

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

MARIA EUGÊNIA DE ANDRADE LISTE

OS PRINCÍPIOS COMO INSTRUMENTO HERMENÊUTICO EM BUSCA  
DA PLENITUDE DA DIGNIDADE HUMANA

São Paulo  
2008

MARIA EUGÊNIA DE ANDRADE LISTE

OS PRINCÍPIOS COMO INSTRUMENTO HERMENÊUTICO EM BUSCA  
DA PLENITUDE DA DIGNIDADE HUMANA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof Dr. Alysson Leandro Mascaro.

São Paulo  
2008

L773p Liste, Eugênia de Andrade.

Os Princípios como Instrumento Hermenêutico em busca da Plenitude da Dignidade Humana / Maria Eugênia de Andrade Liste – 2009.

130 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

Orientador: Prof Dr. Alysson Leandro Mascaro.

Bibliografia: f. 125 - 130.

1. Dignidade Humana. 2. Direitos Humanos. 3. Direito Internacional. 4. Direito Constitucional. 5. Hermenêutica Jurídica. I. Título.

CDD 341.27

MARIA EUGÊNIA DE ANDRADE LISTE

OS PRINCÍPIOS COMO INSTRUMENTO HERMENÊUTICO EM BUSCA  
DA PLENITUDE DA DIGNIDADE HUMANA

Dissertação apresentada à Universidade  
Presbiteriana Mackenzie como requisito  
parcial para a obtenção do título de Mestre  
em Educação, Arte e História da Cultura.

Aprovado em

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Alysson Leandro Mascaro- Orientador  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Mônica Herman Salem Caggiano  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Dr. Luiz Antônio Rizzatto Nunes  
Universidade UNIMES/ Santos

*“Pedi e se vos dará. Buscai e achareis. Batei e vos será aberto.  
Porque todo aquele que pede, recebe. Quem busca, acha. A  
quem bate, abrir-se-á (Mt 7, 7-8)”.*

## **AGRADECIMENTOS**

A vida me colocou pessoas iluminadas que me auxiliaram na conclusão do mestrado e me fizeram crer, a partir de suas crenças, de que eu era capaz. Não poderia iniciar meu agradecimento sem antes mencionar aquele que me deu o maior apoio e consideração nesta fase da minha vida. Ao professor Roberto Nussinkis Mac Cracken devo o mais sincero agradecimento pela sua presteza, amizade e confiança que me foram imprescindíveis para chegar à reta final desta experiência, sem se esquecer que, com ele, estava o apoio do professor José de Aquino.

Aos docentes do mestrado, Ari Sólton, Gabriel Chalita e Márcia Arruda Alvim, Gianpaollo Smanio e Alexandre de Moraes, Patrícia Tuma e Hércio Ribeiro, José Carlos Francisco minha estima e gratidão pela efetiva contribuição deste estudo.

Ao meu amigo e orientador Alysson Leandro Mascaro, só tenho a dizer que seu brilhantismo e sensibilidade permitiram que esta semente florescesse e rendesse este fruto.

Ao professor Núncio Theophilo Neto, Diretor da Graduação de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, pela sensibilidade e amizade que com o professor Roberto Nussinkis Mac Cracken, me oportunizaram pertencer ao corpo docente desta escola que, desde a adolescência, me ensinou a arte da reflexão.

A todos que me inspiraram e me deram o amor e a compreensão que precisava para concluir este projeto.

Aos meus pais, que me trouxeram à vida e me deram a oportunidade de seguir meu caminho com liberdade e consciência.

À Universidade Presbiteriana Mackenzie que, por meio do MackPesquisa, viabilizou recursos de apoio à pesquisa.

À Bolsa Capes que, em parceria com a Universidade Presbiteriana Mackenzie, possibilitou seis meses de estudo isento da mensalidade.

*“[...]A justiça, entre todas as virtudes, é o ‘bem de um outro’ (Platão), pois, de fato, ela se relaciona com o próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro [...]”.*

## **RESUMO**

O presente trabalho aborda os princípios, especialmente o da primazia da norma mais favorável ao ser humano, previsto em tratados internacionais de direitos humanos, como alternativas para superar o conflito de normas existente entre as normas do direito internacional e o direito interno, em prol da plenitude da pessoa humana. Apresenta uma solução constitucional ao conflito a partir da interpretação, aplicação e integração dos princípios. Analisa o princípio da primazia da norma mais favorável a partir de seus antecedentes históricos fortalecendo o argumento da sua imprescindibilidade na aplicação de um direito justo e concreto. Aproveita as lições da nova hermenêutica, com o método tópico de interpretação, para integrar o direito à diminuição das disparidades sociais. Usa o princípio maior da dignidade da pessoa humana como instrumento central da hermenêutica jurídica, exigindo do profissional do direito o reconhecimento de sua responsabilidade social de efetivamente encontrar soluções reais ao direito de cada um. Verifica, enfim, a posição positivista ainda majoritária no direito brasileiro, combatendo-a através da hermenêutica concretista (tópica) e dos princípios aptos a privilegiar a máxima proteção do ser humano. Objetiva, em conclusão, concretizar um ideal humanista a partir do fundamento essencial do Estado Democrático de Direito da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Direitos Humanos. Direito Internacional. Direito Constitucional. Hermenêutica Jurídica.



## **ABSTRACT**

The present work approaches the principles, especially of the priority of the norm most favorable to the human being, foreseen in treated international to human rights, as alternative to surpass the existing conflict of norms it enters the norms of the international law and the domestic law, in favor of the fullness of the person human being. It presents a constitutional solution to the conflict from the interpretation, application and integration of the principles. It analyzes just the beginning of the priority of the norm most favorable from its historical antecedents fortifying the argument of its imprescindibilidade in the application of a right and concrete. It uses to advantage the lições of the new hermeneutics, with the topical method of interpretation, to integrate the right to the reduction of the social disparidades. The USA the principle biggest of the dignity of the person human being as central instrument of the legal hermeneutics, demanding of the professional of the right the recognition of its social responsibility effectively to find real solutions to the right of each one. It verifies, at last, still majoritária the positivista position in the Brazilian right, fighting it through the concretista hermeneutics (tópica) and of the apt principles to privilege the maximum protection of the human being. Objective, in conclusion, to materialize an ideal humanist from the essential bedding of the Democratic State of Right of the dignity of the person human being.

Keywords: Dignity Human Being. Human Rights. International Law. Constitucional Law. Legal Hermeneutics.

## RESUMEN

El actual trabajo acerca a los principios, especialmente de la prioridad de la norma más favorable al humano, prevista en internacional tratada a los derechos humanos, mientras que el alternativa para sobrepasar el conflicto existente de normas él incorpora las normas del derecho internacional y de la ley doméstica, a favor de la plenitud del humano de la persona. Presenta una solución constitucional al conflicto de la interpretación, del uso y de la integración de los principios. Analiza apenas el principio de la prioridad de la norma más favorable de sus antecedentes históricos que fortifican la discusión de su imprescindibilidad en el uso de una derecha y de un concreto. Utiliza a la ventaja los lições del hermeneutics nuevo, con el método tópico de interpretación, integrar la derecha a la reducción de los disparidades sociales. Los E.E.U.U. el principio más grande de la dignidad del humano de la persona como instrumento central del hermeneutics legal, el exigir del profesional de la derecha el reconocimiento de su responsabilidad social de encontrar con eficacia soluciones verdaderas a la derecha cada uno. Verifica, en el último, majoritária inmóvil la posición del positivista en la derecha brasileña, luchándola con el hermeneutics del concretista (tópica) y de los principios convenientes para privilegiar la protección máxima del humano. Objetivo, en la conclusión, materializar a un humanista ideal del lecho esencial del estado democrático de la derecha de la dignidad del humano de la persona.

Palabras-llave: Humano de la Dignidad. Derechos Humanos. Derecho Internacional. Ley de Constitucional. Hermenéutica Legal.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1</b>	<b>O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>14</b>
1.1	A ORIGEM DO DIREITO INTERNACIONAL E DOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS.....	14
1.1.1	<b>Na Antigüidade e na Idade Média.....</b>	<b>17</b>
1.1.2	<b>Na Idade Moderna.....</b>	<b>23</b>
1.1.3	<b>A Declaração Universal dos Direitos Humanos.....</b>	<b>30</b>
1.1.4	<b>As Teorias do Direito Internacional.....</b>	<b>44</b>
1.2	OS DIREITOS HUMANOS E SEU CARÁTER AMBÍGUO DE CONTENÇÃO DAS LUTAS SOCIAIS E DE ESPAÇO DE RESISTÊNCIA E DE DISPUTA.....	53
<b>2</b>	<b>O DIREITO E OS PRINCÍPIOS: UMA RELAÇÃO DIALÉTICA.....</b>	<b>58</b>
2.1	PRINCÍPIO, REGRA E VALORES.....	58
2.2	EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS.....	68
2.3	O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO SER HUMANO.....	71
2.3.1	<b>Origem e Conceito.....</b>	<b>71</b>
2.3.2	<b>Princípio da Primazia e as Teorias do Direito Internacional.....</b>	<b>74</b>
2.4	OS PRINCÍPIOS COMO INSTRUMENTO DE COMBATE EM BUSCA DA PLENITUDE DA DIGNIDADE HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	83
2.4.1	<b>Noções Gerais.....</b>	<b>83</b>
2.4.2	<b>Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....</b>	<b>87</b>
2.4.3	<b>Princípio da Dignidade Humana como Instrumento de Integração dos</b>	

<b>Princípios da Primazia da Norma mais Favorável e da Prevalência dos Direitos Humanos.....</b>	<b>91</b>
2.5 A POSSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DO CASO CONCRETO.....	96
2.5.1 Os Métodos Tradicionais de Hermenêutica e os Princípios da Unidade Constitucional e da Máxima Efetividade.....	96
2.5.2 O Método Tópico e outros Métodos Modernos de Interpretação.....	99
2.5.3 A Interpretação dos Parágrafos 1º e 2º do Artigo 5º da Constituição Federal.....	102
2.5.4 O Método Tópico e as Normas sobre Direitos Humanos.....	106
<b>3 OS PRINCÍPIOS COMO INSTRUMENTO DE COMBATE EM BUSCA DA PLENITUDE DA DIGNIDADE HUMANA.....</b>	<b>111</b>
3.1 UM CASO EXEMPLAR: A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS HUMANOS NOS PARÁGRAFOS 2º E 3º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	111
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>123</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>125</b>

## INTRODUÇÃO

O tema proposto se origina de uma crescente insatisfação pelas estruturas atuais do sistema jurídico, investigando soluções mais convincentes para a realização de um direito justo. O positivismo jurídico, com suas regras puramente formais, já tem demonstrado ser insuficiente para solucionar questões práticas e dissonantes da realidade dos fazedores de leis e de seus intérpretes, afastando um olhar crítico ao direito atual e fazendo com que os operadores do direito cumpram suas regras, independentemente delas serem justas ou não a determinados casos concretos.

Uma vez que a adoção de regras absolutamente formais é a base do direito aplicado atualmente no Brasil, isto impede que problemas que a lei não dá solução sejam resolvidos com justiça, fazendo com que o cidadão, individual ou coletivamente, desacredite no Poder Judiciário, correndo-se o risco até mesmo de predominar um direito paralelo. Por ser inaceitável a marcação do direito sem justiça, criado exatamente para servi-la, é que nos propomos a desenvolver um novo estudo a partir dos princípios como instrumento da plenitude da dignidade humana.

Especialmente na proteção dos direitos humanos é que verificamos essa maior dessemelhança entre o que é justo e o que o direito positivado impõe, quando examinamos profissionais do direito justificando as regras escritas como instrumento de justiça, sem a preocupação de incluir a proteção ao ser humano, apegando-se ao excesso de legalismo e subvertendo valores éticos e sociais inerentes à justiça.

É neste ângulo que constatamos que o Estado vem modelando o cidadão e não o contrário como deveria ser e nossa proposta é, exatamente, devolver ao cidadão a rédea do Estado. Deixar de fazer justiça no caso concreto por esse excesso de formalismo, em razão da falta ou insuficiência de regras jurídicas criadas pelo Estado, é causar sérias injustiças que, na maior parte das vezes, vem a prejudicar aqueles que possuem menos poder aquisitivo para se defender.

É para combater esta incoerência entre a justiça real e a justiça formal que propomos a utilização de três princípios básicos de proteção ao ser humano para a solução de problemas concretos que venham a surgir no direito. Pretendemos, com isso, deixar de lado a velha e acirrada discussão, da aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, para aproveitarmos a força dos antecedentes históricos do princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano, proveniente dessa espécie de tratado.

Em tempos de mudanças, os princípios são instrumentos bastante fortes para transformar o direito atual mais apegado ao abstrato do que ao concreto, que tem valorizado mais a forma do que o conteúdo, servindo de harmonizador das discussões jurídicas em prol da proteção do ser humano, transfixando o positivismo jurídico.

Tendo como fonte de luz do direito a dignidade da pessoa humana, enfrentaremos o conservadorismo jurídico pautado na hermenêutica, demonstrando a autêntica intenção do constituinte originário brasileiro em dar a máxima proteção a esta dignidade. A absorção deste conhecimento autorizará a conclusão de que não são as regras jurídicas, lançadas nos tratados, que merecem preocupação, mas sim seus princípios fundamentais de proteção aos seres humanos. É a partir da hermenêutica, portanto, que será possível interpretar a Constituição no sentido dela mesma autorizar a utilização do princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano no ordenamento jurídico interno como um princípio constitucional.

Dialogaremos, também, acerca da inclusão do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional 45/04, e sua repercussão na regra do 2º, do referido artigo, da Constituição originária de 1988. Constataremos ser possível manter uma harmonia entre os três parágrafos do referido artigo, sem que se discuta a inconstitucionalidade desta inserção; sempre justapondo qualquer ilação ao método tópico de interpretação, método este que acreditamos poder influir numa mudança de comportamento dos operadores do direito a fim de reproduzir em uma sociedade melhor.

Adotaremos a dialética de Aristóteles para harmonizarmos as diferentes visões do direito, buscando o denominador comum da dignidade da pessoa humana. Por ser ele um método apaziguador, nada mais atual para encontrarmos soluções simétricas para a plena proteção da dignidade humana. Dialogando com o lado dissonante, ouvindo a opinião dos

opostos é que enriqueceremos o direito com o pensar crítico que leve a soluções inovadoras à plenitude da proteção ao ser humano. Como é o único método que objetiva a harmonia entre os opostos, eles nos serve para sairmos da discussão infundável da crítica pura e adentrarmos na pesquisa de soluções concretas para o alcance pleno da dignidade humana.

Diferente dos métodos dialéticos marxista e hegeliano, a dialética aristotélica, pois, nos permite ouvir os argumentos dos dois lados, sem necessidade de destruir um para o outro sair vitorioso, como pretendia Marx ou Hegel. Ademais, o método aristotélico é exatamente o que buscamos: por meio do diálogo entre os argumentos opostos chegarmos a uma solução mais benéfica à proteção do ser humano, ponto este que ambos os lados pretendem ao aplicar no direito, cada um da sua maneira, da forma que entendem ser a mais justa.

# 1 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS

## 1.1 A ORIGEM DO DIREITO INTERNACIONAL E DOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS

O direito internacional hoje é conhecido, em larga escala, como o direito aplicável a toda a sociedade internacional. Decorrente da existência de uma sociedade internacional distinta da sociedade interna, de cada Estado, é evidente a preocupação de se criar um sistema jurídico independente das normas internas, possibilitando a delimitação do campo de atuação de cada um. Como no direito interno, o direito internacional se perfaz por meio de um conjunto de normas elaboradas pela sociedade internacional com o objetivo de regular as relações internacionais independentemente da aplicação das normas do direito interno de cada país. Quando falamos, porém, em relações internacionais, atualmente, não mais consideramos somente as relações interestatais como foi outrora; estamos também a incluir nesta sociedade, além dos Estados soberanos, as organizações internacionais e, principalmente, os cidadãos.

Assim como qualquer sociedade interna, a sociedade internacional é fruto de pensamento normativo-positivo justificando o direito internacional como um produto social de uma determinada época e de um determinado espaço. Por isso que a doutrina voltada a essas relações o classificam em direito internacional público e privado. É público ao reger as relações entre os Estados e privado ao regular as relações entre particulares e pessoas morais privadas ou organizações internacionais, mas em ambos os casos sua matéria estarão predeterminadas em tratados ou acordos internacionais que, formalmente, serão os instrumentos hábeis a prever quaisquer regras de direito internacional.

Ressalvam Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler e Alain Pellet <sup>1</sup>, que sociedade internacional não se confunde, entretanto, com comunidade internacional. Esclarecem ser ainda uma utopia a existência de uma sociedade internacional como uma comunidade internacional. Diante da “extrema heterogeneidade dos Estados espalhados pelo mundo”, é imaginável uma futura comunidade universal, em que os interesses estatais fossem

---

<sup>1</sup> Direito Internacional Público. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 40-41.



materialmente comuns, provenientes de uma mesma “base espiritual”. Mas para estes autores, um “vínculo comunitário só poderia nascer de relações entre Estados que apresentassem analogias suficientemente profundas para favorecerem a eclosão deste elemento subjetivo” necessário. No entanto, as diferenças raciais, de cultura, de civilização impedem a união dos povos e o desequilíbrio econômico que alarga ainda mais este distanciamento. Essa fraqueza de solidariedade entre os povos tem como mecanismo de compensação o direito internacional que tenta organizar as relações internacionais por meio de normas harmonizadoras desse dissenso entre a unidade e a diversidade <sup>2</sup>.

Os autores Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler e Alain Pellet expressam que a diferença entre comunidade internacional e sociedade internacional é “plenamente confirmada pelo direito positivo” apontando a existência de Convenções internacionais de peso, como a Convenção relativa ao Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, que reconhecem a existência de *regras* escritas e consuetudinárias como única forma reguladora das relações internacionais <sup>3</sup>.

A par disso, não nos esqueçamos que o cidadão hoje é o foco principal do cenário internacional e é com ele que nos preocuparemos no desenvolvimento do trabalho. Em sendo ele o fundamento principal do direito internacional, sob o ponto de vista de muitos estudiosos, aproveitaremos algumas normas deste direito na busca de novos caminhos no incessante objetivo de se atingir a proteção máxima da dignidade humana. A partir do momento que a dignidade da pessoa humana passa a ser a maior preocupação do direito internacional, este servirá como mais elemento a percorrer na busca de caminhos alternativos do rigorismo positivista.

Antes de chegar neste ponto, no entanto, é imprescindível falar da história deste direito, a fim de fazermos um paralelo entre este direito e o direito interno e finalmente se tentar construir argumentos bastante fortes para, na prática, se poder utilizar outros mecanismos que não as regras positivadas. Perceberemos que a história do direito internacional é em muito similar com a criação do direito positivo, originando-se, praticamente, na mesma época conforme constataremos, e que por ser fruto da mesma árvore

---

<sup>2</sup> Essas normas comentadas são aquelas que futuramente serão discorridas como gênero de duas espécies (regras e princípios), isolando-se da visão positivista.

<sup>3</sup> obr. cit. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 42.

histórica é enfaticamente criticada por um dos maiores filósofos do século XX, Michel Villey<sup>4</sup>, que, por seu conhecimento e reconhecimento, nos obriga a profundas reflexões a este respeito.

Preferimos, aliás, separar a origem dos direitos internacionais dos direitos humanos internacionais para podermos distinguí-los como direitos autônomos, tendo em vista estarmos estudando os direitos humanos, apesar de um ser indissociável do outro. Perceberemos com essa cisão também que as críticas de Michel Villey sobre os direitos humanos são assustadoras e que, no mínimo, nos traz uma visão nova que jamais teríamos a partir dos livros muitas vezes romanceados sobre o assunto.

Não que iremos concordar totalmente com o pensamento deste filósofo, mas, como ressaltamos, é de suma importância essa visão crítica dos direitos humanos tendo em vista que, de certa maneira, também buscamos combater essa cólera que atrofia tanto o encontro de soluções verdadeiras a casos práticos, a que denominamos positivismo jurídico.

Sem delongas, seria impossível trabalhar com dignidade humana no Brasil sem falarmos dos direitos humanos internacionais, porque foi com base no direito extra-estatal que a Constituição brasileira de 1988 inseriu este princípio como um dos fundamentos básicos da República. Poderíamos por assim dizer que a origem dos direitos humanos no direito positivo brasileiro decorre do direito internacional e, portanto, a origem dos direitos humanos no direito pátrio decorre do direito internacional, como veremos a seguir. Para demonstrarmos que o momento histórico da origem dos direitos humanos faz parte da sua essência como dignificante da proteção humana, nos valeremos do direito internacional para indicamos que, com o estudo separado dos momentos históricos dos dois institutos, há diferenças primordiais entre eles, apontando diversos pontos, que, em muitos aspectos, inevitavelmente, teremos que concordar com os argumentos trazidos por Michel Villey, no que tange aos direitos humanos, e com os instigantes argumentos de Alysson Leandro Mascaro, ao atingir um ponto ainda mais profundo em sua “Crítica da Legalidade”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> VILLEY, Michel. O Direito e os Direitos Humanos; tradução Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

<sup>5</sup> MASCARO, Alysson Leandro. Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

### 1.1.1 Na Antigüidade e na Idade Média

Na atualidade como dissemos, não há exclusividade dos Estados nacionais como os únicos sujeitos do direito internacional, pois a sociedade internacional de hoje é marcada não só aos Estados soberanos como também se volta à proteção do cidadão considerado em sua individualidade independente do Estado em que vive. Considerado um sujeito de direito internacional não é mais aceitável violação de quaisquer de seus direitos com a desculpa da prevalência da soberania do país. Tendo em vista ser ele autonomamente um ser nacional e internacional ao mesmo tempo, esta percepção é fundamental para pôr fim ao direito positivista que tem tentado afastar os direitos do ser humano da ótica do direito.

Mas não foi sempre assim. O homem na antiguidade não tinha esse papel de destaque como tem hoje nas relações entre os povos de diferentes nações. Aqui nos ateremos ao surgimento do direito internacional, que segundo os autores Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler e Alain Pellet, tem percorrido uma trilha própria, desde os primórdios da humanidade<sup>6</sup>.

Segundo esses autores, o direito internacional, como qualquer outro ramo do direito, decorre de um fenômeno social específico, fruto da própria evolução do ser humano. A própria história do direito teria influenciado a evolução da sociedade internacional contribuindo na formação e no desenvolvimento deste direito, justificando-se, essa contribuição, pelo fato de que, como qualquer outro ramo do direito, é inseparável da história do próprio direito. Concebido como um fenômeno social, tal como o direito em geral, o direito internacional seguiu um ritmo próprio apoiado em diferentes fatores que não o desligam da história geral do direito, mas lhe trazem características inconfundíveis com seus demais ramos. Essa ligação do direito internacional e do direito em geral, no entanto, não significa dizer que surgiram em um mesmo momento histórico; esta conclusão, segundo os autores seria equivocada, uma vez que seus períodos “não coincidem necessariamente”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Direito Internacional Público. Fundação Calouste Gulbenkian, 2a edição, 2003, p. 43.

<sup>7</sup> DINH, Nguyen Quoc, DAILLER, Patrick e PELLET, Alain. obr. cit., p. 43.

O direito internacional, segundo eles, tal como o conhecemos, se confundiriam com a própria história do direito europeu. Assim como o direito moderno tem lá o seu início, a partir da criação do Estado Moderno, com a aparição do modo de produção capitalista, o “direito das gentes contemporâneo” também tem por origem a história européia<sup>8</sup>. A Europa é considerada o berço do direito internacional em detrimento da colonização<sup>9</sup> de outros territórios, pois foi com o expansionismo colonial que a Europa impôs ao resto do mundo suas regras, nas inesgotáveis tentativas de dominação de um novo território. A partir do momento que um território era dominado por um país europeu, suas normas passavam a ser incondicionalmente adotadas por suas colônias e é por isso que a história do direito internacional se confunde com a própria história européia que, por sinal, se deu com o surgimento do Estado moderno em substituição ao Estado Medieval.

Sem prejuízo do Estado Moderno, que a seguir veremos, de certa forma, a Antiguidade e a Idade Média também contribuíram para o nascimento do direito internacional. Nestas duas épocas históricas existiam relações intergrupais ou entre sociedades políticas autônomas e distintas e das relações intragrúps. Neste contato entre grupos diferentes e autônomos, certamente poderíamos identificar alguns aspectos do direito internacional, decorrentes desses dois períodos da história. Apesar de não se poder falar na existência de Estados nestas épocas, pois o termo Estado é fruto do Estado Moderno, os meios sociais da Antiguidade e da Idade Média trouxeram condições mínimas para o direito internacional se instalar, pois as idéias e os pensamentos europeus dessas épocas formaram o conceito básico do direito internacional. Influenciado pelo pensamento greco-romano e o pensamento cristão, segundo Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler e Alain Pellet, é que se foi capaz de criar o conceito de direito internacional, dissonando, neste ponto, de grande número de partidários que entendem que o direito internacional somente surgiu com a criação do Estado Moderno, desprezando essa idéia de que os dois períodos anteriores da história teriam contribuído para a formação do direito internacional.

Correto, neste aspecto, o posicionamento de Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler e Alain Pellet que vem a nos confirmar como é possível sairmos desta prisão positivista que o direito se encontra, descortinando idéias tão enraizadas no direito que impedem que

---

<sup>8</sup> DINH, Nguyen Quoc, DAILLER, Patrick e PELLET, Alain. obr. cit. p. 43.

<sup>9</sup> Colonização segundo o dicionário HOUAISS é o ato de estabelecer colônias, enviando pessoas para povoar região no estrangeiro. Rio de Janeiro: Objetiva. 2004.

encontremos outras soluções que não aquelas trazidas pelo positivismo. Indubitavelmente, ao sairmos deste pensamento atrofiado pelo positivismo, podemos enxergar a importante contribuição dos povos antigos no desenvolvimento da humanidade e até mesmo resgatar algumas idéias valiosas para o estudo do direito como instrumento de justiça. Michel Villey chega a dizer que a atual concepção positivista “se beneficia de uma consideração medíocre do direito”<sup>10</sup> ao relegarem ao descaso tudo que estiver fora da espera positivista, algo que, juntamente com as idéias de autores, como Alysson Leandro Mascaro, Gilberto Bercovich e o próprio Michel Villey, tenta resgatar, a fim de se alcançar novos parâmetros para a aplicação do direito.

Feitas essas considerações e, partindo da idéia que os tempos antigos são colaboradores do conceito do direito internacional moderno, constatamos que na Antiguidade<sup>11</sup> os povos já tinham uma atitude de independência e de isolamento em relação à política internacional. Os impérios, por exemplo, o império romano, e as cidades, como as cidades gregas, inter-relacionavam entre si socialmente, ainda que esta inter-relação se resumisse às relações de guerra.

Na Grécia, o traço básico desta relação deriva singularmente da desconfiança das Cidades em relação ao estrangeiro por razões de guerra, que existiam não só entre as Cidades gregas e o mundo exterior (sociedades médias), mas igualmente entre elas mesmas. Essas constantes desconfianças eram solucionadas por meio de tratados de paz como os realizados entre Esparta e Atenas<sup>12</sup>, que impediam que as permanentes ameaças se transformassem efetivamente em guerra. Esses acordos de paz entre as Cidades, no entanto, contribuíram para relações comerciais entre elas, pois, por força dessas relações pacíficas, iniciaram acordos econômicos para atenderem suas necessidades internas, instaurando-se um intenso comércio internacional marítimo<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos*; tradução Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 19

<sup>11</sup> Aproveitando-se das lições de Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler e Alain Pellet, a Antiguidade “engloba os três milênios que precederam a nossa era e estende-se até à queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C. a cena política internacional era então ocupada por dois tipos de diferentes coletividades políticas: os Impérios estabelecidos em vastos territórios, as “grandes potências” da época, e as Cidades, principalmente as Cidades gregas, entidades de dimensões restritas mas homogêneas e notavelmente organizadas”. obr. cit. p. 45.

<sup>12</sup> Tratado este que permitiu a paz entre estas Cidades por 30 anos em 446 a.C. e por 50 anos em 431 a.C. , estipulado no tratado de Nícias bem como no tratado de paz concluído com a Pérsia em 386 a.C. DINH, Nguyen Quoc, DAILLER, Patrick e PELLET, Alain. obr. cit. p. 46.

<sup>13</sup> Atenas, no século V a.C torna-se o centro deste comércio entre as Cidades gregas.

Roma não traz grandes novidades neste aspecto, imitando as relações internacionais do sistema grego. Mantém suas relações com outros Impérios pelo mecanismo dos tratados. Apesar de muitos estudiosos dizerem não haver direito internacional nesta época (cerca de 300 a.C.) por ser Roma imbuída de um sentimento de superioridade sobre seus vizinhos, ela foi importantíssima para esse direito, pois segundo Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler e Alain Pellet<sup>14</sup> ela foi à precursora do *jus gentium* ou direito das gentes. Esse direito teria, segundo eles, se originado da ação dos pretores e da obra dos jurisconsultos no fim da República e no início do Império para regular os numerosos estrangeiros que se instalavam em Roma. Diante dessa migração de estrangeiros para Roma, torna-se então necessário instituir um novo direito, diferente do *jus civile*, que se aplicava exclusivamente aos cidadãos a fim de regular as relações entre romanos e não-romanos. Estas relações, no entanto, segundo os autores são sobremaneira relações comerciais, levando à conclusão que o *jus gentium* são resultados de relações privadas, “não podendo ser assimilado ao direito internacional público”<sup>15</sup>.

Com a queda do Império Romano inicia-se um novo ciclo histórico com o aparecimento da Idade Média. Este início do período medieval é traçado por constantes guerras, emergindo lentamente entidades monarcas distintas e independentes. A Europa atravessa um período de caos provocado pelas invasões bárbaras e a desconfiança instalada por esta nova forma de regime faz com que o direito internacional sofra uma interrupção abrupta, chegando a ponto, de, para muitos autores, sofrer uma interrupção total que só é retomado no momento em que, no século VIII, emirjam entidades organizadas em monarquias distintas e estas, no século XI, passam a constituir-se sobre a mesma comunidade: a comunidade cristã. Partilhando da mesma cultura, dos mesmos valores e pelo direito romano difundido nas Universidades, além da necessidade de intercâmbios comerciais, há um retorno ao direito internacional.

Diante deste quadro de novamente haver na humanidade uma interação internacional pela proximidade da cultura e dos ideais, no plano político, porém, não é bem esse o fator que prepondera. Neste plano, há, na realidade, o ideal de poderio da Igreja em dominar o mundo, e aquele monarca que fosse contrário a Igreja correria o risco de perder seu reino. Existia,

---

<sup>14</sup> Obr. cit. p. 48.

<sup>15</sup> DINH, Nguyen Quoc, DAILLER, Patrick e PELLET, Alain. obr. cit. p. 48.

portanto, as relações entre as diferentes comunidades, mas essa interação normal entre eles somente era possível dentro dos limites impostos pela lei divina.

Mesmo debaixo do domínio do Sacro Império, a Idade Média, no entanto, consegue aperfeiçoar as práticas internacionais da Antiguidade Greco-oriental. Cria a divisão do direito internacional em direito de guerra e direito da paz, usando a arbitragem como meio de prevenir as guerras e os tratados como mecanismos hábeis para as relações jurídicas pacíficas. Desenvolve-se, ainda, no fim da Idade Média a diplomacia com a criação dos Ministérios dos Negócios Estrangeiros e embaixadas permanentes<sup>16</sup>. Elaboram-se normas comuns da função diplomática aplicável a toda Europa, criando normas que preveriam privilégios e imunidades especialmente quanto à imunidade pessoal que verificamos sua persistência até os dias atuais.

Apesar de ter a Europa como cenário principal, essas relações “intergrupais” não se resumem, porém, a ela. A China de Confúcio, por exemplo, chegou a criar uma “teoria geral das relações sociais à escala do universo”. Detentor de um pensamento monista, Confúcio “acreditava na existência de uma lei fundamental, comum a todo o universo”. Foi ele, aliás, a primeira pessoa da história da humanidade que se declarou favorável a “paz universal e perpétua”<sup>17</sup>. O Egito e a Babilônia, dois impérios do Oriente na Mesopotâmia existentes a cerca de 3000 a.C. já se relacionavam pacificamente com o mundo exterior, em razão das práticas comerciais. Independente de, para muitos, a organização mundial decorrer do direito internacional moderno, tal como os gregos, os orientais já se valiam dos tratados e da diplomacia como os dois instrumentos essenciais das relações internacionais. Esse é mais um indício da visão decapitante do direito aos olhos do positivismo ao qual Michel Villey bravamente combate em seu livro “O direito e os Direitos Humanos”<sup>18</sup>, pois está claro que esses institutos não foram criados na Idade Moderna, mas sim desde o mundo antigo.

Aprender o direito retornando à época antiga como estamos examinando, e como pretendeu Michel Villey, é necessário para se “voltar ao bom direito”, permitindo nos indagar se realmente a verdadeira essência do direito estará presente neste infundável apego literal e servil dos textos como “o grande público, o adjetivo, pejorativo, “jurídico” evoca

---

<sup>16</sup> DINH, Nguyen Quoc, DAILLER, Patrick e PELLET, Alain. obr. cit., *apud*.

<sup>17</sup> DINH, Nguyen Quoc, DAILLER, Patrick e PELLET, Alain. Direito Internacional Público. Fundação Calouste Gulbenkian, 2a edição, 2003, p. 45.

<sup>18</sup> VILLEY, Michel. obr. cit., 2007.

normalmente”<sup>19</sup>. É nesta linha de pensamento que discordamos com a idéia final dos autores do “Direito Internacional Público” no ponto em que afirmam que os conteúdos históricos das duas épocas são meros vestígios rudimentares do direito internacional. Não dispensamos o extremo valor desta obra, mas nos cindimos dela quando ela mantém suas idéias acerca do direito internacional completamente vinculada à visão de sua construção pelo direito moderno.

Ao explicar ser este o verdadeiro direito internacional, reduzindo o estudo das épocas anteriores somente para fins meramente didáticos de sua evolução, ao passo de considerá-los como dados importantes só para a conceituação deste direito, acabam por justificar essa posição estritamente positivista ao qual não podemos concordar. A alegação de o latente estado de guerra, que marcava a Antiguidade “não favorecia em nenhuma região, fosse no Extremo-Oriente, no Oriente ou no mundo greco-romano, a instituição de um verdadeiro sistema jurídico<sup>20</sup>”, nos vem a demonstrar a extrema carga positivista em seus posicionamentos.

O fato é que, seja na Grécia, na Idade Média ou no Oriente já se havia desenvolvido normas de relações internacionais, que diga de passagem, aproveitamos até hoje, como é o caso, por exemplo, dos tratados e da diplomacia, nos levando a crer na existência de certa continuidade de previsão de normas internacionais da Antiguidade até a atualidade. Ernest Nys, baseado em provas, corrobora esse entendimento ao informar que, inclusive, foi na Idade Média, mais especificamente na segunda metade dela, a época de origem de quase todas as instituições internacionais modernas<sup>21</sup>.

John Gilissen também nos dá a entender que a história do direito está muito além da construção positivista. Aproveitando os dizeres de H. de Page chega a dizer que a história do direito (e não só do direito internacional) “é muitas vezes tratada com um condescendente desdém, por aqueles que entendem ocupar-se apenas do direito positivo” e “os juristas que se interessam por ela, quase sempre à custa de investigações muito longas e muito laboriosas, são freqüentemente acusados de pedantismo...”. “Uma apreciação deste gênero não beneficia aqueles que a formulam e quanto mais avançarmos no direito..., mais constatamos que a

---

<sup>19</sup> VILLEY, Michel. obr. cit., 2007. p. 21.

<sup>20</sup> DINH, Nguyen Quoc, DAILLER, Patrick e PELLET, Alain. obr. cit. p. 45.

<sup>21</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick e PELLET, Alain. obr. cit., p. 13.



História, muito mais do que a Lógica ou a Teoria, é a “única” capaz de explicar o que as nossas instituições são as que e porque é que são as que existem”<sup>22</sup>.

### 1.1.2 Na Idade Moderna

É, porém, com o fim da Idade Média e com o surgimento do Renascimento<sup>23</sup> que há o desenvolvimento das relações internacionais para grande parte dos autores. Mais especificamente é com a Revolução Francesa que se instala um novo cenário do direito internacional ao quebrar-se com o vínculo religioso dominante na Idade Média, rompendo com a comunidade cristã e substituindo-a por uma comunidade basicamente fundada num movimento humanista.

As monarquias europeias, como brevemente mencionado, difundem o direito internacional através da colonização, permitindo a progressão deste direito aos povos colonizados e impondo suas regras para além da comunidade tradicional dos povos cristãos da Europa. Com a navegação marítima, inicia-se a evangelização dos povos e a intensificação das trocas comerciais, permitindo a continuação do desenvolvimento de normas internacionais já iniciado desde os primórdios da humanidade<sup>24</sup>. Neste período, a diplomacia é solidificada e institui-se o princípio da liberdade dos mares com o fim de se evitar a sua dominação por um único Estado.

Apesar da presença de regras internacionais, elas até então permanecem fragmentadas e dispersas, sem uma codificação própria a que tanto os positivistas se prendem para justificar o direito. É com “o sistema interestatal”<sup>25</sup> que o direito internacional adquire as características que até hoje rege as relações internacionais e que é tão louvável e digna de orgulho para os positivistas como Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler e Alain Pellet.

---

<sup>22</sup> GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 5a edição, 2003, p. 51.

<sup>23</sup> Movimento europeu sócio-cultural que deu início à Idade Moderna, caracterizando-se pela criação dos Estados-nação e de economia capitalista. DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico; volume 4. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 131/132.

<sup>24</sup> Ressalte-se que Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler e Alain Pellet partem neste ponto da Idade Média e não da Antiguidade.

<sup>25</sup> DINH, Nguyen Quoc, DAILLER, Patrick e PELLET, Alain. obr. cit., p. 52.

Inglaterra e França foram os precursores na implementação do Estado Moderno. A Inglaterra foi, cronologicamente, o primeiro a libertar-se das amarras da Igreja e organizar-se em Estado, sob a autoridade do rei. É lá que se brota a expressão “res publica” para justificar a ação do rei como o construtor do Estado e, conseqüentemente, consolidar o poder real, tratando a República e o Estado como sinônimos <sup>26</sup>.

Monarcas que criaram os Estados, se fixando no poder, consideram-se donos do Estado com o aval de pensadores como Maquiavel, Hobbes, Espinosa, que encorajam esta atuação política. Respalado por pensadores com argumentos tão fortes, não se cogita em contrariar o poder soberano dos monarcas, mesmo no plano externo, não se aceitando outro limite à soberania senão o decorrente de sua única e exclusiva vontade. Havendo incompatibilidade de uma ordem comum internacional com este pensamento absolutista, só resta agora ao direito interestatal curvar-se à política internacional dos monarcas absolutos. Surge o princípio do equilíbrio, ou o princípio da independência das nações, adotado até hoje, para deixar intacta a soberania de cada Estado, por meio da repartição de forças entre os Estados, para se manter o equilíbrio entre eles e impedir que alguns deles se tornem tão poderosos que desencadeiem uma guerra com a certeza de sua vitória. É uma maneira encontrada de se manter a paz entre os Estados e impedir que um Estado mais fraco seja dominado por um Estado mais forte <sup>27</sup>.

Hugo Grócio, jurista holandês, conhecido por muitos como o pai do direito internacional <sup>28</sup>, chega a reconhecer o Estado soberano, entendendo, no entanto, buscando justificativas nos ideais de Aristóteles, que ele deve ser limitado pelo direito natural. Para ele o poder soberano não poderia ser anulado por nenhuma vontade humana, porque este poder advinha do direito natural, não deixando por outro lado de respeitar outros poderes soberanos, visto que o respeito à soberania de cada Estado estaria vinculado ao próprio direito internacional. Grócio e outros pensadores como Locke vão construir a política e o direito internacional moderno pautados na limitação da soberania do Estado pelo direito natural (que para Alysson Leandro Mascaro, esse direito, é uma forma mascarada do positivismo) <sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> GILISSEN, John. obr. cit., apud.

<sup>27</sup> GILISSEN, John. obr. cit. . apud. Aliás, é com base neste princípio que Estados mais poderosos justificam atualmente as chamadas “guerras defensivas”, alegando a proteção ao retorno do equilíbrio desfeito.

<sup>28</sup> Como acreditam Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler e Alain Pellet. obr. cit. 57.

<sup>29</sup> MASCARO, Alysson Leandro. Crítica da legalidade e do direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2003, apud.

Em contraposição com o pensamento do direito natural, surge o pensamento positivista também no direito internacional, até então voltado ao direito estatal, tendo como seu precursor Emer de Vattel (1714-1768)<sup>30</sup>. Este pensador não desprivilegia o direito natural, mas entende que o direito posto pela vontade do Estado deve prevalecer porque o direito natural é de veras subjetivo e o direito positivo traz regras que devem ser observadas pelos Estados soberanos para que estes estejam protegidos pelo direito internacional. Com base nestas idéias, a partir da segunda metade do século XVIII, o direito positivo consegue finalmente se tornar à base do direito internacional.

A concepção do direito internacional é formada, portanto, desde a Antiguidade até a segunda metade do século XIII, mas sob o ponto de vista positivista ele emerge a partir de 1789 até os nossos dias. Neste aspecto, é preciso distinguir duas grandes fases, a que segue e a que precede 1789, ano de início da Revolução Francesa<sup>31</sup>, visto que as constituições e os códigos influenciados pelos ideais que a Revolução propagou em numerosos países as fontes formais do direito<sup>32</sup> influenciando o direito como um todo, inclusive o direito internacional, que nada mais é que um ramo do direito.

Há, porém, transformações no direito internacional por razão das duas guerras mundiais que impulsiona o nascimento de uma nova concepção do direito internacional cuja preocupação se volta à necessidade ao respeito à solidariedade internacional, por meio da cooperação e do esforço de todos para o encontro de soluções a problemas de interesse comum. Afloram a consciência da existência de interesses comuns fazendo com que os Estados, nos primórdios do século XIX, enxerguem (ou enganam que) a necessidade do respeito aos imperativos da solidariedade internacional, esforçando-se constantemente no sentido de corrigir as deficiências e as fraquezas do direito internacional clássico, tradicional estabelecido até o fim do século XVIII, que sequer incluía o ser humano como sujeito de direito internacional.

---

<sup>30</sup> DINH, Nguyen Quoc, DAILLER, Patrick e PELLET, Alain. Direito Internacional Público. Fundação Calouste Gulbenkian, 2a edição, 2003, p. 58/59.

<sup>31</sup> GILISSEN, John. obr. cit., p. 15.

<sup>32</sup> GILISSEN, John. obr. cit., p. 15 e .26.

Certo, entretanto, dos progressos substanciais tanto no plano institucional como no plano normativo, dessa nova ideologia da soberania nacional, que nasceu das revoluções americana e francesa do final do século XVIII e evoluiu rapidamente no século XX, não põe, de maneira alguma, em cheque o poder do Estado nem o sistema interestatal, mantendo-se, eles, intactos regulando a vida social interna de cada Estado. A titularidade deste poder soberano, contudo, é modificada ao passar das mãos do rei para as mãos de pessoas escolhidas pelo povo satisfazer as vontades da própria nação, não mais se limitando ao deleite de uma única pessoa.

Na verdade, esta nova concepção, em nada altera a sua soberania no plano internacional, pois para o direito internacional o Estado continua a ser um Estado soberano, acrescentando, porém, com essa nova posição ideológica dos Estados o princípio da nacionalidade sob um novo foco. Apesar deste princípio já existir no regime absolutista ele passa a ser adotado como o direito de cada nação de se autodeterminar como um Estado independente. Essa autodeterminação exige que os Estados respeitem as fronteiras dos outros Estados, devendo ser coincidentes as fronteiras do Estado com as fronteiras de uma determinada nação e no caso de existirem várias nações dentro de um mesmo Estado este deve se desmembrar em tantos Estados quanto os necessários para respeitar cada os interesses de cada nação.

Aproveitando-se deste novo ideal e de sua superioridade numérica é que os Estados do Terceiro Mundo reafirmam o seu sistema interestatal e mesmo contestando alguns conteúdos do direito internacional que foram elaborados em momento anterior às suas independências, passam a exigir participação mais ativa nas discussões internacionais.

O problema é que os novos Estados soberanos ainda mantêm o clássico sistema interestatal monopolizado por um único direito internacional que, conseqüentemente, mantém um pensamento voltado somente aos tradicionais costumes europeus. Essa dominação do direito internacional pelos países colonizadores somente vai se estremecer com o desencadeamento da Primeira e Segunda Guerra Mundial que permite a instalação de uma pluralidade de sistemas regionalizados com a finalidade de se conseguir unir em um mesmo sistema internacional Estados que tivessem as mesmas bases de ideais e culturas.

Antes desta regionalização, porém, terminada a Segunda Guerra Mundial é criada a ONU, Organização das Nações Unidas<sup>33</sup>, que surge em 26 de junho de 1945, pela Carta de São Francisco, em decorrência das atrocidades ocorridas nas duas guerras Mundiais. Apesar da ONU não ser inicial e atualmente um organismo democrático<sup>34</sup>, sua intenção de se criar um novo sistema de interação entre os Estados, centralizando este novo sistema em um poder superior independente dos Estados que, até então não existia, têm, de certa forma, imposto à comunidade internacional o resgate das noções de direitos humanos que haviam sido “pisoteadas” até recentemente, permitindo a elaboração de um documento que trouxessem instrumentos importantes para a proteção desses direitos<sup>35</sup>.

Mas a idéia de uma organização internacional por meio de um *superestatismo*<sup>36</sup> nasceu não só em razão dos conflitos internacionais decorrentes da guerra como também para evitar o controle do cenário internacional pelas maiores potências econômicas, principalmente a norte-americana, que até hoje possuem a concentração política e estratégica do direito internacional. Apesar de ainda prevalecer essa dominação dos países mais desenvolvidos, a busca de uma organização superior aos Estados com o intuito de evitar novos conflitos mundiais, trouxe grandes conquistas para o direito internacional que no campo normativo inovou ao dividir o direito internacional em disciplinas autônomas: especialmente colocando o direito econômico internacional em separado do direito internacional voltado ao desenvolvimento e a proteção dos direitos humanos.

A criação de um sistema supra-estatal e a expansão normativa voltada à proteção de novos direitos antes não concebidos, fundamentalmente modificou o direito internacional ao permitir sua aplicação de normas protetoras ao ser humano de uma maneira mais eficaz. A incapacidade dos Estados soberanos de manter a paz e a os novos postulados do direito internacional por meio dessas novas concepções humanistas fez com que surgisse uma interdisciplinaridade entre as normas do direito estatal e as do direito internacional, viabilizando a responsabilização internacional do Estado infrator destas normas.

---

<sup>33</sup> TRINDADE, José Damião de Lima. Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998, p. 157.

<sup>34</sup> TRINDADE, José Damião de Lima. obr. cit., p. 157.

<sup>35</sup> TRINDADE, José Damião de Lima. obr. cit., p. 158.

<sup>36</sup> DINH, Nguyen Quoc.; DAILLER, Patrick e PELLET, Alain. Direito Internacional Público. Fundação Calouste Gulbenkian, 2a edição, 2003, p. 71.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direito Econômico, Social e Cultural, ambos de 1966, elaborados junto à ONU, são documentos visíveis da concreta busca de caminhos à necessária comunicação entre esses direitos, não só no plano internacional como também uma exigência de cumprimento de alguns direitos mínimos dos cidadãos de todo o mundo pelos seus respectivos Estados. Foram feitos dois pactos, porque o primeiro serviria para dispor dos direitos do ser humano e o segundo para viabilizar a observância e cumprimento dos direitos previstos no primeiro. Isto porque se percebeu que sem direitos sociais, econômicos e culturais, os direitos civis e políticos ficariam mantidos somente no plano formal, já que, para que os direitos civis e políticos conseguissem ter aplicabilidade prática seria imprescindível que se estabelecesse um Pacto só sobre direitos econômicos, sociais e culturais como deveres dos Estados.

O cerne dessa nova concepção consiste no reconhecimento de que compõem o âmbito dos direitos humanos todas as dimensões que disserem respeito à vida com dignidade e, portanto, em direito, deixou de fazer sentido qualquer contradição, ou hierarquia, ou “sucessão” cronológica entre valores da liberdade e da igualdade, visto que os direitos humanos conformam uma unidade: universal, indivisível, interdependente e inter-relacionada<sup>37</sup>.

Como se pode perceber é notável a continuidade e constante evolução do direito internacional. Com sua origem, desde a Antiguidade, em que se depreende uma comunicação entre povos a partir das trocas comerciais, buscamos desde lá o inter-relacionamento entre os povos de nações diferentes de forma harmônica e sem conflitos. Além do que, diante de tantos desrespeitos à pessoa do ser humano, é que, atualmente, tem ocorrido um deslocamento para a questão principal do direito internacional, os direitos humanos, que, apesar das críticas muito pertinentes de Michel Villey, acerca de como foi criado este direito, ele nos é fundamental para prosseguirmos na incessante caminhada do encontro de uma nova perspectiva ao direito.

Os direitos humanos são uma preocupação recente no âmbito do direito internacional, surgindo apenas no século XVIII, com a Revolução Francesa. Sendo recente é um direito aberto a muitas novas construções ainda não imaginadas, sendo uma preciosidade para aproveitarmos as novas normas existentes oriundas deste sistema, com o intuito de conseguirmos encontrar outros parâmetros de aplicação do direito que não aqueles

---

<sup>37</sup> TRINDADE, José Damiano de Lima. obr. cit., p. 158.

estritamente impostos pelos positivistas (sejam estes do direito nacional ou do direito internacional). O importante é ter como foco central a proteção máxima do ser humano, utilizando-se de normas existentes tanto no direito internacional como no direito interno para essa proteção.

Pouco importa se ela se dará no âmbito interno ou internacional, no âmbito global ou regional dos direitos humanos, o que importa é resgatar a idéia aristotélica da “arte do direito pautada na observação”<sup>38</sup>. Pelo ideal de Aristóteles “o direito não deve ser feito de mandamentos ditados por um mestre, cabendo ao jurista descobri-lo mediante a seqüência de tateamentos”<sup>39</sup> cuja observância se dará em cada caso concreto.

Na Era Moderna, então, é que surgem as questões mais relevantes do direito internacional que, mesmo sendo, inicialmente, uma desculpa das vontades do rei, transcende esta figura individual no Estado soberano imperial para a figura do cidadão, que, aos poucos, vem se fortalecendo como essência do direito, ao, cada vez mais, ter como foco principal do direito a preocupação maior com a figura central do cidadão, dando-lhe, inclusive uma proteção internacional antes inexistente. Ainda que hoje prevaleça o sistema interestatal, só o fato de estar-se buscando mecanismos de afastamento do poderio dos países economicamente fortes do controle do cenário internacional, já é motivo para acreditarmos num futuro promissor ao “direito dos direitos humanos”, enfaticamente criticado por Michel Villey, mas que, para nós, serve como um ponto de luz nas trevas do direito positivo.

Os direitos humanos são a grande esperança da consagração da verdadeira proteção da dignidade do cidadão e o direito internacional tem sua importância, neste ponto, pelo motivo de nos ter trazido esta nova esperança com seus novos parâmetros e princípios impostos à nossa ordem jurídica interna que foi de certa forma compelida a incluir o respeito ao cidadão como o fundamento principal de proteção.

Independente do poder econômico que sabemos dominar o direito interno e internacional é imprescindível que busquemos caminhos alternativos justificantes à aplicação de um novo direito. Ainda que haja dominadores na seara internacional ou nacional do direito

---

<sup>38</sup> VILLEY, Michel. obr. cit., 2007. p. 118.

<sup>39</sup> VILLEY, Michel. obr. cit., 2007. p. 50.

é certo que eles também têm que respeitar (ainda que de forma mascarada) esses direitos e é isso que podemos usar, a nosso favor, na busca da plenitude da dignidade humana.

A formação do direito internacional, de um modo geral, é de suma importância para aferirmos o contexto histórico dos direitos humanos e a partir daí apontar como a história do direito internacional e dos direitos humanos pode nos ajudar interpretar e aplicar as normas internas e internacionais voltadas à sua proteção. Como o surgimento dos direitos humanos é consequência lógica dos direitos internacionais e sabendo da dominação positivista do direito, é necessário posicionarmos no sentido de interpretações e aplicações realistas do direito, afastando-se assim daquelas estritamente pautadas nas leis, sejam internas ou do direito internacional.

Verificando que os direitos do cidadão estão sendo construídos paulatinamente pela história da própria humanidade é com base nesta ideologia que nos apegaremos à esperança de novos tempos aos direitos dos cidadãos, até que um dia ele, realmente, consiga ser verdadeiramente colocado no ápice da pirâmide do direito sem qualquer restrição que uma visão positivista possa causar.

### **1.1.3 A Declaração Universal dos Direitos Humanos**

Como bem menciona Flávia Piovesan, sempre foi, e contemporaneamente ainda é, objeto de intensa polêmica, a discussão quanto ao fundamento e a natureza dos direitos humanos; se esses direitos seriam direitos naturais ou inatos, direitos positivos, direitos históricos ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral <sup>40</sup>. Fazendo um paralelo entre a história dos direitos internacionais e a dos direitos humanos internacionais é que chegamos a este ponto a ser dialogado.

---

<sup>40</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 109.



A nossa preocupação, entretanto, não se restringe à mera discussão se os direitos humanos decorreriam ou não de um direito inato ao ser humano, e sim qual a influência da história na criação dos direitos humanos e qual sua influência pelo direito positivo. A aferição dos precedentes históricos do processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos nos é, portanto, indispensável para chegarmos ao ponto ao qual pretendemos, de utilizarmos as bases históricas da criação desses direitos, ainda que decorrente do positivismo jurídico, e avançarmos rumo a uma nova concepção do direito, de efetiva e concreta proteção desses direitos, seja no âmbito individual, coletivo e até mesmo universal do ser humano<sup>41</sup>.

Independentemente do conflito existente no campo teórico que, aliás, pouco nos importa, o que pretendemos é nos abstrairmos de dados secundários, e que nada atingem o homem em sociedade, e buscarmos soluções reais da inserção da vida do cidadão na aplicação do direito, mas para isso nos é imprescindível continuar caminhando na história para observarmos agora o ponto em que foi deflagrada a preocupação internacional de proteção dos direitos humanos.

Como dissemos a pouco, a Era Moderna passa a ter como figura central o cidadão em substituição à figura individual do rei, repercutindo esta visão para o direito internacional. É a partir da história moderna, então, que é iniciado o tema da proteção dos direitos humanos. Antes, conforme fomos destrinchando a história, não havia qualquer menção à pessoa humana como preocupação central, tendo como início a Era Moderna e como estopim as atrocidades decorrentes da Primeira (1914-1918) e Segunda (1939-1945) Guerras Mundiais.

Os primeiros precedentes históricos dos direitos voltados ao ser humano se encontram com o surgimento do Direito Humanitário, criado no século XIX<sup>42</sup> e com a criação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho<sup>43</sup>, que têm a importância fundamental

---

<sup>41</sup> Pois o nosso objetivo, na mesma linha de pensamento de Norberto Bobbio, na Era dos Direitos, é não mais se preocupar em debater qual o fundamento dos direitos humanos e sim permitir o “desfrute” desses direitos, pois “uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente”. p. 29.

<sup>42</sup> Direito este, segundo Valério de Oliveira Mazzuoli era aquele voltado aos casos de conflitos armados (guerra), cuja função era estabelecer limites à atuação do Estado, com vistas a assegurar a observância e cumprimento dos direitos fundamentais pelos Estados. Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 213.

<sup>43</sup> Que nos dizeres de Flávia Piovesan foi “criada após a Primeira Guerra Mundial e tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar” e, portanto, preocupando-se, como regra, apenas nas “relações entre os Estados, no âmbito estritamente governamental”. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113-115.

de “redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal”<sup>44</sup> para afigurar o indivíduo como um verdadeiro sujeito de direito internacional. A Carta das Nações Unidas (Carta da ONU), documento datado de 26 de junho de 1945, elaborada com o fim de combater os abusos praticados contra os indivíduos da Segunda Guerra, por sua vez, contribuiu efetivamente para esse processo de internacionalização dos direitos humanos.

A Segunda Guerra, portanto, trouxe a instauração dessa nova fase, quando se percebeu que um Estado tinha sido o grande transgressor de direitos humanos. Diante da “Era Hitler”, época esta, segundo Flávia Piovesan, “marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos”<sup>45</sup>, que se reconstruiu o direito internacional, a partir da pessoa humana como o valor fundamental do direito.

Foi diante desses abusos contra a dignidade humana que surgiu a Carta das Nações Unidas, em 1945, que apontava importantes preceitos de proteção ao ser humano. Embora a Carta das Nações Unidas fosse firme na defesa dos direitos humanos, ao determinar a importância de se defender, promover e respeitar esses direitos e as liberdades fundamentais, ela, contudo, continha, para muitos “especialistas”, dispositivos com conteúdos indefinidos, expressões abertas, incapazes de delimitar o significado da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais”<sup>46</sup>. Por esse motivo, três anos depois do advento desta Carta, surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, que vem definir o sentido dessas duas expressões previstas na Carta da ONU. Acompanhada pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos assinados no âmbito da ONU, em 16 de dezembro de 1966, a Declaração Universal de 1948 veio delimitar o que seriam direitos humanos e, conseqüentemente, proclamar a imprescindível interação entre os direitos econômicos, sociais e culturais com os direitos civis e políticos, distinguindo-se neste ponto, sobremaneira, às tradicionais Cartas de direitos humanos que até então só contemplavam direitos civis e políticos.

---

<sup>44</sup> Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 111.

<sup>45</sup> Direitos Humanos e Justiça Internacional. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 09.

<sup>46</sup> Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 132.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem inova completamente a sistemática anterior de proteção dos direitos humanos, que se resumia aos direitos e liberdades de caráter individual, e que acrescida de diversos outros documentos internacionais que lhe seguiram (como a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em São José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e outros tratados temáticos junto à Organização das Nações Unidas voltados, por exemplo, à proteção da Criança, da Mulher, etc.) tornou-se o traço distintivo dos direitos humanos a que muitos hoje chamam de “direitos humanos contemporâneos”<sup>47</sup>.

A Declaração, ao inserir, num mesmo contexto, direitos econômicos, sociais e culturais, nos traz um de seus valores marcantes por incluir a proteção a direitos antes não inseridos como objeto de preocupação na órbita internacional, que se voltava somente à proteção individual e estritamente formal dos direitos do ser humano. Além do mais, a Declaração Universal tem seu brilho e importância ao introduzir a “indivisibilidade” desses direitos não previstos antes com os direitos individuais civis e políticos. Sua grandeza está, portanto, na combinação do discurso liberal, surgido com a Revolução Francesa e com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem de 1789, com o discurso social, da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, da República Soviética Russa de 1918. É com essa associação, de direitos dessas duas Declarações, que passa a ser dado o mesmo peso e igualdade de importância aos direitos: civis, políticos, econômicos, culturais e sociais<sup>48</sup>.

A concepção contemporânea dos direitos humanos, introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que permite trabalhar com a “indivisibilidade, interdependência e universalidade” desses direitos e a interação dos mesmos, nos é fundamental para o desenvolvimento do objetivo deste estudo que vai desconsiderar a retrógrada classificação dos direitos humanos em gerações como a doutrina constitucionalista ainda insiste em discutir<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit. p. 228.

<sup>48</sup> Ao menos no campo teórico do Direito, questão esta que iremos discorrer mais adiante, mas que não podemos deixar de demonstrar sua relevância.

<sup>49</sup> Nas palavras de Alexandre de Moraes: “... os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgindo institucionalmente a partir da Magna Charta. Referindo-se aos chamados direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais, econômicos e culturais. Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos ...” (Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 59/60.).

Certo é que todos os direitos humanos são totalmente complementares (pois não há liberdade sem igualdade e vice-versa e muito menos fraternidade sem qualquer dos dois anteriores)<sup>50</sup> e esse grande passo decorre de todo o mal que a humanidade já passou em decorrência da vontade de um ou de pouquíssimos governantes. A Declaração Universal, por sua vez, tem o ponto afirmativo de fazer a própria sociedade começar a perceber que possuem direitos muitos além daqueles que estão previstos em regras positivadas pelo direito interno, ainda que, para isso, tenhamos que concordar neste primeiro momento que o direito internacional também não deixa de se valer de regras positivadas.

Flávia Piovesan complementa estas idéias ao realçar que “sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Pois, não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também do infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade”<sup>51</sup>.

A Declaração Universal de 1948, portanto, ao trazer essas significativas inovações aos direitos humanos é que insere este novo modelo jurídico internacional de se dar a máxima primazia à proteção dos direitos humanos, fazendo-se seguir pelas Constituições atuais, que se direcionam no sentido de copiá-la ou ao menos respeitá-la e, conseqüentemente, modificando a estrutura do Direito tanto no âmbito internacional como no âmbito interno constitucional.

Apesar dessa importância histórica da Declaração de 1948, por incrível que pareça, infelizmente há ainda muitos estudiosos do Direito que se preocupam em discutir o seu valor normativo. Não deixa de ser uma discussão criada pelos positivistas que relutam em aceitá-la como um documento com carga normativa, demonstrando, por sinal, que o positivismo interfere em todas as esferas do direito, incluindo o direito internacional. Não podemos olvidar, neste aspecto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que:

---

<sup>50</sup> Vide Ernst Bloch, in Utopia e Direito: Ernest Bloch e a ontologia jurídica da utopia que faz um interessante ensaio entre as cores da bandeira francesa e os ideais da Revolução Francesa: equalité, liberté, fraternité.

<sup>51</sup> Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 142.

[...] comemorou em 1998 o seu cinquentenário, é um documento novo, com conteúdo novo, sendo que sua novidade reside no fato de constituir o primeiro documento internacional a trazer como destinatários não somente os Estados, mas todas as pessoas de todos os Estados e territórios, mesmo os não signatários da Declaração<sup>52</sup>.

Para muitos, ela não teria o valor jurídico de um tratado em razão dela ter sido adotada pela Assembleia Geral da ONU, por meio de resolução, e este instrumento teria como permitir ter ela força de lei. Assim, para este corrente, seu único objetivo seria consagrar conceitos universais de direitos sem os quais o ser humano não poderia viver com um mínimo de dignidade. Serviria ela apenas para considerar o cidadão como cidadão do mundo, sem desprezá-lo como cidadão nacional de seu Estado, e romper com o passado nazista a fim de universalizar os direitos humanos, fundados no respeito à dignidade humana e nos valores universais básicos. Mas daí dizer que teria força normativa seria outra coisa.

Logicamente não é nossa posição, já que acreditamos que a Declaração é uma norma e como tal deve ser respeitada e utilizada como fundamento jurídico para a proteção do ser humano. Não discordamos da natureza interpretativa da Declaração de 1948 como muitos pensadores adotam, mas também não podemos desprezar seu valor histórico e jurídico e usá-lo, como uma simples diretriz, como os positivistas exigem que todos o façam. A Declaração dos Direitos Humanos é um importante instrumento de proteção ao ser humano, devendo ser considerado como mais um dos diversos mecanismos de proteção aos direitos de qualquer pessoa.

Com o discurso novo, assentado no reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis e tendo esse reconhecimento como fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo<sup>53</sup>, sua incorporação à práxis política e social apenas se inicia<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> ARZABE, Patricia Helena Massa e GRACIANO, Potyguara Gildoassu. Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998, p. 245.

<sup>53</sup> Cf. Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

<sup>54</sup> ARZABE, Patricia Helena Massa e GRACIANO, Potyguara Gildoassu. obr. cit., p. 245.

Aproveitemos, para fundamentar sua importância normativa, os argumentos da corrente favorável à Declaração de 1948 ter eficácia jurídica que indicam pelo menos três argumentos fortes para tratá-la como tal<sup>55</sup>. Em primeiro lugar, em favor da força normativa da Declaração está o argumento da exigência, pela própria ONU, de que todos os Estados devem cumprir os dispositivos previstos na Declaração. Através de suas resoluções, a ONU sempre tem enfatizado este dever de cumprimento das normas da Declaração interpretando-as assim como normas jurídicas e obrigatórias.

O segundo e importante argumento trazido pela doutrina mais libertária é da inserção da Declaração dos Direitos do Homem pelas Constituições nacionais: alegam que se os Estados incorporaram as regras de direitos humanos previstas na Declaração nos seus ordenamentos jurídicos internos constitucionais<sup>56</sup> é porque ela é tão poderosa e impositiva que eles mesmos se puseram a cumpri-la. Este é um ponto fundamental no nosso trabalho, já que este argumento nos reforça a idéia de que a Declaração tem força de norma no Brasil e deve ser cumprida impreterivelmente, a bem da proteção da dignidade da pessoa humana, conforme desenvolveremos adiante.

E o terceiro argumento é a aplicação da Declaração Universal pelos Tribunais nacionais, inclusive os brasileiros, como “fonte do direito”<sup>57</sup> ao considerá-la, no mínimo, como direito costumeiro internacional ou “princípio geral do direito internacional”. Se os tribunais a consideram como fonte de direito significa dizer que de seus preceitos decorrem direitos e se são originários de direitos, por consequência, permitem que o cidadão exija seu cumprimento. Ainda que o país a adote como direito costumeiro ou princípio geral de direitos o importante é que a partir desta concepção ela gera o efeito de obrigatoriedade jurídica capaz de exigir de todos os Estados o seu cumprimento, inclusive aos Estados não signatários da Declaração.

A Declaração, portanto, para nós, certamente é uma norma jurídica a ser utilizada como mecanismo de aplicação de justiça e instrumento imprescindível para atingirmos o fim a que pretendemos chegar. Neste sentido, Flávia Piovesan, vem corroborar com essa idéia ao ressaltar que a “Declaração apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em

---

<sup>55</sup> PIOVESAN, Flávia. obr. cit. p. 144.

<sup>56</sup> PIOVESAN, Flávia. obr. cit. p. 144/145.

<sup>57</sup> PIOVESAN, Flávia. obr. cit. p. 145 e ss.

que constitui uma interpretação autorizada da expressão “direitos humanos” constante dos artigos 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas que autoriza esta interpretação com base na expressão “direitos humanos”<sup>58</sup>.

Mesmo diante dessas fortes justificativas, porém, na época da criação da Declaração de 1948, não foi este o pensamento que prevaleceu. A corrente positivista dominou o cenário do direito internacional impondo a criação de normas jurídicas positivadas que dessem força jurídica às cláusulas constantes na Declaração. E este foi o motivo para a elaboração do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também desenvolvidos junto à ONU. O pior é que este pensamento ainda é reinante na doutrina internacional e, especialmente no que nos interessa na doutrina nacional brasileira ao desconsiderar a Declaração como fonte do direito brasileiro, tema este totalmente voltado ao objetivo deste estudo, no que iremos abordar futuramente.

Quanto a esse processo de normatização jurídica dos direitos previstos na Declaração, só para se ter uma idéia, começou em 1949 e foi concluído somente em 1966, após um período de quase dezessete anos, culminando com a aprovação dos dois tratados, conhecidos como Pactos de 66, que transformariam os dispositivos da Declaração em regras jurídicas postas, exigindo, desta forma, que todos os Estados respeitassem estas normas gerais e obstruindo qualquer norma que se opusesse às regras previstas nestes dois tratados.

Logicamente que os Pactos de 1966 até têm sua importância neste contexto que estamos a desenvolver, mas a sua importância não se deve porque positivou <sup>59</sup> regras da Declaração e sim porque em determinados momentos eles acabam por inovar a Declaração, acrescentando novos direitos inerentes à pessoa humana. E tudo que venha a acrescentar esta proteção nos é válido como instrumento normativo fundamental para a aplicação do Direito. Além do que, eles têm sua importância ao formar, juntamente com a Declaração Universal, a chamada “Carta Internacional dos Direitos Humanos” <sup>60</sup> que culminou na criação do sistema global de proteção dos direitos humanos e este argumento admitido, inclusive pelos positivistas, é um começo para se tentar quebrar a visão unânime da dogmática positivista que

---

<sup>58</sup> PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 146.

<sup>59</sup> PIOVESAN, Flavia. obr. cit. p. 158.

<sup>60</sup> PIOVESAN, Flavia. obr. cit., apud.

sequer antes aceitava a possibilidade de um Estado se sujeitar a normas de Direito extraterritorial.

Muito embora, ainda exista esta concepção ultrapassada de soberania estatal conforme demonstraremos<sup>61</sup> é indispensável notar que essa aceitação de obediência a algumas regras internacionais, como regras jurídicas, abriu caminho para explorarmos uma crítica à posição prevalente no direito brasileiro que repudia qualquer norma que não esteja prevista expressamente contida como regra jurídica no nosso ordenamento jurídico interno.

O que nos importa, enfim, pelo menos no momento, é que a Declaração Universal é impreterivelmente uma “fonte de direito” e das mais importantes, pois, apesar dos Pactos serem úteis e muitas vezes eficazes, ela possui algo que nenhum documento internacional de proteção ao ser humano tem por conter disposições bem mais amplas e protetoras a esses direitos que nem mesmo os Pactos conseguiram abarcar. Mesmo porque, as disposições da Declaração são basicamente principiológicas e é exatamente neste ponto que está o seu valor, inclusive para o nosso trabalho.

É neste sentido também a posição de Jack Donnelly quando diz que deve se valer da Declaração como um documento com força impositiva alegando que esta solução seria a mais correta e justa na proteção dos direitos humanos. Neste aspecto ele diz, de forma conclusiva e exemplar, que “na ordem contemporânea, os direitos elencados na Carta Internacional de Direitos representam o amplo consenso alcançado acerca dos requisitos minimamente necessários para uma vida com dignidade. Os direitos enumerados nessa Carta Internacional podem ser concebidos como direitos que refletem uma visão moral da natureza humana, ao compreender os seres humanos como indivíduos autônomos e iguais, que merecem igual consideração e respeito”<sup>62</sup>. É exatamente este o ponto a que pretendemos chegar, utilizando-se de instrumentos jurídicos capazes de, no futuro, ainda que remoto, conseguir atingir uma dignidade ideal para todos os seres humanos.

---

<sup>61</sup> Especialmente ao exemplificar, no último capítulo, uma zona de conflito neste sentido.

<sup>62</sup> Cf. Jack Donnelly, *Universal human rights in the theory and practice*, p. 27. in PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 158.



Hoje, portanto, os instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos basicamente são: a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, os Pactos de 1966 (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e os Tratados temáticos internacionais que são frutos da codificação internacional de tutela dos direitos humanos<sup>63</sup>. Esses instrumentos são os atores do sistema global de proteção dos direitos humanos que envolvem a Carta Internacional dos Direitos Humanos e os inúmeros tratados multilaterais de direitos humanos, voltados a formas específicas de violações desses direitos, como o genocídio, a tortura, a discriminação racial, entre outras e que devemos sempre nos valer para atingir a proteção máxima do ser humano.

Certamente, a conjunção dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, gerais ou específicos, regionais ou globais, é imprescindível para o sistema de proteção desses direitos na sua totalidade, especialmente porque é uma forma de se valer do próprio positivismo para o alcance do que nos é fundamental. Interagindo o sistema global com os sistemas regionais de proteção, que englobam o sistema europeu, o interamericano e o africano, nos é mais fácil atingirmos o objetivo de efetivamente proteger o ser humano no que ele necessitar, pois no Brasil sequer deveria haver discussão sobre esta possibilidade, ou seja, de uso desses mecanismos no direito interno brasileiro, como há. Sequer se poderia cogitar então da anulação de um desses sistemas em detrimento do outro, e desses pelo direito interno, ao menos no direito brasileiro, pois a própria a Constituição Federal harmonizou esta interação através dos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º.

É, portanto, por este discurso, que devemos observar o direito internacional dos direitos humanos em face do direito nacional. Ambos os sistemas devem ser interpretados da maneira a atingir sempre a melhor proteção os direitos dos cidadãos. Mesmo porque, ao caminharmos pela história da humanidade desde o início, verificamos que o direito internacional dos direitos humanos não foi criado com a pretensão de substituir o sistema nacional e muito menos com a mera pretensão de positivizar as normas internacionais, pelo menos no começo quando a maior preocupação foi a de impedir que novas atrocidades fossem cometidas contra os seres humanos<sup>64</sup>. E é este, por sinal, o principal motivo que devemos nos

---

<sup>63</sup> GODINHO, Fabiana de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.

<sup>64</sup> PIOVESAN, Flávia. obr. cit. p. 117.

preocupar em retroceder à história para resgatar pontos importantes sobre a proteção do ser humano que foram deixadas de lado pela visão degoladora do direito instituída pelo positivismo jurídico.

O interessante é notar que seja no direito interno, seja no direito internacional a posição legalista do direito ainda é extremamente dominante, a ponto de impedir que qualquer leigo do direito, a que se tente explicar como o direito deve ser positivamente aplicado, nos diriam que estaríamos vivenciando um total estado de loucura ao nos afastarmos do que é real e concreto, independente do que a lei determina. E é com este intuito, de se tentar buscar qualquer mecanismo de aplicação justa do direito, para cada caso específico, que vislumbramos as normas do direito internacional como um instrumento complementar do direito nacional. Na falha do sistema jurídico doméstico o sistema internacional nos serviria como mecanismo de complementação a esta proteção, superando as deficiências e omissões do Estado que não regulou, pelas suas normas, soluções justas para o atingimento total desta proteção.

O fato é que o discurso dos direitos humanos, que a Declaração proclama e institucionaliza, de preocupação com os direitos e a dignidade das pessoas independentemente de fronteiras, era presente somente na filosofia e na religião e este discurso é um fator deste século. Exatamente por proclamar os direitos humanos para todas as pessoas, estabelecendo-os como uma meta a ser atingida por todos os povos e todas as nações, a Declaração Universal dos Direitos Humanos se manifesta como uma construção que vem a abrir espaço para o tratamento universalizante das questões relacionadas aos direitos humanos e às suas violações<sup>65</sup>.

Desta feita, o sistema internacional não têm somente a importância de nos servir como base de complemento normativo de proteção da dignidade humana no plano interno. Ele também permite a responsabilização do Estado omissor pelo seu cumprimento no âmbito das Cortes internacionais causando, no mínimo, desprestígio internacional do Estado para com o resto do mundo. Como a Declaração envolve tanto o direito interno com o direito internacional, passa a repercutir, cada vez com maior intensidade, nos âmbitos político e jurídico, influenciando em suas relações nacionais ou internacionais<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> ARZABE, Patricia Helena Massa e GRACIANO, Potyguara Gildoassu. obr. cit., p. 245.

<sup>66</sup> ARZABE, Patricia Helena Massa e GRACIANO, Potyguara Gildoassu. obr. cit., p. 245 e 246.

Neste ínterim, concluímos que a responsabilidade primária de proteção dos direitos do ser humano é do direito interno. O sistema internacional de proteção desses direitos não retira este dever do Estado, de combate a qualquer tentativa de violação da dignidade da pessoa humana. Contudo, o direito internacional humano não deixa de ter uma função subsidiária ao Estado quando este, o principal responsável pela proteção dos direitos humanos, não o fez de forma eficaz. Mas é, basicamente, com a proteção interna desses direitos a que nos voltamos, especialmente ao discutir a sua incidência no direito constitucional brasileiro.

O direito internacional, a par deste papel de responsabilização suplementar do Estado violador desses direitos, tem também por função, por fim, fixar parâmetros mínimos de proteção a esses direitos e, ao fazer isso, acaba impedindo que os Estados legislem internamente de forma contrária a seus preceitos. “Ao acolher o aparato internacional de proteção, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território”, consentindo no *controle* e na “fiscalização” da comunidade internacional<sup>67</sup>.

A partir desta imposição aos Estados é que o cidadão poderá exigir o cumprimento de seus direitos independente da norma de proteção estar prevista no direito interno ou internacional, amparado para isso na Constituição Federal brasileira (art. 5º, par. 2º). E mais. É a partir, também, dessa interação entre os Direitos e os antecedentes históricos, especialmente da Declaração Universal, é que poderemos discutir no final a Emenda Constitucional nº 45 que acrescentou o par. 3º no artigo 5º da Carta Magna.

A história da Declaração Universal, portanto, assim como toda a história do direito internacional, nos servirá para justificarmos a importância de olharmos o Direito a partir de uma visão adiante do positivismo jurídico que consegue tolher a busca da efetiva justiça no caso concreto. Ao partimos dos motivos pelos quais a Declaração de 1948 foi criada e constatarmos ter sido um dos poucos momentos em que o positivismo não viciou a sua grandeza, concluímos que ela nos deve servir não somente como simples fonte do direito, mas sim como sua fonte fundamental. Além do mais, devemos lembrar que Constituição de 1988

---

<sup>67</sup> PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 61.

originou-se envolvida da comoção mundial acerca das barbaridades praticadas contra o ser humano deste período mais cruel de toda a história da humanidade.

Dissemos que a elaboração da Declaração não teve cunho positivista exatamente por perceber que ela é fruto da própria história da humanidade que, no desespero e choque mundial, tomou-se uma atitude imediata de se tentar exterminar qualquer violação mínima à dignidade humana. Perceptível a partir da história, que a Declaração foi um dos projetos mais comoventes de união dos países em busca de um bem comum, nada tendo de positivista naquele momento. Tanto que, conforme já dissemos, seus preceitos são eminentemente principiológicos e sociais; nada formal, nas disposições previstas neste documento. Somente depois é que os positivistas interferem, quando percebem a abrangência deste documento, e inculcem na mente dos estudiosos do Direito que a Declaração não tem força jurídica exigindo para isso a criação de instrumentos legais de aplicação.

Neste aspecto, aliás, Michel Villey<sup>68</sup> tem toda razão ao criticar fortemente os direitos humanos e anexá-lo ao direito criado por nações economicamente fortes, pois foi a positivação desses direitos que permitiu o controle desse direito por esses países. Como veremos adiante partiremos exatamente desse pressuposto quando adotarmos a idéia de Alysson Leandro Mascaro quando critica a legalidade e nos convence do porquê desta alienação jurídica a qual estamos subordinados, fazendo com que, a partir da quebra do pragmatismo positivista percebamos a grandeza da Declaração Universal e os motivos das constantes tentativas de diminuir o seu valor, a fim de restringir sua obrigatoriedade jurídica. E é exatamente por isso que a utilizamos como um dos instrumentos fundamentais de proteção ao ser humano, direcionando o direito, sempre pautado nos caminhos percorridos pela história da humanidade, para que jamais seja perdido o foco dos motivos da criação da Declaração de 1948.

É com base nesta origem da Declaração e na origem da Constituição brasileira de 1988<sup>69</sup> que vamos justificar a força normativa de seus preceitos e integrá-la ao direito interno, a partir da interpretação do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição<sup>70</sup>. Além disso, a origem da Declaração de 1948 também servirá de base para justificarmos a importância da utilização dos

---

<sup>68</sup> VILLEY, Michel. obr. cit., 2007.

<sup>69</sup> Que conforme já dissemos teria sido totalmente influenciada por este ânimo de proteção, tanto que muitos doutrinadores brasileiros a denominam de Constituição Cidadã.

<sup>70</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. obr. cit. p. 233.

princípios jurídicos como fonte do direito, questão esta crucial ao nosso trabalho. É centrado neste ideal que pressuporemos que todas as normas de proteção internacional dos direitos humanos, inclusive a Declaração Universal dos Direitos Humanos, não repercutem apenas no direito internacional, mas também direciona o novo constitucionalismo surgido no pós-guerra. Os parâmetros mínimos de proteção trazidos pelo direito internacional, a partir do problema histórico de total desrespeito ao ser humano, é que as atuais Constituições nacionais devem se pautar e assim prever como premissa maior de seu sistema jurídico a proteção mais ampla possível dos direitos humanos.

Diante de todo este esboço da história do direito internacional, que, como vimos, se confunde com a própria história da humanidade, é que podemos nos abstrair da idéia única de um direito regrado pela legalidade. E a partir de uma concepção, totalmente diversa do positivismo, excluindo a lei quando inábil à proteção humana, no caso concreto, é que apresentaremos algumas saídas para a aplicação de um novo sistema jurídico brasileiro pautado primordialmente na dignidade humana.

Ao elaborarmos um estudo inicial sobre interconexão entre a história dos direitos humanos e a do direito internacional nos desvinculamos dessa idéia pragmática de que a legalidade é a que traz segurança jurídica para o ordenamento e que, sem ela, estaríamos caminhando rumo ao caos como muitos positivistas dizem. Vendo o movimento precursor dos direitos humanos concomitantemente com a história em geral da humanidade, podemos constatar, enfim, que não devemos temer a ameaça de que a humanidade perderá, sem a lei, a paz social, como alega a doutrina positivista, porque em momentos cruciais da humanidade ela sequer existia. Até mesmo quando a legalidade já estava instaurada e já sufocava o direito (como ainda o faz até hoje) conseguimos enxergar, com a Declaração, uma busca da humanidade em impedir que novas atrocidades ocorressem como ocorreu com o Holocausto. Tanto é verdade que esta doutrina repugna veementemente a Declaração Universal dos Direitos do Homem desconsiderando o seu valor fundamental na história humana.

Sabemos que o poder econômico está por detrás de muitos aspectos do direito <sup>71</sup>, inclusive do direito internacional pelas nações dominadoras do poderio econômico, mas o que nos importa aqui é tentar harmonizar o direito, no sentido de encontrar soluções práticas ao

---

<sup>71</sup> MASCARO, Alysson. *Utopia e direito: Ernst Block e a ontologia jurídica da utopia*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. *apud*.

alcance da plenitude da dignidade humana, através de normas jurídicas dirigidas para esta finalidade. Temos motivos reais de não se conformar mais com a posição tradicional e caminhar em novos trajetos que poderão trazer soluções de aplicação de um direito justo para todos, e não somente para aqueles que estão em grandes centros, ou detentores do poder aquisitivo, mas, especialmente, àqueles que sequer tem acesso à Justiça e, quando o tem, são recebidos por decisões totalmente irrealis e desconformes da sua realidade.

Preservar o conquistado e avançar nesta conquista de verdadeira proteção ao ser humano, tão arduamente buscada pela humanidade, é o intuito principal deste trabalho, pouco importando se a justificativa para justiça eficaz será derivada de uma regra legal ou de um princípio jurídico decorrente das conquistas humanas.

Para aqueles que certamente discordarão dessas idéias até então apontadas, é de se lembrar que o Brasil assinou a Declaração Universal de 1948 (em 10 de dezembro de 1948, mesmo dia em que ela foi proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas). Tendo se obrigado a cumpri-la, nos seus termos, é indubitável sua aplicabilidade no direito brasileiro e, por isso, mais um motivo para se adotar a Declaração Universal de 1948 como uma norma de eficácia obrigatória, além, é claro, das exposições anteriores.

#### **1.1.4 As Teorias do Direito Internacional**

A fim de avançarmos na busca de soluções práticas ao Direito justo a partir da plenitude do ser humano é indispensável esclarecermos, antes, qual a força de um tratado no ordenamento jurídico interno. Logicamente já comentamos que tanto os Pactos de 66 como os tratados temáticos incidem, obrigatoriamente, para todos os países que ratificaram esses tratados. Quanto à Declaração Universal dos Direitos do Homem também dissemos a discussão sobre a sua obrigatoriedade jurídica, de ela ser um tratado ou uma simples declaração de direitos sem força vinculatória, apontando a questão dos seus preceitos alcançarem inclusive Estados não signatários da Declaração. Flávia Piovesan<sup>72</sup>, neste aspecto,

---

<sup>72</sup> FLAVIA, Piovesan. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. obr. cit. p. 145-146.

chega até a fundamentar essa questão em autores internacionais como John P. Humphrey e Richard B. Lillich que entendem ser “um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional”<sup>73</sup>.

É imprescindível sabermos qual seria a eficácia destes tratados no âmbito de cada Estado signatário e qual a posição do nosso país neste ponto. Para isso é que precisamos saber das teorias aplicáveis ao direito internacional, pois são elas que nos trarão a resposta do que vem prevalecendo na doutrina brasileira. Este aspecto, aliás, merece um breve comentário de que há na, doutrina brasileira, em geral, uma discussão quanto à forma de integração entre direito internacional e o direito interno. Ou haverá doutrina já partindo para o direito constitucional, quase que desprezando, por completo, a questão dos tratados na Constituição, quando do estudo dos direitos e garantias individuais do artigo 5º da Constituição ou haverá doutrina brasileira acerca do direito internacional, mencionando parcamente a doutrina constitucionalista. É, portanto, um calabouço que impede um estudo harmonizado do direito constitucional e do direito internacional como o que estamos procurando fazer, com o intuito de dar o devido apreço à plenitude da dignidade humana.

Não obstante a doutrina nacional concordar que os tratados de direitos humanos devem ser adaptados ao sistema brasileiro, a discussão, quanto a eles, fica acerca de qual norma deve prevalecer no conflito entre normas e, principalmente, que tipo de norma um tratado deve ser considerado: como norma constitucional ou como norma infraconstitucional? E estas respostas serão dadas por meio do estudo das teorias aplicáveis ao direito internacional que tradicionalmente se dividem em teoria monísta e teoria dualista, que, cada vez mais, vem sendo esvaziadas por uma nova posição. Esta tendência vem entendendo que a Declaração Universal teria trazido um novo critério de aplicação no direito interno brasileiro, o critério da primazia da norma mais favorável ao ser humano, também chamado de princípio da primazia da norma mais favorável.

Muitos doutrinadores discorrem neste sentido como Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade, Valério de Oliveira Mazzuoli e muitos outros, mas para entender essa visão, é indispensável o estudo das teorias aplicadas ao direito internacional, por elas se voltarem à discussão do conflito de normas de direito interno e de direito internacional. Essas

---

<sup>73</sup> FLAVIA, Piovesan. obr. cit., p. 147.

teorias dispõem de fundamentos para justificar qual norma deve prevalecer no âmbito jurídico interno de cada Estado, tema este que influencia e repercute por completo neste trabalho. Ademais, é salutar tecer comentários, mesmo que concisos sobre estas teorias, uma vez que elas repercutem até hoje no pensamento positivista brasileiro, que insiste em adotá-las.

As duas teorias que ainda dominam o cenário internacional erguem-se, historicamente, com o surgimento do Estado. Vimos anteriormente, que o conceito de Estado decorre do Estado moderno ocidental, de origem européia, concebido no início do século XXI, e cujas características básicas eram soberania, povo, território e o monopólio da força nos limites de seu espaço geográfico <sup>74</sup>. Diante deste novo modelo de sistema, que, decorre das necessidades sociais de se romper com o sistema feudal fragmentado, surge a edificação de uma única unidade de proteção do interesse público geral, já que não era mais aceitável a compartimentalização dos territórios sem nenhuma unidade entre eles. E é daí que sobrevém a idéia da soberania estatal, com a existência de um único povo em um território também único.

Mais uma vez se percebe que a soberania estatal, como os outros dois elementos do Estado, é fruto do processo histórico e social inerente à humanidade e neste espaço, o direito internacional também é consequência lógica do curso da história, restando certo que, sua criação, de certo modo, também trouxe avanços, inclusive conquistas ligadas estruturalmente à proteção humana e à possibilidades de conagração das relações entre os Estados.

Independentemente do ponto de vista das teorias do direito internacional, é visível a renovação do conceito de Estado com a evolução do direito internacional, em razão deste direito, aos poucos, ir invadindo áreas normativas dantes reservadas exclusivamente ao direito nacional. Forçando os Estados a constitucionalizar internamente as normas do direito internacional, seus preceitos vão ingressando no ordenamento jurídico de cada Estado, por meio da sua própria Constituição, permitindo-se a percepção de que “a soberania não desfruta mais de um *status* superconstitucional que a coloca acima das demais normas constitucionais”<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> SOARES, Guido Fernando Silva, CASELLA, Paulo Borba ... [et al.], (organizadores). São Paulo: Atlas, 2008, p. 474.

<sup>75</sup> SOARES, Guido Fernando Silva, CASELLA, Paulo Borba ... [et al.], (organizadores). Direito internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2008, p. 486.



Inseridas as normas do direito internacional na Constituição nacional, tanto elas como a soberania estatal, passa a ser fruto de um mesmo poder, conhecidamente como poder constituinte originário deixando de existir hierarquia entre elas, consideradas todas, normas constitucionais. Quer dizer que, as normas internacionais constitucionalizadas, passam a ter a mesma força normativa que as demais normas previstas na Constituição, inclusive a soberania estatal. Constitucionalizada a proteção à dignidade da pessoa humana, corolário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, este preceito passa a ter, no mínimo, a mesma hierarquia da soberania estatal; sem se esquecer que o próprio constituinte originário explicitou ambos os preceitos como fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º incisos I e III da CF).

Não se afastando, porém, do tema, as teorias desenvolvidas pelo direito internacional se apegaram bem neste ponto, ou seja, da soberania estatal versus direito internacional. Partindo da idéia de possível conflito entre a soberania e o direito internacional é que elas surgiram, donde, no entanto, se deve ressaltar, desde já, que, conforme a evolução histórica do direito internacional, a questão dos direitos humanos é ainda mais contemporânea do que o direito internacional tradicional e trataremos mais adiante. Neste ponto, ficamos com o conflito entre as normas gerais do direito internacional e a soberania estatal.

Para avançar nesta discussão, no entanto, é importante antes ressaltar que este conflito se apresenta sob dois ângulos: o material e o formal. O ângulo material se volta à repartição das matérias entre o direito internacional e o direito interno, enquanto que o ângulo formal se relaciona com as diferenças evidentes nos processos de elaboração e de aplicação das normas internacionais e das normas internas. É sob o ângulo formal, no entanto, que as teorias são desenhadas, pois é sob este aspecto a discussão da norma a prevalecer ao ser considerada hierarquicamente superior à outra. Sob este ângulo é que essencialmente se discute as duas teorias criadas para resolver o conflito, quais sejam: a teoria monista e a teoria dualista.

Para os partidários da **teoria monista**<sup>76</sup>:

---

<sup>76</sup> Segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli é a teoria seguida por Kelsen, Verdross, Mirkine-Guerzévitch, Lauterpacht, Jimenez de Arechaga, dentre outros e no Brasil por Haroldo Valladão, Oscar Tenório, Hildebrando Accioly, Celso D. de Albuquerque Mello, Vicente Marotta Rangel e Mirtô Fraga. obr. cit. p. 121.

O direito internacional é da mesma natureza que o direito interno: só existe entre eles uma diferença de grau indiscutível tão evidentes são as imperfeições técnicas do direito internacional em relação aos direitos dos Estados. Para esta teoria, o mundo jurídico é forçosamente unitário porque o direito é uno e uma dupla definição de direito é inconcebível<sup>77</sup>.

Esta teoria sustenta que o direito internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, porque só existe um único sistema jurídico. Argumentam que, no momento em que o Estado ratificou o tratado, a eficácia das normas internacionais no plano interno é automática, pois com a ratificação o Estado determina que as normas previstas no tratado prevaleçam em face do direito interno.

Desta forma, uma vez aceito o tratado pelo Estado, as normas internacionais nele contidas passam a ser fonte de direito tal como a legislação interna. E, por terem ingressado posteriormente no ordenamento jurídico interno, é ela quem deve prevalecer, sem necessidade de qualquer receitação formal na ordem jurídica interna. Esta teoria, portanto, ao considerar a prevalência das normas ratificadas de direito internacional, por ser ela posterior à norma interna, acaba também por considerá-la hierarquicamente superior, uma vez que é ela quem deve prevalecer no conflito das normas<sup>78</sup>.

A **teoria dualista**<sup>79</sup>, por seu tempo, não aceita essa possibilidade de interiorização automática da norma internacional com a ratificação do tratado pelo Estado. Para ela, aliás, sequer existe o conflito entre normas de direito internacional e as normas de direito interno. Especialistas desta corrente entendem que cada norma pertence a ordens jurídicas completamente distintas, cada uma possuindo seu objeto singularizado e cada uma cuidando de relações sociais diferentes. Não haveria qualquer comunicabilidade entre elas, cada uma incidindo exclusivamente no seu campo de atuação: uma não penetrando no campo jurídico do outro. O direito internacional, desta forma, jamais se aplicaria no campo interno de cada Estado<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> DINH, Nguyen Quoc.; DAILLER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2a edição, 2003, p. 96.

<sup>78</sup> Essa é a posição monista clássica, internacionalista, porque, posteriormente, surgiu a teoria monista nacionalista que entende, ao contrário da primeira, que é o direito nacional que *sempre* deve prevalecer, observando irrestritamente a soberania estatal.

<sup>79</sup> Adotada por Strupp, Walz, Listz, Anzilotti, Balladore-Pallieri e Alf Ross. No Brasil, Ámílcar de Castro, Nadia de Araújo, Inês da Mata Andreiulo. MAZZUOLI. obr. cit. p. 114.

<sup>80</sup> Segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli quem criou a expressão “dualismo” foi Alfred Von Verdross, em 1914. obr. cit. p. 114.

Haveria, na verdade, para os dualistas, a incomunicabilidade entre os sistemas jurídicos e só excepcionalmente seria permitida a comunicação entre as duas ordens jurídicas. Esta comunicação se daria, necessariamente, no ordenamento jurídico interno e somente quando houvesse um processo legislativo estatal próprio a incorporar as normas internacionais.

Esta postura extrema da teoria dualista, no entanto, não significa, para eles, que o Estado, que se comprometeu internacionalmente, será afastado de sua responsabilidade, mas que o descumprimento das normas a que se obrigou deverá ser atacado por meio da reparação dos prejuízos aos outros sujeitos do direito internacional aos quais o Estado se comprometeu juridicamente.

Como dissemos, ambas as teorias partem do ângulo formal do conflito de normas. Enquanto a **teoria monista** internacional entende que a norma internacional é a automaticamente prevalente a partir do momento em que é ratificada pelo Estado e, por isso, posterior e hierarquicamente superior às normas do direito interno a **teoria dualista** parte exatamente para o extremo oposto. Esta teoria entende que jamais as normas de um tratado ratificado pelo Estado incidirão automaticamente no país, em razão de serem “ordens jurídicas distintas e independentes uma da outra”<sup>81</sup>. Cada norma, assim, deverá ser aplicada dentro de seu sistema, salvo quando, excepcionalmente, o ordenamento jurídico interno aprovar o tratado através de um processo legislativo próprio. Há, portanto, uma “recusa à aplicação imediata do direito internacional” no ordenamento jurídico interno <sup>82</sup>.

Não podemos esquecer que essas teorias não foram criadas ao acaso e sim derivadas do curso normal da história. Com a evolução do direito internacional e com o aperfeiçoamento do conceito de Estado, aos poucos, o direito internacional foi ganhando força e credibilidade a ponto dos próprios Estados inserirem nas suas Constituições normas do direito internacional. Em consonância com esta evolução é que estas teorias surgiram, preocupadas com a forma com que as normas internacionais seriam incluídas no direito interno (de forma automática ou mediante processo legislativo).

---

<sup>81</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. obr. cit. p. 115.

<sup>82</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. obr. cit. p. 115.

Ocorre, porém, que a evolução é sintomática e os avanços não pararam por aí. Essas duas teorias são contemporâneas à criação do Estado e sua preocupação era quanto ao desenvolvimento das relações interestatais e a conseqüente forma de cumprimento de suas normas. Mas a evolução humana trouxe a necessidade de se preservar os direitos do ser humano. Como mencionamos anteriormente, em razão das barbáries decorrentes da Segunda Guerra Mundial surge a preocupação de se proteger internacionalmente os direitos dos cidadãos do mundo a fim de se evitar novos abusos contra os seres humanos e com essa nova preocupação, tanto o direito internacional como o nacional, começam a desabrochar uma nova visão sobre o direito. E é a partir desta nova concepção de proteção ao ser humano que o direito vem, numa constante evolução, de cada vez mais, se dar maior primazia a essa proteção, colocando em segundo plano a discussão da violação da soberania estatal.

Ao se incluir, aos poucos, o ser humano como principal preocupação do direito, as teorias tradicionalistas do direito internacional (monista e dualista) começam a cair por terra, por não serem mais suficientes para resolver questões concretas e dar respostas eficientes. Com essa nova perspectiva, ambos os direitos (nacional e internacional) passam a ter, cada vez mais, que se interagir, na busca de melhores soluções ao caso concreto quando está envolvida a proteção ao ser humano. Neste aspecto, Antônio Augusto Cançado Trindade trata desta superação ao afirmar que:

No contexto da proteção dos direitos humanos a polêmica clássica entre monistas e dualistas revela-se baseada em falsas premissas e superada: verifica-se aqui uma interação dinâmica entre o direito internacional e o direito interno, e os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da primazia da norma mais favorável aos seres humanos protegidos, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno<sup>83</sup>.

Diante deste novo quadro, em que o ser humano é mais importante do que os limites da soberania estatal, desvenda-se uma nova oportunidade, com novas perspectivas indo muito além dos retrógrados argumentos da doutrina clássica internacional. Passa-se a pensar de um lado no direito internacional interestatal e de outro no direito internacional de direitos

---

<sup>83</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2. ed. Brasília: Humanidades (Série Prometeu), 2000, p. 164.

humanos, sendo que este último não mais se enquadra concepções antigas das doutrinas tradicionais.

Estas teorias são fundamentais para o tema, primeiro porque percebemos com a evolução histórica do direito internacional e dos direitos humanos que elas não são capazes de resolver problemas que efetivamente envolvem direitos humanos e segundo porque a discussão sobre a prevalência dos direitos humanos na Constituição brasileira e suas respectivas normas internacionais de proteção faz parte do objetivo central do trabalho. Tanto a teoria monista como a dualista decorre de visões superpositivistas do direito, restringindo a discussão à aplicação automática ou não de qualquer regra do direito internacional, despindo de sentido substancial a expressão constitucional do parágrafo 2º do artigo 5º de que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A interpretação das normas constitucionais, no sentido de se permitir a aplicação imediata dos tratados, voltados à proteção do ser humano, é veementemente rechaçada pelos positivistas que param na discussão das normas internacionais serem aplicadas de maneira automática (teoria monista) ou por meio da intervenção do Poder Legislativo, através da “técnica da incorporação legislativa”<sup>84</sup> (teoria dualista). E é exatamente este confronto que iremos enfrentar ao final do trabalho, porque o grande conflito constitucional que se instaurou com o acréscimo do parágrafo 3º do artigo 5º tem tudo a ver com positivação dessas normas.

É então com base na hermenêutica e nos princípios constitucionais a seguir expostos que iremos debatendo estas questões, ponto por ponto, até alcançarmos, enfim, essa discórdia quanto à interpretação do novo parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal. Adiantamos, entretanto, que as duas tradicionais teorias do direito internacional são injustas e pragmáticas, incapazes de proteger o cidadão de forma integral. A dualista porque exige a aprovação legislativa das normas internacionais protetoras do cidadão e a monista porque parte do pressuposto de que é sempre a norma do direito internacional que deve prevalecer.

---

<sup>84</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit. p. 116.

É por isso que concordamos com Cançado Trindade <sup>85</sup>, de que essas teorias estão superadas quando se fala em direitos humanos, e é a proteção integral do ser humano que nos importa. A hermenêutica jurídico-constitucional nos servirá como instrumento para atendermos essa finalidade e confirmarmos que foi esta também a intenção do constituinte originário brasileiro ao observarmos o contexto histórico que percorremos no início. Preocupando-se com o valor principal da Constituição que é a dignidade da pessoa humana, o constituinte originário, em nenhum momento, representou no sentido de que não deveria se dar primazia à proteção do ser humano, deixando claro, ao contrário, fundada na hermenêutica constitucional, de que pouco importava se esta norma protetora viria do direito internacional ou do direito interno.

---

<sup>85</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, apud.

## 1.2 OS DIREITOS HUMANOS E SEU CARÁTER AMBÍGUO DE CONTENÇÃO DAS LUTAS SOCIAIS E DE ESPAÇO DE RESISTÊNCIA E DE DISPUTA

Sabendo como evoluiu a história sobre o direito internacional e os direitos humanos, não podemos deixar de abrir um espaço para uma idéia complementar e fundamental para o tema em estudo, que em grande parte inspirou a implementação do pensamento que estamos construindo. Os ensinamentos de Alysson Leandro Mascaro, em a “Crítica da Legalidade”<sup>86</sup>, nos fez pensar no tema direitos humanos com um olhar crítico ao positivismo jurídico.

Pretendendo mostrar alguns detalhes críticos do autor a respeito da legalidade<sup>87</sup> e, praticamente, fazendo de suas palavras nossas palavras, citamos, de início, a passagem reveladora do livro que diz o seguinte acerca da legalidade: “uma legalidade que se instaura como universalidade, mas que tal não é, termina por ser ainda privilégio, contra o qual o capitalismo um dia lutou juridicamente para depois dele também se assenhorear, então não mais na aparência formal mas ainda na realidade”<sup>88</sup>.

Gabriel Cohn, apresentando, diz que, Alysson Leandro Mascaro, ao trazer esses ensinamentos, “trava uma batalha sem trégua e em muitas frentes contra uma visão da lei que se limita a reiterar a sua letra sem ir ao campo material da vida social que lhe dá substância, e contra a redução do direito a questão técnica, reservada aos especialistas”. Diz ainda que o autor:

Não se furta ao combate, seja o terreno dos fundamentos teóricos do direito, seja no da reconstrução da forma histórica da legalidade burguesa, seja no da análise concreta de dimensões específicas do seu tema no caso brasileiro. E que rejeita a redução tecnicista, assim como também evita a fusão pura e simples do direito no seu contexto social, que levaria a cair, por outro ângulo, naquilo que condena na concepção rasa da legalidade: a sua mera reiteração em outros termos, numa interpretação legitimadora, para a qual o reducionismo social ofereceria a contrapartida fatalista<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> MASCARO, Alysson Leandro. Crítica da legalidade e do direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2003. (Tese de Doutorado)

<sup>87</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 9-10.

<sup>88</sup> MASCARO, Alysson Leandro. Crítica da legalidade e do direito brasileiro...obr. cit., 09.

<sup>89</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 09-10.

Esclarece, então, Alysson Leandro Mascaro, que “as últimas bases das contradições jurídicas de nossos tempos, ou seja, a legalidade que exalta a igualdade entre todos é, ao mesmo tempo, a chanceladora da desigualdade social e está fincada no império da igualdade formal e na miséria da desigualdade social”<sup>90</sup>. Relata de forma memorável que “talvez somente a miséria compreenda a injustiça, posto que a abundância amaina os ímpetus de alteridade” e que a “lei é que forma o arcabouço dos povos, das sociedades e classes dominantes, e que a injustiça, teorizada ou não, elaborada ou não academicamente, é a verdade social da maior parte da humanidade”<sup>91</sup>.

Acrescenta que:

No caso brasileiro, num povo que não conheceu da legalidade sua forma clássica – a legalidade nascida de uma burguesia nacional, explorando uma classe trabalhadora em sua mais-valia mas que em troca a ela destinasse migalhas de consumo – as tarefas de autocompreensão são mais complexas(...). A cidadania que não garante nem o mínimo da falsa igualdade formal geram contradições que não se contentarão com explicações normativistas, institucionalistas e com pretensões universais das teorias políticas, jurídicas e filosóficas do capitalismo central. Para romper com a legitimidade da legalidade, então, é necessária a compreensão, no nosso caso do direito, a partir dos explorados (dos excluídos em matéria de direito), que será melhor que a compreensão a partir dos exploradores (leia-se no direito: legalistas ou positivistas), uma vez que será sempre só a carência que denunciará o excesso<sup>92</sup>.

Segundo o mesmo autor:

Romper com as últimas bases da legalidade na dinâmica do capitalismo representa romper com o tecnicismo de Kelsen que nunca deixou de ser historicamente o modo institucionalizante e conservador de vida e prática jurídica<sup>93</sup>. A legalidade, portanto, é capitalismo e capitalismo é legalidade. A legalidade, como falsa universalidade, só pode ser uma instância que comece no capitalismo, mas que não ecoe, nos termos de sua alienação institucional da realidade, numa sociedade cuja verdade social seja de fato universal<sup>94</sup>. A legalidade que se reputou universal nunca o foi, e a sua desuniversalização institucional só mais faz por dilatar as fissuras das amarras sociais que há séculos, no capitalismo, se acomodam precariamente. A legalidade, como falsa universalidade, ao ser rompida, denunciará o esgarçamento das contradições do próprio capitalismo, e a necessidade de vislumbrar, teórica e praticamente, a esperança da transformação<sup>95</sup>.

---

<sup>90</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 17.

<sup>91</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 17-18.

<sup>92</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 18-19.

<sup>93</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 19.

<sup>94</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 20.

<sup>95</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 21.



Perante a imparcialidade da lei, a igualdade e a vontade sem coerção cobrem todos os atos jurídicos com o manto da justiça formal. No mundo no qual se instala a plena legalidade acaba a injustiça formal. O elogio da legalidade é o elogio de um mundo cuja lógica faz com que a exploração seja relegada aos porões da vida social. (...). A lei garante um mundo cuja transação é formalizada pela aparência de equivalência social, e ao sacralizar a igualdade legal, guarda nos porões escondidos da sociedade aquilo que o altar das leis não vê: a injustiça real, (...), a desigualdade que se mantém e a brutal diferença que o sistema social mantém e agrava <sup>96</sup>. Ao olhar para o altar das leis,... não se percebe que a igualdade jurídica não é a igualdade real e a legalidade não é a justiça <sup>97</sup>.

### Com o capitalismo:

Abre-se o mundo do positivismo jurídico, já que as normas positivadas são normas consideradas fundamentais ao Estado e ao direito. Assim, os direitos e garantias fundamentais do homem e do cidadão positivados pelo Estado contemporâneo – a liberdade contratual, a igualdade formal, a propriedade privada, e a segurança das relações jurídicas – são os limites dentro dos quais a política é possível <sup>98</sup>. A partir da legalidade contemporânea, o seu sistema é simplesmente para a manutenção do próprio sistema, ou para a sua reprodução a partir de si mesmo <sup>99</sup>.

A democracia formal, é o embuste do poderio econômico, a igualdade perante a lei é a forma perversa da desigualdade real, de classe, a liberdade perante a lei é a abstração das impossibilidades existenciais. O mundo feito um grande mercado, no qual todos se igualam para as relações de direito, esconde o seu domínio econômico, a sua desigualdade existencial, não deixando antever o caráter capitalista do próprio direito. A política, que é a arena das ações possíveis ao capitalismo para sua administração, vai se chamar de cidadania ou democracia. A legalidade que amarra e completa o ciclo de reprodução econômica capitalista, vai se chamar, ao lado da cidadania e da democracia na política, justiça <sup>100</sup>.

Continua sua exposição acrescentando que, “a filosofia do direito moderna é o elogio da estabilidade social por meio da estabilidade das leis (...), diferente dos antigos que, o direito, era definido como arte (...) de dar a cada um o que é seu” <sup>101</sup>, como fazia, inclusive, Aristóteles, ideais que tentamos resgatar, um pouco, neste trabalho, adaptando-o à sociedade atual.

---

<sup>96</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 23.

<sup>97</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 24.

<sup>98</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 33.

<sup>99</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 34.

<sup>100</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 36.

<sup>101</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 37.

A planificação e tecnicidade do direito conforme o crescimento da atividade capitalista, atinge seu ápice com o fenômeno de positividade do direito, que majoritariamente a partir do século XIX, fez difundir o direito com normas positivadas do Estado. (...). Kelsen, ao reduzir o direito à norma estatal, nada mais fez do que fincar a bandeira no cume do movimento de tecnicização do direito, no qual os juristas na prática já tinham chegado, e no qual a realidade econômico-social havia antes já limpo terreno e assentado suas bases <sup>102</sup>.

Alysson Leandro Mascara, além de trazer esse exame minucioso acerca da legalidade, nos faz enxergar que a legalidade no caso brasileiro é ainda mais autoritária em razão da ausência de um povo político, pois a política, no Brasil, era, e é, fruto de uma classe dominante, classe esta que sequer é atingida pela legalidade <sup>103</sup>. Desenvolve uma abordagem muito interessante sobre a “legalidade no caso brasileiro” <sup>104</sup> que é valioso conhecer, mas que fugiria do nosso tema, que, neste ponto, busca somente explicar as origens do positivismo para ponderamos sua eficácia e, a partir de uma visão crítica, adentrarmos na investigação de alternativas para desconstituir esse paradigma e criar um novo de plenitude da dignidade humana, com os princípios como seu instrumento de concretização.

No entanto, as idéias extraídas, literalmente, da obra deste autor, nos servem como uma verdadeira bússola orientadora, mesmo porque, como dito, elas foram inspiradoras do tema do trabalho. Isso não quer dizer, que pactuamos cegamente com todas elas, pois embasados na dialética aristotélica, não vamos tão ao extremo de não acreditar que podemos modificar o direito de forma harmônica. Não acreditamos nos ideais marxistas de revolução, de luta de classes como acredita o autor. Acreditamos, sim, que podemos criar um novo sistema jurídico-social aproveitando-se de institutos que, podem ou não, estar formalmente na lei, mas que materialmente ainda não foram concebidos à sociedade. Apesar de sabermos que muitos institutos jurídicos foram criados pelo capitalismo, cremos que podemos transformá-los para a aplicação de um direito justo e equânime, como é o caso de alguns preceitos inseridos na Constituição brasileira de 1988, a exemplo da forma republicana de governo, os princípios constitucionais e outras ferramentas hábeis e abertas para servir para o alcance da máxima proteção ao ser humano.

---

<sup>102</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 44.

<sup>103</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 99.

<sup>104</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 79-101.

É preciso lembrar, neste aspecto, a importante conquista brasileira contra a política imperial que perdurou por mais de meio século, desconstituída com a Constituição de 1891, que efetivamente instaurou um cenário republicano no Brasil<sup>105</sup> e que, como enfatizamos, a todo tempo, a força dos motivos históricos dos preceitos, entendemos ser o princípio republicano (*res publica*) um dos instrumentos passíveis do alcance, ainda que utópico, do objetivo maior da plenitude da dignidade. Isso, por outro lado, não retira, a admiração pelo brilhante estudo exarado por Alysson Leandro Mascaro, que instiga a opinião própria e que, com certeza, aplaudiria novos pensamentos que impugnassem os dogmas positivistas.

---

<sup>105</sup> Quanto à história das Constituições brasileiras: vide DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 23<sup>a</sup> ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 69-90.

## 2 O DIREITO E OS PRINCÍPIOS: UMA RELAÇÃO DIALÉTICA

### 2.1 PRINCÍPIO, REGRA E VALORES

A proteção dos direitos de todo ser humano deve ser o objetivo principal de qualquer governo constituído sob a forma republicana, como é o caso do Brasil, e este é um ponto comum daqueles que discutem a melhor forma de proteção desses direitos. Para os positivistas jurídicos não há nada mais protetivo que a aplicação das regras, pois estas emanam da vontade do legislador, titular da vontade do povo que este representa. Sair de seus preceitos, para eles, seria a mesma coisa que entrar num Estado de anarquia já que se perderia a segurança jurídica que a legalidade oferece. As regras, para esta corrente, foram criadas exatamente para a proteção do ser humano e com vistas a manter a paz social. Não muito diferente pensam os jusnaturalistas que apenas tem como diferencial a crença de que existem direitos inatos aos seres humanos e estes devem ser sempre preservados, inclusive na interpretação das regras jurídicas.

Tanto os juspositivistas como os jusnaturalistas partem do pressuposto que as regras são os instrumentos eficazes para a proteção de qualquer direito e mesmo dos direitos humanos. Os princípios, para eles, serviriam apenas como meio de interpretação dessas regras positivadas, sem jamais ser uma norma primária capaz de justificar a aplicação de um direito no caso concreto. Não bastasse isso, sequer distinguem os valores e os princípios, considerando o primeiro como objeto das regras ou dos princípios, no que, se inserido nas regras eles deverão ser observados na aplicação da lei e se inseridos nos princípios deverão ser valorados na hora da interpretação da lei (lei aqui num sentido genérico de regras).

Mas afinal, o que são princípios e regras? Segundo Humberto Ávila, **regras** são descrições abstratas de comportamentos sociais positivados pela lei<sup>106</sup>. Os **princípios**, por sua vez, seriam normas que surgiriam para o parâmetro para a interpretação das demais regras jurídicas (as regras positivadas) e que trariam coerência, unidade e harmonia para todo o ordenamento jurídico. Estes são os conceitos básicos que aprendemos desde então e que são

---

<sup>106</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. apud.

critérios de diferenciação tradicionais entre regras e princípios, estas espécies do gênero normas jurídicas.

Essa distinção entre regras e princípios, ao ver de Robert Alexy é, por sinal, a distinção mais importante para a proteção dos direitos humanos, sendo uma das “colunas-mestras do edifício” da teoria dos direitos humanos<sup>107</sup>. Em sua obra, este autor trata da teoria dos direitos fundamentais como sinônimo de teoria dos direitos humanos. Apesar da doutrina brasileira costumar distinguir direitos fundamentais como aqueles previstos na Constituição Federal e direitos humanos como aqueles previstos nos tratados internacionais de direitos humanos, aqui adotaremos o posicionamento do autor, que converge com o raciocínio prático e simplificador deste trabalho.

Robert Alexy, quando inicia sua distinção sistemática das duas espécies de normas jurídicas, justifica ser indispensável, desde logo, saber ao certo quando se utilizar uma regra ou de um princípio, a fim de se apontar, de forma acertada, a “fundamentação dedutiva no âmbito dos direitos fundamentais”<sup>108</sup>. Reconhece ser esta, uma distinção antiga, ainda sem determinação clara desta distinção, mas que, em razão de persistir uma grande polêmica neste assunto, esta diferenciação, a seu entendimento, é, ainda, muito “obscura e a terminologia vacilante”<sup>109</sup>.

Confirma o que dissemos de que norma é gênero do qual suas duas espécies são os princípios e as regras, porque, para ele, ambas são fundamentos do “dever-ser”, acrescentando que ambos podem ser “formulados por meio das expressões deônticas<sup>110</sup> básicas do dever, da permissão e da proibição”<sup>111</sup>. Apesar de aceitar a existência de vários critérios de diferenciação entre o que seja regra ou princípio, como o faz generosamente Humberto Ávila<sup>112</sup>, Robert Alexy entende que o critério mais utilizado para distinguir as normas é o “critério da generalidade”.

---

<sup>107</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 85.

<sup>108</sup> ALEXY, Robert. obr. cit. p. 85.

<sup>109</sup> ALEXY, Robert. obr. cit. p. 86.

<sup>110</sup> Deontologia, segundo o dicionário Houaiss, é a teoria moral criada pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham (1748-1832) que, rejeitando a importância de qualquer apelo ao dever e a consciência, na tendência humana de perseguir o prazer e fugir da dor o fundamento da ação eticamente correta. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 940/941.

<sup>111</sup> ALEXY, Robert. obr. cit. p. 87.

<sup>112</sup> ÁVILA, Humberto. obr. cit., p. 30-87.

Esse é um critério primordial, porque é através dele que conseguimos extrair que os princípios são normas de generalidade bem mais alta que as regras, e que estas últimas são dotadas de grau de generalidade bastante baixo. Como exemplo, podemos citar a diferença do “princípio do direito ao silêncio” previsto no artigo 5º, inciso LXIII <sup>113</sup>, da Constituição Federal e a *regra* do artigo 186 do Código de Processo Penal <sup>114</sup>, que determina ao juiz, neste caso, informar ao acusado, antes de iniciado o seu interrogatório, o direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Certamente que no primeiro caso há um maior grau de generalidade da norma, ao alcançar qualquer área do direito; diferente da regra jurídica do Código de Processo Penal que limita a sua incidência somente aos acusados processados pela prática de crimes.

Outro exemplo, quanto ao grau de generalidade das normas, trazido pelo próprio Robert Alexy, compara o alto grau de generalidade da norma que garante o direito a liberdade de crença e o baixo grau de generalidade da norma que prevê o direito de todo preso a converter outros presos à sua crença <sup>115</sup>. Diz que, apesar das duas normas acima serem normas universais, seus graus de generalidade, no entanto, são bem diferentes, pois a primeira pode ser utilizada por um número indeterminado de pessoas, enquanto a segunda (aliás, uma *regra* jurídica) é dotada de maior concretude, que no caso atinge somente as pessoas em regime prisional.

Entretanto, Robert Alexy traz um outro critério que, para ele, é o elemento decisivo de diferenciação entre regras e princípios. Por este critério, os princípios são “mandamentos de otimização”, significando dizer ter eles a característica peculiar de poderem ser satisfeitos em graus variados, na medida em que eles não dependem somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas <sup>116</sup>. Robert Alexy quer dizer, com isso, que os princípios contêm uma incidência variante a partir da verificação do caso concreto, enquanto as regras são normas de grau “determinante”, significando, neste último caso, que, ou a regra vale e aí terá que ser cumprida exatamente nos seus termos ou ela não vale e aí ela deverá impreterivelmente ser afastada. Não há possibilidade de satisfação “mais ou menos” da regra, enquanto o princípio permite esta maleabilidade.

---

<sup>113</sup> artigo 5º, inciso LXIII, CF: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

<sup>114</sup> artigo.186, par. único, CPP: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

<sup>115</sup> ALEXY, Robert. obr. cit. p. 87.

<sup>116</sup> ALEXY, Robert. obr. cit. p. 90.

O mesmo autor ainda preceitua que os “princípios” são normas que não contêm um “mandamento” definitivo, mas apenas *prima facie* e no caso das “regras” seu mandamento é totalmente diverso. O mandamento das “regras” contém um “conteúdo” definitivo, ao dispor de normas que exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, ou seja, a extensão de seu conteúdo está predeterminada pela norma. Os “princípios”, ao contrário, não dispõem dessa prefixação da extensão do seu conteúdo; o seu conteúdo será variável em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas em um determinado caso.

Quanto aos princípios Robert Alexy esclarece ainda que a sua determinação decorre diante da verificação de sua incidência concreta face outro princípio colidente aplicável àquele caso, ou seja, “um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido peso maior a um outro princípio antagônico”<sup>117</sup>. Além disso, sua carga argumentativa pode ser ou não alargada em razão do seu alto grau de indeterminação. Quer dizer que, os princípios além de possuírem a característica precípua de indeterminação eles contêm um alto poder de transformação de seus efeitos dependendo do contexto fático no qual ele está sendo empregado <sup>118</sup>.

Um excelente exemplo para observarmos esta alteração no resultado, quando da aplicação de um mesmo princípio, com argumentações diferenciadas é a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal. Esta Súmula, ao dispor que “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” traz diferentes resultados práticos ao desenvolvimento do “princípio constitucional da ampla defesa” através de recursos de argumentação, permitidos aos princípios. Quando a Súmula 523 do Tribunal constitucional brasileiro permite que um mesmo princípio – da plenitude da defesa – tenha ponderações a partir de idéias diferentes está exatamente permitindo que um mesmo princípio seja aplicado de formas diferentes sem perder o seu mandamento.

No exemplo acima, este mesmo princípio pode gerar diferentes resultados, que exigirá a comprovação ou não do prejuízo, para a anulação do processo (no todo ou em parte), caso seja considerada a ausência total de defesa ou mera deficiência de defesa no processo. Assim, no presente caso, o princípio determinará a comprovação do prejuízo, se for caso de nulidade

---

<sup>117</sup> ALEXY, Robert. obr. cit. p. 105.

<sup>118</sup> ALEXY, Robert. obr. cit. *apud*.

relativa (deficiência de defesa), ou presumirá o prejuízo, em caso de nulidade absoluta (falta de defesa).

Às “regras” tais reflexões não são possíveis. Uma vez constatada a possibilidade de sua utilização no caso concreto elas poderão ser consideradas válidas ou inválidas, sem qualquer espaço para argumentação. Sua incidência ao caso se dará através da verificação de argumentos técnicos, representando uma determinação definitiva para esse juízo concreto.

Não há dúvida, no entanto, que ambas as normas, apesar de seus diferentes aspectos, devem estar em conformidade com os preceitos constitucionais de um Estado. No caso brasileiro, os preceitos que devem ser observados em relação à proteção do ser humano, indubitavelmente, são aqueles constantes especialmente nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal. Estamos falando, principalmente, da dignidade da pessoa humana que está alocado expressamente na Constituição como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III), além da preocupação da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da garantia do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais; da promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação que são objetivos fundamentais do país (art. 3º e seus incisos I a IV).

Não bastassem os preceitos dos artigos. 1º e 3º, a Constituição ainda se preocupou em incluir preceitos protetivos à pessoa humana voltados às relações internacionais, conforme previsão do artigo 4º. Lá consta que nas relações internacionais, o Brasil deve-se reger por alguns princípios elencados neste artigo, nos importando a expressa previsão do princípio da prevalência dos direitos humanos, que desenvolveremos mais adiante.

Essas normas constitucionais, além do mais, estão ligadas a alguns “valores” que, apesar estarem intimamente ligados aos princípios, com estes não se confundem. Segundo Robert Alexy, há uma diferença “importantíssima entre valor e princípio” e para justificar essa constatação ele se vale dos “conceitos práticos” propostos por Von Wright <sup>119</sup>. Os “conceitos práticos se dividem em conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos, tendo os três como ponto comum o fato de que eles podem ser reduzidos a um conceito

---

<sup>119</sup> ALEXY, Robert. obr. cit. p. 145.



deontico básico, que é o conceito de dever ou de dever-ser”<sup>120</sup>. Os conceitos deontológicos seriam, por exemplo, os conceitos de “dever, proibição, permissão e de direito a algo”. Seriam conceitos “axiológicos” aqueles que se baseiam no conceito de “bom”, como por exemplo, o que seria bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social ou qualquer outro conceito compatível com o Estado de Direito. E, por fim, os conceitos “antropológicos” seriam conceitos que tratem de interesses, vontade, necessidade, ação e decisão sob o ponto de vista do direito<sup>121</sup>.

No entender desses dois autores, Robert Alexy e Von Wright, a diferenciação do que seria “princípio” e do que seria “valor” ficaria solucionada com os “conceitos práticos” revelados por Von Wright. Neles, os princípios, se enquadrariam no “conceito deontológico” pelo motivo de serem “mandamentos de otimização”<sup>122</sup>, preocupando-se com o que é devido, com o que é proibido, com o que é permitido, etc. E os *valores* se incluiriam no âmbito axiológico, pautado no critério do que é bom e do que não é bom.

Além disso, Robert Alexy, alegando ser simplista a classificação<sup>123</sup> exposta por Von Wright, discorre profundamente acerca de outros pontos diferenciadores entre os dois institutos, mas que, diante da sua profundidade e extensão, nos restringimos ao ponto que complementa os conceitos práticos: de que é *prima facie* no conceito de valores aquilo que for o “melhor” e no conceito de princípios é *prima facie* aquilo que for “devido”. Assim sendo, aquilo que é definitivamente o melhor está inserido no conceito de valor e aquilo que é definitivamente devido está inserido no conceito de princípio<sup>124</sup>.

Como para o Direito o que importa é o que dever-ser dos princípios, então, estes, para o autor, lhe são mais favoráveis uma vez que se vai buscar a norma devida ao caso concreto. O critério de solução do direito é muito mais seguro, para ele, quando decorrido de princípios, pois estes são normas possuem a característica de serem constatadas de forma clara e evidente. Como são de caráter deontológicos, os princípios passam por critérios objetivos ao

---

<sup>120</sup> ALEXY, Robert. obr. cit. p. 145.

<sup>121</sup> ALEXY, Robert. obr. cit. p. 145-146.

<sup>122</sup> Normas de otimização segundo, Robert Alexy, são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” e que, portanto, terão por satisfeitos na sua aplicação a partir da sua valoração casuística, variando seus graus dependendo da situação fática e da situação jurídica aplicável, sendo que esta última situação se determinará a partir dos princípios e regras colidentes. obr. cit. p. 90.

<sup>123</sup> ALEXY, Robert. obr. cit. p. 147-153.

<sup>124</sup> ALEXY, Robert. obr. cit. p. 153.

ter como base os limites do que é devido, do que é proibido, o que é permitido, se tem ou não tem direito a algo.

Os valores, por sua vez, não são dotados dessa objetividade, pois a cognição dos valores decorre de uma faculdade específica daquele que está valorando, envolvendo seus sentimentos como o amor, o ódio, que só não chegam a ser um critério meramente subjetivista, porque o critério subjetivista é um critério definitivo e pessoal de cada um, enquanto os valores são juízos de valores que se cercam de uma certa moralidade social que, portanto, lhe serve de uso em reiteradas situações <sup>125</sup>.

O mais importante sobre os valores é saber que eles não se confundem com os princípios. Primeiro porque valores podem estar inseridos em regras ou em princípios, pois os valores são conceitos axiomáticos e estes se preocupam com questões morais relativas a discussão do que é bom e do que não é bom para aquele caso. Toda regra, assim como os princípios, possuem valores em seus preceitos, com a diferença de que as regras são mandamentos definitivos e os princípios são mandamentos otimizados. Além do que, os valores devem sempre ser sopesado na aplicação de uma norma (seja um princípio ou uma regra), já que eles foram os precursores da sua criação. Sem a incidência de um valor sobre a norma esta fica carecida de sentido; por isso que comumente se diz que uma norma perdeu seu valor. Valores da sociedade são mutáveis e é por isso que se mudam as regras e os princípios com a mudança do pensamento da sociedade da época.

Apesar, portanto, de ser muito comum a confusão entre princípios e valores estes são inconfundíveis. Mesmo assim, na situação fática resta um pouco complicada esta diferenciação. O relevante é saber que os valores estão embutidos nos princípios e estes têm como função proteger valores. Além do mais, os princípios são tão robustos que permitem a maleabilidade na sua aplicação para que, diante de um caso concreto, se consiga efetivamente extrair um direito justo; coisa que a regra, por ser dura e estática, isoladamente não conseguiria alcançar.

---

<sup>125</sup> ALEXY, Robert. obr. cit. p. *apud*.

Aliás, é com base nesta questão que Miguel Reale <sup>126</sup> desenvolve sua teoria tridimensional do direito. O problema é que sua obra ainda está impregnada pela doutrina tradicional. Mesmo que ele faça a divisão entre princípios, regras e valores, sua posição tradicionalista insere os princípios dentro daquele velho conceito positivista de que os princípios são meros supressores de lacunas, conforme os métodos tradicionais de hermenêutica. Fala dos princípios sob a égide dos princípios gerais de direito, que conforme aduz a Lei de Introdução ao Código Civil, <sup>127</sup> estes são simples regras de interpretação da lei quando as regras jurídicas forem lacunosas <sup>128</sup>.

O autor chega a mencionar que se está iniciando um novo cenário aos princípios como “instrumentos de integração”, mas deixa claro que ainda concorda com a doutrina positivista. Ao comentar essa nova possibilidade, toma como base as idéias de Simonius, quando este afirma “que o direito vigente está impregnado de princípios até as suas últimas ramificações” <sup>129</sup> sendo eles “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas” <sup>130</sup>. Mas mesmo apontando as idéias de Simonius, ainda entende que os princípios são normas de mera interpretação utilizáveis sempre que tiver lacunas na lei, sem, desta forma, quebrar os paradigmas dogmáticos da doutrina civilista clássica <sup>131</sup>.

Este é inclusive o ponto diferencial deste Miguel Reale em relação a autores possuidores de uma visão mais contemporânea do direito, como Robert Alexy, dentre tantos outros. No Brasil, um exemplo explícito deste novo pensamento no que tange aos princípios é Humberto Ávila. Este autor, logo no início de suas considerações introdutórias, ao contrário de Miguel Reale, quebra os paradigmas tradicionais positivistas ao enfatizar que os “princípios não apenas explicitam valores, mas, indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamento, ultrapassando, desta forma, tanto a mera exaltação de valores sem a instituição de comportamentos, quanto à automática aplicação de regras”. Ele vai ainda mais além quando comenta que sua obra tem por finalidade propor um “modelo de explicação das espécies normativas que, ademais de inserir uma ponderação estruturada do processo de

---

<sup>126</sup> REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, apud.

<sup>127</sup> REALE, Miguel. obr. cit., p. 298 e p. 306.

<sup>128</sup> REALE, Miguel. obr. cit. p. 306.

<sup>129</sup> REALE, Miguel. obr. cit. p. 306.

<sup>130</sup> REALE, Miguel. obr. cit. p. 306.

<sup>131</sup> Vide Jonh GILISSEN, obr. cit., sobre a história do direito privado, p. 533-775.

aplicação, ainda inclui critérios materiais de justiça na argumentação, mediante a reconstrução analítica do uso concreto dos postulados normativos”<sup>132</sup>.

Humberto Ávila ao escrever seu ensaio nos traz uma grande esperança de estamos iniciando um percurso firme e sólido de que é possível e viável a busca da criação de novos paradigmas jurídicos além das regras, ao dissertar que também entende que o direito e sua interpretação devem ser renovados a partir da utilização dos princípios. Certamente seus conhecimentos e estudos a respeito do tema são de muita valia como fundamento para o desenvolvimento do trabalho, pois é uma raridade encontrar estudiosos do direito que têm a coragem de escrever de forma inovadora e contrária ao pensamento positivista, principalmente no Brasil que, como bem ressaltou Alysson Leandro Mascaro, tem um precedente histórico de pensamento autoritário<sup>133</sup>.

Neste contexto, por sinal, aproveitamos também para mencionar que Paulo Bonavides, no “capítulo oitavo” do “Curso de Direito constitucional”<sup>134</sup>, aborda o conceito de princípio com essa visão integralizadora, tecendo, logo a seguir, fortes críticas à “Velha Hermenêutica” quando esta impõe aos princípios uma carência de normatividade<sup>135</sup>, relegando-os a meros instrumentos de interpretação.

O interessante é concluir que, ao contrabalançarmos as idéias Miguel Reale e Humberto Ávila e verificarmos partirem de premissas diferentes sobre a incidência dos princípios, concluímos que ambos procuram chegar ao um denominador comum, ou seja, a busca da verdadeira justiça. E, embasando-se no pensar de Aristóteles<sup>136</sup>, cremos que somente conseguimos avançar, acerca de qualquer questão, quando, por meio do diálogo, encontrarmos o denominador comum, e é, a partir daí, que poderemos descobrir soluções outras que não aquelas consideradas absolutas e inafastáveis até então.

O próprio Miguel Reale, neste sentido, chega a dizer que o Direito sempre deve se pautar na observância de um único denominador comum “primordial de todos os valores que

---

<sup>132</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 17.

<sup>133</sup> MASCAR, Alysson Leandro. obr. cit., p. 96.

<sup>134</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

<sup>135</sup> BONAVIDES, Paulo. obr. cit., p. 232.

<sup>136</sup> ARISTÓTELES, obr. cit. apud.

é o valor da pessoa humana”<sup>137</sup>, a fim de que se possa alcançar uma solução justa em todos os casos. É essa a nossa preocupação, de possibilitar uma discussão harmônica sobre como conseguiremos alcançar uma efetiva e verdadeira justiça fora dos parâmetros formais fincados pelo positivismo jurídico, que trazem um hiato entre o pensamento do jurista e o sentimento de justiça do cidadão comum.

---

<sup>137</sup> REALE, Miguel. obr. cit. p. 315.

## 2.2 EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS

Eficácia, segundo o dicionário da língua portuguesa é a “virtude ou poder de produzir determinado efeito”<sup>138</sup>. Humberto Ávila, quando discorre sobre a “eficácia dos princípios” diz que os princípios têm essa qualidade porque eles possuem a “aptidão para produzir efeitos em diferentes níveis e funções”. Diz também que os princípios, “por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido da regras”<sup>139</sup>.

Desta forma, tendo os princípios o poder elástico na produção de efeitos, ao passo que busca sempre encontrar o ideal das coisas, têm eles a característica de atuar acima das próprias regras que se deparam com a função limitadora decorrente da sua positivação no ordenamento jurídico.

Quanto à eficácia dos princípios, Tercio Sampaio Ferraz elabora um estudo sobre a chamada “função eficaz” dos princípios<sup>140</sup>, que vai ao encontro da lição de Humberto Ávila, classificando os princípios quanto a esta função em: “eficácia interna direta e indireta e eficácia externa objetiva e subjetiva”.

Por esta classificação, Tercio Sampaio Ferraz, discorre, em primeiro lugar, que eficácia interna são os efeitos que os princípios produzem quando estes estão diante da sua atuação sobre outras normas, podendo sobre elas produzir efeitos de forma direta ou indireta. No plano da eficácia interna direta o direito é resguardado com base direta nos princípios, sem a necessidade de intermediação ou interposição de outro princípio ou regra. No plano da eficácia indireta, de modo contrário, os princípios atuam com a intermediação de um outro princípio ou de outra regra, podendo exercer, nos dizeres do autor, neste caso, um dos três tipos de funções que ele classifica como funções definitória, interpretativa e bloqueadora.

---

<sup>138</sup> HOUAISS. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

<sup>139</sup> ÁVILA, Humberto. obr. cit. p. 78.

<sup>140</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 196.

A “função definitória” é função que os princípios têm de definir os efeitos de outra regra ou princípio, na medida em que vão naquele caso delimitar o comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio axiologicamente superior <sup>141</sup>; como os princípios são dotados de graus de argumentação, conforme Robert Alexy, eles possuem maior ou menor eficácia conforme maior ou menor concretude de seus argumentos. Quanto mais um princípio abraçar outros princípios em seu contexto terá uma eficácia mais abstrata e, conseqüentemente, menos definidora, pois outros princípios incluídos como seus elementos serão capazes de solucionar a questão. A “função interpretativa” dos princípios se dá na medida em que ampliam ou restringem o sentido das normas <sup>142</sup>. E a “função bloqueadora”, permite aos princípios afastarem elementos expressamente previstos nas regras ou em outros princípios que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido <sup>143</sup>.

No plano da “eficácia externa”, por sua vez, os princípios atuam como parâmetros axiológicos (valorativos) para o próprio intérprete os utilizar. O intérprete deverá, neste caso, segundo o autor, buscar um ponto de vista condizente com os princípios que utiliza, sendo que, necessariamente, tais princípios devem estar previstos na Constituição (função eficaz valorativa). Quanto à eficácia externa os princípios atuam de forma objetiva (ou argumentativa) ou subjetiva. Na “eficácia argumentativa” ao intérprete é permitido, por meio dos princípios, argumentar a proteção dos interesses jurídicos do cidadão previstos na Constituição, especialmente contra o Poder Público <sup>144</sup>, de forma objetiva, ou seja, por meio de argumentos válidos à sociedade como um todo. Na eficácia externa subjetiva os princípios funcionam como direitos subjetivos aos sujeitos atingidos pela eficácia dos princípios porque, nestes casos, eles têm o condão de proibir as intervenções do Estado em direitos de liberdade, tendo os princípios, assim, “função de defesa ou de resistência (Abwehrfunktion)” <sup>145</sup>.

Ao nos depararmos, portanto, com doutrinadores nacionais e internacionais, de peso, que vêm enfatizando a força dos princípios de produzir efeitos imediatos, com a possibilidade de sua aplicação direta, concluímos serem os princípios instrumentos aptos a iniciarem uma

---

<sup>141</sup> p. ex. os subprincípios da confiança e da boa-fé objetiva que deverão especificar, para situações mais concretas, a abrangência do sobreprincípio da segurança jurídica; ÁVILA, Humberto. *Obr. cit.* p. 79.

<sup>142</sup> p. ex. o princípio do devido processo legal que orienta a interpretação de normas constitucionais ou legais. *Obr. cit.* p. 79.

<sup>143</sup> p. ex. se há uma regra prevendo um prazo curto que inviabiliza a protetividade dos direitos do cidadão, deve-se-á, neste caso, garantir um prazo adequado devido à eficácia bloqueadora do princípio do devido processo legal. *Obr. cit.* p. 79.

<sup>144</sup> ÁVILA, Humberto. *Obr. cit.*, p. 82.

<sup>145</sup> ÁVILA, Humberto. *Obr. cit.*, p. 82.

mudança eficiente na sistemática jurídica. Com o fim de afastar os dogmas do positivismo jurídico, que geram tanta desproporção e injustiça social, por meio das decisões judiciais que majoritariamente ainda adotam este perfil, os princípios passam a ser instrumentos fundamentais para a concepção de um direito voltado à preocupação com o ser humano, afastando sobremaneira o cumprimento das regras jurídicas positivadas, que se mantêm, injustificadamente, em voga com o argumento de que este afastamento geraria segurança jurídica.



## 2.3 O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO SER HUMANO

### 2.3.1. Origem e Conceito

O princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano é fruto do direito internacional advindo, conseqüentemente, dos tratados internacionais de direitos humanos. Partindo da evolução do direito internacional, chegamos, até a Declaração Universal dos Direitos Humanos que documentou pela primeira vez a preocupação com o ser humano como o sujeito principal de uma relação jurídica. Foi por ela então, que surgiu a doutrina que passou a pensar na proteção ao ser humano como um princípio. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, preocupada com a dignidade da pessoa humana, após o ápice do afastamento da humanidade, em respeitá-la, insere uma série de considerações a respeito à dignidade humana, que mais se parecem com normas principiológicas do que com um sistema posto.

Conforme desenvolvemos acima, a Declaração não é fruto de uma invenção aleatória e sim fruto dos antecedentes históricos do processo de universalização e internacionalização dos direitos humanos<sup>146</sup>. Neste sentido Valerio de Oliveira Mazzuoli afirma que “desde a Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos horrores cometidos durante este período, os direitos humanos constituem um dos temas principais do direito internacional contemporâneo ...”, sendo que “a normatividade internacional de proteção dos direitos humanos, conquistada através de incessantes lutas históricas, e consubstanciada em inúmeros tratados concluídos com este propósito, foi fruto de um lento e gradual processo de internacionalização e universalização desses mesmos direitos”<sup>147</sup>.

É por essa percepção desenvolvida até então, de que a origem dos direitos humanos é indissociável da evolução histórica da humanidade, é que concluímos o quão importante nos mostra, atualmente, a aceitação da prevalência da norma mais favorável ao ser humano como pressuposto, inafastável, do atingimento da efetiva e verdadeira justiça. Quando desenvolvermos, acima, a origem do direito internacional, antes de iniciar a origem dos

---

<sup>146</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit. p. 209.

<sup>147</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit. p. 212.

direitos humanos, era para, ao chegar neste ponto, frisarmos que a preocupação com a primazia da norma mais favorável ao ser humano não é uma questão piegas ou meramente doutrinária, mas sim uma questão de se inserir o direito numa nova ótica, voltada a busca da verdadeira justiça trazida por Aristóteles<sup>148</sup> e tão menosprezada pelo positivismo jurídico.

Quando estudamos livros voltados aos direitos humanos, sentimos a deficiência de uma coerência histórica entre os direitos humanos e a criação do direito internacional. E esta ligação, da origem do direito internacional com a origem dos direitos humanos, é indispensável para a quebra do paradigma positivista, porque nos permite comprovar a importância deste tema, na busca de uma efetiva proteção da dignidade humana, saindo da esfera puramente formal de sua aplicação, como verificamos hoje na aplicação do direito. Ao constatarmos que os direitos internacionais humanos, em si, originaram-se dos absurdos cometidos na guerra, apesar de, desde a Antiguidade, já existirem relações internacionais entre povos independentes, só nos fortalece a crença que deveremos evoluir no direito, cindindo-se de imposições atuais do direito positivo, criando um novo paradigma na aplicação do direito: da proteção máxima do ser humano no caso concreto.

A junção entre a evolução histórica da humanidade e a preocupação de se adotar novos parâmetros de interpretação do direito a fim de se alcançar a plenitude do ser humano, a partir do afastamento do positivismo jurídico, nos permite incutir um novo pensamento jurídico, com base não só em regras jurídicas, mas também com base em princípios jurídicos. Sem a quebra da visão puramente positivista é perceptível que jamais atingiremos esta plenitude, fechando os olhos, por consequência, ao mundo que está ao nosso redor, com a justificativa de estarmos aplicando a lei. É neste ponto, aliás, a importância da obra de Alysso Leandro Mascaro<sup>149</sup> que nos explica como surgiu a legalidade, nos fazendo entender essa insatisfação de muitos doutrinadores humanistas contra a legalidade do direito.

A relação entre a origem do direito internacional e dos direitos humanos juntamente com a crítica ao legalismo e a aplicação do direito ao caso concreto a partir de princípios é que conseguiremos ao menos diminuir as desigualdades sociais, as discriminações, enfim, a igualdade de direitos e condições a todos os seres humanos.

---

<sup>148</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Capítulo 5. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

<sup>149</sup> *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

Neste contexto, verificando que o princípio da primazia da norma mais favorável advém de uma construção histórica da humanidade, através do direito internacional contemporâneo, é uma norma-princípio que deve ser utilizada pelo operador do direito como fundamento básico. O combate à interpretação cega do direito, como o faz os positivistas, pode se valer de diversos instrumentos, como o que trazemos no presente trabalho, ou seja, a busca do direito a partir do caso concreto, utilizando-se dos princípios como instrumentos de interpretação para essa concretude. Justificando a existência do princípio em tela, a partir das necessidades históricas da humanidade, conseguimos, então, entender em que contexto o constituinte originário brasileiro inseriu o parágrafo 1º e 2º do artigo 5º da Constituição que discutiremos mais adiante.

Como um princípio a ser seguido, ou seja, como um parâmetro não só de interpretação, mas também de aplicação do direito, a primazia do ser humano deve ser o fundamento basilar de um novo parâmetro na aplicação do direito. Como bem disse Hannah Arendt “a própria vida é sagrada, mais sagrada que tudo mais no mundo”<sup>150</sup> e, portanto, é o ser humano que deve ser o foco do direito e não a segurança de um sistema jurídico que só é aplicável a poucos.

Baseado na plenitude da dignidade humana, como um princípio, e na adoção dos princípios como instrumento hábil de aplicação a casos concretos, o princípio, conhecido pela doutrina de direito internacional, da primazia da norma mais favorável ao ser humano, acaba por ser um instrumento eficiente na busca de uma justiça mais justa e distributiva que tanto pregava Aristóteles<sup>151</sup> e que aos poucos muitos estudiosos vem rememorando. A visão positivista da “Velha Hermenêutica”<sup>152</sup> de caráter meramente programático dos princípios, não os dotando de eficácia normativa, é uma visão arcaica do direito que não encontra mais guarida na nova concepção do direito, que vem entendendo que o direito deve ser um instrumento para a efetivação de uma justiça distributiva e equânime. Como ressalta Paulo Bonavides, “os princípios gerais de Direito cujo ingresso nas Constituições se faz com força positiva incontestável, perdendo, desde já, grande parte daquela clássica e alegada indeterminação, habitualmente invocada para retirar-lhes o sentido normativo de cláusulas

---

<sup>150</sup> ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. São Paulo: Perspectiva Universitária, 1972. p. 83.

<sup>151</sup> ARISTÓTELES. obr. cit.

<sup>152</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 21ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 259.

operacionais”<sup>153</sup> não pode mais ser aceita, diante da necessidade de abertura do sistema jurídico, focado no ser humano.

### **2.3.2. Princípio da Primazia e as Teorias do Direito Internacional**

Mencionamos inicialmente as duas teorias predominantes no direito internacional a monista e a dualista que têm, como principal ponto discordante, a forma de inserção das normas de direito internacional na ordem jurídica interna de cada país signatário dos tratados internacionais. Mas autores renomados como Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Carlos Weis <sup>154</sup>, dentre outros, afirmam que ambas as doutrinas estão superadas, porque, ao nos referirmos aos tratados de direitos humanos, suas normas devem sempre prevalecer, a fim de se dar a proteção máxima ao ser humano, adiantando, neste ponto sermos contrários a este ponto de vista, pois entendemos, neste aspecto, como veremos a seguir, que não importa se a norma provém do direito internacional ou do direito interno, mas sim qual a mais protetiva ao ser humano no caso concreto.

A respeito deste tema, enuncia Valério de Oliveira Mazzuoli que “atualmente, não mais se cogita em monismo ou dualismo, o que está, em matéria de proteção dos direitos humanos, por demais superado”<sup>155</sup>. Neste sentido, constata o mesmo autor, que ainda é pouco reconhecido o valor das normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais e que não se pode mais “admitir a igualização dos tratados internacionais protetivos dos direitos da pessoa humana com a legislação interna infraconstitucional. Ao contrário: deseja-se ver aqueles compromissos internacionais, senão acima, igualados em grau hierárquico às normas constantes da Lei Fundamental do Estado” <sup>156</sup>.

Antônio Augusto Cançado Trindade, neste diapasão, também leciona que a distinção tradicional, ao enfatizar “as relações reguladas pelos dois ordenamentos jurídicos, dificilmente poderia fornecer uma resposta satisfatória à questão da proteção internacional dos direitos humanos”, pois, no direito internacional tradicional, as relações entre os:

---

<sup>153</sup> BONAVIDES, Paulo. obr. cit. p. 258-259.

<sup>154</sup> WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006, *apud*.

<sup>155</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit. p. 229.

<sup>156</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit. p. 230.

[...] indivíduos, ou entre o Estado e os indivíduos, eram consideradas sob o aspecto da “competência nacional exclusiva”; e tentava-se mesmo argumentar que os direitos individuais eram reconhecidos pelo direito internacional, mas este não se dirigia diretamente aos beneficiários, e por conseguinte não eram diretamente aplicáveis ao ser humano<sup>157</sup>.

Esses autores, assim, nos trazem balizas para avançarmos um pouco mais na dialética do direito, ao nos dar lugar à verificação tanto os pontos de vista do positivismo jurídico, seja no âmbito do direito internacional ou do direito interno, como os pontos de vista, da doutrina internacional, da primazia da norma mais favorável ao ser humano. E, além disso, reforçaram nossa idéia de introduzirmos algumas novidades no sentido de nos voltarmos, efetivamente, à proteção máxima do ser humano, na seara jurídica, pouco se importando se a norma provém do direito interno ou dos tratados internacionais de direitos humanos, sem se esquecer da utilização da nova hermenêutica como instrumento de justiça social, conforme veremos.

A visão desses autores de proteção máxima ao ser humano com a aplicação imediata dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil é imprescindível para fazermos a ponte entre a velha ótica positivista e a nova ótica do direito, de proteção ao ser humano. Mas não nos esqueçamos que o presente estudo tenta introduzir um aspecto novo ao entender que se deve, sempre, tentar harmonizar as regras e os princípios a partir do caso concreto, deixando de lado, inclusive, o “método dedutivo”<sup>158</sup> incrustado nos nossos Tribunais. Como veremos a seguir, baseados nesta idéia, novos métodos de interpretação terão o condão de se permitir a aplicação das normas jurídicas de maneira a efetivar a máxima proteção ao ser humano, esvaziando o direito posto que só admite a aplicação do direito através das regras jurídicas, utilizando-se, pura e simplesmente, dos princípios como complementos das regras (quando utilizado).

É, portanto, com a nova doutrina internacionalista, de primazia da norma mais favorável ao ser humano, que conseguimos iniciar uma nova ótica com o objetivo de se começar a quebrar o paradigma do positivismo jurídico. Esses internacionalistas abrem um caminho fortificante para termos como foco principal do direito, num futuro próximo, a plena

---

<sup>157</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos. In: Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1996. p. 16.

<sup>158</sup> Vide, quanto ao método dedutivo e indutivo: NUNES, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. apud.

e irrestrita proteção ao ser humano. A hermenêutica contemporânea, neste aspecto, será o instrumento prático para o direito justo e equânime a que pretendemos chegar.

Sendo os princípios normas que surgem como parâmetro de interpretação das demais normas jurídicas, oferecendo unidade, coerência e harmonia a todo o ordenamento jurídico, o princípio da primazia da norma mais favorável, por sua vez, não está afastado de ser um instrumento de hermenêutica jurídica. É, no entanto, o princípio imprescindível a ser utilizado como parâmetro primacial dos novos tempos, pois sem ele jamais alcançaremos uma justiça justa.

O princípio da primazia da proteção ao ser humano, por assim dizer, é aquele apto a resolver qualquer conflito que porventura possa haver entre uma norma prevista em um tratado de direitos humanos e uma norma constitucional ou legal de direito interno. E os métodos modernos de interpretação, especialmente o tópico-problemático que veremos a seguir, permitirão voltar-se à discussão prática, concreta do direito, que os métodos clássicos são incapazes de atingir, uma vez que estes se restringem a solucionar divergências pelo método dedutivo.

Desta feita, o princípio da primazia da norma mais favorável vem superar as teorias monista e dualista do direito internacional e abrir uma “interpretação e aplicação” nova do direito, com a preocupação de se dar efetivamente o direito no caso concreto às pessoas que dele necessitam <sup>159</sup>. Considerando que, para nós, o conflito estaria na dúvida de qual norma deve prevalecer para a plenitude do ser humano, muitos posicionamentos positivistas, então, restariam superados, pois para atingirmos esta plenitude, é necessário deixarmos de lado a preocupação com o formalismo e passarmos a praticamente nos preocupar com o ser humano em si.

É, portanto, no conflito de normas que o princípio da primazia atua. Este princípio concretiza, para nós, a idéia de que pouco importa de onde provém o direito e sim qual é a norma que melhor protege o ser humano. Significa que não se deve perder tempo disputando qual a norma prevalente, se a norma internacional ou a norma interna. O importante é saber qual delas é a que melhor protege o ser humano. Superando perspectiva positivista de

---

<sup>159</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit. p. 250.

discussão de qual regra deve prevalecer, este princípio desencadeia um novo paradigma a ser buscado pelos operadores do direito: de olhar o ser humano envolvido, dentro do seu contexto social, aplicando-lhe a norma (regra ou princípio) que lhe traga uma resposta justa.

Ademais, a grandeza do princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano está no comportamento de duas regras fundamentais <sup>160</sup> aptas a combater o positivismo de um modo geral e não só das duas correntes clássicas do direito internacional:

a) a proibição de suscitar disposições de direito interno com o intuito de impedir a aplicação de normas internacionais mais benéficas ao ser humano.

b) caso a norma interna for a mais favorável à proteção dos direitos humanos é esta que deve prevalecer em face à disposição normativa internacional <sup>161</sup>.

A primeira regra consta inclusive, de forma expressa, em grande parte dos tratados voltados à proteção dos direitos do ser humano. A Convenção de Viena <sup>162</sup>, no artigo 27, determina que não se pode invocar o direito interno com a finalidade de se esquivar do cumprimento das regras previstas no tratado. O artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher também se refere a este princípio como meio de interpretação das normas internas e internacionais em caso de conflito entre elas. O artigo 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança; o artigo 5º, 2 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o artigo 1º, segunda parte, da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes <sup>163</sup>, além de outros tratados da ONU, mencionam a necessidade de observância da primazia da norma mais favorável ao ser humano.

Não é só no âmbito da ONU, aliás, que este princípio está previsto como elemento diferenciador. Os tratados elaborados pelo sistema interamericano também prevêem este princípio, como nos casos do artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos; do artigo 16 da Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura e dos artigos 13 e 14 da Convenção Americana para Prevenir e Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

---

<sup>160</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, AGAZZI, Anna Carla. Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998, p. 226-227.

<sup>161</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, AGAZZI, Anna Carla. obr. cit., p. 226-227.

<sup>162</sup> Convenção que estipula critérios de como se elaborar um tratado.

<sup>163</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, AGAZZI, Anna Carla. obr. cit., p. 227.

A título de exemplo, quanto à inserção do princípio da primazia de forma expressa no direito nacional, temos o conhecido “princípio da presunção de inocência”, consagrado pela nossa doutrina pátria, já que não é fruto direito da nossa Constituição. Ele decorre do artigo 14, 2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do artigo 8º, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Este princípio, como sabemos, proíbe o tratamento da pessoa acusada de um delito como culpado antes do trânsito em julgado da sentença. Entretanto, poucos sabem que o princípio prescrito no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição brasileira, não é o princípio da presunção de inocência e sim o “princípio da presunção de não-culpabilidade”<sup>164</sup>, que é bem mais restritivo que o primeiro.

A presunção de não-culpabilidade, pois, pressupõe que o réu, uma vez processado, não poderá ser considerado culpado pela prática do delito até a coisa julgada material, enquanto que o princípio da presunção de inocência afirma veementemente que ele não praticou qualquer crime, salvo se for condenado em sentença a qual não caiba mais recurso. A culpabilidade, portanto, é uma questão de censurabilidade da conduta praticada pelo agente, ao contrário da inocência que considera o agente não autor do delito até prova definitiva em contrário<sup>165</sup>.

Assim sendo, o princípio da presunção de inocência, aplicado corriqueiramente no Brasil, advém das normas do direito internacional e não do artigo 5º da Constituição Federal e, poucos sabem disso. Mas, este não é o principal exemplo da aplicação da norma internacional em face da norma interna, para a melhor proteção ao ser humano. Uma das questões mais discutidas no Poder Judiciário brasileiro atualmente é a possibilidade ou impossibilidade de prisão civil do depositário infiel.

O artigo 5º, LVII, da Constituição Federal permite a prisão civil por dívida em duas situações: descumprimento de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Só a primeira espécie de prisão civil é permitida também no direito internacional, sendo estabelecida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 7º, par. 7º) e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 11), que neste último caso “proíbe” a prisão civil por descumprimento de obrigação contratual<sup>166</sup>. A prisão do depositário infiel, assim, de forma

---

<sup>164</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, AGAZZI, Anna Carla. obr. cit., p. 228.

<sup>165</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, AGAZZI, Anna Carla. obr. cit., p. 228.

<sup>166</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, AGAZZI, Anna Carla. obr. cit., p. 229.



expressa, não é permitida, no sistema regionalizado, pelas regras do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e, no sistema global, pelas regras do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU).

À vista dessas disposições internacionais, para muitos, hoje não é mais possível a prisão do depositário infiel no Brasil. Em sendo os Pactos internacionais, tanto o de Direitos Civis e Políticos como o de São José da Costa Rica, proibitivos deste tipo de prisão a justificativa seria, exatamente, a aplicação de um princípio advindo do direito internacional em face da regra positivada na Constituição brasileira, de permissão desta espécie de prisão. Se o Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU protege mais o ser humano ao impedir a prisão em decorrência de uma relação contratual e o Pacto de São José da Costa Rica proíbe claramente a prisão do depositário infiel são eles quem deve prevalecer no conflito de normas de direito internacional e interno, e não o oposto.

Neste conflito, deve sempre prevalecer a norma (regra ou princípio) mais benéfica, independentemente da discussão dualista e monista de qual norma deve prevalecer, passando simplesmente a observar qual norma é mais favorável ao cidadão. Neste raciocínio, somente serão aplicadas as normas internacionais sobre direitos humanos, em prejuízo às normas nacionais, se elas forem mais benéficas ao ser humano; caso contrário, é a norma interna que terá a aplicabilidade prevalente.

Já houve decisões judiciais neste sentido, favoráveis quanto ao afastamento da prisão civil do depositário infiel no Brasil. O antigo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por exemplo, apesar de extinto, posicionou-se de forma vanguardista ao entender que as normas previstas no Pacto de São José da Costa Rica deveriam prevalecer diante da norma constitucional que permite a prisão do depositário. Por uma de suas Turmas, este Tribunal trouxe o seguinte precedente ao assunto:

Daí a sua **inconstitucionalidade**, pela incompatibilidade com a regra da Convenção Americana de Direitos Humanos, à qual o Brasil aderiu em 6.11.92, por força do Decreto n. 678, sem reservas, e **que passou a integrar o sistema constitucional garantidor dos direitos fundamentais da pessoa por força do que contém o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal.**<sup>167</sup>

---

<sup>167</sup> 5ª Turma do antigo Segundo Tribunal de Alçada Civil – Ap. n. 483.605-00/1- Rel. Dyrceu Aguiar – j. em 23.04.97. in PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, AGAZZI, Anna Carla. Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998, p. 230/231.

A prisão do depositário infiel, aliás, é uma questão bastante discutida concernente a permissão da prisão nos contratos de alienação fiduciária em garantia, prevista pelo Decreto-lei n. 911/69. A alienação fiduciária, em resumo, consiste na garantia dada a uma instituição financeira que, ao emprestar dinheiro ao consumidor para que ele adquira uma determinada mercadoria, com a aquisição desta, torna a propriedade resolúvel, ou seja, o consumidor passa a ter a posse direta do bem enquanto que a instituição financeira fica com a propriedade, que se resolve com o não pagamento do empréstimo. O problema desta legislação está quando o empréstimo não é pago, pois o Decreto-lei 911/69 permite, após o pedido judicial de pedido de busca e apreensão, a prisão do devedor como depositário infiel caso não seja encontrado o produto da alienação.

Neste aspecto, o Supremo Tribunal Federal que tradicionalmente têm “colocado os tratados internacionais ratificados pelo Brasil no mesmo nível hierárquico das normas infraconstitucionais, refletindo uma concepção monista moderada”<sup>168</sup>, recentemente começou a mudar essa concepção<sup>169</sup>. Até então, a Suprema Corte vinha adotando a idéia retrógrada do sistema da “paridade normativa”<sup>170</sup> dos tratados e convenções com as leis ordinárias editadas pelo Estado, situando-os no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas<sup>171</sup>. Segundo este posicionamento, ainda seguida pela maioria da jurisprudência nacional, a “Constituição da República, ao tratar da competência do Supremo Tribunal Federal, teria dado aos tratados internacionais pelo Brasil ratificado idêntico valor da lei interna, e, conseqüentemente, devendo ser utilizado no conflito entre norma de direito internacional e lei interna o critério cronológico, onde a norma mais recente revoga a anterior que com ela conflita”<sup>172</sup>.

O Decreto-lei 911/69, sendo anterior aos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de São José da Costa Rica que, respectivamente, passaram a integrar o direito interno com a edição dos Decretos n. 592 e n. 678, ambos de 1992, repercute de forma direta

---

<sup>168</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 194.

<sup>169</sup> RE 349703 e RE 466343. O Plenário do STF, por maioria, no primeiro caso arquivou e no segundo caso, por unanimidade, negou provimento em que ambos os recursos discutiam a prisão civil de alienante fiduciário infiel. O Plenário estendeu a proibição de prisão civil por dívida, prevista no artigo 5º, inc. LXVII, da Constituição Federal, à hipótese de infidelidade no depósito de bens e, por analogia, também à alienação fiduciária, restando a prisão civil por dívida somente aos casos de obrigação alimentícia.

<sup>170</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 191.

<sup>171</sup> Cf. Acórdão n. 662-2, do processo de Extradicação julgado pelo Tribunal Pleno do STF, em decisão majoritária, aos 28.11.1996 (DJ, 30.5.1997, pp. 23.176), rel. Min. CELSO DE MELLO. in MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 194.

<sup>172</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 194.

nesta questão, pois a regra adotada pelo Pretório Excelso da *lex fori derogat priori*<sup>173</sup>, regra esta decorrente do sistema de tratamento paritário das normas, já por si só resolveria esta questão, pois integrando o direito interno após a edição do referido Decreto-lei, isso, por si só faria com que predominasse as regras jurídicas dos tratados face ao Decreto-lei 911/69. Entretanto, não é assim que o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo, permitindo a prisão civil nos contratos regidos pelo Decreto-lei 911/69 com base no argumento jurídico da “especialidade das leis” no ordenamento brasileiro.

Diante deste argumento, não bastava, para o Supremo Tribunal Federal, “somente ser lei nova”. Nos dizeres de Valério de Oliveira. Mazzuoli<sup>174</sup> a Corte Suprema exigia mais: “além de nova, deve ser apta a revogar a lei anterior. E esta qualidade só se verifica nas hipóteses em que ambas as leis (nova e anterior), sejam “gerais”, ou ambas sejam especiais”. “A Excelsa Corte, não permitia, assim, que uma norma de caráter geral (como é o caso do Pacto de San Jose da Costa Rica), derrogasse uma lei anterior que, em relação a ela, seja especial (caso do Decreto-lei n. 911/69”<sup>175</sup>. Essa orientação, no entanto, conforme já destacado, ainda vem sendo prestigiada por grande parte da doutrina e jurisprudência brasileira que, entende que as regras do direito internacional somente repercutirão no ordenamento jurídico interno com a mesma eficácia das leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro.

Independente da inicial mudança da Suprema Corte brasileira, certamente que para nós este pensamento está superado. Não importa a discussão sobre a aplicação ou não do princípio da *lex posterior derogat priori* e do princípio da especialidade. Qualquer hipótese que envolva direitos humanos, o que deve incidir é o princípio hermenêutico da prevalência da norma mais favorável à vítima, pouco importando se a norma mais favorável é anterior ou posterior. A máxima proteção dos direitos humanos é o objetivo final, considerando que é possível essa interpretação baseado no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, que nos permite concluir que o princípio da primazia da norma mais favorável está inserido no ordenamento jurídico nacional como um princípio constitucional, conforme demonstraremos a seguir.

---

<sup>173</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 198.

<sup>174</sup> É de se frisar, neste aspecto, que a obra do mencionado autor ainda não considerava esta recente decisão do STF, e, por este motivo, que estamos inserindo os verbos no passado.

<sup>175</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 199.

Tanto que temos exemplos dessa proteção mais abrangente por normas do direito interno, como o direito de reunião previsto no inciso XVI do artigo 5º da Constituição Federal. A Constituição permite reunir-se livremente, sem restrições, desde que seja de forma pacífica, em local público e mediante aviso prévio às autoridades para não frustrarem outra reunião marcada anteriormente no mesmo local, diferentemente do Pacto de Direitos Civis e Políticos (artigo 21) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 15) que reconhecerem o direito à reunião, mas restringem este direito ao permitirem que a lei nacional o restrinja, em qualquer caso, quando ferir a segurança nacional ou ordem pública, para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades de outras pessoas <sup>176</sup>.

Outro exemplo é o direito de associação para fins lícitos, elencado no inciso XVII do artigo 5º da Constituição Federal. A norma constitucional somente restringe a associação com finalidade paramilitar (organizações particulares de cidadãos armados e fardados sem pertencer às forças militares regulares)<sup>177</sup>, permitindo, ademais, qualquer forma de associação, desde que para fins lícitos. Em dissonância com esta abertura normativa, tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos como o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), sucessivamente, nos artigos 22-2 e 16-3, permitem que a lei interna de cada Estado-Parte imponha restrições e proíba a associação de membros das forças armadas ou mesmo da polícia, o que não ocorre com a norma constitucional brasileira, visto que ela não veda aos militares e policiais a associação, desde que não sejam sindicalizados, pois a Constituição Federal impede sua sindicalização (associação que tem por finalidade a defesa dos interesses profissionais) <sup>178</sup>.

Constatando serem, às vezes, as normas internas mais benéficas e às vezes as normas internacionais mais benéficas, o princípio da primazia da norma mais favorável permite, portanto, a flexibilização na aplicação do direito como instrumento de justiça social. Em síntese, a proteção dos direitos humanos deve sempre prevalecer. Assim, sempre que um tratado de direitos humanos for mais prevalente que o direito nacional deve-se desconsiderar qualquer regra nacional que venha a desqualificá-lo ou restringi-lo, observando-se o princípio fundamental da primazia da proteção ao ser humano, sendo a recíproca também verdadeira.

---

<sup>176</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, AGAZZI, Anna Carla. obr. cit., p. 232.

<sup>177</sup> HOUAISS, Instituto Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Editora Objetiva, 2004, p. 2130.

<sup>178</sup> HOUAISS, Instituto Antônio. obr. cit., p. 2578.

## 2.4 OS PRINCÍPIOS COMO INSTRUMENTO DE COMBATE EM BUSCA DA PLENITUDE DA DIGNIDADE HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

### 2.4.1 Noções Gerais

Os princípios, como dissemos, tradicionalmente são considerados como parâmetros de interpretação de todas as demais normas jurídicas e são eles que, como regra geral, trazem unidade, harmonia e coerência a todo o sistema jurídico. No direito internacional, como vimos, também os princípios estão presentes, especialmente, quando do estudo da principiologia dos tratados, que nada mais é do que:

O estudo dos antecedentes históricos do processo de universalização e internacionalização dos direitos humanos, as características básicas dos direitos humanos e finalmente o estudo da regra de hermenêutica fundamental da prevalência dos direitos humanos e da primazia da norma mais favorável ao ser humano<sup>179</sup>.

Já vimos anteriormente essas três vertentes da principiologia dos tratados, inclusive quanto ao conflito entre as normas dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a normas de direito interno<sup>180</sup>. Seja princípios constitucionais explícitos ou implícitos (como muitos dos princípios dos tratados internacionais), é com eles que encontraremos soluções bastantes para combatermos o paradigma positivista da legalidade, dando a máxima proteção à dignidade humana, independentemente das regras escritas ser omissas ou prever preceitos contrários aos princípios.

Quanto aos princípios, chegamos a dizer do posicionamento de alguns doutrinadores como Robert Alexy, Humberto Ávila, dentre outros, no sentido deles não serem mais simples instrumentos de interpretação, mas também instrumentos de aplicação e integração do direito. Ambos são instrumentos qualificativos envolvendo a hermenêutica constitucional num sentido amplo e que a doutrina clássica repudia.

---

<sup>179</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., Parte II, capítulos VI e VII (21.1).

<sup>180</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 209.

No que tange à “aplicação” como regra de hermenêutica, dois princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, que integrados, nos são pertinentes como instrumento de justiça. Um é o “princípio da prevalência dos direitos humanos” expressamente previsto no artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal, como um dos princípios regentes da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais. O outro é o “princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano” que tem por fundamento constitucional a combinação dos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º, que se insere na chamada “Principiologia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos”, como bem ressalta Valério de Oliveira Mazzuoli <sup>181</sup>.

Ambos os princípios são aplicáveis de forma direta no ordenamento jurídico nacional, um para as relações exteriores de interesse do país e o outro provindo do direito internacional interiorizado com plena eficácia pelas regras dos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Fundamentos do mesmo teor, ambos são subprincípios do sobreprincípio <sup>182</sup> da dignidade da pessoa humana.

É de se notar que, quanto à aplicação, portanto, os dois princípios são trabalhados de forma isolada, cada um dentro de um contexto constitucional: o primeiro dentro dos direitos e garantias do ser humano e o segundo no âmbito do direito internacional. Desta feita, é fácil chegar à conclusão positivista de que o princípio da primazia da norma mais favorável não é um princípio previsto na Constituição Federal por derivar de tratados internacionais e o princípio da prevalência dos direitos humanos só ser um princípio aplicável às relações internacionais, obstruindo a idéia da existência de um princípio maior que é o princípio da máxima da proteção ao ser humano.

Porém, é com a conjunção desses dois princípios que conseguiremos, assim, desmascarar a visão positivista que insiste em dizer que não existe, no direito pátrio, uma norma constitucional que expresse a máxima proteção ao ser humano, como muitos, comumente, o fazem. Só conjugando-os é possível desbancar a clássica discussão entre as correntes monistas e dualistas, de qual norma deve prevalecer: se a norma de direito interno

---

<sup>181</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002 (capítulo VI).

<sup>182</sup> Conceitos de subprincípio e sobreprincípio dos ensinamentos de Humberto Ávila. obr. cit. apud.

ou a norma de direito internacional. E não se poderá mais dizer que o princípio da primazia do ser humano não faz parte do sistema jurídico constitucional.

É inescusável que pensemos a partir da integração desses dois princípios numa nova maneira de enxergar o direito constitucional, fazendo com que o cidadão seja a peça fundamental no momento da aplicação do Direito. É necessário, que o cidadão modele o Direito e não o oposto como tem ocorrido com o positivismo jurídico. É com este pensamento idealizador que podemos transformar a estrutura jurídica atual e ultrapassada em uma nova ótica para o Direito, colocando o cidadão como o modelador do Estado, exigindo que este reproduza os interesses do ser humano de forma integral e não o ser humano subjugado pela lei como tem sido até então.

Partindo do pressuposto que integralizar significa “incluir um elemento num conjunto, formando um todo coerente”<sup>183</sup>, podemos englobar os dois princípios num fundamento ainda maior que vem a ser o princípio da dignidade humana. Com base nesta integração será permitido, segundo André Ramos Tavares, estabelecer uma unidade<sup>184</sup> à Constituição que os positivistas sempre justificam para excluir o princípio da prevalência ao ser humano como fundamento constitucional de justiça. Não há mais possibilidade de se falar da inexistência da primazia da proteção do ser humano, pois ela faz parte da junção do “princípio da primazia norma mais favorável ao ser humano”, que está previsto nos tratados internacionais de direitos humanos, e do “princípio da prevalência dos direitos humanos”, que, em regra, como já se viu, está prevista na parte da Constituição que trata das relações internacionais.

Os dois princípios, desta forma, certamente fazem parte do sistema jurídico-constitucional<sup>185</sup> e ao inter-relacionarem-se acabam por criar, o chamamos de uma “nova norma principiológica”, que é a da absoluta proteção ao ser humano, pouco importando se há ou não a previsão de uma regra jurídica para isso. É para esta proteção, inclusive, adotamos este posicionamento, pois não se é mais concebível, hoje, dizer que uma coisa é o princípio da norma mais favorável ao ser humano e outra coisa é o princípio da prevalência dos direitos humanos, pois, grosso modo, são a mesma coisa quando inseridos na proteção da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>183</sup> Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 1630.

<sup>184</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 75.

<sup>185</sup> Vide a diferença entre princípios político-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais em José Afonso da Silva. Curso de direito constitucional positivo. 23. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 93.

A integração dos dois princípios, incorporando-os ao princípio da dignidade da pessoa humana é o que permite, então, justificar a utilização dos princípios como instrumento de busca da plenitude da dignidade humana. Rizzatto Nunes sabiamente chega a dizer que “nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas pode desconsiderar o princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>186</sup>. Em consonância com o que estamos vimos dizendo, complementa que “está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais”<sup>187</sup>. Além disso, “o esforço é necessário porque sempre haverá aqueles que pretendem dizer ou supor que Dignidade é uma espécie de enfeite, um valor abstrato de difícil captação. Só que é bem o contrário: não só esse princípio é vivo, real, pleno e está em vigor como deve ser levando em conta sempre, em qualquer situação”<sup>188</sup>.

Humberto Ávila, da mesma forma que Rizzatto Nunes, diferencia princípios por sua maior ou menor importância, classificando-os de “sobreprincípios” e de “subprincípios”. Para este autor, a diferença entre sobreprincípios e subprincípios está na eficácia do seu poder de argumentação. Portanto, quanto maior a eficácia direta ou indireta de um princípio, maior o seu poder de argumentação. Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um princípio que irradia sua eficácia a diversos princípios que com ele se compatibilizam tem-se como um sobreprincípio, enquanto que os princípios da primazia da norma mais favorável e da prevalência dos direitos humanos têm-se como subprincípios<sup>189</sup>. Ressalta, ainda, que os subprincípios têm a vantagem de ter autoridade de princípios cuja eficácia é direta, mas o sobreprincípio tem a autoridade de incidir com maior abrangência no sistema jurídico, expedindo um comando a todo o sistema jurídico acerca de seu cumprimento<sup>190</sup>.

Incorporado os princípios da primazia da norma mais favorável e da prevalência dos direitos humanos no sobreprincípio da dignidade da pessoa humana é possível superarmos o viés positivista de se argumentar que esses princípios não têm aplicação para o âmbito dos direitos fundamentais do cidadão, uma vez que este princípio é um comando impositivo ao

---

<sup>186</sup> NUNES, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51.

<sup>187</sup> NUNES, Rizzatto. obr. cit., p. 50.

<sup>188</sup> NUNES, Rizzatto. obr. cit., p. 51.

<sup>189</sup> ÁVILA, Humberto. .obr. cit., p. 78/79.

<sup>190</sup> ÁVILA, Humberto. .obr. cit., p. 78/79.



operador jurídico de cumprimento de todos os subprincípios a ele vinculado. Esta questão, aliás, será de grande valia quando tratarmos do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

#### **2.4.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

Para falarmos na integração entre os princípios da primazia da norma mais favorável e da prevalência dos direitos humanos e entre estes e o princípio da dignidade da pessoa humana, entretanto, é necessário antes tecermos comentários acerca do princípio da dignidade da pessoa humana. Neste aspecto, aproveitaremos basicamente os ensinamentos de Rizzatto Nunes <sup>191</sup> e o pensamento de Ernst Block a fim de desenvolver seu conceito, sua abrangência e sua importância no texto constitucional.

Para Rizzatto Nunes não há que se falar em dignidade da pessoa humana sem assegurar-lhe os direitos sociais previstos no artigo 6º e *caput* do artigo 225 da Constituição Federal. Essas normas “garantem como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição, assim, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida. Somem-se a isso os demais direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à honra, etc” <sup>192</sup>.

Esses são direitos correlatos à dignidade da pessoa humana que, envolvendo um *piso vital mínimo* <sup>193</sup>, são direitos sociais indispensáveis e mínimos para qualquer ser humano viver com um mínimo de dignidade. São direitos incorporados ao conceito de dignidade suscetíveis de conceber um parâmetro mínimo de qualidade social como limite de sua garantia.

---

<sup>191</sup> NUNES, Rizzatto. obr. cit.

<sup>192</sup> NUNES, Rizzatto. obr. cit., p. 51.

<sup>193</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2000. apud.

Aduz o mesmo autor que a observância deste princípio é um dever social de todos, especialmente dos operadores do direito na hora de sua atuação, não podendo jamais desconsiderá-lo<sup>194</sup>. É dever social também do Estado, uma vez que não é só obrigado a abster-se de ofender a dignidade e seus respectivos direitos como também é obrigado a criar condições favoráveis ao respeito à pessoa<sup>195</sup>.

Diz ainda que, a dignidade, não é uma espécie de “enfeite”, um “valor abstrato de difícil captação”. Ela é sim um princípio “vivo, real, pleno e está em vigor”, devendo ser sempre levado em consideração, em qualquer situação, sendo que a própria Constituição impõe sua implementação concreta<sup>196</sup>. A dignidade, por assim dizer, é a “luz de todo o ordenamento”, é a “estrela máxima do universo principiológico”, capaz de solucionar conflitos normativos entre regras e princípios previstos na Constituição. “Assim, por exemplo, o princípio da intimidade, da vida privada, honra, imagem da pessoa humana etc. deve ser entendido pelo da dignidade. No conflito entre liberdade de expressão e intimidade é a dignidade que dá a direção para a solução. Na real colisão de honras, é a dignidade que servirá – via proporcionalidade – para sopesar os direitos, limites e interesses postos, e gerar a resolução”<sup>197</sup>.

A dignidade, então, é um princípio que, antes de tudo, está ligada a uma questão ética, “fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marcaram a experiência humana. Foi, claramente, a experiência nazista que gerou a consciência de que se deveria preservar, a qualquer custo, a dignidade da pessoa humana. Assim, para definir dignidade é preciso levar em conta todas as violações que foram praticadas, para, contra elas, lutar”<sup>198</sup>.

Ernst Bloch, “filósofo da totalidade”, marcado por sua “utopia jurídica”, apostará que a dignidade humana só se concretizará quando for total e plena. Para ele o homem só será totalmente livre quando livre das amarras mercantis, da exploração do trabalho, do homem

---

<sup>194</sup> NUNES, Rizzatto. obr. cit., p. 50 e 53.

<sup>195</sup> NUNES, Rizzatto. obr. cit., p. 53.

<sup>196</sup> NUNES, Rizzatto. obr. cit., p. 51.

<sup>197</sup> NUNES, Rizzatto. obr. cit., p. 55 e 56.

<sup>198</sup> NUNES, Rizzatto. obr. cit., p. 48/49.

socialista <sup>199</sup>. Apesar do seu pensamento marxista de luta de classes, podemos extrair de seu pensamento idéias inovadoras com autoridade de “peticionar luz em meio às trevas” <sup>200</sup>.

Diz ele que é “chegado o tempo de concretizar o justo” através de uma “nova moral racional, dotada de grande sensibilidade para concretizar na terra uma comunidade fraternal”. Sua utopia tem poder diante da pessoa que ele é. “Judeu alemão, nascido pobre, exilado ao tempo de Hitler, perseguido na Alemanha Oriental pelos stalinistas, viveu 92 anos de atividade intelectual e política com os olhos voltados ao futuro”, instaurando uma nova utopia, denominada de “utopia concreta” <sup>201</sup>. A “utopia concreta é a práxis voltada ao amanhã que diante das potencialidades transformadoras será capaz de acabar com a carência e da fome de hoje” <sup>202</sup>.

Como frisa Alysson Leandro Mascaro, quando lidos, os pensamentos de Ernst Block, rapidamente, os motes principais da sua filosofia do direito, parecem se identificar com os pensamentos jusfilosóficos do direito natural. Mas com eles não se compara. Ele, na verdade, opta por uma construção jurídica através de uma “dialética da dignidade” <sup>203</sup> pautada na ética de um mundo mais justo e melhor, a partir da “possibilidade” de se concretizar o justo. Percebe-se que sua filosofia, apesar de baseado abertamente no marxismo, “é bastante aberta”, “dialogando constantemente com uma tradição filosófica que vai desde o aristotelismo ao iluminismo” <sup>204</sup>.

Para Ernst Bloch, “toda a trajetória da utopia da dignidade humana é social e histórica;” idéia bem condizente com o que expomos até então quanto à construção histórica dos direitos humanos. Inclusive quando pondera que boa parte deste pensamento jurídico é uma “herança necessária” à utopia jurídica de uma sociedade justa e digna <sup>205</sup> constatamos sua relação estrita com o pensamento que estamos desenvolvendo.

---

<sup>199</sup> MASCARO, Alysson Leandro. Utopia e direito: Ernst Block e a ontologia jurídica da utopia. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 11.

<sup>200</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 12.

<sup>201</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 13/14.

<sup>202</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 14.

<sup>203</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 15.

<sup>204</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 16.

<sup>205</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 154.

Com vista à dignidade concreta, o autor, inclusive, utiliza o lema da Revolução Francesa para a busca da paz, considerando a “fraternidade como a concretização da liberdade e da igualdade”<sup>206</sup>. Mesmo que se valha desses preceitos “para superar a exploração de classes” este ideal permite transpormos este raciocínio para o direito, substituindo esta expressão acima pela expressão “ para superar o positivismo jurídico”, permitindo que pessoas menos favorecidas e afastadas das formalidades das regras jurídicas tenham efetivamente uma resposta jurídica compatível com sua realidade social.

Ernst Block “considera o direito como um instrumento a princípio neutro”<sup>207</sup>, e, concordando com a posição deste filósofo, consignamos, mais uma vez, que acreditamos ser, o direito, um instrumento passível de aferição da plenitude do ser humano. Não o único, obviamente, mas em conjunto com outras áreas como a política, a economia, etc. O interessante é que, apesar de não pactuarmos com as idéias marxistas básicas, a filosofia de Ernst Block não deixa de ser imprescindível para buscarmos elementos a justificar que, a dignidade da pessoa humana, está acima de qualquer regra jurídica, além de constatarmos que a limitação do direito, pelo positivismo, nada mais é do que os postulados do direito jusfilosófico burguês a que se refere o filósofo.

Neste sentido é que Ernst Block diz que os direitos humanos é fruto de um discurso burguês, pois se observarmos que o positivismo criou princípios limitadores da dignidade humana, como o princípio da “segurança jurídica”, será preciso “afastar esses princípios jurídicos, que durante a história”<sup>208</sup>, tolheram e ainda vem tolhendo a máxima da dignidade da pessoa humana. Em sendo assim, para transpassarmos o positivismo jurídico é necessário resgatar a liberdade do pensamento jurídico, afastando os dogmas legalistas, de que as leis são feitas para todos, subordinando o pensamento do operador do direito aos interesses de poucos que detém o poder de legislar.

Ernst Block aprofunda mais este pensamento ao enfrentar a separação entre moral e o direito estabelecido pelo sistema atual, destacando a importância da ligação da moral com o direito. Mesmo que não concordemos em absoluto com seu raciocínio, de que só haverá uma verdadeira ponte entre direito e moral quando cindida a sociedade de classes, pois

---

<sup>206</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 157.

<sup>207</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 159.

<sup>208</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 162.

consideramos que a visão marxista está superada neste aspecto, concordamos, entretanto, que a moral é na sua interface jurídica a própria utopia da dignidade humana e que o apontamento para a utopia jurídica será, de fato, a extinção do direito positivo<sup>209</sup>, da dominação das regras jurídicas criadas por aqueles que se encontram no poder, e no que se versa a tal respeito, a extinção da máxima positivista da “moral autêntica que chancela seu Amém”<sup>210</sup>.

Apoderados da moral como fundamento do direito positivo, este direito impede, assim, um “potencial de críticas que a ética poderia representar em face do próprio direito, evitando o postulado de uma dignidade humana real”<sup>211</sup>. Fazendo, desta forma, a divisão entre a moral e o direito, o filósofo acaba por permitir que resgatemos uma visão crítica do direito, como o que estamos pretendendo fazer através da construção da plenitude da pessoa humana, a partir de um novo paradigma: o da utilização dos princípios como possíveis instrumentos de alcance real da dignidade humana.

#### **2.4.3. Princípio da Dignidade Humana como Instrumento de Integração dos Princípios da Primazia da Norma mais Favorável e da Prevalência dos Direitos Humanos**

Amparados pelo “sobrepincípio” da dignidade da pessoa humana<sup>212</sup> a integração entre o “subpincípio” da primazia da norma mais favorável, existente nos tratados internacionais de direito humanos, com o subpincípio da prevalência dos direitos humanos, se torna uma consequência lógica do sistema constitucional.

Partindo da premissa de que os princípios constitucionais são aqueles que guardam valores fundamentais da ordem jurídica, a fim de reger a direção e o caminho a ser seguido pelas regras jurídicas, é imprescindível fazer uma interpretação sistemática e teleológica entre os artigos 1º, inciso III e 4º, inciso II, da Constituição Federal, sempre, é claro em cotejo com o parágrafo 2º do artigo 5º dessa mesma Carta Magna<sup>213</sup>.

---

<sup>209</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 169.

<sup>210</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 169.

<sup>211</sup> MASCARO, Alysson Leandro. obr. cit., p. 168/169.

<sup>212</sup> ÀVILA, Humberto. .obr. cit., *apud*.

<sup>213</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 273.

Pautado no princípio da dignidade resta impossível, pois, afastar o princípio da primazia como uma norma constitucional implícita <sup>214</sup>, derivada dos direitos humanos internacional. Neste sentido, segundo Valerio Mazzuoli:

O raciocínio é simples: abstraindo-se a referência aos tratados, o texto constitucional dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição, não excluem outros “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” (art. 5º, par. 2º) <sup>215</sup>. E integrado com um dos princípios constitucionais expressamente consagrados pela Magna Carta, o qual, inclusive, é norteador da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais, que é o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), que, aliás, aparece pela primeira vez em uma Constituição brasileira, como princípio fundamental a reger as relações internacionais do Estado brasileiro. <sup>216</sup>

Isso não pode ser considerado instrumento de interpretação sem qualquer aplicação prática e concreta no direito interno.

Como complementa o referido autor:

Se o princípio da prevalência dos direitos humanos é um princípio da República Federativa do Brasil, a outro entendimento não se pode chegar, senão o de que todo o tratado internacional de direitos humanos terá “prevalência”, no que for mais benéfico, às normas constitucionais em vigor. Trata-se da consagração pela Carta de 1988, da universalidade dos direitos humanos <sup>217</sup>.

Carlos Roberto Husek esclarece que o Brasil, com a inserção do princípio prevalência dos direitos humanos, “está voltado para a proteção do indivíduo na ordem jurídica interna, apoiando os sistemas internacionais de proteção” <sup>218</sup> e, conseqüentemente, propugnando uma atuação ativa dos tribunais nacionais no sentido de proteger plenamente o ser humano.

---

<sup>214</sup> FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição brasileira, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1989, pp.219-220, in MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 273.

<sup>215</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 273.

<sup>216</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 274.

<sup>217</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 274.

<sup>218</sup> HUSEK, Carlos Roberto. Curso de direito internacional público. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 91. in MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 274.

Desta maneira, ao integralizar os dois princípios com o princípio da dignidade, encontra-se uma maneira de afastar qualquer discussão quanto à eficácia do dispositivo constitucional contido no parágrafo 2º do artigo 5º. Considerando que o princípio da primazia da norma mais favorável está completamente conforme com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc.III, CF), pois a dignidade da pessoa humana é o sobreprincípio no qual se insere o subprincípio da primazia da norma mais favorável, ele deve ser respeitado como o princípio estruturante da Constituição Federal <sup>219</sup> (art. 1º. III c/c art. 5º, par. 2º, CF).

Da mesma forma, o princípio da prevalência dos direitos humanos. Considerando que este é subprincípio do sobreprincípio da dignidade humana, ele também deve ser respeitado como um princípio constitucional da pessoa humana no direito interno, se transpondo assim, das relações internacionais para sua aplicação direta no direito interno, com o objetivo de se proteger plenamente o ser humano, no esfera social ou individualmente (art. 1º. III c/c art. 4º, II, CF).

Mesmo porque:

Fazendo-se uma interpretação sistemática da Constituição que proclama em seu art. 4º, II, que o Brasil se rege em suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, e em seu art. 1º, III, que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (sendo esta um dos pilares sobre o qual se assenta o Estado brasileiro), a outra conclusão não se chega, senão a de que a vontade do constituinte, no artigo 5º, par. 2º, da Carta da República, foi realmente de consagrar, de forma efetiva, a universalidade dos direitos humanos, dando sempre primazia à norma mais benéfica ao ser humano <sup>220</sup>. Assim, quando a Constituição dispõe em seu art. 4º, II, que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, inter alia, pela prevalência dos direitos humanos, está, ela própria, a autorizar a incorporação do produto normativo convencional mais benéfico, pela porta de entrada do seu art. 5º, par. 2º, que tem o caráter de cláusula aberta à inclusão de novos direitos e garantias individuais provenientes de tratados <sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> Expressão usualmente utilizada por J. J. Gomes CANOTILHO em *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1993.

<sup>220</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos & relações internacionais*, p. 132. in obr. cit., p. 274-275.

<sup>221</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos ...*, p. 97; e, também, em *A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*, p. 37. in obr. cit., p. 274-275.

Pedro Dallari, também partidário desta mesma linha, aduz que a prevalência dos direitos humanos, enquanto princípio norteador das relações internacionais impõe a busca da plena integração das normas do sistema internacional à ordem jurídica interna brasileira, dando irrestrita vigência ao par. 2º do art. 5º, aos direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que “República Federativa do Brasil” seja parte<sup>222</sup>.

Pedra fundamental da Constituição brasileira, o princípio da dignidade, portanto, é o instrumento capaz de integrar esses dois princípios ao direito constitucional, dando-lhes assim a plena eficácia e permitindo que esses produzam efeitos na ordem jurídica interna, pois a dignidade humana deve sempre estar amparada por princípios com maior concretude que permitam o respeito a ela.

Desta forma, é possível contender a posição doutrinária e jurisprudencial, que, ainda, entende aplicável a regra da *lex posterior derogat priori*, nos conflitos entre tratados internacionais e legislação brasileira<sup>223</sup>, envolvendo a questão da hierarquia das leis, que, aliás, recentemente, o Supremo Tribunal Federal tem iniciado uma mudança de posição neste sentido<sup>224</sup>. Conforme exposto anteriormente, o Supremo Tribunal Federal estava, até recentemente, adotando, pela maioria de seus ministros, a “paridade das normas dos tratados internacionais com as regras positivadas por lei ordinária” (item 2.3.2), posição esta que, ao que parece, foi modificada com o julgamento dos RE 349703 e RE 466343<sup>225</sup>.

Removidas, então, as duas correntes clássicas do direito internacional, que cada dia vem perdendo mais força, a interpretação que deve se fazer, quando surge um conflito aparente de normas previstas nos direitos humanos internacional e no direito interno, é uma interpretação que integre os princípios do sistema interno e internacional ao *sobreprincípio* da dignidade da pessoa humana, que harmonizará o sistema constitucional brasileiro, no sentido de exigir o cumprimento do direito, pautado na plenitude do ser humano.

---

<sup>222</sup> DALLARI, Pedro. Constituição e relações exteriores. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 162.

<sup>223</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 189-192.

<sup>224</sup> Cf. RE 349703 e RE 466343,

<sup>225</sup> Os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Carmem Lúcia e Menezes Direito se posicionam, nos RE 349703 e RE 466343, no sentido de considerar as normas, dos tratados internacionais sobre direitos humanos, com **eficácia supralegal**. E em sentido contrário, defendendo o status constitucional dos tratados sobre direitos humanos, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluzo, Eros Grau e Ellen Gracie. [[Fonte: [http://www.r2learning.com.br/\\_site/noticias/curso\\_oab\\_concurso\\_noticia\\_4692\\_STF...](http://www.r2learning.com.br/_site/noticias/curso_oab_concurso_noticia_4692_STF...)]]



Não há que se falar que a regra jurídica posterior revoga a regra jurídica anterior, porque, diante da “dignidade humana, o princípio da primazia da norma mais favorável”, proveniente de tratados sobre direitos humanos, e o “princípio da prevalência dos direitos humanos”, estão no topo da pirâmide jurídica, e, por isso, devem ser respeitados, sob pena de se ferir as cláusulas pétreas previstas no par. 4º, do art. 60 da Constituição Federal.

Há de se enfatizar, porém, que os demais tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, não têm natureza de norma constitucional; estes sim terão natureza de norma infraconstitucional, mas mesmo assim, de natureza supralegal, não podendo, contudo, serem revogados por lei posterior, diante da conclusão extraída do art. 102, III, b, da Constituição Federal, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratados ou lei federal”<sup>226</sup>.

---

<sup>226</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 245.

## 2.5 A POSSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DO CASO CONCRETO

### 2.5.1 Os Métodos Tradicionais de Hermenêutica e os Princípios da Unidade Constitucional e da Máxima Efetividade

Hermenêutica para doutrina clássica, segundo Paulo Bonavides, é a “operação lógica, de caráter técnico, mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara e precisa”<sup>227</sup>. Ela serviria para se alcançar o real sentido da lei, a partir das técnicas de interpretação, também conhecidas como métodos de interpretação, divididos, como delinea Pedro Lenza, em métodos tradicionais e métodos mais modernos de interpretação<sup>228</sup>.

Os “métodos clássicos de hermenêutica” foram originalmente desenvolvidos por Savigny e são aqueles em que o intérprete, a partir da interpretação das próprias regras de direito, tenta desvendar o seu verdadeiro significado. Partem das regras normativas para a sua aplicação concreta. Nesta visão, a Constituição, portanto, seria um elemento de interpretação, por si só, não se preocupando, em razão desta auto-suficiência, com fatores externos quando da sua aplicação.

A interpretação pelo método clássico, busca apenas estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito<sup>229</sup>, questionando-se a lei e não o direito<sup>230</sup>, configurando-se em um trabalho interpretativo com a mera elucidação do seu conteúdo ao caso concreto. No momento em que se faz a interpretação, portanto, a regra fica totalmente vinculada ao fato concreto, inserindo a realidade na regra de direito<sup>231</sup>. Percebe-se claramente o método positivista da dedução, onde se parte da lei para o caso concreto e jamais o contrário. Sob este ponto de vista, as regras são interpretáveis, excluindo-se os princípios como norma de aplicação e, conseqüentemente, de integração do direito.

---

<sup>227</sup> BONAVIDES, Paulo. obr. cit. p. 437.

<sup>228</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 67 e ss.

<sup>229</sup> RADBRUCH, Gustav, 5a ed., p. 210, apud Paulo Bonavides, obr. cit. p. 437.

<sup>230</sup> BONAVIDES, Paulo. obr. cit. p. 437.

<sup>231</sup> BATTAGLIA, Felice. Curso de Filosofia del Derecho, tradução espanhola, v. II, p. 145, apud Paulo Bonavides, obr. cit. p. 438.

Há, neste diapasão, uma classificação clássica quanto à forma de interpretação, que pode se dar em razão aos sujeitos que a elaboram (quanto às fontes), quanto aos meios empregados nesta interpretação e quanto aos resultados.

Quanto às fontes a interpretação pode ser “autêntica, judiciária ou doutrinária”. A primeira é a elaborada pelo próprio legislador a partir de uma nova lei; a segunda pelas decisões judiciais procedidas pelos juízes ou tribunais e a doutrinária pelos estudiosos do Direito, por meio de seus estudos jurídicos.

Quanto aos meios, a interpretação pode ser feita de forma “gramatical, histórica, teleológica ou lógico-sistemática”. Pelo meio gramatical, o intérprete vai ao encontro exatamente do que a lei que dizer no seu sentido literal já que “in claris cessat interpretatio”, ou seja, a clareza da lei é evidente, não existindo espaço para o interpretador alterar seu conteúdo. Na interpretação histórica o que se busca é a vontade (“ratio”) do legislador quando da elaboração da regra jurídica, contrariamente da teleológica em que se busca a “ratio” da lei. E, finalmente, na lógico-sistemática busca-se a vontade da lei, dentro do contexto em que se insere, ou seja, dentro do conjunto de regras na qual a regra a ser interpretada está incluída.

Apesar de Paulo Bonavides afirmar a que os métodos lógico-sistemático e histórico-teleológico sejam “métodos modernos” de interpretação sua classificação é equivocada neste sentido, pois não faz sentido dizer que esses métodos clássicos tiveram alguma modificação real nos antigos métodos de interpretação ao se constatar que decorre da mera junção dos clássicos métodos de interpretação de Saviny. O máximo que podemos dizer é que há um desdobramento lógico desses métodos, onde na prática não se sabe ao certo qual o efetivamente utilizado pelo operador do direito. Mesmo porque todos partem do *método dedutivo* de interpretação, partindo da regra jurídica para a situação fática, com o argumento positivista de que a regra deve ser aplicada de forma igual para todos, independente do contexto social em que se inserem, sob pena, para essa corrente, de ferir a segurança jurídica.

Esses métodos clássicos de Saviny foram trazidos do direito civil, para o qual foram criados, a todo o ordenamento jurídico como justificativa dos positivistas de impedir outras construções que não fosse imposta através das leis. É tão clara esta intenção que se chega a ponto de dizer que a interpretação literal é um “método” quando na verdade ela sequer seria

propriamente uma interpretação, porque interpretar é buscar o sentido da regra e ela não busca nenhum sentido.

Os dois únicos métodos que ainda são interessantes manterem-se como métodos hermenêutico-constitucionais, na atualidade, são os “métodos lógico-sistemático e o teleológico”, pois eles são capazes de se amoldar às novas técnicas de interpretação e podem, até mesmo, serem métodos complementares úteis, em razão, no primeiro caso, do seu objetivo de analisar o todo, harmonizando as normas integrantes de um mesmo sistema. E, no método teleológico, porque pode ser de grande valia quando da análise dos antecedentes históricos da norma interpretada. Mesmo porque eles podem servir de instrumento de interação dos princípios como ocorreu com a integração do princípio da primazia da norma mais favorável e o princípio da prevalência dos direitos humanos.

Neste ínterim, além dos métodos clássicos de interpretação, ainda do ponto de vista da doutrina clássica, podemos trazer os princípios constitucionais de interpretação que são indispensáveis para se chegar ao real alcance das normas, não se olvidando, contudo, que, para essa doutrina, os princípios não passam de meras fontes de interpretação e não normas jurídicas a embasar um direito.

Esses princípios, para os positivistas, são essenciais para afastar as antinomias aparentes presentes no texto constitucional e eles têm como essenciais dois princípios fundamentais de interpretação: o “princípio da unidade da Constituição e o princípio da máxima efetividade”<sup>232</sup>. Segundo os livros de direito nacionais que, em quase sua totalidade (para não dizer sua totalidade), os conceituam somente como mecanismos de interpretação, o primeiro princípio imporia ao intérprete a obrigação de analisar as normas constitucionais dentro do contexto geral do texto constitucional a ponto de não se permitir sua interpretação de forma isolada, sob o risco de criar contradições. E o “princípio da efetividade” seria uma forma de controle da hierarquia das leis, onde as normas infraconstitucionais devem manter sua compatibilidade em relação às regras constitucionais, interpretando-se, portanto as regras previstas na Constituição de forma que o intérprete lhes dê a melhor interpretação possível para manter sua eficácia constitucional. Este último princípio, aliás, é muito usado, pelos doutrinadores dos direitos humanos, na interpretação dos direitos fundamentais, quando, no

---

<sup>232</sup> LENZA, Pedro. obr. cit., p. 72/73.

caso de dúvida, deve-se preferir a interpretação que reconheça maior eficácia às regras pertinentes a eles.

É certo que a interpretação das normas é de fundamental importância para a aplicação do Direito, especialmente na interpretação da Constituição que possui texto normativo amplo e aberto. Além do que, não podemos nos esquecer que lhe é inerente o seu caráter político e a interpretação da Constituição é indispensável para conseguirmos desmistificar a visão positivista do direito. É, aliás, por meio dessa constatação que não desprezamos inteiramente a interpretação da Constituição, porque, apesar da codificação da Lei Maior, é através dela que vamos conseguir realmente alcançar o direito justo a partir dos princípios, para cada situação concreta. No entanto, é por isso que entendemos superados os métodos clássicos de interpretação uma vez que eles costumam macular a realidade ao produzir o mesmo efeito normativo a realidades completamente diversas. Salvo o método lógico-sistemático e o teleológico que poderão ser viáveis em alguns casos, não se pode mais tolerar que uma norma seja aplicada de igual forma para classes sociais diferentes, com realidades sociais diferentes.

Sendo insuficientes para a aplicação de um Direito justo e equânime, podemos adotar, entretanto, novos métodos de interpretação, que certamente fogem da mera hermenêutica de interpretação-constatação, pois eles podem servir como valiosos métodos de aplicação e integração da dignidade humana. É, aliás, urgente a evolução nesta área, a fim de serem estudados e empregados, na prática, novos métodos de interpretação das normas, que poderão ser bastante eficazes no encontro de saídas para a aplicação de um novo direito, a par do positivismo jurídico.

### **2.5.2. O Método Tópico e outros Métodos Modernos de Interpretação**

Raro encontrar nos manuais de direito constitucional brasileiro uma preocupação substancial com o tema hermenêutica, muito menos livros que tratem exclusivamente deste tema. Felizmente, são perceptíveis as crescentes publicações de doutrinas neste sentido, com interessantes e instigantes inovações nesta seara, como por exemplo, o estudo do jurista Lenio

Luiz Streck, com sua “Hermenêutica Jurídica e(m) Crise”<sup>233</sup>, além de traduções de obras reconhecidas internacionalmente como “Hermenêutica Constitucional” de Laurence Tribe e Michael Dorf<sup>234</sup> e de Robert Alexy<sup>235</sup>. Sua importância está na modificação do pensamento jurídico brasileiro a partir de novas idéias, novas percepções do direito, retirando (ou ao menos pondo em dúvida) a validade absoluta do positivismo jurídico como forma de se aplicar o Direito.

Pedro Lenza, por exemplo, é um dos primeiros autores de manuais acadêmicos que se preocupam em, pelo menor, tecer alguns comentários sobre esta nova hermenêutica, apontando o surgimento de outros métodos alheios aos obsoletos<sup>236</sup> métodos clássicos de interpretação, reconhecendo, inclusive, a necessidade de se aprofundar sobre o estudo deste tema<sup>237</sup>. Apesar dessa sua consciência, não deixa de incluir esses novos métodos de hermenêutica que inconfundíveis com os métodos tradicionais, partem de outro ponto para a interpretação da Constituição, conforme brevemente apontaremos os principais.

Paulo Bonavides também comenta sobre estes métodos, inclusive, com ricos detalhes, com a diferença que ele é um livro menos acadêmico e mais técnico e profundo<sup>238</sup>, utilizados basicamente por operadores do direito que buscam uma especialização na matéria. Poucos estudantes universitários conhecem o livro deste autor, não tirando sua grande importância em propagar essas novas idéias aos docentes do direito que, conseqüentemente, propagarão aos seus alunos.

Pode até parecer bobagem estes comentários, mas ele decorre exatamente da finalidade desse estudo, de instituir um novo pensamento no direito brasileiro e demonstrar que o positivismo não é uma verdade absoluta, sendo falha e pretensiosa sua justificativa de que só com as regras jurídicas dão a proteção efetiva ao direito e, por conseqüência, aos direitos humanos. E autores com ampla aceitação pelos estudantes de direito, escrevendo sobre esta nova visão, vai-se criando condições de conhecer outras verdades que não aquelas impostas pelo positivismo jurídico, num movimento totalmente conforme à dialética de

---

<sup>233</sup> Obr. cit. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>234</sup> Obr. cit. Belo Horizonte: Del Rey Internacional, 2007. 206 p.

<sup>235</sup> Em Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

<sup>236</sup> Ou incompletos, no caso da adoção do método lógico-sistemático ou do método teleológico.

<sup>237</sup> LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 67.

<sup>238</sup> BONAVIDES, Paulo. obr. cit. capítulos 8, 13, 14, 18.

Aristóteles<sup>239</sup>, que produz o conhecimento a partir do diálogo. Aliás, é por esse viés que Michel Villey caminha, acreditando que o retorno à “arte” de dialogar e discutir dos filósofos antigos, especialmente Aristóteles, deve reafirmar para desmascarar “pretensas objetividade e neutralidade” do positivismo jurídico<sup>240</sup>.

Os métodos mais inovadores, segundo Pedro Lenza<sup>241</sup>, resumidamente, são: “o tópico-problemático, o hermenêutico-concretizador, o científico-espiritual, o normativo-estruturante e o método da comparação constitucional”, que, por sinal, Paulo Bonavides traz de forma muito mais profunda em sua obra, conforme já ressaltado. Mas para o presente estudo uma breve concepção de cada um é o suficiente para se ter uma noção dessas novas técnicas de hermenêutica, a fim de não correremos o risco de nos aventurar em outro tema que não no principal.

O **método tópico-problemático** dá praticidade à interpretação, pois ele parte de um do caso concreto para a interpretação norma constitucional, interpretando de forma totalmente oposta que os métodos clássicos de hermenêutica até então estudados. É este método que iremos nos utilizar como uma possível solução para a diminuição do afastamento atual do direito com a realidade social de cada caso concreto.

O **método hermenêutico-concretizador**, ao contrário do tópico-problemático, igualmente como os positivistas, o intérprete, num primeiro momento, parte da Constituição (regra jurídica) para o problema dando a oportunidade a ele de se aproveitar do seu conhecimento anterior sobre o tema (pressupostos subjetivos). Num segundo momento, parte da realidade social, atuando como mediador entre a norma e a situação concreta (pressupostos objetivos) para, num último momento, movimenta-se entre os seus conhecimentos e a realidade social (círculo hermenêutico) a fim de extrair finalmente o sentido da norma.

Já o **método científico-espiritual** pressupõe que a Constituição não é estática e sim dinâmica, que se renova constantemente, seguindo as modificações da vida social. Segundo Inocêncio Mártires Coelho tanto o Estado como a Constituição e o Direito são fenômenos

---

<sup>239</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

<sup>240</sup> VILLEY, Michel. *O Direito dos Direitos Humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 19-38.

<sup>241</sup> Obr. cit., pg. 70-71.

*culturais*, servindo-se de instrumentos para a realização de cada um desses institutos <sup>242</sup> (método este, aliás, que o Supremo Tribunal Federal tem se valido constante e gradativamente, por meio da chamada “mutação constitucional”, em que o texto se mantém incólume, mudando somente a sua interpretação).

O **método normativo-estruturante**, parte da interpretação literal clássica, analisando não só atividade do legislador à época como também, dentre outras, pela atividade do judiciário, do governo, da administração na época da elaboração da norma. Assim, o intérprete se volta à realidade social quando da concretização da norma.

Por fim, pelo **método da comparação constitucional**, a interpretação é alcançada por meio da comparação dos institutos a serem interpretados entre várias Constituições, partindo-se dos métodos hermenêuticos tradicionais acima explanados.

Na verdade, o único desses novos métodos de interpretação que efetivamente nos traz algo de novo é o **método tópico** (ou tópico-problemático), pois é só ele que parte do caso concreto para a norma. Os outros métodos estão totalmente impregnados pelo “positivismo legalista”, mantendo-se ao “apego literal e servil dos textos” <sup>243</sup>. É por tal motivo que desacreditamos nos demais métodos e iremos utilizar, como um método auxiliar na busca de soluções, para a diminuição do afastamento atual do direito com a realidade social de cada caso concreto, somente o método tópico.

### 2.5.3 A Interpretação dos Parágrafos 1º e 2º do Artigo 5º da Constituição Federal

Do ponto de vista hermenêutico, não podemos deixar de mencionar que a doutrina internacionalista brasileira, que tem como adeptos A. A. Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Valerio Mazzuoli, dentre outros, entende que, em razão da conjugação dos pars. 1º e 2º. do art. 5º da Constituição Federal, os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados automaticamente no ordenamento constitucional brasileiro.

---

<sup>242</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91.

<sup>243</sup> VILLEY, Michel. *obr. cit.* p. 21.



Como apontamos anteriormente, os direitos humanos estão protegidos atualmente tanto no âmbito do direito internacional como no direito constitucional brasileiro. No âmbito do direito internacional, conforme já dissemos estes direitos estão previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, nos Pactos de Direitos Cíveis e Político e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e nos diversos tratados temáticos de direitos humanos, além dos tratados regionalizados.

No âmbito interno brasileiro eles estão previstos no Título II da Constituição Federal, quando dispõe dos Direitos e Garantias Fundamentais, sempre com a dignidade da pessoa humana como argumento fundamental para interligar o cumprimento de todos os direitos e garantias cíveis, políticos, econômicos, culturais ou sociais que melhor atendam à plenitude e o respeito ao ser humano, inclusive dos direitos oriundos dos tratados internacionais de direitos humanos.

Apesar do termo “direitos humanos” ser utilizado mais quando se fala de direito internacional, ele também está previsto na Constituição Federal, na expressão “direitos fundamentais”<sup>244</sup>. Ao se fazer uma interpretação lógico-sistemática do parágrafo 2º do artigo 5º com o Título II, no qual este artigo faz parte, se conclui que o constituinte deu a entender que no direito brasileiro, direitos humanos se equipara a direitos fundamentais. Pelo uso da terminologia “tratados internacionais de direitos humanos” no artigo 5º, par. 2º dentro do Título “Direitos Fundamentais”, o constituinte originário pretendeu deixar claro ambas as expressões significam a mesma coisa. Além do mais, o constituinte derivado reformador confirma esta interpretação evolutiva, de que direitos fundamentais e direitos humanos, ao menos no direito brasileiro, querem significar a mesma coisa, ao utilizar-se da expressão “direitos humanos” no artigo 109, parágrafo 5º, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/04.

Como se não bastasse o status constitucional atribuído pela Carta de 1988, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em razão da interpretação acima, é ainda de se ressaltar que, tais tratados, por expressa disposição da Constituição, passam a incorporar-se automaticamente em nosso ordenamento, a partir de suas respectivas ratificações. É a conclusão que se extrai do mandamento do par. 1º do art. 5º da nossa Carta Magna, que dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata<sup>245</sup>.

---

<sup>244</sup> Vide item 2.1. acerca deste assunto.

<sup>245</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 253.

Ao dar aplicação imediata a todos os direitos e garantias fundamentais, expressos na Constituição ou provenientes de tratados, obrigando o operador do direito a sua observância, amplia o âmbito material de aplicação desses direitos e garantias, transcendendo o catálogo dos direitos individuais e coletivos” esculpido nos arts. 5º a 17 da Carta da República, para abranger ainda outros direitos e garantias expressos na mesma Constituição (mas fora do catálogo), bem como aqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, tudo, consoante a regra do par. 2º do seu art. 5º<sup>246</sup>.

O próprio constituinte originário, ao dispor primeiramente, no parágrafo 1º do artigo 5º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e, em seqüência, no parágrafo 2º do mesmo artigo, de que “os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados em que o Brasil seja parte” confirma que as normas do direito internacional, voltadas aos direitos humanos, incidirão imediatamente no ordenamento jurídico interno, não se confundindo com os tratados tradicionais. No que tange a estes, ao contrário dos tratados de direitos humanos, “adota-se a sistemática da incorporação legislativa, exigindo que, após a ratificação, um ato com força de lei (no caso brasileiro esse ato é um decreto expedido pelo Poder Executivo) confira execução e cumprimento aos tratados no plano interno. Desse modo, no que se refere aos tratados em geral, acolhe-se a sistemática da incorporação não automática, o que reflete a adoção da concepção dualista”<sup>247</sup>.

Com essa interpretação teleológica mais uma vez se conclui que, em caso de conflito entre normas previstas na Constituição e no direito internacional, prevalecerá a que for mais benéfica a ser humano, pois o princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano, nesta concepção, também está enquadrado como uma norma-princípio com eficácia normativo-constitucional. Sem se esquecer do argumento justificador da sua inserção como subprincípio do sobreprincípio da dignidade humana, como acima fora exposto.

---

<sup>246</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 254.

<sup>247</sup> PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 8.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90.

Quanto à aplicação imediata dos tratados de direitos humanos, não concordamos, contudo, com a posição de Valério Mazzuoli quando afirma que “com relação aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, foi adotado no Brasil o “monismo internacionalista kelseniano”, de forma que a simples “ratificação” do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna”<sup>248</sup>.

Com certeza lhe assiste razão quando justifica que é dispensável a uma norma de direito nacional que integre o tratado de direitos humanos ao sistema jurídico, mas isto não significa dizer que o direito brasileiro, neste aspecto, adotou o monismo internacionalista kelseniano. Kelsen, como os autores monistas, partem do ponto da existência de uma unidade do conjunto de normas jurídicas. Diz ele que se o Estado ratifica um tratado internacional, é porque está se comprometendo juridicamente a assumir um compromisso e se tal compromisso envolve direitos e obrigações que podem ser exigidos no âmbito interno do Estado, não se faz necessário, só por isso, a edição de um novo diploma, materializando internamente aquele compromisso exterior<sup>249</sup>.

Para Kelsen, portanto, é desnecessário o reconhecimento interno, por meio da edição de um decreto legislativo, para a incorporação dos tratados, independente do tratado internacional ser comum ou de direitos humanos. Não se preocupa com o ser humano e sim com o compromisso estatal formalizado pela assinatura do acordo internacional. Sequer menciona a proteção ao ser humano como objeto de seu posicionamento e, para ele, sempre se aplica o direito internacional, fruto de um compromisso firmado pelo Estado.

E como estamos tentando mostrar o direito com base num novo paradigma de proteção máxima ao ser humano, dizer que adotamos monismo internacionalista kelseniano aos direitos humanos seria um verdadeiro retrocesso, uma vez que a preocupação está na plenitude do respeito aos direitos dos seres humanos, pouco importando de que lugar a norma provém, desde que ela seja mais benéfica possível a esta proteção. Ao adotarmos essa posição, contrariamente ao monismo internacionalista kelseniano é possível que uma norma do direito interno prevaleça em detrimento de uma norma de direitos humanos internacional, bastando que ela seja mais benéfica ao ser humano.

---

<sup>248</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 254.

<sup>249</sup> CF. Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari. Normas internacionais ..., p. 29. in MAZZUOLI, Valério de Oliveira. obr. cit., p. 120.

É injustificável, pois, tentar argumentar através de paradigmas positivistas que vêm nas regras os subterfúgios para manterem suas idéias. Dissemos antes que tanto a teoria monista como a teoria dualista são frutos do positivismo jurídico, tendo em vista que ambas discutem como formalmente deve ser incorporado um tratado internacional no direito interno. Dissemos também, que a nossa preocupação não está na forma de incorporação das regras de um tratado ratificado pelo Brasil e sim como os princípios inovadores do direito internacional podem servir como instrumento da plenitude da pessoa humana e que, sendo mais benéfica a essa proteção uma norma do direito interno, é esta que deve prevalecer.

#### **2.5.4 O Método Tópico e as Normas sobre Direitos Humanos**

Com base nos comentários acerca da hermenêutica constitucional podemos interpretar o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, por meio de vários de seus métodos, para se chegar à conclusão de que os princípios dos tratados internacionais de direitos humanos têm incidência imediata no ordenamento jurídico interno, por serem eles considerados princípios constitucionais.

Como já visto, é possível adotar tanto a hermenêutica clássica como as mais modernas, dependendo da vontade do aplicador das normas. Seja, portanto, por meio da utilização dos métodos clássicos, seja por meio do uso dos métodos mais contemporâneos, ambos são capazes para justificar a imediata aplicação das normas internacionais de direitos humanos no direito brasileiro.

É possível, desta forma, também adotar o moderno método tópico de hermenêutica, para que, a partir de um caso concreto, o exegeta aplique automaticamente alguma norma de direitos humanos prevista no direito internacional, a qual o Brasil se obrigou, sem se preocupar se direito interno a regularizou formalmente ou não.

Numa sociedade pluralista como a de hoje é imprescindível que sejam aplicados métodos mais modernos de interpretação e o método tópico-problemático vai bem de

encontro com essa sociedade moderna. Aliás, ambas as sociedades são sinônimas, visto que a sociedade moderna é pluralista por nela existir vários grupos de indivíduos que pensam de forma diferente e até mesmo com realidades diferentes, mas dentro da mesma sociedade <sup>250</sup>. Como hoje a sociedade é dissolvida em “planos individuais de ação” <sup>251</sup> e, portanto, os grupos de indivíduos naturalmente se conflitam só há uma maneira deles se integrarem: por meio do respeito às diferenças, que permite articular os diversos planos de ação sem que se abra mão do próprio indivíduo <sup>252</sup>.

O método tópico-problemático, assim, é bastante eficaz por ser apto a respeitar o pluralismo entre os grupos sociais. É este método talvez o único a aceitar a existência desse dissenso social e permitir que outras normas sejam inseridas dentro do ordenamento jurídico interno com o fim de se realizar a real e verdadeira justiça quando normas meramente formais são insuficientes para o alcance efetivo dessa justiça. É esse método, aliás, o único capaz de desbancar o entendimento geral de que a Constituição Federal é fruto de um consenso e demonstrar que esta, ao contrário, é fruto de um dissenso decorrente de uma sociedade plural.

Conforme esclarece Marcelo Campos Galuppo, a Constituição, portanto, deve ser entendida como uma “manifestação indireta de um dissenso, ou se preferir, de um pluralismo. Neste sentido, a Constituição deve ser vista antes como a organização e conformação jurídica da possibilidade deste pluralismo do que como um conjunto de regras prontas e acabadas sobre como agir” <sup>253</sup>.

O método de interpretação tópico-problemático, por conseguinte, sequer se preocupa em harmonizar as normas previstas na Constituição, pois não aceita a existência de um sistema jurídico absolutamente rigoroso e prévio em razão de sermos uma sociedade pluralista. Isto não quer dizer, no entanto, que este método exclua a idéia de sistema jurídico, mas não um sistema jurídico positivista o qual nos encontramos e sim um sistema que se permita alcançar um direito justo, aplicando somente normas jurídicas relevantes àquele caso concreto.

---

<sup>250</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 47.

<sup>251</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. *obr. cit.*, p. 51.

<sup>252</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. *obr. cit.*, p. 51.

<sup>253</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 54.

Nesta mesma linha, podemos ainda acrescentar o pensamento de Raul Machado Horta que, em consonância com este entendimento, ensina que a Constituição de 1988 ao ser plástica, flexível, permite a permanente projeção da Constituição na realidade social e econômica, afastando o risco da imobilidade que a rigidez constitucional sempre acarreta <sup>254</sup>. Apesar do autor dirigir ao legislador ordinário esta plasticidade de incluir a realidade social e econômica na Constituição, sua idéia central de preocupar-se em inserir no contexto constitucional a realidade social e econômica, vai bem em direção ao entendimento dos aplicadores do método problemático que vêem na realidade social o cerne para a solução justa aos casos concretos. A única diferença é que estes últimos vão mais além em suas convicções ao aplicar, em cada caso, a norma pertinente em qualquer âmbito normativo, enquanto que Raul Machado Horta delega esta adaptação somente legislador ordinário.

Mesmo assim, a idéia deste autor merece uma interpretação extensiva para enquadrar a Constituição no seu devido lugar, ou seja, de ser um conjunto de normas fundamentais de um Estado pluralista<sup>255</sup> que deve, portanto, adaptar-se a realidade social no momento em que é aplicada. É, afinal, muito pertinente esta questão do pluralismo no presente tema, ao menos como método complementar, quando os métodos clássicos de interpretação, não foram capazes de solucionar uma questão de direitos humanos. A própria Constituição Federal, aliás, volta-se a esse entendimento ao falar, no inciso V do artigo 1º, do pluralismo como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Ela mesma que define, assim, que o pluralismo deve sempre ser observado ao se aplicar qualquer norma inserida em seu texto.

E mais, o Brasil, ao reconhecer o pluralismo e ao adotar no texto constitucional os princípios do respeito às relações internacionais (artigo 4º, “caput”) e da prevalência dos direitos humanos, demonstra que se o Estado brasileiro aceita as diferenças de cada grupo, nacional ou internacional, e prevê a primazia dos direitos humanos. É de concluir-se, então, que todo o operador do direito deve adotar a norma que melhor se adapta ao caso de determinada violação dos direitos humanos, pouco importando se ela é nacional ou internacional, ou se está positivada ou não através de uma regra escrita. Mesmo porque, como ressalta J.J. Gomes Canotilho, “o programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de

---

<sup>254</sup> HORTA, Raul Machado. Estudos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 240.

<sup>255</sup> DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 22ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 143.

forma positivística, ao “texto da Constituição”<sup>256</sup>. A partir da problemática do caso concreto deve-se verificar, portanto, qual é a norma que mais se adapta à proteção de seus direitos e aplicá-la ao caso em questão.

Percebemos ao final das contas, que a interpretação problemática não se preocupa com outra coisa senão com a questão da aplicabilidade da norma, ainda que seja ao caso concreto, e está em total conformidade com o que pretendemos alcançar, pois, conforme mencionado, os direitos humanos também decorrem de uma sociedade pluralista, seja ela nacional ou internacional. Cada Estado nacional ou grupos de Estados possuem seus interesses particulares e os tratados de direitos humanos devem ser vistos como normas de que se voltem ao respeito às diferenças e à convivência internacional, capazes de manter a tolerância entre os Estados e a plenitude da proteção ao ser humano.

E o Brasil se obrigando a esses preceitos fundamentais e de tolerância tem por dever respeitá-los, sob pena de, uma vez desrespeitados os direitos que protegem à dignidade humana, sofrer sanções internacionais neste sentido, se não observados esses preceitos no âmbito interno brasileiro.

Logo, o método tópico é importante não só para ratificar o objeto deste trabalho, mas especialmente para se aplicar um direito justo e social a partir da realidade de cada um. Seja por meio da utilização de normas internas, seja por meio da utilização de normas do direito internacional, este método é capaz de extirpar do direito brasileiro esta visão positivista e injusta que não olha o direito a partir do cidadão que necessita de seu préstimo. A norma mais benéfica que tanto falamos, com base no método tópico, passa a ser aquela que atende de forma eficaz o que o ser humano precisa, dentro do seu contexto social, e não a norma benéfica que o operador do direito extrai a partir das suas experiências.

A hermenêutica tópica, portanto, além de ser um método de aplicação justa do direito<sup>257</sup>, é também um método plenamente harmonizado com o par. 1º do artigo 5º da Constituição Federa. Pois, este método, ignora o formalismo jurídico-positivo permitindo a aplicação imediata das “normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais”

---

<sup>256</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional, p. 982. in PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 8.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 55.

<sup>257</sup> HORTA, Raul Machado. Estudos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, apud.

independentemente destas normas, provirem do direito constitucional ou do direito internacional constitucional (dos tratados internacionais de direitos humanos), este último em razão da combinação do par. 1º com o par. 2º do art. 5º da Carta Magna, para se atingir a plenitude dos direitos da pessoa humana.

Sua preocupação, como dito, é a eficácia do direito como instrumento de justiça, exigindo do jurista a saída de seu mundo próprio e pessoal, para uma realidade que muitas vezes sequer ele conhece. Aproveitando-se de normas, inclusive internacionais, que dêem maior plenitude à dignidade humana <sup>258</sup>, é assim que ele conseguirá fazer justiça social através de sua atuação, amparado pela regra constitucional do par. 1º do artigo 5º, que lhe autoriza a aplicação imediata de qualquer norma garantidora de direitos e garantias fundamentais a todos os seres humanos.

---

<sup>258</sup> PIOVESAN, Flavia. obr. cit., p. 54.



### **3 OS PRINCÍPIOS COMO INSTRUMENTO DE COMBATE EM BUSCA DA PLENITUDE DA DIGNIDADE HUMANA**

#### **3.1 UM CASO EXEMPLAR: A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS HUMANOS NOS PARÁGRAFOS 2º E 3º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

O esforço empregado neste estudo foi no sentido de aprimorar o direito, amoldando sua estrutura para adaptar-se à absoluta primazia da proteção dos direitos humanos, no momento de sua aplicação. Todo este empreendimento, porém, corre o risco de carecer de suscetibilidade prática se não adentrarmos num confronto jurídico-constitucional muito em voga com a edição da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que acrescentou o par. 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, transformando a discussão sobre os direitos humanos num problema prático<sup>259</sup>.

Com a adição do par. 3º, há um movimento de vários humanistas como Flavia Piovesan, Valerio Mazzuoli, entre tantos outros, para manter a interpretação, anterior à reforma constitucional, de que a teoria da “principiologia dos tratados” se mantém atuante e intensa, fundamentada na idéia da proteção do ser humano como única causa matriz do direito. Para esta corrente, a interpretação de que as normas principiológicas dos tratados internacionais de direitos humanos têm aplicação imediata no direito brasileiro não foi modificada pelo aditamento da regra jurídica do par. 3º do art. 5º da Constituição.

Em seqüência lógica com esse posicionamento, o princípio da primazia da norma mais favorável continua plenamente atuante como um princípio constitucional proveniente do direito internacional humano, integrado ao princípio essencial da dignidade da pessoa humana. A força desta interpretação, segundo o nosso entendimento, estaria na construção desenvolvida neste trabalho quanto aos antecedentes históricos deste princípio, que impele, a todos, o retorno ao período que ele surgiu, podendo jamais deixar de lado as atrocidades da guerra que motivaram um pensamento uníssono mundial de proteção desses direitos.

---

<sup>259</sup> PIOVESAN, Flavia. obr. cit., p. 51.

Sem a história dos direitos internacionais humanos, que nos explicam os motivos da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos respectivos tratados que trazem a primazia como eixo fundamental, restaria quase que impossível abordar o conflito entre os parágrafos 2º e 3º do art. 5º como pretendemos. É embasada na história de luta da humanidade e suas conquistas que, enlaçados com o princípio da dignidade humana, ofertaremos argumentos bastante apropriados para esvaziar o posicionamento positivista ainda prevalente no direito brasileiro, ao menos no que tange esta matéria.

Ao desenvolvermos a busca da plenitude da dignidade humana a partir da principiologia do direito e do método tópico de hermenêutica constitucional, foi indispensável o princípio da primazia da norma mais favorável trazido do direito internacional. Ele nos permitiu dar maior concretude ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e afastar fundamentadamente, no caso concreto, qualquer regra jurídica que com ele fosse incompatível, ainda que ela estivesse expressa na Constituição Federal.

Por meio da hermenêutica jurídica, mais uma vez, encontramos saídas para esta discussão, do acréscimo do par. 3º, constatando duas possíveis leituras acerca desta inserção: uma decorrente do positivismo e outra decorrente da interpretação principiológica dos direitos humanos. Esta zona de conflito, aliás, é uma amostra clara da necessidade de se enxergar o direito a partir de um novo foco para conseguirmos efetivamente, a partir de um novo paradigma, evitar interpretações absurdas e muitas vezes anti-sociais trazidas pelo positivismo jurídico.

Diz o par. 3º incluído no art. 5º 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 à Constituição”.

Para a doutrina voltada à principiologia dos direitos humanos, a reforma constitucional, conforme ressalta Flavia Piovesan, veio no sentido de responder à polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos<sup>260</sup>, pois, segundo ela, “quatro correntes existem acerca da hierarquia

---

<sup>260</sup> PIOVESAN, Flavia. obr. cit., p. 71.

dos tratados de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal”<sup>261</sup>.

Para manter seu posicionamento anterior, ela sustenta que os tratados desta natureza têm “hierarquia constitucional” pela interpretação “sistemática e teleológica”<sup>262</sup> extraída do art. 5º, 2º, da Constituição<sup>263</sup>, que em observância do “princípio da prevalência da norma mais favorável, situa-se em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia”<sup>264</sup>. Pronuncia, ainda, que esta interpretação é a que está em harmonia com os “valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1988, em especial o valor da dignidade humana – que é o valor fundante do sistema constitucional”<sup>265</sup>.

Valerio de Oliveira Mazzuoli também defende este pensamento, alegando que antes mesmo da promulgação da EC 45 de 2004, “todos os tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte têm índole e nível materialmente constitucionais na exegese do par. 2º do art. 5º da Constituição de 1988” e que, no entanto, “apenas terão os efeitos de equivalência às emendas constitucionais, integrando formalmente a Constituição, aqueles aprovados pelo quorum de aprovação das emendas constitucionais”<sup>266</sup>.

O referido autor, remata que, “além do novo par. 3º do art. 5º da Constituição não prejudicar o *status* constitucional que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor já têm, ante a regra do par. 2º desse artigo, ele também não prejudica a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos já ratificados pelo nosso país no futuro, consoante a regra do par. 1º do art. 5º da Constituição, que nem remotamente autoriza uma interpretação diversa”<sup>267</sup>.

Reitere-se, ainda neste aspecto, como ressalta Flavia Piovesan, que “por força do art. 5º, par. 2º, todos os tratados de direitos humanos, independente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais” e “este *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal

---

<sup>261</sup> PIOVESAN, Flavia. obr. cit., p. 71.

<sup>262</sup> PIOVESAN, Flavia. obr. cit., p. 68.

<sup>263</sup> PIOVESAN, Flavia. obr. cit., p. 71.

<sup>264</sup> PIOVESAN, Flavia. obr. cit., p. 64.

<sup>265</sup> PIOVESAN, Flavia. obr. cit., p. 64.

<sup>266</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo par. 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a.42, n. 167, jul./set. 2005, p.111.

<sup>267</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. obr. cit., p.111.

natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno”. Justifica, fortemente, tal assertiva ao destacar que “na hermenêutica emancipatória dos direitos humanos há de imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência humana. Vale dizer, que a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela” <sup>268</sup>.

Diversa é a posição da Corte Suprema do país, que, conforme mencionamos anteriormente é majoritária pela supralegalidade das normas dos tratados. Mesmo que esteja mudando sua postura quanto à proteção ao ser humano <sup>269</sup> ainda tem o ranço positivista de se preocupar mais com a regra em si do que com o postulado da primazia como preceito constitucional acima de qualquer regra ou outro valor, diante deste preceito derivar do princípio internacional da primazia da norma mais favorável ao ser humano.

Flavia Piovesan, neste ponto, critica a posição do Supremo Tribunal Federal dizendo que:

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto que os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no direito brasileiro <sup>270</sup>.

No que concerne a esta colocação da autora, aproveitamos para dar nossa posição um pouco dissonante, neste aspecto, das suas justificativas. Para nós, seria um anacronismo sustentar a posição acima, não pela questão da recepção de normas e sim pela questão de controle de constitucionalidade das normas constitucionais. Se pensarmos que o par. 1º e 2º do art. 5º foram elaborados pelo poder constituinte originário e o par. 3º foi trazido pelo constituinte derivado reformador, este não pode incluir na Constituição Federal qualquer norma “tendente a abolir” direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>268</sup> PIOVESAN, Flavia. obr. cit., p. 72.

<sup>269</sup> Item 2.3.2., p. 64.

<sup>270</sup> PIOVESAN, Flavia. obr. cit., p. 72-73.

O art. 60, parágrafo 4º, da Constituição, que se refere às cláusulas pétreas, proíbe o descumprimento dessas cláusulas e, caso isso ocorra, permite o controle de constitucionalidade das normas derivadas pelo Poder Judiciário, de forma concentrada (no STF) ou difusa <sup>271</sup>. Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal, jamais poderia retroagir a nova regra do par. 3º, interpretando os direitos humanos internacionais com base numa regra trazida por uma reforma constitucional. Isso acarretaria uma subversão de valores, que são irrenunciáveis, trazidos pelo constituinte originário.

Neste ínterim, se recordarmos, ainda, que a proposta original do par. 2º do artigo 5º, à época da Constituição de 1988, foi inebriada pela Declaração Universal de 1948, que trouxe grandes avanços para os direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro, acreditamos que o acréscimo do par. 3º do art. 5º da Carta Magna é uma forma de estancar o crescente fluxo de mudanças que tem ocorrido no direito a partir dessa nova visão mais humana e equânime de suas normas. Tanto que, para os positivistas, o par. 3º trouxe grande avanço na matéria direitos humanos, pois finalmente teria um regramento jurídico para pôr fim às infundáveis discussões nesta matéria.

O ministro Gilmar Mendes, manifestando-se neste sentido, quando do julgamento do RE 466.343, em 22 de novembro de 2006, destacou a importância desse acréscimo, que, para ele, “acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”, concluindo pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos <sup>272</sup>.

Mas, se considerarmos que o par. 2º do art. 5º é uma “cláusula constitucional aberta” e, sendo assim, uma cláusula, que permite que os direitos humanos não sejam enunciados sob a forma de regras positivadas constitucionalmente, e sim sob a forma de “valores jurídicos” provenientes dos tratados internacionais de direitos humanos, e que, além disso, “o programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao texto da

---

<sup>271</sup> DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 49-50.

<sup>272</sup> PIOVESAN, Flavia. obr. cit., p. 75.

Constituição”<sup>273</sup>, qual outro motivo senão o frenar o novo direito que está se instaurando a partir da quebra do positivismo jurídico?

A resposta, para nós, não é outra senão a de se tentar reduzir o alcance do par. 2º do artigo 5º, de forma camuflada, através de uma emenda constitucional. Pois se Constituição originária de 1988 é clara ao dizer no par. 2º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” para quê o acréscimo desse formalismo, senão esvaziar a opulência deste dispositivo?

Autores internacionalistas tentam dar explicação para algo inexplicável, contemporizando com a justificativa de que o quorum que o par. 3º estabelece “serve tão-somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para lhes atribuir a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do par. 2º. do art. 5º da Carta de 1988”<sup>274</sup>. Enveredam por este caminho, quase que exclusivamente, para justificar que “os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao mencionado parágrafo, ou seja, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais”<sup>275</sup>.

Flavia Piovesan chega a fundamentar sua opinião recorrendo a quatro afirmações. Segundo a autora, o entendimento acima decorre de quatro argumentos:

a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os pars. 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, deve, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e a racionalidade material é que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) é necessário evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; d) deve-se observar a teoria geral da recepção do direito brasileiro<sup>276</sup>.

---

<sup>273</sup> PIOVESAN, Flavia. obr. cit., p. 72.

<sup>274</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Reforma do Judiciário e os tratados de direitos humanos. [http://www.revistajuridica\\_unicoc.com.br/mídia/arquivos/ArquivoID\\_63.pdf](http://www.revistajuridica_unicoc.com.br/mídia/arquivos/ArquivoID_63.pdf)

<sup>275</sup> PIOVESAN, Flavia. obr. cit., p. 73.

<sup>276</sup> PIOVESAN, Flavia. obr. cit., p. 73.

Nesta discussão, destaca-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RHC 18799, tendo como relator o Ministro José Delgado, em maio de 2006:

(...) o par. 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC n. 45, é taxativo ao enunciar 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’. Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com quórum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado par. 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional, não se pode escantear que o par. 1º supra, determina, peremptoriamente, que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição (par. 3º do art. 5º), a qual possui eficácia retroativa. A tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção (...) não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos<sup>277</sup>.

Como já dissemos mesmo os internacionalistas ainda possuem um ranço positivista. Preocupados em adaptar-se à nova regra do par. 3º do art. 5º, vêm trazer justificativas para amoldar o antigo pensamento humanista de proteção máxima aos direitos humanos. Mas perguntamos: será isso necessário? E, diante do que desenvolvemos até agora, toda esta construção de pensamento foi em vão ante essa nova imposição positivista de se exigir a eficácia dos tratados só por meio de *quorum* de emenda constitucional?

É aqui que nos afastamos de todas as linhas de pensamento, para nos atermos ao ponto principal que nos detivemos em todo o trabalho: os princípios como instrumento de alcance da plenitude da dignidade humana. Para nós, a regra do par. 3º é uma maneira que os positivistas encontrar para barrar a evolução do direito brasileiro, que vem começando a sair das rédeas do formalismo jurídico. Por meio da hermenêutica, novas posições vêm integrando os princípios ao direito, dando-lhes eficácia normativa, que, por vezes, têm afastado muitas regras jurídicas em favor dos princípios constitucionais.

---

<sup>277</sup> RHC 18799, Recurso ordinário em Habeas Corpus, data do julgamento: 9.5.2006, DJ, 8.6.2006. in PIOVESAN, Flavia. obr. cit., p. 74.

O estudo e a aplicação da principiologia do direito, ao menos no que tange à proteção humana, proveio, praticamente, dos tratados internacionais de direitos humanos que inaugurou uma nova sistemática do direito na Constituição e como toda evolução, começou a ganhar força há pouco tempo, com o ingresso de nova massa crítica de juristas que tem adentrado nos tribunais do país. Se observarmos, então, que o direito internacional humano tem sido a pedra angular do positivismo, nada mais fácil para os "donos da lei" criarem uma regra com o fito de estagnar essa revolução no direito brasileiro.

Considerando que o princípio da primazia da norma mais favorável é o maior centralizador dessa mudança e que é ele o grande ponto de discussão sobre como deve se aplicar o direito (puramente através das regras escritas ou sempre com foco na proteção máxima do ser humano, independentemente das regras jurídicas) arranhou-se uma saída para tentar diminuir sua eficácia: em primeiro lugar, em relação aos tratados de direitos humanos anteriores à 45/04 e em segundo aos tratados desta natureza futuramente ratificados pelo Brasil.

Não podemos compactuar com isso. Sequer damos atenção à regra do par. 3º quanto aos princípios provenientes do direito internacional de direitos humanos. Baseados nos argumentos desenvolvidos até agora, eles têm aplicação imediata, independentemente da discussão sobre a hierarquia das regras escritas, sem se esquecer deles estarem inseridos no sobreprincípio da dignidade humana, que é um núcleo irreformável da Constituição. A tentativa, portanto, de mais uma vez inutilizar a regra do par. 2º do art. 5º, cai por terra quando enquadrarmos esse princípio vanguardista no princípio da dignidade da pessoa humana, esvaziando todos os argumentos contrários.

Podem até discutir se as regras podem ou não ser limitadas pelo par. 3º que exige o *quorum* qualificado de emenda constitucional para aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos, mas os princípios advindos deles, sem dúvida, *têm aplicação imediata*, diante do disposto no par. 1º do art. 5º. Além disso, em combinação com o par. 1º, o constituinte originário adicionou o par. 2º, estruturalmente logo em seguida do primeiro, para enfatizar que os princípios provenientes dos tratados internacionais de direitos humanos devem ser aplicados automaticamente no sistema jurídico brasileiro. Sem se olvidar que, os princípios originários do direito internacional humano que derem concretude ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana dele fazem parte e jamais perderão a sua eficácia



de norma-princípio constitucional, conforme a combinação do art. 1º, III, com os arts. 4º, II, e 5º, I e II, da Constituição Federal.

Se não fosse assim a interpretação, ao menos quanto aos princípios, o par. 3º certamente padeceria de vício de inconstitucionalidade, uma vez que o Poder Constituinte Reformador em tempo algum poderia violar cláusulas pétreas, e tanto o princípio da dignidade humana, como os princípios da prevalência dos direitos humanos e o da primazia da norma mais favorável, são “núcleos imodificáveis” por emendas<sup>278</sup> de acordo com os incisos I e IV do art. 60 da Carta Magna.

Caso, portanto, se fizesse uma interpretação do par. 3º, adicionado pela 45/04, em sentido contrário, esta interpretação seria inconstitucional. As regras positivadas nos tratados internacionais de direitos humanos até poderiam ser positivadas no direito interno sob o procedimento de emenda constitucional. No entanto, os seus princípios protetivos à dignidade humana deverão sempre ser interpretados à luz do par. 2º do art. 5º, pois regras escritas, como já dissemos, não se confundem com princípios, e a vontade do constituinte originário foi enraizar no par. 2º do art. 5º a importância histórica dos preceitos trazidos pela Declaração Universal na nossa Constituição cidadã<sup>279</sup>.

Embalados pelos ideais trazidos pela Declaração de 1948 e seu precedente de abusos à dignidade humana, o constituinte originário brasileiro, com intuito de proteger o ser humano, inclui o par. 2º para que os princípios decorrentes da Declaração sempre sejam considerados fonte principiológica do direito, sob pena de, como dito, ser declarada inconstitucional qualquer interpretação ou positivação posterior contrário a esse sistema de proteção. Retirar essa interpretação histórica da Constituição de 1988 é mais uma tentativa de sobrepor o formalismo à essência de proteção ao ser humano que o Constituinte originário quis entoar com a cláusula aberta do par. 2º do art. 5º.

Os princípios voltados à dignidade humana, aliás, são tão importantes na Constituição brasileira que autores nacionais como Humberto Ávila<sup>280</sup>, Pedro Dallari<sup>281</sup>, André Ramos

---

<sup>278</sup> DA SILVA, José Afonso. obr. cit., p. 64.

<sup>279</sup> DA SILVA, José Afonso. obr. cit., p. 90.

<sup>280</sup> ÁVILA, Humberto. Obr. cit., apud.

<sup>281</sup> DALLARI, Pedro. Constituição e relações exteriores. São Paulo: Saraiva, 1994., apud.

Tavares<sup>282</sup>, Paulo Bonavides<sup>283</sup>, por exemplo, tem se preocupado em apontar a sua importância, incitando a necessidade de superar a doutrina, ainda majoritária, que encarcera os princípios como fontes de mera interpretação. Com vozes dissuasivas a favor, tentamos combater os abusos do positivismo com a inclusão do par. 3º do art. 5º, resgatando as origens históricas do par. 2º e rememorando a imprescindibilidade do princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano que tem causado tanto furor ao estar permitindo uma reinterpretção do direito a partir do cume da pirâmide constitucional: a dignidade humana.

Ademais, não nos esqueçamos da visão de Alysson Leandro Mascara, em “Crítica à Legalidade”<sup>284</sup>, e de Ernst Block, estudado pelo mesmo autor<sup>285</sup>, que nos permite refletir de como surgiu o positivismo e a quem ele prevalece, mostrando que a visão “burguesa” ainda impera na sociedade e no direito, inclusive em nosso país. O Congresso Nacional nada mais é do que detentores de poder, a elite brasileira, que não querem perdê-lo. O par. 3º do art. 5º é, portanto, uma maneira da classe social dominante manter o controle do direito, por meio de suas leis, claramente tentando empacar o desenvolvimento do direito que tem cada vez mais saído das esperas do formalismo, para adentrar num novo paradigma do direito a que Häberle denominou de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”<sup>286</sup>.

Interpretar a Constituição não só pelos especialistas do direito, mas, antes de tudo, conforme dialogava Häberle, através do próprio cidadão e sua realidade (*topoi*), é uma consequência lógica da evolução humana e, por conseguinte, da proteção dos seus direitos, por estarem esses valores embutidos nos valores trazidos pela Declaração Universal, precursora desse novo pensamento cidadão e solidário no mundo.

No âmbito interno brasileiro, o excesso do positivismo jurídico, com o acréscimo do par. 3º do art. 5º, deve ser combatido desde já, para que outras vozes comecem a ressonar, a fim de se inutilizar, na prática, esta regra jurídica, quando houver de prevalecer a dignidade humana. Cogitar a inconstitucionalidade da regra do par. 3º será necessária quando for interpretada como uma regra dotada obrigatoriedade absoluta.

---

<sup>282</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002., apud.

<sup>283</sup> BONAVIDES, Paulo. obr. cit., apud.

<sup>284</sup> MASCARO, Alysson Leandro. Crítica da legalidade e do direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

<sup>285</sup> MASCARO, Alysson Leandro. Utopia e Direito: Ernest Bloch e a ontologia jurídica da utopia. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

<sup>286</sup> HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

Para nós, o par. 3º, em si, é inconstitucional por violar a cláusula pétrea do par. 2º do art. 5º, que combinado com seu par. 1º, determinou que todos os direitos e garantias fundamentais sejam aplicados imediatamente no Brasil, pouco importando se eles vêm do direito interno ou do direito internacional. Racionando pela abertura dada pelo constituinte originário no par. 2º da Constituição Federal, a Emenda Constitucional EC 45/04 (par. 3º, art. 5º) acabou por violar cláusulas pétreas, pois “está tentando a abolir” direitos e garantias constitucionais.

No máximo o que podemos aceitar, é a interpretação dada, a pouco, de que as *regras*, escritas nos tratados internacionais de direitos humanos, podem ser submetidas ao *quorum* qualificado das emendas constitucionais, mas não os princípios, decorrentes desses tratados, que jamais poderão se submeter à regra do par. 3º. Mas mesmo esse argumento, quanto às regras, é passível de sérias dúvidas acerca da sua legitimidade constitucional.

O que mais nos interessa, entretanto, neste item do trabalho, é apresentar uma visão crítica ao positivismo jurídico, que ainda tem incutido na mente de muitos estudantes e operadores do direito a regra do “não pensar”, ou seja, de que o direito posto é indiscutível em prol da segurança jurídica, de “aplicar a lei de forma igual para todos”. Com a justificativa de que seria inconstitucional a aplicação das normas jurídicas de maneira diferente a cada caso concreto, por violar o princípio da segurança jurídica, é um ponto fundamental do objeto deste estudo, ao nos permitir constatar o desespero da doutrina positivista em monopolizar o direito posto como instrumento de justiça.

Se nossa intenção, em consonância com muitos estudiosos que arrolamos, é de se alcançar a plenitude da dignidade humana, descobrindo novos caminhos para atingi-la, nada mais acertado do que ponderarmos os dois lados e adotarmos, no caso concreto, aquilo que melhor protege o ser humano: seja o direito positivo, seja através dos princípios ou até mesmo do direito consuetudinário, porque não? Mesmo porque, se adotado somente o direito positivo, seria ele suficiente para aplicar um direito justo, engastando-se na realidade pluralista e, na maior parte, desprovida de recursos para uma vida digna, em que vive grande parte dos brasileiros? Adotando-se uma visão puramente positivista e abstrata, não seria ela a também uma das responsáveis por tamanha insegurança social que assola este país, ao aplicar as normas de forma igual para todos, num Estado pluralista e desigual como o nosso?

São esses questionamentos, deixamos em abertos para que se mantenha um diálogo no direito, a respeito do que é melhor para o ser humano e para a sociedade em que se insere. Diversamente do que o positivismo tem praticado, acreditamos não servos os detentores da verdade e o que queremos é iniciar estudos no sentido de cada vez mais diminuir o hiato existente entre o direito e a realidade social do país.

Além do mais, acreditamos que o direito é um importante instrumento de justiça, social ou individual, mas para isso é necessário que adotemos, na prática, outras posturas que aproximem o operador do direito à realidade, infundindo um novo espírito de responsabilidade social no exercício desse mister. Nada mais condizente com a “utopia concretista” de Ernst Block<sup>287</sup>.

---

<sup>287</sup> MASCARO, Alysson Leandro. Utopia e Direito: Ernest Bloch e a ontologia jurídica da utopia. São Paulo: Quartier Latin, 2008, apud.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se tentar pôr termo aos velhos paradigmas do positivismo jurídico, que vem deslocando o cidadão do centro das atenções do Direito, quando este deveria ser o verdadeiro ator desse sistema, apontamos canais para se aspirar um novo paradigma, baseado, necessariamente, na predominância da dignidade humana. Comprovando através da hermenêutica que podemos discutir o direito sem deixar de lado a Carta Magna brasileira, fincamos nossa posição, com novos argumentos, no inovador paradigma instaurado a partir do direito internacional humano, buscando tentar contribuir um pouco mais para o fortalecimento desta visão.

Pela sensação de existir, no entanto, apenas doutrinas nos extremos opostos quando estudamos direitos humanos, exploramos a integração desses direitos no direito constitucional, visto que as doutrinas do direito internacional já partem do pressuposto que as normas deste direito devem prevalecer, sem se preocupar em fortalecer seus valiosos argumentos através da fundamentação por outros instrumentos que insiram definitivamente os direitos humanos na órbita nacional.

Apesar de concordarmos com os humanistas que rogam a primazia da proteção ao ser humano, transpomos suas posições para o ramo do direito constitucional, trazendo argumentos da própria Constituição para a aplicação do preceito fundamental da prevalência dos direitos humanos, a partir da integração com o princípio da dignidade da pessoa humana. Deixamos de lado a discussão inesgotável do conflito de normas do direito interno e do direito internacional, para nos atermos, exclusivamente, ao real significado da expressão “dignidade humana”, além de se preocupar em encontrar mecanismos outros que saiam da esfera do positivismo jurídico e adentrem numa nova visão de aplicação do direito com foco na plenitude da dignidade humana.

Percebendo o hiato entre a doutrina do direito internacional e do direito interno e constatando que os humanistas, de certa forma, se mantêm arraigados em regras jurídicas, que nos dispomos a estudar uma nova interpretação do direito com amparo nos princípios e, a partir deles, inculcir o método tópico como um método efetivo para a aplicação de um direito

ético e virtuoso. Notando, por conseguinte, o abismo em que se encontravam as argumentações das duas correntes, cada uma com argumentos firmes e irremovíveis, percebemos que, na verdade, o que faltava era um o elo de ligação constitucional para que o direito brasileiro passasse a adotar uma postura inovadora de benefício do ser humano, pouco importando se uma regra positivada iria de acordo com esse pensamento ou não. É este elo de ligação que, para nós, faltava, especialmente, àqueles que atuam nas camadas mais carentes deste Brasil afora, muitas vezes perdidos no mar de regras que sequer são aplicáveis nas regiões mais remotas do país.

Integrando os princípios com o método tópico de interpretação, não deixamos de apresentar, de certa forma, um ideal utópico de um novo pensar para o direito. Inspirado nos ensinamentos de Alysson Leandro Mascar, com a utopia concreta de Ernst Block<sup>288</sup>, e no pensamento de Gabriel Chalita, de que todos nós devemos “plantar uma sementinha”<sup>289</sup> para um novo mundo mais justo e equânime, procuramos tentar “plantar um novo pensamento”, com o intuito de aprofundar futuras e profundas reflexões dos estudantes e novos operadores do direito quando à posição limitante do discurso jurídico tradicional.

Pensando no direito da dignidade humana, acreditamos numa nova reflexão jurídica desenvolvida a partir da extirpação do catálogo fechado de regras trazidas pelo positivismo como instrumento do direito, sempre tendo como referência a dignidade humana. Com esta integração, portanto, imaginamos ter encontrado um possível caminho para contender o desprezo dos positivistas jurídicos nacionais que sequer tem dado atenção às argumentações dos internacionalistas nacionais de sempre se dar preferência à norma mais benéfica ao ser humano.

---

<sup>288</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Utopia e Direito: Ernest Bloch e a ontologia jurídica da utopia*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

<sup>289</sup> CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. *Histórias de professores que ninguém contou: (mas que todo mundo conhece)*. São Paulo: Atual, 2002 (Introdução).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia, (coords). *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997. – (Coleção Juristas da Atualidade/ coordenação Hélio Bicudo)

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Posfácio de Celso Lafer. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ARIOSI, Mariângela. *Conflito entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos/IBDC

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto et. al. *Dicionário de política*. 1 e 2. vol. 12. ed. Tradução: Carmen C. Varriale et. al.; coord. trad.: João Ferreira; rev. geral: João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

\_\_\_\_\_. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo, (orgs). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção Tópicos)

BUZANELLO, José Carlos, GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: uma abordagem interdisciplinar*. 2. vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPAZ, Walter. *Direito, interpretação, aplicação e integração*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

\_\_\_\_\_. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2. ed. Brasília: Humanidades (Série Prometeu), 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos*. In: *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1996.

\_\_\_\_\_. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_ e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

CASELLA, Paulo Borba et. al., (orgs). *Direito internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2008.

CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. *Histórias de professores que ninguém contou: (mas que todo mundo conhece)*. São Paulo: Atual, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Dilvanir José da. *Curso de hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DANTAS, Luís Rodolfo de Souza, coordenador. *Justiça plural*. 1. ed. Barueri: Minha Editora, 2006. – (Culturalismo jurídico/ Cláudio Lembo, coordenador).



DINH, Nguyen Quoc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução: Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. *Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dwokin*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1997.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Metodologia jurídica e interpretação constitucional*. Revista de Processo, n.62. São Paulo: RT, 1991.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. *Coleção para entender: A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOFFREDO, Gustavo Sénéchal de, et al. *Direitos humanos – Um debate necessário*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

GÓMEZ, José Maria et al. *Direitos humanos – Um debate necessário*. 2. vol. São Paulo: Brasiliense, 1989.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 11. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

- HOUAISS. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.
- ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das liberdades fundamentais*. Tradução: Carlos Souza Barueri: Manole, 2005.
- LAFER, Celso. *Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- LAZZARO, Giorgio. *L'interpretazione sistematica della legge*. Torino: G. Giappichelli, 1965.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Os tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição*. Belo horizonte: Del Rey, 2004.
- MAGAÑA, Alvaro. *Derechos fundamentales y constitucionales*. San Salvador: Universidad Tecnológica de El Salvador, 1997.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos*. 2. ed.; 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Utopia e Direito: Ernest Bloch e a ontologia jurídica da utopia*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo par. 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a.42, n. 167, jul./set. 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PENTEADO, Jaques de C., DIP, Ricardo Henry Marques, (orgs). Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Direitos humanos: legislação e jurisprudência*. 1. vol. (Legislação Nacional). São Paulo: Reimpr. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1999. (Série Estudos, n.12)

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos: legislação e jurisprudência*. 2. vol. (Jurisprudência Nacional). São Paulo: Reimpr. Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2000. (Série Estudos, n.12)

\_\_\_\_\_. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1996. (Série Documentos, n.14)

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1998. (Série Estudos, n.11)

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. *Direitos humanos e fundamentais*. 1. ed. Campinas: Russell, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, (coords). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAVIOLI, Francisco Platão e FIORIN, José Luiz. *Lições de texto: leitura e redação*. 5. ed. São Paulo: Ática, 2006.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Convenção sobre Relações Diplomáticas: a codificação do direito internacional*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; BUENO, Roberto, (orgs.). *50 anos de direitos humanos*. São Paulo: Themis, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Tradução: Amarílis de Souza Birchal; coordenação e supervisão: Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.