982, 104/1986, 171/1990; Tribunal Europeu de Direitos Humanos: Caso *Handyside*, sentença TEDH, de 07/12/1976; Caso *Lingens*, sentença de 08/07/1986.

Outro caso é o da declaração de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 685.493/SP:

AGENTE POLÍTICO – MINISTRO DE ESTADO – CRIME CONTRA A HONRA – PRIVATIZAÇÕES – GRAMPO TELEFÔNICO – ILICITUDE – ATRIBUIÇÃO DE DIVULGAÇÃO – RESPONSABILIDADE AFASTADA NA SEGUNDA INSTÂNCIA – RECURSO ESPECIAL – PROVIMENTO – ACÓRDÃO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ADMISSÃO NA ORIGEM – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da configuração de dano moral decorrente da manifestação de pensamento por agente político, considerando-se a liberdade de expressão e o dever do detentor de cargo público de informar. (RE 685493 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 10/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 28-09-2012 PUBLIC 01-10-2012). (sublinhou-se).

O Relator Ministro Marco Aurélio de Mello observou que o pano de fundo da controvérsia consiste no fato de um ex-Ministro de Estado ter autorizado (ou não) a divulgação de fitas cassetes com informações narradas sobre o escândalo do denominado “grampo do BNDES”, o que lhe teria gerado danos a imagem e devida reparação de cunho moral. Atentou-se o Ministro Marco Aurélio, para decidir pela repercussão geral da matéria, à importância do questionamento em termos de atuação do agente público e à veiculação de ideias voltadas ao interesse da coletividade, concluindo que caberá ao Supremo definir o alcance, na espécie, da liberdade de expressão e do dever do detentor de cargo público de informar.

Por fim, vale destacar o “Caso Siegfried Ellwanger” no HC 82.424/RS, o qual ficou conhecido pelo caso brasileiro do “discurso do ódio” (*hate speech*), no qual o

STF decidiu, em 17 de setembro de 2003, o conflito entre liberdade de expressão, dignidade do povo judeu e a proibição à prática do racismo. A temática central consistiu na identificação da comunidade judaica como uma raça ou uma religião, já que Siegfried Ellwanger é autor de diversas obras literárias de conteúdo anti-semita, tal como “Holocausto, judeu ou alemão? – Nos bastidores da mentira do século”. Em que pese votos dos ministros não adentrarem diretamente no conflito de direitos fundamentais, alguns excertos são clarificantes: a) o Ministro Maurício Corrêa declarou que “a previsão de liberdade de expressão não assegura o *direito ao racismo*, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra”; b) o Ministro Celso de Mello entendeu que “a proteção da liberdade de expressão não vai a ponto de exteriorizar propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial transgridem de modo inaceitável valores tutelados pela própria ordem constitucional”; c) o Ministro Gilmar Mendes apontou que “não se contesta a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão, e não se pode negar seu significado inexcedível para o sistema democrático, mas também é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência”; d) em sentido oposto, os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto entenderam que “o ato do paciente de publicar livros de caráter anti-semita está protegido pela liberdade de expressão e, como tal, não configura crime de prática de racismo”. O referido *habeas corpus* restou denegado por quatro votos à três, demonstrando a complexidade da questão que o caso abrangeu.

3.5. Os fundamentos da democracia contemporânea.

Após apresentadas as fases históricas do regime democrático no Brasil e no cenário mundial, as críticas e doutrinas contra a democracia, e as tendências de duas cortes superiores (CIDH e STF), impõe-se questionar: mas em que consiste a democracia contemporânea? Para vislumbrar uma resposta sensata e válida, é imprescindível, inicialmente, esclarecer a ideia de pós-modernidade, classificação dada por alguns à época atual.

O pós-modernismo iniciou-se no mundo das artes, no começo do século XX, com o dadaísmo (Zurique, em 1915, com artistas como Marcel Janco e o poeta

romeno Tristan Tzara) e o surrealismo (iniciado em Paris, nos anos 1920, por André Breton e Salvador Dalí), também impactando na filosofia. Seu objetivo era questionar o pensamento tradicional e questionar as verdades tidas como definitivas. No pensamento de um dos mais importantes filósofos pós-modernos, Jacques Derrida, era preciso desconstruir a realidade, exibindo aquilo que não teria sido dito, que jazia oculto atrás das figuras e da semântica. Por outro lado, há autores que acham que esse movimento começou somente depois das revoluções estudantis de 1968. De certo maneira, esses autores têm razão, porque na filosofia o pós-modernismo aconteceu mesmo na década de 1960. Como era de se esperar, as correntes que compõem o movimento pós-modernista variaram no tempo, de país para país. Por exemplo, o futurismo foi lançado em 1909 na França, quando o poeta italiano Filippo Marinetti, publicou no jornal *L'Éclair* o 'Manifesto Futurista'; movimento semelhante, com as mesmas tendências de rejeição do moralismo, do culto ao passado e à forma, foi a Semana de Arte Moderna brasileira, que por causa da guerra só pôde ser realizada treze anos depois, em 1922. Aliás, no Brasil o modernismo (que chegou a ser confundido com o futurismo, por causa de várias semelhanças) permaneceu em destaque, principalmente na literatura, até, pelo menos, a chamada Geração de 1945, da qual participaram nomes como Guimarães Rosa, Cassiano Ricardo, entre outros. (CASTILHO, 2012, p. 257-258).

Jean-François Lyotard foi o formulador do pós-modernismo, no livro 'Condição pós-moderna', de 1979. Na obra, concentrou suas teses sobre a pragmática da linguagem, estudou as formas de discurso, retomando Wittgenstein, e entendeu que o homem mantém-se preso às tradições e que a história acaba por não ser mais do que uma narrativa e a ciência uma narrativa da narrativa. Para que alcance a evolução, o homem precisa duvidar do que tradicionalmente é relatado, e assim construir uma nova visão da realidade. É o que chama de "*estatuto do saber*". Adotando essa posição pós-moderna de incredulidade em relação ao conhecimento, o indivíduo obtém nova consciência sobre todos os agentes do saber, sejam referentes ou destinatários. Foi o filósofo da heterogeneidade e da diferença. As pessoas são conhecimento, e saber é poder, garante Lyotard. (CASTILHO, 2012, p. 261).

Para LIPOVETSKI (1994, p. 230), "os indivíduos nas sociedades pós-moralistas estão pouco ligados ao bem público, são poucos animados pelo amor às leis;

contrariamente ao princípio de *virtude* que Montesquieu erigia como garante das repúblicas, as sociedades pós-moralistas são mais democracias de indivíduos do que democracias de cidadãos”. Essa pós-moralidade é a característica pessimista da pós-modernidade, a condição da individualidade exacerbada.

BOBBIO (2004, p. 209-210) defende expressamente nossa atualidade como pós-modernidade, uma etapa caracterizada pelo enorme progresso, vertiginoso e irreversível, da transformação tecnológica e, conseqüentemente, também tecnocrática do mundo. O crescimento do saber só fez aumentar a possibilidade do homem de dominar a natureza e os outros homens. Os direitos da nova geração, como foram chamados, que vieram depois daqueles em que se encontraram as três correntes de ideias do nosso tempo, nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico. Bastam estes três exemplos centrais no debate atual: o direito de viver em um ambiente não poluído, do qual surgiram os movimentos ecológicos que abalaram a vida política tanto dentro dos próprios Estados quanto no sistema internacional; o direito à privacidade, que é colocado em sério risco pela possibilidade que os poderes públicos têm de memorizar todos os dados relativos à vida de uma pessoa e, com isso, controlar os seus comportamentos sem que ela perceba; o direito, o último da série, que está levantando debates nas organizações internacionais, e a respeito do qual provavelmente acontecerão os conflitos mais ferrenhos entre duas visões opostas da natureza do homem: o direito à integridade do próprio patrimônio genético, que vai bem mais além do que o direito à integridade física, já afirmando nos artigos 2 e 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Mas em sentido oposto, TOMAZ (2010, 55-56) posiciona-se ceticamente à tã propagada pós-modernidade. Para ele, os acontecimentos que marcaram a virada para este século e as notícias que nos chegam cotidianamente nos deixam perplexos e ensejam uma reflexão no sentido de que parece mais que estamos retrocessando à idade antiga, clássica ou média, marcadas por violências, truculências, escândalos palacianos, em decorrência de um exercício irracional do poder e da própria liberdade. Diante de tão cruel cenário, não há como falar de um Estado pós-moderno e, igualmente, de um Direito pós-moderno quando se percebe que a experiência do Estado e do Direito, desde a versão liberal, foi erigida sob o paradigma de que a criação e a aplicação são as

funções básicas do Estado, pois, com efeito, a desconcentração do poder absoluto com a queda das monarquias absolutistas da Idade Média irrompeu uma estrutura estatal fundada numa organização a partir da repartição das funções. TOMAZ está convencido de que o Estado e o Direito contemporâneos ainda se encontram erigidos sob o mesmo paradigma.

Historicamente, para HOBBSAWM (1995, p. 282-283) a palavra-chave dos intelectuais do Ocidente para a vida no século XX constituiu-se na pequena preposição “pós” ou “post”, sendo usada de forma generalizante. O mundo, ou seus aspectos relevantes, tornou-se pós-industrial, pós-imperial, pós-moderno, pós-estruturalista, pós-marxista, pós-Gutenberg, qualquer coisa. Como funerais, esses prefixos tomaram conhecimento oficial da morte sem implicar qualquer consenso, ou na verdade certeza, sobre a natureza da vida após a morte. Assim a transformação mais sensacional, rápida e universal na história humana entrou na consciência das mentes pensadoras que a viveram. A novidade dessa transformação está tanto em sua extraordinária rapidez quanto em sua universalidade.

Outros termos já foram apresentados, como “modernidade tardia”, “reflexiva”, “segunda modernidade” (Ulrich Beck), “modernidade líquida” (Bauman) ou “hipermodernidade” (F. Ascher). CHEVALLIER (2009, p. 19-20) prefere falar em “pós-modernidade”, pois ao mesmo tempo se assiste à exacerbação das dimensões já presentes no coração da modernidade e também à emergência de potencialidades diferentes comportando aspectos complexos, mesmo facetas contraditórias. Para CHEVALLIER, a “pós-modernidade” é “hipermoderna” e “antimoderna” ao mesmo tempo.

É possível inferir a presença de certa ansiedade generalizada em definir uma nova era, um ato de libertação (ruptura) necessário em relação aos ideais modernos, como “se algo tivesse dado errado”. Na presente pesquisa, optou-se pela utilização do termo “contemporânea” para identificar a época em que vivemos, deixando o conceito de “pós-modernidade”, ou até “alta modernidade”, adstrito à ocorrência concreta de emancipação dos ideais da modernidade, de libertação das possíveis falácias apresentadas pelo cartesianismo racional ou individualismo liberalista. Com base em

BAUMAN (1997, p. 41), “a pós-modernidade, pode-se dizer, é a *modernidade sem ilusões* (o oposto disso é que a modernidade é a pós-modernidade que recusa aceitar sua própria verdade)”.

O Estado Democrático de Direito alcançou o *status* de organização humana (político-jurídica) mais apta para a proteção e promoção dos direitos fundamentais na atualidade. Mas, primeiramente, necessitou emancipar-se como Estado de Direito. Nesse ponto foi crucial a filosofia kantiana sobre o *Rechtsstaat* (estado legal ou estado de direitos). Refere-se a um estado que se arrima em uma constituição escrita, em que o exercício do poder, pelos governantes, é limitado pelas leis e fiscalizado pelo Poder Judiciário. Segundo Kant, não há como um Estado se tornar uma democracia sem ter sido, antes, um *Rechtsstaat*. E, para ele, é a Constituição que assegura direitos aos cidadãos e facilita o atingimento da paz perpétua como premissa para a felicidade e prosperidade do povo. Para o filósofo, a dignidade da pessoa humana constitui um valor intrínseco, sem equivalente. O homem, como ser racional, possui dignidade porque não obedece senão às leis que ele próprio estabelece para si. Daí a conhecida frase de Kant: ‘o homem é um fim em si mesmo’. (CASTILHO, 2012, p. 134).

Com a valorização dos direitos sociais pelas contundentes doutrinas de Engels e Marx e a conseqüente corrida de proteção aos direitos humanos no período pós-guerras mundiais, a época contemporânea também é marcada pela consolidação dos direitos sociais nas cartas constitucionais. Assim, é necessária a interconexão entre os direitos fundamentais e o Estado de Direito, valores que devem ser matéria expressa e garantida nas constituições atuais, pelo que, a relação entre Estado de Direito e direitos fundamentais apresenta *natureza de imprescindibilidade*, já que a ausência de um acarreta a insustentabilidade do outro. É esse o entendimento de PEREZ LUÑO (2007, p. 21):

Corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática; en otros términos, su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos

prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho.” (PEREZ LUNO, 2007, p. 21).¹⁵⁹

Outra relevante contribuição para o Estado Democrático de Direito, já no século XX, é proposta por John Rawls, teórico contemporâneo da democracia liberal, o qual confrontou os grandes ideias liberalistas originários de Jeremy Bentham e John Stuart Mill. John Rawls desenvolveu uma teoria da justiça baseada no conceito geral da equidade: todos os bens sociais primários (liberdade, oportunidade, renda, riqueza e amor-próprio) devem ser distribuídos equitativamente, a menos que uma distribuição desigual de tais bens represente vantagem para os menos favorecidos, apontando a fragilidade do utilitarismo como fundamento das instituições da democracia constitucional e buscando formular uma concepção da justiça que sirva de alternativa sistemática a ele. Considerou a ideia utilitarista de Jeremy Bentham e John Stuart Mill, de praticar o maior bem possível para o maior número possível de pessoas uma fonte de injustiça, porque eventualmente resultaria no que chamava de “tirania da maioria”. Exemplificou com a perseguição dos judeus pelos nazistas e o tratamento injusto dos americanos contra seus compatriotas de origem africana. John Rawls tinha, como máxima filosófica, minorar a dor. Sua perspectiva era de que cada ação é julgada boa ou má dependendo das consequências que tiver para você e para os outros. O conceito mais importante em seu pensamento é de que o certo é aquilo que é justo, sua concepção de justiça é dirigida para a coletividade, e não para o indivíduo, e sua teoria é a da justiça como equidade. (CASTILHO, 2012, p. 268).

RAWLS (2004, p. 46-48) defende, com base em sua teoria da justiça, a teoria ideal do “Direito dos Povos”, como uma renovada ordem jurídica para a efetivação das sociedades democráticas, com fundamento na igualdade dos povos. Trata-se de uma radical posição contra a atual concepção tradicionalista dos Estados modernos.

Pela visão de KELSEN (2000, p. 407-412), a democracia é fundamentada na liberdade política, ou seja, uma liberdade sob a ordem social em que o indivíduo se

¹⁵⁹ “Corresponde aos direitos fundamentais um importante acontecimento legitimador das forças constitucionais do Estado de Direito, já que constituem os pressupostos do consenso sobre o que deve ser edificado por qualquer sociedade democrática; em outras palavras, sua função é a de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático ao qual a maioria dos cidadãos dá consentimento e que condiciona o dever de obediência ao Direito” (tradução livre).

autodetermina pela participação na criação da ordem social. Kelsen associa essa liberdade política à autonomia, e conclui que o compromisso de uma discussão livre entre a “maioria” e a “minoria” em uma atmosfera favorável é a aproximação da democracia ao ideal de autodeterminação completa.

É nesse contexto que se multiplicam, com maior vigor, as produções científicas sobre a natureza, os benefícios e as dificuldades para a consolidação das democracias na contemporaneidade. Mas o primeiro obstáculo para a democracia é a teoria de que o poder não tem como pertencer ao povo ou à vontade da maioria, pois o poder político e econômico é controlado direta e indiretamente por um pequeno, ou por pequenos grupos de indivíduos já instalados na cúpula dominante, as elites.

Considera-se elite uma categoria de pessoas que se destacam em determinado setor ou atividade social, uma minoria que detém o prestígio e o domínio sobre um grupo social, um grupo de indivíduos pouco numeroso, que apresenta características, interesses ou sentimentos comuns que os mantêm unidos, e tem a capacidade de se destacar do restante das pessoas devido a uma série de características singulares. Em toda sociedade há numerosas elites segundo o âmbito de inclusão e a noção de elite no âmbito político divide quem exerce o poder de quem é governado, uma minoria que detém o poder e uma maioria que lhe obedece. Do ponto de vista político, além da elite governante coexistem outras que lhe dão sustentação ou apoio. Toda elite social (econômica, cultural, intelectual, sindical, religiosa, militar etc) tem possibilidade de exercer pressão ou participar do processo de tomada de decisões políticas; neste caso essa elite se transforma em elite política. (DIAS, 2013, p. 44).

A teoria das elites foi desenvolvida principalmente por Gaetano Mosca (1858-1941) e Vilfredo Pareto (1848-1923). Baseados em dados empíricos, descritos, classificados e correlacionados chegaram à conclusão de que em toda sociedade há sempre uma minoria que detém o poder em suas diversas formas, diante de uma maioria que não o tem. Nas sociedades humanas, o poder político pertence sempre a um círculo restrito de pessoas. Um aspecto importante desta teoria é que formula a antítese elite-massas, na qual as elites têm um papel positivo, contrapondo-se ao ideário socialista no qual esta polarização é favorável às massas. (DIAS, 2013, p. 45).

Segundo Mosca, em todas as formas de governo o poder verdadeiro e real reside em uma minoria dirigente. Para manter-se no poder, toda elite possui meios de legitimar-se, que se baseiam em síntese num conjunto de crenças e sentimentos aceitos pela sociedade e que são encarnados na elite. Além da coerção, provida pelo Estado, a elite consegue da massa uma forte convicção de obediência. Pareto desenvolve a “teoria da circulação das elites” (teorema de Pareto), onde apresenta o processo dinâmico de formação e substituição das elites. Para ele, em toda sociedade é um fato permanente e inevitável a presença de uma elite no poder e a sucessiva substituição que ocorre entre as elites. “Há um movimento permanente que eleva os indivíduos até os postos superiores, deslocando outros para os inferiores.” (DIAS, 2013, p. 46-47).

Em meados do século XX, o sociólogo C. Wright Mills analisou a sociedade americana de época e constatou o *controle social da elite do poder*, uma histórica força aristocrática/oligárquica a se impor por meio da contínua massificação popular. Essa elite é formada pelos que ocupam posições chaves em três setores: economia, exército e política. Estes constituem uma elite no poder porque estão ligados uns aos outros, se sustentam e se reforçam reciprocamente, e tendem cada vez mais a concentrar seus instrumentos de poder em instituições centralizadas e independentes. Ao desenvolver sua teoria, Mills parte da contraposição do homem comum com a elite no poder. Para ele, o homem comum é aquele cujos poderes são limitados pelo mundo cotidiano em que vive e parece movido por forças que não pode compreender nem controlar; e a elite do poder, por sua vez, é composta por homens que se encontram em posições tais que lhes permitem transcender o ambiente do homem comum e ocupam as posições estratégicas da estrutura social em que estão concentrados os instrumentos do poder, da riqueza e do prestígio, e onde tomam decisões de grandes consequências. (MILLS, 1968, p. 25-30).

Mills ressalta a grandeza da repercussão das decisões de poder, já que a quantidade de pessoas atingidas já se apresentava muito maior do que nas épocas antiga e clássica.

O que estou afirmando é que nesta época particular, uma conjunção de circunstâncias históricas levou ao aparecimento de uma elite de poder;

que os homens dos círculos que compõem essa elite, isolada e coletivamente, tomam atualmente as decisões chaves, e que devido à ampliação e centralização dos meios de poder existentes, as decisões que tomam ou deixam de tomar têm maiores consequências para um número de pessoas maior do que em qualquer outra época da história mundial da humanidade. Estou afirmando também que se desenvolveu nos níveis médios de poder um impasse semi-organizado e que no nível mais baixo nasceu uma sociedade de massas que tem pouca semelhança com a imagem de uma sociedade na qual as associações voluntárias e os públicos clássicos conservam as chaves do poder. (MILLS, 1968, p. 39-40).

MILLS (1968, p. 325) ainda define que a *chave estrutural da elite do poder* encontra-se na ordem política fraca (pouco efetiva) e distante da ordem democrática social, demonstrando que somente o debate ético e público das decisões políticas é a solução para uma democracia sustentável e original:

Já se disse que estudamos a história para nos livrarmos dela, e a história da elite do poder é um exemplo claro da exatidão dessa máxima. (...) Na medida em que a chave estrutural da elite do poder está hoje na ordem política, essa chave é o declínio da política como um debate autêntico e público das decisões possíveis – com partidos nacionalmente responsáveis e com políticas coerentes e organizações autônomas ligando os níveis inferior e médio do poder com os altos níveis de decisão. A América é hoje, em parte considerável, mais uma democracia política formal do que uma estrutura democrática social, e mesmo sua mecânica da política formal é fraca. (MILLS, 1968, p. 325).

Por fim, MILLS (1968, p. 368) alerta que a massificação da sociedade, cenário favorável ao controle pela *elite do poder*, encontra seu principal instrumento de execução (ou alienação) nos meios de comunicação, pois estes proporcionaram uma nova gama de valores por meio de um imaginário coletivo de construção da personalidade passivo-omissiva, uma ilusão competente para o afastamento político da participação popular efetiva.

Os meios de comunicação dizem ao homem de massa quem ele é – dão-lhe identidade; dizem-lhe o que deseja ser – dão-lhe aspirações; dizem-lhe como chegar lá – dão-lhe a técnica; e dizem-lhe como se sentir em via de chegar, mesmo que não esteja – dão-lhe a fuga. A distância entre a identidade e a aspiração leva à técnica ou à fuga. Essa é provavelmente a fórmula psicológica básica dos meios de comunicação em massa, hoje. Mas, como fórmula, não está destinada ao desenvolvimento do ser humano: é a fórmula de um pseudomundo, inventado e mantido por esses meios. Tal como existem e predominam hoje, os meios de comunicação, especialmente a

televisão, usurpam o lugar da discussão em pequena escala e destroem as oportunidades de intercâmbio de opinião, feito em termos razoáveis, sem pressa e humanos. (MILLS, 1968, p. 368).

Com a mesma preocupação de massificação popular para controle do poder, Theodor Adorno, também da “Escola de Frankfurt”, considerou que as artes seriam instrumento de emancipação cultural do povo e até de renovação da estrutura social, desde que as artes não estivessem sob o controle e monopólio de empresários interessados apenas em lucro. Achava que o cinema e o rádio não passavam de negócios, o que lhes tirava o caráter de arte - e por isso os chamava de elementos da ‘indústria cultural’, expressão que usou pela primeira vez em 1947. Explicava que o capitalismo aumentou o poder de compra da maioria da população, transformando-a em simples consumidores. Essa massificação do consumo é uma estratégia que, apoiada pela indústria cultural, mantém a sociedade dentro de uma estrutura unidimensional - ou seja, uma uniformização da forma de agir e de pensar. A moda, por exemplo, é para ele um instrumento de massificação. (CASTILHO, 2012, p. 190).

Mas se as classes (elites) políticas sempre existiram, poder-se-ia dizer que a democracia nunca existirá no futuro? A resposta de Norbert Bobbio¹⁶⁰ é no sentido de esclarecer a contenda e demonstrar que o erro está na ideia mítica de que democracia é autogoverno do povo. Para BOBBIO (2013, p. 23), a teoria da classe política, ou da classe dirigente ou das elites, é uma teoria sempre válida, até mesmo sempre mais válida, porque as democracias se espalham por todo o mundo, mas as classes políticas permanecem. Isso significa que a democracia nunca existiu ou nunca existirá no futuro? Que falar da democracia é cometer um erro de julgamento e um erro histórico imperdoáveis? “Não creio. Basta renunciar a definir a democracia como autogoverno do povo e pensar que os regimes a que chamamos democráticos se distinguem dos que não

¹⁶⁰ “Norberto Bobbio (nascido em Turim, 1909-2004) foi um ativo defensor da democracia - e, em consequência, um combatente contra as ditaduras, o preconceito e o racismo. Seu principal livro sobre teoria política é ‘O futuro da democracia’, de 1984. Mas dedicou também grande parte de seus escritos à ética, considerando que havia uma ligação essencial entre tolerância e democracia. Colocou-se em uma posição intermediária rejeitando tanto o fascismo quanto o comunismo. Costumava dizer que a democracia é o regime política mais adequado porque impede que seja repetido o passado de guerras religiosas e perseguições políticas. [...] Em 1983, Norberto Bobbio produziu um ensaio para apresentar em uma conferência, em que lançou a ideia da serenidade como virtude essencial da democracia (no Brasil, esse ensaio fez parte do livro ‘Elogio da serenidade e outros escritos morais’, publicado pela editora da Unesp em 2002). Serenidade, que, para Bobbio, equivale à noção de moderação proposta por Aristóteles, em ‘Ética a Nicômaco’, é a virtude típica dos homens comuns, muitas vezes oprimidos, mas que não buscam o conflito para sobreviver.” (CASTILHO, 2012, p. 278).

consideramos assim não pela falta em alguns e pela presença em outros das minorias dirigentes, mas pelo modo como essas minorias emergem, governam e caem”.

Entretanto, a principal característica da democracia contemporânea é a pluralidade de gentes, de ideias, de vontades, de interesses, de aspirações e sonhos. Para ARENDT (2012, p. 219-220), a pluralidade humana é condição básica da ação e do discurso, tendo o duplo aspecto da igualdade e da distinção:

Se não fossem iguais, os homens não poderiam compreender uns aos outros e os que vieram antes deles, nem fazer planos para o futuro, nem prever as necessidades daqueles que virão depois deles. Se não fossem distintos, sendo cada ser humano distinto de qualquer outro que é, foi ou será, não precisariam do discurso nem da ação para se fazerem compreender. Sinais e sons seriam suficientes para a comunicação imediata de necessidades e carências idênticas. [...] É com palavras e atos que nos inserimos no mundo humano, e essa inserção é como um segundo nascimento, no qual confirmamos e assumimos o fato simples do nosso aparecimento físico original. Não nos é imposta pela necessidade, como o trabalho, em desencadeada pela utilidade, como a obra. Ela pode ser estimulada pela presença de outros a cuja companhia possamos desejar nos juntar, mas nunca é condicionada por eles; seu impulso surge do começo que veio ao mundo quando nascemos e ao qual respondemos quando começamos algo novo por nossa própria iniciativa. Agir, em seu sentido mais geral, significa tomar iniciativa, iniciar, imprimir movimento a alguma coisa. [...] Ao agir e ao falar, os homens mostram quem são, revela ativamente suas identidades pessoais únicas, e assim fazem seu aparecimento no mundo humano. (ARENDT, 2012, p. 220-223)¹⁶¹.

Hannah Arendt estabelece, ainda, que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para convivência coletiva, exige um espaço público. Este é kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação política. A este espaço só se tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é

¹⁶¹ A ação e o discurso são tão intimamente relacionados porque o ato primordial e especificamente humano deve conter, ao mesmo tempo, resposta à pergunta que se faz a todo recém-chegado: ‘Quem és?’ Essa revelação de *quem* alguém é está implícito tanto em suas palavras quanto em seus feitos [...] desacompanhada do discurso, a ação perderia não só o seu caráter revelador, como, e pelo mesmo motivo, o seu sujeito, por assim dizer: em lugar dos homens que agem teríamos robôs executores a realizar coisas que permaneceriam humanamente incompreensíveis. A ação muda deixaria de ser ação, pois não haveria mais um ator; e o ator, realizador de feitos, só é possível se for, ao mesmo tempo, o pronunciador de palavras. A ação que ele inicia é humanamente revelada pela palavra, e embora seu ato possa ser percebido em seu aparecimento físico bruto, sem acompanhamento verbal, só se torna relevante por meio da palavra falada na qual ele se identifica como o ator, anuncia o que faz, fez e pretende fazer. (ARENDT, 2012, p. 224).

“o direito a ter direitos”, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece. (LAFER, 1999, p. 166)¹⁶².

Nesse contexto, a democracia consiste em reconhecer o fenômeno do pluralismo e propiciar meios para a emancipação dos indivíduos pela linguagem conscientizada, esta desenvolvida pela ação e pelo discurso. Isso permitirá, na forma de grupos e coletividade, o debate contínuo e cada vez mais apurado sobre a consolidação dos pilares democráticos, os quais estarão legitimados pela participação efetiva da cidadania ativa no plano político e jurídico. A democracia deve ser construída pela cidadania.

Um contraponto à concepção do elitismo democrático é a teoria contemporânea sobre a “democracia deliberativa”, nas quais a legitimidade das decisões e acordos políticos se fundamenta nos processos de deliberação pública. O modelo procedimental apresentado por Jürgen Habermas está vinculado a tal concepção deliberativa da política. Se afirmarmos que uma instituição ou decisão política é legítima, isso significa que é aceitável ou justificável e precisa ser avaliada segundo sua validade. Para a concepção deliberativa, legitimidade democrática requer legitimidade *deliberativa*, ou seja, determinados procedimentos democráticos ou determinadas formas de deliberação pública constituem uma condição necessária de legitimidade de um sistema político: a legitimidade de uma ordem política é produzida a partir da realização dos processos deliberativos da formação política da opinião e da vontade (HABERMAS, 2010, v. 2, p. 177-180).

¹⁶² “Num dos seus últimos textos Hannah Arendt discutiu a distinção entre direitos privados e direitos públicos. A oportunidade para esta discussão surgiu no contexto de um simpósio sobre Políticas Públicas e Humanidades, realizando na Universidade de Columbia, em Nova York, quando, em comentário-resposta a um trabalho de Charles Frankel, ela observou que não lhe parecia apropriado o pressuposto individualista de que os nossos direitos são privados e as nossas obrigações são públicas.” (LAFER, 1999, p. 237).

“É interessante, nesse contexto, relembrar que para o cidadão grego, na *polis* clássica, duas eram as ordens de existência: a pública e a privada. Daí a diferença entre *koinón* – aquilo que é comum (o público) – e *idion* – aquilo que é próprio, pessoal, privativo (o privado). De *idios*, por exemplo, deriva idiossincrasia, idioma, idiomático – mas também idiota, isto é, ignorante. O idiota, aponta Hannah Arendt, é aquele que vive apenas na sua casa e se preocupa apenas com a sua vida e as necessidades a ela inerentes. Por isso é ignorante, pois desconhece a relevância do mundo comum e compartilhado, cuja importância, para se evitar um novo estado de natureza totalitário, a visão arendtiana destaca, sublinhando a importância dos direitos humanos voltados para a esfera do público.” (LAFER, 1999, p. 238).

A Democracia deliberativa afirma, assim, que a racionalidade da deliberação é a base da legitimação dos processos democráticos. Seu propósito consiste na formação ampla da vontade política, do juízo sobre questões políticas fundamentais e da realização do ideal de autodeterminação pública dos cidadãos. A compreensão procedimental da deliberação não pode ser restringida nem à persecução individual de interesses ou aos discursos ético-políticos, nem ao sistema político-estatal e ao seu modo de operacionalização, mas sim está ligada aos procedimentos imparciais e pressupostos comunicativos da formação democrática da opinião e da vontade. Por essa razão, o princípio de legitimidade democrática consiste na institucionalização de discursos e negociações que, com o auxílio de formas de comunicação, devem poder fundamentar a suposição de racionalidade para que os cidadãos aceitem ou recusem as regras do jogo democrático. (RAMOS *et al*, 2012, p. 303-304 e 309-310).

Para Habermas, fundamental é a aplicação efetiva do princípio do discurso, pelo qual os cidadãos alcançariam sua identidade como atores do cenário político e fomentariam o ideal da opinião pública consciente e da auto-legislação amparada na ética¹⁶³.

Habermas considera que, numa democracia, o cidadão deve ser, ao mesmo tempo, destinatário e autor das normas jurídicas. Por isso, define uma “relação de autonomia recíproca entre soberania do povo (pública) e direitos humanos (privados)”. Soberania popular porque todos os destinatários da norma jurídica devem concordar com ela. E direitos humanos porque a norma jurídica deve abranger a ação orientada pelo interesse privado. Como racionalista, Habermas entende que “o homem é livre quando sua vontade é guiada somente pela razão”. Essa liberdade é tolhida quando a

¹⁶³ “Até agora nós aplicamos o princípio do discurso à forma jurídica como que a partir de fora, na perspectiva de um teórico. O teórico diz para os civis quais são os direitos que eles teriam que reconhecer reciprocamente, caso desejassem regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo. [...] É preciso, no entanto, empreender uma mudança de perspectivas, a fim de que os civis possam aplicar por si mesmos o princípio do discurso. Pois, enquanto sujeitos do direito, eles só conseguirão autonomia se se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários. A ideia de autolegislação tem que adquirir por si mesma validade no *médium* do direito. Por isso, têm que ser garantidas pelo direito as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. Para isso servem os direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador.” (HABERMAS, 2012, v. 1, p. 163).

vontade se submete a princípios morais regidos pela intuição ou pelo sentimento, como buscar entender por que a ação que pratica é útil ou é boa. Assim, ética e moral foram dois pontos centrais no pensamento de Habermas. “A moral tem um caráter universal”, diz ele, porque deve ser aceita por todos os indivíduos que devem cumprir suas regras. “A Moral também deve ser cognitiva”, dizia Habermas, porque “precisa ter como base a razão e o conhecimento”. Habermas defendia que a norma jurídica é racional pelos seus valores, portanto, “direito e moral são complementares”. Para Habermas, “o princípio moral é o próprio princípio da democracia.” (CASTILHO, 2012, p. 266-267).

Para Habermas, os direitos do homem, fundamentados na autonomia moral dos indivíduos, só podem adquirir uma figura positiva através da autonomia política dos cidadãos. O princípio do direito parece realizar uma mediação entre o princípio da moral e o da democracia. (HABERMAS, 2012, v. 1, p. 128)¹⁶⁴. A teoria do agir comunicativo fundamenta-se na razão comunicativa, uma teoria reconstrutiva da sociedade, uma superação da razão prática da modernidade. O agir comunicativo é exatamente a assimilação entre a racionalidade pura e a racionalidade prática, é o mediador entre validade e facticidade. (HABERMAS, 2010, v. 1, p. 21-25). O agir comunicativo necessita, para sua prática, da promoção do espaço público e da liberdade de pensamento, expressão e informação.

Outra proposta para a superação do que Mills chamara de *elite do poder* surge em 1977 com C. B. Macpherson. Conforme STRECK e MORAIS (2008, p. 110):

C. B. Macpherson, no início de sua obra *A democracia liberal. Origens e Evolução*, indaga: “Devemos pois considerar a democracia liberal tão perto do fim a ponto de esboçarmos desde já suas origens e evolução?”. A resposta que ele dá é sim, se tomarmos a democracia liberal como significando, o que de um modo geral ela ainda significa, a democracia de uma sociedade de mercado capitalista (não obstante as modificações advindas com *Welfare state*); mas a resposta seria

¹⁶⁴ “A ideia dos direitos humanos e a da soberania do povo determinam até hoje a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos. Os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as ideias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno; e isso não é mera causalidade. Pois a essas ideias vêm somar-se os conteúdos que sobrevivem, de certa forma, depois que a substância normativa de um *ethos* ancorado em tradições metafísicas e religiosas passa pelo crivo de fundamentações pós-tradicionais. Na medida em que as questões morais e éticas se diferenciaram entre si, a substância normativa, filtrada discursivamente, encontra a sua expressão na dimensão da autodeterminação e da autorrealização. Certamente os direitos e a soberania do povo não se deixam subordinar linearmente a essas duas dimensões.” (HABERMAS, 2012, v. 1, p. 133).

“não necessariamente”, se por democracia liberal entendermos, como John Stuart Mill e os teóricos liberal-democratas éticos que o acompanhavam em fins do século XIX e inícios do século XX, uma sociedade empenhada em garantir que todos os seus membros sejam igualmente livres para concretizar suas capacidades. Assim, a democracia pode significar as duas coisas. E eis que liberal pode significar um mercado livre, com o mais forte derrubando o mais fraco, ou pode significar liberdade para todos desenvolverem plenamente suas capacidades”. (STRECK; MORAIS, 2008, p. 110).

Quando C. B. Macpherson propõe a elevação gradual do segundo significado (promoção das liberdades para desenvolvimento das capacidades) por meio da inclusão de associações de bairros, cogestão nas empresas, direito das minorias, como instrumentos democráticos, finca a era da *democracia participativa*¹⁶⁵. C. B. Macpherson destaca a proteção às liberdades, em principal a liberdade de expressão, como o cerne funcional da democracia participativa. (MACPHERSON, 1998, p. 107).

Porém, mesmo com a solução dada por Macpherson, Norberto Bobbio, observando a sociedade italiana, demonstra alguns *contrapontos* entre o modelo democrático teórico e o real, o qual chamou de *promessas não cumpridas*. Essas “promessas não cumpridas” são constatadas quando se promove, o que já foi dito alhures, “o mito de que a democracia é autogoverno do povo”. BOBBIO (2013, p. 24-26), para definir democracia, parte do pressuposto de existência de três pilares: a) o princípio do consenso popular; um consenso tanto originário quanto um periodicamente repetido; b) o princípio da responsabilidade política, ou de como se forma a classe dirigente; c) a mobilidade da classe dirigente. Neste terceiro pilar Norberto Bobbio apresenta a principal distinção entre aristocracia e democracia:

¹⁶⁵ “É claro que essa ‘ascensão do coletivo’, veiculada pelos grupos cada vez mais numerosos e poderosos, não se faz sem o seu preço: ao obter ‘espaços’ cada vez maiores, esses grupos fazem ‘concorrência’ ao Estado monocrático, exigindo porções cada vez maiores na partilha do poder, do que é exemplo o Estado norte-americano, com seus possantes sindicatos e associações de toda espécie. Se não é possível um meio-termo totalmente satisfatório entre os pólos individual e coletivo, o caminho deve ser o que leve ao reconhecimento de uma sociedade pluralista, numa ‘democracia participativa’, onde aquela indesejável ‘concorrência’ fique substituída pela participação da sociedade civil na gerência da coisa pública, com a prévia fixação de certos limites e condições. [...] a Constituição brasileira de 1988 parece ter dado guarida a esse reclamo jurídico-sociológico, quando acenou, vivamente, para uma *democracia participativa* (e não apenas representativa), permitindo aos modernos corpos intermediários (sindicatos, associações, órgãos de classe) integrarem-se na gestão da coisa pública, atuando tanto nas instâncias primárias (arts. 1º, V, e parágrafo único; 205, 216, §1º, e 225), como na via judicial, esta última com o alargamento da legitimação ativa para a defesa dos interesses metaindividuais (arts. 5º, XXI e LXX, 103, VII, VIII e IX, 129, III e §1º).” (MANCUSO, 2000, p. 40-41).

O terceiro aspecto da democracia refere-se à mobilidade da classe política. Pareto falava da circulação das elites. O regime democrático é caracterizado, com relação ao aristocrático, por uma mais fácil, contínua e rápida circulação no âmbito da classe política. Geralmente chamamos de regime democrático o regime no qual não existe apenas uma classe política, mas duas ou mais em concorrência, e nos regimes em que uma supera a outra verifica-se uma renovação radical do grupo dirigente. Quando as classes políticas se cristalizam e não se renovam, quando não existem mais classes políticas em concorrência, encontramos-nos diante de um regime que é ou tende a se tornar aristocrático. Característica do regime democrático é a alternância das classes políticas no poder, sem que a mudança, mesmo radical, ocorra com derramamento de sangue. (BOBBIO, 2013, p. 25).

Norberto Bobbio apresenta um quadro de distinções para o que se espera da democracia e para o que realmente se vive: a) voto de opinião no modelo teórico em contraponto ao real voto de escambo; b) a derrocada das oligarquias no modelo teórico em contraponto a real situação de oligarquias em concorrência; c) a imprescindível publicidade para a formação da opinião pública no modelo teórico em contraponto a real conjuntura de um Estado paralelo. BOBBIO (1996, p. 55). Sobre este “Estado invisível”, STRECK e MORAIS (2008, p. 114) indagam com precisão cirúrgica: “afinal, quem controla os controladores?”.

BOBBIO (2013, p. 39) define o objetivo da democracia no direito à igualdade, e minimiza a defesa incisiva da liberdade promovida pelo sistema liberal/neoliberal.

Somente agora nos damos conta da razão pela qual todos, e as pessoas mais simples em primeiro lugar, compreendem o que é a democracia. Essas pessoas, ao falar da democracia, pensam no fim mais do que nos meios. E a igualdade é um daqueles valores supremos que não se discutem, mas nos quais se acredita. Não que os homens sejam iguais. Seria uma imperdoável ingenuidade, de quem se apresentou como portador de exigências realísticas e desempenhou diante de vocês o papel do maquiavélico, mais do que na realidade se lhe atribui, dizer-lhes que a igualdade de que se fala para justificar a democracia seja um ponto de partida. A igualdade é um ponto de chegada. Repito: não é que os homens sejam iguais. Os homens devem ser iguais. A igualdade não é um fato a ser constatado, mas um dever a ser realizado”. (BOBBIO, 2013, p. 39).

Em mais um ponto de análise das teorias “pós-modernas” sobre democracia é a visão esclarecedora apresentada pelos estudos de Robert Dahl. Este definiu a característica fundamental da democracia como a ‘capacidade dos governos para

satisfazer, de forma continuada, as preferências dos cidadãos, num cenário de igualdade política'. E, ainda sugeriu que para garantir a capacidade de resposta das democracias deve haver uma série de processos que permitam aos cidadãos formular e fazer pesar suas diferenças. Para ele, um governo em condições de responder aos cidadãos deve: a) garantir que cada um possa formular as suas preferências; b) apresenta-las aos cidadãos através do recurso a uma ação individual e coletiva; c) providenciar para que tenham o mesmo peso na conduta do governo ou, por outras palavras, não haja discriminações consoantes os conteúdos ou origem dessas preferências. Para que estas três condições se verifiquem, há necessidade de oito garantias constitucionais: “1) liberdade de constituir organizações e aderir às mesmas; 2) liberdade de expressão; 3) direito de voto; 4) direito de competir pelo apoio e pelos votos; 5) elegibilidade dos cargos políticos; 6) fontes de informação alternativas; 7) eleições livres e diretas; 8) instituições que tornem o governo dependente do voto e das outras formas de expressão de preferências políticas.” (DIAS, 2013, p. 175-176).

Robert Dahl é considerado um dos maiores escritores e defensores do “pluralismo democrático”¹⁶⁶. Dedicou-se a mostrar que os diagnósticos apresentados pelos realistas implicariam sim repensar as orientações normativas insuficientemente vagas, porém, o próprio individualismo seria incompatível com as descrições institucionais das Democracias competitivas e plurais. Mais importante do que sublinhar que o jogo político estaria constituído por partidos voltados ao sucesso e à conquista do poder, a definição contemporânea da Democracia precisaria atentar às *condições procedimentais* que asseguram uma estabilidade justificável para a concorrência. É por essa razão que Dahl entenderá a Democracia como ‘um processo de tomada de decisões coletivas’, que precisa ser legitimado perante os próprios cidadãos. Para tanto, necessário especificar e justificar racionalmente um procedimento adequado para as tomadas de decisões políticas. (RAMOS *et al*, 2012, p. 300).

¹⁶⁶ “Os defensores do *pluralismo democrático* acreditam diferentemente que ambas as explicações realistas são incompletas e parciais: a deficiência nos dois casos, consiste em desconsiderar os *grupos intermediários* na descrição do jogo democrático e na justificação da legitimidade da Democracia. O termo *pluralismo democrático* advém desse primado atribuído à dinâmica das ações coletivas na estruturação do jogo pelo poder, nos processos de tomada de decisão e nas regulamentações jurídicas: não se trata simplesmente de aplicar as ações individuais do homem econômico à vida política, pois a persecução de interesses individuais não abarca a natureza das ações coletivas de indivíduos que maximizam, antes de tudo, seus variados interesses comuns. (RAMOS *et al*, 2012, p. 301).

Reforçando o caráter pluralista das Democracias liberais modernas, Dahl criou o termo *poliarquia* para designar uma situação aberta de concorrência entre partidos, grupos e indivíduos que enriquece a variedade de minorias existentes e cujas preferências precisam ser levadas em consideração pelos líderes na formulação de suas políticas. A poliarquia, não sendo um modelo meramente ideal, resulta da sobreposição de procedimentos democráticos presentes em Democracias (ou poliarquias) realmente existentes: caracteriza-se em referência a uma série de instituições, práticas e direitos efetivos que, a partir das Revoluções Americana e Francesa, acabaram se impondo cada vez mais sobre os estados nacionais modernos. Assim sendo, Dahl não precisa recuperar elementos normativos em concepções substantivas de autodeterminação democrática, bastando uma implementação aproximativa entre ideia e realidade. O cerne do que podemos adotar como valor intrínseco da Democracia consiste nas práticas, arranjos e processos garantidos institucionalmente e que asseguram a manutenção das poliarquias. (DAHL, 2005, 51-62).

Se, de um lado, temos a imagem amplamente difundida da soberania democrática da maioria, os pluralistas, de outro lado, defendem aquela de um governo das oposições de múltiplas minorias. Para ser relevante na compreensão política moderna, o ideal normativo do bem comum ligado à noção de soberania popular precisa ser situado nos contextos das poliarquias e do pluralismo que as acompanha. O bem comum, que ainda pode ser considerado um ideal democrático, não pode ser concebido segundo o modelo de um governo unificado e homogêneo. O *público* que compõe o *povo* é constituído por diferentes públicos, cada qual com seu conjunto de interesses e concepções de bem. Porém, são os direitos e oportunidade institucionalizados nos processos democráticos os únicos elementos considerados *bem comum* nas condições das poliarquias, ou seja, o verdadeiro bem comum das Democracias realmente existentes consiste nas práticas e instituições das poliarquias que determinam o processo com tal. O pluralismo democrático preocupa-se, assim, em articular as condições político-institucionais que asseguram um governo plural composto por minorias com princípios imanentes de liberdade política e de cidadania igual. As instituições poliárquicas - direitos civis, liberdade de expressão, liberdade de associação; um sistema de pesos e contrapesos (*checks and balances*) entre executivo, legislativo e judiciário; um sistema eleitoral altamente competitivo etc - são responsáveis pelos

procedimentos que estabilizam e legitimam as regras do jogo democrático passíveis de justificação racional. (RAMOS *et al*, 2012, p. 301-302).

Atualmente, a Teoria do Estado e a Filosofia Política centraram esforços em desenvolver categorizações para as diversas propostas de conceitos, fundamentos e práticas do sistema democrático. CHEVALLIER (2009, p. 213-250) classificou-as em: a) democracia majoritária (clássica moderna); b) democracia alargada (participativas e deliberativas); c) democracia mediada (jogo político entre partidos e organizações sociais); d) democracia de opinião (comunicação política por meios avançados de comunicação eletrônica). Por outro viés, MELO (2012, p. 285-310) classifica-as em: a) democracia elitista; b) democracia econômica; c) democracia pluralista; d) democracia deliberativa.

Numa abordagem sobre Direitos Humanos, o reconhecimento da democracia como direito fundamental arrima-se nas consequências desumanas da prática de seus regimes de oposição, totalitarismo, ultranacionalismo, despotismo militar e populista. No plano constitucional dos Estados, somente a democracia pode garantir a organização da vida internacional com base no respeito integral à dignidade humana¹⁶⁷.

Para DONELLY (2013, p. 2004), o contraste entre democracia e direitos humanos é que democracia responde a questão de “quem” deve governar, enquanto

¹⁶⁷ “Como não perceber que o reconhecimento dos direitos fundamentais dos povos e dos direitos da própria humanidade exige, para sua efetividade, a instituição consequente de um governo democrático mundial? Na construção de uma democracia de âmbito planetário, devemos aproveitar os elementos institucionais já existentes, reunidas na Organização das Nações Unidas, cuja criação representou, inegavelmente, notável progresso no sentido da proteção mundial da dignidade humana. Sucede, porém, que, após os atentados terroristas de Nova York e Washington de 11 de setembro de 2001, a estrutura originalmente oligárquica da ONU, centrada em torno do Conselho de Segurança, tende doravante a contrair-se em direção ao estabelecimento de um poder feral de controle sobre toda a Organização, em mãos de uma única potência, os Estados Unidos. Para opugnar essa tendência claramente monocrática, é indispensável atribuir o poder supremo das Nações Unidas aos povos nela representados, e ampliar as funções de natureza legislativa, executiva e judiciária da Organização. Para a instituição de uma efetiva soberania dos povos - e não formalmente dos Estados - no seio da ONU, é mister reformar o sistema de votos na Assembléia Geral, não só sob o aspecto qualitativo como também no sentido quantitativo. Com efeito, se a meta é democratizar a instituição, não se pode deixar de exigir que os Estados-Membros tenham um mínimo de representatividade e consentimento popular no funcionamento de seus órgãos de governo, e que estes atuem sempre dentro dos parâmetros definidos pela Constituição e as leis; vale dizer que todos os membros da ONU sejam Estados de Direito.” (COMPARATO, 2003, p. 546).

direitos humanos respondem “como” os governantes devem agir¹⁶⁸. A diferenciação é adequada para a compreensão de institutos desde um ponto de vista estático. Mas é a postura hermenêutica de crítica ao estático que impulsiona a compreensão de democracia e direitos humanos como um único sistema, ambos integrantes desse sistema são fundamento e finalidade.

Com efeito, o artigo XXI da DUDH (1948) expressa que “todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”; que “todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país”; e que “a vontade do povo será a base da autoridade do governo, sendo essa vontade expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade do voto.” (DUDH, 1948).

Para assegurar o cumprimento dessa norma, a própria DUDH prescreve uma auto-proteção hermenêutica, quando em seu artigo XXX expressa que “nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdade aqui estabelecidos.”

Tecnicamente, os ordenamentos internos na atualidade, para serem considerados fundantes do Estado Democrático de Direito, devem apresentar características próprias e comumente demonstradas pela literatura especializada: a) assegurar o sistema político democrático como o promotor do bem público; b) uma Constituição que proteja os direitos fundamentais, a eleição periódica dos governantes por sufrágio universal, a divisão e a limitação dos poderes e a pluralidade de partidos. Os direitos fundamentais, no consenso geral, são vida digna, liberdade de palavra, de imprensa, de pensamento, de crença religiosa, de locomoção, de reunião, a igualdade perante a lei e outras, que se tornaram sinônimos de regime democrático¹⁶⁹.

¹⁶⁸ “*Democracy answers the question of who should rule [...] Human rights, by contrast, addresses how governments should rule*”. (DONOLLY, 2013, p. 204).

¹⁶⁹ “Mas a verdade é que, não sendo a democracia um regime utópico, um sistema de abstrações, ela não pretende dar a cada um a liberdade absoluta, o poder de fazer tudo e só o que bem entendesse. Nem isso

Entretanto, é a renovação do conceito de cidadania que funcionará como mola propulsora da construção e consolidação democrática. Cidadania elaborada por meio da aceitação do pluralismo¹⁷⁰ e exercício da deliberação, buscando-se a comunicação contínua e amparada na ética da verdade, em espaços públicos de concreta liberdade de expressão e deliberação intersubjetiva, sem relações de domínio ou de poder¹⁷¹.

seria liberdade, mas anarquia. O que ela dá é a liberdade social, o direito de cada um fazer tudo o que não prejudique a liberdade dos outros, a coexistência e a ordem moral. [...] O outro fundamento da democracia é a igualdade, ideia que pode ter e tem origem em princípios filosóficos, mas que na prática significa a realização de uma aspiração milenária e incoercível do homem: a igualdade perante a lei. [...] A igualdade não é, como alguns aparentam pensar, a negação absurda das desigualdades naturais, que fazem de cada homem um ser diverso de todos os outros. Ela é unicamente a negação das desigualdades artificiais criadas arbitrariamente por injustos privilégios de classe, nascimento e fortuna, que prevaleciam nos regimes aristocráticos. Mesmo quando afirma que todos são iguais perante a lei, ela não significa um tratamento absolutamente igual a todos, pois sendo os homens diferentes isso seria a suprema desigualdade. Devendo ser igual para todos, a lei procura tratar cada um conforme ele é realmente – ideal difícil de atingir, mas do qual as boas leis democráticas se aproxima sempre mais. O pobre não paga o mesmo imposto que o rico; o menor, o louco, o enfermo e o velho recebem da lei garantias e cuidados especiais, de que o homem moço e são não precisa. Essa, a igualdade perante a lei, é no fundo a justiça, inerente à democracia.” (AZAMBUJA, 2008, p. 268-269).

¹⁷⁰ “O que deve ligar, de maneira fundamental, a vida democrática à vida universitária é a concepção plural da existência. Não existe Democracia onde todos pensam e querem pensar da mesma forma; onde os sentimentos se encontram bitolados, e para todo fato existe a compulsoriedade de uma única resposta. Democracia significa pluralidade de sentimentos e de teorias, de pensamento e de ação, sendo esse pluralismo o reflexo natural da liberdade. Se a Democracia é a ordem da liberdade, e se a liberdade implica que cada ser humano se realize de acordo com a sua vocação e as suas tendências, não é possível conceber-se ordem democrática como algo de granítico, de monolítico, de monocórdico. A Democracia é, necessária e essencialmente, uma pluralidade e até mesmo uma pluralidade de vozes discordantes, desde que tudo se processe sem oculto ou deliberado propósito de subverter a estrutura que condiciona e possibilita o diálogo.” (REALE, 1977, p. 153).

¹⁷¹ “*Recuperar la ciudadanía es recuperar el vínculo comunitario, hacerlo tangible en nuestras vidas, a través de movimientos y de plataformas ciudadanas que concreten demandas específicas en aras de la dignidad humana. Se trata de revitalizar lo público, de reconquistar la ciudadanía y la legitimación desde la iniciativa espontánea de los ciudadanos. Frente a las estructuras cerradas que obturan el acceso democrático al poder, la reconstrucción del espacio público a través de los movimientos sociales es la recuperación de la política para la ciudadanía. Rescatando acciones específicas dirigidas a objetivos concretos, se rescata la política y el imperio de los fines de las pesadas estructuras que los aprisionan. Para ello hay que liberar espacios de ciudadanía, espacios de relación intersubjetiva libre no mediados por relaciones de dominación o de poder.*” (CAMPUZANO, 1998, p. 175). “Recuperar a cidadania é recuperar o vínculo comunitário, fazê-lo tangível em nossas vidas, por meio de movimentos e de plataformas cidadãs que concretizem demandas específicas na seara da dignidade humana. Trata-se de revitalizar o público, de reconquistar a cidadania e a legitimação desde a iniciativa espontânea dos cidadãos. Frente às estruturas fechadas que obstruem o acesso democrático ao poder, a reconstrução do espaço público por meio dos movimentos sociais é a recuperação da política para a cidadania. Resgatando-se ações específicas dirigidas a objetivos concretos, resgata-se a política e o regime dos fins das pesadas estruturas que os aprisionam. Para tanto há que se liberar espaços de cidadania, espaços de relação intersubjetiva livre não mediados por relações de dominação ou de poder” (tradução livre).

Incontestemente é a força mutável no conceito e instituto da democracia pelo tempo, influenciada pelos sistemas políticos, formas de governo, culturas regionais e forças sociais. Remetendo à Marilena Chauí, a democracia é a sociedade verdadeiramente histórica, isto é, aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo¹⁷².

Atualmente, o efeito globalizante gerou uma aproximação virtual (comunicações) e real (transportes) de fronteiras, expandiu o conhecimento (em certos casos, apenas informações esparsas e carregadas de falácias), e determinou uma ordem social multicultural, ou “multifacetada e multipolarizada”, como afirmam STRECK e MORAIS (2008, p. 132). Com isso, os espaços de discussão e debate devem ser ampliados, evitando-se a realidade de um espaço de formação de opinião meramente burocrático e alienante, como um *contraponto* de Bobbio. E como se ampliam os espaços de discussão e debate? Por primeiro, com a proteção e promoção da liberdade de pensamento, de expressão, de opinião, de criação, de crença, de informação, de distribuição do conhecimento.

O Estado Democrático de Direito não se encontra em ruínas, mas em constante construção. O regime democrático, em sua acepção mais ampla decorre de uma “cultura humanística” que, em última análise, apregoa universalmente a primazia do próprio ser humano. Ocorre que, por inerentes questões ideológicas e lutas pelo poder, o regime democrático também se apresenta, neste contexto, como razoável “instrumento de dominação”, ainda que invariavelmente acobertado por determinados “elementos humanísticos”. (FRIEDE, 2012, p. 167).

Não é por menos que o Estado Democrático de Direito é um novo paradigma fundado em uma nova legitimidade no plano constitucional e da ciência política. Agora, o Direito assume função transformadora, operacionalizando-se uma ruptura com as

¹⁷² “Com efeito, pela criação de novos direitos e pela existência dos contra-poderes sociais, a sociedade democrática não está fixada numa forma para sempre determinada, ou seja, não cessa de trabalhar suas divisões e diferenças internas, de orientar-se pela possibilidade objetiva (a liberdade) e de alterar-se pela própria *práxis*” (CHAUÍ, 2009, p. 406).

concepções capitalistas-liberais, individualistas e socialistas falaciosas. A democracia, implantada pela cidadania ética e consciente, assume o posto de direito fundamental¹⁷³.

O Estado Democrático é um ideal possível de ser atingido, desde que haja um movimento forte em relação às adequações necessárias, em principal, em relação às desmitificações legadas pelo modernismo. Para DALLARI (2012, p. 304-305), é imprescindível que sejam atendidos os seguintes pressupostos: a) *Eliminação da rigidez formal*, no sentido de que para que um Estado seja democrático precisa atender à concepção dos valores fundamentais de certo povo numa época determinada. Como essas concepções são extremamente variáveis de povo para povo, de época para época, é evidente que o Estado deve ser flexível, para se adaptar às exigências de cada circunstância. b) *Supremacia da vontade do povo*, pois o argumento de que o povo é incapaz de uma decisão inteligente não pode ser aceito, porque contém o pressuposto de que alguém está decidindo se a orientação preferida pelo povo é boa ou não. Assim sendo, a orientação será considerada boa ou má de acordo com as preferências de quem a estiver julgado. c) *A preservação da liberdade*, pois a liberdade humana é uma liberdade social, liberdade situada, que deve ser concebida tendo em conta o relacionamento de cada indivíduo com todos os demais, o que implica deveres e responsabilidades. O problema, como se vê, não é de maior ou menor quantidade de liberdade, mas é de *qualidade* de liberdade. d) *A preservação da igualdade*, como *igualdade de possibilidades*, admitindo-se a existência de relativas desigualdades, decorrentes da diferença de mérito individual, aferindo-se este através da contribuição de cada um à sociedade. O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo

¹⁷³ “A *democracia* e a *igualdade* nesse contexto não têm concepção simplesmente formal como no Estado Liberal de Direito. Assumem conteúdo substancial e estão ligadas à necessidade de efetivação dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, individuais e coletivos. Os *direitos à democracia, à informação e ao pluralismo* transformaram-se em direitos fundamentais de *quarta dimensão*, que vinculam os governantes e operadores do direito, tornando o sistema jurídico aberto, dinâmico e modificador da realidade social. O sistema jurídico, no Estado Democrático de Direito, interage com os demais sistemas de dimensão internacional naquilo que representam novas conquistas aos direitos fundamentais. Portanto, há plena abertura para a criação de uma ordem jurídica mundial transformadora e protetora dos direitos fundamentais, incluindo o direito do ambiente. O Estado não mais pode conviver passivamente com as desigualdades e injustiças sociais. Ele precisa atuar para se reestruturar, reestruturando também a sociedade. A sua atuação não deve ser voltada para o indivíduo unicamente ou para o grupo simplesmente, mas para a comunidade, educando-a, conscientizando-a, além de empenhar para preservar a dignidade da pessoa humana em todos os aspectos da vida – econômico, político, jurídico, moral e biológico – e abrir igualmente as portas para a participação popular como fator de sua legitimação político-democrática.” (ALMEIDA, 2010, p. 233-236).

individual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos. A *igualdade de possibilidades* não se baseia, portanto, num critério artificial, admitindo realisticamente que há desigualdades entre os seres humanos, mas exigindo que as desigualdades sociais e de direitos não decorram de fatores artificialmente criados ou de concepções egoísticas e discriminatórias.

Ademais, o método interpretativo da Constituição no Estado Democrático de Direito deve seguir os novos parâmetros estabelecidos pela hermenêutica pós-positivista, ou seja, um exercício constante de solução do problematizante social, de construção e efetividade dos direitos fundamentais e de emancipação da ciência jurídica em relação ao jugo econômico e político de interesses totalitários¹⁷⁴. Essa renovação do método induz, como ensina ALMEIDA (2010, p. 239-240), à renovação e ampliação do bojo de princípios, inserindo-se: a) *princípio da máxima prioridade na proteção e efetivação dos direitos transindividuais*; no sentido de que o Estado, em todos os seus níveis, deve priorizar os direitos coletivos fundamentais da sociedade, como os relacionados ao ambiente, ao patrimônio público, cultural, cuja violação e falta de

¹⁷⁴ “A interpretação da Constituição no Estado Democrático de Direito, além de ser aberta e pluralista, em coerência com aquilo que Peter Häberle denomina de ‘sociedade aberta dos intérpretes da constituição’, necessita levar em consideração também o momento da aplicação como modo adequado de entender o próprio texto constitucional. Há, contudo, obstáculos. Marcelo Pedroso Goulart aponta os difíceis caminhos para a superação da problemática da injustiça social e implantação do projeto democrático: a) superação das desigualdades sociais, com a distribuição equitativa da riqueza socialmente produzida; b) inversão do processo de concentração dos poderes político e econômico com a ampliação dos espaços de participação popular na tomada de decisões nas duas esferas; c) superação da degradação ambiental com o estabelecimento de uma nova relação homem/natureza, incorporando princípios que permitam o desenvolvimento econômico socialmente justo e ecologicamente equilibrado; d) acesso de todas as pessoas à formação educacional, à informação e à produção do saber; e) eficácia social dos direitos econômicos e sociais já incorporados nos estatutos jurídicos, mas ainda não concretizados na prática; f) positividade de novos direitos. O *caráter democrático*, afirma Dalmo de Abreu Dallari, deve direcionar as reformas, pois ele confere a certeza de que, por intermédio das reformas, os valores fundamentais da pessoa humana serão resguardados com base na convivência social, na solidariedade, que *aproxima sem submeter, integra sem aniquilar e unifica sem despensalizar*. Assim, para a implantação de um Estado ideal, há um caminho a ser percorrido e três pontos fundamentais a serem seguidos: superação dos preconceitos; conhecimento da realidade; fixação da ordem adequada. O Estado Democrático de Direito caracteriza-se, também, pela *democracia deliberativa*. A pessoa humana é considerada sempre uma cidadã e deve ser chamada a participar ativamente do processo democrático de elaboração das leis, de administração governamental e de resolução da conflituosidade social. [...] A doutrina aponta como *princípios* do Estado Democrático de Direito: a) *constitucionalidade*, que se expressa pela vinculação do Estado a uma Constituição; b) *organização democrática da sociedade*, consistente na preservação da liberdade de participação social e política dos cidadãos e das entidades sociais emergentes; c) *sistema garantista de direitos fundamentais e coletivos*; d) *justiça social*; e) *igualdade*, não apenas formal, mas, necessariamente, material; f) *divisão de poderes ou de funções*; g) *legalidade*, especialmente para a exclusão do arbítrio e da prepotência; h) *segurança e certeza jurídicas*” (ALMEIDA, 2010, p. 236-237).

proteção, pelas consequências sociais produzidas, retiram o verdadeiro valor substancial da democracia e deslegitima, pela omissão, a atuação estatal; b) *o princípio da proibição do retrocesso*, no sentido de que não é admissível retrocesso em relação às conquistas da sociedade, uma vez que o caráter do princípio democrático é dinâmico e progressivo; c) *princípio da priorização da tutela jurídica preventiva*, a mais importante forma de proteção jurídica em uma ordem democrática – a tutela jurídica repressiva é, em muitos casos, apequenada porque nem sempre repara o dano *in natura*; d) *princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e da máxima efetividade dos direitos individuais e coletivos* – o Estado Democrático de Direito é o Estado da justiça material, conseqüentemente, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é um dos seus diferenciais, bem como a máxima efetividade dos direitos fundamentais e coletivos, impondo-se a tomada de todas as medidas constitucionais e legais para tais fins; e) *o princípio da abertura para uma ordem constitucional democrática mundial*, com prioridade para a proteção dos direitos fundamentais e do ambiente; f) *reconhecimento de uma cidadania planetária*, fundada na ideia de uma solidariedade mundial do tipo biocentrista.

Retomando o questionamento inicial sobre qual é o ideal e o real da democracia contemporânea, uma resposta minimamente adequada pode ser apresentada agora. Os fatos da vida cotidiana ainda deixa evidente que os direitos fundamentais não são amplamente efetivados, vivendo-se uma época de esperanças vagas em um sistema precário. A democracia da realidade ainda é a *democracia majoritária clássica*, a qual pode ser entendida como uma *democracia-oligárquica de interesses concorrentes das elites de poder e de promessas não cumpridas*. E após a abordagem pelas diversas teorias democráticas, o ideal consiste na *poliarquia participativo-deliberativa construída pela cidadania consciente e comunicativa*.

Propõe GOMEZ (2000, p. 135) que é preciso construir um projeto de *democracia cosmopolita*, sustentado tanto nas garantias institucionais e normativas que assegurem representação e participação de caráter regional e global, quanto em ações deliberativas e em rede que expandam e adensem uma esfera pública sobre as mais variadas questões relevantes. Não restam dúvidas que a ética kantiana previu a necessidade, em um futuro próximo, do debate mundial para a consolidação da

cidadania universal¹⁷⁵. Contudo, se o ideal de democracia pode ser classificado como “pós-moderno”, a realidade ainda vive num “sonho de modernidade”.

3.6. Os instrumentos da democracia semidireta para participação e deliberação ativa da cidadania.

Como visto, o conceito atual de democracia está em elaboração, é um dos aspectos da revisão geral de valores que se processa nas doutrinas contemporâneas. Na profunda crise moral e intelectual que a humanidade atravessa, seria prematuro afirmar que ela se fixou neste ou naquele conceito; e, provavelmente no campo político, ponto de convergência de todos os fatores da crise, a estabilidade é ainda mais remota. O que fica mais evidente é que se o conceito de democracia está em elaboração, a vida democrática deve, necessariamente, estar em constante construção.

A democracia não é concebida como devendo ser essencialmente política¹⁷⁶: é reclamada a intervenção do Estado em matéria econômica, pois não poderia haver

¹⁷⁵ “Finalmente, as cartas de direito ampliaram o seu campo de validade dos Estados particulares para o sistema internacional. No Prêmbulo ao Estatuto das Nações Unidas, emanado depois da tragédia da Segunda Guerra Mundial, afirmam-se que doravante deverão ser protegidos os direitos do homem fora e acima dos Estados particulares, ‘se se quer evitar que o homem seja obrigado, como última instância, a rebelar-se contra a tirania e a opressão’. Três anos depois, foi solenemente aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, através da qual todos os homens da Terra, tornando-se idealmente sujeitos do direito internacional, adquiriram uma nova cidadania, a cidadania mundial, e, enquanto tais, tornaram-se potencialmente titulares do direito de exigir o respeito aos direitos fundamentais contra o seu próprio Estado. Naquele luminoso opúsculo que é *A paz perpétua*, Kant traça linhas de um direito que vai além do direito público interno e do direito público externo, chamando-o de ‘direito cosmopolita’. É o direito do futuro, que deveria regular não mais o direito entre Estados e súditos, não mais aquele entre os Estados particulares, mas o direito entre os cidadãos dos diversos Estados entre si, um direito que, para Kant, não ‘representação fantástica de mentes exaltadas’, mas uma das condições necessárias para a busca da paz perpétua, numa época da história em que ‘a violação do direito ocorrida num ponto da Terra é percebida em todos os outros pontos’.” (BOBBIO, 2004, p. 117).

¹⁷⁶ “A democracia política, quer na doutrina, quer na prática, não poderia pretender dar a todos o uso, o exercício do poder. Ela dá a todos a aptidão legal, o direito subjetivo de exercer o poder, mas o seu exercício é subordinado à decisão da vontade geral, à designação feita por todos ou pela maioria, por meio da eleição. Nenhuma doutrina poderia pretender criar uma sociedade onde todos fossem governantes, pois é da essência mesma de toda organização que uns exerçam o poder e outros se subordinem ao poder. A divisão do trabalho e a diferenciação das funções é uma lei natural, que preside a vida e o progresso das sociedades humanas. Assim como a democracia política não pode ser a participação de todos no exercício do poder, a democracia social não poderia ser o uso da propriedade por todos. Todos têm, sim, o direito subjetivo, a aptidão legal de possuir e de usar a propriedade, e o Estado deve facilitar os meios para adquiri-la. Mas pela mesma razão por que, teoricamente ao menos, somente governam aqueles que a sociedade julga merecerem governar pela inteligência, pelo caráter e pela experiência, também somente devem *possuir* os que demonstram aptidão para *adquirir* pelo trabalho honesto. O que é justo e possível é que, assim como a vontade geral (através da Constituição e das leis) limita o poder político de modo que ninguém dele use para oprimir a sociedade, também seja limitada a

liberdade política sem segurança econômica. Ao lado dos direitos individuais, a democracia deve também assegurar os direitos sociais; ela não somente deve defender o direito do homem à vida e à liberdade, mas também à saúde, à educação, ao trabalho – daí, nos Estados modernos, a abundante legislação social.

Ademais, a democracia não é mais individualista, reconhece a existência de grupos sociais a que o indivíduo pertence, estimulando e protegendo essas associações, dando-lhes mesmo participação na formação do poder político. Nesse contexto é fundamental a compreensão da pluralidade das gentes e do pluralismo de ideias que devem construir a democracia cidadã/cidadania democrática (participativo-deliberativa).

De tal forma, a democracia representativa, ou o regime representativo, sistema comum de governo nos Estados modernos, nas últimas décadas, foi revisto e reconstruído pelas teorias políticas e legislações constitucionais, preconizando-se e adotando-se modificações sensíveis no regime representativo, surgindo uma terceira modalidade de democracia, a "democracia semidireta"¹⁷⁷. Como a própria expressão indica, trata-se de uma aproximação da democracia direta. É um sistema misto, que guarda as linhas gerais do regime representativo, porque o povo não se governa diretamente, mas às vezes tem o poder de intervir diretamente na elaboração das leis e em outros momentos decisivos do funcionamento dos órgãos estatais. De três formas principais se reveste o governo semidireto: *o referendum, o veto popular e a iniciativa popular*¹⁷⁸. (AZAMBUJA, 2008, p. 250-251). Em alguns países, como EUA, há outro

propriedade, para que ninguém use dela como instrumento de exploração e predomínio." (AZAMBUJA, 2008, p. 247-248).

¹⁷⁷ "Barthélemy & Duez, em seu *Traité de Droit Constitutionnel*, dizem que a Suíça, terra onde nasceu o maior doutrinador do poder popular, J.-J. Rousseau, é também a terra clássica da democracia semidireta. Ao lado da arcaica *Landsgemeinde*, assembleia legislativa de alguns cantões alpestres, desenvolveram-se, na legislação cantonal e federal, várias formas, dúcteis e eficientes, do governo semidireto. [...] Depois da Suíça, é por certo nos Estados Unidos onde o governo semidireto mais se desenvolveu. Os estados da União Americana conheciam há muito o referendo constitucional, mas foi o século XX que, como uma reação aos desvirtuamentos do regime representativo, o adotaram para as leis ordinárias, ao lado da iniciativa popular e de outra forma de democracia semidireta, essa bem caracteristicamente ianque – o *recall* das decisões judiciárias." (AZAMBUJA, 2008, p. 253).

¹⁷⁸ "A aplicação do *referendum* consiste em que todas ou algumas leis, depois de elaboradas pelo Parlamento, somente se tornem obrigatórias quando o corpo eleitoral, expressamente convocado, aprova. O *referendum* pode ser *obrigatório* ou *facultativo*, conforme a consulta ao povo é imposta obrigatoriamente pela Constituição ou esta deixa a sua prática ao arbítrio de uma autoridade ou dependente de petição de certo número de eleitores. Há o *referendum consultivo* ou *plebiscito*, quando o povo é chamado a pronunciar-se sobre a conveniência ou não de uma lei a ser feita pelo Parlamento, e o

instrumento da democracia semidireta, o *recall*¹⁷⁹, o qual, embora de boas intenções, ainda é criticado por muitos como violador da segurança jurídica. Noutro ponto, as inovações tecnológicas nos transportes e, principalmente, nas comunicações populares, as quais alcançaram um *status* de instantaneidade, devem ser observadas e analisadas para a elaboração de um sistema direto que se aproxime cada vez mais da cidadania participativo-deliberativa. Todos esses instrumentos da democracia semidireta, incluindo-se as ações judiciais de natureza popular, consistem em temas abertos ao debate e à pesquisa...

referendum deliberativo, quando a consulta do povo é posterior à elaboração da lei. Pode-se, ainda, distinguir o *referendum constituinte*, quando versa sobre reforma ou emendas à Constituição, do *referendum legislativo*, que se refere a leis ordinárias [...] A *iniciativa popular* aproxima-se ainda mais da democracia direta. Pelo *referendum*, a lei elaborada pelo Parlamento adquire força obrigatória; pela iniciativa popular, o Parlamento é obrigado a elaborar determinada lei. Se certo número de eleitores se manifesta pela necessidade de certa lei, o Parlamento fica juridicamente obrigado a discutí-la e votá-la. Geralmente, a lei votada pelo Parlamento em consequência da iniciativa popular é submetida ainda a *referendum* a fim de verificar se a maioria dos cidadãos ativos aprova a medida proposta por parte deles. A *iniciativa popular articulada* é aquela em que o povo apresenta ao Parlamento um projeto de lei completo, redigido por artigos, e a *não articulada* ou *por moção* é aquela em que o povo pede ao órgão legislativo que prepare uma lei sobre determinada matéria.” (AZAMBUJA, 2008, p. 252).

¹⁷⁹ “Escritores, juristas e políticos americanos têm denunciado, vezes sem conta, um perigo que, em sua pátria, toma formas ainda mais ameaçadoras que em outros países: membros do Poder Executivo, frequentemente; legisladores, não raro; e juízes, às vezes, caem nas mãos de poderosas organizações econômicas, trustes, sindicatos e consórcios, tornam-se seus instrumentos passivos, governando, legislando e julgando em proveito desses interesses e em prejuízo do interesse geral. [...] Se com o referendo o povo americano pode inutilizar certas leis, contrárias ao seu interesse, e com a *iniciativa* obrigar o órgão legislativo a fazer as que lhe são úteis, outra forma arrojada e singular de democracia semidireta lhe permite anular a ação dos juízes quando estes, alegando o vício de inconstitucionalidade, se negam a executar certas leis oriundas da iniciativa popular. É o *recall* das decisões judiciárias. Quando um juiz se nega a aplicar uma lei, por julgá-la inconstitucional, a maioria dos eleitores pode anular a decisão, declarar constitucional a lei e obrigar a sua aplicação. Isso se dá principalmente em relação à legislação social que, segundo muitos autores americanos, a magistratura eletiva de vários estados tem entravado, por imposição do capitalismo que a elege. É, sem dúvida, uma forma audaciosa e perigosa, mas foi a única arma que o povo americano encontrou para combater um perigo muito maior – a elegibilidade dos juízes. Quem preconizou o *recall* das decisões judiciais foi Theodore Roosevelt, em 1912, por ocasião de uma de suas campanhas eleitorais, e a grande popularidade de que gozava facilitou a adoção da medida em vários estados. Roosevelt excluía do *recall* as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos.” (AZAMBUJA, 2008, p. 255).

CAPÍTULO IV – O EXERCÍCIO DA SOBERANIA DEMOCRÁTICA NA RECEPÇÃO E APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PELO ESTADO BRASILEIRO

A instituição do Estado Democrático de Direito e o reconhecimento da construção democrática pela cidadania participativo-deliberativa permitem a revisão de todos os elementos conceituais do “Estado”. A pesquisa parte da tradicional linha moderna sobre o reconhecimento internacional de um Estado, parte das concepções modernas fundantes de normatizações, ilustradas nas disposições da “Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados” e da “Comissão de Arbitragem da Conferência Europeia sobre a Iugoslávia”¹⁸⁰, a qual, por questões metodológicas, não será abordada neste trabalho.

A “Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados” pactuada em Montevideu, Uruguai, aos 26 de dezembro de 1933, ainda vigente, é o principal paradigma para o reconhecimento internacional dos estados no cenário internacional¹⁸¹. Com efeito, no *first report* do Comitê de Reconhecimento/não-reconhecimento da Associação de Direito Internacional (ILA), SALIBA¹⁸² (2012, p. 6) constata essa situação:

Despite the fact that only sixteen States have ratified the Montevideo Convention (1933), its formulation of the elements necessary to form a State are widely employed in diplomatic practice and referred to in academic works. The reports of Australia, Austria, Japan, South Africa, Tanzania and the United Kingdom - none of which is a party to the Montevideo Convention - all mentioned the Montevideo

¹⁸⁰ “A Comissão de Arbitragem da Conferência Europeia sobre a Iugoslávia, em seu Parecer nº 1, declarou que ‘o Estado é comumente definido como uma comunidade formada por um território e uma população sujeitos a uma autoridade política organizada’, e que ‘a característica de tal Estado é a soberania’.” (SHAW, 2010, p. 148).

¹⁸¹ “*Within the ambit of international law, a state is understood to be composed of four essential elements: a defined territory, a permanent population, a government, and a capacity to conduct international relations. These elements impart a certain mutual exclusivity among states that we know as sovereignty, one of international law’s most important principles.*” (JANIS, 1999, p. 183). “No âmbito do direito internacional, um Estado é entendido como composto por quatro elementos essenciais: um território definido, uma população permanente, um governo, e uma capacidade de conduzir as relações internacionais. Esses elementos conferem um certo consenso entre os Estados sobre a soberania, um dos mais importantes princípios do direito internacional.” (tradução livre).

¹⁸² Aziz Tuffi Saliba é *rapporteur* do Comitê *Recognition/Non Recognition in International Law*, e autor de relatórios disponíveis em <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1032>

*Convention and its four elements as relevant criteria for the recognition of States. It comes as no surprise that Brazil or the United States - which are parties to the Montevideo convention - also utilize it. As one looks into the responses presented by the national reporters, one may see that even in cases where there was no express mention of the Montevideo Convention, there was substantial overlap between the criteria used by different countries and the Montevideo formula.*¹⁸³

A Convenção de Montevideo foi originariamente assinada pelos Estados de Honduras, EUA, El Salvador, República Dominicana, Haiti, Argentina, Venezuela, Uruguai, Panamá, México, Paraguai, Guatemala, Brasil, Equador, Nicarágua, Colômbia, Chile, Peru e Cuba, sendo posteriormente ratificada por dezesseis países (Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, EUA, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, República Dominicana e Venezuela)¹⁸⁴.

Em seu artigo 1, a Convenção traça as características essenciais do Estado para seu reconhecimento como pessoa de Direito Internacional: população permanente, território definido, governo e a capacidade de entrar em relações com outros Estados. A interpretação desses elementos estatais é feita a partir dos princípios inscritos nos artigos subsequentes da Convenção: a igualdade jurídica (art. 4), a jurisdição territorial (art. 9), a conservação da paz (art. 10) e a soberania (art. 8). O princípio da soberania estatal é expresso na Convenção como “*ningún Estado tiene derecho de intervenir en los asuntos internos ni en los externos de outro.*”¹⁸⁵.

¹⁸³ “Apesar do fato de que apenas dezesseis membros ratificaram a Convenção de Montevideu (1933), a sua formulação dos elementos necessários para formar um Estado são amplamente utilizados na prática diplomática e referida nos trabalhos acadêmicos. Os relatórios da Austrália, Áustria, Japão, África do Sul, Tanzânia e Reino Unido - nenhum dos quais é signatário da Convenção de Montevideo - todos mencionaram a Convenção de Montevideu e seus quatro elementos como critérios relevantes para o reconhecimento dos Estados. Não é surpresa que o Brasil ou os Estados Unidos - que são partes na Convenção de Montevideu - também a utilizem. Quando se observa as respostas apresentadas pelos relatórios nacionais, pode-se ver que, mesmo nos casos em que não houve menção expressa da Convenção de Montevideu, houve sobreposição substancial entre os critérios utilizados por diferentes países e a fórmula Montevideo” (tradução livre).

¹⁸⁴ Cf: Organização dos Estados Americanos – OEA. *Convención sobre Derechos y Deveres de los Estados (Convención de Montevideo de 1933)*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html>. Acesso em 15 de janeiro de 2015.

¹⁸⁵ “*No state has the right to intervene in the internal or external affairs of another*”. “Nenhum Estado tem o direito de intervir nos assuntos internos ou externos de outro” (tradução livre).

A reserva feita pelo governo dos EUA, sob a gestão do presidente Franklin Delano Roosevelt, quando da pactuação de Montevideu indica, claramente, a então vigente concepção de soberania como um poder absoluto e intransponível, pois, “*el gobierno de los Estados Unidos se opone, tanto como cualquier otro gobierno, a toda ingerencia en la libertad, la soberania u en otros asuntos internos o procedimientos de los gobiernos de otras naciones*”¹⁸⁶.

Partindo dessas premissas, o que ora se interroga é se o atual processo de recepção e aplicação das normas internacionais de direitos humanos pelo Brasil é causa para lesões/violações e/ou flexibilizações da soberania estatal brasileira e do artigo 8 da Convenção de Montevideo. Afirma SHAW (2010, p. 149), que essas disposições da Convenção “não são nem exaustivas nem imutáveis”, portanto, a revisão histórica é novamente imprescindível, pois é o transcurso temporal que permitirá constatar mutações, tanto restritivas quanto ampliativas, nas concepções de soberania da modernidade clássica e da contemporaneidade.

4.1. Soberania anacrônica do obsoleto Estado Nacional.

A pactuação da “Carta Magna Inglesa” no ano de 1215 pode ser demarcada como o surgimento da concepção de soberania clássica, ou ao menos seu primórdio. A celebração da Carta Magna redefiniu a soberania daquele momento, um monarca feudal com poder ilimitado sobre condados e ducados passa a ter seu poder real limitado pela garantia de direitos individuais de liberdade, propriedade e devido processo legal. A pressão externa e a iminência de invasão francesa sofrida pelo Príncipe João obriga o monarca inglês a proteger seu poder no plano internacional por meio da legitimação jurídica do poder interno. Com efeito, a reagregação dos barões feudais ingleses permitiu a resistência à invasão estrangeira. As duas faces, interna e externa, da soberania clássica estavam então forjadas.

A doutrina da soberania nacional no plano externo teve grande contribuição de Hugo Grotius, influenciando as posições assumidas no congresso internacional que

¹⁸⁶ “O governo dos Estados Unidos se opõe, tanto como qualquer outro governo, a toda ingerência na liberdade, na soberania ou em outros assuntos internos ou procedimentos dos governos de outras nações” (tradução livre).

promoveu a Paz de Westfália em 1648 e que estabeleceu os princípios básicos das relações internacionais. Grotius sistematizou o Direito Internacional, desenvolvendo e ampliando o conteúdo do *jus gentium*, e transformando o conceito, de regras comuns aos povos em normas que regem a comunicação entre as nações. Para Grotius, a soberania é o poder político que é exercido por uma pessoa determinada, cujos atos são indiscutivelmente legais diante de qualquer vontade humana. DIAS (2013, p. 126-137).

Grotius logrou finalmente separar a teologia do direito internacional, deixando claro que a concepção de uma lei divina era desnecessária para um estudo nessa área. Observou que a lei da natureza seria válida mesmo que Deus não existisse, voltando a basear-se exclusivamente na razão. Entretanto, é evidente que os conceitos do direito, assim como os da política e de outras disciplinas, são representações no mundo da realidade e refletem preocupações da época em que são concebidos. Nenhuma teoria é elaborada no vácuo; pelo contrário, todas são concebidas e desenvolvidas num ambiente social e cultural definido. (SHAW, 2010, p. 19-20).

Pois é nesse contexto histórico de formação dos Estados Modernos que surge a concepção clássica de soberania, um poder absoluto no âmbito territorial da jurisdição de um governo estatal, oponível contra tudo e contra todos. Essa concepção ganha ainda mais força quando é associada ao pensamento político dos Estados-Nações, vinculado ao sentimento patriótico, proveniente das épocas revolucionárias do século XVIII.

Para AZAMBUJA (2008, p. 69), a soberania do Estado é considerada geralmente sob dois aspectos: interno e externo. A soberania interna quer dizer que o poder do Estado, nas leis e ordens que edita para todos os indivíduos que habitam seu território e as sociedades formadas por esses indivíduos. A soberania externa significa que, nas relações recíprocas entre os Estados, não há subordinação nem dependência, e sim igualdade.

Segundo KELSEN (2000, p. 364-365), soberania é o “poder do Estado ao qual o povo está sujeito, e o poder estatal nada mais é que a validade e a eficácia da

ordem jurídica”. Soberania é “uma qualidade desse poder, uma autoridade que é a fonte de obrigações e direitos”.

Para JANIS (1999, p. 184), “*a sovereign state is one that is free to independently govern its own population in its own territory and set its own foreign policy*”.¹⁸⁷

Conforme BONAVIDES (2010, p. 125), “soberania interna é a superioridade do poder político frente aos demais poderes sociais, que lhe ficam sujeitos, de forma mediata e imediata, enquanto soberania externa é a manifestação independente do poder do Estado perante outros Estados”.

Para DALLARI (2012, p. 259), o mundo é uma sociedade de Estados, na qual a integração jurídica dos fatores políticos ainda se faz imperfeitamente. Do ponto de vista jurídico, o Estado é uma pessoa jurídica de direito público internacional, quando participa da sociedade mundial. Na prática, entretanto, apesar de todas as restrições dos teóricos e dos próprios líderes políticos, o reconhecimento de um Estado como tal não obedece a uma regulação jurídica precisa, ficando na dependência da comprovação de possuir soberania. Com efeito, independentemente de atos formais de reconhecimento, o que se exige é que a sociedade política tenha condições de assegurar o *máximo de eficácia* para sua ordenação num determinado território e que isso ocorra de *maneira permanente*, não bastando a supremacia eventual ou momentânea. Assim, pois, o que distingue o Estado das demais pessoas jurídicas de direito internacional público é a circunstância de que só ele tem soberania. Esta, que do ponto de vista interno do Estado é uma afirmação de poder superior a todos os demais, sob o ângulo externo é uma afirmação de independência, significando a inexistência de uma ordem jurídica dotada de maior grau de eficácia.

Pela concepção clássica, então, um dos elementos de formação estatal, juntamente com uma população e um território definido, é a soberania, a *summa potestas* das relações internacionais entre as nações. A soberania consiste na expressão de poder de um estado e seu povo, a qual não reconhece, *a priori*, outro poder acima, a

¹⁸⁷ “Um Estado soberano é aquele que é livre para governar de forma independente a sua própria população no seu próprio território e definir sua própria política externa” (tradução livre).

soberania exprime o mais alto poder do Estado, a qualidade de poder supremo, e se apresenta com duas formas distintas: a interna e a externa. A soberania interna significa o *imperium* que o Estado exerce sobre o território e a população, enquanto a soberania externa consiste na independência do Estado de qualquer outro poder que lhe seja exterior. A soberania clássica representa, assim, um poder originário de formação que é legitimado por uma supremacia jurídica para dentro e para fora de seus limites territoriais. A somatória desse poder supremo legitimado (soberania) à sua delimitada área geográfica é a pedra fundamental do Estado moderno. Assim, na soberania clássica o poder do Estado não é delegado, não deriva de nenhum outro, se origina em si mesmo, é independente, ou seja, é um poder supremo.

Atualmente, problematiza-se essa concepção, por um lado pela existência de uma ordem internacional e que vem limitando os poderes dos Estados¹⁸⁸; e, por outro lado, pela crescente importância no cenário global de outros atores políticos, como as cidades, as organizações não governamentais e as empresas. Estudos críticos sobre soberania se tornam cada vez mais necessários, principalmente por força do processo de globalização, assim como das mudanças na estrutura das relações internacionais. Como afirma DIAS (2013, p. 137), “o fato é que, embora o Estado Nacional continue sendo a forma mais importante de organização política da sociedade internacional e o principal depositário do poder da lei, esse Estado nacional e sua principal característica simbólica, a soberania nacional, estão sendo cada vez mais questionados”.

Há um desdobramento em duas vertentes do significado de “Estado Nacional”. No sentido tradicional, refere-se a um Estado territorial sobre o qual o povo que nele vive, a Nação, tem um poder soberano. Este é o sentido do Estado Nacional que surgiu com a Revolução Francesa e, em parte, com a Revolução Americana. Trata-se de uma definição política, e não étnica ou linguística, do Estado: é um povo que escolhe seu governo e decide viver sob determinada Constituição e determinadas leis. O

¹⁸⁸ “O direito internacional compõem-se de normas que, originadas de atos de Estado - isto é, de órgãos competentes para isso, conforme ordenamentos jurídicos únicos - para a produção de regras de relacionamento entre Estados, ou seja, através do costume. São as normas gerais de direito internacional, pois estabelecem direitos e obrigações para todos os Estados. Entre elas, a de significado mais especial, está a que comumente se designa pela fórmula *pacta sunt servanda*. Ela autoriza a comunidade jurídica internacional a regulamentar sua conduta, isto é, a conduta de seus órgãos e súditos, por meio de tratados.” (KELSEN, 2012, p. 181-182).

outro significado do termo é mais recente e consiste na ideia de que todo Estado territorial pertence a um povo específico, definido por determinadas características étnicas, linguísticas e culturais – e que isso constitui a Nação. Segundo essa ideia, apenas a Nação pertence ao Estado nacional, e todos os outros não passam de minorias que, embora vivam no mesmo local, não fazem parte dessa Nação. Para HOBBSBAWM (2000, p. 31), “ambos os tipos de Estado nacional estão em crise”.¹⁸⁹

O Estado tornou-se capaz de definir cada vez mais a área e a população sob seu controle, passou a acumular um volume crescente de informações relativas à sua soberania e ampliou cada vez mais sua eficiência em termos administrativos. em outras palavras, o Estado acumulou conhecimento, conquistou poder, alargou suas ambições e o espectro de suas intervenções, e assumiu mais responsabilidades. Quando seu processo alcançou seu ápice em meados do ‘Século Breve’ (século XX), muito pouco permaneceu fora do controle do Estado. Para HOBBSBAWM (2000, p. 39-42), “essa tendência parece ter chegado a seu limite. É preciso, no entanto, deixar algo bem claro: não é poder do Estado que foi restringido, pelo menos em teoria”. Na realidade, o grau de vigilância hoje possível é o maior e mais agressivo de toda a história, mas “o Estado de fato perdeu, em certa medida, seu monopólio sobre os meios de coerção. A mudança é que hoje os cidadãos estão menos dispostos do que antes a obedecer às leis do Estado”.

Nesse viés, defende SHAW (2010, p. 101) que no mundo de hoje, o Estado cumpre uma função complexa. De acordo com a teoria do direito, todos os Estados são soberanos e iguais. Mas, na realidade, “com a fabulosa expansão das comunicações e do conhecimento, e com o lembrete constante das rivalidades globais, nem mesmo o mais poderoso dos Estados pode ser completamente soberano”. A interdependência faz com que praticamente “qualquer ato de um Estado tenha profunda repercussão no sistema como um todo e nas decisões a serem tomadas por outros Estados”. A realidade limita, na prática, o conceito de soberania e intensifica a necessidade de “uma coordenação global de assuntos tão diversos quanto a política de combate aos problemas econômicos, os perigos ambientais e a ameaça do terrorismo”.

¹⁸⁹ “Creio que estamos diante da inversão de um processo secular, a longa onda histórica de construção e fortalecimento gradual dos Estados territoriais ou Estados Nacionais no sentido político do termo. Essa tendência dominou o mundo desenvolvido pelo menos desde o séc. XVI e até por volta da década de 1960” (HOBBSBAWM, 2000, p. 38).

A ideia de uma união nacional como fundamento do Estado, em que pese ser relevante para a unificação dos objetivos básicos de um povo que se autodetermina¹⁹⁰, vai de encontro à principal característica da democracia contemporânea real: sua pluralidade. O conceito de Estado Nacional está, gradualmente, sendo substituído pela evidente expansão multinacional, transferindo a ideia da união nacional para a constatação do “Estado Plurinacional”.

A aceitação do “Estado Plurinacional” é o reconhecimento da qualidade fundamental do Estado como sendo “Democrático de Direito”. Por consequência, impõe-se a tarefa de rever os institutos jurídicos internos para a reconstrução do Direito arrimado no Estado Democrático. Ao mesmo passo, trona-se imprescindível a compreensão e divulgação do Direito Internacional e suas relações político-jurídicas engendradas na atualidade. O Direito Internacional, ademais de ciência própria, busca a realização de um ideal categórico, um novo *ethos*, a civilidade máxima das gentes, a qual se pode denominar “cidadania universal”.¹⁹¹

¹⁹⁰ “Não seria exagero, pois, afirmarmos que o nacionalismo tem sido um componente-chave da modernidade, um instrumental crucial para conferir sentido às sociedades contemporâneas, marcadas pela impessoalidade, grande heterogeneidade e em rápida transformação. Em uma primeira aproximação, pode-se caracterizar o nacionalismo, *grosso modo*, como um sentimento de identidade coletiva, ou de entendimento comum e partilha de valores, experimentado por pessoas que, como bem afirma Benedict Anderson (1991), talvez nunca se encontrem ou se conheçam, mas estão persuadidas de que pertencem todas a uma dada ‘comunidade de espíritos irmanados’. Sem este peculiar sentimento de identidade e pertença coletiva, dificilmente poder-se-ia começar a falar dos grandes Estados integrados cuja existência acompanhou o desenvolvimento da modernidade ocidental” (PAMPLONA, 2005, p. 187-188).

¹⁹¹ “*El actual reconocimiento de la centralidad de las condiciones de vida de todos los seres humanos en la agenda internacional del siglo XXI corresponde a un nuevo ethos de nuestros tiempos. Tal concepción, a su vez, corresponde, en nuestros días, a la búsqueda continuada de la realización del ideal de la civitas máxima gentium, visualizado y cultivado por los fundadores del Derecho Internacional. Com ésto, volvemos a los Orígenes del Estado nacional, el cual fue concebido y existe para el ser humano, y no vice-versa. [...] El Estado fue efectivamente concebido para la realización del bien común, y no se puede invocar su ‘soberanía’ para intentar justificar violaciones del derecho a la vida y del derecho a la integridade de la persona humana.*” (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 126). “O atual reconhecimento da centralidade das condições de vida de todos os seres humanos na agenda internacional do século XXI corresponde a um novo *ethos* dos nossos tempos. Tal concepção, por sua vez, corresponde, em nossos dias, à busca continuada da realização do ideal de *civitas máxima gentium*, visualizado e cultivado pelos fundadores do Direito Internacional. Com isto, voltamos às Origens do Estado nacional, o qual foi concebido e existe para o ser humano, e não vice-versa [...] O Estado foi efetivamente concebido para a realização do bem comum e não se pode invocar sua ‘soberania’ para tentar justificar violações do direito à vida e do direito à integridade da pessoa humana” (tradução livre).

Nesse contexto, a “cidadania universal” constitui-se pela organização de um Direito criado, nas palavras de Hans Kelsen, pela “comunidade jurídica universal”¹⁹². Os ideais emergidos com Kant estão mais vivos do que nunca, pois se deseja ardorosamente a continuidade da paz internacional¹⁹³.

Mas, em verdade, em que pese o ativismo jurídico internacional, movimentado por indivíduos e organizações¹⁹⁴, que se faz perceber na atualidade, o ordenamento internacional ainda encontra diversas dificuldades, permanecendo, até o momento, um tanto quanto distante do desejado Estado mundial previsto por Hans Kelsen¹⁹⁵. Com efeito, diversos são os Estados contemporâneos que ainda não desmitificaram as ideologias da modernidade e vivem a soberania estatal de uma época em que os direitos individuais e coletivos nem sequer haviam sido estudados e

¹⁹²“Se se aceitar que não existe apenas um único ordenamento jurídico estatal, mas que existe uma pluralidade deles, coordenador e com a validade juridicamente delimitada, em plena vigência, reconhece-se que é o direito internacional positivo que realiza essa coordenação dos ordenamentos jurídicos únicos e a delimitação recíproca de seu âmbito de validade, então deve-se conceber o direito internacional como acima dos ordenamentos jurídicos pertencentes a uma comunidade jurídica universal; com isso, a unidade de todo o direito é assegurada num sistema escalonado consecutivo.” (KELSEN, 2012, p. 140).

¹⁹³ “Kant defende, ainda, a ideia de confederação dos Estados livres como forma de alcançar a paz internacional. [...] É, pois, dever dos Estados pactuar entre si o fim das hostilidades de acordo com a razão, estabelecendo a comunidade jurídica internacional. Kant fala, então, em uma ‘liga das Nações para a paz’, algo bastante semelhante com a atual Organização das Nações Unidas.” (CASTILHO, 2012, p. 135).

¹⁹⁴ “Os direitos civis e políticos comportam o processo de reclamação ou petição individuais a um organismo internacional, que pode resultar de uma garantia-coletiva criada pelos Estados-Parte de uma convenção sobre direitos humanos. Já os direitos econômico-sociais e culturais, pelas suas características de ‘objetivos’ a serem realizados progressivamente por uma coletividade, através da ação estatal, são menos suscetíveis de aplicação imediata. Por isso, o acompanhamento de sua tutela, no plano internacional, não cuida normalmente da reparação ou do problema da violação individuais, como é o caso dos direitos civis e políticos, mas geralmente se faz através de relatórios sobre situações prevalentes que afetam grupos ou coletividades humanas e que são discutidos e examinados por um organismo internacional”. (LAFER, 1999, p. 129).

“Organizações Não Governamentais, frequentemente referidas como ‘ONG’, são entidades privadas que atuam de muitas formas, denunciando violações graves de Direitos Humanos, fazendo a divulgação dos documentos internacionais relacionados com esses direitos, promovendo estudos e pesquisas visando o aperfeiçoamento de sua proteção e promoção também apresentando sugestões às organizações oficiais especializadas, inclusive à ONU. Várias ONGs são formalmente reconhecidas pela ONU e já exercem influência nas decisões dessa entidade representativa dos Estados, o que significa que os povos, diretamente, estão atuando na ordem internacional, buscando suprir as deficiências da ação estatal e eliminar as injustiças e a violência que impedem a humanidade de viver em paz”. (DALLARI, 2012, p. 212).

¹⁹⁵ “Todo o movimento técnico-jurídico aqui apontado tem como última tendência apagar a linha fronteira entre o direito internacional e o ordenamento jurídico estatal singular, de modo que apareça, como meto final da evolução jurídica real, dirigida à crescente centralização da unidade organizada de uma comunidade universal de direito mundial, ou seja, a formação de um Estado mundial. Atualmente, porém, não se pode falar disso ainda.” (KELSEN, 2012, p. 187).

debatidos com a profundidade merecida. Ainda há Estados que vivem em regimes quase anárquicos ou totalitários, distantes da abertura política e jurídica para a consolidação democrática participativo-deliberativa por uma cidadania ética de construção continuada¹⁹⁶.

Embora haja, atualmente, reiteradas críticas às propostas científicas de Kelsen, mormente pelo seu alinhamento à escola positivista, seus estudos são, desde aquele momento, visionários para a construção do Direito Internacional, não como mero ordenamento de Estados, mas como uma normatização universal de toda a comunidade internacional. Kelsen já espancava o “dogma da soberania”.

O dogma da soberania estatal, com o primado do ordenamento jurídico estatal singular que dela resulta, corresponde inteiramente àquele conceito subjetivo que, em sua consequência última, cai na ótica do solipsismo, que quer conceituar o indivíduo singular, ou seja, o ‘eu’, como centro do mundo, e por isso, este último como vontade e representação do ‘eu’. Ao radical subjetivismo estatal se opõe o primado do ordenamento jurídico internacional, como expressão de uma ótica especificamente objetiva do mundo e do direito. [...] Na verdade, não são os Estados singulares, como se costuma acentuar, sob a influência do dogma da soberania, mas a comunidade dos Estados ou, mais exatamente, a comunidade de direito internacional que produz o direito originado de tratados internacionais; assim como é o Estado, que por meio de órgãos estatais produz o direito estatal.” (KELSEN, 2012, p. 193 e 203).

Hans Kelsen afirma categoricamente que uma das mais importantes contribuições da Teoria Pura do Direito é a relativização estatal e, por consequência, o posicionamento do Estado como instância jurídica intermediária e a dissolução teórica do dogma da soberania como instrumento principal da ideologia imperialista e direcionado contra o direito internacional. Para Kelsen, a soberania absoluta é fraco argumento político, e não alcança a força de um argumento jurídico, já que não se apresenta logicamente válido¹⁹⁷.

¹⁹⁶ “Técnicamente, os Estados vivem em situação de anarquia, pois, embora exista uma ordem jurídica em que todos se integram, não existe um órgão superior de poder, a que todos se submetam. Este aspecto, aliás, já foi percebido no começo deste século, e pelo reconhecimento dessa deficiência é que, nos últimos tempos, têm sido criadas muitas organizações internacionais dotadas de um órgão de poder. Esta é uma inovação importante, que modifica profundamente os termos do relacionamento entre os Estados”. (DALLARI, 2012, p. 260).

¹⁹⁷ “A Teoria Pura do Direito relativiza o Estado. Reconhece-o como grau jurídico intermediário e consegue assim seu entendimento de que, desde a comunidade de direito internacional universal, que

Para TOUSCOZ (1993, p. 140), os Estados não detêm um poder ilimitado ou absoluto, pois suas competências são condicionadas pelo Direito Internacional, além das numerosas convenções que limitam o exercício de sua competência.

As numerosas convenções a que se refere TOUSCOZ constituem uma das fontes do Direito Internacional, são os tratados. Porém, há outra fonte que necessita de observância nesta problemática da soberania estatal, é o costume. Em síntese apresentada por LUPI (2009, p. 25): a) o costume se forma pela soma de dois elementos, um objetivo, a prática geral, e outro subjetivo, a *opinio juris*; b) a prática compõe-se de atos dos Estados e das Organizações Internacionais; c) a *opinio juris* diferencia o costume do uso, que não é obrigatório; d) a prova da norma costumeira incumbe a quem a alega em seu favor¹⁹⁸.

Ora, poder-se-ia inferir, considerando o consenso de diversas doutrinas sobre o traço de poder supremo da soberania estatal, que, na prática, é um incontestado costume o exercício da imunidade jurisdicional absoluta entre os Estados. Porém, na linha hermenêutica de desmitificação dos conceitos modernos, SALIBA (2010, p. 30) esclarece com extrema precisão que o próprio “dogma da imunidade jurisdicional absoluta entre os Estados” jamais se apresentou, na verdade, como um costume, muito menos como uma “sólida norma costumeira”.

abrange todos os Estados e as comunidades jurídicas neles incluídas, e numa sequência contínua conduz, gradualmente, as formações jurídicas transitórias umas às outras. A dissolução teórica do dogma da soberania desse instrumento principal da ideologia imperialista, dirigida contra o direito internacional, é uma das mais importantes contribuições da Teoria Pura do Direito. Embora de maneira alguma o tenha obtido com intenção política, pode, não obstante, ter efeitos políticos, pois remove um obstáculo político que se opõe, de modo quase intransponível, a todo aperfeiçoamento técnico do direito internacional, a toda tentativa de uma centralização progressiva do ordenamento jurídico internacional. A Teoria Pura do Direito resiste a uma argumentação que esclarece uma evolução desse tipo como incompatível com a natureza do direito internacional ou com a essência do Estado, ou seja, com tudo o que deve expressar o conceito de soberania. Ela desmascara a tentativa de dar, com o auxílio desse conceito de argumento apenas político, a aparência de um argumento lógico, que não pode ser refutado a não ser com um argumento igualmente contrário, cuja natureza fosse irrefutável. [...] Nesse sentido, pode-se dizer que a Teoria Pura do Direito, ao assegurar a unidade gnoseológica a todo o direito pela relativização do conceito de Estado, cria um pressuposto significativo para a unidade da organização de um ordenamento jurídico universal centralizado.” (KELSEN, 2012, p. 204-205).

¹⁹⁸ “O costume é um dos temas centrais da Teoria do Direito Internacional. Fonte de importância na prática judiciária e das relações internacionais, destaca-se por sua abrangência. Com efeito, o costume pode ser e é, no mais das vezes, fonte do Direito Internacional Geral, isto é, daquele Direito obrigatório para todos os sujeitos de Direito Internacional.” (LUPI, 2009, p. 23).

SALIBA (2010, p. 30-32) argumenta que a origem da imunidade jurisdicional é objeto de controvérsia, pois parte considerável da doutrina assevera que a imunidade teria suas raízes na independência e na igualdade dos Estados e que, em princípio, seria absoluta. Se os países são independentes e iguais, um Estado não poderia submeter, às suas cortes, outro país: *par in parem non habet imperium*. Seria um atentado contra sua soberania e sua independência vê-lo como demandado. A imunidade cobriria toda a atuação estatal, o que lhe conferiria caráter absoluto. Contudo, a maior participação do Estado em setores que haviam sido, até então, alocados primordialmente para a iniciativa privada, teria levado a um abrandamento da imunidade, já na primeira metade do século XX. Passou-se a distinguir entre os atos de império e os de gestão. Os atos de império seriam os próprios do ente soberano, enquanto os de gestão seriam aqueles de natureza comercial ou de direito privado. Segundo SALIBA, a dissonância desta versão é mais bem formulada pelo professor Michael Byers, da *Duke University*, segundo o qual “é uma crença geral que quando a doutrina de imunidade relativa se tornou uma norma consuetudinária de Direito Internacional, na metade do século XX, alterou-se o costume preexistente em que se garantia imunidade absoluta de jurisdição aos Estados”. No entanto, tal crença seria errônea e a existência de imunidade absoluta não passaria de um mito.

Conforme SALIBA (2010, p. 31-32), para que se possa configurar uma norma costumeira de Direito Internacional, é necessário que se tenha uma “prática geral aceita como sendo o Direito”, nos precisos termos do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Na primeira decisão proferida pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso *Haya de la Torre*¹⁹⁹, em que contendiam Peru e Colômbia, em questão concernentes ao asilo diplomático, afirmou-se que a prática revelava ‘tanta incertezas e contradições’, ‘flutuações e discordância’ e ‘influências políticas’ que se impossibilitava discernir um uso uniforme e uma aceitação constante, susceptível de servir de base ao costume. “Resta atente que a imunidade absoluta de Estados não

¹⁹⁹ O caso foi julgado em 1950 pelo Tribunal Internacional de Justiça. No ano anterior, um dirigente político peruano, Victor Raul Haya de la Torre, obteve asilo na embaixada da Colômbia em Lima, Peru. O embaixador colombiano solicitou ao governo do Peru que permitisse a saída de Haya de la Torre do país, justificando que a qualificação do asilado era de refugiado político. O governo peruano não aceitou o direito avocado pela Colômbia em tipificar unilateralmente a ofensa do asilado. Na Corte, a Colômbia argumentou ser um costume esse direito do Estado que concede asilo e, portanto, um dever do Estado territorial. Mas, como o ônus probatório recai sobre quem alega a prática costumeira, e não tendo sido suficientemente demonstrada pela Colômbia, a Corte deu razão ao governo peruano.

configurou costume, no sentido jus-internacionalista do termo, quanto mais uma ‘sólida regra costumeira’. A suposta norma consuetudinária era, na verdade, um mito – uma crença equivocada que custou a vários indivíduos a adequada prestação jurisdicional.”

Segundo SHAW (2010, p. 210), a norma básica de direito internacional, que nega aos Estados o direito de intervir nos assuntos internos de outros Estados, é uma consequência da igualdade e da soberania estatal e reflete-se no artigo 2º(7) da Carta das Nações Unidas. Porém, na seara dos direitos humanos essa norma passou por um processo de reinterpretação. Os Estados já não podem invocar essa norma para obstar o exame crítico, por parte da comunidade internacional, de situações ligadas aos direitos humanos. No âmbito do costume como fonte de direito internacional, SALIBA demonstra acima que a soberania ou imunidade absoluta de um Estado nem sequer se consolidou como de uso continuado. Nesse ponto, SHAW (2010, p. 212), argumenta que os direitos humanos, esses sim, são atualmente protegidos, além dos tratados internacionais e regionais, também pelo direito internacional consuetudinário, consolidado pela prática dos Estados, com ênfase na proibição da tortura, do genocídio, da escravidão e no princípio da não-discriminação.

Nesse cenário de evolução do Direito Internacional, uma gigantesca conquista foi a pactuação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), a qual finalmente foi ratificada pelo Brasil aos 25 de setembro de 2009, juntando-se a outros 109 membros da comunidade internacional, na chamada “convenção sobre convenções”. A CVDT é um dos mais relevantes instrumentos normativos de Direito Internacional. (SALIBA, 2011, p. V)²⁰⁰. Todavia, a problemática para o futuro está, sem

²⁰⁰ A ratificação brasileira veio acompanhada de duas reservas, relativas aos artigos 25 e 66 da CVDT. Sobre o tema, a reserva consiste, em regra, a possibilidade dos Estados, ao se tornarem parte num tratado, rejeitar as cláusulas pelas quais não desejam se obrigar. Tal procedimento permite a um maior número de Estados integrarem um instrumento convencional. Até a década de 50, a posição predominante é que a reserva de um Estado deveria ser aceita de forma *unânime* pelos demais Estados-partes, mas a CVDT trouxe, em seus artigos 19 e 20 as definições de situações que impedem a formulação de reservas: a) quando a reserva é expressamente proibida pelo tratado; b) quando o tratado arrola quais as reservas podem ser feitas, entre as quais não figure a reserva em questão; c) quando a reserva é incompatível com o objeto e a finalidade do tratado. (SALIBA, 2011, p. 107-117).

dúvida, na interpretação a ser efetuada quando da aplicação dessa Convenção aos casos concretos²⁰¹.

A própria CVDT, em seu artigo 2º, definiu “tratado” como sendo “um acordo internacional concluído entre Estados sob a forma escrita e regido pelo direito internacional, quer consubstanciado num único instrumento, quer em dois ou mais instrumentos relacionados, e qualquer que seja sua designação específica”²⁰². Assim sendo, as Convenções de Direitos Humanos, incluindo a Americana (Pacto de San Jose), constituem-se em tratados multilaterais e estão sob os efeitos normativos do Direito dos Tratados²⁰³.

Dois artigos da CVDT são essenciais para a superação da soberania estatal clássica da modernidade como poder absoluto, tratando-se dos artigos 26 e 27 da CVDT.

Por primeiro, a regra costumeira do *pacta sunt servanda* foi expressamente reconhecida e se tornou orientadora na observância dos tratados internacionais, conforme artigo 26 da CVDT, “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. O princípio da boa-fé é fundamental para todo o direito

²⁰¹ A seção 3 da CVDT ocupa-se em determinar o método interpretativo de tratados. O artigo 31 apresenta regras gerais de interpretação, o artigo 32 cuida de meios suplementares de interpretação e o artigo 33 normatiza a interpretação de tratados autenticados em dois ou mais idiomas.

“Um dos problemas permanentemente enfrentados por juízes, tribunais e advogados, tanto no âmbito do direito interno quanto na esfera do direito internacional, é a questão da interpretação. [...] No tocante ao direito internacional, há três abordagens básicas à interpretação de tratados. A primeira centra-se no próprio texto do acordo e enfatiza a análise dos termos utilizados. A segunda encara as intenções das partes que adotam o acordo como a solução para as cláusulas ambíguas, e pode ser denominada escola de interpretação subjetiva, em contraposição à abordagem objetiva da escola mencionada em primeiro lugar. A terceira abordagem adota uma perspectiva mais abrangente que as outras duas e propõe que o objeto e a finalidade do tratado sejam o pano de fundo mais importante em relação ao qual o significado de qualquer cláusula específica deve ser avaliado. Essa escola teleológica de pensamento acaba por colocar em evidência o papel do juiz ou árbitro” (SHAW, 2010, p. 693).

²⁰² “O próprio termo ‘tratado’ é o mais usado no contexto dos acordos internacionais, mas há diversas palavras que podem ser, e às vezes são, usadas para expressar o mesmo conceito: protocolo, ato, carta, convênio, pacto e concordata” (SHAW, 2010, p. 672).

²⁰³ No cenário de autonomia procedimental para a celebração de tratado, dois elementos são mais nítidos e sólidos para a validade dos pactos: a representação do Estado por pessoa natural identificável com plenos poderes e o consentimento, este por meio de assinatura, intercâmbio de instrumentos, ratificação ou adesão. Não há dúvida que os requisitos foram cumpridos no compromisso do Brasil com a CVDT e com as Convenções Internacionais de Direitos Humanos, inclusive a Americana.

dos tratados²⁰⁴, e evidenciou-se, nas palavras de MACEDO (2011, p. 181), na “condição de metanorma”. Para MACEDO (2011, p. 183-189), a boa-fé foi reafirmada na CVDT, pois a Carta da ONU já o expressava em seu art. 2.2. A boa-fé consiste em um estado subjetivo de espírito (boa intenção), é sinônimo de razoabilidade para o exercício interpretativo, e tem caráter objetivo como princípio geral do Direito. A boa-fé não é mero valor moral vago e desprovido de qualquer eficácia normativa, pois traduz normas de caráter mais geral e remete a outras provisões na própria CVDT e a outros documentos legislativos com obrigações bastante precisas. O artigo 26 incide sobre o momento da execução de um tratado, pois o texto está válido e em vigor, o que significa que se encontra apto a produzir efeitos jurídicos, ou seja, a boa-fé, que é um imperativo do direito internacional, quando aplicada no direito convencional para a execução de tratados, torna-se *pacta sunt servanda*, e este é aplicado todos os tratados e a todo o tratado, inclusive anexos e apêndices.

Por segundo, o artigo 27 da CVDT dispõe que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, positivando a solução para um dos mais antigos conflitos do direito internacional, sua aplicabilidade sobre o ordenamento interno dos Estados. Para MACEDO (2011, p. 191-197), com essa norma, a parte de um tratado se obriga a assegurar que os seus órgãos de direito interno executem as provisões ali dispostas, aplicando-se até mesmo se as normas internas tiverem *status* constitucional. Ademais, em conjunto com o artigo 29²⁰⁵, o artigo 27 obriga um Estado federal a assegurar a observância do tratado em cada unidade constitutiva.

A normatização positiva da aplicabilidade do direito internacional sobre o ordenamento interno dos Estados é marco de superação da celeuma profundamente debatida entre teorias monistas e dualistas sobre a recepção das normas de direito

²⁰⁴ “O princípio fundamental do direito dos tratados é sem dúvida a proposição de que são de cumprimento obrigatório para as partes envolvidas e devem ser celebrados de boa-fé. Essa norma é chamada de *pacta sunt servanda*, e pode-se afirmar que é o princípio mais antigo do direito internacional” (SHAW, 2010, p. 671).

²⁰⁵ “Artigo 29. Aplicação Territorial de Tratados. A não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado, ou seja estabelecida de outra forma, um tratado obriga cada uma das partes em relação a todo o seu território”.

internacional pelos países²⁰⁶. Em verdade, o artigo 27 é a efetiva gênese normativa sobre a fiscalização exercida pela comunidade internacional, inclusive indivíduos, no cumprimento dos conteúdos pactuados pelos Estados. É este artigo que primordialmente fundamenta o atualmente debatido “controle de convencionalidade”, o qual será alvo da pesquisa nos próximos tópicos.

Fato é que, na prática atual, “não há maiores oposições das populações contra o fenômeno multinacional dos Estados” (HOBSBAWM, 2000, p. 43), e “alguns Estados tentam, com todo afã, abrir mão de direitos soberanos para que sejam integrados em formações supra-estatais” (PAMPLONA, 2005, p. 203). Contudo, as violações de direitos humanos são também evidentes na prática, consumados, em sua grande maioria, pelos próprios Estados. Ao que parece, o cenário globalizante tem extrema pertinência com essa situação.

Há, certamente, um descompasso entre os valores “além das fronteiras” trazidos pela globalização e os ideais políticos da modernidade clássica. Para HOBSBAWM (2000, p. 70), a globalização, a despeito de seu êxito, ainda é limitada pela existência dos Estados e do poder estatal, isso porque a globalização não é um processo universal que atua da mesma forma em todos os campos da atividade humana. Ainda que se possa dizer que há uma tendência histórica natural para a globalização nas áreas da tecnologia, comunicação e economia, isto certamente não vale para a política. “São aspectos diferentes do mundo, aspectos que não se desenvolvem de maneira similar”.

Para GUIMARÃES (2013, p. 87-92), o pensamento político moderno requer transformações imediatas para acompanhar a dinâmica do cenário mundial, a qual é impulsionada pelo fenômeno da “transnacionalidade”. Para ele, as transformações observadas na sociedade, especialmente a partir dos fins dos anos 80, tanto na ciência e

²⁰⁶ “Falar em nações monistas ou dualistas consiste, a rigor, num contra-senso. Em verdade, o que alguns Estados buscavam ao fazer esse tipo de escolha era a liberdade legislativa de poder emitir uma norma contrária a um compromisso internacional previamente assumido – visto que nenhum tratado internacional num país dualista poderia ser considerado *self-executing*. Ainda assim, para o artigo 27 da CVDT, não interessa qual a hierarquia que um tratado, depois de internalizado, recebe de um país; interessa apenas cumpri-lo. O referido dispositivo estabelece tão somente uma obrigação de resultado, e não importa o mecanismo que o direito interno irá utilizar para esse fim, quer exista ou não a incorporação automática” (MACEDO, 2011, p. 195).

na tecnologia, como nas relações econômicas e de produção, além do fim da *guerra fria*, causaram “fissuras no paradigma de Estado moderno, que já não atenderá às demandas da contemporaneidade, seja porque sua estrutura organizacional colide com a dinâmica da economia e das regulamentações globalizadas, seja porque a pura e simples reivindicação de soberania (como poder total e incontestável) impõe entraves no relacionamento dos Estados”. (GUIMARÃES, 2013, p. 93). Nesse sentido, há debates emergindo no sentido de renovação do “contrato social”, mas agora no âmbito transnacional globalizado.

Contudo, adverte TOUSCOZ (1993, p. 141) que nessa sutil dialética entre política e Direito, o principal argumento válido da resistência dos Estados ao Direito Internacional consiste na habilidade que as potências mundiais em invocar os nobres princípios de Direitos Humanos para interferirem nos assuntos internos dos Estados mais fracos e para influenciarem seus regimes de modo a poderem dominá-los.

Certo é que se o Direito Internacional reconhece e protege os princípios da ordem democrática, não define com precisão esse regime político, admitindo indiferentemente as democracias meramente majoritárias ou populares. O primeiro passo foi dado pelo Conselho da Europa (Tratado de Maastricht), o qual se comprometeu a respeitar as regras da *democracia pluralista*, mas, ao mesmo tempo, a respeitar as regras da *economia de mercado*. (TOUSCOZ, 1993, p. 142-143).²⁰⁷

Nesse imbricamento entre democracia e mercado, um prognóstico um tanto pessimista sobre o que nos reserva o futuro é apresentado por HOBBSAWM (2000, p. 194), o qual defende que do ponto de vista da tecnologia, o próximo século irá continuar a celebrar o triunfo do gênio humano; em termos econômicos, ele será mais rico; e talvez seja capaz de se adaptar ao novo ambiente e aprender a usar as enormes forças a sua disposição sem destruir a si mesmo. Porém, não vê com clareza o futuro das

²⁰⁷ CHEVALLIER (2009, p. 266-267) revela a importância da cidadania europeia para a superação do Estado Nacional, mas também aponta seus efeitos ainda *brandos* e *subsidiários*: “A implantação da cidadania europeia coloca em questão a concepção tradicional da cidadania, na medida em que ela questiona a exclusividade de sua vinculação ao Estado-Nação: ilustrando a passagem a uma cidadania plural, ela alimenta o processo de reavaliação precedentemente evocado [...] A importância de Maastricht é dupla; de uma parte, o Tratado dissipa qualquer incerteza, instituindo explicitamente ‘uma cidadania da União’; por outra parte, essa proclamação conduz ao reconhecimento de novos direitos, de natureza política. Entretanto, essa cidadania permanece uma cidadania mínima, na medida em que ela é apenas de superposição e se caracteriza por uma fraca densidade”.

relações políticas e culturais entre os seres humanos, pois grande parte das soluções, grande parte das estruturas que foram herdadas do passado foram destruídas pelo dinamismo extraordinário da economia na qual se vive. E isto está lançando um número crescente de homens e mulheres numa situação em que não podem mais recorrer a regras claras, perspectivas, senso comum; uma situação em que não sabemos mais o que fazer de nossas vidas, tanto no plano individual como no coletivo. Isto vale para uma instituição como a família, mas também para todas as instituições políticas que constituíram os fundamentos do processo de civilização daquilo que Habermas chamou de “esfera pública”. Política, partidos, jornais, organizações, assembleias representativas e Estados: nada mais funciona da maneira como costumava funcionar, e na qual se supunha que continuaria funcionando por um longo tempo. Para HOBBSAWM, o futuro é obscuro.

Essa tendência pessimista de uma *tecnodemocracia* ou *democracia de mercado* poderá ser combatida pela reforma do aparato estatal e pela reforma institucional que garanta a existência de um espaço público democrático com a atuação neste de grupos de interesses representados. Conforme BARRAL (1992), um rápido diagnóstico demonstraria que estas reformas variam desde a exigência de legislação eleitoral até a adesão a tribunais internacionais que punam os atentados aos Direitos Humanos e aos demais interesses difusos da sociedade. Ao lado disso, deve-se atentar para que a profissionalização política (cultura arraigada no cenário brasileiro) não impeça a construção de espaços políticos para-estatais.

Pois bem, com a revisão crítica elaborada no capítulo anterior desta pesquisa constatou-se que a democracia ideal é a da cidadania participativo-deliberativa. De tal forma, a necessidade lógica de revisitar o conceito de soberania propiciou a constatação, ao menos no plano teórico, da derrocada da soberania moderna clássica, na qual habita um poder absoluto estatal perante a ordem interna e internacional. Com essa mitigação da ideia clássica, abre-se espaço para o poder estatal como representação da vontade cidadã no âmbito de uma “soberania democrática”.

4.2. O conceito de soberania democrática e de cidadania integrativa como referenciais teóricos capazes de superar o conflito entre normas internacionais de direitos humanos e soberania estatal.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e convenções, tratados e pactos subsequentes, consubstancia-se na comunidade internacional a preocupação precípua não apenas com a paz entre os Estados, mas, sobretudo, com a proteção da dignidade da pessoa humana – objeto de atrocidades cometidas, principalmente, pelos totalitarismos estatais como o nazi-fascismo, quando as suas vítimas não puderam ter qualquer tipo de proteção internacional, tudo em razão de uma soberania estatal que se considerava absoluta e intransponível²⁰⁸.

Surge como legítimo interesse da comunidade internacional a proteção dos direitos humanos, objeto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao se reconhecer que todo ser humano é portador de dignidade e merecedor de respeito, e que tais direitos não podem depender ou ficar à mercê exclusivamente da vontade soberana dos Estados, sujeitos esses que são agora considerados como integrantes iguais de uma comunidade que vai além das fronteiras dos Estados, ou seja, como pertencentes à comunidade global de seres humanos.

Nesse sentido, a exigência de promoção e proteção dos direitos humanos, por meio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, impulsionou a necessária revisão do conceito tradicional de soberania, já que os direitos humanos, ao constituírem tema de legítimo interesse e preocupação internacional, “transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva.” (PIOVESAN, 2008, p. 05).

Por conseguinte, no cenário atual, o conceito tradicional de soberania, segundo o qual esta consiste no poder supremo de um Estado, que, no âmbito interno,

²⁰⁸ “É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que é possível compreender, no Pós-Guerra, de um lado, a emergência do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, em resposta ao impacto das atrocidades então cometidas. No âmbito do Direito constitucional ocidental, são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana.” (PIOVESAN, 2012, p. 28-29).

tem domínio jurídico-político exclusivo sobre sua população e, no externo, não reconhece nenhum outro poder ao qual devesse se subordinar, não encontra mais nenhum fundamento jurídico ou filosófico na contemporaneidade.

Jurídico, porque o princípio e fim de todo sistema jurídico é a pessoa humana e não o Estado, e dessa forma nenhuma comunidade estatal está imune a interferências de normas internacionais de proteção dos direitos humanos; e filosófico, porque a soberania democrática não é algo que provém de um Estado enquanto entidade detentora de vontade conformadora da política e do direito de uma determinada sociedade, mas provém do povo enquanto conjunto de sujeitos reunidos em uma comunidade de falantes os quais buscam no discurso a formação do entendimento e da vontade (HABERMAS, 2010, v. 1 e v. 2; 2002).

Nesse sentido, apenas um conceito pós-moderno (no sentido de desvendar as ilusões modernas, conforme BAUMAN) de soberania, enquanto poder de auto-organização jurídica e de expressão de uma comunidade de falantes (povo), mostra-se totalmente coerente com o constitucionalismo contemporâneo e com o princípio da democracia²⁰⁹, ao mesmo tempo e por isso mesmo afastando as aporias que o conceito tradicional de soberania envolve²¹⁰ (FERRAJOLI, 2002, p. 01). Principalmente, diante da tendência de universalização e internacionalização dos direitos humanos.

O conceito pós-moderno de soberania é coerente com o constitucionalismo porque a soberania não pode mais ser pensada desvinculada deste, ou seja, a soberania do Estado é a soberania do povo. E para a efetividade do constitucionalismo, impõe-se a concretização dos direitos humanos e dos direitos constitucionais fundamentais. É coerente com o princípio da democracia porque, é o próprio povo (ainda que por meio de representantes, o que pode ser criticado como ilusório, mas também por meio dos instrumentos de democracia direta), no exercício de sua soberania, que deve ser considerado participante do processo de criação de normas internacionais de direitos

²⁰⁹ Singelamente, o princípio da democracia, segundo Habermas, supõe a legitimidade do processo de construção do direito a partir da participação racional de todos os concernidos no processo de normatização discursiva (HABERMAS, 2010, v. 2).

²¹⁰ Segundo Ferrajoli, “soberania é o conceito, ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se adensam todos os problemas e as aporias da teoria juspositivista do direito e do Estado”. (FERRAJOLI, 2002, p. 01).

humanos ou as assume voluntariamente como suas (o que constitui um ato de liberdade), as quais deverá seguir e dar efetividade sob a forma de Estado, ou seja, de sociedade juridicamente organizada.

Nesse sentido, argumenta BONAVIDES (2012):

O conceito de soberania agrega-se, porém, ao Direito em nossa concepção. Assim unificado, aufere ele uma cidadania que nem sempre é possível reconhecer ou admitir, quando se adota o entendimento de que a essência da soberania repousa por inteiro na vontade do Estado enquanto expressão única e material de força e poder. Por essa via reflexiva, a soberania cessa de ser tão-somente a coerção inculcada em sua feição rude e material, para se transverter em força do Direito, que estende o braço da autoridade sobre a cabeça do cidadão, faz legítimo o órgão de vontade a que o elemento social dá obediência e torna eficazes e respeitados as tábuas da Constituição. A soberania constitucional estampa, portanto, a face do Direito que aí avulta, associada, indissolúvel, aos conceitos gêmeos de soberania popular e soberania nacional. (BONAVIDES, 2012, p. 58).

O conceito pós-moderno de soberania é capaz de afastar as aporias de uma visão tradicional de soberania, uma vez que é o próprio povo, enquanto conjunto de cidadãos, mediante um processo discursivo, que estabelece como regras jurídicas a serem seguidas as normas de direitos fundamentais (HABERMAS, 2002, v. 1 e v.2), tanto no âmbito interno quanto externo, afastando assim a ideia de conflito entre normas internacionais de direitos humanos e soberania.

Por conseguinte, o alegado conflito que poderia vir a existir na aplicação dos direitos humanos é melindroso argumento dos Estados violadores de direitos humanos de que isso seria uma limitação de sua soberania. Afora o fato das duas dimensões da soberania, interna e externa, em que o Estado, ao cumprir a legislação internacional, estaria na verdade fazendo uso de sua soberania externa (PIOVESAN, 2012, p. 09), há ainda o fato de que existe na verdade uma deturpação do conceito de soberania. Atualmente, considera-se que a soberania pertence ao povo e não ao Estado: esse apenas a exercita *em nome* do povo (comunidade de falantes) (HABERMAS, 2002).

Portanto, o argumento de que a imposição ao Estado do cumprimento dos direitos humanos estabelecidos pelos pactos violaria a sua soberania, é destituído de

sentido. Ora, é pelo fato mesmo de que a soberania pertence ao povo é que o Estado deve exercitá-la no sentido de garantir proteção aos seus cidadãos. E respeitar os direitos humanos é respeitar a soberania do povo. Furtar-se a cumprir a legislação universal dos direitos humanos é o que configura violação por omissão à soberania do povo, que tem nessa a garantia, entre outras, de autodeterminação e auto-organização jurídico-política, o que por certo inclui direitos humanos e direitos constitucionais fundamentais (HABERMAS, 2002).

O Estado é que serve de meio às pessoas para a autoconstrução de si mesmas, e não simplesmente estas devem servir ao Estado. Dessa forma, respeitar a soberania do povo significa respeitar os direitos humanos pertencentes a cada um dos cidadãos desse povo (que têm nos direitos humanos a condição necessária da dignidade humana, enquanto possibilidade de se autoconstituírem no ser pessoa humana). Assim, um Estado que não cumpre as determinações do direito internacional relacionado aos direitos humanos, está violando a soberania democrática ao violar os direitos humanos e os direitos constitucionais fundamentais de todo cidadão pertencente e constitutivo desse povo.

Observando-se o teor da DUDH percebe-se que as normas utilizam expressões inclusivas, ou absolutas, como “todos, todo, toda” e “ninguém”. Dessa análise semântica desponta a intenção universalista dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 2006). Não poderia ser de outra forma, já que a intenção da Carta é a proteção dos valores mais íntimos do homem, para sua emancipação individual, sua coletividade benéfica e sua interação sustentável com o ambiente. Como dito alhures, a bússola norteadora é a dignidade humana (PIOVESAN, 2012), e este conceito, em qualquer de suas formas, apenas pode ser inclusivo (HABERMAS, 2002).

Por consequência, toda comunidade estatal, isto é, todo Estado que queira se reconhecer e ser reconhecido como Estado democrático, tanto interna quanto externamente, deve respeitar a dignidade da pessoa humana. O princípio básico ético kantiano ainda persiste: toda conduta, para ser considerada eticamente correta, deve ter

como fim último a dignidade da pessoa humana²¹¹. As pessoas devem ser tratadas como um fim em si mesmo e nunca como meio, seja ele qual for, mesmo que seja para a manutenção de um Estado que se autodeclara soberano²¹², mas que viole a dignidade da pessoa humana.

Dignidade da pessoa humana é a possibilidade e o direito fundamental incontestado de tornar-se aquilo que se é ou que potencialmente pode ser, ou seja, de se autoconstruir a si mesmo a partir da própria razão – o que por certo exige direitos fundamentais como liberdade, vida, educação, saúde, respeito às diferenças ou à alteridade e por aí vai, em suma, direitos humanos. Assim, outro ponto chave de referência possível para solução do conflito entre normas internacionais de direitos humanos e soberania nacional, pode ser dado pelo conceito de dignidade da pessoa humana. Ora, se a formação de uma comunidade estatal deve ser vista como algo que é benéfico à sociedade, obviamente que o ponto chave disso está na possibilidade de cada ser humano integrante dessa comunidade de tornar-se aquilo que se é pela própria razão. Tornar-se aquilo que se é significa que o ser humano, por ser dotado de razão, é o único ser que pode decidir sobre o que quer fazer de si mesmo.

A partir dessas considerações, pode-se concluir que a regra da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, prevista no inciso II do art. 4º da Constituição de 1988, mais do que o engajamento do Brasil no processo de elaboração de normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, implica na plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Assim, o reconhecimento da prevalência dos direitos humanos importa ao mesmo tempo no reconhecimento de limites ao exercício da soberania por parte do Estado. Porém, esses limites, estabelecidos pela prevalência dos direitos humanos, não devem ser reconhecidos como ingerência ou intervenção indevida na soberania estatal. Tal visão constitui um equívoco epistemológico, pois não há propriamente uma soberania estatal, ao menos não na sua

²¹¹ A segunda formulação do Imperativo Categórico, chamada de Lei Geral da Humanidade, vem assim formulada na Fundamentação da Metafísica dos Costumes: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como meio.” (KANT, 2008, p. 59).

²¹² Nesse sentido a afirmação de CANÇADO TRINDADE: “Compreende-se hoje, enfim, que a *razão de Estado tem limites*, no atendimento das necessidades e aspirações da população, e no tratamento equânime das questões que afetam toda a humanidade.” (2006, p. 111).

concepção tradicional absolutista blindada à normatividade internacional, mas antes uma soberania que pertence a um povo enquanto conjunto de sujeitos de uma comunidade de falantes.

Esses limites à soberania estatal, ao contrário de se configurarem numa interferência indevida na soberania, constituem a própria realização da soberania democrática, uma vez que é no exercício de sua soberania que cada povo, considerados sujeitos de uma comunidade de falantes, se subordina às regras internacionais de proteção dos direitos humanos, enquanto estes constituem condição necessária para o respeito da dignidade humana de todos os indivíduos. Nesse sentido, defende SHAW (2010, p. 206) que a dignidade humana é vista como um conceito fundamental; é posta em relação com esses valores e com a “meta última de uma comunidade mundial” que busque efetuar uma distribuição democrática deles.

Dessa forma, tem-se que as limitações impostas ao Estado mediante a prevalência dos direitos humanos não podem nem devem ser confundidas com limitação à sua soberania, que por definição pertence ao povo, mas que, ao contrário, se constitui em proteção aos direitos fundamentais desse mesmo povo. O povo, ou qualquer de seus integrantes, ao buscar efetivar direitos humanos estabelecidos em tratados internacionais de direitos humanos, ou mesmo proteção no DIDH, e recebê-la, não está a violar a soberania, mas exercita sua realização, pois os direitos humanos consagram não apenas a autodeterminação dos povos, mas também a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, quando um povo ou qualquer de seus integrantes busca proteção a seus direitos fundamentais no DIDH – ou age contra o Estado como um todo, e nesse sentido há uma separação hoje inaceitável entre sociedade civil e Estado, que se volta contra a própria sociedade civil, e assim não deve merecer reconhecimento de legitimidade no âmbito internacional, pois atenta contra a soberania democrática; ou age contra algum ou alguns de seus componentes, e nesse sentido tem o Estado a obrigação de aplicar o DIDH, pois ao proteger a sociedade mediante a proteção a um de seus membros, protege a si próprio, pois é esdrúxula o argumento de separação entre sociedade civil e Estado.

Os direitos humanos se tornaram uma unidade indissociável no âmbito universal. Hoje, não é o DIDH que deve encontrar limites nas Constituições, mas essas é que devem buscar a incorporação do DIDH no âmbito de proteção dos direitos fundamentais (CANÇADO TRINDADE, s/d; PIOVESAN, 2008, p. 30). O fundamento último hoje de toda e qualquer instituição, seja política, jurídica ou econômica, são os direitos humanos, que as Constituições devem tratar de positivizar enquanto direitos fundamentais.

Tornando-se clara a existência de dois âmbitos do exercício soberano, é possível sustentar a ideia de que os Estados contemporâneos, quando violadores dos direitos humanos, e por tais atos são condenados a reparações pelo direito internacional, não estão permitindo lesões ou minimizações de suas soberanias internas, mas sim, estão a exercitar soberania em seu aspecto externo para garantir a igualdade de soberanias no cenário internacional, bem como exercitam sua soberania interna quando efetivamente aplicam os direitos humanos. Esse problema da exigibilidade e coerção das normas internacionais sobre os estados e suas soberanias é discussão acalorada que ainda se debate na comunidade científica, pelo que a presente pesquisa não tem a pretensão de esgotá-lo²¹³.

O que se sustenta, ainda hipoteticamente, é a ausência de lesão à soberania quando os estados soberanos são submetidos a sanções internacionais por violações de direitos humanos e fundamentais, já que se trata, pelo viés da nova hermenêutica, de exercício de soberania no aspecto externo para manter a igualdade entre os estados, uma tendência de um constitucionalismo universal e “cooperativo”, como já anunciado por Peter Häberle, ou um “monismo” do direito nacional e internacional argumentado por Hans Kelsen, ou ainda a *totus orbis* (mundo inteiro) preconizada por Francisco de Vitória.

No mesmo viés, e reconhecendo a crise do Estado Moderno, são firmes os argumentos de FERRAJOLI (2002, p. 41):

A essa altura – e chegamos assim à nossa terceira hipótese de trabalho –, caem todos os pressupostos e todas as características da soberania,

²¹³ “E, todavia, a parábola da soberania está bem longe de ser concluída” (FERRAJOLI, 2002, p. 42).

seja interna, seja externa. A soberania, que já havia se esvaziado até o ponto de dissolver-se na sua dimensão interna com o desenvolvimento do estado constitucional de direito, se esvanece também em sua dimensão externa na presença de um sistema de normas internacionais caracterizáveis como *ius cogens*, ou seja, como direito imediatamente vinculador para os Estados-membros. No novo ordenamento, são de fato sujeitos de direito internacional não somente os Estados, mas também os indivíduos e os povos: os primeiros como titulares, nos confrontos de seus próprios Estados, dos direitos humanos a eles conferidos pela Declaração de 1948 e pelos Pactos de 1966; os segundos enquanto titulares do direito de autodeterminação, reconhecido pelo artigo 1 dos mesmos Pactos. (FERRAJOLI, 2002, p. 41).

O *ius cogens* defendido acima por Luigi Ferrajoli consiste no “direito que obriga”, “o direito imperativo”, o qual foi tema originalmente teorizado nesta área por juristas de expressão alemã, destacando-se Alfred Verdross e Friedrich Von Heydte, nos anos que precederam a segunda grande guerra. Seria ele o conjunto de normas que, no plano do direito das gentes, impõem-se objetivamente aos Estados, a exemplo das normas de ordem pública que em todo sistema de direito interno limitam a liberdade contratual das pessoas. (REZEK, 2005, p. 115). Para CANÇADO TRINDADE (1981, p. 107-108), “se, por um lado, a Convenção de Viena deixou de adotar o conceito de tratados estabelecendo ‘regimes jurídicos de caráter objetivo’, por outro lado, veio ela a consagrar significativamente o conceito de *ius cogens*, i.e., de normas imperativas de direito internacional geral”.

A partir dessa linha de argumentos as organizações internacionais de direitos humanos tratam de solucionar o problema da aplicabilidade das normas internacionais, qual seja, a dificuldade em efetivar (concretizar) os direitos humanos e fundamentais em face da recalcitrância de alguns estados arrimados na proteção de suas soberanias internas. Nesse âmbito, SHAW (2010) explicita os temas mais comumente debatidos nas reuniões das principais comissões de direitos humanos:

Tentou-se resolver a questão da coerência entre um numero cada vez maior de órgãos de direitos humanos na ONU através de um sistema de reuniões anuais entre os presidentes dos comitês criados por tratados. Temas preocupantes têm sido discutidos nessas reuniões: a necessidade de encorajar os Estados a ratificar todos os tratados de direitos humanos; o problema das reservas a esses tratados; a tentativa de estabelecer o princípio de que os Estados sucessores são, desde a data da independência e sem necessidade de confirmação, automaticamente vinculados pelas obrigações de direitos humanos

assumidas por seus antecessores; a formulação de novas normas e instrumentos; a promoção da educação em direitos humanos. (SHAW, 2010, p. 256).

A tendência dos assuntos em debate demonstra a vontade unificada na promoção e proteção dos direitos humanos e fundamentais, sobrepondo-se ao dogma da soberania absoluta estatal, um conceito obsoleto a ser substituído pela “soberania democrática”.

Noutro giro, o conceito de “democracia” também mereceu a devida revisão nos últimos anos. A “democracia individualista” do Estado Liberal e a “democracia popular” do Estado-Providência foram, paulatinamente, sendo ultrapassadas pelas soluções para a derrocada das “elites de poder” por meio da comunidade participativa, e pela ideia de povo como comunidade linguística ativa, representada essencialmente pelo pensamento de Habermas sobre a “democracia deliberativa”. Na leitura de Habermas por CHEVALLIER (2009, p. 224-225), os procedimentos formais próprios da democracia representativa tendem a ser reforçados por um *momento deliberativo*, situado em momento anterior: antes que as orientações sejam decididas, conviria contornar as diferentes formulações dos problemas, explicitar as preferências e as rejeições dos atores sociais, evidenciar as zonas de aceitação e os terrenos de compromisso. Trata-se de explorar “a pluralidade de mundos”, previamente à “instituição de um mundo único”. O modelo deliberativo, em suma, é fundado sobre uma dupla crença: uma é nas virtudes da abertura do jogo político, outra é nas virtudes da discussão e sua racionalização da decisão, garantindo legitimidade no consenso.

O povo, hoje, deve representar a cidadania de participação ativa, por meio de representação compromissada e responsável, e pelo exercício direto deliberativo em um “espaço público” isento de relações de domínio e de poder excludente. Nesta pesquisa, opta-se, sem maiores pretensões e apenas para fins propedêuticos, pela qualificação *integrativa* para a democracia contemporânea. Explica-se: a) *integratividade* é a ação de integrar, de reunir, de tornar uno o que está fragmentado; b) se é ação, é atividade, portanto, é participar da construção; c) se a natureza é de integridade, o íntegro refere-se à postura ética renovada, firmada na dignidade do ser humano; d) se a busca é de integridade para o ser humano e para o mundo da humanização, necessário o esclarecimento, a conscientização e a educação nessa seara,

tornando os cidadãos em atores da construção democrática deliberativa; e) a ideia de integridade não colide com o fato do pluralismo, mas distintamente, supera a ideia de democracia majoritária, pois integração leva implícito o imperativo de conduta na proteção das minorias, objetivando o equilíbrio sensato e benevolente na convivência humana.

Portanto, os renovados conceitos de “soberania democrática” e “cidadania integrativa” são capazes de romper com as amarras da modernidade clássica e orientar a construção do Estado Democrático de Direito, harmonizando os aparentes conflitos entre o ordenamento interno e o internacional.

4.3. A recepção das normas internacionais de direitos humanos e o controle de constitucionalidade brasileiro.

O processo de recepção das normas internacionais de direitos humanos – NIDH pelo Brasil fundamenta-se desde o preâmbulo da Constituição de 1988. Há, expressamente, um compromisso feito pela Assembleia Nacional, ao instituir o Estado Democrático de Direito, com a ordem interna e internacional. Um compromisso de assegurar os direitos fundamentais e construir uma sociedade justa, livre, igualitária, fraterna, pluralista e pacífica. Esse compromisso é uma ética de ação e responsabilidade, é um contrato social entre a vontade política, as forças sociais e os valores mais caros ao ser humano, tudo, então, registrado no ordenamento jurídico, inclusive na forma de objetivos fundamentais arrolados no art. 3º da CR/88.

Os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro são, primordialmente, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e o regime democrático representativo e direto. (CF/88, art. 1º). A soberania é a exteriorização do poder estatal, mas sua mera topografia constitucional (inciso I) não permite inferir ser o mais importante fundamento do Estado, ou, *contrarium sensu*, o pluralismo político (inciso V) não é o fundamento de relevância mínima. Interpreta-se, da melhor forma, como um conjunto principiológico uno e indivisível que orienta na construção da sociedade, portanto, necessariamente harmonizado. Todos os fundamentos se encontram em

patamar constitucional igualitário e objetiva-se o equilíbrio entre algumas tensões dualistas. Exemplificando, a cidadania de caráter individualista não afasta a pluralidade política, ou o socialismo da valorização do trabalho deve conviver com o liberalismo de livre iniciativa, ou o poder estatal de soberania deve ser equilibrado pelo titular originário do poder fundante, o povo. Por consequência, a soberania também não poderá impedir o exercício da cidadania e a efetivação da dignidade humana.

O mesmo raciocínio interpretativo, como conjunto harmônico, há que ser utilizado para o art. 4º, quando a Constituição expressa quais princípios regerão a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais: a) independência nacional, b) prevalência dos direitos humanos, c) autodeterminação dos povos, d) não intervenção, e) igualdade entre os Estados, f) defesa da paz, g) solução pacífica dos conflitos, h) repúdio ao terrorismo e ao racismo, i) cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, j) concessão de asilo político. Contudo, e este é um ponto crucial, não se pode deixar de notar a expressão “prevalência” dos direitos humanos no inciso II. O termo denota a primazia dos direitos humanos em relação aos demais princípios ali alocados, não como uma supremacia piramidal estática, já que todos os princípios estão em patamar igualitário, mas como um paradigma interpretativo para possíveis conflitos entre os demais princípios arrolados.

Mas se há um princípio orientador dos princípios para as relações internacionais brasileiras (art. 4º), também há um que orienta os fundamentos internos do Estado (art. 1º). Entre os pontos de tensão dualista, como antes indicado, há um que não encontra contraponto: a dignidade da pessoa humana. Este valor não está expresso para meramente equilibrar uma “indignidade humana” ou uma “dignidade desumana” de natureza constitucional, mas para orientar os conflitos entre os demais princípios e direcionar a construção da sociedade idealizada ²¹⁴.

²¹⁴ “Sustenta-se que é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro super-princípio, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito interno.” (PIOVESAN, 2008, p. 30).

Também Jorge Miranda reforça a importância fundamental da dignidade da pessoa humana: “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.” (MIRANDA *apud* PIOVESAN, 2008, p. 26).

Outros efeitos da natureza essencial dos direitos humanos e fundamentais, individuais e coletivos, encontram-se garantidos nos §§1º a 4º do art. 5º, Título II da CR/88. Estes preceitos constitucionais garantem eficácia plena, aplicabilidade imediata e rol de natureza ampliativa para os direitos humanos e fundamentais, além do reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Os §§ 3º e 4º foram acrescidos ao texto constitucional pelo poder constituinte derivado por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, enquanto o Decreto 4.388/2002 regulamentou o Estatuto de Roma do TPI.

Depois de todo o apresentado nesta pesquisa, seria um contrassenso científico não partilhar do entendimento de que as NIDH adquirem *status* de norma constitucional de direitos fundamentais ao serem inclusas no Brasil quando da assinatura de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Tal entendimento não provém, meramente, de disputas ideológico-interpretativas, mas da hermenêutica pós-positivista emancipadora de dispositivos da própria Constituição, uma vez que existem mecanismos na Constituição que atestam a recepção das NIDH como direitos fundamentais constitucionais.

É o que se extrai da leitura do §2º do art. 5º da CR/88, o qual afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Assim, quando a Constituição se refere a “outros”, pela leitura de todo o parágrafo percebe-se que está se referindo a outros direitos e garantias fundamentais constitucionais, como os expressos no início do mesmo parágrafo.

Conclusão distinta, aqui, apresenta-se como atitude melindrosa daquele que interpreta uma Constituição, a qual, acima de tudo, preconiza que nas relações exteriores o Brasil se regerá pela prevalência dos direitos humanos (art. 5º, § 2º) e que a República Federativa do Brasil encontra fundamento na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), fundamento e fim último de qualquer Estado Democrático. E não só isso, mas que também se pauta pelo “princípio da máxima efetividade das normas

constitucionais”, o que significa que “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê”. (PIOVESAN, 2012, p. 89).

A harmonia entre direito interno e internacional passa a ser uma premissa, no sentido de superação da teórica monista/dualista pela instituição de um, na expressão de Antônio Augusto Cançado Trindade, *ordenamento jurídico de proteção*. O direito internacional e o direito interno estão em interação para o benefício dos seres humanos protegidos. Não mais se justifica que o direito internacional e o direito constitucional continuem sendo abordados de forma estanque ou compartimentalizada, como o foram no passado. Já não pode haver dúvida de que as grandes transformações internas dos Estados repercutem no plano internacional, e a nova realidade neste assim formada provoca mudanças na evolução interna e no ordenamento constitucional dos Estados afetados. (CANÇADO TRINDADE, 1997, v. 1, p. 402-403).

A Constituição de 1988 representa uma ruptura com o Estado brasileiro anterior, instituindo um novo Estado Democrático de Direito e, ineditamente, garante o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Se para o Estado brasileiro a prevalência dos direitos humanos é princípio a reger o Brasil no cenário internacional, está-se consequentemente admitindo a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. Os direitos humanos, nessa concepção, surgem para a CR/88 como tema global. (PIOVESAN, 2012, p. 40-41).

A globalidade do tema é perceptível em outras Constituições, anteriores à CR/88 e que foram influências na instituição do Estado Brasileiro. Como exemplos, a Constituição Portuguesa de 1976, em seu art. 16(1) e (2), estabelece que os direitos fundamentais nela reconhecidos “não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional” e acrescenta que “os preceitos constitucionais

e leis relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. A Constituição da Alemanha, em seu art. 25, dispõe que “as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal e sobrepõem-se às leis e constituem fonte de direitos e obrigações para os habitantes do território federal”. A Constituição Espanhola de 1978 determina que eventual denúncia de tratados sobre direitos fundamentais submete-se à prévia autorização legislativa, portanto, um controle pelas funções especializadas do Executivo e do Legislativo para fortalecer os direitos humanos. Esse mesmo dispositivo, com mínimas variações, encontra-se nas Constituições da Suécia, da Holanda e da Dinamarca. A Constituição da Guatemala de 1985, em seu art. 46, estabelece que os tratados de direitos humanos ratificados têm preeminência sobre o direito interno. A Constituição da Nicarágua de 1987 inclui, em seu rol de direitos fundamentais, o Direito Internacional de Direitos Humanos representado pela DUDH, pela Declaração Americana de DH, pelos dois Pactos de 1966 (PIDCP e PIDESC) e pela Convenção Americana de DH. A Constituição Chilena, com a reforma de 1989, incluiu, em seu art. 5(II), que é dever dos órgãos do Estado respeitar e promover os direitos fundamentais ali garantidos, assim como pelos tratados internacionais ratificados e que se encontrem vigentes. A Constituição Colombiana de 1991, em seu art. 93, determina que os tratados de direitos humanos ratificados “prevalecem na ordem interna”. Após 1988, a Constituição Argentina inovou com a reforma de 1994, pois em seu art. 75(22) reconheceu a “hierarquia constitucional” do DIDH e vinculou qualquer denúncia a esses tratados à prévia aprovação de dois terços dos membros do Legislativo. Essa mesma “hierarquia constitucional” foi reconhecida para todo o Direito Internacional nas Constituições do Equador (arts. 17 e 43), de El Salvador (art. 28) e de Honduras (art. 119). (CANÇADO TRINDADE, 1997, v. 1, p. 404-410).

Com base nessa abertura constitucional promovida pelos Direitos Humanos, o Brasil inseriu dispositivos similares em seu texto constitucional. E, ao que parece, a melhor forma de se alcançar a plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira é conferindo *status* de norma constitucional às NIDH. Compreender dessa forma é manifestar um pensamento coerente com a Constituição – o primado do respeito aos direitos humanos, determinado pela Constituição no art. 4º, inciso I,

combinado com o § 2º do art. 5º, consubstancia o entendimento de que a Constituição, mediante a recepção das NIDH, lhes confere o *status* de norma constitucional. É a própria Constituição que determina uma maior proteção às NIDH recepcionadas pelo direito brasileiro, e a melhor maneira de conseguir isso é conferindo-lhes *status* de norma constitucional de direito fundamental.

Esse entendimento se extrai não só de uma interpretação sistemática²¹⁵ da Constituição – uma vez que a proteção dos direitos humanos cumpre a exigência de racionalidade da Constituição (arts. 1º, III, 4º, II e 5º, §2º) – exigência proveniente da universalização e internacionalização dos direitos humanos –, mas também de uma interpretação histórica, uma vez que essa foi a intenção da proposta na Assembleia Nacional Constituinte, pois, nos dizeres de Antônio Augusto Cançado Trindade, a Constituição de 1988 “estatui, - conforme proposta que avançamos na Assembleia Nacional Constituinte e por esta aceita, - que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (artigo 5(2))” (CANÇADO TRINDADE, s/d, p. 06).

Com base nesses dispositivos constitucionais (arts. 1º, III, 4º, II e 5º, §2º) é que os direitos fundamentais garantidos nos tratados internacionais de direitos humanos passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos. Negar o *status* de norma constitucional às NIDH é pautar-se em interpretação contrária tanto ao autor do projeto referente à referida disposição constitucional quanto à própria Assembleia Nacional Constituinte, que acatou o projeto e o transformou numa disposição constitucional. Enfim, absurdo interpretativo ou má-fé?²¹⁶

²¹⁵ “[...] ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, *a contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. [...] Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional”. (PIOVESAN, 2012, p. 52).

²¹⁶ Vejam-se as palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade, autor do projeto referente à recepção das normas internacionais de direitos humanos pelo direito brasileiro: “Desde que apresentei, em audiência

Integrando o chamado “bloco de constitucionalidade”, as NIDH recepcionadas, agora ostentando *status* de normas constitucionais, passam a ter aplicação imediata no direito brasileiro interno (art. 5º, §1º). Isso porque os direitos fundamentais integrantes de tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte, ao passarem a compor o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos, por força do §1º do art. 5º, também passam a ser direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno. Portanto, as NIDH de que o Brasil seja signatário alcançam validade no plano interno como normas constitucionais, e por isso têm aplicação imediata, pois “consagram direitos e garantias fundamentais passíveis de vindicação e pronta aplicação ou execução perante o Poder Judiciário, na medida em que são diretamente aplicáveis.” (PIOVESAN, 2012, p. 93).

A partir dos argumentos até aqui expostos, é possível perceber, tanto pela tendência doutrinária fundamentada na prevalência dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana quanto pela hermenêutica para os direitos fundamentais, que a validade dos Direitos Humanos no âmbito interno do Estado Brasileiro (Democrático de Direito) é de *natureza constitucional*. A tensão entre monismo/dualismo, entre ordem interna e ordem internacional, teoricamente, está superada pela *unicidade* produzida com a legitimação histórica, filosófica e jurídica dos Direitos Humanos. Historicamente, não restam dúvidas sobre a capacidade do homem em produzir maravilhas e atrocidades. Para a filosofia, o “dever-ser” (re)aproxima-se do “ser”, abrindo campo para a emancipação linguística. Juridicamente, reconhecer os Direitos Humanos passa a constituir a unidade da ordem mundial contemporânea.

Por consequência, qualquer norma infraconstitucional que conflite com a eficácia plena e aplicabilidade imediata dos direitos humanos e fundamentais deve ser declarada inconstitucional, mediante o controle de constitucionalidade exercido pelos

pública na Assembléia Nacional Constituinte, em 29.04.1987, a proposta que se transformou no artigo 5, parágrafo 2º, de nossa Constituição Federal de 1988, em virtude do qual os direitos constitucionalmente consagrados abarcam igualmente os constantes dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte, até hoje continuamos esperando pelo dia em se venha a dar a devida aplicação a esta disposição constitucional.” (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 112-113). “Assim, a novidade do artigo 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte”. (CANÇANDO TRINDADE *apud* PIOVESAN, 2012, p. 52).

Poderes Legislativo e Executivo (sentido *lato*, político e preventivo) e pelo Poder Judiciário (sentido *strictu*, jurisdicional e repressivo).

Sinteticamente, o controle de constitucionalidade significa impedir a eficácia de norma contrária à Constituição, fundamentada exatamente na eficácia plena de todos os preceitos constitucionais²¹⁷. No sentido kelseniano, as normas capazes de contrariar a constituição são as infraconstitucionais, embora haja estudos e posicionamentos do neoconstitucionalismo, como de Luís Roberto Barroso, no sentido de “normas constitucionais inconstitucionais”. A CR/88, em seu art. 102, I, ‘a’, refere-se à fiscalização de “lei ou ato normativo federal ou estadual”, estabelecendo ser do Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, sendo que nesta última não há previsão para lei ou ato normativo estadual.

O controle repressivo ou jurisdicional, exercido pelo Poder Judiciário, é de amplitude concentrada (via de ação) e de amplitude difusa (via de exceção). Esta é constituída pela legitimidade a qualquer parte ou magistrado integrantes de um processo em trânsito (caso concreto), os quais podem suscitar a inconstitucionalidade normativa no âmbito da demanda específica. O efeito da declaração de inconstitucionalidade nesse processo é *inter parte*, mas a remessa recursal dos autos às instâncias superiores poderá produzir a declaração de inconstitucionalidade com efeito *erga omnes*. Inclusive a constituição permite a impetração de remédios constitucionais (mandado de segurança individual e coletivo, habeas corpus, habeas data, mandado de injunção) para a declaração da inconstitucionalidade da norma lesiva. Por outro lado, a via concentrada do controle repressivo é exercida pelos legitimados constitucionalmente, conforme art. 103 da CR/88²¹⁸, e envolve uma celeuma teórica sobre conflitos de constitucionalidade, e necessariamente o efeito será *erga omnes*.

²¹⁷ No caso *Marbury vs. Madison*, o Juiz Marshall entendeu que os atos do Congresso contrários à Constituição não tinham validade nem eficácia, fundamentando-se na tese da supremacia constitucional.

²¹⁸ São constitucionalmente legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade: o Presidente da República; as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e de Assembleias Legislativas ou Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional.

Entretanto, mesmo com a forte tendência doutrinária de promoção e proteção aos direitos humanos, mesmo com o fenômeno global de abertura constitucional ao direito internacional, mesmo com um histórico considerável de violações de direitos humanos pelo governo brasileiro, a chamada “Reforma do Judiciário” promoveu avanços e retrocessos com a Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual incluiu os §§3º e 4º ao art. 5º da CR/88.

No §4º o constituinte derivado tratou de reconhecer a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, ainda alvo de críticas e debates na comunidade acadêmica. Por outro lado, no §3º demonstrou descompasso com a tendência contemporânea²¹⁹. Segundo seu teor, “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 constitucionais”. À primeira vista do teor da norma, o Estado Brasileiro reconhece a “possibilidade” das NIDH receberem validade constitucional. Enquanto diversos outros Estados reformam suas constituições para reconhecer a “hierarquia constitucional” dos Direitos Humanos, o Brasil apenas vislumbra a “possibilidade”. Enquanto outros Estados utilizam o *checks and balances* das funções especializadas do poder democrático para evitar denúncias vazias ou antiéticas contra os tratados de direitos humanos, o Brasil determina o mais rigoroso procedimento de aprovação legislativa para (re)afirmar a validade interna dos direitos humanos.

Pois bem. Não seria uma situação evidente de “inconstitucionalidade da norma constitucional”? Ou ainda, invalidade do teor da EC nº 45/2004, a qual foi produzida por constituinte derivado? Na interpretação e proteção da Constituição, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal seria fundamental para a prevalência dos Direitos Humanos e seu reconhecimento como norma internacional com efeito *jus cogens* e, portanto, desde logo constitucional no plano interno. O primeiro passo foi dado em 2008, mas a divergência dos membros do STF permitiu concluir que a questão ainda está aberta.

²¹⁹ A norma do §3º segue o modelo holandês preconizado pela Constituição do Reino dos Países Baixos de 1983, especificamente em seu art. 91 (3).

4.3.1. Posicionamentos divergentes dos Ministros do STF sobre a recepção e validade interna dos Direitos Humanos.

Aos 03 de dezembro de 2008, o STF proferiu decisão em dois casos paradigmáticos, o “Habeas Corpus 87.585 – Tocantins” e o “Recurso Extraordinário 466.343 – São Paulo”. Em ambos os casos, o contexto fático consistiu no (in)deferimento da ordem de prisão civil de depositário infiel em alienação fiduciária, com fundamento no art. 5º, LXVII, CR/88. Este dispositivo constitucional proíbe a prisão civil, mas prevê duas exceções: o devedor de pensão alimentícia e o depositário infiel, ou seja, aquele que se recusa a devolver a coisa que lhe foi confiada em depósito. Evidenciou-se que a validade da prisão civil regulada pelo ordenamento interno estava em conflito com normas internacionais de direitos humanos pactuadas pelo Brasil, especificamente a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose) e a Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 (PIDESC).

Procedimentalmente, no caso HC 87.585-TO, o *habeas corpus* chegou ao STF por razão do Superior Tribunal de Justiça não ter admitido recurso ordinário contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que confirmara sentença com ordem de prisão civil. No caso RE 466.343-SP, o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, no julgamento de apelação, manteve sentença de procedência em ação de depósito, a qual deixara de impor prisão civil pela dívida fiduciária.

Em ambos os casos, o STF reconheceu o fenômeno da recepção dos Direitos Humanos pelo Brasil, afastando a possibilidade de prisão civil por dívida fiduciária, e, de forma unânime, concedeu a ordem no HC e negou provimento ao RE. A natureza paradigmática dos casos foi fincada por força da relevância e repercussão do debate e do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal do Brasil sobre o *status* jurídico dos Direitos Humanos no âmbito do ordenamento interno. Não foi por menos que o Ministro Gilmar Mendes assim pronunciou ao final do julgamento do RE 466.343-SP:

O Supremo Tribunal Federal acaba de proferir uma decisão histórica. O Brasil adere agora ao entendimento já adotado em diversos países no sentido da **supralegalidade** dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna. (grifo original).

Embora unânimes as votações finais dos casos, o alvo da pesquisa neste tópico projeta-se na divergente compreensão dos membros do STF, exaradas em seus votos, sobre o *status* jurídico das normas internacionais de direitos humanos quando integradas ao ordenamento interno. A “supralegalidade” proferida pelo Ministro Gilmar Mendes não foi entendimento unânime, como possa parecer. O principal confronto resultou da posição de “supralegalidade” do Ministro Gilmar Mendes em face do entendimento de “hierarquia constitucional” defendido pelo Ministro Celso de Mello. Esta problemática, por sua evidente relevância, impõe observação cuidadosa pela ciência jurídica.

Inicialmente, em seu voto no HC 87.585-TO, o Relator Ministro Marco Aurélio constatou a divergência entre o art. 5º, LXVII, CR/88 e o pactuado pelo Brasil, e ratificado em 1992, no art. 7(7) da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 11 do PIDCP de 1966. O PIDCP proíbe a prisão civil e o Pacto de San José permite a prisão civil apenas para os casos de inadimplemento injustificado de pensão alimentícia. O Ministro argumentou que o conflito não é necessariamente com a norma constitucional, pois “preceito que, a toda evidência, não se mostra auto-aplicável”, mas com a regulamentação infraconstitucional, ou seja, os artigos 652 do Código Civil e 985 do Código de Processo Civil. Encerrou argumentando que “com a introdução, no cenário jurídico nacional, do Pacto referido, restaram derrogadas as normas estritamente legais definidoras da prisão do depositário infiel”.

Em reunião da Primeira Turma, o Presidente Ministro Sepúlveda Pertence entendeu que o caso deveria ser apreciado pelo Pleno, já que o voto do Relator Ministro Marco Aurélio era posição contrastante com a orientação do STF até o momento, ainda argumentando que “temos decisões posteriores à ratificação do Pacto de San José, insistindo na legitimidade da prisão”. Nesse momento, o Ministro Ricardo Lewandowski consignou que “recentemente, eu trouxe um *habeas corpus* entendendo constitucional e legal a prisão decretada contra depositário infiel, na esteira da jurisprudência consolidada da Casa. Mas eu estaria aberto a uma eventual mudança”. Posteriormente, o Tribunal Pleno recebeu, de forma unânime, ambos os casos, HC e RE, para julgamento.

Apresentar-se-ão, primeiramente, as teses defendidas pelos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, principais posicionamentos da celeuma e aderidos pelos demais membros do STF.

O Ministro Gilmar Mendes, então Presidente da Corte, sustentou no RE nº 466.343-SP a natureza de “supralegalidade” das NIDH adotadas pelo Brasil, reafirmando seu entendimento no voto do HC 87.585-TO. Inicialmente destacou que a tensão monista/dualista entre Hans Kelsen e Karl Heinrich Triepel tornou-se “ociosa e supérflua”. Em seguida, constatou a existência de quatro correntes sobre a hierarquia jurídica dos Direitos Humanos recepcionados pelo Estado Brasileiro: a) a supraconstitucionalidade, com amparo nos estudos de Celso Duvivier de Albuquerque Mello, Ricardo Lobo Torres e Bidart Campos; b) a constitucionalidade, arrimada nas doutrinas de Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan; c) a natureza de lei ordinária, conforme pretendido pelo Ministro Xavier de Albuquerque em julgados do STF nos anos 70; d) a supralegalidade, já prevista no art. 25 da Constituição Alemã, no art. 55 da Constituição Francesa e no art. 28 da Constituição da Grécia.

Sobre a tese de supraconstitucionalidade, o Ministro Gilmar Mendes entendeu de difícil aplicação no Brasil, um Estado fundado na teoria da supremacia formal e material da constituição, o que levaria, inclusive, à impossibilidade de exercer o controle de constitucionalidade sobre as NIDH. Explicou que “o argumento de que existe uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos não resolve o problema. A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão ‘direitos humanos’ poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente”.

No tocante à tese de força constitucional aos Direitos Humanos, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que “a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário”. Para ele, a inserção do

§3º no art. 5º da CR/88 trouxe, ao mesmo tempo, o reconhecimento da especialidade dos Direitos Humanos, mas afinçou a necessidade de prévio exame parlamentar para a validade dessas normas internacionais no Brasil, sendo imprescindível a votação qualificada.

Sobre a tese de paridade dos Direitos Humanos às leis ordinárias brasileiras, o Ministro Gilmar Mendes defendeu que, tal entendimento proferido pelo Ministro Xavier de Albuquerque em 1977 (RE 80.004-SE) e seguido nos HC 72.131/RJ, ADI-MC 1.480/DF, HC 79.870-SP, HC 77.053-SP, RE 206.482-SP e RHC 80.035-SC, “se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência tornou-se completamente defasada”. Assim, defendeu a necessidade da revisão crítica da posição do STF, no sentido de reconhecer a força especial das NIDH sobre a legislação ordinária interna.

De tal forma, tendo afastado as demais teses, o Ministro Gilmar Mendes adotou a posição anteriormente manifestada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, a de superlegalidade ou supralegalidade das NIDH. Em outros termos, “os tratados de direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico, pois equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”. Concluiu que “diante do inequívoco caráter especial dos tratados de direitos internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”. Para ambos os casos concretos, RE e HC em pauta, decidiu que as disposições do Pacto de San Jose e do PIDESC se sobrepõem às leis ordinárias, afastando, assim, a viabilidade da prisão civil pelo depósito infiel. Salientou, ainda, que tais Pactos Internacionais poderão receber *status* constitucional quando forem devidamente submetidos ao formalismo do §3º, art. 5º da CR/88.

Sobre os tratados internacionais em geral, o Ministro Gilmar Mendes defendeu que, no Brasil, o consentimento materializa-se na ratificação pelo Presidente da República, precedida pela aprovação do texto do tratado pelo Congresso Nacional. Ponderou que “a aprovação pelo Congresso Nacional e a ratificação pelo Presidente da República constituem regras de importância fundamental para a validade das normas tanto no plano internacional quanto no plano interno”, e que, portanto, “a República Federativa do Brasil, como sujeito de direito público externo, não pode assumir obrigações, nem criar normas jurídicas internacionais, à revelia da Carta Magna, mas deve observar suas disposições e requisitos fundamentais para vincular-se em obrigações de direito internacional”. Esse argumento foi estendido e serviu de base para toda a defesa sobre a “supralegalidade” nas NIDH no ordenamento interno brasileiro, ou seja, sua posição “intermediária”, acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição.

Indubitavelmente, o Ministro Gilmar Mendes defendeu posição de vanguarda na jurisprudência do STF, mas ainda não associada à vanguarda da ciência jurídica. Extrai-se que a tese de “*status* constitucional” dos Direitos Humanos é deveras preocupante para o Ministro Gilmar Mendes, tendo destacado, em seu voto no HC, a possível e “gravíssima” insegurança jurídica que poderia ser gerada com o reconhecimento da “natureza constitucional” para as NIDH, levada a cabo pela “confusão” e “babel” instaurada somente na definição de quais são e quais não são os tratados sobre Direitos Humanos. Citou, ainda, a instabilidade a ser causada com a “supraposição de normas, revogação de normas constitucionais com o advento de tratados, problemas ligados a direito pré-constitucional e pós-constitucional”. Em aparte, o Ministro Ricardo Lewandowski reforçou o argumento da insegurança jurídica apontando que “os direitos de quarta geração [citou direito à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, à comunicação, ao meio ambiente] ainda estão sendo formatados, ainda estão sendo interpretados corretamente no plano internacional [...] são direitos complexos [...] compartilho da preocupação do eminente Ministro Gilmar Mendes no sentido da dificuldade em darmos *status* constitucional, desde logo, a estes direitos, que, até no plano internacional são de difícil compreensão. Realmente me parece uma dificuldade um tanto quanto intransponível, pelo menos neste momento”.

O Ministro Gilmar Mendes continuou fundamentando sua preocupação de insegurança jurídica quando proferiu que “nós temos uma Constituição já por si só extensa. Se agora vamos afirmar que todos os tratados de Direitos Humanos – e, aí, certamente vamos ter uma disputa hermenêutica para saber quais são esses tratados de direitos humanos – têm também hierarquia constitucional originária, certamente estamos nos embrenhando por um caminho que talvez, em termos de insegurança jurídica, a vista já não mais alcança. Imaginem os senhores que tenhamos que aplicar todos esses tratados de direitos humanos como normas de caráter constitucional. Por isso obrou bem o constituinte em fazer esse claro *distinguishing* entre os tratados de direitos humanos do art. 5º, §2º, e aqueles outros previstos como emenda constitucional do §3º, que têm de passar por um processo especial”.

Por outro lado, o Ministro Celso de Mello apresentou no HC 87.585-TO e no RE 466.343-SP votos repletos de argumentações, com profundidade e amplitude na pesquisa. Reconheceu, desde logo, que o papel do STF consiste em “extrair, dessas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia”. Argumentou sobre o processo de internacionalização e abertura constitucional, bem como a renovação ético-jurídica em favor da dignidade da pessoa humana. Destacou os compromissos firmados na Declaração e Programa de Ação de Viena e na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos dos anos 90. Revelou ter mudado sua posição anterior de que as normas internacionais de direitos humanos eram recepcionadas como legislação ordinária. Inclinou-se no sentido de que as normas de direitos humanos revestem-se de natureza constitucional, enquanto os demais tratados internacionais alheios aos direitos humanos equiparam-se às leis ordinárias. Em momento oportuno, embora cautelosamente, abordou a hermenêutica pós-positivista, mas firmemente registrou que a “hierarquia constitucional” dos Direitos Humanos é largamente defendida por reconhecidos juristas, citando Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Celso Lafer, Francisco Rezek, Valério Mazzuoli, André Ramos Tavares, entre outros, bem como já praticada por alguns Estados.

Ao final, apoiou-se em dois argumentos: a) a supremacia da Constituição Brasileira sobre qualquer outro ordenamento, inclusive NIDH, desde que estas sejam restritivas a direitos fundamentais reconhecidos na CR/88; b) as diferenças na

compatibilização entre Direitos Humanos e ordem constitucional interna por meio do parâmetro temporal; ou seja, as NIDH ratificadas pelo Brasil antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 foram recepcionadas materialmente no bloco constitucional, por força do §2º, art. 5º da CR/88; enquanto as NIDH ratificadas pelo Brasil após 2004 são recepcionadas como materialmente constitucionais, mas agora devem cumprir o requisito formal do §3º, art. 5º da CR/88. Os dois argumentos principais de seu entendimento, levaram o Ministro Celso de Mello a concordar com a posição do Relator Ministro Marco Aurélio sobre a derrogação dos procedimentos determinados pelas leis ordinárias viabilizadoras da prisão civil do depositário infiel (Código Civil e Código de Processo Civil).

Mas não restou dúvida de que o Ministro Celso de Mello reconheceu a natureza constitucional dos Direitos Humanos, tendo posteriormente, quando em pauta o voto do Ministro Carlos Britto, proposto que “se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o *controle de constitucionalidade* e, também o *controle de convencionalidade*, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico”. Sustentou um processo hermenêutico para extrair do teor do §2º, art. 5º, CR/88 uma “verdadeira cláusula de recepção”.

Apresentados os dois principais posicionamentos da divergência, passa-se a analisar os demais votos.

O Ministro Menezes Direito apresentou no HC 87.585-TO e no RE 466.343-SP séria pesquisa sobre a antiga tensão monismo/dualismo no Direito das Gentes e a atual valorização dos Direitos Humanos no cenário internacional. A seguir, enfrentou com profundidade as vertentes para a recepção dos Direitos Humanos pelo Brasil, esposando argumentos sobre as quatro posições para o *status* das NIDH, como delineadas pelo Ministro Gilmar Mendes: a) supraconstitucionalidade; b) constitucionalidade; c) legalidade; d) supralegalidade. Para o Ministro Menezes Direito, a tendência de supraconstitucionalidade é afastada pela teoria da supremacia

constitucional. Quanto à teoria de mera legalidade ordinária das NIDH, originariamente defendida pelo Ministro Sepúlveda Pertence e reiterada pela Casa em diversos julgados, o Ministro Menezes Direito entendeu ultrapassada, porquanto os Direitos Humanos alcançaram força vinculante sobre a legislação interna dos Estados, arrimando-se em estudos de Habermas, Flávia Piovesan, Cançado Trindade. No tocante ao principal conflito de posições, tratando-se da “hierarquia constitucional” ou “supralegalidade” das NIDH, o Ministro Menezes Direito entendeu que os Direitos Humanos merecem posição “especial” no ordenamento interno, e isso é suficientemente conferido com a “supralegalidade”, pois reconhecer a “constitucionalidade” das NIDH é afrontar a sólida teoria da supremacia constitucional, ainda mais quando o constituinte, por meio da EC nº 45/2004, previu um procedimento específico para reconhecer a constitucionalidade dos Direitos Humanos.

Em sucinto voto no HC 87.585-TO, a Ministra Carmem Lúcia proferiu já ter se manifestado sobre a matéria e afirmado “que o espírito da Constituição está na ética dos direitos humanos que faz, tal como asseverou o Ministro Menezes Direito, desde sempre, com que o Supremo Tribunal se manifeste de uma forma especial sobre a matéria e dote de uma hierarquia especial ou pelo menos de uma natureza especial as leis e os tratados que tratam dessa matéria. Portanto, sigo a mesma linha que vinha votando e acompanho o Relator para conceder a ordem, neste caso”. Percebe-se que a Ministra Carmem Lúcia constatou a relevância do tema e da tarefa do STF, indicou a tensão entre “hierarquia constitucional” e “supralegalidade” para os Direitos Humanos, mas, expressamente, apenas defendeu a “especialidade” desses direitos. Como, ao final, votou de forma concordante com a posição do Ministro Celso de Mello, conclui-se que seu posicionamento, ainda que implícito, seja o de “hierarquia constitucional” das NIDH recepcionadas pelo Estado Brasileiro.

O Ministro Ricardo Lewandowski destacou no HC 87.585-TO que em sua prática anterior como magistrado acostumara-se a conceder a prisão civil do depositário infiel, mas que agora mudava seu posicionamento. Arrimou-se no entendimento, anteriormente apresentado na Casa, do Ministro Francisco Rezek, e defendido, neste caso, pelo Ministro Relator Marco Aurélio. Portanto, entendeu que os Pactos

Internacionais em referência, como “supralegais”, haviam derogado as leis ordinárias brasileiras que regulamentavam a prisão civil do depositário infiel.

Em seu voto no HC 87.585-TO, o Ministro Eros Grau confirmou reconhecer que as normas internacionais de Direitos Humanos integram o bloco de constitucionalidade, portanto, o *status* conferido a essas normas é de “hierarquia constitucional”, estando aptas, inclusive, a servirem de parâmetro para o “controle de constitucionalidade”.

O Ministro Carlos Britto sustentou no HC 87.585-TO que a eficácia da norma constitucional sobre a prisão civil do depositário infiel é restringível ou, conforme clássica teoria de José Afonso da Silva, contida. De tal forma, os efeitos da norma constitucional são plenos para a proibição da prisão civil por dívidas, mas suas exceções são de eficácia restrita até a regulamentação pela lei ordinária. Entendeu que a recepção dos tratados de direitos humanos é garantida pelo §2º do art. 5º da CF/88 e, portanto, os Pactos Internacionais em questão sobrepõem-se à lei interna infraconstitucional. Claramente adotou a tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, pois “o Pacto [San Jose da Costa Rica] prevalece como norma supralegal. Não é norma constitucional, à falta do rito exigido pelo §3º do art. 5º. Mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal nos autoriza a afastar a regra ordinária interna que possibilita a prisão por dívida”.

O Ministro Carlos Britto defendeu expressamente que o §2º recepciona sim os Direitos Humanos, mas apenas como supralegais, “porque, entre nós, o fundamento de validade do Pacto é a Constituição brasileira. O Pacto só é norma jurídica para o ordenamento brasileiro por força desse fundamento de validade que lhe dá a Constituição no §2º, art. 5º”.

Em seu sucinto e brilhante voto, o Ministro Cezar Peluso destacou no HC 87.585-TO que a força histórica dos direitos humanos e os efeitos de globalização na atualidade levam ao consenso de que, no plano jurídico, as NIDH são revestidas de força constitucional, pois “os direitos humanos já não são propriedades de alguns países, mas constituem valor fundante de interesse de toda a humanidade”. Aderiu à

posição do publicista Paulo Borba Casella, “o qual sustenta que a temática dos direitos humanos, por dizer respeito aos direitos fundamentais, que têm primazia na Constituição, é sempre *ipso facto* materialmente constitucional”. Amparou-se, para o voto, em notável linha interpretativa de conjugação dos §§2º e 3º do art. 5º, concluindo por uma simples distinção entre os tratados sem *status* de emenda constitucional, que são materialmente constitucionais, e os do §3º, que são material e formalmente constitucionais. Essa distinção só tem um propósito: definir qual o regime jurídico para o caso do Estado querer denunciar o tratado e desligar-se de seus compromissos internacionais.

A Ministra Ellen Gracie iniciou seu voto no HC 87.585-TO enfatizando a difusão dos Direitos Humanos como o “aspecto virtuoso do processo de globalização”. Posicionou-se de acordo com a tese do Ministro Celso de Mello, reconhecendo que as NIDH, por força do §2º do art. 5º, foram recepcionadas com *status* de normas constitucionais, integrando o “bloco de constitucionalidade”. Mas isso apenas para os pactos internacionais anteriores à EC 45/2004, pois complementou que “nos outros tantos, que serão firmados a partir daí, se procederá àquela providência legislativa prevista no §3º do mesmo artigo 5º”. A Ministra, assim, reconheceu a natureza constitucional dos Direitos Humanos, mas ressaltou, no sentido de dever-ser (se procederá), da submissão dos tratados posteriores ao ano de 2004, deixando subentendido tais tratados só adquirem força constitucional após sua proclamação como emendas constitucionais.

Com a análise dos votos nos dois casos em pauta, HC e RE, infere-se a divergência dos Ministros do STF sobre o *status* das normas internacionais de Direitos Humanos recepcionadas pelo Brasil. As posições podem ser resumidas em dois entendimentos: A) as NIDH são de natureza “especial”, mas devem respeitar a teoria da supremacia constitucional, portanto, são de maior valor que as leis ordinárias internas, mas são infraconstitucionais. Poderão, ainda, alcançar *status* constitucional se forem submetidas ao procedimento formal de emendas constitucionais, conforme §3º do art. 5º da CR/88. Essa tese de “supralegalidade” foi defendida pelos Ministros Gilmar Mendes, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Menezes Direito, Marco Aurélio e Ellen Gracie (que reconhece a força constitucional, mas submeteu ao procedimento formal). B) as

NIDH têm *status* constitucional, validadas como de “hierarquia constitucional”, ao arrijo do §2º, art. 5º, CR/88, estando aptas, independentemente do procedimento formal do §3º, art. 5º, CR/88, a servirem de parâmetros para o controle de constitucionalidade e para o controle de convencionalidade das leis internas. Essa posição foi defendida pelos Ministros Celso de Mello, Eros Grau, Carmem Lúcia e Cezar Peluso.

Portanto, a celeuma é evidente e, ainda, equilibrada, já que resultou conflito de entendimento entre um grupo de seis Ministros (supralegalidade) contra um grupo de quatro Ministros (constitucionalidade). Destaca-se que o Ministro Joaquim Barbosa estava, naquele momento, licenciado.

Pois bem. Como dito alhures, não há como negar a posição, ainda majoritária e vanguardista, do Ministro Gilmar Mendes. Mas essa vanguarda está adstrita a um universo restrito, o entendimento do Supremo Tribunal Federal. O entendimento de supralegalidade não integra a posição vanguardista da teoria científica melhor interpretada pela hermenêutica pós-positivista e voltada à concretização dos direitos humanos e fundamentais. Ao que parece, a supralegalidade é tese ainda insuficiente no plano interno brasileiro, pois, em outras palavras, é reconhecer o óbvio, a verdade evidente, é não cumprir com a máxima eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Desta pesquisa, considerando o que também foi exposto nos capítulos anteriores, é possível extrair que os tratados internacionais *comuns* ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico *intermediário*, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior. Quanto aos tratados de direitos humanos, ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual *quórum* qualificado de aprovação. Argumenta MAZZUOLI (2009, p. 121) que a um resultado similar se pode chegar aplicando “o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado em sua plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior seja posterior”.

Ainda que a posição de Valério Mazzuoli, em conjunto com outros jusinternacionalistas, represente uma vanguarda científica, a verdade é que esse argumento se constitui no reconhecimento da “supraconstitucionalidade” dos Direitos Humanos. Não é, necessariamente, esse o sentido que se concluiu nesta pesquisa.

O que se defende não é a superioridade dos Direitos Humanos sobre a Teoria da Supremacia Constitucional, mas, exatamente, sua “unicidade”. O Direito Constitucional e o Direito Internacional de Direitos Humanos devem andar em paridade, como duas vertentes científicas que se integram por uma vontade política preponderante: a promoção da dignidade da pessoa humana. Em outros termo, quando o Brasil instituiu o Estado Democrático de Direito e comprometeu-se a buscar harmonia no plano interno e internacional, sem dúvida, aceitou que a construção democrática interna, por meio da revisão constitucional, é o mesmo projeto da construção democrática internacional, por meio dos tratados de Direitos Humanos. Se o Brasil, por meio de representação legítima, pactua Direitos Humanos em plano internacional, necessariamente integra essas normas à sua Constituição. Esse entendimento provém da hermenêutica para os direitos fundamentais, pois, como apresentado anteriormente, diversos são os ditames constitucionais que permitem essa inferência, e, não resta dúvida, que o §2º do art. 5º da CR/88 é paradigma de interpretação, concluindo-se que todos os tratados de direitos humanos, anteriores e posteriores à 1988, são de “natureza constitucional”.

Se os tratados internacionais ratificados versam sobre direitos humanos, não há porque submeter a validade dos mesmos a um requisito procedimental (quórum qualificado bicameral, duas votações em cada casa legislativa, ratificação do presidente da república). Ao que parece, a EC nº 45/2004, no que tange à inclusão do §3º, art. 5º, merece apenas dois entendimentos: a) ou se trata de uma reforma constitucional derivada eivada de inconstitucionalidade, já que restringiu a eficácia do princípio da prevalência dos Direitos Humanos; b) ou, como perfeitamente apontou o Ministro Cezar Peluso, é norma para meramente instituir regime jurídico quanto às previsões de denúncia aos referidos tratados internacionais. Não se pode olvidar que a melhor interpretação constitucional é sistêmica, portanto, harmonizada entre todos seus

preceitos. Entender que desde 2004 os tratados de Direitos Humanos devem passar por um crivo formal para adquirirem força constitucional no ordenamento interno brasileiro é resultado de uma hermenêutica fechada e isoladamente gramatical.

As “preocupações” apresentadas pelos Ministros do STF para sustentarem a negativa de força constitucional aos Direitos Humanos, com a devida vênia, necessitam de revisitação. O Ministro Ricardo Lewandowski arguiu que a complexidade dos direitos fundamentais, já vislumbrados numa quarta geração, é tema ainda não esclarecido no cenário internacional, portanto, a recepção com *status* constitucional se apresenta melindrosa. Primeiramente, duas críticas. Já se estabeleceu na ciência jurídica dos direitos fundamentais que não se tratam de gerações, mas de dimensões, não por mera preferência gramatical, mas por reestruturação semântica. A ideia de dimensões representa a natureza fluida e ampliativa dos direitos fundamentais. Outra crítica é que o Ministro equivocou-se em apontar alguns direitos como se fossem de quarta geração, quando já reconhecidos como de terceira dimensão (paz, meio ambiente, desenvolvimento, autodeterminação dos povos). Tratam-se, em verdade, de direitos difusos e de natureza transindividual, não mantendo liame com as novas dimensões de direitos (quarta, quinta, sexta etc), nas quais se debatem, basicamente, a manipulação genética, a bioética e a virtualidade das comunicações. Noutro giro crítico, o argumento do Ministro Lewandowski de que a complexidade do tema nem sequer foi esclarecida pelo direito internacional leva, inevitavelmente, a duas inferências: a) a maior capacitação dos atores no plano internacional em definir racionalmente os Direitos Humanos, o que por si só seria argumento suficiente para qualificar como constitucionais esses direitos, já que foram debatidos, reconhecidos e garantidos por uma comunidade de maior alcance e competência; b) a desvantagem do governo brasileiro em participar ativamente da construção dos Direitos Humanos no cenário internacional, afastando nosso país de discussão deveras relevante na contemporaneidade. Ao que parece, os argumentos do Ministro Lewandowski não se sustentam.

Quanto ao Ministro Cesar Britto, defender que o §2º recepciona sim os Direitos Humanos, mas apenas como supralegais, “porque, entre nós, o fundamento de validade do Pacto é a Constituição brasileira. O Pacto só é norma jurídica para o

ordenamento brasileiro por força desse fundamento de validade que lhe dá a Constituição no §2º, art. 5º”, apresenta-se como contrassenso por três motivos: a) a validade dos Pactos Internacionais é originária do consenso internacional, independentemente das Constituições internas estatais; b) a validade do Pacto no ordenamento interno não é “criada” pelo §2º do art. 5º da CR/88, mas “reconhecida” por essa norma de recepção; c) a utilização das diversas normas internacionais sobre direitos humanos (DUDH, Pactos de 1966, Convenção Americana etc) como modelos para a formulação e promulgação da Constituição Brasileira de 1988 demonstra que a intenção do constituinte originário era de buscar a integração, ou seja, a “unicidade” dos planos interno e internacional, e não, como quer o Ministro, fortalecer um duplo grau de validade normativa.

Por fim, os argumentos do Ministro Gilmar Mendes não podem ser vistos como mera recalcitrância, pois é inconteste seu esforço em superar o obsoleto entendimento do STF de mera paridade dos Direitos Humanos com a legislação interna ordinária. O que foi plausível inferir nesta pesquisa é a preocupação do Ministro em três âmbitos: a) no âmbito político internacional, a possível utilização dos Direitos Humanos para a imposição de vontades das potências mundiais; b) no âmbito hermenêutico interno, a dificuldade em aplicar e resolver possíveis conflitos de constitucionalidade; c) no âmbito da procedimentalidade, afirmou que os tratados internacionais em geral, somente se materializam com a ratificação pelo Presidente da República, precedida pela aprovação do texto do tratado pelo Congresso Nacional, pois “a República Federativa do Brasil, como sujeito de direito público externo, não pode assumir obrigações, nem criar normas jurídicas internacionais, à revelia da Carta Magna, mas deve observar suas disposições e requisitos fundamentais para vincular-se em obrigações de direito internacional”.

Não há como negar que a postura do Ministro, levemente conservadora, encontra abrigo em argumentações fortes. Porém, no primeiro âmbito, o impulso dado pela hermenêutica pós-positivista é exatamente de uma nova postura, uma disposição de enfrentar os problemas que obstruem a máxima efetividade e concretização dos direitos humanos e fundamentais. Se os problemas a serem enfrentados já são perceptíveis, então, a participação do Brasil, por meio de seus diplomatas, ministros, juristas, consultores,

cientistas, chefes de Estado e governo, nos debates internacionais e nas pactuações sobre Direitos Humanos já está em alerta sobre isso. No segundo âmbito, a problematização nos efeitos de controle de constitucionalidade e na prática hermenêutica é um desafio a ser encarado por todos na construção democrática, e, obviamente, também pelo STF. Mais trabalho gera mais esclarecimento. E no terceiro âmbito, o qual trata do reconhecimento dos tratados de direito internacional, equivocou-se o Ministro ao equiparar tratados internacionais de matéria comum com os Direitos Humanos. Evidente que as NIDH também passam por procedimento interno para sua entrada em vigência, mas esses procedimentos não podem se apresentar tão rigorosos a ponto de diminuir a eficácia plena e imediata dos Direitos Humanos. Nesse sentido, explica SHAW (2010, p. 300) que “os tratados de direitos humanos têm natureza diferente da dos demais tratados multilaterais, uma vez que não têm por foco um intercâmbio recíproco de direitos em vista do benefício mútuo dos Estados contratantes, mas sim a proteção dos direitos básicos dos indivíduos, constituindo obrigações *erga omnes*, e não referentes somente a alguns outros Estados”.

Noutro ponto, é irresistível criticar o proferido pelo Ministro Gilmar Mendes sobre o §3º, art. 5º, da CR/88: “se o Congresso quiser que as normas internacionais de Direitos Humanos sejam de natureza constitucional, fará nova emenda”. Ora, asseverar isso é presumir que o Congresso Nacional é o auge da democracia e que, assim como o ilustre STF, não comete equívocos. Espancou-se por diversas vezes nesta pesquisa que a mera *representatividade* da democracia está ultrapassada, que a democracia ideal é a da cidadania participativo-deliberativa, que todos os cidadãos são atores da construção democrática. Não foi por menos que o constituinte originário instituiu o Estado brasileiro sobre os fundamentos da democracia semi-direta ou mista, tendo reconhecido a insuficiência da modalidade representativa absoluta, a qual já foi criticada por diversas vezes e por diversos autores como mera ilusão. A meu ver, ou se compreende o §3º do art. 5º da CR/88 como possibilidade de um regime jurídico alternativo para os Direitos Humanos, o qual é irrelevante para reconhecer sua força constitucional, ou esse dispositivo é inconstitucional, pois restritivo à máxima eficácia da dignidade da pessoa humana. A vigência e validade dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento interno do Brasil são garantidas por quatro simples momentos: a assinatura do pacto internacional por

representação com plenos poderes, a ratificação da assinatura, a fiscalização do Congresso para averiguar se há disposições contrárias à Constituição (art. 49, I) e a entrada em vigência por meio de decreto presidencial (art. 84, VIII), com promulgação e publicação do teor da NIDH. E só. Isso é suficiente para garantir “segurança jurídica”. Os problemas de aplicabilidade e debates hermenêuticos daí provindos não pertencem ao plano da segurança jurídica, mas da prática jurídica futura a ser implementada na problematização dos casos concretos.

Noutra ronda, se a CR/88 inclusive determina a constituição de uma sociedade dos povos latino-americanos (art. 4º, parágrafo único), os vanguardistas modelos estabelecidos pela Constituição da Argentina, com a reforma de 1994, e pela Constituição do Paraguai de 1992 são, seguramente, um paradigma a ser seguido pelos demais Estados deste bloco continental. Em seu art. 75 (24), a Constituição Argentina dispõe que corresponde ao Congresso aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos, sendo que as normas ditadas em sua consequência têm hierarquia superior às leis. A Constituição Paraguaia, em seu art. 9º, admite a existência, mantida a condição de igualdade com outros Estados, de uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos. Nesse ponto, o Ministro Gilmar Mendes entende que a Constituição Argentina e a Paraguaia aderiram à tese de supraconstitucionalidade dos Direitos Humanos. Discordo. O que percebo é o reconhecimento pelos governos argentino e paraguaio da força “supranacional e supraestatal” das NIDH, ou seja, da superação dos valores obsoletos do Estado Nacional diante da constatação de Estados Plurinacionais ou Transnacionais, e não da “supraconstitucionalidade”. Isso é reforçado quando se extrai desses textos constitucionais que fica garantida a “igualdade e reciprocidade” dos Estados com essa jurisdição supranacional. Os Estados Argentino e Paraguaio, a meu ver, estão, exatamente, a buscar a harmonia da unicidade entre plano interno e internacional, não a supremacia de um sobre outro ou vice-versa.

Pelas razões ora expostas, e também anteriormente, que se discorreu sobre a necessidade de um novo (ou renovado) método de pensamento e valoração para a soberania interna dos Estados Nacionais. Se a democracia é a base do poder estatal, o

Estado deve readequar sua compreensão sobre a natureza, a existência e a eficácia de sua própria soberania, com intuito de efetivar direitos fundamentais no plano concreto e de forma contundente. A “soberania democrática” praticada por uma “cidadania integrativa” aponta a unicidade do Direito Constitucional e do Direito Internacional de Direitos Humanos e, conseqüentemente, aponta para a “natureza constitucional” dos direitos que reconhecem e garantem a dignidade da pessoa humana.

4.4. O controle de convencionalidade das normas internacionais de direitos humanos e fundamentais pelos poderes públicos estatais.

Dos diversos argumentos nos julgados do STF acima apresentados, extrai-se uma afirmação do Ministro Celso de Mello que deve ser trazido à baila, já que transita pela questão da soberania estatal. Asseverou o Ministro que deve ser reconhecida “a natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o *controle de constitucionalidade* e, também o *controle de convencionalidade*, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico”.

Neste tópico, o que se pretende é trazer esclarecimentos sobre a natureza jurídica do “controle de convencionalidade”, um conceito relativamente recente que representa uma tendência ainda escassa de estudos jurídicos aprofundados e críticos. Para tanto, serão utilizados os conceitos introdutórios apresentados no capítulo 1 desta pesquisa sobre o Sistema Global e os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos, com ênfase no Sistema Americano e seus principais pactos e órgãos: a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No ano de 1997, em seu “Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, o ilustre jurista Antônio Augusto Cançado Trindade, à época juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já balizava as linhas para a fiscalização dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos. Argumentava que a interação entre direito internacional e o direito interno trazia aspectos significativos, destacando que “os

próprios tratados de direitos humanos atribuem uma função capital à proteção por parte dos tribunais internos, como evidenciado pelas obrigações de fornecer recursos internos eficazes e de esgotá-los”. Em contrapartida, “os tribunais internos têm, como protetores primários, que conhecer e interpretar as disposições pertinentes dos tratados de direitos humanos”. De tal forma, ademais do labor exercido pelo Poder Judiciário no âmbito interno, os atos internos também são objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais quando se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos. “Os atos internos dos Estados não se encontram isentos de verificação quanto ao seu valor de prova, porquanto podem não estar conformes com as obrigações internacionais dos Estados. Isto se aplica à legislação nacional assim como às decisões internas judiciais e administrativas”. (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 410-412).

Discorrendo sobre a “compatibilização” das NIDH com o direito interno, CANÇADO TRINDADE (1997, p. 413-416) destaca que além da supervisão internacional da compatibilidade das normas internas aos Direitos Humanos, é “o próprio direito interno que assume importância no processo legal internacional”, porquanto a natureza dos Direitos Humanos é de um “sistema de garantia coletiva”, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose). Não há dúvida que cabe aos tribunais internos interpretar e aplicar as leis dos países respectivos, exercendo os órgãos internacionais especificamente a função de supervisão. Mas cabe, ademais, “aos tribunais internos, e outros órgãos dos Estados, assegurar a implementação em nível nacional das normas internacionais de proteção, o que realça a importância de seu papel em um sistema integrado como o da proteção dos direitos humanos, no qual as obrigações convencionais abrigam um interesse comum superior de todos os Estados-Partes, o da proteção do ser humano”. (grifou-se).

Percebe-se que Cançado Trindade vislumbrou a compatibilização como uma fiscalização ativa no plano internacional (órgãos competentes) e também no plano interno, pelo Poder Judiciário e por outros órgãos do Estado, numa ação conjunta para efetivamente garantir o cumprimento das “obrigações convencionais”. Para ele, as “obrigações convencionais de proteção vinculam os ‘Estados Partes’ e não só seus Governos”, cabendo ao Poder Executivo tomar as medidas administrativas e outras para

cumprimento das “obrigações convencionais”. Os Governos dos Estados Partes podem se suceder com o tempo, mas a responsabilidade se mantém, já que é o Estado o vinculado. O Poder Legislativo deve regulamentar os tratados de direitos humanos para garantir-lhes máxima eficácia, enquanto ao Poder Judiciário incumbe aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, assegurando sua observância. “Isto significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão”. O descumprimento das “normas convencionais” acarreta imediata responsabilização internacional do Estado, “por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário”. (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 442).

A tendência de responsabilização do Estado pela não observância, em seu plano interno, do pactuado em tratados internacionais, nem sempre esteve presente nas decisões das Corte Internacionais. Como exemplo notório é o *Caso Linguístico Belga*²²⁰, em que a Corte Europeia de Direitos Humanos julgou, em 1968, que “não poderia assumir a função das autoridades nacionais competentes, que permaneciam livres para escolher e tomar as providências que considerassem apropriadas nas matérias regidas pela Convenção Europeia: sua função de supervisão dizia respeito tão somente à conformidade dessas providências com os requisitos da Convenção”. (CANÇADO TRINDADE, 1997, 414).

Em contrapartida, ainda em contexto europeu, os *Casos Chipre versus Turquia* (1975) e *Irlanda versus Reino Unido* (1978) marcaram uma nova concepção sobre a obrigatoriedade no cumprimento das normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, conforme sentido declarado pela Comissão e recepcionado pela Corte. O art. 1º da Convenção determina que as Partes contratantes assegurarão (*shall secure*) a qualquer pessoa sob sua jurisdição os direitos humanos nela garantidos. De tal forma, a presença de um imperativo, e não de um mero compromisso de assegurar, foi levado ao máximo em sua expressão. O imperativo de assegurar é o

²²⁰ *European Court of Human Rights. Belgian Linguistic Case (Merits), judgment of 23.07.1968*, p. 35.

fundamento para responsabilizar um Estado por direitos humanos não garantidos em seu plano interno. (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 293-294).

Na América, o relatório anual de 1997 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos constatou que diversos países não efetivavam as normas da Convenção por total inoperância de seus instrumentos internos de garantias administrativas e judiciais. No relatório de 1980 sobre a situação dos direitos humanos na Argentina, a Comissão Interamericana concluiu que se fazia necessário a atuação dos órgãos de supervisão internacionais. Posteriormente, a Comissão “relacionou a proteção dos direitos humanos com a própria organização política (interna) do Estado e o exercício efetivo da democracia”, pressionando para que os Estados-membros da OEA incorporassem à suas constituições os direitos humanos convencionalmente reconhecidos e garantidos. (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 415).

Nos tratados e instrumentos de proteção internacional dos direitos da pessoa humana, a reciprocidade é suplantada pela noção de garantia coletiva e pelas considerações de *ordre public*. Tais tratados incorporam obrigações de caráter objetivo, que transcendem os meros compromissos recíprocos entre as partes. Voltam-se à salvaguarda dos direitos do ser humano e não dos direitos dos Estados, na qual exerce função-chave o elemento do ‘interesse público’ comum ou geral superior. Toda evolução jurisprudencial quanto à interpretação própria dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontra-se orientada nesse sentido. (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 290).

Seguindo essa tendência, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos *Velazquez Rodrigues versus Honduras* (sentença de 29 de julho de 1988) e *Godínez Cruz versus Honduras* (sentença de 20 de janeiro de 1989), considerou o artigo 1(1) da Convenção essencial para determinar a imputabilidade de violação dos direitos humanos, por ação ou omissão, ao Estado demandado. Advertiu a Corte que os Estados-Parte estão obrigados a “organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação os Estados devem prevenir, investigar e

sancionar toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, se possível, do direito violado e, nesse caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos”. (p. 68 e 72 das sentenças).

As decisões da Corte Interamericana passaram, então, a determinar o efetivo cumprimento das “obrigações convencionais”, sob pena de responsabilização do Estado violador. Para GUERRA (2012, p. 348), “compete, portanto, ao Estado a responsabilidade primária e ao sistema internacional uma ação suplementar e subsidiária em relação aos direitos violados”. E a responsabilidade do Estado é, agora, configurada de forma evidente quando a violação é contra *jus cogens*²²¹, como são os Direitos Humanos. (SHAW, 2010, p. 572-595).

Seguindo a doutrina jusinternacionalista no sentido de imperatividade no exercício de fiscalização dos Direitos Humanos pelos órgãos internos Estatais, além do Poder Judiciário, no *Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala* (sentença de 25 de novembro de 2003), o Juiz Sérgio García Ramirez, em voto separado referiu-se pela primeira vez à nomenclatura “controle de convencionalidade”. Mas foi em sentença proferida aos 26 de setembro de 2006, no *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, que a Corte Interamericana iniciou tendência jurisprudencial sobre o tema. O caso em questão foi julgado na presidência do Juiz Sergio García Ramirez, contando com o Juiz Arilio Abreu Burelli como vice-presidente, e Antônio Augusto Cançado Trindade, Manuel Ventura Robles e Diego García-Sayan como os demais juízes integrantes desse colegiado. A Corte decidiu pela condenação do Estado Chileno, responsabilizado pela violação de direitos humanos do Sr. Luis Alfredo Almonacid Arellano, o qual fora assassinado em um contexto de perseguição política, sendo que a execução extrajudicial de Arellano não foi alvo de investigação adequada e julgamento com base no devido processo legal, bem como o Estado Chileno manteve vigente em seu ordenamento interno o Decreto-Lei nº 2.191, o qual garantia anistia geral a diversos crimes contra a humanidade, e dava a competência do julgamento à Justiça Militar daquele país. A CIDH concluiu que:

²²¹ Conforme artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, “uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza”.

[...] considera que el asesinato del señor Almonacid Arellano formó parte de una política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil, y representa sólo un ejemplo del gran conjunto de conductas ilícitas similares que se produjeron durante esa época. El ilícito cometido en contra del señor Almonacid Arellano no puede amnistiarse conforme a las reglas básicas del derecho internacional, puesto que constituye un crimen de lesa humanidad. El Estado incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a efectos de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana, porque mantuvo y mantiene en vigencia el Decreto Ley No. 2.191, el que no excluye a los crímenes de lesa humanidad de la amnistía general que otorga. Finalmente, el Estado violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, e incumplió con su deber de garantía, en perjuicio de los familiares del señor Almonacid Arellano, porque aplicó el Decreto Ley No. 2.191 al presente caso. [...] En vista de lo anterior, la Corte declara que el Estado violó el Artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunto con el artículo 1.1 de la misma, por otorgar competencia a la jurisdicción militar para que conozca el presente caso, ya que ésta no cumple con los estándares de competencia, independencia e imparcialidad anteriormente expuestos. (CIDH, 2006, p. 54).²²² (grifou-se).

Ao final, a CIDH declarou a imperatividade de fiscalização e controle aos órgãos internos dos Estados, e seus Poderes Judiciários, em garantir a elaboração legislativa interna de acordo com os direitos humanos reconhecidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las

²²² “[...] considera que o assassinato do Sr. Almonacid Arellano fez parte de uma política de Estado de repressão a setores da sociedade civil, e representou somente um exemplo do grande conjunto de condutas ilícitas similares que foram produzidas nessa época. O ilícito cometido contra o senhor Almonacid Arellano não pode ser anistiado conforme as regras básicas do direito internacional, posto que constitui um crime de lesa-humanidade. O Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno a efeitos de garantir os direitos estabelecidos na Convenção Americana, porque manteve e mantém em vigência o decreto-Lei nº 2.191, o qual não exclui os crimes de lesa-humanidade da anistia geral que outorga. Finalmente, o Estado violou o direito às garantias judiciais e à proteção judicial, e descumpriu com seu dever de garantia, em prejuízo aos familiares do senhor Almonacid Arellano, porque aplicou o decreto-Lei nº 2.191 ao presente caso. [...] Em visto do antes exposto, a Corte declara que o Estado violou o Artigo 8.1 da Convenção Americana, em conjunto com o artigo 1.1 da mesma, por outorgar competência à jurisdição militar para que conheça o presente caso, já que esta não cumpre com os postulados de competência, independência e imparcialidade anteriormente expostos” (tradução livre).

normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (CIDH, 2006, p. 53).²²³ (grifou-se).

Essa determinação da CIDH foi precedente no atual processo de consolidação da jurisprudência interamericana. Como exemplos, no *Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Peru* (sentença de 24 de novembro de 2006) a Corte proferiu decisão semelhante ao do *Caso Almonacid Arellano y otros versus Chile*. No caso *Gomes Lund y otros versus Brasil* (sentença de 24 de novembro de 2010), a Corte consignou que todos os órgãos, incluindo juízes, de um Estado-Parte estão obrigados a observar o controle de convencionalidade. No *Caso Cabrera García y Montiel Flores versus Mexico* (sentença de 26 de novembro de 2010), a Corte, por unanimidade de votos, confirmou sua consolidada jurisprudência sobre o “controle de convencionalidade”.

Avançando ainda mais, no *Caso Gelman versus Uruguay* (sentença de 24 de fevereiro de 2011) e no *Caso Fontvecchia y D’Amico versus Argentina* (sentença de 29 de janeiro de 2011), este já analisado no capítulo III desta pesquisa, a Corte proferiu que todos os órgãos dos Estados membros, incluindo os juízes, devem exercitar “*ex officio* o *controle de convencionalidade*”, ou seja, a observância das normas internas e das normas internacionais de maneira concomitante, ao arrimo do artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No ano de 2008, em estudos originários sobre o tema, o jurista mexicano Ernesto Reis Cantor, em sua tese “*Control de convencionalidade de las leyes y derechos humanos*”, defendeu a nova competência da Corte Interamericana para aplicar o

²²³ “A Corte é consciente que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratificou um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho estatal, também estão submetidos à ela, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não sejam violados (minimizados) pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo fez a Corte Interamericana, intérprete última [principal] da Convenção Americana” (tradução livre).

controle de convencionalidade sobre o direito interno. Mas não apenas isso, também que o controle de convencionalidade distingue-se no *âmbito internacional e nacional*, sendo que este segundo âmbito constitui-se na atuação dos juízes internos em aplicar a Convenção ou outro tratado ao invés de utilizar o direito interno, mediante um exame de confrontação normativo (material) em um caso concreto, elaborando uma sentença judicial protetiva dos direitos da pessoa humana. Para Cantor, este seria um *controle difuso*, em que cada juiz aplicará este controle de acordo com o caso concreto que será analisado. (GUERRA, 2012, p. 360-361).

Pelo exposto, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, devem passar por filtros de validade, ou como entende MAZZUOLI (2009, p. 114) em seus estudos originários no Brasil, “dois níveis de aprovação: (1) a *Constituição e os tratados de direitos humanos* (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os *tratados internacionais comuns* também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o controle de convencionalidade das leis; e no segundo, o seu controle de legalidade”.

Extraí-se das decisões da Corte acima apresentadas que o Estado está obrigado a compatibilizar suas normas internas com os direitos assegurados na Convenção, e que o efeito das normas internas contrárias acaba mitigando os efeitos da Convenção. Numa melhor hermenêutica aplicada ao cenário brasileiro, os efeitos gerados por normas internas contrárias à Convenção são nulos e/ou anuláveis, já que violadores da força “supralegal” garantida pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, pode-se defender que a validade e eficácia das leis ordinárias brasileiras somente se concretizam, produzem efeitos, com a estreita observância das NIDH ratificadas por nosso país. A mera entrada em vigência (existência) da lei infraconstitucional, em que pese seu cumprimento ao processo legislativo adequado (aspecto formal), não é suficiente para sustentar sua validade (aspecto material), pois esta dependerá da análise jurídico-social após sua publicação, ou seja, sua aplicabilidade em casos concretos que determinarão os parâmetros do controle de convencionalidade na espécie em pauta. A negativa dessa prática é o retorno ao positivismo fechado e meramente legalista, incompatível com a hermenêutica constitucional para os direitos

humanos e fundamentais, bem como contrária aos princípios do Estado Democrático de Direito.

A relação de eficácia entre NIDH, constituição e leis infraconstitucionais internas poderá resultar em duas situações: a) quando a lei infraconstitucional anterior confronta os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns), estes prevalecem pela força da suprallegalidade e a lei interna conflitante é revogada, parcial ou totalmente; b) quando a lei infraconstitucional posterior é contrária aos tratados internacionais, estes prevalecem pelo controle de convencionalidade (para tratados de direitos humanos) e pelo controle de legalidade (para tratados que não sejam de direitos humanos), e a lei ordinária lesiva é, embora vigente, inválida e ineficaz.

De tal forma, o controle de convencionalidade consiste na fiscalização das leis ordinárias internas, em sentido *lato*, para adaptá-las ao teor normativo dos tratados internacionais que receberam garantia de compromisso pelo Estado-Parte. Percebe-se que o controle de convencionalidade não indica requisitos para a titularidade de sua aplicação, compreendendo-se que todo o Estado, portanto, toda a Administração Pública (Poder Público), é responsável por essa observância.

O raciocínio de MAZZUOLI (2009, p. 129) é convincente quando afirma que para realizar o controle de convencionalidade ou de legalidade das normas infraconstitucionais, os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter *difuso*, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode-se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio, os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis internas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país.

Entretanto, a evidente viabilidade de controle de convencionalidade no âmbito difuso não afasta a possibilidade do controle de convencionalidade no âmbito concentrado. E essa é a verdadeira e mais adequada interpretação do sentido do §3º do

artigo 5º da Constituição brasileira. A previsão de um procedimento para declarar *status* constitucional aos tratados internacionais não deve ser interpretado como óbice para a efetivação dos direitos humanos e internacionais, mas como a autorização aos legitimados para exercerem o controle de convencionalidade concentrado em relação a esses tratados. Nesse sentido, MAZZUOLI (2009, p. 137) defende que os tratados de direitos humanos podem ter sido ou não aprovados com o *quórum* qualificado que o art. 5º, §3º, da Constituição prevê. Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seus *status* serão de norma (apenas) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma de controle somente *difuso* de convencionalidade; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação) pela sistemática do art. 5º, §3º, tais tratados servirão também de paradigma do controle *concentrado* de convencionalidade.

A legitimidade de todos os órgãos do poder público em garantir a conformação das leis ordinárias nacionais com os tratados internacionais (direitos humanos e outros) em que o Brasil seja signatário não se trata apenas da observância do teor dos tratados, mas também da observância da interpretação dos tratados realizada pelas Cortes Internacionais, principalmente as Cortes de Direitos Humanos em seu exercício hermenêutico de competência originária.

As próprias Cortes Internacionais são responsáveis originais pela interpretação dos tratados internacionais em que mantenham jurisdição. Em exemplo, o artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos indica que a Corte Interamericana é competente para responder as consultas propostas por Estados-membros sobre a interpretação dessa Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Nesse aspecto, argumenta SHAW (2010, 296) que o artigo 64 confere ao Tribunal uma jurisdição consultiva sobre a interpretação da Convenção Americana e de outras convenções que tratem da proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. A Corte, através de seus pareceres consultivos, tratou de diversas questões de relevância e adotou o ponto de vista de que o objetivo da Convenção é integrar os sistemas regional e universal de proteção aos direitos humanos, e que, portanto, qualquer tratado de direitos humanos de que os Estados americanos forem signatários pode ser tema de um parecer consultivo.

Agregue-se, ainda, que as mesmas NIDH possuem determinações que impedem a interpretação de seu teor de forma lesiva ao que elas mesmas determinam. Esse é o caso do artigo 29 do Pacto de San José da Costa Rica²²⁴.

Pelo exposto, a não observância, pelo poder público (inclusive o poder judiciário), do teor das NIDH e da interpretação dessas normas pelas Cortes Internacionais, acarretará em descumprimento dos direitos humanos, com a consequente responsabilização do Estado violador e sua obrigação de reparar ao máximo o dano produzido, tanto para o caso concreto específico quanto para o futuro.

Ademais, a Corte Interamericana e a Convenção Americana de Direitos Humanos estão em similitude com os demais sistemas regionais (europeu e africano) e com o sistema universal de proteção internacional dos direitos humanos. A essência dos direitos humanos e fundamentais não deve encontrar óbice em dissonâncias interpretativas entre as diferentes comunidades internacionais²²⁵. SHAW (2010, p. 296) disserta com precisão que numa declaração que manifesta a nítida influência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o Tribunal Interamericano afirmou que os tratados de direitos humanos têm natureza diferente da dos demais tratados multilaterais, uma vez que não têm por foco um intercâmbio recíproco de direitos em vista do benefício mútuo dos Estados contratantes, mas sim a proteção dos direitos básicos dos indivíduos. Constituem obrigações *erga omnes*, e não referentes somente a alguns outros Estados.

Pelo exposto, vislumbra-se que não há mais fundamento para omissões ou condutas protelatórias pelo Estado e pela sociedade civil na produção de políticas públicas e de legislação interna em observância às normas internacionais de direitos

²²⁴ “Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

²²⁵ Não se trata aqui de afastar o sempre construtivo debate multiculturalista para os direitos humanos, mas, sim, de evidenciar a necessária existência de um núcleo mínimo de direitos humanos que gozam de valor universal.

humanos, pois direitos humanos são recepcionados pelo Brasil – ainda que o STF tenha, majoritariamente, se posicionado pela supralegalidade – como normas fundamentais, já que integram o contexto constitucional. Para GUERRA (2012, p. 364), “definitivamente é chegado o momento que os Estados assumam posição de destaque e desenvolvam ações, no plano interno e externo, para a proteção dos direitos humanos”.

Por derradeiro, é construtivo citar, sinteticamente, os tratados internacionais que foram ratificados pela República Federativa de Brasil, ou seja, pactos em que há compromisso de efetivo cumprimento. No âmbito global, o *International Bill of Rights*, formado pela Declaração Universal de Direitos Humanos – DUDH e pelos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC); Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986); Declaração e Programa de Ação de Viena da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (1993); Declaração de Pequim adotada pela Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres – Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz (1995); Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948); Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – Convenção de Mérida (México, 2003); Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007); e, no âmbito do sistema regional interamericano, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – OEA (Bogotá, 1948); Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose de Costa Rica (1969); Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1979); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (San Salvador, 1988); Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referentes à Pena de Morte (1990); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Belém do Pará, 1994); Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994); Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência

(1999). Somam-se os Tratados Internacionais sobre Direito Ambiental, como Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972); Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992); Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992); Protocolo de Quioto à Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1997); Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica (Colômbia, 2000). Há, ainda, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), a qual foi ratificada pelo Brasil em 2009, e os diversos protocolos no âmbito do MERCOSUL, bem como sobre organização do trabalho e direitos trabalhistas, a abordarem aspectos dos direitos fundamentais.

4.4.1. A natureza jurídica do “controle de convencionalidade”.

A definição da natureza jurídica do “controle de convencionalidade” pode ser concluída pelo esclarecimento em três âmbitos: sua gênese, sua essência e seus efeitos, como segue. A) na gênese, a semântica do “controle de convencionalidade” aponta para uma ação de monitoria e fiscalização sobre o cumprimento dos ditames da Convenção. A sua origem encontra-se no próprio teor da Convenção, portanto, uma origem pactual com força de tratado internacional multilateral. O “controle de convencionalidade” também surge no campo científico e nos julgados da Corte, portanto, tem origem doutrinária e jurisprudencial. Considerando que o art. 38 da Corte Internacional de Justiça reconhece que os tratados, a doutrina e a jurisprudência são fontes do direito internacional, não há como negar que o “controle de convencionalidade” é postulado jurídico. Seu caminho, necessariamente, ruma à consolidação como norma costumeira e princípio geral. B) Sobre a essência, o “controle de convencionalidade” é imperativo de conduta humanizada e ética de compromisso e responsabilidade, é exercício dos princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda*. C) Quanto a seus efeitos, o “controle de convencionalidade” é dever que obriga a todos (*erga omnes*), sua eficácia é imediata (concretização urgente) e tem o condão de invalidar normas infraconstitucionais internas, bem como o não cumprimento desse postulado jurídico acarreta a responsabilização e obrigatoriedade de reparação pelo Estado desidioso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÃO

Por todo o pesquisado, é possível apresentar algumas considerações finais e uma resposta conclusiva ao tema problematizado.

1. A evolução dos direitos humanos desde o século XVI, ao menos, e até a atualidade, é um movimento que não pretende e não deve deter-se mais. O liberalismo histórico garantiu direitos de cunho individualista, mormente direito à vida, liberdade, igualdade e propriedade, enquanto o movimento socialista contribuiu com a valorização dos ideais sociais e direitos de coletividade, estes pautados na igualdade, no primado do trabalho e da ordem social, na segurança coletiva e na propriedade comum. Mas é com a exaltação ser humano, pondo-o no centro da nova ordem, que se passa a buscar uma integração benéfica entre as diferentes dimensões dos direitos humanos. Hoje, as preocupações ambientais, a virtualidade nas comunicações e o controle científico da genética são fatores que determinaram a defesa dos direitos difusos nos cenários interno e internacional. O Estado Democrático de Direito, assim, é a somatória de todas essas conquistas históricas, as quais legitimam a proteção e promoção dos direitos fundamentais, no sentido de ampliar a incidência e a efetividade dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

2. O universalismo dos direitos humanos não é garantia de universalidade no seu respeito e cumprimento. A efetividade dos direitos fundamentais é a nova crise que se impõe ao cenário mundial, não apenas do aspecto social, mas político-jurídico-econômico. Em suma, os direitos humanos e fundamentais constituem representações da vontade humana, histórico-filosófico-socialmente legitimadas, em proteger e promover três esferas naturais isoláveis, mas necessariamente correlatas e unidas: a vida em todas as suas formas, individualmente, coletivamente e em relação ao meio em que se habita. Neste momento, problematiza-se a efetivação desses direitos, pois os direitos humanos e fundamentais (já preservados como valores universais, normas éticas para a humanidade, princípios gerais de direito, tratados internacionais e constituições) necessitam de transformação das subjetividades em concretudes, da ética em moralidade, da justiça ideal em justo real.

3. Recentemente, o processo de globalização econômica e a evolução das ciências tecnológicas, carros-chefes do neoliberalismo, geraram a flexibilização da soberania do Estado Nacional, fazendo surgir a quarta dimensão dos direitos fundamentais, uma tendência de globalização desses direitos, talvez a de maior interesse, neste momento, aos povos em desenvolvimento. Como exemplos podem ser citados o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Portanto, a concepção neoliberal apresenta-se útil ao fortalecimento dos neodireitos fundamentais, mas, por experiência histórica, não poderá ser a única concepção orientando a temática em questão, sendo certo que a discussão crítica e plural é o mais próximo de ser a pedra angular para a evolução dos direitos e garantias fundamentais.

4. O estudo histórico da humanidade revelou que várias explicações falaciosas foram utilizadas para justificar institutos e instituições convenientes e úteis ao poder vigente e à manutenção do *status quo*. Observou-se a história pela ciência historiográfica renovada e voltada para a desmitificação e o esclarecimento. Essa historiografia crítica permitiu constatar que os seres humanos são capazes de genialidades sublimes e horrores absurdos. A Filosofia do Direito permite a emancipação da ciência jurídica porquanto indaga, reanalisa, e requalifica as interrelações de qualquer ciência social, pois esta busca estudar os diferentes e numerosos círculos de conhecimento humano. De tal forma, a aptidão de todas as ciências sociais em estudar a teoria dos direitos fundamentais e assim contribuir para a construção de um paradigma mais sólido e esclarecido, leva à conclusão da necessária fusão das diversas disciplinas que se propõe a estudar a questão, afastando a tentativa de estudos no isolamento. A *abordagem multiconstrutiva* é essencial para o alcance crítico de conclusões consistentes.

5. Encabeçando os cinco capítulos do Título II da Constituição Brasileira de 1988, quando se trata dos direitos e garantias fundamentais, estão os direitos e deveres individuais e coletivos – vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade e herança, integridade física e moral, acesso à justiça, garantia do devido processo jurídico e primazia da inocência –, os direitos sociais – educação, saúde, alimentação, trabalho moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, liberdade de associação sindical –, a nacionalidade, os

direitos políticos e partidários. Ademais, outros direitos fundamentais estão assegurados em diversos pontos do texto constitucional, como o Título VIII – o primado do trabalho, a promoção e proteção da saúde, da educação, da cultura, do meio ambiente, da família, infância, juventude e melhor idade. Destacam-se, ainda, os direitos de terceira dimensão, direcionados para a garantia de um Estado Democrático de Direito, portanto, proteção à cidadania, ao exercício democrático direto e representativo, a uma sociedade fraterna e pluralista, ao arrimo do Título I – Princípios Fundamentais. A expressão máxima de tais direitos canaliza-se no direito de dignidade da pessoa humana.

6. As normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, conforme expressamente prevista no §1º do artigo 5º da CRFB/88. De outra forma não poderia ser, pois a essência da constituição e da interpretação constitucional contemporânea está na solidificação do Estado Democrático de Direito, com prevalência dos direitos humanos e direitos e garantias fundamentais individuais, coletivas e difusas. A aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais implica na ocorrência de eficácia jurídica e social, ou seja, é inadequada a arguição de ausência de lei regulamentadora infraconstitucional para a promoção e proteção de direitos e garantias fundamentais. Se os denominados direitos sociais necessitam de programas para sua concretização, qualquer alegação no sentido de impossibilidade de efetivar tais programas será inconstitucional. Os impedimentos surgem das dificuldades fáticas no desenvolvimento dos programas, mas nunca da impossibilidade de elaborá-los e inicia-los.

7. O imperativo hipotético de Kant, pelo qual devemos agir de forma com que nossa máxima possa tornar-se uma lei universal, encontra, na dignidade da pessoa humana, a força valorativa e principiológica que permite transformar-se em imperativo de conduta categórica. Na ordem constitucional, a dignidade é inserida como fundamento da República e como um dos valores supremos defendidos pela Constituição. A dignidade seria, portanto, o núcleo em torno do qual gravitam do ‘direitos fundamentais’, gerando um autêntico sistema de garantias. Assim, tanto no contexto político quanto no jurídico, a efetivação do princípio da aplicabilidade imediata e eficácia plena da dignidade da pessoa humana deve ser traduzida em concretização para a realidade social.

8. A visão hermenêutica contemporânea vem para privilegiar o esclarecimento das obscuridades da linguagem. A hermenêutica aplicada à ciência jurídica garante a busca pela veracidade, ou como defende Habermas, transforma o Direito em *médium* linguístico entre a facticidade mundana e a validade normativa. Assim, pode-se afirmar que o direito é a realização prática do justo pela compreensão da norma e do fato na busca da solução adequada ao problema proposto. Como demonstrado no capítulo II, essa renovação hermenêutica é ainda melhor esclarecida e difundida com os estudos de Lênio Luis Streck e Castanheira Neves. Aquele defende a postura filosófica de constante crítica para o exercício interpretativo, este promove o afastamento meramente teórico em favor do Direito construído em sua problemática concreta.

9. Com o capítulo II da pesquisa foi possível perceber que é por meio da filosofia da linguagem, ou razão comunicativa destranscendentalizada, que os princípios constitucionais poderão desvelar-se, que a crise poderá ser superada, que as premissas de um direito positivista-individualista poderão ser ultrapassadas, que o “estranho” constitucional poderá emancipar-se, pois a constituição não é apenas uma lei fundamental, mas é a diretiva de constituir-se uma nova sociedade, ou um novo modelo social, arrimado no Estado Democrático de Direito e nos direitos e garantias fundamentais. A hermenêutica é método interpretativo para o direito, mas não apenas interpretação, como também uma postura filosófica e investigativa a ser tomada perante o problema que o Direito pretende solucionar. Assim, o verdadeiro direito, vivo em sua essência, é a aproximação do teórico normativo ao prático problemático. É essa a postura imprescindível para os agentes do Direito que buscam compreender a importância da proteção e promoção dos direitos humanos e fundamentais, uma vontade de concretização, de contínuo esforço pela concretude (eficácia, efetividade e eficiência) daqueles direitos que se propõem a garantir o princípio da dignidade da pessoa humana.

10. O próprio sentido do Direito está em questionamento. Para quais fins serve o Direito objetivo ou positivado? Enquanto a referência do Direito for a manutenção dos fins econômicos e políticos, como mero instrumento legitimador do poder elitizado e do status quo, a ciência jurídica permanecerá submissa e

compartimentalizada. A unicidade da ciência jurídica e a importância de seu constante diálogo com as outras áreas científicas são fundamentais para a emancipação do Direito. Nesse ponto, o sentido do Direito pode reencontrar seu rumo com a promoção e proteção dos direitos fundamentais, pois estes são normatividade de força histórica e filosófica, com intensa carga valorativa e extremamente problematizante em sua concretude. Ao que parece, o sentido do Direito voltado à promoção e proteção dos direitos fundamentais é a alternativa que melhor se apresenta para retirar a ciência jurídica da submissão política e econômica, permitindo a construção do Direito como atividade humana criadora, inovadora e compreensiva em plenitude, atingindo sua necessária emancipação.

11. Entre os direitos fundamentais estampados na CRFB/88, notadamente em seus Títulos I e II, a democracia é assegurada como sistema político para o Estado brasileiro. Em seu artigo 1º determina que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e que entre seus fundamentos estão a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Ademais, no parágrafo único desse artigo a ideia democrática encontra-se expressa, pois “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Desse ditame constitucional, infere-se que o regime político democrático encontra duas maneiras do exercício político do povo, em um sistema que a literatura especializada convencionou denominá-lo misto, eclético ou semidireto, já que encontra instrumentos de exercício para a democracia direta (plebiscito, referendo e iniciativa popular) e, ao mesmo tempo, para a democracia indireta ou representativa (eleições regulares para os cargos políticos do executivo e legislativo).

12. Percebe-se que a democracia clássica ou moderna foi resultante de movimentos sociais e crises nas estruturas do feudalismo, da monarquia e da sacralização estatal, crises provocadas por um novo método de pensamento e por uma nova ideologia social, o liberalismo. O que importa repisar é a reivindicação violenta de segurança constitucional quanto aos direitos fundamentais individuais, em principal, a liberdade, a igualdade, e a propriedade. Nota-se que a conquista desses direitos fundamentais, necessariamente, desenvolveu-se junto às conquistas democráticas. A

história dos direitos basilares ao ser humano confunde-se, em imbricamento benéfico, com a história da evolução da democracia como sistema político para os Estados do século XXI.

13. Diversos foram os problemas decorrentes da identificação do Estado Democrático ideal com determinadas formas de Estado e de governo implantadas na emancipação dos povos. A ideia essencial era enfraquecer o poder Estatal por meio de mecanismos legitimados na própria organização dos Estados. Porém, a experiência demonstrou que a mera existência de um controle formal do poder, portanto, um poder estatal aparentemente enfraquecido, não garantia um Estado Democrático desejado, ou pior, a fachada de Estado Democrático passou a legitimar a perpetuação de Estados totalitários, centrados em uma determinada liderança, elite, classe, instituição ou partido político. A problemática sobre uma democracia que é dirigida pelas elites, as quais pretendem exatamente a manutenção e permanência no poder, leva à necessária crítica sobre quem constitui o instituto democrático denominado “povo”.

14. O que a história e o bom senso demonstram é que os povos, ao tratar de seus interesses, não tem errado mais nem acertado menos do que têm errado e acertado os maiores estadistas ao cuidar dos interesses do povo. Tanto uns, quanto outros, cometeram equívocos e acertos. Em face da noção de povo não encontrar convergência suficiente para ser mantida como a fonte da vontade democrática, um novo paradigma emerge da ciência, uma vinculação da democracia à cidadania, ou seja, o poder emana dos cidadãos, aqueles indivíduos que povoam o Estado e lhe legitimam o poder, apresentando-se como pessoas instruídas e conscientizadas sobre seus direitos fundamentais e deveres como integrantes de uma sociedade.

15. Pelo visto, proteção e promoção da liberdade de pensamento e expressão apresentam duas finalidades, uma de possibilitar o desenvolvimento das potencialidades do ser, evitando sua fossilização mental, outra para gerar a comunicação transformadora pelos grupos sociais. São duas finalidades essenciais para a construção democrática da atualidade. Denota-se que promover a liberdade de expressão é

promover a democracia participativa, uma liberdade comunicativa racional; e promover o racional procedimento democrático é fundamentar a legitimidade do direito.

16. Se a comunicação é fundamental para a consolidação democrática, o fenômeno mundial da expansão dos meios tecnológicos da pós-modernidade se apresenta como a principal ferramenta para o desenvolvimento da cidadania democrática. Hoje vive-se na era da informação. Uma era alavancada pelas inovações tecnológicas de comunicação e transporte. Mas essa “informação” merece, desde logo, um processo de filtragem para a adequada transmissão do saber emancipatório. Ademais, com a expansão das comunicações praticamente instantâneas (rádio, televisão, rede mundial de computadores), a liberdade de expressão e de informação extrapolou o restrito contexto da individualidade, alcançando a esfera de interesse coletivo. Se o direito de informação coletivizou-se, a propriedade e gestão dos meios de comunicação também deve ser ponto de debate no processo de cidadania democrática. Há uma séria condição para o exercício da liberdade de expressão e de informação, pois esta deve ser traduzida em liberdade de imprensa comprometida com a ética de um estado democrático efetivo, no qual a participação de todos tenha efeito. O controle legitimado pela propriedade dos meios de comunicação não pode ser maior que o controle legítimo e originário da soberania popular, ou melhor, da soberania democrática construída pela cidadania. As informações e dados de relevância ao debate político autêntico devem chegar a todos de forma transparente e eficaz.

17. A democracia contemporânea, por força da dinâmica social de velocidade pósglobalizada – *explosão de informações* – apresenta-se como um regime que necessita de proteção aos direitos fundamentais, mormente o direito de manifestação de pensamento em suas duas dimensões: a substancial e a instrumental. Soma-se a necessidade de publicidade e ampliação do espaço público de debate, com ênfase na recompostura ética e declínio das oligarquias concorrenciais e das elites do poder, por meio da difusão da informação de interesse público, a qual deve ser facilitada e protegida. É imprescindível promover a liberdade de expressão para a consolidação de uma democracia racionalmente justa. Para estar preparado para o novo, para constantemente remodelar-se, parece que o sistema democrático necessita de total promoção e proteção das liberdades, entre elas, a de pensamento e de manifestação da

opinião. A expressão de apenas um indivíduo é capaz de modificar outras opiniões e conceitos, então, todas as vozes individuais devem igualmente ser ouvidas. Assim, a força emanada pela promoção da liberdade de expressão e direito de informação é do tipo *sinérgica*, pois é efeito ativo e retroativo de trabalho e esforço conjunto e coordenado para a realização de tarefa complexa, a concretização dos direitos fundamentais.

18. Com o capítulo III da presente pesquisa foi possível vislumbrar que a realidade atual consiste na vigência de uma *democracia oligárquica de interesses concorrentes das elites de poder*, mas que o idealismo permite rumar a uma *poliarquia participativo-deliberativa construída pela cidadania consciente e comunicativa*. Neste trabalho concluiu-se por uma *democracia da cidadania integrativa*, conceito que incorpora as características de pluralidade, integridade, participação ativa, deliberação e proteção de minorias. A renovação do conceito de cidadania funcionará como mola propulsora da construção e consolidação democrática. Cidadania elaborada por meio da aceitação do pluralismo e exercício da deliberação, buscando-se a comunicação contínua e amparada na ética da verdade. Noutro ponto, as inovações tecnológicas nos transportes e, principalmente, nas comunicações populares, as quais alcançaram um status de instantaneidade, devem ser observadas e analisadas para a elaboração de um sistema semidireto que se aproxime cada vez mais da cidadania diretamente participativo-deliberativa. Todas essas ferramentas da democracia semidireta, incluindo-se as ações judiciais de natureza popular, consistem em temas ainda abertos ao debate científico. O Estado Democrático de Direito não se encontra em ruínas, mas em constante construção.

19. Com o capítulo IV da pesquisa, constatou-se que o conceito clássico de soberania está atualmente submetido a um processo de questionamentos em duas frentes: uma de âmbito supranacional e outra infranacional. A soberania como qualidade de poder estatal absoluto foi mitigada e problematizada pela existência de uma ordem internacional que vem limitando os poderes dos Estados; e, por outro lado, pela crescente importância no cenário global de outros atores políticos, como as cidades, as organizações não governamentais e as empresas. Os fenômenos mundiais de globalização econômica, confrontos culturais, aproximação de fronteiras (distâncias e

peças) pela tecnologia de comunicação e transporte, prevalência dos direitos humanos, internacionalização do direito interno estatal, abertura constitucional, superação de Estados Nacionais por Pluri ou Transnacionais; todos são elementares para a revisão da soberania estatal moderna.

20. Entre esses fenômenos, a pesquisa deu relevância ao atual processo de recepção das normas internacionais de direitos humanos pelo Estado brasileiro. Mas ficou constatado que o entendimento de vanguarda da doutrina e da jurisprudência internacional não é, ainda, seguido pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal. Enquanto o âmbito acadêmico e o cenário internacional defendem a universalização dos direitos humanos e sua força constitucional, o STF proclama ser vanguarda a mera força “supralegal” dos Direitos Humanos. Apenas disse o que já é evidente. A supralegalidade é restritiva à eficácia máxima para os direitos humanos e fundamentais, concluindo-se que a hierarquia constitucional desses direitos no plano interno brasileiro é assegurada pela hermenêutica do §2º, art.5º da CR/88. De tal modo, não é possível aceitar que a regra procedimental determinada no §3º desse mesmo artigo seja capaz de afastar a natureza constitucional das normas internacionais de direitos humanos. Nesta pesquisa, conclui-se que o teor do §3º, ou é inconstitucional em sua origem derivada, ou é mero procedimento para modificar regime jurídico nas denúncias de tratados que o Brasil tenha ratificado.

21. Outro fenômeno aprofundado na pesquisa consiste na força vinculante dos tratados internacionais para com o comportamento dos Estados em seus planos internos. O novo postulado jurídico de “controle de convencionalidade” é dever que se impõe a todas as esferas do poder público, incluindo o judiciário, de garantir a plena eficácia dos direitos humanos reconhecidos na Convenção Interamericana, mas não só ela como também todos os demais pactos internacionais de direitos humanos. Esse dever é obrigação de todos (*erga omnes*) e de eficácia imediata (concretização urgente). Uma interpretação coerente do §3º, art. 5º, CR/88 aponta para o modo de exercício do controle de convencionalidade. Esse controle poderá ser exercido tanto em modo difuso, quanto concentrado, sendo que para este último as normas internacionais deverão ter recebido *status* de emendas constitucionais. O controle difuso pertence a todos, não apenas ao poder público, devendo iniciar-se nas assembleias, seminários,

congressos, debates nos espaços políticos, na mídia eticamente comprometida, nas comunidades de bairro, nas audiências públicas promovidas por todos os entes federados, nas propostas de lei da iniciativa popular e da bancada legislativa, nas escolas, nas universidades etc. É necessária a difusão contínua e proba das informações adequadas sobre a natureza e aplicabilidade dos direitos humanos e fundamentais. A cidadania necessita que o homem não se compreenda apenas como destinatário do direito e titular de direitos, mas autenticamente como o ator e construtor do próprio direito e, assim, não apenas o beneficiário dele, mas comprometido eticamente com ele.

Por fim, após essas considerações finais, retoma-se a questão central desta pesquisa, indagando-se se a recepção/aplicação das normas internacionais de direitos humanos pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro constitui lesão/violação e/ou flexibilização da soberania estatal interna? Esse fenômeno contraria o disposto no art. 8 da Convenção de Montevideo? A resposta, após todo o exposto, converge para alguns esclarecimentos.

A recepção/aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Brasil é, em conclusão, exercício de sua soberania democrática e cidadania integrativa, afastando-se qualquer argumento no sentido contrário. Os fundamentos e motivos determinantes para essa conclusão são, ao menos, cinco: a) a derrocada da soberania popular e da soberania nacional, em razão do fenômeno de aproximação de fronteiras e formações de Estados Plurinacionais ou Transnacionais; b) o exercício da soberania democrática com centro na dignidade da pessoa humana e praticada pela cidadania ativamente participativa e conscientemente deliberativa na construção da sociedade idealizada; c) a irrelevância prática do *status* normativo declarado pelo STF na recepção das normas internacionais de direitos humanos, pois tanto sendo emendas à constituição quanto normas supralegais, o objetivo válido é efetivá-las; d) a renovada postura ética internacional de compromisso e responsabilização pelos tratados firmados e demais fontes de direito internacional; e) a prática constante de toda a organização estatal brasileira (poderes legislativo, judiciário e executivo) no sentido de monitorar, fiscalizar, conciliar e aplicar os ditames da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e de outras que o Brasil faça parte, exercitando-se, de forma ampliativa, o postulado do controle de convencionalidade.

A recepção e aplicação dos Direitos Humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro definitivamente não constituem lesões à soberania estatal, pelo contrário, é o não cumprimento com plena eficácia das normas internacionais de direitos humanos pelo Brasil que coloca o país soberano em situação de Estado violador perante a ordem internacional. O que verdadeiramente ocorreu no processo histórico foi uma modulação da soberania estatal para adequá-la aos fenômenos concretos e a uma nova ordem internacional: a prevalência dos direitos humanos com fundamento na dignidade do ser humano.

De tal forma, o atual entendimento majoritário do STF (supralegalidade dos direitos humanos) não se coaduna com a melhor hermenêutica (natureza constitucional dos direitos humanos) dos §§2º e 3º do art. 5º da CR/88. Mas, a meu ver, ficou evidente que a inevitável mudança desse entendimento da Corte Constitucional Brasileira se dará em futuro breve. Precisa-se perceber a unicidade da ordem internacional e interna, a integração do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Constitucional, como fenômenos de superação da obsoleta tensão entre teses monistas e dualistas. E que fique claro, a integridade entre direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional dos Estados não é supraconstitucionalidade, é equivalência por hermenêutica neoconstitucional. O próprio postulado jurídico de “controle de convencionalidade” passa a contestar a validade das normas internas dos Estados, ainda mais quando fundamentado na revalorização dos princípios gerais do Direito: os pactos devem ser cumpridos, os pactos são celebrados de boa-fé, e os direitos humanos são de natureza imperativa (*jus cogens*).

Para o futuro, a construção democrática pela cidadania integrativa (participativo-deliberativa, pluralista, protetiva e majoritariamente na forma direta) provavelmente encontrará nos instrumentos tecnológicos de comunicação e ambientes virtuais, ademais dos espaços públicos reais, os meios fundamentais para sua efetivação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Teoria crítica do direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento*. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (orgs). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Coleção “Direitos fundamentais individuais e coletivos”. V. 1. Belo Horizonte: Arraes em parceria com a Universidade de Itaúna, 2010, p. 159-178.

_____; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. *Os direitos ou interesses coletivos no Estado Democrático de Direito brasileiro*. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (Orgs.). *Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional*. Coleção “Direitos fundamentais individuais e coletivos”. V. 2. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010, p. 209-245.

_____. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Priscilla Coelho de Barros. *Liberdade de expressão e liberdade de informação: uma análise sobre suas distinções*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 80, set. 2010, disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8283. Acesso em 12 de dezembro de 2012.

ALVES, Fabrício Germano; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. *Hermenêutica contemporânea dos direitos fundamentais*. *Revista Direito e Liberdade - ESMARN* - v. 14, n. 1, p. 101 – 119 – jan/jun 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A reconstrução do conceito liberal de cidadania: da cidadania moldada pela democracia à cidadania moldando a democracia*. In: CAMPUZANO, Afonso de Julius; et al. *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. José Alcebíades de Oliveira Júnior (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 119-127.

ARAZO, August Monzoni I, *Derechos humanos y diálogo intercultural*. In: BALLESTEROS, Jesús (org.). *Derechos Humanos: conceptos, fundamentos, sujetos*. Madri: Tecnos, 1992, p. 116-133.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11ª edição. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ARISTÓTELES. *Política*. Texto integral, tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martins Claret, 2011.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 4ª ed. São Paulo: Globo, 2008.

BALLESTEROS, Jesús (org.). *Derechos Humanos: conceptos, fundamentos, sujetos*. Madri: Tecnos, 1992.

BANSAL, Ashish. *Globalization and human rights: help or hindrance*. Disponível em: <http://www.gedi.objectis.net/eventos-1/ilsabrazil2008/artigos/dheh/bansal.pdf> Acessado em: 25/08/2014.

BARRAL, Welber. *Elegia por uma democracia desencantada*. Revista Sequência – UFSC, vol. 13, n. 25, 1992. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15985/14536>. Acessado em: 5 de janeiro de 2015.

_____. *Tecnodemocracia: limites e perspectivas*. Revista Sequência – UFSC, vol. 13, n. 24, 1992. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16144/14697>. Acessado em: 5 de janeiro de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*. Revista dos Tribunais, v. 919, maio de 2012.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 58. 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. Tradução João Rezende Costa. In: Coleção Critérios Éticos. São Paulo: Paulus, 1997.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Constituição e direitos fundamentais: reflexões jusfilosóficas a partir de Habermas e Häberle*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Volume 19, jan/2007.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Qual democracia?* Organização Mário Bussi. Tradução Marcelo Perine. São Paulo: Edição Loyola, 2013.

_____. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOUTHOU, Gaston. *História da sociologia*. Tradução J. Guinsburg. 4ª ed. São Paulo: Difel, 1976.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 de maio de 2014.

BRUNS, Roger. *Os grandes líderes: Jefferson*. Tradução Lavínia Henderson Cotrim. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

_____. *Os grandes líderes: Lincoln*. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica principiológica e colisão de direitos fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas*. Revista Novos Estudos Jurídicos - NEJ - Vol. 11 - n. 1 - p. 135-141 / jan-jun 2006.

CALERA, Nicolas López. *Filosofia de los derechos humanos*. In: CAMPUZANO, Afonso de Julius; et al. *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. José Alcebíades de Oliveira Júnior (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 128-136.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estado do direito*. 3ª ed, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CAMPUZANO, Alfonso de Julios. *Los derechos humanos en la era del capitalismo transnacional*. In: CAMPUZANO, Afonso de Julius; et al. *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. José Alcebíades de Oliveira Júnior (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 161-177.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. S/D. Acesso em: 27 de mai. de 2014.

_____. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Direito das organizações internacionais*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, v. 1.

_____. *Reavaliação das fontes do direito internacional público ao início da década de oitenta*. Revista de Informação Legislativa Brasília. Ano 18, n. 69, jan./mar. 1981.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CAPALDI, Nicholas. *Da liberdade de expressão: uma antologia de Stuart Mill a Marcuse*. Tradução Gastão Jacinto Gomes. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1974.

CARSON, S. L. *Os grandes líderes: Robespierre*. Tradução Sydnei Leon Romeiro. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio Castanheira. *O 'jurisprudencialismo': proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito*. In: *Teoria do direito*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 9-79.

_____. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Atual da Autonomia do Direito*. In: *Digesta*. v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 43-72.

_____. *O papel do jurista no nosso tempo*. In: *Digesta*. v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 09-50.

_____. *Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema*. In: *Digesta*. v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 161-198.

CASTILHO, Ricardo. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LOPES, David Francisco. *Breves contribuições para uma reflexão sobre o poder constituinte e a legitimidade do direito na modernidade no marco do debate jusfilosófico e teórico-constitucional contemporâneo*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 49, jul./dez. 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Coesão interna entre estado de direito e democracia na teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas*. S/D. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf. Acessado em: 05 de janeiro de 2015.

_____. *Democracia e constitucionalismo nas tradições do pensamento político moderno: um ensaio crítico*. S/D. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1130/1063>. Acessado em: 07 de janeiro de 2015.

_____. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio da teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da*

argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 13ª ed. São Paulo: Ática, 2009.

_____. *Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie: análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Nuno M. M. Santos. *Sobre o jurisprudencialismo: o ocidente como civilização fundada no Direito e a Filosofia. Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo: uma resposta possível?* Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012.

COLETTE, Jacques. *Existencialismo*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acessado em: 27 de dezembro de 2014.

_____. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acessado em: 12 de setembro de 2014.

_____. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acessado em: 27 de dezembro de 2014.

_____. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acessado em: 27 de dezembro de 2014.

_____. *Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acessado em: 12 de setembro de 2014.

_____. *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acessado em: 13 de agosto de 2014.

_____. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acessado em: 27 de dezembro de 2014.

_____. *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acessado em: 12 de setembro de 2014.

_____. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acessado em: 13 de agosto de 2014.

_____. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acessado em: 12 de setembro de 2014.

_____. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acessado em: 27 de dezembro de 2014.

_____. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acessado em: 12 de setembro de 2014.

_____. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acessado em: 13 de agosto de 2014.

_____. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acessado em: 27 de dezembro de 2014.

_____. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es. Acessado em: 12 de dezembro de 2014.

_____. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es. Acessado em: 15 de agosto de 2014.

_____. *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acessado em: 05 de dezembro de 2014.

_____. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acessado em: 30 de dezembro de 2014.

_____. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es. Acessado em: 10 de janeiro de 2014.

_____. *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982.* Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es. Acessado em: 17 de novembro de 2014.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. Coleção "A obra-prima de cada autor", v. 2. São Paulo: Martin Claret, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de filosofia do direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução Celso Mauro Paciornik. 1ª edição; 1ª reimpressão. São Paulo: EDUSP, 2005.

_____. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DALGALARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais*. Porto Alegre: Artmed, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Reinaldo. *Ciência política*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DONNELLY, Jack. *International human rights. Dilemmas in world politics*. 4ª ed. Denver/CO: Westview Press, 2013.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. 3ª ed. Tradução de Márcio Pugliese. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DUTRA, Luiz Henrique de A. *introdução à teoria da ciência*. 2ª ed. Florianópolis: UFSC, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Levando o direito à sério*. Tradução Nelson Bolira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. 19. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

ERICKSEN, Lauro. *Possibilidades de concretização dos direitos fundamentais através do estudo hermenêutico-constitucional*. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 53-77, ago. 2012.

FALCON, Francisco José Calazans. *O capitalismo unifica o mundo*. In: REIS FILHO, Daniel Aarão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste (Org.). *O século XX: O tempo das certezas: da formação do capitalismo à Primeira Grande Guerra*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. V. 1, p. 11-76.

FARO, Júlio Pinheiro. *Deveres como condição para a concretização de direitos*. Revista dos Tribunais *On Line*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. V. 79, abril 2012.

FATALA, Lucas Rogerio Sella; OLIVEIRA, Vanderlúcio. *Soberania nacional pós-moderna e o controle de convencionalidade para os Direitos Humanos e Fundamentais*. In: TOMAZ, Carlos Alberto Simões de (organizador). *Democracia, direitos fundamentais e jurisdição*. Pará de Minas/MG: Virtual Books, 2014, v. 2, p. 17-51.

FATALA, Lucas Rogerio Sella. *A (im) possibilidade de controle jurisdicional nas políticas públicas pertinentes ao direito fundamental à educação*. In: Revista De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais. Jul./dez. 2014, vol. 13, p. 269-296.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Tradução Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho; revisão da tradução Karina Jannini. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução Raquel Ramallete. 27ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRIEDE, Reis. *Democracia e direitos humanos*. Revista dos Tribunais, vol. 918, p.163, abr./2012.

GALUPPO, Marcelo Campos. *O que são Direitos Fundamentais?* In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Coord.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GARCIA, Maria. *Mas, quais são os direitos fundamentais?* Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. Vol. 1, p. 759, ago./2011.

_____. *A universalidade dos direitos fundamentais e a soberania do Estado*. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (Orgs.). *Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional*. Coleção “Direitos fundamentais individuais e coletivos”. V. 2. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010, p. 365-376.

GOMES, Laurentino. *1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

GOMEZ, José Maria. *Política e Democracia em Tempos de Globalização*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coordenadores). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011.

GUERRA, Sidney. *A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da corte interamericana e o controle de convencionalidade*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. V. 36.2, jul./dez. 2012, p. 341-366.

_____; EMERIQUE, Lilian Marcia Balmant. *Hermenêutica dos direitos fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade*. In: DE JURE – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. V. 12, n. 21, jul./dez. 2013, p. 68-96.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GUSTIN, Miracy B. S. *Reflexões sobre os direitos humanos e fundamentais na atualidade: transversalidade dos direitos, pluralismo jurídico e transconstitucionalismo*. In: Direitos Fundamentais e a função do estado nos planos interno e internacional. Coleção “Direitos fundamentais, individuais e coletivos”; v. 2. Organizadores: Aziz Tuffi Saliba, Luiz Manoel Gomes Junior, Gregório Assagra de Almeida. Belo Horizonte: Arraes, 2010, p.407/424.

_____. *Sobre algumas concepções de filosofia e de uma filosofia do direito e sua realização como uma pedagogia da emancipação*. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (orgs). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Coleção “Direitos fundamentais individuais e coletivos”. V. 1. Belo Horizonte: Arraes em parceria com a Universidade de Itaúna, 2010, p. 253-263.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destrascendentalizada*. Tradução Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, v. 1.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, v. 2.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HALL, Stuart. *Da diáspora: identidade e mediações culturais*. Organização Liv Sovik. Tradução Adelaine La Guardia Resende. Belo Horizonte: UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003.

HOBSBAWM, Eric J. *O novo século: entrevista a Antonio Polito*. Tradução Allan Cameron e Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *Sobre história*. Tradução Cid Kipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. *A era das revoluções. 1789-1848*. 10ª ed. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. *A era do capital. 1848-1875*. 5ª ed. Tradução Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

_____. *Era dos extremos: o breve século XX. 1914-1991*. 2ª ed. 11ª reimp. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. *A era dos impérios. 1875-1914*. 3ª ed. Tradução Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

IANNI, Octavio. *Globalização e nova ordem internacional*. In: REIS FILHO, Daniel Aarão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste (Org.). *O século XX: O tempo das dúvidas: do declínio das utopias às globalizações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. V. 3. P. 203-224.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Tradução João de Vasconcelos. São Paulo: Martins Claret, 2009.

ISOTO, Bibian. *Universalism and regionalism in international law: challenges and perspectives towards cooperation and conflict resolution: the case of human rights law and international humanitarian law in the promotion and protection of women*. In: International Law Student's Association – ILSA Conference Brazil – 13 a 16 de agosto de 2008, Belo Horizonte. Disponível em Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais – www.gedi.objects.net. Acessado em 10 de janeiro de 2014.

ISRAEL, Fred L. *Os grandes líderes: Franklin Roosevelt*. Tradução Maria do Carmo Sarmento. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada. Conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JANIS, Mark W. *An introduction to international law*. 3ª ed. New York: Aspen Law & Business, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Texto integral. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martins Claret, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, intimidade, informação e expressão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática do direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. 3ª ed. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KINER, Grace. *Os homens de antigamente*. Tradução José Reis. São Paulo: Melhoramentos, 1990.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *Noções gerais de direito e formação humanística*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LAFER, Celso. Prefácio in: BOBBIO, Norberto. *Qual democracia?* Organização Mário Bussi. Tradução Marcelo Perine. São Paulo: Edição Loyola, 2013.

_____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LAGES, Cíntia Garabini. *A natureza normativa do preâmbulo da Constituição de 1988. Direitos Fundamentais e a Função do Estado nos Planos Interno e Internacional*. “Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos”. Volume 02. Organizadores Azziz Tuffi Saliba, Luiz Manoel Gomes Júnior e Gregório Assagra de Almeida. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

LARAI, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

LIMONGI, Fernando. *Prefácio*. In: DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução Celso Mauro Paciornik. 1ª edição; 1ª reimpressão. São Paulo: EDUSP, 2005.

LINHARES, Maria Yedda Leite. *Descolonização e lutas de libertação nacional*. In: REIS FILHO, Daniel Aarão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste (Org.). *O século XX: O tempo das dúvidas: do declínio das utopias às globalizações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. V. 3, p. 37-64..

LIPOVETSKY, Gilles. *O crepúsculo do dever: a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Lisboa: Dom Quixote, 1994.

LUHMAN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *A composição do mosaico: orientações doutrinárias sobre a identificação da norma consuetudinária no direito internacional*. In: *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada – UMNG*. Bogotá, Colômbia, volume XII, nº 24, jul./dez. 2009, p. 23/41.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *Comentários ao artigo 26*. In: SALIBA, Aziz Tuffi. *Direito dos tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)* Aziz Tuffi Saliba (autor e organizador). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 181-189.

MACPHERSON, C. B. *A democracia liberal. Origens e Evolução*. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

MAFFESOLI, Michel. *O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa*. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *Teoria dos direitos fundamentais e argumentação jurídica: reconstruindo o debate entre Jürgen Habermas e Robert Alexy*". Disponível em www.agu.gov.br/page/download/index. Acessado em 22/10/2014.

MARTÍNES-PUJALTE, Antonio-Luis. *Los derechos humanos como derechos inalienables*. In: BALLESTEROS, Jesús (org.). *Derechos Humanos: conceptos, fundamentos, sujetos*. Madri: Tecnos, 1992, p. 86-99.

MAQUIAVEL, Niccolo. *O príncipe*. Tradução Pietro Nasseti. Coleção "A obra-prima de cada autor"; v. 2. São Paulo: Martin Claret. 2007.

MAYRINK, Geraldo. *Os grandes líderes: Juscelino*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 46, n. 181 jan./mar. 2009, p. 113-139.

MCLAREN, Peter. *Multiculturalismo crítico*. Tradução Bebel Orofino Schaefer. 3ª ed. Coleção Prospectiva, v.3. São Paulo: Cortez: Instituto Paulo Freire, 2000.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica da afetividade ou uma introdução à filosofia de Emmanuel Lévinas*. In: MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva (organizadora). *A invocação da justiça no discurso juspolítico*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2013, p. 11 - 41.

MELKEVIK, Bjarne. *O que nos reserva o futuro – indagações filosóficas sobre a questão do futuro do direito público*. Tradução Suzana Camargo Vieira. In: TOMAZ, Carlos Alberto Simões de (organizador). *Democracia, direitos fundamentais e jurisdição*. Pará de Minas/MG: Virtual Books, 2014, v. 2, p. 6-16.

MELO, Rúrion. *Teorias contemporâneas da democracia: entre realismo político e concepções normativas*. In: RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara; et al. *Manual de filosofia política para os cursos de Teoria do Estado, Ciência Política, Filosofia e Ciências Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da corte constitucional alemã*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. Vol. 24, julho de 1998.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. Prefácio Ives Gandra da Silva Martins; apresentação Ney Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MICHELET, Jules. *A bíblia da humanidade: mitologias da Índia, Pérsia, Grécia e Egito*. Tradução Romualdo J. Sister. 2ª ed. São Paulo: Ediouro, 2002.

MILLS, C. Wright. *A Elite do Poder*. 2ª ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Claret, 2010.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASSER, Salem Hikmat. *Jus cogens: ainda esse desconhecido*. “*Jus cogens: still an unknown subject*”. Revista Direito GV 2. V. 1, n. 2, jun-dez 2005.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A gaia ciência*. Tradução Antonio Carlos Braga. São Paulo: Escala, 2013.

_____. *Para além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

NUNES, Augusto. *Os grandes líderes: Tancredo*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

Organização das Nações Unidas – ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH*. 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 10 de fevereiro de 2014.

Organização dos Estados Americanos – OEA. *Convención sobre Derechos y Deveres de los Estados (Convencion de Montevideo de 1933)*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html>. Acesso em 15 de janeiro de 2015.

PALMER, Tom G. *After the welfare state*. Illinois: Jameson Books, 2012.

PAMPLONA, Marco Antonio. *A questão nacional no mundo contemporâneo*. In: REIS FILHO, Daniel Aarão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste (Org.). *O século XX: O tempo das dúvidas: do declínio das utopias às globalizações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. V. 3, p. 184-204.

PADRÓS, Enrique Serra. *Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social*. In: *O século XX: O tempo das crises: revoluções, fascismos e guerras*. REIS FILHO, Daniel Aarão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste (Org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, v. 2, p. 227-266.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. 9º ed. Madrid: Tecnos, 2007.

_____. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2003.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Da organização do estado, dos poderes e histórico das constituições*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 45, outubro de 2013.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Perspectivas para uma justiça global*. 2010. Disponível em: <<http://norbertobobbio.wordpress.com/2010/04/18/perspectivas-para-uma-justica-global/>>. Acesso em: 20 de março de 2014.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara; *et al.* *Manual de filosofia política para os cursos de Teoria do Estado, Ciência Política, Filosofia e Ciências Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAWLS, John. *O direito dos povos*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Da revolução à democracia*. 2ª ed. São Paulo: Convívio, 1977.

REIS FILHO, Daniel Aarão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste (Org.). *O século XX: O tempo das certezas: da formação do capitalismo à Primeira Grande Guerra*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. V. 1.

_____. *O século XX: O tempo das dúvidas: do declínio das utopias às globalizações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. V. 3.

_____. *O século XX: O tempo das crises: revoluções, fascismos e guerras*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. V.2.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Antonio Edmilson Martin. *As revoluções burguesas*. In: REIS FILHO, Daniel Aarão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste (Org.). *O século XX: O tempo das certezas: da formação do capitalismo à Primeira Grande Guerra*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. V. 1, p. 77-150.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2012.

SALDANHA, Roberto Brandão Federman. *Direitos fundamentais e direitos humanos: a falácia da diversidade terminológica*. In: MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva (organizadora). *A invocação da justiça no discurso juspolítico*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2013, p. 261-277.

SALIBA, Aziz Tuffi. *Recognition/non-recognition in International Law: first report*. In: *ILA Report*, v. 75, 2012. Disponível em: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1032>. Acessado em 10 de janeiro de 2015.

_____. *Direito dos tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)* Aziz Tuffi Saliba (autor e organizador). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

_____. *A imunidade absoluta de jurisdição de Estados: “sólida regra costumeira” ou mito?* In: ALMEIDA, Gregório Assis; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (Orgs.). *Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional*. Coleção “Direitos fundamentais individuais e coletivos. V. 2. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010.

_____. *Reciprocidade internacional e direitos humanos*. In: *Diritto & Diritti*. 2008. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/26840-reciprocidade-internacional-e-direitos-humanos>. Acessado em 30 de dezembro de 2014.

SANTOS, Ana Maria. *América Latina: dependências, ditaduras e guerrilhas*. In: REIS FILHO, Daniel Aarão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste (Org.). *O século XX: O tempo das dúvidas: do declínio das utopias às globalizações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. V. 3, p. 65-95.

SANTOS, Cecília MacDowell. *Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. In: SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, nº 7, ano 4, p. 27-51, 2007.

SANZ, José Maria Rojo. *Los derechos de las futuras generaciones*. In: BALLESTEROS, Jesús (org.). *Derechos Humanos: conceptos, fundamentos, sujetos*. Madri: Tecnos, 1992, p. 193-210.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos Direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012-A.

_____. *Eficácia e efetividade de direitos fundamentais, controle judicial de políticas públicas e separação de poderes*. Revista dos Tribunais, vol. 921, p. 471-482, Jul-2012-B.

SHAW, Malcolm N. *Direito internacional*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento, Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SILVA, Alexandre Assunção e. *Liberdade de expressão e crimes de opinião*. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A chefia do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO & DANIEL SARMENTO. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

SOARES, Evanna. *A constitucionalização dos direitos humanos*. Disponível em: <http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan21.pdf>. Acesso em: 28 de maio de 2014.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 685493 RG*. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 10 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+685493+%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/lbsksrf>. Acessado em: 08 de outubro de 2014.

_____. *ADI 4274*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em 23 de novembro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>. Acessado em: 12 de novembro de 2014.

_____. *AI 690841AgR*. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 21 de junho de 2011. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625303>.

Acessado aos 17 de agosto de 2014.

_____. *HC 87.585-TO*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado aos 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2887585%2E%2E+OU+87585%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/l53rwb7>. Acessado em 25 de novembro de 2014.

_____. *RE 466.343-SP*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado aos 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2E%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lncA26w>. Acessado em 25 de novembro de 2014.

_____. *HC 82.424/RS*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado aos 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acessado em: 11 de outubro de 2014.

TEIXEIRA, Carlos Geraldo. *O controle de convencionalidade das leis pelo poder judiciário*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB. Ano 1, 2012, nº 2, p. 1127-1174. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/>. Acesso em: 25 de maio de 2014.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de (organizador). *Democracia, direitos fundamentais e jurisdição*. Pará de Minas/MG: Virtual Books, 2014, v. 2.

_____. *Decisão judicial, justificação e contextualização: o caminho para o acontecer da verdade*. In: TOMAZ, Carlos Alberto Simões de (organizador). *Democracia, direitos fundamentais e jurisdição*. Pará de Minas/MG: Virtual Books, 2014, v. 2, p. 156-193.

_____. *Direito à felicidade*. Belo Horizonte: Folium, 2010.

TOUSCOZ, Jean. *Direito Internacional*. Tradução Nuno Canas Mendes. Mem Martins – Portugal: Publicações Europa-América, 1993.

UNIDOS PELOS DIREITOS HUMANOS. <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/brief-history/cyrus-cylinder.html>. Acessado em: 10 de agosto de 2014.

VIEIRA, Suzana Camargo. *A inserção do Brasil nos Sistemas Internacional e Regional de proteção aos Direitos Humanos*. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi (Orgs.). *Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno internacional*. Coleção “Direitos fundamentais individuais e coletivos”. Belo Horizonte: Arraes Editores – Universidade de Itaúna, 2010. v. 2, p. 483-514.

VOLPINI SILVA, Carla Ribeiro. *O universalismo e o relativismo cultural: impasse entre a efetivação dos direitos humanos internacionais e as práticas culturais permitidas pelos direitos fundamentais, mas abominadas pelo resto do mundo*. In: Direitos Fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional. “Direitos fundamentais, individuais e coletivos”; v. 1, Aziz Tuffi Saliba, Luiz Manoel Gomes Junior, Gregório Assagra de Almeida (org). Belo Horizonte: Arraes, 2010, p.75/88.

VOLTAIRE. *Dicionário filosófico*. Texto integral. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WOODCOCK, George. *Os grandes escritos anarquistas*. 4^a ed. Tradução Júlia Tettamanzi e Betina Becker. São Paulo, L&PM, 1990.

ZENHA, Celeste. *Mídia e informação no cotidiano contemporâneo*. In: REIS FILHO, Daniel Aarão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste (Org.). *O século XX: O tempo das dúvidas: do declínio das utopias às globalizações*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. V. 3, p. 225-247.