

1.5

O NOVO PARÁGRAFO 3º AO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO E OS VELHOS PROBLEMAS HERMENÊUTICOS NO CAMPO JURÍDICO BRASILEIRO

NELSON CAMATTA MOREIRA*

“A partir do momento em que os Direitos Humanos são postos como última referência, o direito estabelecido volta-se ao questionamento.”

Claude Lefort

SUMÁRIO: 1 A recepção dos tratados internacionais de direitos humanos pela Constituição Brasileira de 1988. 1.1 O caráter diferenciado dos tratados internacionais de direitos humanos. 1.2 O impacto dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. 2 Desafios para a efetivação do sistema integrado de proteção dos direitos fundamentais. 2.1 A “baixa compreensão” dos direitos fundamentais: o senso comum teórico e as práticas objetificantes do campo jurídico brasileiro. 2.2 A (pré)compreensão do STF acerca dos tratados internacionais de direitos humanos: sintomas da crise. 3 O sistema integrado de proteção dos direitos humanos e a transformação sugerida pela EC 45: o § 3º, do artigo 5º. 3.1 O impacto do § 3º, do artigo 5º e as duas (possíveis) faces de uma mesma moeda: os riscos do *culto ao procedimento* e os aspectos positivos do novo texto jurídico. 3.2 Aporias de uma sistemática(?) impensada: o que fazer com os tratados que não foram “legitimados pelo (novo) procedimento”. 3.3 Crise da hermenêutica dos direitos fundamentais no Brasil: os problemas da *baixa compreensão* e do apego ao formalismo. 4 Considerações finais. 5 Referências.

* Mestre e doutorando em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS). Pesquisador, bolsista da CAPES. Professor universitário. Advogado.

1 A recepção dos tratados internacionais de direitos humanos pela Constituição Brasileira de 1988

Atentos às transformações ocorridas no âmbito global, os legisladores constituintes inseriram uma porta normativa para os tratados internacionais de direitos humanos na Constituição de 1988, que, em seu art. 5º, § 2º, diz: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A inserção dos tratados internacionais, em especial, os que protegem os direitos fundamentais, na Constituição de 1988, seguiu uma tendência mundial difundida em vários Estados Nacionais¹, como consequência do movimento de globalização econômica e, especialmente, com a afirmação internacional dos direitos fundamentais. Nesse contexto, a Carta Magna de 1988 inseriu, nos incisos do artigo 5º, vários dispositivos inspirados nos tratados internacionais de direitos humanos e, ainda, atribuiu aplicabilidade imediata a eles por meio de seu § 1º, art. 5º. Além disso, o valor da dignidade humana – imediatamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos dos seus arts. 1º, III e 4º, II – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico bra-

¹ A título de ilustração, podem-se citar: (1) na Europa: 1.a) “A Constituição Portuguesa de 1976, que estabelece que os direitos fundamentais nela consagrados ‘não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis ao direito internacional’, e acrescenta: ‘Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem’ (artigo 16, 1 e 2)”; 1.b) “A disposição da Constituição da Alemanha – com emendas até dezembro de 1983 – segundo a qual ‘as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal’ e ‘sobrepõem-se às leis e constituem parte integrante do direito federal’ (artigo 25)”; (2) na América Latina: 2.a) A Constituição do Peru de 1993 (referendo de 31.10.1993), a qual se limita a determinar (4ª disposição final transitória) que os direitos constitucionalmente reconhecidos se interpretam em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru”. 2.b) “A Constituição da Guatemala de 1985, cujo artigo 46 estabelece que os tratados de direitos humanos ratificados pela Guatemala têm preeminência sobre o direito interno.”; 2.c) “A Constituição da Nicarágua, de 1987, que, pelo disposto em seu artigo 46, integra, para fins de proteção, na enumeração constitucional de direitos, os direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, nos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.” Cf. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, São Paulo, n. 14, p. 15-46, 1996.

sileiro, como critério de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988.

A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, proposta por Cançado Trindade², acatada pela Assembléia Constituinte, realiza-se, diferente dos demais tratados, com base não apenas na “porta normativa” (art. 5º, § 2º) aberta pela Constituição, mas também com amparo no princípio e no fundamento constitucionais que garantem o projeto do Estado Democrático de Direito: a prevalência da pessoa humana (artigo 4º, II) e a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). Essa construção principiológica associada à previsão legal constitui o arcabouço normativo que deve ser devidamente compreendido pelo intérprete, conforme mostrar-se-á subseqüentemente.

1.1 O caráter diferenciado dos tratados internacionais de direitos humanos

À luz desses dispositivos constitucionais, Flávia Piovesan sugere a organização dos direitos fundamentais em três grupos distintos: “(a) o dos direitos expressos na Constituição; (b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Constitucional; (c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil”³.

Reconhecido o crescente valor do DIDH e a sua penetração nos Estados, devido à necessidade de expansão do sentimento de solidariedade, em face de tantas atrocidades identificadas e divulgadas, além da clara recepção normativa pela Constituição “Comunitária/Cidadã” no ordenamento interno, cabe ressaltar que, ao efetuar tal incorporação, a Carta Magna de 1988 passou a atribuir aos direitos internacionais de direitos humanos uma hierarquia diferenciada e especial de normas constitucionais.

² CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1. p. 406.

³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 35.

Essa conclusão advém de uma análise sistemática do próprio texto constitucional que eleva à categoria de princípio a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), sugerindo ainda a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II) para, mais à frente, no art. 5º, §§ 1º e 2º, garantir a aplicabilidade imediata aos tratados internacionais.

O princípio “da dignidade da pessoa humana” ainda segue fortemente ancorado na concepção filosófica kantiana no sentido de que a pessoa (ser humano) deve ser sempre considerada como um fim e não como um meio, repudiando, assim, qualquer pretensão de coisificação ou instrumentalização do homem. Todavia, refutando a noção ontológica de dignidade, Hegel defende a necessidade de assunção da condição de cidadão para o ser humano atingir tal qualidade (dignidade), consubstanciando, desse modo, a máxima de que cada um deve respeitar os outros como pessoas, ou seja, a dignidade é (também) o resultado do reconhecimento. A partir desses aportes filosóficos, Sarlet aduz que a dignidade humana pode ser concebida como

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (parâmetros da Organização Mundial da Saúde), além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos⁴.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59-60. Cf., também, BARRETTO, Vicente de Paulo. Direitos humanos e sociedades multiculturais. In: UNISINOS. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. p. 459-483.

A leitura hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988 deve considerar o valor da disposição topográfica de tal princípio, pois, como se nota, o legislador constituinte se encarregou de prever tal princípio logo na parte inaugural do texto, juntamente com os demais fundamentos da “Carta Cidadã”. Dito de outra forma, com as palavras de Sarlet, entende-se que

o Constituinte deixou transparecer de forma inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embaixadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive (e especialmente), das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram (juntamente com os princípios fundamentais) aquilo que se pode – e neste ponto parece haver consenso – denominar de núcleo essencial da nossa Constituição formal e material⁵.

Da mesma forma, ineditamente na história do constitucionalismo brasileiro, a dignidade humana foi reconhecida como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, da Constituição de 1988), sendo ainda citada em vários outros capítulos do texto constitucional,

seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, *caput*), seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana (...) (artigo 226, § 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (artigo 227, *caput*)⁶.

⁵ Idem, p. 61. No mesmo sentido, cf. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 79-100, 2004.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 62.

Sintetizando, com Carlos Roberto Siqueira Castro, entende-se que o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio do ser humano⁷.

E este reconhecimento se deu no século XX, justamente a partir da Carta da ONU de 1948 e do surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por isso, pode-se afirmar que o ponto convergente do *Sistema de Defesa Integrado dos Direitos Humanos* (Cançado Trindade e Piovesan) – que possibilita a noção de interação entre o DIDH e o direito interno – é o princípio da dignidade da pessoa humana⁸. Isso se confirma, pois, se do ponto de vista constitucional, afirmou-se acima – com Sarlet – a prevalência do princípio da dignidade humana, na ótica do DIDH, com Piovesan, alude-se que

*a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos. A condição humana é requisito único e exclusivo, reitere-se, para a titularidade de direitos. (...) O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do positivismo jurídico, incorporam o valor da dignidade humana*⁹.

Ora, nesse raciocínio, não resta qualquer dúvida de que os tratados internacionais de proteção dos direitos fundamentais merecem tratamento especial em relação aos demais, pois, como afirma Cançado Trindade, citado por Mello, “não se pode tratar de modo igual um acordo comercial

⁷ Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 15-28.

⁸ Sobre a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como norma fundamental em diversas constituições e tratados e acordos internacionais, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 62-65.

⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições. p. 79-100. (Grifou-se)

sobre exportação de laranjas e tratado de direitos humanos”. E acrescenta:

à hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial e devem ser tidos como tais¹⁰.

Portanto, a Constituição brasileira atribui um caráter especial aos direitos fundamentais estatuídos em tratados, seguindo a tradição do Constitucionalismo português que, por sua vez, é ainda mais radical que o primeiro, indo além dos tratados internacionais, conforme observa Vieira de Andrade, citado por Mello:

Os direitos fundamentais internacionais fazem parte integrante do direito português, se constituírem princípios de direito internacional geral (art. 8º, n.º 1 da Constituição) ou quando constem de convenção internacional regularmente ratificados e publicados (art. 8º, n.º 2). E, em qualquer dos casos, são perfilhados pela ordem jurídica portuguesa com o caráter de direitos fundamentais (art. 16, n.º 1). De acordo com a opinião comum da doutrina, estabelece-se nestas disposições um sistema de ‘recepção plena’ do direito internacional geral e convencional, de modo que as normas internacionais vigorem automaticamente na ordem interna sem perderem o seu caráter internacional, isto é, sem se ‘transformarem’ em normas de direito nacional. Ora, isto significa, para quem descortina em certas normas constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, princípios de Direito Internacional comum, que essas normas são diretamente aplicáveis enquanto tais no ordenamento jurídico português¹¹.

¹⁰ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1-33.

¹¹ Apud MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 34-35. Apesar de o presente trabalho não versar sobre o estudo comparativo entre constituições, vale a pena conferir o resumo exposto pelo autor nas páginas seguintes (p. 35-37).

Em relação aos demais tratados internacionais, eles possuem força de norma infraconstitucional nos termos do art. 102, III, “b” do texto constitucional, que permite a interposição de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado. Esse entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 1977, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004 e reiterado pelo mesmo órgão no ano de 1995, quando do julgamento do Habeas Corpus n.º 72.131-RJ¹².

Entende-se, contudo, que o órgão máximo do Judiciário equivocou-se ao estender tal entendimento aos tratados internacionais de direitos humanos, não os diferenciando dos demais tratados internacionais (conforme se conferiu alhures no trecho citado do Ministro do STF Carlos Velloso e como se constatará nos julgados mais à frente)¹³. Com este pensamento, o STF rechaçou a idéia de um sistema misto, na medida em que passou a interpretar, de forma unívoca, a aplicabilidade dos tratados internacionais, quando, na verdade, a natureza dos tratados internacionais de direitos humanos e a sua interpretação sistemática exigem um tratamento especial e diferenciado, como mostra Piovesan:

Esse tratamento jurídico diferenciado se justifica, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade em relação aos Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados¹⁴.

¹² Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito internacional constitucional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 84-86.

¹³ O equívoco também se estende a parte considerável da doutrina constitucional brasileira, bastante consumida e difundida no campo jurídico. Nesse sentido, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*; MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. p. 37.

Na esteira de pensamento exposto na obra da mesma autora, a conclusão alcançada é que

(...) o direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicado aos tratados de direitos humanos e outro aplicado aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §§ 1º e 2º – apresentam hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa¹⁵.

No que tange à incorporação automática, cabe assinalar que os tratados internacionais de direitos humanos diferem dos demais quanto à aplicabilidade imediata a partir de ratificados, devido à imposição do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988 (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”), consagrador do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Esta argumentação pode ser resumida com Cançado Trindade:

O disposto no artigo 5º, § 2º da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação do Poder Legislativo de

¹⁵ Idem, p. 38.

ato com força de lei de modo a outorgar às suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional de direitos humanos de que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5º, § 2º e 5º, 1º da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno¹⁶.

1.2 O impacto dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro

Considerando o *status* de norma constitucional atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, em relação ao impacto que provocam no ordenamento jurídico brasileiro, afirma-se que os enunciados contidos neles poderão: *a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos); b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; c) contrariar preceito do direito interno*¹⁷.

Em relação à *primeira hipótese*, vários dispositivos constitucionais reproduzem preceitos de tratados internacionais. Como exemplo disso, observa-se que o art. 5º, inciso III (“ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento cruel, desumano ou degradante”) é uma cópia literal do art. V da Declaração Universal de Direitos Humanos, do art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e também do art. 5º (2) da Convenção Americana. Há ainda outros dispositivos que, quando não copiados, pelo menos se inspiraram no sistema integrado internacional. Sobre a influ-

¹⁶ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 1, p. 407-408.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. p. 39.

ência dos discursos dos tratados nos textos constitucionais, principalmente nos da América Latina,

(...) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu relatório anual de 1977, constatou deficiências no direito interno de muitos países (inoperância de garantias e meios de defesa, falta de independência do Poder Judiciário), que deixavam de oferecer proteção adequada às vítimas de violações de direitos humanos; era precisamente nestas circunstâncias – esclareceu a Comissão Interamericana no relatório de 1980 sobre a situação dos direitos humanos na Argentina –, que se tornava necessária a atuação de órgãos de supervisão internacionais. Em relatórios anuais mais recentes, a Comissão relacionou a proteção dos direitos humanos com a própria organização política (interna) do Estado e o exercício efetivo da democracia, e em várias ocasiões instou os Estados-membros da OEA a *incorporar aos textos de suas Constituições certos direitos* e a harmonizar suas legislações respectivas com os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos¹⁸.

Na *segunda hipótese*, há uma série de enunciados que, apesar de não estarem previstos em leis internas, passam a incorporar o direito brasileiro, inovando e ampliando seu universo, ou ainda preenchendo lacunas no direito pátrio. Os tratados internacionais sugerem, então, a supressão de omissões no ordenamento jurídico brasileiro.

Para demonstrar o afirmado, destaca-se uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a existência jurídica do crime de tortura contra criança e adolescente, citada na obra de Flávia Piovesan, cuja Ementa foi assim redigida:

Tortura contra criança e adolescente – existência jurídica desse crime no Direito Penal brasileiro – necessida-

¹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 1. p. 414-415. (Grifou-se)

de de sua repressão – *Convenções internacionais subscritas pelo Brasil* – previsão típica constante do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90, art. 233) – confirmação de constitucionalidade dessa norma de tipificação penal – delito imputado a policiais militares – competência da justiça comum do Estado membro – pedido deferido em parte(...) ¹⁹.

Nesse julgado, o então Ministro Celso de Mello proferiu um voto que aborda, com todas as letras, a questão da integração da lei penal pelo Tratado Internacional, cujos trechos importantes encontram-se transcritos na obra de Flávia Piovesan ²⁰.

Por fim, há a *terceira* e mais polêmica *hipótese*, que prevê um conflito entre norma prevista em tratado internacional de direitos humanos e norma de direito interno. Diante deste eventual “choque” de preceitos, qual seria a solução mais adequada?

Para responder a esta indagação, poder-se-ia optar pelo conhecido critério da lei mais nova, previsto no § 1º, do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: “lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível (...)”. Ou ainda, seguindo o entendimento de Celso de Albuquerque Mello, que sugere, para esta hipótese, a revogação de norma constitucional contrária ao tratado internacional de direitos humanos, por entender que este estaria num nível hierárquico superior àquela ²¹.

Contudo, mais uma vez, na esteira de entendimento de Piovesan, que, por seu turno, segue a teoria de Cançado Trindade, sugere-se, para a solução da questão acima, a escolha da norma mais favorável à vítima.

Optando-se por esse entendimento, prima-se pela fundamentalidade da pessoa humana, pois

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito internacional constitucional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 108. (*Grifou-se*)

²⁰ Idem, p. 108-111.

²¹ Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 1-33.

O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável à vítima é não apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais. Isto é, no plano de proteção dos direitos humanos interagem o direito internacional e o direito interno, movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano, tendo em vista que a primazia é da pessoa humana.²²

Esse critério faculta aplicação da norma mais benéfica à vítima, que teve seu direito fundamental lesado, e essa fundamentação encontra-se nas disposições dos próprios tratados. Como internacionalista e com respaldo no âmbito normativo, Cançado Trindade invoca a fundamentação do *Sistema Integrado de Proteção* a partir do Direito Internacional Público, visando o fim da dicotomia estanque entre ordem jurídica internacional e direito interno.²³ A lógica do DIDH é a lógica material inspirada na *primazia da dignidade humana*, devendo ser afastados critérios estritamente normativistas como os da temporalidade (lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível) e da especialidade (lei especial revoga lei geral no que ela tem de especial). “A lógica é exclusivamente material: merece prevalência norma mais benéfica, mais protetiva e mais favorável (independentemente se anterior ou posterior, geral ou especial).”²⁴

²² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. p. 43.

²³ “No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. (...) o Direito Internacional dos Direitos Humanos efetivamente consagra o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas.” Como exemplos das previsões do critério, o juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos cita os seguintes Tratados: Pacto de Direitos Civis e Políticos (artigo 5(2)); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (artigo 23), dentre outros. Cf. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 1. p. 22 e 434.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, (Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições. p. 79-100.

Portanto os tratados internacionais de direitos humanos se aplicam no âmbito do ordenamento jurídico interno brasileiro, devido, sobretudo, à ênfase do § 2º, do art. 5º da Constituição de 1988. Não mais se justificando, pois, que, no presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno continuem sendo abordados de forma estática e compartimentalizada.

A título de exemplo, merece destaque a questão da prisão por dívida do depositário infiel. Como é sabido, a Constituição Brasileira consagra o princípio da proibição da prisão por dívida, excetuando os casos de inadimplemento inescusável e voluntário de pensão alimentícia e do depositário infiel. Já o art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos garante que “ninguém será preso por não poder cumprir obrigação contratual”. Tem enunciado parecido o art. 7º (7) da Convenção Americana, que estabelece que ninguém deve ser detido por dívidas, acrescentando que este princípio não limita os mandados judiciais expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Ora, levando-se em conta que o Brasil ratificou ambos os tratados internacionais, sem ressalvas, desde então não há mais como se conceber a possibilidade de prisão para o depositário infiel.²⁵ Esta é a conclusão mais coerente, com base no sistema integrado de proteção dos direitos humanos, do qual fazem parte os tratados supracitados, os quais o Brasil obrigou-se a cumprir.

Outro exemplo de equiparação do tratado internacional de direitos humanos à lei interna – infraconstitucional –, com aplicação do princípio *lex posteriori derogat lex priori*, que demonstra que o STF segue se mantendo insensível ao sistema integrado, é a discussão sobre a constitucionalidade

²⁵ Todavia esta não é a posição do Supremo Tribunal Federal, como mostra o seguinte julgado: 16000574 – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – AÇÃO DE DEPÓSITO – PRISÃO CIVIL – É legítima a prisão do devedor fiduciante. 702731 – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO INFIEL. STF – HC 77.942-1 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Mauricio Corrêa – DJU 11.12.1998.

de da Convenção n.º 158 da Organização Internacional do Trabalho (ADIn 1480-DF). Instada a decidir, a Suprema Corte manteve o entendimento de que os tratados internacionais (todos) são hierarquicamente equivalentes a leis ordinárias, sobrepondo-se às normas de fonte interna apenas em caso de aplicação do princípio supra-referido (*lex posteriori...*) ou do princípio da especialidade. E, como não bastasse, para sacramentar, o STF entendeu ainda, majoritariamente, que matéria dependente de Lei Complementar não pode ser normatizada por tratado, por se tratar de reserva constitucional²⁶.

Em suma, em todas as três hipóteses, nota-se que os tratados internacionais de direitos humanos inovam o universo dos direitos consagrados, “(...) ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos”²⁷.

2 Desafios para a efetivação do sistema integrado de proteção dos direitos fundamentais

Neste item, pretende-se explicitar algumas crenças canonizadas pelo jurista brasileiro em seu senso comum teórico²⁸, que, de forma irrefletida (ou não, o que é muito pior!), contribuem para a sedimentação de um *habitus*, no campo jurídico, capaz de reproduzir um modelo de direito ultrapassado e insuficiente para lidar com a complexidade contemporânea, ou seja, um direito marcado pela ausência de *pré-juízos autênticos*²⁹ no sentido de uma falta de pré-compre-

²⁶ Cf.: SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional público*. p. 53.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. p. 45.

²⁸ Vide, a seguir, nota 29.

²⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ensão constitucional adequada, mais especificamente, marcado pela ausência de uma devida pré-compreensão dos direitos fundamentais (uma das bases, ao lado da democracia, do Estado Democrático de Direito).

Assim, considerando-se a construção sistemática de defesa dos direitos fundamentais, elaborada com base nas obras, principalmente de Cançado Trindade e Flávia Piovesan, buscar-se-á, a partir de agora, relacionar tal construção no contexto de crise filosófico-jurídica no cenário brasileiro, pontualmente, no âmbito da decidibilidade jurídica. Com isso, dentro do possível, propõem-se críticas à postura hermenêutica adotada pelos juristas brasileiros que, em sua esmagadora maioria, (so)negam as possibilidades abertas pelo texto constitucional de 1988 com todos os seus valores (comunitários) nele assegurados, não percebendo a necessidade da assunção de uma postura diferenciada na contemporaneidade, para além do neopositivismo analítico³⁰.

A pesquisa elaborada e o raciocínio que segue se desenvolvendo não buscam (buscaram) aprofundar o debate referente à proposta de universalização dos direitos humanos e nem acerca de suas possibilidades de fundamentação (que, não é demais frisar, são assuntos importantíssimos) com base nos tratados de direitos humanos, pois parte-se do princípio da existência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de sua relação direta com os cidadãos, sendo, inclusive, normativamente e valorativamente, reconhecida pelo texto constitucional. O problema está na “baixa compreensão dos direitos fundamentais” no campo jurídico brasileiro. E, nessa perspectiva, a aplicação dos tratados internacionais assume o caráter de exemplo privilegiado da patente crise hermenêutica no Brasil.

³⁰ Sobre a matriz analítica neopositivista, cf. ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes teóricas do direito. In: _____. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 93-105.

2.1 A “baixa compreensão” dos direitos fundamentais: o senso comum teórico e as práticas objetificantes no campo jurídico brasileiro

O *senso comum teórico*³¹ do jurista brasileiro referentemente aos direitos fundamentais, manifestado naquilo que aqui se pode chamar de “baixa compreensão dos direitos fundamentais” que, como um *iceberg* – que esconde submerso nas águas marinhas um volume de gelo muito maior que o emerso –, muito além de (so)negar a aplicação imediata de tratados internacionais de direitos humanos (aos quais se deve atribuir *status* de normas constitucionais), esconde (*vela*) uma precária realidade, qual seja, o apego ao modelo de direito liberal-individualista-normativista, aquele mesmo, calcado ainda na filosofia da consciência (separação sujeito-objeto e noção de método para interpretação).

No enfoque restrito aos direitos fundamentais, o termo “baixa compreensão” destes – entendido aqui como uma das facetas do senso comum teórico do jurista brasileiro – inspira-se na idéia de “baixa constitucionalidade”. Tal termo, cunhado por Streck, refere-se, num âmbito mais amplo, à predominância de *pré-juízos inautênticos* (no sentido heideggeriano) que forjaram a formação dos juristas brasileiros ao longo da história³². Ou seja, parte-se do entendi-

³¹ Essa expressão refere-se a um conjunto de predisposições compartilhadas, isto é, um complexo de saberes acumulados que delimitam ideologicamente a atividade dos operadores jurídicos em sua prática cotidiana. Segundo Luis Alberto Warat, “(...) o ‘senso comum teórico dos juristas’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito”, consubstanciando, assim, um ‘capital simbólico’, isto é, uma ‘riqueza’ auto-reprodutiva a partir de uma intrínca combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos. Cf. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação*, v. 1, p. 13. Ainda de acordo com as idéias de Warat, Faria afirma que “(...) a correta compreensão do funcionamento do direito na sociedade contemporânea requer, metodologicamente, um modelo analítico capaz de identificar as práticas lingüísticas que, embora jamais explicitadas e até mesmo admitidas pelos juristas, exercem um papel fundamental na efetividade simbólica e na reprodução de uma ordem social e de suas respectivas instituições jurídicas”, fazendo “(...) do exercício de sua profissão um mero ‘habitus’, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos (...)”. Cf. FÁRIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juizes em face dos novos movimentos sociais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1992. p. 91.

³² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 208-218.

mento de que o jurista fala a partir de sua pré-compreensão, ou de sua situação hermenêutica. É por isso que, “quando o operador do direito fala do direito ou sobre o direito, fala a partir de seu ‘*desde-já-sempre*’, o *já-sempre-sabido* sobre o direito, enfim, como o direito *sempre-tem-sido* (é como ele ‘é’ e tem sido estudado nas faculdades e reproduzido e aplicado quotidianamente).” Assim, o mundo jurídico é “pré-dado (e *predado!*) por esse sentido comum teórico, *que é, assim, o véu do ser autêntico do direito!*”³³.

Com essa noção, fica mais clara a idéia de “baixa compreensão dos direitos fundamentais”, principalmente os previstos em tratados internacionais materialmente recepcionados pela Constituição de 1988, na medida em que se verificam o histórico de opressão por parte do Estado brasileiro que, por sua vez, durante quase três décadas, andou justamente no caminho oposto ao sugerido pela proposta de “proteção global” da Carta da ONU de 1948. Como é sabido, o processo democratizador e garantidor dos direitos fundamentais na história do Brasil é bastante novo, constando a partir do início da década de 1980. Além da condição factual de inobservância dos direitos fundamentais que acompanhou os cidadãos brasileiros (e o jurista, é claro), os cursos jurídicos sempre se mantiveram refratários para as discussões acerca dos direitos fundamentais, principalmente do estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua relação com o direito interno.

A partir disso – parafraseando-se Streck – os *pré-juízos* no campo jurídico brasileiro, calcados em uma história que tem relegado os direitos fundamentais a um plano secundário, equiparando as disposições constantes dos tratados internacionais de direitos humanos a leis ordinárias, constituem-se em algo que se convencionou chamar de *baixa compreensão dos direitos fundamentais*, que, hermeneuticamente, ‘estabelece o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista dizer o

³³ Idem, p. 216-217.

direito', impedindo, conseqüentemente, a manifestação do "ser" dos direitos fundamentais³⁴. Um dos fatores que colabo(r)am para a pouca importância que se dá aos tratados internacionais de direitos humanos é o fato de que a noção de dignidade da pessoa humana ainda não foi compreendida/compartilhada e, por isso, tais tratados são interpretados, indistintamente – majoritariamente pela doutrina e integralmente pelas decisões do STF – como se fossem *tratados internacionais comerciais sobre exportação de laranjas* (Mello).

Do ponto de vista da *hermenêutica filosófica* e da *Nova Crítica do Direito (doravante NCD)*³⁵, entende-se que, ao igualar os tratados internacionais de direitos humanos aos demais tratados internacionais, o STF e toda a doutrina que o segue, *objetificaram* a interpretação constitucional, transformando todos os tratados internacionais na *mesma coisa*. Ou seja, a precária hermenêutica praticada pelos intérpretes da Constituição no Brasil contribui para a *entificação* do *ser* dos direitos fundamentais, para usar uma linguagem heideggeriana, na medida em que não permite o aparecimento da *coisa mesma* (que não é a *mesma coisa!*), impedindo, assim, o reconhecimento da peculiaridade dos tratados internacionais

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. p. 215.

³⁵ Sintetizando, a Nova Crítica do Direito (NCD) pode ser compreendida "como processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do direito (sentido comum teórico). A tarefa da NCD é a de 'desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos' (Heidegger-Stein). A metafísica pensa o ser e se detém no ente, ao equiparar o ser ao ente, entifica o ser, por meio de um pensamento objetificador (Heidegger). Ou seja, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome de teoria do conhecimento (filosofia da consciência) faz com que se esqueça justamente a diferença que separa o ser do ente. No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração da mais-valia do sentido do ser do Direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica standatizada, na qual o Direito (texto jurídico) não é mais pensado em seu acontecer. Há que se retomar, assim, a crítica ao pensamento dogmatizante, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, rompendo-se com o paradigma metafísico-objetificante (aristotélico-tomista e da subjetividade), que impede o aparecer do Direito naquilo que ele tem/deve ter de transformador. A NCD busca, por meio de uma análise fenomenológica, o des-velamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, nos ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, onde não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos pela tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o Direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser, sendo o Direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido vem antecipado (círculo hermenêutico) por uma posição (*Vorhabe*), um ver prévio (*Vorsicht*) e um pré-conceito (*Vorgriff*), isso porque, conforme ensina Heidegger, o ente somente pode ser descoberto, seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. In: UNISINOS. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo, 2003. p. 223-271.

de direitos humanos, que não podem ser equiparados, por exemplo, a simples tratados internacionais comerciais, devido aos valores (comunitários) eleitos na Carta Magna como predominantes na sociedade brasileira.

Para melhor elucidar as críticas e as propostas contribuidoras para uma “*autêntica compreensão*” dos direitos fundamentais, recorre-se à apresentação da postura do Supremo Tribunal Federal, que é (ou deveria ser!)³⁶ a Corte Constitucional brasileira, manifestada em julgados que envolvem a aplicação de tratados internacionais que versam sobre direitos fundamentais individuais.

Assim, os exemplos apresentados a seguir não devem induzir ao equívoco de se imaginar que todos os problemas contemporâneos poderiam ser resolvidos se apenas se alterassem as posturas dos operadores do direito (o *habitus* jurídico). Pelo contrário, diante de tantas faces que assume o contexto de crise no Brasil, entende-se que a crise do modelo jurídico seja apenas uma dentre tantas possíveis.

2.2 A (pré)compreensão do STF acerca dos tratados internacionais de direitos humanos: sintomas da crise

Sobre a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, procurar-se-á, a partir da postura adotada pelo STF, apontar as críticas e as contribuições da hermenêutica filosófica e da NCD como propostas, pelo menos, mais adequadas à (nova) postura requerida ao jurista na contemporaneidade.

Partindo-se da necessidade de uma (nova) postura no que concerne à aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil, devido a valores, princípios e abertura normativa constitucionais, interados com as disposições do DIDH, pre-

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Cap. 5.

tende-se, a partir de agora, iniciar o delineamento das críticas e contributos hermenêuticos para a efetivação do tratamento diferenciado dos tratados internacionais de direitos humanos. Para tanto, invoca-se a seguinte ementa da paradigmática decisão prolatada pelo STF:

101893 – PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – 1 A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5º, LXVII). 2 Os arts. 1º (art. 66 da Lei n.º 4.728/65) e 4º do Decreto-lei n.º 911/69 definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. 3 A prisão de quem foi declarada, por decisão judicial, como depositário infiel, é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária. 4 *Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, n.º 7, do Pacto de São José da Costa Rica (“ninguém deve ser detido por dívida: este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”)*, deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição. Precedentes. (STF – HC 75.925 – 2ª T. – Rel. Ministro Maurício Corrêa – DJU 12.12.1997)³⁷

³⁷ Seguindo o mesmo entendimento, no STF: (anteriormente) HC 71197/RJ RECURSO EM HABEAS CORPUS – Relator Min. Néri da Silveira – Julgamento em 22/03/1994 – Segunda Turma – Publicação DJ DATA 03/06/1994 PP-13855 EMENT. VOL.-01747-02 PP-00338; (posteriormente) RHC 80035/SC – RECURSO EM HABEAS CORPUS – Relator Min. Celso de Mello – Julgamento em 21/11/2000 – Segunda Turma – Publicação DJ DATA 17/08/2001 PP 00053 EMENT. VOL.-02039-01 PP-00463; no STJ: STJ – RHC 4.210 – 6ª T. – Rel. p/ac. Min. Adhemar Maciel – DJ. 29.05.1995; HC 25126/SP – HABEAS CORPUS – Relator Min. Luiz Fux – Julgamento em 17/12/2002 – T1 – Primeira Turma – Publicação DJ 17/02/2003 P. 00223; Em Tribunais Estaduais: TJRS – HC 599193976 – RS – 14ª C. Cív – Rel. Des. Aymore Roque Pottes de Mello – DJ. 06.05.1999; TJSC – AI 97.007013-6 – 4ª C.C. – Rel. Des. Pedro Manoel Abreu – DJ. 04.09.1997. Cf.: JURIS SÍNTESE MILLENNIUM. *Jurisprudência*. CD-ROM, n. 34. 1. São Paulo: Síntese, 2002; STF - Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/juris.asp>>. (*Grifou-se*)

Note-se que a construção argumentativa exposta no julgado supracitado para fundamentar a decisão não se refere, em momento algum, aos princípios, aos valores, enfim, ao projeto proposto pela Constituição de 1988. Pelo contrário, como toda a racionalidade jurídica contemporânea, assentada na *astúcia dogmática*³⁸ que lhe (retro)alimenta, na decisão do STF, os julgadores partem apenas do discurso legal (oficial), sem perquirir as suas condições de possibilidade para a implementação, no caso, da incidência dos tratados de direitos humanos.

Nesse caso, o que se percebe é que a dogmática, reproduzida tanto na doutrina³⁹ quanto no âmbito da decidibilidade jurídica, assenta-se naquilo que Streck chama de *racionalidade II*⁴⁰.

Os *vetores de racionalidade*, trabalhados por Streck a partir da obra de Putnam, podem ser apresentados e distinguidos da seguinte forma: a *racionalidade I* situa-se na base da *racionalidade II* e representa um *a priori* que a racionalidade discursiva sempre pressupõe, mas não necessariamente explícita; já a *racionalidade II* é “aquela própria dos discursos da ciência, que se fazem por etapas, sendo sucessivos e complementares, podendo se estender de maneira indefinida no universo de um conhecimento determinado”⁴¹.

³⁸ Esse termo, cunhado por Ferraz Júnior, refere-se ao artifício, utilizado na dogmática jurídica, que se desenvolve mediante mecanismos de deslocamentos ‘ideológico-discursivos’ do plano do mundo da vida para o plano das abstrações jurídicas, fazendo com que o indivíduo não discuta, por exemplo, o problema dos direitos humanos e a incorporação dos tratados internacionais, mas, apenas, *a partir deles* ou *sobre eles*. Cf.: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 146 *et seq*; *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 308; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 3. ed. p. 73-78.

³⁹ É interessante notar que, até mesmo autores não reacionários (que trabalham o constitucionalismo para além do positivismo) acabam caindo nesta armadilha. Nesse sentido, por todos, pode-se citar Luis Roberto Barroso, para quem a interpretação da Constituição se dá a partir de “categorias da interpretação jurídica em geral” e a teoria da argumentação como “um elemento decisivo”, para a explicitação da solução de casos em que não se encontram previsões no ordenamento. Cf. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 5, p. 295-349, 2004.

⁴⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn*. In: UNISINOS. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*, p. 223-271.

⁴¹ Idem, p. 241.

A *racionalidade II*, portanto, é aquela que se dá no nível apofântico, ou seja, no nível discursivo, no âmbito, por exemplo, das chamadas teorias da argumentação. Nesta maneira de abordar o direito, não há a preocupação filosófica com as condições de possibilidade da aplicação, no caso aqui analisado, dos direitos fundamentais, na medida em que se verificam apenas *racionalmente* a validade dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico. Aliás, a questão da validade da norma jurídica para o jurista brasileiro (assunto que será melhor abordado no próximo capítulo) ainda está presa às amarras metafísicas da separação sujeito-objeto, como proposta pela escola exegética do início do século XIX e pelo neopositivismo lógico do início do século XX.

Ainda tendo em vista a ementa do julgado supracitada, nota-se o exemplo paradigmático de como as decisões do STF, que deveria agir como o Tribunal Constitucional brasileiro, obnubilam os valores assegurados pela “Carta Cidadã”, na medida em que não fazem qualquer referência à existência do DIDH, ou mesmo, do princípio da dignidade humana, por ocasião de uma discussão jurídica tão importante como é a que envolve a aplicabilidade de tratados internacionais de direitos humanos, não se sensibilizando com o contexto de transformações globais, que a própria Constituição tentou acompanhar no discurso constante do seu artigo 5º, § 2º.

O “entendimento firmado” pelo STF, sobre este assunto, serve também para sedimentar a visão da Constituição como mera Lei Fundamental, tomando lugar como mero dever-ser, capaz de agasalhar com “capas de sentido” todo o ordenamento jurídico que a ela deve se submeter⁴². Essa concepção subverte a noção de defesa dos direitos huma-

⁴² Cf. STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: AVELÁS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 301-371.

nos, formalizada na própria Constituição de 1988, aberta aos tratados internacionais, pois afasta as possibilidades de discussões éticas no direito, nitidamente sugeridas pelo cunho comunitário da Carta Constitucional de 1988.

Nesse paradigma positivista, a Constituição continua aparecendo como simples “capa de sentidos”, ou seja, como uma “lei maior” capaz de agasalhar as “leis codificadas”, atribuindo-lhes validade. No discurso hegemônico do positivismo, a Constituição ainda mantém o perfil “despolitizado” e “neutral” característico da segunda fase do Estado Moderno, de cariz liberal⁴³. Como adverte Stein,

No fundo, qualquer concepção de princípio, de norma fundamental ou de justificação, era concebida num contexto substancialista herdado da tradição metafísica. Todas as filosofias que cercavam a discussão da interpretação traziam em si métodos e concepções de conteúdo que levavam a objetificações no universo dos códigos e da Constituição. As filosofias oriundas da tradição metafísica não poderiam trazer para o direito senão uma espécie de espelho da realidade. E essa era considerada sólida, imutável e, sobretudo, marcada por uma concepção que transformava a realidade toda em coisa. Ora, a realidade humana e existencial que percorre todo o mundo da lei, do direito e das normas fundamentais criava uma espécie de inquietação no campo da interpretação que não recebia uma resposta de efetivo caráter filosófico. O pensamento dogmático do direito era capaz, quando muito, de responder com novos aparatos legais que sempre traziam em seu bojo, a mesma rigidez dos pressupostos metafísicos de onde provinham. Era o império da objetificação que prendia o pensamento dogmático no estreito domínio da positividade.⁴⁴

⁴³ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a reconstrução pelo golpe institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 8.

⁴⁴ STEIN, Ernildo. Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade. In: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 11-17.

Para a defesa desse “positivismo intransigente”⁴⁵, o principal argumento invocado é a onipotência do conceito de soberania, pois, segundo o discurso do ministro – repetido reiteradamente em outros votos –, “os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição”. Por incrível que pareça, esse não é um discurso de um tribunal francês do século XVIII, e sim, do Supremo Tribunal Federal, num período de intenso movimento de globalização, com o impacto da “*lex mercatoria*, da expansão da microeletrônica, das telecomunicações e dos transportes”⁴⁶.

Contra a visão “absolutizada” de soberania, deve prosperar a idéia de flexibilização da soberania em prol dos direitos humanos, como mostra Kathryn Sikkink:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados⁴⁷.

Com poucas possibilidades de resistência, a soberania segue constantemente sendo impactada pela velocidade das transformações globais, mas, para a defesa dos direitos humanos, não há possibilidade de revisão do conceito

⁴⁵ Contra o “positivismo intransigente”, verifica-se o chamado movimento em defesa do *neo-constitucionalismo* no Brasil, que busca reconhecer as deficiências do processo modernizador pátrio e invoca a necessidade de um Constitucionalismo dirigente e compromissário que não seja descolado das possibilidades do Estado brasileiro e das necessidades sociais num contexto impactado pela globalização. Dentre os autores defensores dessa tese, para citar alguns: BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*; STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*; ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004. p. 169-188.

⁴⁶ FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-13.

⁴⁷ Apud PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, n. 37, p. 109-128, 2001.

“absolutizado” de soberania do Estado-Nação. Em síntese, o senso comum do jurista brasileiro segue aprisionado ao direito estatizado e científico (na visão weberiana), afastado de discussões valorativas, tão sugeridas pela Constituição comunitária.

3 O sistema integrado de proteção dos direitos humanos e a transformação sugerida pela EC 45: o § 3º, do artigo 5º

O parágrafo 3º, acrescido ao artigo 5º da Constituição Federal, pela EC 45, promulgada em 8/12/2004 e publicada em 31/12/2004, dispõe que “os tratados e convenções 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”. Trata-se, portanto, de inovação introduzida no texto constitucional brasileiro, que tem por intuito atribuir *status* de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, desde que preenchidos os requisitos procedimentais do § 3º, ou seja, pretende “resolver” a celeuma em torno do patamar que deve ocupar esses instrumentos normativos internacionais que tratam de direitos fundamentais.

Todavia, a inovação legislativa sugerida pelo *legislador constituinte derivado reformador*, apesar de ofertar, oficialmente, uma proposta solucionadora, possui conseqüências negativas ao campo jurídico, pois (1) acaba por gerar mais confusões que soluções, além de (2) ser, antes disso, despidianda sob o ponto de vista hermenêutico.

Sobre o primeiro problema, Morais afirma:

Desde o advento da Carta Constitucional de 1988 nos deparamos no Brasil com um debate acadêmico e jurisprudencial o qual tem evidenciado uma dualidade de compreensões acerca do conteúdo a ser atribuído à

Carta de Direitos Fundamentais expressa no texto constitucional e, particularmente, do sentido da norma contida no art. 5º e seus parágrafos.

Tal debate não se finda com a promulgação da EC 45/04, ao contrário, parece-nos, outros problemas emergem e necessitam tratamento compatível com o projeto de Estado Democrático de Direito assumido pelo constituinte (...) ⁴⁸ .

Em relação ao segundo problema, qual seja, a hermenêutica dos tratados internacionais inseridos no ordenamento brasileiro, destinar-se-á, na seqüência desta monografia, um item específico para se firmar um olhar acerca da desnecessidade de tal dispositivo, mas, desde já, adianta-se que isso ocorre face a presença do § 2º, do artigo 5º, que, por si só, já seria suficiente, conforme se afirmou alhures, para ensejar uma leitura *constitucionalizante* dos tratados internacionais de direitos humanos.

A presença do novo parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal se mostrou tão distoante do discurso daqueles que defendem uma visão material aberta dos direitos humanos que se chegou a levantar a discussão doutrinária sobre a inconstitucionalidade de tal dispositivo.

De fato, a argumentação partidária da inconstitucionalidade do dispositivo da emenda que sugere o ora § 3º, do artigo 5º, da CF, parte do pressuposto de que ocorreu um “retrocesso no alcance do § 2º, do artigo 5º, do texto constitucional que, como norma de extensão, alçava os tratados internacionais de direitos humanos ao *status* constitucional independentemente de qualquer *quorum* privilegiado”. Contudo, como esclarece Amaral, a análise da jurisprudência do STF e da doutrina que o inspira, “esse retrocesso é ilusório na medida em

⁴⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos humanos, constituição e direito internacional. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 43.

que o alcance estabelecido como premissa para fundamentar a inconstitucionalidade nunca foi reconhecido⁴⁹.

Diante disso, constatada a ausência de um *precedente* na Corte Constitucional brasileira, bem como a *baixa cultural dos direitos fundamentais* no Brasil, infelizmente, há de se convir que, caso tal discussão alcançasse o STF fatalmente seria rechaçada. Tudo isso porque, conforme já consagrado, o Supremo Tribunal Federal “negou para o referido § 2º do art. 5º qualquer efeito inovador na matéria de integração de tratados ao direito interno, mantendo o entendimento jurisprudencial até então vigente”⁵⁰.

Afastada a possibilidade de discussão doutrinária acerca da inconstitucionalidade do novo dispositivo (§ 3º, do art. 5º), trazido pela EC 45/04, para o texto constitucional, cuja argüição sequer foi apresentada à Corte Constitucional Brasileira, resta, assim, o enfrentamento da incidência desse novo texto inserido na Constituição. O § 3º do artigo 5º é uma realidade que carece de um olhar hermenêutico.

3.1 O impacto do § 3º, do artigo 5º e as duas (possíveis) faces de uma mesma moeda: os riscos do culto ao procedimento e os aspectos positivos do novo texto jurídico

Conforme diagnosticado no item anterior, foi estabelecido um procedimento especial no texto constitucional brasileiro capaz de atribuir aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos um caráter de norma constitucional.

⁴⁹ AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: o novo parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal e o redimensionamento das possibilidades hermenêuticas*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2005. p. 134. Sobre o entendimento acerca da inconstitucionalidade do § 3º diante do § 2º, ambos do artigo 5º, da CF, vide BLANCO TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte; FERREIRA, Luis Alexandre Cruz. *Reforma do judiciário e direitos humanos*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Orgs.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 456-457.

⁵⁰ DALLARI, Pedro. *Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

A partir de agora, intenta-se apresentar o paradoxo do estabelecimento de tal procedimento que pode ser compreendido, basicamente, em dois aspectos: um negativo, que valoriza a interpretação extremamente formalista do novo dispositivo ora debatido, fundada numa postura capaz de enxergar o procedimento como um fim em si mesmo; ou, por outro lado, um positivo, se se considerar a possibilidade de uma construção hermenêutica em prol da manutenção do sistema integrado (Constituição/DIDH) de proteção dos direitos fundamentais e, para tanto, o § 3º deve ser interpretado em consonância com o § 2º, do artigo 5º da Constituição.

Quanto ao primeiro aspecto – o negativo –, antes de se tecer qualquer crítica sobre o apego formalista ao procedimento, deve se esclarecer que não se pretende aqui contestar o diagnóstico de autores como Habermas, que, em sua obra, tratou de descrever a legitimação, nas sociedades modernas, do direito por meio de procedimentos estabelecidos pelos Estados de direito⁵¹. Assim, registra-se, desde já, que as críticas, que se desenvolverão subseqüentemente, não envolvem a discussão em torno do problema da procedimentalização do direito, mas, mais especificamente, o apego do operador do direito ao formalismo que acaba obnubilando o conteúdo do direito. E isso, levando-se para a questão dos direitos fundamentais, pode ser bem exemplificado a partir da interpretação radicalmente formalista do § 3º, do artigo 5º.

O aspecto negativo do § 3º, do artigo 5º, portanto, pode ser constatado, num primeiro momento, em relação aos potenciais prejuízos que possam vir a ser causados em re-

⁵¹ Em sentido próximo, Habermas afirma que: "A validade (*Gültigkeit*) de uma norma jurídica afirma que o poder estatal garante ao mesmo tempo positividade jurídica legítima e execução judicial fática. O Estado deve garantir ambos, por um lado, a legalidade do comportamento no sentido de um seguimento satisfatório da lei, caso necessário, forçado com base em sanções, e, por outro, uma legitimidade das regras que torna a todo momento possível o cumprimento de uma norma por 'respeito diante da lei'. Com relação à legitimidade da ordem jurídica, no entanto, sobretudo uma outra característica formal é importante, a saber, a positividade (*Positivität*) do direito positivado (*gesetz*).". Cf. HABERMAS, Jürgen. *Constelação pós-nacional*. Traduzido por Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

lação à “interpretação que era feita sob o manto do § 2º do art. 5º da CB, acerca da incorporação *constitucional, automática* e sob o critério da *materialidade constitucional* de tratados versando direitos humanos”⁵².

A procedimentalização serviria, então, para reforçar a tese já consagrada pelo STF, no sentido contrário da incorporação automática, baseada no critério material. Nesse sentido, com base no novo § 3º, do art. 5º, Pedro Dallari alcança do dito, pelo não dito, a seguinte norma:

Essa omissão não é desprovida de conseqüências, pois, além de o Congresso Nacional não atribuir expressamente dimensão constitucional aos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda 45, a nova exigência de maior *quorum* na aprovação legislativa acaba aparentemente por endossar a interpretação de que as disposições do § 2º do art. 5º, vigentes desde a promulgação da Constituição, em 1988, não teriam o condão, por si sós, de gerar para os tratados nessa matéria os efeitos de norma da Constituição. Tal condição só ocorreria daqui por diante e desde que atendidas as exigências do novo § 3º do art. 5º. Assim, paradoxalmente, a adoção, pelo Congresso Nacional, de preceito a princípio voltado a conferir maior relevância a tratados internacionais de direitos humanos, acabou por comprometer seriamente a tese, mais favorável à promoção dos direitos humanos, de que os tratados nessa matéria já teriam *status* constitucional⁵³.

Com isso, o autor conclui que esse dispositivo “operou em sentido oposto à interpretação de que o § 2º do mesmo art. 5º, desde a sua edição em 1988, já ensejaria o nivelamento constitucional para o rol (de tratados) preexistente à

⁵² TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42.

⁵³ DALLARI, Pedro. *Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45*. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 91.

EC 45” de maneira que, “relativamente ao passado, o texto do § 3º do art. 5º revela-se contraproducente como instrumento de promoção efetiva dos direitos humanos”⁵⁴. Nesse mesmo sentido, Leonardo A. de Andrade Barbosa aduz que:

A Reforma do Judiciário, ao prever a possibilidade de atribuição de hierarquia constitucional aos tratados e convenções sobre direitos humanos mediante procedimento específico no âmbito do Congresso Nacional, veio a reforçar a posição adotada pelo STF na questão, isto é, assentou que os tratados sobre direitos humanos não contam com a hierarquia constitucional automaticamente, como sugerido por Piovesan⁵⁵.

Por fim, colocando uma última pá de terra sobre o jazigo dos direitos fundamentais, Flávio Dino afirma que nova sistemática, trazida pelo § 3º do artigo 5º, “soluciona a polêmica anterior mantendo a hierarquia dos tratados (anteriores à EC 45/2004) equivalente às leis ordinárias”⁵⁶.

Já em relação ao segundo aspecto – o positivo –, a emenda constitucional 45/04, não obstante a sua assistemática, “veio com o desiderato de fortalecer e não enfraquecer a sistemática brasileira de proteção dos direitos fundamentais, o que se depreende, por exemplo, das prescrições de celeridade dos julgamentos (art. 5º, LXXVIII) e de deslocamento de competência para a Justiça Federal” para julgamento de crimes que ofendem os tratados internacionais de direitos humanos (art. 109, § 5º)⁵⁷.

⁵⁴ Idem, p. 95. Cf. AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: o novo parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal e o redimensionamento das possibilidades hermenêuticas*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2005. p. 112-113.

⁵⁵ DINO, Flávio et al. *Reforma do judiciário: comentários à emenda n. 45/2004*. Niterói: Ímpetus, 2005. p. 16.

⁵⁶ Idem, p. 13. Num tom de perplexidade, do qual se comunga nessa monografia, Jasson H. Amaral, reporta os comentários de Flávio Dino, que se resumem assim: “O autor” (Dino) “refuta a idéia de que o novo comando constituiria um retrocesso, não acreditando que a nova composição do STF ensejaria mudança na posição majoritária sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Por tal motivo, o novo dispositivo seria vantajoso, na medida em que ‘estabelece a possibilidade de um processo legislativo qualificado conferir status de emenda constitucional’”. AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro, 2005. p. 113.

⁵⁷ AMARAL, Jasson Hibiner. *Op. cit.*

Além disso, não obstante os equívocos lingüísticos que podem ser vislumbrados no “dispositivo inovador”, se se considerar apenas o fato da discussão trazida pela Emenda 45 em relação ao grau normativo que se atribui aos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, já é, por si só, extremamente salutar para o ambiente que relaciona direitos fundamentais e a democracia que, juntos, *contribuem para a criação ininterrupta de direitos, para a subversão contínua do estabelecido e para a reinstituição permanente do social e do político* (Chauí). Ou seja, num jovem ambiente democrático – considerando-se os 18 anos de Constituição Cidadã –, em face da triste história autoritária brasileira, os direitos humanos ocupam um importante espaço simbólico para a discussão dos anseios *democráticos*, num *Estado de Direito*.

E, do ponto de vista hermenêutico, um texto normativo que cuide de direitos humanos é sempre bem vindo, na medida em que se pode, por meio de uma construção de sentido – não relativista⁵⁸ – alcançar uma fusão de sentidos, convergente em prol da dignidade humana. Nesse sentido, conforme se verá subseqüentemente, já existem alguns exemplos no âmbito da decidibilidade jurídica, que vem buscando construir entendimentos para além de um *positivismo objetificante*.

3.2 Aporias de uma sistemática(?) impensada: o que fazer com os tratados que não foram “legitimados pelo (novo) procedimento”

A Emenda Constitucional 45 não trouxe qualquer esclarecimento acerca da situação dos tratados internacionais de direitos humanos que lhes são anteriores, nem especificamente no texto normativo que inseriu o § 3º, nem tam-

⁵⁸ Contestando as acusações de relativismo da hermenêutica, conferir STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5. ed. p. 310-319.

pouco em qualquer outra passagem de seus dispositivos. Dito de outra forma, resumidamente, os vários e importantes tratados de direitos humanos já ratificados pelo Brasil⁵⁹ ficaram no limbo das discussões travadas por ocasião da elaboração da EC 45.

Ao contrário disso, no direito comparado, analisando-se o texto constitucional argentino, modificado pela emenda introduzida em 1994, mais especificamente seu artigo 75, item 22, prevê que os vários pactos e “tratados internacionais de direitos humanos, expressamente enunciados, têm hierarquia constitucional”, revelando ainda que os demais tratados acerca da matéria que forem aprovados por dois terços dos membros de cada uma das câmaras do parlamento nacional (*quorum* adotado para aprovação de emendas constitucionais no país) também terão hierarquia constitucional⁶⁰.

Como exemplo bastante elucidador, então, nota-se que a Constituição Argentina traz, também por meio de uma emenda, a previsão que estende aos tratados anteriores à alteração, devidamente enunciados, o patamar de normas constitucionais. Houve, na verdade, “uma espécie de ‘análise em bloco’ dos tratados internacionais de direitos humanos que já haviam sido ratificados pela Argentina, o que resultou em sua expressa constitucionalização.” Isso consistiu numa medida salutar que dá sua contribuição, na qual se pode destacar, dentre outras coisas, uma “economia de tempo para a sua aprovação, bem como o fato de que a não aprovação pelo Congresso significaria a rejeição da constitucionalização de todos os tratados internacionais de direitos humanos até então ratificados pelo país, o que re-

⁵⁹ Alguns exemplos de Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20/07/1989; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28/09/1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24/09/1990; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em 24/01/1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também em 24/01/1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25/09/1992.

⁶⁰ AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro, 2005. p. 109.

presentaria sérios desgastes para o parlamento diante da opinião pública”⁶¹.

Retornando a discussão para o caso brasileiro reforça-se o registro de que nenhuma menção foi realizada, pela EC 45, à situação dos inúmeros tratados internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil.

Portanto, a discussão que se mantém e que parece ser a grande questão sobre esses instrumentos internacionais garantidores dos direitos humanos, gravita em torno do patamar ocupado por tais instrumentos no direito brasileiro. E o ponto nevrálgico de divergências em torno dos tratados internacionais de direitos humanos é o seguinte: continuarão estes sendo concebidos como normas infraconstitucionais, conforme se depreende do entendimento do Supremo Tribunal Federal? Ou poderão assumir o *status* de leis constitucionais, mesmo não tendo sido submetidos ao procedimento qualificado, previsto pelo § 3º, do artigo 5º?

Como resposta a essa indagação, Tavares sugere, todavia sem uma fundamentação suficiente, que a tese da incorporação automática via § 2º, da Constituição seja mantida para os tratados firmados antes da publicação da EC 45/04 e, para as novas convenções ou tratados, posteriores à reforma, serviria a regra do § 3º. Outra possibilidade, segundo, o autor seria “a de considerar a regra do § 3º apenas uma formalização que ratifica a posição assegurada pelo § 2º, compreendida como a de assegurar o nível constitucional desses tratados”⁶².

Além dessas, há ainda a proposta desenvolvida a partir do raciocínio ínsito à idéia de *recepção*, bastante difundida e conhecida no Direito Constitucional. Essa teoria pode ser

⁶¹ Idem, p. 110. Para o estudo comparado de outras ordens constitucionais, como as da Venezuela, do Peru, da Nicarágua, da Guatemala, da Colômbia e do Chile, vide PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 77-80.

⁶² TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça, comentários completos à EC 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45. Esta segunda idéia será melhor desenvolvida ao final do próximo item.

resumidamente entendida como aquela que leva em consideração a compatibilidade material da norma com o novo ordenamento constitucional para que ocorra o fenômeno da recepção, sempre prevalecendo, para os aspectos formais, a regra do *tempus regit actum*. Assim, exemplifica Amaral,

se uma lei ordinária anterior à Constituição é com ela materialmente compatível, será recepcionada ainda que a matéria nela versada, pela disposição do novo ordenamento jurídico, passe a ser regulada por lei complementar. No entanto, e embora ela tenha sido editada segundo procedimentos estabelecidos pela Constituição anterior para a elaboração de lei ordinária, para alterá-la, será necessária edição de lei complementar, conforme preceitua o novo ordenamento constitucional, sob pena de não se observar a vontade do constituinte, que passou a exigir lei complementar para aquela matéria⁶³.

Estendendo essa visão, analogicamente, à situação gerada pela EC 45/04, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos assinados antes de sua vigência, e considerando-se que esses tratados foram submetidos ao devido procedimento formal estabelecido à época de suas ratificações, tendo assumido, devido o § 2º do artigo 5º, o *status* de normas constitucionais, manter-se-iam, esses textos, compatíveis com a Constituição, ora reformada pela referida Emenda.

Reconhecendo-se a complexidade desse raciocínio, recorre-se aqui ao texto de José Carlos Francisco, que, apesar de um pouco extenso, merece menção devido à sua abordagem esclarecedora. Assim, Francisco afirma que:

Acerca da recepção, sabemos que se trata de princípio geral de Direito Constitucional (que independe de previsão expressa), segundo o qual as normas infraconsti-

⁶³ AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro, 2005. p. 123.

tucionais validamente editadas (sob o ângulo formal e material) na vigência de ordenamentos constitucionais anteriores continuam vigentes e eficazes em face de novos ordenamentos constitucionais (originários ou reformadores), bastando a compatibilidade material com as regras constitucionais supervenientes. É indiscutível que os atos normativos recepcionados somente podem ser alterados pela forma normativa exigida pelo novo ordenamento constitucional (ou seja, se uma lei ordinária foi validamente editada seguindo as previsões da Constituição pretérita, essa lei ordinária somente poderá ser modificada por lei complementar caso a nova Constituição disponha que o tema correspondente deva ser objeto de lei complementar), sob pena de inobservância da vontade do constituinte que passou a exigir nova modalidade normativa para a matéria. É verdade que a recepção convencional é vista envolvendo regras infraconstitucionais anteriores diante de novas ordens constitucionais (ou seja, a norma anterior tem forma infraconstitucional, e permanecerá como norma infraconstitucional, ainda que de competência ou hierarquia diversa), mas nada impede que o fenômeno da recepção seja aplicado em casos nos quais a ordem constitucional anterior permanece com força de regra constitucional em face do novo ordenamento constitucional (fenômeno denominado recepção material), ou em casos nos quais as regras constitucionais anteriores venham assumir *status* de normas infraconstitucionais (chamada de desconstitucionalização em sentido estrito). Admitimos que a doutrina e a jurisprudência aceitam a recepção material e a desconstitucionalização apenas mediante previsão constitucional expressa no ordenamento superveniente, mas a controvérsia gerada pela Emenda Constitucional 45 em relação aos tratados sobre direitos humanos anteriores a 8 de dezembro de 2004 está mais próxima ou adequada à recepção convencional do que a esses dois outros instrumentos de hermenêutica constitucional, já que a recepção material e a

desconstitucionalização pressupõem a ab-rogação da Constituição pretérita (...)⁶⁴.

Ao lado de toda essa construção, reforça-se ainda que a recepção “funciona como hábil instrumento de economia legislativa, na medida em que, se as normas anteriores são compatíveis com a alteração constitucional superveniente, evitam-se tormentosos, exaustivos e morosos trabalhos do legislador em reproduzir exatamente as normas já existentes, apenas para lhe dar outra forma normativa imposta pela alteração constitucional superveniente”⁶⁵.

A novidade introduzida pela EC 45/04, que ainda segue angustiando por sua estranheza, tem sido enfrentada nas diversas áreas do campo jurídico. Dentre elas, no espaço acadêmico pôde-se colher interessantes propostas como as de Jasson Hibiner Amaral e José Carlos Vieira, que convergiram em torno da teoria da *recepção* conforme restou apresentado anteriormente.

Como contribuição à elucidação da celeuma, de certa forma reforçando a última postura apresentada, apresentar-se-á, finalmente, bases teóricas para uma leitura hermenêutica do § 3º, do art. 5º, considerando-se, também, algumas manifestações no âmbito da decidibilidade jurídica no período recente, *pós-Emenda 45/04*.

3.3 Crise da hermenêutica dos direitos fundamentais no Brasil: os problemas da baixa compreensão e do apego ao formalismo

Percorrida toda a exposição sobre o “novo” tratamento dispensado aos direitos fundamentais, o impacto do § 3º, do art. 5º, as dúvidas quanto à sua constitucionalidade, os aspectos

⁶⁴ FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos et al. (Orgs.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 103-104.

⁶⁵ AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro, 2005. p. 124.

negativos e positivos da nova norma constitucional e a situação dos tratados anteriores à publicação da EC 45/04, alcança-se agora o momento de se estabelecer algumas críticas e contribuições a partir da hermenêutica filosófica e da NCD para se manter sempre viva, *em terra brasilis*, as chamadas da defesa e constante “reinstituição” dos direitos fundamentais e da democracia, pilares do Estado Democrático de Direito.

O *status* de norma constitucional, conforme assinalado anteriormente, por ocasião da análise do § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, já estava lá, desde a publicação da Carta Maior, em 1988. Todavia, a cultura jurídica brasileira apegada à forte noção positivista, em sua face mais radical, manteve-se indiferente em alguns casos ou, pior, em outros negou a possibilidade do devido tratamento aos direitos fundamentais insculpidos em tratados internacionais de direitos humanos.

Importante notar, antes de se prosseguir nos comentários deste derradeiro capítulo, o quanto é difícil se alterar uma cultura historicamente forjada sob os auspícios da modernidade que ditou implacavelmente um modelo de direito liberal-individual-normativista. A “baixa noção dos direitos fundamentais”, descrita alhures, parece seguir reforçada pelo discurso procedimentalista do § 3º, do artigo 5º, conforme se depreendeu de algumas manifestações doutrinárias citadas alhures e da Corte Constitucional brasileira, que segue acomodada em sua “tradicional” postura. Sobre esta última afirmação, por todos, ilustrativamente, eis o trecho do voto do Ministro-relator Carlos Veloso, que assim se manifestou por ocasião do julgamento de um Recurso interposto perante o STF, em 22/02/2005: “Verifica-se, assim a prevalência da Constituição Federal em relação aos tratados e convenções internacionais não aprovados segundo o procedimento descrito no § 3º do art. 5º da CF/88”⁶⁶.

⁶⁶ Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No Agravo de Instrumento 513.044-5 (São Paulo) – Relator Min. Carlos Velloso – Julgamento em 22/02/2005 – Segunda Turma. Publicado no D.J. em 08.04.2005. Ata n.º 9/2005. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 30 jul. 2005.

Todavia, assumindo-se a postura de uma *hermenêutica concretizadora* dos direitos fundamentais, é preciso suspender os *pré-juízos inautênticos*, que impedem o devido *desvelamento* daquilo que sempre esteve ali, aberto materialmente pelo texto constitucional, no caso em tela, para o diálogo dos direitos fundamentais previstos nos tratados. A abertura da clareira no direito deve passar, necessariamente, pela denúncia do caráter metafísico da dogmática jurídica, que, ao interpretar, objetifica as possibilidades de reconhecimento das peculiaridades de cada caso (*experiência prática*).

O senso comum teórico predominante no campo jurídico brasileiro, impregnado por uma dogmática jurídica insuficiente, marcada pelo paradigma “liberal-individualista-normativista” e pelo “cientificismo-metafísico-objetificante”, acaba por impedir a consolidação do projeto de abertura do constitucionalismo pátrio para o processo de interação com o DIDH, ou, a consolidação de um Direito Constitucional Internacional, como chamou Piovesan. Isso mantém a “baixa compreensão dos direitos fundamentais”!

Por outro lado, focos de *resistências hermenêuticas humanistas* (com o perdão da redundância) acenam para uma mudança paradigmática, aproveitando o (problemático) discurso do § 3º, principalmente no ambiente decisório dos tribunais estaduais, que, por sua vez, passam a aproveitar o discurso textual de tal dispositivo para a construção de (novas) normas, a fim de tentar superar antigas discussões, como é o caso, por exemplo, da questão, já debatida no capítulo anterior, do depositário infiel. Esse é o caso do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, que assim se manifestou sobre o assunto:

Assim, é constitucionalmente possível que um tratado internacional retire do ordenamento jurídico pátrio, as exceções ou as restrições aos direitos fundamentais, mesmo que tais exceções ou restrições estejam previstas no rol do art. 5º da Constituição Federal, pois, como antes referido, o que é vedado não é a alteração do art. 5º,

mas a abolição dos direitos e garantias fundamentais, estejam eles onde estiverem (CF/88, art. 60, § 4º, IV), sendo que a sua ampliação, longe de estar vedada, está na verdade expressamente autorizada, exatamente pela redação do dispositivo que recusa a taxatividade ou o *numerus clausus* (CF/88, § 2º do art. 5º).

E assim era desde a redação original da vigente Constituição Federal, com muito mais razão será agora com a edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da CF/88, com o que os tratados internacionais ganharam, clara e expressamente, força de Emenda Constitucional⁶⁷.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também interpretou o § 3º, do artigo 5º, atribuindo *status* de normas constitucionais aos tratados internacionais de direitos humanos, como se pode notar no trecho do voto da Desembargadora-relatora, que se transcreve abaixo:

E, recentemente, a emenda Constitucional n.º 45/04, dispôs na redação que deu ao § 3º do art. 5º da Constituição que “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”. Embora não tenha ocorrido a aprovação com o quorum mencionado, forçoso é convir que está aí sinalizada a posição mais correta na exegese a respeito da legislação em comento⁶⁸.

⁶⁷ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus n.º 70011566882 – 2ª Câmara Civil. Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Julgamento: 25/05/2005. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 08 set. 2005. Na mesma esteira de interpretação voto da Relatora Desembargadora Isabel de Borba Lucas, no seguinte julgamento: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus n.º 700113551624 – 14ª Câmara Civil. Julgamento: 19/05/2005. Disponível em <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 05 jul. 2005.

⁶⁸ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n.º 1.0408.02.000139-7/001 – Segunda Câmara Criminal. Relatora Desembargadora Beatriz Pinheiro Caíres. Julgamento: 12/05/2005. Disponível em http://www.tjmg.gov.br/juridico/tj/inteiro_teor. Acesso em: 19 ago. 2005.

Esses exemplos servem para se apresentar um contraponto ao “pensamento (pre)dominante” que insistiu e segue insistindo (vide manutenção da postura do STF) obnubilando as potencialidades materiais abertas pela Carta Constitucional brasileira (art. 5º, § 2º). Os fragmentos das decisões expostos acima, juntamente com a doutrina que sustenta a necessidade do reconhecimento do Sistema Integrado de Proteção dos Direitos Humanos, comprovam o surgimento, ainda que meio tímido, de uma nova cultura dos direitos fundamentais no Brasil.

A inserção do § 3º ao artigo 5º pela EC 45, longe de enfraquecer o status constitucional dos tratados cujas ratificações a antecederam, propiciou apenas a possibilidade de uma *constitucionalização formal*, por meio de um quorum qualificado, para os tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno, pois

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último – um tratado complementar e subsidiário ao principal – fosse conferida hierarquia constitucional, e ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal⁶⁹.

Neste sentido, Flávia Piovesan parece ter ofertado importante contributo para a elucidação da celeuma acerca

⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 72-73.

da constitucionalidade dos tratados anteriores à EC 45/2004, ao afirmar que

com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se a emendas à Constituição, no âmbito formal⁷⁰.

É preciso agora que esse germe alcance a “Corte Constitucional” brasileira que ainda mantém sua postura objetificante, qual seja a de considerar o § 2º do art. 5º como uma simples porta normativa que permite a entrada de tratados internacionais que, por sua vez, devem ser considerados apenas como leis ordinárias, sejam eles quais forem: “sobre direitos humanos ou sobre comércio de laranjas”, para a “Corte Constitucional” brasileira, todos são iguais.

E agora, com o “novo dispositivo procedimental”, segundo o STF, os tratados anteriores seguem como leis ordinárias, por não terem sido aprovados segundo o procedimento descrito no § 3º do art. 5º da CF/88 (conferir nota anterior). Nesse sentido, ao ocultar a peculiaridade da norma internacional de direito fundamental, tratando-a como uma norma internacional qualquer, e, além disso, seguindo “cegamente” o formalismo procedimental do § 3º, do art. 5º, entende-se que há uma objetificação no processo interpretativo do direito por parte, principalmente, da Corte que deveria ser a guardiã dos direitos fundamentais.

⁷⁰ Idem, p. 74. Outra discussão importante que advém dessa classificação dos tratados internacionais de direitos humanos em *materialmente constitucionais* e *material e formalmente constitucionais* refere-se à possibilidade de *denúncia* dos primeiros e à impossibilidade deste ato para os últimos. Todavia, em face da necessária delimitação da temática ora abordada, em decorrência da limitação espacial, essa discussão não será desenvolvida neste artigo.

4 Considerações finais

Em face da pesquisa desenvolvida e materializada no presente texto, pode-se perceber que, cada vez mais, a concepção do direito, nas sociedades contemporâneas, extrapola o dogmatismo de um modelo positivista fechado e enraizado numa concepção “inflexível” de soberania. De fato, se um estudioso do tema olhar, retrospectivamente, principalmente a partir de meados do século XX, não será difícil de se perceber que, desde então, a preocupação com a implementação do movimento mundial de defesa dos direitos humanos assumiu uma intensidade nunca antes registrada.

Para o Brasil, de forma inédita, esse movimento foi acolhedoramente recebido pela Carta Cidadã de 1988, por meio de uma explícita previsão normativa, em que se previa a abertura material do texto constitucional para a complementação do rol de direitos fundamentais pelas previsões constantes dos tratados internacionais de direitos humanos que viessem a ser ratificados pelo Estado brasileiro (art. 5º, 2º).

Esse dispositivo, associado a outros (art. 1º, III; 4º, II, todos da CF), veio a sugerir, não só uma mera abertura formal ou uma porta normativa para a inserção de direitos fundamentais previstos em tratados internacionais, mas uma proposta de interação entre o Direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Dito de outra forma, a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pode ser entendida como instauradora de uma (nova) era do constitucionalismo brasileiro que, por sua vez, passou a ser visto como aberto para a convivência “simbiótica” com o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Todavia, esta “simbiose” não traz vantagens para tais “ramos” do direito, como lexograficamente o termo sugeriria, mas, metaforicamente, possibilita um ganho para aquele em torno do qual ambos gravitam: o ser humano.

Longe de “enfraquecer a soberania” nacional ou de contrariar o “espírito” constitucional, o Sistema Internacional integrado pela Constituição mais Tratados Internacionais de Direitos Humanos, além de lançar o Estado brasileiro para o diálogo internacional (art. 4º, II, da CF), garante a defesa de um dos pilares do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF).

Todavia, na contramão desse caminho, essa não é a posição assumida pelo STF que, no que respeita à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, no Brasil, ainda se encontra distanciado da cultura democrática, garantidora de direitos fundamentais, que se instituiu no cenário jurídico pátrio, após a Constituição de 1988. Essa afirmação se depreende da proposta crítica que se procurou estabelecer a partir de aportes hermenêuticos de Heidegger, Gadamer e Streck.

O discurso dos direitos humanos – importantes para a constante revisão do direito e reinstituição da democracia – parece não ter encontrado eco na Corte Maior brasileira, no que tange à interação Direito interno/DIDH. Assim, não obstante a recepção dos direitos fundamentais, cristalizados em tratados internacionais pela CF/1988, o Supremo Tribunal Federal segue interpretando-os como se fossem tratados comerciais comuns, atribuindo-lhes *status* de normas ordinárias infraconstitucionais. Tal postura se baseia em teorias que ainda consagram uma rígida soberania (que há muito já não existe) e que procuram separar, de forma estanque, o Direito Internacional do Direito interno. Não consideram a possibilidade de integração entre a Constituição e os tratados de direitos fundamentais ratificados e acabam (so)negando a proposta de abertura material trazida pelo texto constitucional de 1988.

Nessa seara, a alteração introduzida EC 45/04, que sugeriu o § 3º ao artigo 5º da Constituição que, por sua vez, poderia ser *autenticamente* interpretado com base na tradi-

ção inaugurada desde 1988, também foi restritivamente entendida como a determinação de um procedimento para que *as leis internacionais sejam consideradas normas constitucionais*. Como restou demonstrado neste texto, com a citação do voto do Ministro, tratado que não foi submetido ao novo procedimento, *continua sendo considerado norma infraconstitucional (lei ordinária)*. Não obstante, e isso se deve ressaltar, também no âmbito da decidibilidade alguns tribunais estaduais (Minas Gerais e Rio Grande do Sul) já se manifestaram em sentido diverso, qual seja, considerando os tratados internacionais de direitos humanos normas constitucionais, de acordo com a nova Emenda.

Esse exemplo, portanto, mais centrado na questão referente aos tratados anteriores à Emenda – e esta parece ser a questão mais problemática, haja vista o extenso rol de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – reflete bem o que Streck convencionou chamar de “crise da dogmática jurídica no Brasil”. Em síntese, não se atribui força normativa constitucional aos tratados e o novo § 3º, do art. 5º passa a ser interpretado como um mero procedimento que serve para reforçar a (reacionária) visão “consagrada”.

A proposta hermenêutica para o caso consistiria apenas em *desocultar* aquilo que está ali desde 1988, que é a proposta de abertura material para os tratados de direitos humanos, lida hermenêuticamente como uma *clareira* capaz de possibilitar, por meio de um horizonte interpretativo, a aproximação entre o “homem” (hermeneuta) e o *ser* da Constituição (da defesa dos direitos fundamentais), pois o homem, como afirma Heidegger, é o primeiro que, aberto ao ser, deixa que este venha a ele como presença e tal chegada à presença necessita do aberto de uma clareira⁷¹. Esse “acontecimento-apropriação é o âmbito em que ho-

⁷¹ HEIDEGGER, Martin. Identidade e diferença. Traduzido por Ernildo Stein. In: _____. *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 182.

mem e ser atingem unidos sua essência, conquistam seu caráter historial, enquanto perdem aquelas determinações que lhe emprestou a metafísica”⁷².

Não obstante isso, infelizmente, a dogmática jurídica (*pré*)*dominante* não oferece as possibilidades para a abertura dessa clareira, ao contrário, oculta as possibilidades emancipatórias dos direitos humanos.

5 Referências

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, p. 169-188, 2004.

AMARAL, Jasson Hibiner. *A incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: o novo parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal e o redimensionamento das possibilidades hermenêuticas*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2005.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Direitos humanos e sociedades multiculturais. In: UNISINOS. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 5, 2004.

⁷² Idem, p. 185.

BLANCO TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte; FERREIRA, Luis Alexandre Cruz. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Orgs.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, Instrumentos Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, São Paulo, n. 14, 1996.

_____. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1- 2.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DALLARI, Pedro. Tratados Internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

DINO, Flávio et al. *Reforma do judiciário: comentários à emenda n. 45/2004*. Niterói: Ímpetus, 2005.

FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1992.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. In: TAVARES, André Ramos et al. (Orgs.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Constelação pós-nacional*. Traduzido por Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HEIDEGGER, Martin. Identidade e diferença. Traduzido por Ernildo Stein. In: _____. *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Direitos humanos, constituição e direito internacional. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, n. 37, p. 109-128, 2001.

_____. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje as Constituições. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

_____. *Direitos humanos e o direito internacional constitucional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes teóricas do direito. In: _____. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional público*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STEIN, Ernildo. Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade. In: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn**. In: UNISINOS. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo, 2003.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à EC 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei, temas para uma reformulação*. Porto Alegre: SAFE, 1994. v. 1.