

SUPRACONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E DIREITO INTERNO: O DIÁLOGO DAS FONTES E A ÉTICA DAS VIRTUDES

SUPRACONSTITUTIONALITY OF INTERNATIONAL TREATIES AND DOMESTIC LAW: DIALOGUE OF SOURCES AND THE ETHICS OF VIRTUES

*Hisashi Toyoda**

RESUMO

Este artigo tem como objeto de estudo a tese da supraconstitucionalidade, alçada à condição de via alternativa e mais coerente para a satisfatividade dos direitos humanos, particularmente quanto a sua aplicação conforme preconizado pelo modelo de solução das antinomias decorrentes da compartimentação tradicional entre o Direito interno e o internacional. Apresenta a trajetória histórica e jurídica pela qual se estabelece a fundamentalidade dos direitos humanos e se busca sua efetividade, de onde emergem as posições acerca do papel das normas derivadas dos tratados internacionais em relação às normas internas e, principalmente, às constituições nacionais. A partir de estudo sobre as posições doutrinárias, manifestações dos tribunais brasileiros, e de uma comparação com decisões no plano internacional, com repercussão sobre os direitos humanos, busca elementos para construir uma visão original e crítica acerca de alguns aspectos inerentes ao modelo do “diálogo das fontes”. Demonstra que a comunicabilidade é uma nova e necessária via para que seja possível a melhor solução das antinomias. Apresenta, porém, com base em uma visão crítica amparada na “Ética das Virtudes”, de Alasdair MacIntyre, um contraponto à proposta dialógica, particularmente no que se tange à interpretação subjetiva, tomando como referência as influências do pensamento pós-moderno e a relativização dos valores.

* Auditor-Fiscal de Tributos Estaduais da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Especialista em Direito Tributário e Legislação de Impostos pelo Centro Integrado de Estudos da Amazônia (CIESA). Especialista em Planejamento Governamental e Orçamento Público pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Correspondência para/Correspondence to: Av. André Araújo, 150, sala 304, 69060-000, Manaus-AM. E-mail: hisashitoyoda@hotmail.com ou htoyoda@sefaz.am.gov.br.

Palavras-chave: Tratados internacionais; Supraconstitucionalidade; Diálogo das fontes; Ética das virtudes.

ABSTRACT

This paper has as object the supraconstitutionality thesis, raised to the *status* of the alternative pathway and more consistently satisfactory for human rights, particularly regarding its application as predicted by the contradictions solution model arising from the traditional partitioning between domestic Law and the international Law. It presents the historical and legal background by which it is established the human rights fundamentality and the seeking of its effectiveness, from where the positions emerge on the role of standards derived from international treaties in relation to internal standards and national constitutions. From the study of doctrinal positions manifestations of courts in Brazil, and from a comparison with decisions on the international scenario and with repercussions on human rights, it seeks information to build an original and critical vision about some aspects inherent to the model of “dialogue of sources”. It demonstrates that communicability is a new and necessary way so it is possible the best solution of antinomies. It presents, however, based on a critical view supported by the “Ethics of Virtues” of Alasdair MacIntyre, as a counterpoint to highlight the limits of the proposed dialogue, particularly with regard to subjective interpretation, taking as reference the influence of postmodern thought and values relativeness.

Keywords: International treaties; Supraconstitucionality; Dialogue of sources; Virtue ethics.

INTRODUÇÃO

O paradoxo global fica evidenciado no cenário das transformações sociais, políticas, econômicas e culturais, entre outras, caracterizando o chamado processo de globalização. Não pressupõe apenas uma progressiva diluição das fronteiras nacionais, superadas pela integração político-econômica, mas também um acirramento das controvérsias, muitas vezes radicalizadas em expressões violentas, como o terrorismo, em razão da dificuldade de abandonar velhos paradigmas e ter de fazer parte desse cenário da redefinição de ideias, valores e modos de vida.

Tais contradições se fazem sentir, também, no Direito. Os debates entre a teoria monista e dualista têm marcado a busca da flexibilidade necessária para responder às exigências da crescente internacionalização dos direitos humanos, que se firmam como novos e principais parâmetros para a atuação do judiciário no interior dos Estados.

Passa-se da nítida compartimentação entre o Direito interno e o Direito Internacional, para uma proximidade, e mesmo interpenetração, levando a um questionamento sobre os paradigmas tradicionais que negam qualquer possibilidade de comunicação entre eles, pelo menos no nível ora propugnado.

A controvérsia entre a aplicação mitigada de regras oriundas dos tratados internacionais no espaço do Direito interno tem levado, em contraposição, à defesa da sua maior amplitude de aplicação, inclusive, pela via da supraconstitucionalidade, com a superação das disposições normativas constitucionais, em favor da aplicação das normas de ampla tutela dos direitos humanos no campo do Direito interno.

Este trabalho foi motivado pelo debate sobre o alcance do Direito Internacional para a garantia e efetividade dos direitos humanos, que se torna mais evidente à medida que se vislumbra a necessidade de novos caminhos para a satisfatividade dos direitos além da positivação constitucional.

O presente artigo lança um olhar sobre a tese da supraconstitucionalidade, no intuito de delinear o caminho da proteção normativa dos direitos humanos e a sua trajetória enquanto objeto de crescente interesse e regulação pelo Direito interno e internacional.

Buscando fundamentos no chamado “diálogo das fontes”, que hoje ganha evidência como proposta inovadora, imbuída de um propósito importante, que é romper paradigmas para alcançar maior grau de efetividade aos direitos humanos no âmbito interno, este trabalho não se limitou a expor os fundamentos e as orientações genéricas dessa corrente do pensamento pós-moderno do Direito.

Tampouco pretendeu invalidar essa nova forma de conceber e de aplicar o Direito, que se vale da dialogicidade para encaminhar a solução das questões relacionadas a uma afronta, ou um risco, aos direitos humanos por uma via intermediária, fundada na comunicabilidade entre o Direito interno e o internacional.

O foco norteador deste trabalho foi desenvolver uma reflexão sobre o pensamento pós-moderno, extraíndo elementos significativos para a construção de uma visão crítica das propostas do adensamento da via protetiva e maior concretude dos direitos humanos, na perspectiva de um diálogo entre as fontes.

Como contraponto dessas ideias, com base na construção de uma reflexão crítica, é abordada a “Ética das Virtudes”, de Alasdair MacIntyre, visando discernir os limites e as possibilidades desse método dialógico, que tem se apresentado como a melhor solução para as antinomias no campo da normatização dos direitos humanos.

Nesse mister, espera-se contribuir não somente com a posição crítica levantada, mas, sobretudo, oferecer um olhar alternativo que poderá parecer ainda mais radical em sua proposta, apresentada ao final deste trabalho, mas que acompanha a mesma trajetória e partilha os mesmos propósitos da construção de caminhos alternativos e mais ascendentes para o Direito, rumo à maximização da efetividade dos direitos humanos nos novos cenários do pensar e do viver da humanidade.

FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: IDEAIS X NORMAS

A acepção do termo “Direito” é bastante ampla, permitindo adentrar num vasto campo, onde se encontram antigas ideias, remontando aos gregos, até a contemporaneidade, quando se delimitam novos espaços para o debate e a reflexão. Mas, basicamente, o termo ganha um conteúdo mais preciso quando passa a mediatizar o próprio homem, em um sentido unificador:

A principal distinção entre a moderna linguagem dos direitos que surge com as Declarações e Constituições do final do século XVIII e os privilégios existentes no período medieval é a ideia de universalidade e reciprocidade intrinsecamente ligada aos direitos.¹

A concepção de tais direitos se insere no campo da normatização pela relevância e essência da sua afirmação e tutela pelo Direito, clarificada na seguinte definição:

[...] conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.²

98

A recepção pelo Direito positivo desses direitos e garantias representa a passagem do campo idealístico para a seara da aplicação prática por meio da normatização jurídica, momento de diferenciação entre os direitos inerentes à pessoa humana dos demais direitos.

No contexto da gênese histórica do conceito e sua afirmação legal, a normatização dos direitos humanos pode ser entendida como um movimento inerente à trajetória das mudanças político-institucionais a partir de interesses divergentes:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.³

Na história, processa-se a passagem do idealismo para a positivação que constituiu um passo importante para a afirmação e tutela dos direitos humanos na emergência de valores considerados essenciais e representativos do próprio homem.

¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 24.

² MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 39.

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

O jusnaturalismo conduziu os revolucionários do século XVIII, particularmente na França, à afirmação de um direito natural imanente aos direitos universais proclamados para todos os homens. Mas a crítica fundada do valor absoluto da norma excluiu a possibilidade de valor, que visa superar a ideia de uma metafísica no Direito, não admitindo o que não seja concreto e verificável, como é o caso de uma suposta natureza humana enquanto fundamento do Direito natural, liberando-se da preocupação com seu sentido valorativo:

A norma fundamental definida pela Teoria Pura do Direito não é um direito diferente do direito positivo: ela apenas é o seu fundamento de validade, a condição lógico-transcendental da sua validade, e, como tal, não tem nenhum caráter ético-político, mas apenas um caráter teórico-gnosiológico.⁴

Porém, essa concepção não elimina a possibilidade de uma ética objetiva, ou seja, de uma ética baseada em um “fato empiricamente verificável de que cada homem busca a própria utilidade: a ética se torna assim o complexo de regras segundo as quais o homem pode conseguir a própria utilidade de modo melhor”.⁵

Na perspectiva positivista, a norma não garante a concretização de tais direitos, pois o processo de sua efetivação é uma constante aproximação entre a realidade fática e o ideal contido na lei positiva, que é produto de realidades concretas, situações históricas em que se define, num dado momento, o que são direitos humanos.

Por conseguinte, esses direitos não podem ser concebidos num plano ideal, mas apenas enquanto produto de uma positivação que materializa interesses sociais num determinado momento histórico: “Quando identificamos o direito com as normas postas pelo Estado, não damos uma definição geral do Direito, mas uma definição obtida de uma determinada situação histórica, aquela em que vivemos”.⁶

Esse autor exclui a possibilidade dos direitos naturais serem o substrato dos direitos humanos, porém deixa claro que estes são factíveis,⁷ ainda que não no

⁴ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 117.

⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 92.

⁶ *Ibid.*, p. 29.

⁷ O termo Direito natural deve ser compreendido em termos de referências essenciais e supranormativas, a partir das quais o Direito historicamente passa a definir formas específicas de relações entre os homens, independentemente da positivação, por referir-se a valores atemporais, mesmo que seja incorporado ao conteúdo normativo em determinado momento histórico: “Chama-se direito natural aquele ao qual o filósofo submete-se, mesmo sem ser obrigado a isso pelo direito positivo: ele quer agir, a fim de contribuir para a realização do razoável, da razão universal. Ele tratará como seres razoáveis e, portanto, iguais todos com os quais se relaciona” (WEIL, Eric. *Filosofia política*. São Paulo: Loyola, 1990. p. 43).

tempo presente e nos termos das consagrações constitucionais das nações, remetendo de certo modo à supraconstitucionalidade, ao afirmar que somente será possível

[...] falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e sobrepor-se às jurisdições nacionais e quando se realizar a garantia dentro do Estado – que ainda é característica predominante da atual fase – para a garantia contra o Estado.⁸

Ao considerar uma trajetória para a fundamentalidade dos direitos humanos, passando do Direito interno para o Internacional, Bobbio remete ao processo histórico como substrato da sua crescente efetividade. Nesse sentido, pode-se rastrear a sua mais significativa emergência a partir de uma consciência mundial sobre a necessidade de amplas mudanças na relação entre Estado e sociedade, diante dos excessos e abusos cometidos pelos regimes totalitários que culminaram nas matanças da Segunda Guerra Mundial:

O movimento de internacionalização dos direitos humanos é extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a sua reconstrução. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial.⁹

Portanto, a crítica e refutação dos modelos políticos pretensamente orientados para a vontade coletiva impulsionou a luta pelo resgate dos valores humanos aviltados pela guerra, resultando na aprovação, em 10 de dezembro de 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, propugnando o caráter universal de direitos inerentes ao ser humano, na perspectiva de que a condição pessoalíssima é o caráter de sua exclusividade e titularidade.

A concepção da universalidade dos direitos humanos resgata a perspectiva de serem eles direitos naturais, que havia sido negada pela concepção positivista, presa ao conteúdo da norma fundada apenas em pressuposto lógico-formal. Postula-se, pelo contrário, o substrato de valores éticos universais, que independem de previsão legal, mas que devem nortear as normas positivas enquanto instrumento de organização da vida social.

A universalidade não elimina a indivisibilidade, ou seja, são direitos de todos os homens, em qualquer lugar e tempo, mas dotados de unicidade, o que

⁸ BOBBIO, 1992, p. 40-41.

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 117.

significa que, violado um, também estão sendo atingidos todos os outros direitos relacionados. A indivisível relação entre eles permite “conjuguar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais”.¹⁰

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 colocou como titular desses direitos a pessoa humana, indiferenciada. Referem-se à mulher, ao idoso, ao trabalhador, ao homossexual, à criança etc. Podem ser situados nos diversos espaços em que se configuram as relações e ações humanas: no campo econômico, social, cultural, entre outros, de onde se originam as chamadas gerações emergentes de direitos humanos.

A sua consagração constitucional no Brasil configura a chamada fundamentalidade, como explana Sarlet:¹¹

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, par. 1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.

Tendo traçado as linhas gerais da natureza e o fulcro da afirmação dos direitos humanos na ordem normativa, em sua gênese histórica e perspectiva fundada na posição dos que se debruçam sobre a natureza e os fins da sua positividade, faz-se necessário compreender como tem se dado a construção dos caminhos rumo a sua efetividade.

EM BUSCA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Mesmo refutando-se a ideia de que os direitos humanos estão amparados em valores absolutos, é possível superar a tese da sua relativização, segundo a qual não podem ser concretamente realizados, enquanto ideais a serem continuamente buscados, levando em conta que o processo histórico permite encontrar evidências sobre a possibilidade de sua concretude ou efetivação:

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, out. 2009. p. 69.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 88.

[...] a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, colocou as premissas para transformar os indivíduos singulares e não apenas os Estados em sujeitos jurídicos de direito internacional, tendo assim, por conseguinte, iniciado a passagem para uma nova fase do direito internacional, a que torna esse direito não apenas o direito de todas as *gentes*, mas o direito de todos os indivíduos.¹²

Embora a questão axiológica sobre os direitos humanos tenha dado margem para críticas, em especial por se reportar ao direito natural como substrato, desponta uma realidade ou instância fática, que é a efetividade a partir da própria positividade, no bojo da constitucionalização motivada pela Carta da ONU de 1948. Impende aqui considerar a distinção entre eficácia e efetividade:

[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada nos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.¹³

102

Depreende-se da referida distinção que a efetividade dos direitos humanos não está relacionada apenas à determinação da observância da prescrição normativa (dever-ser), mas, sobretudo, ao alcance ou aos resultados concretos no dia a dia do cidadão (a vivência efetiva daquilo que a norma lhe assegura como direito).

Todavia, a geração de efeitos não depende do teor do dispositivo. Se a Constituição Federal brasileira de 1988 dispõe no art. 5º, § 1º, que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, isso não significa sempre ser possível alcançar a sua efetividade imediata, o que remete à questão das possibilidades de tornar factível o conteúdo abstrato da norma:

Na esfera dos direitos fundamentais há como sustentar a distinção entre dois grupos de normas, quais sejam, as que – em virtude de sua insuficiente normatividade – não se encontram em condições de, independentemente de uma *interpositio legislatoris*, gerar a plenitude de seus efeitos, e aquelas normas que – por serem dotadas de suficiente normatividade – não reclamam ato de natureza concretizadora para que possam ser imediatamente aplicáveis aos casos concretos e alcançar, desde logo, sua plena eficácia.¹⁴

¹² BOBBIO, 1992, p. 139.

¹³ SARLET, 2007, p. 249.

¹⁴ Ibid., p. 284.

Entende-se que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 encerra princípio de caráter maximizador, na condição de instância normativa que “estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”.¹⁵

Supera-se, com isso, a não coincidência entre valores jurídicos e sociais, com a emergência de relações e práticas de efetivo interesse e proveito para os indivíduos, que passam a ser tomados como referência em razão da sua “essência”, da sua condição de seres humanos.

O controle constitucional dos excessos, no exercício do poder, pode ser visto como instância primordial para a defesa dos direitos do ser humano que, positivados, são erigidos à condição de fundamentais ao serem inseridos “na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.¹⁶

Todavia, mesmo essa tutela judicial não assegura a efetividade dos direitos humanos, uma vez que os limites encontram-se na dinâmica da transposição da norma ao caso concreto, envolvendo a chamada “legitimidade performática”, que marca a atuação e desempenho dos tribunais constitucionais.¹⁷

A afronta a direitos elementares do ser humano deve ser superada tanto com mudanças nos sistemas normativos, como pela via da atividade hermenêutica interpretativa, possibilitando a maximização da eficácia normativa e a efetividade dos direitos humanos.

Destaca-se a aplicação das normas constitucionais num plano cada vez mais amplo, ultrapassando os limites tradicionais da positivação dos direitos humanos como direitos fundamentais, para além do campo do Direito interno:

O Direito constitucional vive um momento virtuoso. Do ponto de vista de sua elaboração científica e da prática jurisprudencial, duas mudanças de paradigma deram-lhe nova dimensão: a) o compromisso com a efetivação de suas normas; b) o desenvolvimento de uma dogmática de interpretação constitucional. Passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos. De outra parte, embora se insira no âmbito da interpretação jurídica, a especificidade das normas constitucionais, com seu conteúdo próprio, sua abertura e superioridade jurídica,

¹⁵ SARLET, 2007, p. 286.

¹⁶ Ibid., p. 503.

¹⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 2005.

exigiu o desenvolvimento de novos métodos hermenêuticos e de princípios específicos de interpretação constitucional.¹⁸

Portanto, as decisões judiciais podem estabelecer uma ponte entre o sentido ideal, no plano dos valores, e o concreto, na aplicação da norma, e para isso têm adquirido força as teses da supralegalidade e da supraconstitucionalidade enquanto instâncias de efetivação dos direitos humanos.

Compreende-se a escolha dessas novas vias, em razão dos limites estreitos da objetividade e do conteúdo estrito da norma positiva interna, de modo que

[...] não é de estranhar que um só documento jurídico-positivo se mostre insuficiente para compor a norma jurídica, na plenitude de sua inteireza lógica. Impõe-se, ao aplicador, a contingência de promover uma integração do sistema, ingressando por outras searas do direito, examinando os magnos princípios, como forma de somente assim compor a mensagem legislada.¹⁹

SUPRALEGALIDADE E SUPRACONSTITUCIONALIDADE: TRANSITANDO ENTRE A NORMATIVIDADE SUPERIOR E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

O amparo nas normas supralegais e supraconstitucionais é a expressão última da superação dos rigores da aplicação restrita da norma reguladora das relações entre Estado e sociedade, de forma que

[...] não há mais que se falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais, o que – de acordo Gomes Canotilho – traduz de forma plástica a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos fundamentais.²⁰

A plasticidade a que se refere Sarlet²¹ diz respeito às contingências da aplicação das normas internas nos casos em que se vislumbra a impossibilidade de dar ampla efetividade aos direitos humanos, inviabilizando não somente o sentido idealístico contido na sua afirmação e previsão constitucional, mas, sobretudo, o seu caráter finalístico, que é garantir a concretude da fruição desses direitos a toda e qualquer pessoa, em qualquer lugar e momento, como condição da universalidade e unicidade adstrita a tais direitos.

¹⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 338.

¹⁹ COSTA, José Marcelo F. Direito administrativo, norma jurídica e ato administrativo. *Revista Direito e Liberdade*, ano 1, n. 1, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, ESMARN, 2006, p. 195.

²⁰ CANOTILHO apud SARLET, 2007, p. 390.

²¹ Id.

As normas supralegais e supraconstitucionais inscrevem-se no que se denomina de conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, consagrado no art. 5º, § 2º, da Magna Carta brasileira de 1988, cuja amplitude fornece um alcance bem maior ao desvendamento das possibilidades de materialização do direito abstratamente situado, pois permite tanto

[...] a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes de outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.²²

É nessa seara da aplicação dos tratados internacionais que se delinea a questão da supralegalidade e da supraconstitucionalidade, dotadas de um importante sentido para a efetividade dos direitos humanos, uma vez que implicam no reconhecimento de que as normas ordinárias ou constitucionais não mais podem ser vistas como baluartes exclusivos na defesa e busca da garantia da concretização dos direitos inerentes à pessoa humana.

Divergências marcaram os entendimentos quanto à aplicação do Direito supralegal, em razão da valorização da objetividade na aplicação das normas internas, e em decorrência, por muito tempo, ficou relegada a um segundo plano a corrente que defendia que a aplicação dos tratados internacionais sobre os direitos humanos teria *status* constitucional, ou seja, estariam eles formal e hierarquicamente acima do direito ordinário possuindo, portanto, valor supralegal.

Dentre os argumentos lançados para opor-se à tese da supralegalidade, afirmava-se que a natureza constitucional dos tratados de Direitos Humanos minimizaria a soberania brasileira e o ordenamento jurídico brasileiro subordinaria o ordenamento internacional, entendendo-se também que os tratados internacionais não poderiam impedir o Parlamento de legislar.²³

Essa posição alterou-se com o apoio dos aplicadores do Direito, como se depreende do entendimento de um dos grandes expoentes da Suprema Corte brasileira:

[...] examinando a matéria sob a perspectiva da supralegalidade, tal como preconiza o eminente Ministro Gilmar Mendes que, cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que

²² SARLET, 2007, p. 101.

²³ GALINDO, George R. B. O § 3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 6, n. 6, p. 121-131, 2005.

permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República.²⁴

No bojo das revisões de entendimento e manifestação dos doutos juízes do Supremo Tribunal Federal, orientação basilar deu-se com a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que adicionou ao art. 5º, em consonância com o artigo 60, § 2º, da CF, o § 3º o qual dispunha: “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”.

O Ministro Gilmar Mendes justificou seu posicionamento perante as mudanças constitucionais, afirmando que

[...] em decorrência do advento da EC nº 45/2004, e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores – considerado, quanto a estas a regra do § 2º do art. 5º da Constituição – tornou-se possível atribuir, formal e materialmente, aos tratados de direitos humanos, hierarquia jurídico-constitucional, desde que observado o “iter” procedimental prescrito no § 3º do mesmo art. 5º.²⁵

106

O Excelso Ministro Celso de Mello Filho também expressou a sua mudança de posição, em favor da supralegalidade, eis que entendia, anteriormente, ser aplicável a equiparação dos tratados internacionais às leis internas, denotando a reverberação em sua opinião das teses e posições que preconizavam mudança no Direito pátrio em face da inafastável primazia dos direitos humanos:

[...] julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram, então, naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias [...]. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.²⁶

Além dessa afirmação da supralegalidade na jurisprudência e doutrina pátrias, emergiu também a posição emitida pelo eminente Ministro do

²⁴ GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valerio de O. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? *Revista de Direito*, v. XII, n. 15, 2009. p. 12.

²⁵ *Diário da Justiça*, 17 ago. 2007, HC 90.1720/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma.

²⁶ Habeas Corpus 87.585/TO – Voto do Ministro Celso de Mello Filho, 12.03.2008.

Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, sobre a tese da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, amparado em manifestações da doutrina pátria:

[...] há expressivas lições doutrinárias – como aquelas ministradas por Antônio Augusto Cançado Trindade (“Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos”, vol. 1/513, item n. 13, 2ª ed. 2003, Fabris), Flavia Piovesan (“Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”, p. 51/77, 7. ed., 2006, Saraiva), Celso Lafer (“A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, racismo e relações internacionais”, p. 16/18, 2005, Manole) e Valerio de Oliveira Mazzuoli (“Curso de Direito Internacional Público”, p. 682/702, item n. 8, 2. ed., 2007, RT), dentre outros eminentes autores – que sustentam, com sólida fundamentação teórica, que os tratados internacionais de direitos humanos assumem, na ordem positiva interna brasileira, qualificação constitucional, acentuando ainda que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da EC n. 45/2004, como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.²⁷

A constitucionalidade foi defendida pela eminente doutrinadora Piovesan, observando que:

[...] todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º, e agora poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.²⁸

Embora as novas regras constitucionais derivadas da Emenda à Magna Carta n. 045/2004 tenham aberto caminho para a tese da constitucionalidade dos tratados internacionais versando sobre direitos humanos, num entendimento ainda mais extensivo, outra corrente preconiza que as normas internacionais sobre direitos humanos são centrífugas, o que significa que possuem o caráter de supraconstitucionais em razão do descentramento em relação ao Direito interno, voltando-se para o indivíduo considerado a partir de um campo normativo internacional.

Solon²⁹ aponta o caráter evolutivo do *jus cogens*, considerando a supraconstitucionalidade como um novo *locus* para as relações entre Estado e indivíduo, com base no reconhecimento de que, acima da personalidade estatal, está o indivíduo.

²⁷ Id.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de J. L. (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005. p. 72.

²⁹ SOLON, Clara M. Responsabilidade internacional agravada do Estado: violações graves de normas de *jus cogens* e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 6, n. 6, p. 59-79, 2005.

A satisfatividade dos seus direitos vai além da órbita do direito interno. À sua proteção não bastam mais as normas nacionais. Somente um conjunto normativo internacional pode responder às exigências da efetividade³⁰ dos direitos humanos, sendo inaceitáveis os espaços exclusivos de validade desses direitos, resultando em um reducionismo contrastante com o alargamento desejado na sua proteção.

É nesse contexto que ganha relevância a supraconstitucionalidade, a qual encontra seus fundamentos na constatação de que, no campo dos direitos humanos, há uma “[...] relação desigual entre Estado e indivíduos sob a sua jurisdição, que bem pode caracterizar-se como uma relação vertical”³¹.

Na ótica da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, estes não se efetivam senão parcialmente no Direito interno; a sua maior concretude depende de uma instância jurídica superior, supranacional.³²

A tese da supralegalidade, acolhida na Corte Suprema brasileira, e da equiparação às normas constitucionais, defendida dentre outros por Piovesan,³³ representou uma mudança paradigmática, mas a posição do doutrinador Mello³⁴ vai mais além, posicionando-se a favor da supraconstitucionalidade, assim se expressando sobre o tema:

[...] a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional.

Há maior adensamento do tema na Europa, em face da sua aplicação efetiva para a garantia e a ampla tutela dos direitos humanos nesse continente. A

³⁰ Sobre a efetividade, convém observar distinção fundamental: “[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 229).

³¹ CORREIA, Theresa R. C. Considerações iniciais sobre o conceito de direitos humanos. *Pensar*, v. 10, n. 10, fev. 2005. p. 103.

³² RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Renovar, 2005.

³³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional da integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

supraconstitucionalidade das normas dos direitos humanos e das normas derivadas dos tratados internacionais tem sustentado diversas decisões do Direito europeu, por meio de reiterados pronunciamentos da Corte de Justiça da União Europeia,³⁵ consolidando o entendimento da sobreposição da norma internacional inclusive sobre as normas constitucionais:

A preeminência do direito comunitário europeu sobre as ordens jurídicas nacionais impõe a não aplicação das últimas sempre que com ele colidam. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias há muito reconheceu o princípio do primado (Processo n. 6/642, *Caso Costa c/ ENEL*, j. em 15/07/1964, *Recueil*, p. 1141), tendo deixado expresso, nos Casos *Internationale Handelsgesellschaft* (Processo n. 11/70, j. em 17/12/1970, *Recueil*, p. 1135) e *Simmenthal* (Processo n. 106/77, j. em 09/03/1978, *Recueil*, p. 629), que o juiz nacional está autorizado a não aplicar uma lei nacional que esteja em contraste com o Direito Comunitário, **ainda que referida lei encontre um fundamento adequado na Constituição do Estado membro.**³⁶ (não grifado no original).

Existem divergências quanto à natureza do Direito Comunitário europeu. Enquanto Martins³⁷ entende que a nova ordem jurídica comunitária é autônoma e única, não tendo vínculos com as ordens jurídicas nacionais, tampouco com a ordem jurídica internacional, Hartley³⁸ considera que o Direito Comunitário é subsidiário do Direito Internacional.

Para sustentar essa última tese, é possível recorrer às observações de Bergé, afirmando que “O direito internacional é muito frequentemente invocado no contexto do direito europeu. As regras em matéria de invocabilidade das convenções internacionais no seio do sistema jurídico da União Europeia têm sido essencialmente geradas pela jurisprudência da Corte de Justiça”.³⁹

³⁵ “Os partidários da supranacionalidade podem seguramente se fundamentar na jurisprudência pretoriana da Corte de Justiça que pode descrever a ordem jurídica europeia como uma nova ordem de direito internacional em favor do qual os Estados têm limitado seus direitos soberanos, de modo incondicional e irrevogável, em domínios mais e mais extensos.” Tradução livre do original: “[...] Les partisans de la supranationalité peuvent assurément faire état de la jurisprudence prétorienne de la Cour de justice qui [...] a pu décrire l’ordre juridique européen comme un nouvel ordre de droit international au profit duquel les États ont limité leurs droits souverains, et ce de façon “inconditionnelle et irrévocable, dans des domaines de plus en plus étendus” (OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau?* Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. p. 69).

³⁶ CHAUTIEL, Florence. Droit constitutionnel et droit communautaire. *RTDE*, n. 3, 1999. p. 395.

³⁷ MARTINS, Patrícia Fragoso. *O princípio do primado do direito comunitário sobre as normas constitucionais dos Estados-membros*: dos tratados ao projecto de Constituição europeia. Estoril: Príncipe, 2006.

³⁸ HARTLEY, T. C. *The foundations of European community law*. Oxford: Clarendon Press, Inglaterra, 1988.

³⁹ Tradução livre do original: “Le droit international est très fréquemment invoqué dans le contexte du droit européen. Les règles en matière d’invocabilité des conventions internationales

A despeito da natureza do Direito Comunitário e sua aplicação restrita ao espaço da União Europeia, é inquestionável que constitui parte importante do processo de construção de uma ordem jurídica internacional capaz de conduzir o Direito, por meio da supraconstitucionalidade, a produzir efeitos diretos e de maior alcance não somente sobre os cidadãos tutelados, mas sobre os próprios Estados-membros.

Num retrospecto histórico, o primeiro reconhecimento da supremacia do Direito Comunitário sobre o Direito interno dos Estados-membros deu-se no caso *Van Gend & Loos*,⁴⁰ com a decisão pronunciada pela Corte de Justiça da Comunidade Econômica Europeia (CEE) em 5 de fevereiro de 1963, transcrevendo-se um trecho que consubstancia o teor inovador, firmando jurisprudência sobre o tema, com o reconhecimento do princípio do efeito direto:

[...] a Comunidade constitui uma nova ordem jurídica de direito internacional, em favor da qual os Estados têm limitado, ainda que em domínios restritos, seus direitos soberanos, cujos sujeitos são não apenas os Estados-membros, mas igualmente seus cidadãos; [...] O artigo 12 do tratado instituindo a comunidade econômica europeia produz efeitos imediatos e gera por parte dos litigantes direitos individuais que as jurisdições internas devem salvaguardar.⁴¹

Mais tarde, outra decisão da Corte de Justiça da Comunidade Europeia, no caso *Costa-ENEL*,⁴² consagrou o princípio da primazia das disposições do tratado

au sein du système juridique de l'Union européenne ont été pour l'essentiel dégagées par la jurisprudence de la Cour de Justice" (BERGÉ, J. S. *L'application du droit de l'Union européenne et du droit international*: de l'applicabilité à l'invocabilité, p. 9. Disponível em: <http://www.cejec.eu/wp-content/uploads/2011/05/cejec-wp-2011_2-js-berge-interactions-droit-int-euro-application-applicabilite-et-invocabilite.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2011).

⁴⁰ Decisão do Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica Europeia (CEE), proferida sobre a contestação feita pela empresa transportadora belga *van Gend en Loos* perante o Tribunal Administrativo holandês acerca de um novo imposto de importação estabelecido pela Holanda incidindo sobre a uma carga de ureia proveniente da Alemanha. No acórdão, os julgadores suscitaram o artigo 12 do Tratado de Roma (que deu origem à CEE) dispondo que “[...] os Estados-Membros devem abster-se de introduzir entre si novos direitos aduaneiros de importação e de exportação ou os encargos de efeito equivalente. Na decisão, proclamou-se que os sujeitos de um tratado entre nações soberanas não são apenas os Estados-membros, mas, também, os seus cidadãos, incluindo-se aqui as empresas por terem personalidade jurídica”. (COUR DE JUSTICE DE LA CEE. Recueil de la Jurisprudence de la Cour. *Van Gend & Loos, affaire 26-62, arrêt de la Cour du 5 février 1963*. Disponível em: <http://www.cvce.eu/obj/Arret_de_la_Cour_de_justice_Van_Gend_Loos_affaire_26_62_5_fevrier_1963-fr-4b81dcab-c67e-44fa-b0c9-18c48848faf3.html>. Disponível em: 3 jan. 2012).

⁴¹ Tradução livre do original: “[...] la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants; [...] L'article 12 du traite instituant la communauté économique européenne produit des effets immédiats et engendre dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder” Ibid.

⁴² Em conflito com a Ente Nazionale Energia Elettrica (ENEL), empresa estatal italiana criada com a nacionalização da produção e distribuição de energia elétrica, M. Flaminio Costa, na

que deu origem à Comunidade frente a quaisquer normas internas, constitucionais ou infraconstitucionais, dos Estados-membros.

Nos termos do acórdão proferido por essa Corte:⁴³

A transferência realizada pelos Estados, de sua ordem jurídica interna em proveito da ordem jurídica comunitária, de direitos e obrigações correspondentes às disposições do tratado, conduzem, portanto, a uma limitação definitiva de seus direitos soberanos.

Destaca-se ainda, na jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Europeia (CJCE), o caso *Simmenthal*,⁴⁴ no qual foi reafirmada a primazia das normas comunitárias, originárias ou derivadas, sobre as normas de Direito interno, inclusive as constituições nacionais.

A supraconstitucionalidade aparece como base jurídica elementar à subsistência da comunidade de Estados que constituíram, por meio da ratificação dos tratados, a Comunidade Econômica Europeia e, em um segundo momento, a atual União Europeia.

A existência de normas comunitárias em uma dimensão supranacional permite a maior efetividade dos direitos dos cidadãos da União Europeia, pois a sua garantia não está limitada pela soberania dos Estados-membros, tendo força superior a aplicação do Direito Comunitário.⁴⁵

O princípio da primazia confere maior grau de satisfatividade aos direitos dos cidadãos europeus, tendo em vista que o Direito supranacional vige sobre todo o território da União Europeia.⁴⁶

111

qualidade de consumidor e de acionista da sociedade Edison Volta, afetado por essa nacionalização, demandou na Justiça Italiana a aplicação do artigo 177 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia para obter a interpretação dos artigos 102, 93, 53 e 37 do referido tratado, que teriam sido violados pela lei italiana que procedeu à nacionalização aludida. A decisão da Corte de Justiça da Comunidade Econômica Europeia manifestou-se favorável ao pedido, entendendo que nenhum ato unilateral posterior ao tratado que deu origem à Comunidade poderia se opor às regras comunitárias firmadas.

⁴³ Tradução livre do original: “Le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l’ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains” (*Arrêt da Cour de Justice de la CEE du 15 juillet 1964, Costa/ENEL, Affaire 6-64, Recueil de la Jurisprudence de la Cour*).

⁴⁴ COUR DE JUSTICE DE LA CEE. *Recueil de la Jurisprudence de la Cour. Costa-ENEL, affaire 70/77, arrêt de la Cour du 28 juin 1978*. Disponível em: <http://www.cvce.eu/obj/Arret_de_la_Cour_de_justice_Costa_ENEL_affaire_6_64_15_juillet_1964-fr-cb4154a0-23c6-4eb5-8b7e-7518e8a2a995.html>. Acesso em: 5 jan. 2012.

⁴⁵ O Tratado de Lisboa, firmado em 13 de dezembro de 2007, constitui a mais recente etapa no processo de afirmação de um Direito Supranacional, reforçando as bases de construção da União Europeia e definindo de forma mais precisa instrumentos e mecanismos de superação dos entraves nacionais, tendo em vista a consolidação da comunidade de Estados europeus.

⁴⁶ As fontes do Direito da União Europeia são três: primárias, derivadas e subsidiárias. As fontes do Direito primário são os tratados que estabeleceram a união e seu funcionamento, definindo

Referido princípio pode ser considerado como uma inovação inquestionável no Direito Internacional, ao colocar acima da soberania nacional a garantia do respeito aos direitos humanos. Reduz a distância entre os ideais relativos à sua concretização e a realidade, marcada por restrições derivadas de sistemas jurídicos fechados em si mesmos, os quais, muitas vezes, limitam o campo das possibilidades de satisfatividade dos direitos dos cidadãos.

Em face da sua aplicabilidade irrestrita, o princípio da primazia pode ser entendido como a afirmação da superioridade hierárquica do Direito Internacional, destacando-se, no exemplo europeu, que, quando em risco o direito dos cidadãos da União Europeia, firma-se a primazia absoluta do Direito derivado dos tratados e demais fontes emanadas da sua criação e consolidação, com força obrigatória sobre quaisquer normas internas, inclusive constitucionais. Segundo Hofmann:⁴⁷

A Legislação da UE é uma “fonte independente de lei”, característica de que ficaria destituída se pudesse ser “substituída pela legislação nacional”. Portanto, a validade de uma medida da UE [...] não pode ser afetada por alegações de que vai contra direitos fundamentais, tal como formulada pela constituição de um Estado ou os Princípios da estrutura constitucional nacional.⁴⁸

Nesse novo patamar de garantia dos direitos fundamentais, observa-se que todas as fontes normativas, seja o Executivo ou o Legislativo, estão adstritas à observância da determinação derivada do Direito da União Europeia. O mesmo ocorre com relação ao Poder Judiciário, sujeito ao princípio da primazia. O Direito que ele cria, a jurisprudência nacional, deve respeitar o Direito emanado da Corte de Justiça da Comunidade Europeia.

112

as competências entre a União e os Estados-membros e fixando as bases de exercício do poder das instituições europeias. Eles determinam, também, o quadro jurídico no qual essas instituições implementam as políticas comunitárias. São fontes primárias, ainda, os tratados modificativos da União Europeia; os protocolos anexados aos tratados de fundação da União e aos tratados modificativos, e os tratados de adesão dos Estados-membros da União Europeia. Os Direitos derivados compreendem os atos unilaterais dos Estados-membros e os atos convencionais. Por sua vez, os Direitos subsidiários, além da jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia, abrangem também o Direito Internacional e os princípios gerais do Direito, fontes que possibilitam a essa Corte superar as deficiências do direito primário e derivado, possibilitando maior efetividade da garantia dos direitos dos cidadãos da União Europeia.

⁴⁷ HOFMANN, Herwig. *EU constitutional law. IX Supremacy and direct effect of EU law*. Disponível em: <http://www.cvce.eu/obj/EU_Constitutional_Law_IX_The_supremacy_and_direct_effect_of_EU_law-en-0d9f08b1-63dc-4245-958b-d534d993c77c.html>. Acesso em: 19 dez. 2011.

⁴⁸ Tradução livre do original: “EU law is an ‘independent source of law’, the character of which would be deprived if it could be ‘overridden by national law’. Therefore the validity of a EU measure [...] cannot be affected by allegations that it runs counter to either fundamental rights as formulated by the constitution of that State or the principles of its national constitutional structure”.

Essa Corte, entendendo que as Constituições nacionais estão igualmente sujeitas ao princípio da primazia, estabeleceu um entendimento basilar para a consagração da supraconstitucionalidade na defesa dos direitos do homem.

No que diz respeito à questão do primado da norma supraconstitucional sobre as normas internas dos vários países, exsurge como relevante a questão da soberania relativizada.

O que se observa com relação a essa matéria é o postulado revisional dos dogmas sobre o exercício do poder estatal no plano interno, embora isso não prejudique a base dessa posição soberana, que está na própria essência e condição da existência do Estado na comunidade internacional. Porém, significa que, agora, ao lado da soberania e indivisibilidade do seu poder soberano, também passa a coexistir outro importante fundamento: “a existência de regras que transcendem a vontade do Estado, tornando imperativa a sua observância”.⁴⁹

Pode-se concluir a partir dessas afirmações que a soberania não é mais absoluta, mas relativa, em razão da natureza e do propósito de aplicação da norma supraconstitucional, que de outra forma não terá a capacidade de sobrepor-se às disposições do Direito interno:

O território [...] constitui o ponto de referência do agir estatal e, por isso, de grande relevância jurídica e política. Quanto mais o direito estiver “supranacionalizado” ou internacionalizado, tanto menos o território constituirá as margens de um mundo jurídico soberano.⁵⁰

Por isso fala-se na doutrina europeia em soberania do cidadão, termo que expressa muito bem o avanço alcançado com relação às questões relativas à ampla tutela dos direitos humanos, para além do dogmático conceito tradicional de soberania.

A soberania do cidadão está atrelada a uma perspectiva de satisfatividade de uma demanda personalística, qual seja, de garantia e de efetividade dos direitos vinculados à pessoa humana, e não decorrentes da qualidade de cidadão na condição de nacional de um Estado ou pertencendo a um Estado.

A condição do ser-em-si é o que importa, não mais o pertencimento a um Estado. A essência do reconhecimento da soberania do indivíduo deriva da sua condição de sujeito de direito, não no sentido tradicional, de pessoa reconhecida pela ordem jurídica nacional, sendo esta a expressão do Estado.

⁴⁹ GARCIA, Emerson. Influxos da ordem jurídica internacional na proteção dos direitos humanos: o necessário redimensionamento da noção de soberania. *Justitia*, v. 65, n. 198, p. 117-131, jan./jun. 2008.

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.300.

Importa considerar aqui os caminhos que vêm sendo trilhados para solucionar as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, despontando como pretensão mediadora a tese do “diálogo das fontes”, propondo uma interlocução entre o Direito Internacional e o Direito interno para resolver as tensões decorrentes da antinomia das fontes a partir de um processo comunicativo entre elas.

A ÉTICA DAS VIRTUDES E A SUPRACONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE O DIÁLOGO DAS FONTES

A problemática da antinomia das fontes, e sua superação pela postura dialógica, foi levantada pelo Ministro Gilmar Mendes por ocasião da manifestação do Supremo Tribunal sobre a aplicação da lei pátria que prevê a prisão por dívida,⁵¹ vedada expressamente pela Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica,⁵² assim se pronunciando em seu voto sobre a matéria no Recurso de Habeas Corpus 466.343-1/SP:

Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais.

Todavia, a solução emanada da interpretação majoritária do Supremo Tribunal Federal pendeu para a suprallegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Contudo, no entendimento de constitucionalistas como Mazzuoli (2010) e Piovesan (2009), trata-se de entendimento restritivo.

⁵¹ Julgamento do RHC 466.343-1/SP tendo como Relator o Ministro Cezar Peluso, Banco Bradesco S/A como recorrente e Luciano Cardoso Santos como recorrido. O recurso extraordinário foi interposto pelo referido banco com arguição do artigo 102, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao recurso de apelação n. 791.031-0/7, manifestando-se pela inconstitucionalidade da prisão civil do devedor fiduciante em contrato de alienação fiduciária em garantia, frente à previsão da Carta Constitucional em seu artigo 5º, inciso LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

⁵² Firmado em São José, Costa Rica, em 1969, entrou em vigor em 1978. Tem como signatários os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). O Brasil aderiu oficialmente à Convenção apenas em 1992. Dispõe a referida pactuação: “7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. (BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Atos Internacionais. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.ht>. Acesso em: 5 jan. 2012).

Segundo esses insignes doutrinadores, as normas de tratados internacionais de direitos humanos equiparam-se às normas constitucionais, de modo que, verificada a sua maior adequação para a garantia e máxima efetividade dos direitos humanos, devem ser aplicadas automaticamente, não havendo necessidade de observância de trâmites congressuais.⁵³

A interlocução entre as fontes é uma abordagem pós-modernista, objetivando estabelecer novos parâmetros para a capacidade satisfativa do Direito frente às requisições que se apresentam no campo da maior complexidade das relações sociais, ultrapassando as fronteiras nacionais quando se trata dos direitos humanos.

Na concepção pós-modernista, à qual se alinha o “diálogo das fontes”, é possível e necessário superar as antinomias no caso da aplicação dos tratados internacionais no âmbito interno, propugnando-se assim uma coordenação da pluralidade de estruturas jurídicas e normatizações.

O expoente principal dessa proposta, Erik Jayme,⁵⁴ afirma que o pluralismo jurídico deve ser transposto por intermédio da aproximação e do contato entre o Direito interno e internacional, de forma que se torna possível estabelecer a superação das antinomias por meio da verticalização do diálogo. Em outros termos, pressupõe a coexistência entre as normas, tomando-se sempre como referência os direitos humanos como fulcro de toda aplicação normativa, nas órbitas externa e interna. De modo que

[...] tem-se aqui, ao menos uma nova hierarquia (em nada semelhante ao modelo positivista formalista) pautada em valores e no conteúdo substancial dos direitos fundamentais, que consegue coexistir e transigir quando necessário com a ordem doméstica.⁵⁵

A proposta da dialogicidade como meio inerente à superação das antinomias pode ser entendida aqui no sentido de transigirem os dois sistemas, ou seja, deve-se priorizar a maximização da efetividade dos direitos humanos a qualquer tempo, a despeito de conflitos normativos.

Nessa ótica, não existem hierarquias de normas quando se faz menção a esses direitos, o que sugere a relativização da soberania, para aplicar-se a norma

⁵³ Segundo o entendimento da aplicabilidade automática, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, desde o momento da sua ratificação pelo Executivo, ficam incorporados automaticamente à legislação interna, tendo equiparação às normas constitucionais, não dependendo de aprovação por maioria qualificada no Congresso Nacional, como prevê a Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Carta Magna.

⁵⁴ Erik Jayme é expoente do Direito Pós-Moderno, vertente que considera a emergência de novas possibilidades no campo da afirmação e imperatividade dos direitos humanos frente ao pluralismo das fontes do Direito.

⁵⁵ MAZZUOLI, Valério de. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 166.

maximizadora da efetividade desses direitos, seja o tratado internacional, ou a legislação interna.

Trata-se da proposta ou abordagem monista, isto é, a expressão das ideias daqueles que entendem que, no mundo pós-moderno, o Estado deixou de ser o exclusivo sujeito de Direito no plano Internacional, não mais constituindo a fonte única das normas jurídicas conforme preconizado pela tese da soberania irrestrita.

Essa interpretação transpõe, portanto, a tradicional perspectiva dos limites precisos da aplicação das normas definidos pela territorialidade, que embasa a teoria dualista, para a qual existem campos diferentes e limítrofes, no plano do Direito interno e Internacional. Como resultado, apesar da interface entre eles, um não pode adentrar o espaço do outro, configurando-se estruturas estanques e incomunicáveis.

Em face de entendimento contrário, emerge a tendência que propugna a transitoriedade como forma de construção de entendimento e comunicabilidade entre o Direito interno e Internacional. O propósito é estabelecer a substituição do pluralismo de fontes por uma uniformização que permita melhor resposta jurisdicional, num momento em que se tornam mais prementes as soluções capazes de conciliar interesses e evitar dissensos por meio de uma práxis jurídica indiferenciada no âmbito internacional e do Direito interno.

116

Isso equivale a substituir o paradigma de uma ordem internacional baseada na voluntariedade dos Estados, alicerçado na tese da soberania absoluta, por um sistema baseado no contato mais estreito, interpenetração e emergência de um Direito objetivo, coerente com as mudanças que definem as características e os fundamentos do mundo pós-moderno.

O *telos* em questão é a aplicação do Direito em seu caráter mais fundamental, isto é, enquanto práxis requisitada pela consagração dos direitos humanos no espaço supraestatal, devendo o Direito ultrapassar o âmbito meramente territorial de sua aplicação, para estabelecer maior amplitude tutelar: “A sistemática internacional, como **garantia adicional de proteção**, institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissor na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais”⁵⁶ (grifo nosso).

Conforme exposto, a questão que se coloca não é quanto à supremacia da norma internacional sobre a lei pátria infraconstitucional, já sendo pacífico o entendimento de que a primeira se sobrepõe a esta, conforme o critério da supralegalidade, e também no que concerne à equiparação à norma constitucional, mas com relação ao conflito entre a Constituição Federal do Brasil e dispositivo de tratado internacional.

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 61.

Isso em razão da pretensão da efetiva internacionalização dos direitos humanos, uma tendência inexorável que expressa um novo olhar sobre o homem, não mais como ser vinculado e submisso na sua condição de nacional e cidadão de um Estado, mas como ser humano, condição alçada à condição de referência para todas as ordens jurídicas internas.

Daí a posição do Ministro Celso de Mello Filho, que embora tendo acolhido a tese da constitucionalidade, pende também para uma interpretação ainda mais ampla, como se depreende em texto de seu voto:⁵⁷

É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.

Essa internacionalização a que se refere o excelso Ministro representa justamente essa superação das perspectivas sobre a constitucionalidade, aparecendo como uma evolução esperada nas atuais interpretações internas.

Essa é a perspectiva do olhar do Direito pós-moderno expressa por Mazzuoli,⁵⁸ afirmando que o princípio internacional *pro homine*⁵⁹ implica, sempre, na necessária prevalência dos interesses humanos, conforme sua natureza e finalidade precípua de sua garantia e efetividade, em detrimento de quaisquer interpretações que possam relativizá-los, ou mesmo, considerar uma suposta reciprocidade entre os Estados-partes e o Direito Internacional quanto à aplicação do pactuado em tratados internacionais.

Portanto, deve ser aplicada a norma mais favorável aos que têm seus direitos humanos violados ou ameaçados, para harmonizar os contrários, rumo a uma nova contextualização do Direito nos planos interno e externo, firmando-se pelo primado dos direitos humanos como referência primeira da atividade judicial.

A intransigência que tem marcado a aplicação das normas é hoje questão que exige essa comunicabilidade necessária entre os sistemas e fontes jurídicas, para que se firme uma complementaridade operando “*ipso facto* e sem a necessidade de

⁵⁷ STF. Habeas Corpus 87.785-8.

⁵⁸ MAZZUOLI, 2010.

⁵⁹ Paulo Bonavides denomina princípio da proporcionalidade, entendendo-o como um “princípio cuja vocação se move, sobretudo, no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave” (“*das Prinzip der Wahldesmildesten Mittels*”).

se buscar qualquer outra justificativa fora do contexto da integração dos tratados de direitos humanos no plano do direito interno”.⁶⁰

Portanto, a questão não é o reconhecimento da primariedade dos direitos humanos, mas a superação das antinomias que acabam impedindo que ela se firme em qualquer órbita de atuação do Direito, em razão das diferenças de interpretação em relação a qual norma deve ser aplicada pelos julgadores. Mazzuoli⁶¹ explicita essa questão, ao comentar que:

Essa natureza objetiva da proteção internacional dos direitos humanos e dos respectivos tratados requer novos métodos de harmonização entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, ante a ineficácia dos critérios tradicionais de solução antinomias. O problema é que muitos tribunais locais parecem ainda não ter compreendido o funcionamento e o *telos* da proteção internacional dos direitos humanos, criando assim um problema gnosiológico (ou seja, de conhecimento) a ser resolvido.

Para Mazzuoli,⁶² a solução desse problema está no “diálogo das fontes”, que consiste em construir uma uniformidade interpretativa capaz de coadunar pontos de vista diferentes, que limitam e obstam a ampla tutela jurídica daqueles que têm seus direitos violados, em contraposição à consagração internacional dos direitos humanos e ao compromisso dos Estados que aderem aos instrumentos de pactuação para garantir a sua proteção e efetividade no espaço das suas respectivas jurisdições.

A proposta é viabilizar a solução das antinomias que se vislumbram quando o Direito deve responder às ameaças ou afrontas aos direitos humanos, em razão dessa dupla área de atuação, a interna e a extranacional. Mas é preciso refletir sobre a questão dos valores envolvidos nesse processo.

Nesse sentido, se o “diálogo das fontes” remete a uma conexão mais íntima entre Direito interno e Internacional, em prol da ampla tutela dos direitos humanos e em detrimento do tradicional papel e posição do Estado frente aos demais Estados, com a relativização da soberania, também leva, contraditoriamente, a uma negação da própria subjetividade que se propõe tutelar com essa afirmação da superioridade normativa supranacional.

Ressalta-se que, nesse olhar pós-moderno, o Estado já não pode mais subsistir como ente supremo, em face de um processo irreversível de fragmentação de seu poder e da emergência de limites nacionais mais sutis, menos precisos, com a progressiva integração de povos e culturas.

⁶⁰ MAZZUOLI, 2010, p. 159-160.

⁶¹ Ibid., p. 112.

⁶² Id.

Essa construção de uma sociedade transnacional importa em maior relativização de conceitos tradicionais, não somente sobre a soberania dos Estados, mas sobre o próprio Direito interno. De modo que a visão pós-moderna consiste na negação de normas absolutas, em prol de normas aplicáveis em todos os lugares, numa dimensão supranacional.

O pensamento pós-moderno nega assim a validade dos paradigmas tradicionais, dentre eles o de um Direito calcado em premissas estritamente vinculadas à perspectiva de uma regulação interna autônoma. Situa o indivíduo na condição de homem indistintamente considerado, ser abstrato, por não referir-se a um espaço específico, isto é, no âmbito imediato de jurisdição de um Estado.

O Direito no pós-modernismo é mais impreciso, diluído nesse espaço de convergência de culturas, ideias. Menos preciso em termos geográficos e territoriais, onde as novas referências são os valores do capitalismo, basicamente o paradigma do consumismo, que define a forma como se reconstruem as identidades nacionais. Estas perdem o seu *status*, frente à supervalorização dos indivíduos e da subjetividade.

Como explica Habermas apud Lima:⁶³

[...] o capitalismo já não precisa dos subsistemas culturais tradicionais (política, religião, moral) para se legitimar, já não precisa usar e vincular-se a eles como na modernidade. Na pós-modernidade em sua fase de domínio global, mostra-se de frente como ideologia de consumismo globalizado.

119

A substituição da racionalidade objetiva, apresentada pelos iluministas como instrumento necessário para a construção de um mundo novo e igualitário, representa a passagem do paradigma das verdades absolutas para a desconstrução das relações pautadas em instituições totalizadoras como espaços de organização racional da vida coletiva.

O pós-modernismo nasceu em meio à desesperança, ao questionamento de uma sociedade baseada no lógico, no científico, na racionalidade que pretendia a redenção da humanidade, e acabou favorecendo sistemas autoritários, nos quais, além da ordem, também se estabeleceu a eliminação sistemática de seres humanos e a glorificação da coletividade sob uma mesma ideologia.

Não apenas os sistemas totalitários, como o nazismo e o fascismo, mas também os ideais socialistas e democráticos se viram destroçados por esta visão pretensamente superior da razão e da organização social, que aniquilou o subjetivo na justificativa da necessidade e da supremacia do interesse coletivo.

⁶³ LIMA, Newton de O. *Direito e diversidade na pós-modernidade*. p. 1. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/36268>>. Acesso em: 28 out. 2011.

As desilusões com relação ao Estado, ao poder político, ao futuro do planeta, à existência humana num mundo cada vez mais controlado, planejado, dependente das forças econômicas, reduzido à razão pura, refletem-se numa apatia quanto ao futuro. Os pós-modernistas assumem uma postura de dúvida e inconformismo, não num sentido questionador, mas de negação de toda possibilidade de mudança, porque percebem nessa atitude um idealismo vazio.

Segundo Amariglio, Ruccio; Cullenberg apud Lima,⁶⁴ pós-modernismo pode ser visto como uma fase histórica, uma “condição” existencial e uma crítica:

- a) como fase mais recente do capitalismo, envolvendo a globalização econômica baseada na expansão dos mercados e produção global fundamentada nas tecnologias da informação;
- b) como transformação do discurso sobre o conhecimento e a ciência, expressando o relativismo e a incerteza quanto à verdade ou realidade mais fundamental; o saber científico perde o caráter de verdade inquestionável, rompendo-se com a visão utilitária e otimista da ciência como remédio para todos os problemas da humanidade, tornando-se o conhecimento objeto de apropriação por diferentes interesses, adequando-se a diferentes objetivos e funções, sem prender-se a critérios ou determinações na esfera ética e estética que remetem a uma ordem racional conforme a visão modernista; implica, portanto, em revisionismo cultural e social, baseado em uma nova linguagem e em um novo pensar sobre o homem e a sociedade;
- c) como crítica (antimodernismo ou não modernismo), segundo a qual o modernismo não conseguiu articular de forma coerente o discurso de uma mudança social profunda e duradoura com os valores que pregava, tais como liberdade, resgate moral da humanidade, justiça e igualdade, tornando-os conceitos esvaziados.

O pós-modernismo representa então uma reação ao modernismo, o qual, amparado na ciência e na razão, estabeleceu a crença no conhecimento como o caminho da superação de todas as misérias, a base para a construção de uma sociedade ordenada, progressista e equilibrada.

Foram os iluministas, no século XVIII, os fundadores da modernidade com base em uma ideologia que iria impregnar a vida e a organização das sociedades, rompendo com os paradigmas que embasavam a organização política e social:

Os iluministas rejeitavam a autoridade e a tradição, substituídas pela ciência e a razão. Os indivíduos podem encontrar o sentido e a verdade

⁶⁴ LIMA, Iara V. de. *Modernismo e pós-Modernismo como épistémès*: algumas noções e implicações no pensamento econômico. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200101326.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2011.

Supraconstitucionalidade dos tratados internacionais e direito interno

por meio da razão e da ciência, o que leva, naturalmente, à ideia do progresso e a uma atitude que valoriza a novidade, assim como a racionalidade. Pelo uso da razão e da ciência, podemos descobrir novos conhecimentos objetivamente verdadeiros.⁶⁵

Diante do fracasso de modelos políticos e sociais baseados nessa crença da superioridade da razão e da objetividade no século XX, a exemplo do socialismo, o discurso pós-moderno afirma serem necessárias novas atitudes com relação ao conhecimento.

Valorizado no modernismo como base para a construção de uma nova sociedade, como produto da razão e da produção científica, os pós-modernistas passam a concebê-lo como tendo apenas valor funcional, pronto para uso e consumo:

Conhecimento, para os pós-modernistas, é o que pode ser guardado em um computador. O resto é ruído. O programa de perguntas e respostas na televisão, em que as pessoas ganham prêmios importantes por conhecerem fatos isolados, é uma expressão pós-moderna do uso do conhecimento. Os pós-modernistas atribuem pouca importância ao conhecimento, porque alegam que ele não pode ser legitimado. O conhecimento não é objetivo, mas é algo que cada um de nós constrói com os jogos da nossa linguagem. Construtivismo e desconstrução são termos-chave do vocabulário pós-moderno.⁶⁶

121

Portanto, o pós-modernismo é um tempo de mudanças, de novas e diversificadas articulações entre o saber e o poder, rumo a novas possibilidades de existência, onde não contam mais as estruturas estanques e a segmentação das sociedades que tinham como um de seus fundamentos a nacionalidade, a delimitação precisa dos espaços de convivência ordenados de modo objetivo em padrões racionalizados por meio da mediação dos Estados soberanos.

No mundo pós-moderno, substitui-se a racionalidade objetiva pelo discurso da valorização do indivíduo. O subjetivismo tem valor na medida em que favorece também o consumismo. Mas se isso se encaixa em uma nova ordem, supranacional, com fronteiras diluídas no processo de globalização econômica, também traz implicações de ordem axiológica.

Desaparecem padrões de comportamento e convívio, sob o signo de uma reconceitualização e redefinição dos estilos de vida considerados ultrapassados, retrógrados, incompatíveis com o moderno (ou melhor, pós-moderno).

⁶⁵ DANIEL, John. A educação em um novo mundo pós-moderno. *Anais do XVI Congresso Mundial de Educação Católica*. Brasília, abr. 2002, p. 4.

⁶⁶ Id.

De certo modo, o pós-modernismo reflete a busca de superação das crenças que orientaram o modernismo, mas que resultaram em fracasso e decepção quanto à certeza e adequação do modelo de vida que surgiu com a crença na superioridade da razão.

Para Harvey apud Casotti⁶⁷ a desconstrução dos modelos de vida e pensamento elaborados na modernidade é característica das novas tendências de pensamento, diante dos dilemas de adotar uma razão objetiva e de ver-se confrontado com a sua impossibilidade de atingir os objetivos de transformação do homem e da sociedade a que se propõe.

Assim, embora confundido como uma nova era de realizações técnicas e instrumentais, o pós-modernismo apresenta-se, contraditoriamente, como um momento de dúvidas sobre o alcance da racionalidade, passando-se da certeza de mudanças sociais significativas para uma visão pessimista em relação ao futuro.

Na visão crítica de Bauman apud Casotti⁶⁸

[...] a modernidade se desenvolveu através de uma falsa consciência e se volta para o entendimento do que estava realmente acontecendo e, com isso, produz ambivalência, pluralismo, e se dá conta de que seus propósitos iniciais, uma ordem racional e a liberdade individual, nunca serão alcançados.

122

Não é por outro motivo que o Direito Pós-Moderno entende ser impossível a continuidade de sociedades plurais fechadas em si mesmas, num nível macro, representadas por Estados nacionais dotados de exclusiva e inafastável soberania, e afirma ser necessário convergir para um entendimento de modo a adaptar o Direito às novas tendências e cenários do mundo em transformação.

Confere então à subjetividade uma posição central na nova ordem mundial, subtraindo aos Estados o papel que antes lhes era confiado, como instituição máxima e diferenciada dos seus membros.

O discurso pós-moderno torna menos visíveis as fronteiras entre indivíduo e Estado, seja pelo discurso da democracia e da pluralidade das vontades a ser garantida pelo próprio ente estatal, seja pela transposição do Direito para uma órbita supraestatal, diluindo a identidade e autonomia daquele frente a essa nova ordem jurídico-política internacional.

Parece que é sob esse olhar que se pode construir uma crítica aos que defendem o paradigma do “diálogo das fontes”, eis que este supõe ser possível, e necessário, um Direito supranacional, cuja força está justamente na convergência de vontades por intermédio da atuação de cada magistrado.

⁶⁷ CASOTTI, Leticia. *Marketing moderno e consumidor pós-moderno*. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/enanpad/1998/dwn/enanpad1998-mkt-15.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2012.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 3.

A interpretação pessoal do julgador é que deve nortear a aplicação da norma, interna ou internacional, a cada caso concreto, com base no seu entendimento sobre qual delas tem maior possibilidade de efetivar os direitos humanos ameaçados ou lesados.

Esse proceder também pode valer-se da resignificação do Direito em sua totalidade, frente a cada situação. Quer dizer, compete ao magistrado buscar a integração das duas normas, em favor de uma solução uniforme de aplicação.

Embora não se conteste a validade e aplicabilidade do diálogo vertical das fontes como um modo adequado de superação das antinomias entre o Direito interno e Internacional, no âmbito de matérias que envolvem os direitos humanos, essa alternativa pode ser contraditória, se for levada em conta a relativização dos valores. O resultado, dialeticamente falando, é a síntese dos opostos, ou seja, a acomodação dos conflitos entre o Direito interno e internacional por intermédio do “diálogo das fontes”.

Esse diálogo nada mais é do que a expressão da perspectiva pós-moderna de um Direito menos objetivo, envolvendo uma posição mais flexível, descentrada, da práxis jurídica na solução dos conflitos, resultando, porém, sob um olhar crítico, em uma diluição dos valores que deveriam, eles mesmos, ser absolutos, em razão da natureza dos direitos humanos aos quais estão adstritos.

De modo que pode ocorrer não essa primazia de tais direitos, mas justamente o contrário, pois a interpretação pessoal do julgador⁶⁹ torna-se o espaço restrito da escolha do sentido e do significado concreto das normas internas e internacionais na efetivação dos direitos humanos. Justifica-se que essa é a melhor alternativa para a condução desse diálogo entre as fontes, com a superação das antinomias cristalizadas no paradigma tradicional da separação entre Direito interno e Internacional enquanto sistemas estanques.

Se é possível concordar com a necessidade dessa via alternativa para uma práxis jurídica mais engajada e apta a efetivar os direitos humanos, deixando de lado controvérsias doutrinárias e sistemáticas ultrapassadas frente a novas realidades e tendências de vida, pensamento e organização social que se definem não mais no *locus* jurídico-político dos Estados e suas fronteiras territoriais, também se pode fazer uma crítica sobre os possíveis efeitos da relativização dos valores, em razão dessa mesma perspectiva de desconstrução dos paradigmas normativos absolutos.

⁶⁹ Ronald Dworkin “critica a **função discricionária dos juízes**, defendendo a adoção de determinados paradigmas jurídicos pelos atores sociais, viabilizando uma forma padronizada de argumentação, em um sistema composto por normas, diretrizes e princípios” (grifo nosso). RIBEIRO, Felipe Dias; REIS, Jorge R. Jurisdição constitucional frente aos princípios: a dignidade humana através da proporcionalidade. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília, 20-22 nov. 2008.

Essa crítica pode ser ancorada especialmente na “Ética das Virtudes”, de Alasdair MacIntyre, embora outras contribuições possam ser buscadas em expoentes críticos do pós-modernismo, em especial, Habermas.

Resgatando o raciocínio que se desdobra na “Ética das Virtudes”, o posicionamento pós-moderno tem como um dos seus fundamentos a negação das tradições e rejeição da teleologia, de modo que “todos os juízos valorativos e, mais especificamente, todos os juízos morais não são mais que expressões **de preferência, de atitude ou de sentimento**”⁷⁰ (grifo nosso).

Embora preconizando os valores justamente como referência para a construção de um diálogo verticalizado entre as fontes, propõe-se, por essa via, que a interpretação judicial se torne o elemento central na sua adoção e efetivação, atuando, então, como “ponte” entre as duas instâncias, interna e internacional.

Mazzuoli⁷¹ refere-se aqui ao fato de que a superação das lacunas legislativas pátrias diante dos tratados internacionais de direitos humanos ocorre por intermédio de um diálogo integratório. O que significa que a comunicação entre as normas de direito interno e internacional se realiza a partir de um processo dialógico.

Nessas condições, constata Mazzuoli⁷² “Os diálogos foram ‘ouvidos’ pelos magistrados da Suprema Corte e por eles ‘coordenados’, exatamente como propõe Erik Jayme”.

124

Fica explícito aqui o valor dado à interpretação, como atividade judiciária, da qual devem emergir os entendimentos e, com eles, a conciliação das normas, de modo a ser superada a antinomia inviabilizadora da integral tutela e efetividade dos direitos humanos.

Por essa via do “diálogo das fontes”, instala-se, para o Direito, a possibilidade da síntese dos opostos, no sentido de uma prática dialética transposta para a seara jurídica. Os que se pautam nessa ideia presumem que está superada a controvérsia dogmática entre monistas e dualistas, diante da emergência e inafastável conveniência e eficácia do “diálogo das fontes” como instrumento e sistemática no campo operativo do Direito, neste caso afastada a distinção entre um *locus* interno e outro internacional.

Pode-se, porém, apontar uma imanência⁷³ na perspectiva pós-moderna, que se imiscui no conjunto das ideias que fundamentam o “diálogo das fontes”,

⁷⁰ ARAÚJO, Luiz B. Leite de. *MacIntyre e a ética das virtudes*, p. 2. Disponível em: <<http://www.pgfil.uerj.br/publi/LuizBernardo2010/1998.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2011.

⁷¹ MAZZUOLI, 2010.

⁷² *Ibid.*, p. 165.

⁷³ Termo empregado por Kant, chamando de imanentes os princípios cuja “aplicação se tem em tudo e por tudo dentro dos limites da experiência possível”, contrapondo-se aos princípios “transcendentes” que ultrapassam tais limites. A imanência refere-se, portanto, a uma limitação do emprego de certos princípios ao domínio da experiência possível e a renúncia a estendê-los

tomando como referência a “Ética das Virtudes”, de McIntyre (1981) apud Araújo,⁷⁴ evidenciada no pressuposto de que é o julgador, por meio da sua interpretação e atuação mediata, o mais apto a solucionar as antinomias.

Em outros termos, vislumbra-se na ampla discricionariedade atribuída ao julgador o reflexo de uma visão pós-moderna, alicerçada esta na valorização da subjetividade, transpondo-a para o Direito de modo a construir um novo paradigma para a solução dos conflitos ou antinomias, em substituição ao modelo tradicional de interpretação que as tem originado.

Essa subjetivação não é apenas questão de ordem prática, mas valorativa, no sentido de que a proposta é a conciliação como meio de superação dos conflitos, por meio da interpretação do julgador no caso concreto. O que já é um caminho há muito trilhado pelo Direito, mas não sem reservas, justamente pela impossibilidade de definir com precisão o sentido e significado dos conteúdos emanados da apreciação pessoal do julgador.

Se tal não foi a intenção, nem corresponde ao entendimento sobre o papel do julgador feito por Mazzuoli,⁷⁵ conhecendo-se sua importante atuação na defesa de uma mudança na concepção do Direito pátrio quanto à norma supranacional e na necessidade de uma convergência com o Direito Internacional para dar ampla satisfatividade aos direitos humanos, a visão pragmática pós-moderna que emerge da discricionariedade do julgador pode desvirtuar esse *telos*, justamente pelo viés relativista na concepção do homem e do mundo.

Pode-se mesmo encontrar a influência dessa visão pós-moderna em Mazzuoli⁷⁶ quando expressa sua crença no “poder” da decisão pessoal do julgador frente às exigências de resolução do caso concreto, buscando em Erik Jayme o apoio para afirmar que os julgadores, “ouvindo” o que dizem as fontes, podem dar o adequado encaminhamento no que diz respeito à efetividade dos direitos humanos.

Em outros termos, essas “fontes” são entendidas como aptas a fornecer ao juiz os elementos essenciais para a tomada de decisão, nada mais fazendo este do que, a partir de critérios objetivos e racionais, resolver os conflitos.

Embora se faça menção aqui à tomada racional de decisão e a instruções norteadoras da decisão do julgador, não pressupondo uma atividade destituída da necessária ponderação e nem alheia à realidade, da qual deve extrair elementos suficientes, consistentes e coerentes com o que pressupõe o Direito para a solução dos problemas jurídicos, percebe-se que a centralidade desse

além dele (Disponível em: <<http://www.filoinfo.bem-vindo.net/filosofia/modules/lexico/entry.php?entryID=709>>. Acesso em: 20 nov. 2011).

⁷⁴ ARAÚJO, op. cit.

⁷⁵ MAZZUOLI, 2010.

⁷⁶ Id.

entendimento quanto à solução mais adequada está na mediação do sujeito. Sujeito este que se transforma em agente ativo, na medida em que, “ouvindo” as fontes, constrói a sua decisão, o que não elimina elementos que transcendem a objetividade visada.

É justamente contra os excessos de uma sociedade centrada na subjetividade que se insurge McIntyre (1985), buscando resgatar uma base valorativa destituída de importância diante da cultura pós-moderna, na qual “todos os juízos valorativos e, mais especificamente, todos os juízos morais não são mais que expressões de preferência, de atitude ou de sentimento”.

De modo que a possibilidade, pelo “diálogo das fontes”, de melhor responder às necessidades globais de mecanismos jurídicos que comunguem os mesmos propósitos e se entrelacem para a satisfatividade dos direitos humanos pode resultar, de maneira contraditória, em relativização dos valores que se pretende tutelar e efetivar.

Na prática já se vislumbra esse desvirtuamento valorativo, em detrimento da supremacia de tais direitos, denotando a relativização valorativa, amplamente questionável perante a ótica da “Ética das Virtudes”. A título de exemplo, no Direito pátrio, pode-se apontar o parecer PGFN/CRJ n. 1.732/2007 emitido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) favorável à aplicação do “diálogo das fontes” na seara do Direito Tributário em face das antinomias, neste caso, envolvendo a extensão das alterações na Lei Geral de Execuções de Títulos Extrajudiciais às execuções fiscais.⁷⁷

126

O entendimento foi o de que a Lei de Execução Fiscal (Lei Federal n. 6.830/80) teve por fulcro a concessão de tratamento privilegiado ao crédito fazendário, de maneira a prover sua maior satisfatividade em proveito da Fazenda Pública (nos termos da exposição de motivos da LEF). Por extensão, quaisquer mudanças no Código de Processo Civil, mesmo contrariando a LEF, quando em proveito do crédito fazendário, tornando mais célere a sua cobrança, devem ser aplicadas à execução fiscal.

Como resultado, o “diálogo das fontes” nesse caso apresenta-se como espaço de interpretação discricionária que acaba sendo contrário ao seu *telos* de avançar na efetivação dos direitos humanos em todas as suas dimensões.

A fundamentação da reprovação a esse entendimento, consoante Andrade Filho,⁷⁸ é exemplar:

Apesar de a satisfação dos créditos da Fazenda atender ao bem comum, ou seja, aos interesses de toda a coletividade, a expropriação de bens dos

⁷⁷ ANDRADE FILHO, Edmar O. *A lei de execuções fiscais e as reformas do CPC*. Disponível em: <<http://www.apet.org.br/eventos/reunioes/texto/10reuniao07.asp>>. Acesso em: 28 out. 2010.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 1.

Supraconstitucionalidade dos tratados internacionais e direito interno

particulares via atividade tributária, aí incluída a fase executiva, se submete ao respeito dos direitos fundamentais envolvidos. Daí o equívoco hermenêutico cometido quando se confunde o interesse público com o interesse da Fazenda Pública.

Continuando suas incisivas e coerentes críticas, o autor afirma:

Por esse raciocínio resulta a improcedência do entendimento sobre a ausência de suspensividade automática dos embargos à execução, depois de garantido o juízo. A aplicação das novas disposições da lei civil ao processo executivo, em especial aquelas que dizem respeito à ausência de suspensividade automática dos embargos à execução, na realidade, não proporcionam a aplicação sequer equitativa das disposições da lei civil à LEF. De fato, criam situações de desigualdade ainda maiores entre o contribuinte-executado e a Fazenda-exequente. Isso se deve em parte em razão do modo de formação do título executivo extrajudicial entre particulares e o processo de formação da CDA. Enquanto no primeiro caso a formação é em regra bilateral (acordo de vontades), ou unilateral, quando formado pelo devedor, na cobrança do crédito tributário a formação se dá de modo unilateral pela Fazenda. O contribuinte apenas participa na sua formação, se instaurado processo administrativo fiscal, no âmbito de órgãos da administração fazendária, nem sempre revestidos da tão desejada imparcialidade e independência.⁷⁹

127

Nesse caso há, certamente, a relativização dos valores, posto que os direitos humanos, igualmente inseridos no campo do Direito Tributário, perdem seu caráter de direitos primordiais, em favor do Estado.

Ainda que sob a premissa de defesa inafastável do interesse público, na cobrança do crédito relativo a tributo, sendo a coletividade o objeto da tutela, portanto as pessoas em seu todo, é evidente que há uma interpretação desvirtuada, como expressão da subjetividade e relativização de valores.

CONCLUSÃO

Certamente o positivismo rigoroso, adstrito à norma em si, inflexível, conduziu a uma encruzilhada, quando se tornou necessário ir além da simples proclamação dos direitos humanos, no intuito de efetivá-los em qualquer lugar e momento, daí emergindo uma tendência importante no Direito Internacional, que se apresenta cada vez mais incisiva em face das transformações mundiais, refletindo-se no Direito interno dos países.

⁷⁹ Id.

É indiscutível que a prevalência do direito interno, sob a ótica de uma soberania absoluta dos Estados, não cabe mais no mundo globalizado e em processo de integração econômica, social, política e cultural.

Há que se avançar na busca da superação das antinomias, e para isso tem se observado importante evolução no campo doutrinário e jurisprudencial rumo à internacionalização com importantes repercussões para a satisfatividade dos direitos humanos.

Não se nega a validade dessa proposta do método dialógico, para uma solução mais adequada das antinomias entre o Direito interno e Internacional em direção a um processo de coexistência normativa, assegurando maior eficácia jurídica em todos os países.

Tampouco se deprecia a sua importância para essa evolução pretendida na construção de um Direito mais coerente com as requisições no campo da ampla tutela e efetividade dos direitos humanos em todo o mundo, derogando a perspectiva da territorialidade adstrita à soberania nessa área.

O que exsurge, porém, como crítica, é o risco de imperar um excessivo subjetivismo, levando em conta a gênese dessa teoria dialógica sob a influência do pensamento pós-moderno.

128

Entende-se, com base no tipo de interpretação construída nos termos do Parecer da Fazenda Nacional comentado ao final deste trabalho, que é necessário um progressivo aprimoramento das interfaces entre os direitos nacionais, levando à internacionalização em um nível que possibilite encontrar um caminho que não seja nem excessivamente permissivo à discricionariedade de cada Estado, nem excessivamente pautado na subjetividade dos julgadores.

Esse percurso rumo a um Direito Internacional terá importante contribuição da “Ética das Virtudes” e de outras reflexões que têm primado por uma postura crítica e revisionista dos pressupostos da concepção pós-moderna, a qual, como foi exposto, adentra na seara do Direito e está relacionada à proposta da aplicação do “diálogo das fontes”.

Parece que o melhor caminho está além do “diálogo das fontes”, sendo este o ponto de partida para um modelo ainda mais ousado e que poderá valer-se dos seus pressupostos, mas que, ao mesmo tempo, pode subtrair-se ao problema da excessiva centralidade na subjetividade do julgador.

Preconiza-se um retorno ao monismo, neste caso não mais centrado no objetivismo e reducionismo da prevalência exclusiva da norma interna. Pelo contrário, o que se vislumbra é a passagem de uma pluralidade de Constituições, como resquício da visão histórica e paradigmática ultrapassada sobre a territorialidade e a soberania estatal, para uma dimensão legal unificada, como pressupõe o termo “humano” quando se fala em direitos, ou seja, o ser humano posto como categoria indistinta, irreduzível a um lugar e momento histórico, genericamente contido na humanidade.

Assim, a construção de uma “constituição global”⁸⁰ é o verdadeiro caminho para a superação adequada tanto das antinomias, como do relativismo, do excesso de individualismo fundado na supervalorização da subjetividade e inserido, de certa forma, na própria proposta do “diálogo das fontes”, conforme a tese aqui levantada.

A viabilidade de uma constituição global, ainda que pareça ingênua ou inédita, certamente, não é indissociada da realidade. Pelo contrário, como foi demonstrado, pode ser discernida na própria evolução das ideias que conduzem à proposta da supraconstitucionalidade, constituindo nesse caso a sua expressão máxima, levando-se ao extremo a ideia de Constituição encontrada em Häberle.⁸¹

O melhor exemplo está nos avanços do Direito europeu,⁸² seara certamente mais avançada nessa superação da visão fragmentada e reacionária de estados soberanos, e pode ser o mais importante motor de uma mudança apropriada não apenas para o “diálogo das fontes”, mas para a construção de uma sociedade global, ao mesmo tempo plural e una em torno dos direitos humanos, pela via de uma Magna Carta supranacional.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE FILHO, Edmar O. *A lei de execuções fiscais e as reformas do CPC*. Disponível em: <<http://www.apet.org.br/eventos/reunioes/texto/10reuniao07.asp>>. Acesso em: 28 out. 2010.
- ARAÚJO, Luiz B. Leite de. *MacIntyre e a ética das virtudes*. Disponível em: <<http://www.pgfil.uerj.br/publi/LuizBernardo2010/1998.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2011.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BERGÉ, J. S. *L'application du droit de l'Union européenne et du droit international: de l'applicabilité à l'invocabilité*. Disponível em: <http://www.cejec.eu/wp-content/uploads/2011/05/cejec-wp-2011_2-js-berge-interactions-droit-int-euro-application-applicabilite-et-invocabilite.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2011.

⁸⁰ Nesse sentido, Maria Helena Diniz (apud MAZZUOLI, 2010, p. 56) também se contrapõe à ampla atuação do intérprete, considerando que a antinomia “só poderá ser eliminada por meio da ação legislativa”, embora não se refira expressamente a um conjunto normativo transnacional comum a todos os habitantes do planeta, como aqui se propõe.

⁸¹ Häberle entende ser a Constituição um processo em constante construção, denotando uma visão dialética da sua estruturação, para que possa ter preservada a sua força regulatória em uma sociedade pluralista, caracterizando-a desta forma como “projeto” (*Entwurf*) em desenvolvimento contínuo (MENDES, Gilmar F.; VALE, André Rufino do. Pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 12, jul./dic. 2009. p. 128).

⁸² A União Europeia ruma para a articulação de uma constituição una, o que representará um avanço decisivo na consolidação do modelo supraconstitucional em face das normas do Direito interno dos Estados-membros (CASTELO BRANCO, Álvaro C. Cortes constitucionais e tribunais internacionais. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 3, 2009/2010).

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Atos Internacionais. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Promulgação. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.ht>. Acesso em: 5 jan. 2012.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Atos Internacionais. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>. Acesso em: 3 nov. 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CASOTTI, Leticia. *Marketing moderno e consumidor pós-moderno*. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/enanpad/1998/dwn/enanpad1998-mkt-15.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2012.
- CASTELO BRANCO, Álvaro C. Cortes constitucionais e tribunais internacionais. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 3, 2009/2010.
- CHAUTIEL, Florence. Droit constitutionnel et droit communautaire. *RTDE*, n. 3, p. 395-400, 1999.
- CORREIA, Theresa R. C. Considerações iniciais sobre o conceito de direitos humanos. *Pensar*, v. 10, n. 10, p. 98-105, fev. 2005.
- 130 COSTA, José Marcelo F. Direito administrativo, norma jurídica e ato administrativo. *Revista Direito e Liberdade*, Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. ESMARN, ano 1, n. 1, 2006.
- COUR DE JUSTICE DE LA CEE. Recueil de la Jurisprudence de la Cour. *Van Gend & Loos, affaire 26-62, arrêt de la Cour du 5 fevrier 1963*. Disponível em: <http://www.cvce.eu/obj/Arret_de_la_Cour_de_justice_Van_Gend_Loos_affaire_26_62_5_fevrier_1963-fr-4b81dcab-c67e-44fa-b0c9-18c48848faf3.html>. Disponível em: 3 jan. 2012.
- _____. *Recueil da la Jurisprudence de la Cour. Costa-ENEL, affaire 70/77, arrêt de la Cour du 28 juin 1978*. Disponível em: <http://www.cvce.eu/obj/Arret_de_la_Cour_de_Justice_Costa_ENEL_affaire_6_64_15_juillet_1964-fr-cb4154a0-23c6-4eb5-8b7e-7518e8a2a995.html>. Acesso em: 5 jan. 2012.
- DANIEL, John. A educação em um novo mundo pós-moderno. *Anais do XVI Congresso Mundial de Educação Católica*. Brasília, abr. 2002.
- DERRIEN, Arnaud. *Les juges français de la constitutionnalité*. Atenas: Sakkoulas/Bruylant, 2003.
- DIÁRIO DA JUSTIÇA, 17 ago. 2007, *HC 90.1720/SP*. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma.
- DIÁRIO DA JUSTIÇA, 20 abr. 2006, p. 5. *ADIn 2551 MC-QO/MG*. Julgamento em: 02/04/2003, Rel. Min. Celso de Mello.
- GALINDO, George R. B. O § 3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro De Direitos Humanos*, Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 6, n. 6, p. 121-131, 2005.

Supraconstitucionalidade dos tratados internacionais e direito interno

GARCIA, Emerson. Influxos da ordem jurídica internacional na proteção dos direitos humanos: o necessário redimensionamento da noção de soberania. *Justitia*, v. 65, n. 198, p. 117-131, jan./jun. 2008.

GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valerio de O. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? *Revista de Direito*, v. XII, n. 15, p. 7-20, 2009.

HARTLEY, T. C. *The foundations of European community law*. Oxford: Clarendon Press, Inglaterra, 1988.

HOFMANN, Herwig. *EU Constitutional law. IX. Supremacy and direct effect of EU law*. Disponível em: <http://www.cvce.eu/obj/EU_Constitutional_Law_IX_The_Supremacy_and_direct_effect_of_EU_law-en-0d9f08b1-63dc-4245-958b-d534d993c77c.html>. Acesso em: 19 dez. 2011.

HICKMANN, Clair Maria. Quando os pobres pagam pelos ricos. *Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 1, n. 2, p. 4, set. 2007.

JAYME, Erik. Identité culturelle et integration: Le droit international privé postmoderne: cours general de droit international privé. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, 1995. Netherlands: Martinus Nijhoff, 1996.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Newton de O. *Direito e diversidade na pós-Modernidade*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/36268>>. Acesso em: 28 out. 2011.

LIMA, Iara V. de. *Modernismo e pós-Modernismo como épistémès: algumas noções e implicações no pensamento econômico*. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200101326.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2011.

MARTINS, Patrícia Fragoso. *O princípio do primado do direito comunitário sobre as normas constitucionais dos Estados-membros: dos tratados ao projecto de Constituição europeia*. Estoril: Princípia, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de O. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional da integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MELLO FILHO, Celso de. *HC n. 87.585-9/TO*. Voto proferido em 12 mar. 2008. Inconstitucionalidade da prisão civil. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/index.php?cont=3&id=2004>>. Acesso em: 28 out. 2011.

MENDES, Gilmar F.; VALE, André Rufino do. Pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 12, p. 121-146, jul./dic. 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De la pyramide au réseau?* Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

PEREIRA, André G.; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

_____. Direitos sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 67-80, out. 2009.

_____. Reforma do Judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de J. L. (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005.

_____. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Renovar, 2005.

RIBEIRO, Felipe Dias; REIS, Jorge R. Jurisdição constitucional frente aos princípios: a dignidade humana através da proporcionalidade. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília, 20-22 nov. 2008.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: RT, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

132

SOLON, Clara M. Responsabilidade internacional agravada do Estado: violações graves de normas de *jus cogens* e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 6, n. 6, p. 59-79, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEIL, Eric. *Filosofia política*. São Paulo: Loyola, 1990.

Data de recebimento: 13/4/2011

Data de aprovação: 15/6/2011