



Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Constitucional

Tesis Doctoral

**A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONFORME AOS
TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS EM PERSPECTIVA COMPARADA**

(O PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS)

Luciano Arlindo Carlesso

Director: Fernando Álvarez-Ossorio Micheo

Sevilla – 2014

À minhas amadas Gabriela, Betina e Isabela, por me explicarem a cada dia o significado de minha existência.

Aos meus pais, Henry e Lourdes, por me mostrarem o caminho.

Ao Departamento de Direito Constitucional da Universidade de Sevilha nas pessoas dos estimados professores Pérez Royo e Fernando Ossorio, por tornarem possível meu sonho, e também à prestativa Guadalupe Cruz Feria, por todo o apoio recebido.

Aos colegas do Ministério Público do Trabalho.

SUMÁRIO

A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONFORME AOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS EM PERSPECTIVA COMPARADA.....	1
SUMÁRIO	5
PRIMEIRA PARTE	15
MARCOS INTRODUTÓRIOS	15
DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO	17
i. Apresentação – Premissas Metodológicas.....	17
ii. A interação entre as ordens nacional de direitos fundamentais e a internacional de direitos humanos	29
iii. Aproximação ao Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos.....	36
iii.a. A jurisdição dos direitos humanos. Uma jurisdição concorrente. A soberania revisada	36
iii.b. Estado constitucional e o sistema de garantia de direitos. Afinidade e harmonização entre os ordenamentos interno e internacional de direitos humanos.	46
iv. Perspectivas funcionais do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos ...	51
SEGUNDA PARTE	55
CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICO-ESTATAL	55
ENFOQUE TEÓRICO-ESTATAL A PARTIR DAS TEORIAS DE HÄBERLE E FERRAJOLI	57
i. Introdução	57
ii. O Estado Constitucional Cooperativo de Häberle.....	60
ii.a. Direito internacional e Estado Constitucional Cooperativo – Relações e Influências.....	62
ii.b. A passagem do Estado Constitucional de tipo “nacional” ou “soberano” ao Estado Constitucional Cooperativo.....	63
ii.c. A Comunidade Universal dos Estados Constitucionais	66
ii.d. Processos de recepção e reprodução cultural.....	69
ii.e. Caráter estatal das fontes de direito – uma releitura em um Estado Constitucional Cooperativo.....	73
ii.f. Comparação Jurídica – O método interpretativo do Estado constitucional	76
iii. A teoria geral do garantismo de Ferrajoli	80

iii.a. A criminalidade estatal interna e externa – O Estado selvagem ou o “lobo artificial”	85
iii.b. O Estado de direito internacional a partir de um novo contrato social - A soberania como problema e fonte de perigo	87
iii.c. A soberania na visão de Ferrajoli	89
iii.d. O constitucionalismo de direito internacional de Ferrajoli	96
TERCEIRA PARTE.....	101
CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL	101
TEORIA E PRÁTICA COMPARADA.....	101
SEÇÃO I	103
A INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS DESDE AS CORTES SUPREMAS OU TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS EUROPEUS E LATINO-AMERICANOS.....	103
A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONFORME AOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS.....	105
Capítulo I - Espanha.....	105
i. Introdução – A regra de abertura constitucional espanhola – uma fórmula constitucional de interpretação dos direitos fundamentais conforme aos tratados de direitos humanos, art. 10.2 da Constituição espanhola	105
ii. Uma interpretação expansiva do art. 10.2 da CE - A adoção da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos pelo Tribunal Constitucional espanhol	110
iii. O debate sobre a necessidade do art. 10.2 da CE - Os efeitos produzidos pelo art. 10.2 – constitucionalização da interpretação dos textos internacionais? - A possibilidade da interpretação conforme os tratados de direitos humanos a partir do art. 96.1 da CE	118
iv. O Tribunal Constitucional espanhol e a adoção da doutrina do TEDH	136
iv.a. A obrigação de os Estados membros de acompanhar a evolução da jurisprudência internacional de direitos humanos - As sentenças do TEDH nos casos Valenzuela Contreras contra Espanha e Prado Bugallo contra Espanha	137
iv.b. A sentença do Tribunal Constitucional espanhol sobre a Lei de Estrangeiros - STC 236/2007.....	142
Capítulo II – Portugal.....	146
i. Introdução	146
ii. Análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional português	155
ii.a. Ação de inconstitucionalidade contra a Lei da procriação medicamente assistida (Lei nº 32/2006)	155
ii.b. Direito ao acesso jurisdicional aos estrangeiros – Reconhecimento da	

existência de um princípio constitucional de interpretação em conformidade com a declaração universal de direitos humanos.....	157
ii.c. Princípio da publicidade das decisões judiciais.....	158
ii.d. Inconstitucionalidade de norma que regula o regime de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros – O direito do estrangeiro de manutenção do núcleo familiar.....	161
Capítulo III – França.....	166
i. Introdução	166
ii. O desenvolvimento do controle de constitucionalidade na França - breves considerações	169
iii. O surgimento do Conselho Constitucional - Função original.....	173
iv. Marcos da Consolidação da Justiça Constitucional na França - A visão contemporânea do Conselho Constitucional	175
iv.a. A criação do bloco de constitucionalidade	175
iv.b. A Reforma de 1974.....	177
v. O controle de convencionalidade das leis francesas	179
vi. A instauração do controle repressivo de constitucionalidade pela reforma constitucional de 2008 – A “questão prioritária de constitucionalidade”	190
vi. a. Uma ruptura radical do sistema jurídico francês.....	193
vi.b. A instigação a um confronto - Uma competição desnecessária.....	196
vi.c. Uma reforma parcial com defeito congênito – A dissociação dos controles de convencionalidade e constitucionalidade	201
vii. Uma nova perspectiva do Conselho Constitucional em face do direito europeu – A consideração expressa da jurisprudência do TEDH	206
Capítulo IV – Alemanha.....	209
i. Introdução	209
ii. O Tribunal constitucional alemão e o desenvolvimento dos direitos fundamentais em âmbito comunitário	211
iii. Internacionalização e europeização estatal e constitucional.....	218
iv. Interpretação constitucional no contexto de internacionalização – Interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com a Convenção Européia de Direitos Humanos e a jurisprudência internacional pelo Tribunal constitucional alemão.....	222
v. A Convenção Européia de Direitos Humanos como parâmetro do recurso individual constitucional alemão e as tentativas de sua “constitucionalização” pela doutrina.....	229
vi. O Tribunal Constitucional Federal como guardião das decisões do TEDH e a obrigada leitura dos direitos fundamentais alemães de acordo com o <i>case-law</i> do TEDH	234

Capítulo V - O impacto da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no Tribunal de Justiça da União Européia.....	243
i. Introdução	243
ii. A integração paulatina dos direitos fundamentais na ordem comunitária européia.....	248
iii. A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos influenciando nas decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia.....	251
iii.a. A vulneração da legislação britânica aos direitos dos homossexuais e transsexuais ao casamento e à constituição de família - Um exemplo interessante da influência da jurisprudência do TEDH sobre o TJUE.....	255
iv. A “comunitarização” dos direitos contidos na Convenção Européia de Direitos Humanos - CEDH	257
v. O princípio da interpretação idêntica - A Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, os direitos fundamentais nacionais e a Convenção Européia de Direitos Humanos.....	259
vi. O princípio da norma mais favorável na ordem comunitária	265
Capítulo VI – Argentina	271
i. Introdução	271
ii. Análise das sentenças da Corte Suprema da Nação	273
ii.a. Resgate histórico e Caso <i>Ekmekdjian</i>	273
ii.b. Garantia ao duplo grau de jurisdição em matéria penal - Interpretação conforme a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Caso <i>Giroldi</i>	276
ii.c. Prazo razoável de detenção sem julgamento - Interpretação conforme a jurisprudência da Comissão Interamericana de direitos humanos - Caso <i>Bramajo</i>	279
ii.d. Direito dos detentos a um tratamento digno - Interpretação conforme as regras mínimas para tratamento de reclusos da Organização das Nações Unidas - Caso <i>Verbitsky</i>.....	281
ii.e. Doutrina da Proteção Integral - Interpretação conforme à jurisprudência do Comitê dos Direitos da Criança da ONU, Comitê de Direitos Humanos da ONU e da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Caso <i>Maldonado</i>.....	284
ii.f. Acesso igualitário aos cargos públicos – Discriminação por origem – Interpretação conforme ao Pacto de São José e ao Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos - Caso <i>Hooft</i>.....	287
ii.g. Direito à reparação integral nos acidentes de trabalho – Interpretação conforme aos tratados de direitos humanos e conforme a jurisprudência do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU e da Corte Interamericana - Caso <i>Aquino</i>.....	288
ii.h. Nulidade de leis de anistia aos militares - Interpretação conforme à jurisprudência da Corte Interamericana - Caso <i>Simón</i>	293

ii.i. Imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade - Interpretação conforme aos tratados de direitos humanos e conforme ao direito internacional consuetudinário, e à jurisprudência da Corte Interamericana - Caso <i>Aracibia Clavel</i>	297
ii.j. Controle de convencionalidade das leis - Inconstitucionalidade de decreto que concede indulto por crimes de lesa humanidade – Interpretação conforme aos tratados de direitos humanos e conforme a jurisprudência do Comitê de direitos humanos, Comitê contra a Tortura da ONU, Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana - Caso <i>Mazzeo</i>	302
Capítulo VII – Perú	309
i. Introdução	309
ii. Análise da jurisprudência do Tribunal constitucional peruano	312
ii.a. Posição dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico peruano	312
ii.b. Devido processo legal	314
ii.b.1. Juiz natural	314
ii.b.2. <i>Ne bis in idem</i> – Violação da coisa julgada penal.....	316
ii.b.3. A jurisprudência internacional vinculante – <i>ne bis in idem</i> - Caso Joseph Anthony, Pompei e outros	319
ii.b.4. Direito a não se auto-incriminar	320
ii.b.5. Julgamento em um prazo razoável	322
ii.c. Matérias eleitorais.....	323
ii.c.1. Direito ao devido processo legal em matéria eleitoral - Competência do Jurado Nacional Eleitoral (JNE) - Amparo 5854-2005.....	323
ii.c.2. Ação de inconstitucionalidade contra lei que viola o direito à tutela judicial efetiva – Expediente 007-2007-PI/TC	326
Capítulo VII – Bolívia, Colômbia e Costa Rica.....	329
SEÇÃO II.....	337
A FUNDAMENTAÇÃO DA NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA DOS ÓRGÃOS INTERNACIONAIS DE CONTROLE E MONITORAMENTO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS	337
i. Introdução	339
i.a. O juiz nacional constitui-se no último intérprete dos tratados de direitos humanos? A sua atividade interpretativa está isenta do impacto da jurisprudência internacional de direitos humanos?	339
i.b. A doutrina da “coisa interpretada”	346
i.c. A construção de uma ordem pública comum através das organizações internacionais, dos tratados de direitos humanos e da jurisprudência evolutiva. Qual o papel da jurisprudência internacional de direitos humanos?	353

ii. Elementos de fundamentação	370
ii.a. Fundamentações axiológicas ou principiológicas	370
ii.b. Fundamentações orgânicas ou sistemáticas	376
ii.c. Fundamentações de caráter lógico-jurídicos	381
ii.d. Fundamentações teleológicas.....	383
QUARTA PARTE.....	389
CONTEÚDO JURÍDICO-FUNCIONAL DO PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS	389
SEÇÃO I	391
O PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS	391
i. Introdução	393
ii. Âmbito normativo do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos – Uma contribuição para explorar a sua potencialidade normativa-interpretativa.....	395
ii.a. Análise semântica do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos....	397
ii.b. A contextualização sistêmica e finalística	405
ii.c. A natureza normativa e axiológica dos princípios	412
iii. A eficácia normativa-interpretativa dos princípios – Os princípios constitucionais materiais e os princípios instrumentais de interpretação constitucional.....	415
iii.a. O Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos em perspectiva normativa-interpretativa.....	418
iv. O princípio da supremacia constitucional e o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos – Necessidade de um condicionamento recíproco	420
v. O princípio da unidade da Constituição informa a relação entre o princípio da supremacia constitucional e o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos - Releitura de princípios instrumentais de interpretação constitucional.....	428
vi. O princípio da interpretação conforme à Constituição – Uma releitura para compreender o controle de convencionalidade.....	433
vii. O princípio instrumental da interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com os tratados de direitos humanos	434
viii. O princípio instrumental da aplicação da cláusula mais favorável ao indivíduo	439
SEÇÃO II.....	445
PERSPECTIVAS FUNCIONAIS DO PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS	445
i. A função de conexão.....	447
ii. A função de atualização da Constituição	454
iii. A função de garantia.....	456

iv. A função de limitar a atividade interpretativa	458
v. A função interpretativa-integrativa	461
QUINTA PARTE	465
CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICO-PRÁTICA EM PERSPECTIVA NACIONAL	465
SEÇÃO I	467
A INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS DESDE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	467
i. Introdução	469
ii. Análise da jurisprudência do STF.....	473
ii. a. Racismo – Interpretação conforme os tratados de direitos humanos - habeas corpus 82.424	473
ii.b. Direitos da criança e do adolescente (art. 227 da CF/88) - Princípio da tipicidade penal (inciso xxxix, art. 5º da CF/88) - Interpretação conforme à Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança, Convenção contra a Tortura da ONU, Convenção Interamericana contra a Tortura e Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Habeas Corpus 70.389.....	481
ii.c. Repouso semanal preferencialmente aos domingos – Interpretação conforme convenções da OIT - Adin 1675	486
ii.d. Necessidade de observância do devido processo legal, do Estado de Direito e do respeito aos direitos humanos na extradição – Prevalência dos direitos humanos - Extradição 986.....	491
ii.e. Excesso de prazo na prisão preventiva do extraditando – Liberdade provisória como direito fundamental - Interpretação conforme o Pacto de São José de Costa Rica - Habeas Corpus 91.657	493
ii.f. Definição de genocídio e fixação do órgão competente para processar e julgar os crimes de genocídio – Interpretação conforme os tratados internacionais - Recurso extraordinário 351.487	495
ii.g. Devido processo legal e os tratados de direitos humanos.....	498
ii.g.1. Duplo grau de jurisdição.....	499
ii.g.1.1. Caso Jorgina de Freitas – <i>Habeas Corpus</i> 79.785 e Caso Igor Ferreira da Silva – Ag. Reg. AI 513044	499
ii.g.1.2. Direito de recorrer da condenação sem a necessidade de recolher-se à prisão - <i>Habeas Corpus</i> 88.420	505
ii.g.1.3. Dispensa da capacidade postulatória para recorrer em <i>Habeas Corpus</i> – Interpretação de acordo com a Convenção Interamericana que assegura o direito ao recurso ao próprio acusado.....	506
ii.g.2. Direito de defesa.....	508
ii.g.2.1. Direito de audiência e presença – <i>Habeas Corpus</i> 86.634.....	508

ii.g.2.2. Direito de ser informado da acusação – <i>Habeas Corpus</i> 88.359 e 86.609	509
ii.g.3. Direito a um prazo razoável de julgamento	511
ii.g.3.1. Excesso de prazo da prisão cautelar – <i>Habeas Corpus</i> 88.025.....	511
ii.h. Condição jurídica do refugiado – Regra geral de interpretação conforme tratados de direitos humanos – Extradicação 1.008	514
SEÇÃO II.....	519
A INTEGRAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NA ORDEM INTERNA DESDE A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONDENAÇÃO DO BRASIL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	519
i. A integração dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira – A discussão sobre a hierarquia e as correntes doutrinárias no STF – A supremacia da Constituição e o princípio da norma mais favorável ao indivíduo	521
i.a. Contextualização.....	521
i.b. A constitucionalização dos tratados de direitos humanos	525
i.c. A declaração do caráter supralegal mas infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos	529
i.d. A Constituição Federal excluída do conflito com os tratados de direitos humanos – A supremacia constitucional e o desvio do foco para as normas infraconstitucionais.....	534
i.e. As teses da revogação e da inaplicabilidade do dispositivo constitucional referente à prisão do depositário infiel – A supremacia constitucional e a admissão de mutações constitucionais	543
i.f. A supremacia da Constituição e a sua aproximação ao princípio da aplicação da norma mais favorável ao indivíduo – Uma solução mais adequada	550
i.g. A constitucionalização ou reconhecimento da supralegalidade do princípio da aplicação da norma mais favorável – Demarcando o ponto inicial da discussão.....	555
ii. A condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos - Caso Gomes Lund e outros – A questão da Lei de anistia	559
ii.a. Introdução	559
ii.b. A argüição de descumprimento fundamental proposta pela OAB em face da lei de anistia.....	560
ii.c. A condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos	564
ii.d. Fatos e o julgamento.....	564
ii.e. O controle de convencionalidade	568
iii. Avanços e retrocessos.....	570

CONCLUSÕES	573
BIBLIOGRAFIA	581

PRIMEIRA PARTE

MARCO INTRODUTÓRIO

DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO

i. Apresentação – Premissas Metodológicas

A nossa investigação se contextualiza no ambiente de interação havido entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos, desde onde se produz um fluxo de recíprocas influências que vão impactar os sistemas de proteção de direitos e marcar, de forma importante, o constitucionalismo contemporâneo. Desde tal perspectiva focalizar o Princípio constitucional da Prevalência dos Direitos Humanos (inciso II do art. 4º da CF/88)¹ como um instrumento normativo apto a atuar neste processo interativo, buscando sustentar nosso discurso através de um estudo teórico-prático que permitisse transitar e explorar toda a eficácia normativa-interpretativa e as perspectivas funcionais deste Princípio.

Como métodos principais de investigação elegemos os métodos comparativo e o indutivo uma vez que necessitávamos – previamente - buscar elementos na experiência constitucional internacional que sustentassem nosso discurso, para depois discernir e explorar as virtualidades normativas e funcionais do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos.

Partimos, pois, de determinados modelos jurídicos estrangeiros objetivando estabelecer um diálogo com nosso sistema jurídico nacional. Nossa intenção não foi a de estabelecer um cotejo profundo entre os elementos e categorias utilizadas em cada qual mas simplesmente demonstrar os pontos de contato e os pontos de afastamento que existem na análise de um fenômeno específico: a interpretação dos direitos fundamentais

¹ Art. 4º - **A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:** I - independência nacional; **II - prevalência dos direitos humanos;** III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (destacamos).

por diversas jurisdições constitucionais considerando a influência dos tratados de direitos humanos e de sua respectiva jurisprudência internacional. O papel que o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos desempenha – ou que pode desempenhar - neste contexto e em apoio ao intérprete constitucional representa o outro lado de nossa investigação².

Na busca de nosso objetivo, não nos interessou, ademais, alçar nosso sistema jurídico nacional ao centro de comparação ou eleger qualquer outro sistema jurídico estrangeiro como modelo a ser seguido. Desta forma, alertamos desde já que o destaque dos sistemas brasileiro e espanhol – pois nosso estudo abarcou a apreensão do fenômeno a partir da ótica de jurisdições constitucionais de outros países integrantes do sistema europeu e do sistema interamericano de direitos humanos – decorre, primeiro, da similitude entre o nosso Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos e o princípio espanhol da interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com os tratados de direitos humanos presente na Constituição daquele país³ e, segundo, pelo avançado estágio em que se encontra o processo de interação jurisprudencial entre a jurisdição constitucional espanhola e a jurisdição internacional de direitos humanos.

Trazemos ao debate, pois, a intrigante questão relativa à internalização da jurisprudência internacional de direitos humanos, o estudo do impacto que ela exerce na delimitação do sentido e alcance dos direitos fundamentais, a reflexão das justificações que impelem a sua recepção pelas jurisdições constitucionais, além das técnicas e métodos pelos quais ocorre tal fenômeno neste processo. Fatores estes que, em nosso entender, constituem-se em questões a serem investigadas previamente ao objeto central da pesquisa - o descobrimento da eficácia normativa-interpretativa e das virtualidades

² Biscaretti di Ruffia, Paolo, "Introducción al Derecho Constitucional Comparado - Las formas de Estado y las "formas de Gobierno". Las Constituciones modernas", México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 79.

³ Art. 10.2 - "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España".

funcionais do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos -, e que, de outro lado, justificam nossa opção metodológica pelo estudo comparativo.

Como Biscaretti Di Ruffia assinala, o direito constitucional comparado se dirige, através do método comparativo, “a cotejar entre si, as normas e instituições consagradas nos diversos ordenamentos estatais tanto do presente quanto do passado, com o propósito de por em evidência, ademais das características mais significativas, suas notas similares ou diferenciais, e alcançar por esta via a determinação posterior de princípios e regras que encontrem uma efetiva aplicação em tais ordenamentos”⁴. Ressalta-se como finalidade de nosso trabalho, ainda na lição do eminente comparatista, tentar estimular uma “melhor interpretação e valoração das instituições jurídicas do ordenamento nacional” o que pode facilitar “a identificação de princípios que até então haviam permanecido latentes e quase ocultos aos comentaristas analíticos do direito positivo”⁵, o que parece ser, efetivamente, o caso do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos.

Buscamos, pois, nesse trabalho de identificação e fundamentação fenomenológico responder a alguns questionamentos básicos partindo da constatação de que muitos países estão alcançando resultados mais ou menos similares neste processo de interação entre as ordens jurídicas interna e internacional, através do uso de instrumentos e técnicas distintas. Ou seja, de um lado, determinados Estados manejam dispositivos expressos de interpretação dos direitos fundamentais conforme aos tratados internacionais e, de outro, determinados Estados promovem a internalização da jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos (Tribunal Europeu de Direitos Humanos e

⁴ Biscaretti di Ruffia, Paolo, “Introducción al Derecho Constitucional Comparado - Las formas de Estado y las “formas de Gobierno”. Las Constituciones modernas”, op. cit. p. 79.

⁵ Biscaretti di Ruffia aponta como finalidades das investigações de direito constitucional comparado, além da já ressaltada: a) a satisfação de meras exigências de ordem cultural; b) aportar orientações importantes para a política legislativa; c) servir às medidas de caráter de “unificação legislativa”, aduzindo a necessidade de tal proceder para um eficiente funcionamento dos organismos supranacionais “que vem se estabelecendo no mundo contemporâneo” já que estes necessitam de “certa analogia das normas e instituições constitucionais entre os Estados respectivos”, op. cit. p. 80-81.

Corte Interamericana de Direitos Humanos) - e de outros órgãos de controle e monitoramento dos tratados de direitos humanos -, sem dispor de norma expressa que autorize o reenvio do intérprete à dimensão internacional.

Nosso ponto de partida e de principal fixação foi o sistema jurídico espanhol, uma vez que, como já ressaltamos, este país tem produzido uma rica interação entre seu ordenamento interno e o ordenamento externo, em um diálogo surpreendente e apaixonante. Sem dúvida, pode-se afirmar que Espanha possui o sistema jurídico que mais tem absorvido os standards jurisprudenciais provenientes dos órgãos de controle e monitoramento dos tratados de direitos humanos, com ênfase para o sistema regional europeu que tem em seu ápice o Tribunal de Europeu de Direitos Humanos.

Poderíamos assinalar que o ponto de arranque aos resultados que assistimos hoje se encontra na longa repressão da ditadura de Franco, que tendo impedido Espanha de promover uma prática interna de reconhecimento e aplicação de direitos fundamentais, ou avançar em direção à integração dos tratados de direitos humanos em sua ordem interna, ou mesmo postular sua inserção no Conselho da Europa⁶, culminou no desejo da Assembléia Constituinte da Consituição de 1978 de transcender para uma posição importante no cenário europeu nessa temática.

No entanto, este ambiente de rupturas político-institucionais de caráter autoritário e a adoção de ordenamentos de orientação democrática reproduziu-se em muitos países, o que nem sempre reflete um nível interativo tão importante com os sistemas internacionais de direitos humanos. Todavia, o que explicaria a posição privilegiada de Espanha talvez tenha sido uma conjunção de fatores inaugurada pela previsão de uma norma constitucional de interpretação que reenvia o intérprete dos direitos fundamentais para a dimensão internacional dos tratados de direitos humanos.

⁶ Organismo Internacional criado em 5 de maio de 1949, cujos países integrantes elaboraram e firmaram em Roma, em 1950, a Convenção Européia para a proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais. Tem por objetivo favorecer na Europa um espaço democrático e jurídico comum, a defesa dos direitos humanos, a democracia pluralista e a preeminência do direito, dentre outros.

A doutrina especializada, com efeito, atribui considerável importância para o logro daquele objetivo o estabelecimento desta norma de interpretação, acentuando, ademais, o profícuo trabalho desenvolvido pelo Tribunal Constitucional espanhol, o que proporcionou transformações importantes no âmbito do sistema de direitos fundamentais daquele país.

A regra prevista no art. 10.2 da Constituição espanhola, e os efeitos que lhe foram extraídos, conferem uma virtualidade expansiva aos tratados de direitos humanos, às decisões dos órgãos de controle destes tratados e, por óbvio, ao próprio sistema de direitos fundamentais espanhol que, estando conectado com os sistemas internacionais de direitos humanos por meio desta norma de reenvio interpretativo, atualiza-se permanentemente, o que permite atribuir ao sistema de proteção interno uma eficácia verdadeiramente maximizada.

Interação esta que não logrou Portugal, por exemplo, pois mesmo tendo uma cláusula similar inscrita em sua Constituição⁷ não foi capaz de transformá-la em um instrumento tão profícuo de diálogo entre a ordem constitucional e a ordem internacional de direitos humanos a fim de maximizar a proteção do ser humano a partir do importante trabalho desenvolvido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Mas o fenômeno ganha contornos ainda mais interessantes quando se trata de analisar os sistemas jurídicos constitucionais de países que não possuem uma norma de interpretação do tipo da espanhola e da portuguesa, mas que, de forma surpreendente, vêm se utilizando da mesma técnica, conforme veremos.

Seja como for, os parâmetros jurisprudenciais estabelecidos especialmente pelo Tribunal Europeu e pela Corte Interamericana vêm sendo adotados pelas Cortes Supremas ou Tribunais Constitucionais de países como Alemanha, Áustria, Bélgica,

⁷ Art. 16.2 - "Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos".

dentre outros no âmbito europeu⁸, e como Argentina, Colômbia, Peru, Bolívia e Costa Rica, dentre outros, no âmbito interamericano.

Todavia, mesmo no caso de Espanha não existe um delineamento teórico razoavelmente fundamentado justificando o porquê da internalização dos standards jurisprudenciais dos organismos internacionais de controle e supervisão dos tratados de direitos humanos, eis que a norma constitucional prevista no art. 10.2 da CE determina a interpretação conforme estes tratados e não conforme a jurisprudência dos órgãos que monitoram a aplicação daqueles. As fundamentações deste proceder, quando existem, estão difusamente distribuídas na doutrina especializada, não havendo, inclusive, nenhuma indicação nesse sentido nos julgados do Tribunal Constitucional espanhol⁹.

Dessa forma, partimos basicamente de duas ordens de questionamentos em nosso trabalho relativamente a esta questão prévia.

⁸ Como testemunha, por exemplo, Antonio D'Atena: "En la misma línea, y siguiendo siempre en Italia, cabe recordar las numerosas decisiones en las cuales la Corte constitucional ha utilizado los acuerdos internacionales sobre derechos humanos para interpretar el texto constitucional, en materia de retribución de los trabajadores dependientes, de adopción, de tutela de las minorías lingüísticas, de sanciones penales a menores, de protección de las madres trabajadoras, etc."; o referido autor italiano, ademais - confirmando nossa afirmação -, enfatiza que a inserção dos parâmetros normativos internacionais vem ocorrendo independentemente da existência expressa de normas de reenvio interpretativo, e que por trás de tais tendências - como aprofundaremos mais adiante - "se viene perfilando un proceso de trascendentes proporciones que afecta el futuro mismo del Estado (no de este o aquel Estado, sino - si así puede decirse - de la forma Estado); lo que afecta el destino del acto normativo que a partir de la estación histórica a la que hemos hecho referencia al inicio del presente artículo ha marcado profundamente esa forma, a tal punto de poder ser considerado su signo distintivo específico: la Constitución", D'Atena, Antonio, "La vinculación entre constitucionalismo y protección de los Derechos Humanos", in Revista de Derecho Constitucional Europeo, n. 1, 2004, p. 305-306.

⁹ Conforme Saiz Arnaiz, Alejandro, "La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos - El artículo 10.2 de la Constitución Española", CGPJ, Madrid, 1999; a obra deste autor, aliás, constitui exceção ao dito acima, eis que trata de fundamentar sistematicamente o fenômeno da internalização da jurisprudência do TEDH a partir da aplicação do art. 10.2 da CE.

A primeira, busca encontrar os motivos pelos quais os países que possuíam norma expressa de interpretação dos direitos fundamentais conforme os tratados de direitos humanos a ampliavam, modulando-a conforme às decisões internacionais; isto é, modulando-a conforme a jurisprudência dos órgãos de controle estabelecidos nestes tratados. Busca-se descobrir porque ocorre uma aplicação ampla da norma de reenvio interpretativo de modo a tomar-se em consideração os parâmetros jurisprudenciais internacionais nas decisões internas, deixando-se de fundamentá-las apenas a partir do texto das normas internacionais.

A segunda, parte justamente de um vácuo normativo-interpretativo dos ordenamentos internos, admitindo-se como paradigma a situação anterior. Assim, intentou-se encontrar os motivos que explicavam o proceder de Tribunais de países que não possuem normas de interpretação expressas do teor da espanhola e portuguesa, no sentido de admitir que na interpretação doméstica os precedentes jurisprudenciais internacionais de direitos humanos influíssem de maneira significativa a ponto de atender a seus parâmetros, acolhendo suas diretrizes hermenêuticas.

Obviamente que admitir uma influência tão decisiva destes precedentes internacionais no trabalho dos intérpretes das Constituições nacionais implica reconhecer também uma série de complexos problemas ainda não bem resolvidos pela doutrina especializada ou pelas jurisdições nacionais. Procuramos expor alguns deles durante o desenvolver de nosso estudo dando-se ênfase especial à questão da fundamentação da sua recepção pelas jurisdições internas e o papel que desempenham na delimitação do sentido e alcance dos direitos fundamentais.

Cabe ressaltar ainda, se alguma dúvida permanece latente, que não estamos tratando da aplicação direta dos tratados de direitos humanos diante de um suposto de fato, tampouco da invocação de precedentes estrangeiros como reforço ou auxílio interpretativo, mas sim da aplicação, no caso concreto, de um direito ou garantia previstos nas Constituições nacionais interpretados de acordo com a norma internacional de direitos humanos respectivo, ou, ocasião mais freqüente - e mais interessante -, interpretados de acordo com a jurisprudência estabelecida pelo Tribunal Europeu, Corte Interamericana, Comitê de Direitos Humanos da ONU, Comitê da OIT, etc.

Ou seja, diante de um caso concreto e através da técnica do reenvio interpretativo incorpora-se uma faculdade ou prerrogativa que o direito ou a garantia constitucional expressamente não prevê, a partir da leitura da norma internacional ou a partir do quanto estabelecido pela jurisprudência internacional de direitos humanos, de modo a influir na delimitação do sentido e do alcance do direito ou garantia constitucional.

Para aquele que se acerca à temática pela primeira vez talvez o ponto mais delicado do estudo seja mesmo o de compreender teoricamente como o fenômeno se explica naqueles países cujos ordenamentos jurídicos não dispõem de norma expressa de interpretação conforme os tratados de direitos humanos. Isto porque sem esta norma de reenvio os intérpretes nacionais recorrem a argumentos mais gerais, de caráter principiológicos ou sistemáticos, dentre outros.

Nesta linha, ressalte-se o posicionamento de Peces-Barba que defende a idéia da internalização dos standards jurisprudenciais internacionais na ordem jurídica espanhola mesmo no caso de um suposto cenário de ausência da norma de interpretação conforme aos tratados de direitos humanos (art. 10.2 da CE), justamente a partir de uma interpretação sistemática da Constituição¹⁰.

Com esta afirmação, entretanto, não estamos desprezando quão complexa possa parecer a tarefa de compreender o fenômeno mesmo naqueles países que possuem a norma de reenvio interpretativo aos tratados de direitos humanos, seja porque trata-se de uma realidade relativamente recente, seja porque nossa formação acadêmica sempre

¹⁰ Peces-Barba, em judiciosa lição em que imagina um cenário de ausência da regra constitucional prevista no art. 10.2 vaticina: "Ahora bien, no obstante la importancia de este precepto, que tiende a recalcar la relevancia de estas figuras en el Orden Jurídico internacional, su incidencia en la interpretación de los operadores jurídicos, viene ya exigida por el mismo sentido del criterio sistemático. Es decir, si nos fijamos en este criterio y además somos conscientes de que las normas internacionales ratificadas por España son normas jurídicas de nuestro sistema, tendremos que concluir que su incidencia en la interpretación de los derechos es clara aún sin el artículo 10.2", in Peces-Barba, Gregorio, "Curso de derechos fundamentales. Teoría General", Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 585.

tratou de apresentar a jurisprudência internacional - e até mesmo os tratados internacionais -, como algo desimportante, em desconexão com nosso ordenamento jurídico nacional, o que explica a atitude dogmática de muitos intérpretes constitucionais em cerrar sua visão ao ambiente doméstico, recusando-se a querer compreender a recíproca influência que o direito constitucional contemporâneo e o moderno direito internacional de direitos humanos estão produzindo.

Pode ser que o fundamento mais importante para tentar apreender o fenômeno esteja na própria essência dos Estados constitucionais contemporâneos que moldados em uma configuração que rechaça a busca de solução aos problemas constitucionais a partir de concepções de sistemas cerrados em si mesmos— donde se sobressai a importância da atividade hermenêutica¹¹ -, as procura através da inserção de cláusulas de abertura constitucional que promovem a interação com sistemas jurídicos internacionais de direitos humanos. A propósito, intentaremos fundamentar nosso discurso a partir das teses de Häberle sobre o Estado constitucional cooperativo e das visões garantistas de Ferrajoli¹².

Todavia, se pode argüir, com razão, que os Estados Constitucionais possuem cláusulas de abertura dessemelhantes, pois ainda que todas permitam essa comunicação ela é admitida em maior ou menor grau a depender de outros fatores. Em abono a esta ilação, podemos sublinhar que, de fato, não há um recíproco encaixe entre a amplitude da norma de reenvio interpretativo e a correspondente inserção dos precedentes jurisprudenciais internacionais no ordenamento interno (como comprova a grande atividade neste sentido do Tribunal Constitucional Espanhol e o pouco interesse na amplificação das virtualidades da cláusula similar portuguesa pelo respectivo Tribunal Constitucional).

¹¹ Hesse, a propósito, ressalta que “la interpretación constitucional sencillamente la interpretación del derecho no puede ya por más tiempo orientarse aisladamente al derecho nacional”; Hesse, Konrad, “Estudios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana”, UNED, Teoría y realidad constitucional, n. 1, 1998 p. 23.

¹² Ver Segunda Parte.

Ocorre, entretanto, que outras técnicas e métodos são manejados pelos Tribunais dos países que não dispõem daquela ferramenta de interação, apoiando-se, por exemplo, nos princípios gerais de abertura constitucional que permitem a incorporação dos tratados na ordem interna, ou pela definição do *status* hierárquico idêntico entre os tratados de direitos humanos e a Constituição-, de modo a poder fomentar a inserção destes precedentes em grau até maior do que a dos países que possuem a mencionada norma interpretativa (como seria o caso em uma hipotética comparação entre os resultados alcançados por Argentina e os alcançados por Portugal), ou mesmo pela consideração de um *status* infraconstitucional, porém supralegal a estes tratados.

Deflui, pois, como desdobramento sensível do questionamento anterior, a indagação sobre a necessidade ou não, nos sistemas constitucionais contemporâneos, de uma norma expressa no ordenamento nacional que determine a interpretação dos direitos fundamentais de acordo com os tratados de direitos humanos e a respectiva jurisprudência internacional, uma vez que, como já nos referimos, independentemente de sua existência, os tribunais nacionais seguem inserindo os standards jurisprudenciais internacionais de direitos humanos – não com a mesma intensidade, entretanto. Implica, ademais, alargar nossa percepção para além da visão estritamente formal dos fenômenos de recepção dos tratados de direitos humanos, uma vez que, como adverte Saiz Arnaiz, a aplicação da cláusula de renvio espanhola presente no art. 10.2 não guarda nenhuma relação com a posição dos tratados no sistema de fontes¹³.

Em sendo assim, nossa pesquisa se propôs também a reunir e tentar classificar os argumentos que fundamentam o fenômeno da inserção dos parâmetros jurisprudenciais advindos dos órgãos de controle internacionais de direitos humanos, da seguinte forma: a) axiológicos ou principiológicos, os quais partem da existência de uma ordem pública comum que reúne determinados países em torno dos princípios e valores

¹³ Ou seja, estando posicionados os tratados internacionais em nível supralegal, porém infraconstitucional, influem eles mesmo assim na delimitação do sentido e alcance dos direitos fundamentais que, por sua própria natureza, encontram-se em posição superior; Saiz Arnaiz, "La apertura constitucional al derecho internacional", op. cit. p. 55; veremos, ademais, que a mesma influência acaba ocorrendo nos casos daqueles ordenamentos internos que os posicionam em nível ordinário.

comuns que compartilham mutuamente, cuja diretriz parece exigir a equivalência na aplicação do complexo de direitos às pessoas que estão sob jurisdição dos estados partes;

b) orgânicos ou sistemáticos, que partem do suposto de que os sistemas de proteção de direitos humanos não são constituídos somente de uma lista de direitos mas de um entramado de órgãos e competências previamente definidos aos quais os Estados – no exercício de sua soberania - deram seu assentimento, em que se destaca a função jurisdicional das Cortes de Direitos Humanos cujas competências consistem basicamente no poder de interpretar e aplicar as normas convencionais de modo a definir-lhes o seu sentido e o seu alcance de forma definitiva;

c) lógico-jurídicos, consubstanciados na consideração de que os Estados estão inseridos em sistemas cujos órgãos de controle podem analisar os atos internos e rever as decisões estatais de acordo com a normatividade internacional, especialmente as Cortes de Direitos Humanos, desde onde se declara a responsabilidade internacional se os atos internos ou as decisões nacionais não se adequarem aos parâmetros estabelecidos por estas;

d) teleológicos, baseados nos fins do organismo internacional que instituiu o sistema de proteção (ONU, OEA e Conselho da Europa), nos fins dos Tratados e das próprias Cortes de direitos humanos e na busca da efetividade dos direitos.

Ao fim e ao cabo, o fenômeno parece também poder ser deduzido da relação dialética entre os sistemas de proteção nacional e internacional, já que ambos se justificam pela busca da efetividade e maximização da proteção aos direitos e garantias estabelecidos nas Constituições e nos tratados internacionais de direitos humanos.

O que impediria, como ressaltou Díez-Picazo - em lição que pode ser assumida em nosso sistema regional de direitos humanos -, de “en cualquier país europeo incluida España, abordar cualquier problema de derechos fundamentales sólo sobre la base del correspondiente ordenamiento interno, sin tener presente el Convenio Europeo y la jurisprudencia de Estrasburgo” [do Tribunal Europeu de Direitos Humanos]¹⁴, opinião

¹⁴ Díez-Picazo, Luis Maria, “Sistema de Derechos Fundamentales”, Madrid, Thomson-Civitas, 2ª. Edición, 2005, p. 164-165; dizia o autor, ademais, que “los Estados partes del Convenio Europeo han ido admitiendo, así, ser demandados por los particulares ante un genuino tribunal supranacional” o que “ha producido un importante cuerpo de jurisprudencia que tiende a unificar el significado y la interpretación

que também parece ser compartilhada por Häberle, já que “hoje, qualquer constituinte nacional na Europa está sujeito praticamente aos delineamentos da Convenção Europeia de Direitos Humanos”¹⁵.

Bem delimitado o objeto prévio de nossa investigação - princípios e regras de reenvio do intérprete dos direitos fundamentais à dimensão internacional dos tratados de direitos humanos e de sua respectiva jurisprudência internacional -, o âmbito de extensão da pesquisa – ordenamentos constitucionais e jurisprudência interna de países integrantes do sistema europeu de proteção de direitos humanos (Espanha, Portugal, França, e Alemanha, ademais do sistema comunitário a partir da atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia) e interamericano (Argentina, Peru, Bolívia, Colômbia, Costa Rica), através do método comparativo, apresentaremos após, a posição de nossa jurisprudência interna emanada de nosso mais alto Tribunal sobre o temática da internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e da respectiva jurisprudência internacional.

Antes, no entanto, faremos uma breve incursão na teoria de Häberle e Ferrajoli procurando fundar nosso discurso desde problemas e concepções estatais que transcendem o auto-centrado modelo de Estado-nação e suas categorias, e que buscam, ao

de los derechos humanos en Europa”, advertindo, ademais, que esta interação jurisprudencial ocorre “no sólo en sus grandes líneas maestras, sino también en sus aspectos técnicos de detalle”, op. cit. p. 164-165. Em recente artigo nominado “Límites Internacionales al Poder Constituyente” o autor resalta que o TEDH “ha construido un formidable cuerpo jurisprudencial que especifica el significado y alcance de los derechos declarados en el Convenio. Ello significa que cada uno de esos derechos posee un contenido necesario y común a escala continental, frente al cual no cabe oponer peculiaridades constitucionales nacionales (...). Todo ello conduce a una notable uniformidad del derecho de los derechos humanos a lo largo y ancho de Europa y por consiguiente, a un importante límite a las opciones del poder constituyente de los Estados en la materia”, in Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 76, 2006, p. 18-19.

¹⁵ Häberle, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catalogo de problemas”, in Mac-Gregor, Eduardo Ferrer (coordenador), “Interpretación Constitucional”, México, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 676.

contrário, ressaltar posturas que se propõem a alcançar níveis mais adequados de eficácia dos direitos e garantias da pessoa humana¹⁶.

A partir desse ponto, estaremos, pois, preparados para adentrar ao foco principal de nosso estudo que se constitui no descobrimento da eficácia normativa-interpretativa do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos e de suas virtualidades funcionais, buscando alcançar um resultado teórico-prático que faça este Princípio servir de instrumento de reenvio do intérprete dos direitos fundamentais à dimensão internacional dos direitos humanos.

ii. A interação entre as ordens nacional de direitos fundamentais e a internacional de direitos humanos

Vínhamos dizendo que as constituições contemporâneas supõem um ordenamento jurídico de caráter aberto às influências do direito internacional dos direitos humanos. Diversos tipos de cláusulas que propõem um diálogo entre estas duas ordens jurídicas partem do princípio de que nenhuma delas se encontra acabada e perfeita, mas que dependem uma da outra em um movimento de interação e complementariedade na busca do objetivo de conferir uma melhor proteção do ser humano¹⁷¹⁸.

¹⁶ (...) En el fondo, se puede observar un especie de "tarea común para optimizar la defensa de los derechos fundamentales" sobre todo en Europa que cuenta con los tribunales constitucionales europeos, el Tribunal de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos. Todo esto prueba el paradigma textual: aquello avanzado en el contexto de una ciencia y práctica constitucional más antigua, se decanta en las nuevas Constituciones como un texto constitucional concluyente. La propia España ha trasladado creativamente principios, textos y conceptos, que habían sido desarrollados en Estados constitucionales más antiguos como Italia y Alemania. La innovación y la recepción mantienen el equilibrio, algo especialmente válido para los derechos fundamentales. (...) Lo mismo ocurre en el caso del mandato de conformidad previsto en el art. 10.2, en el que se documenta la apertura del Estado constitucional español a la universalidad de los derechos humanos y se conceptúa una pieza del "Estado constitucional cooperativo", in Häberle, Peter, "¿Tienen España y Europa una Constitución?", Sevilla, Fundación El Monte, 2004, p. 45-47.

¹⁷ Adotamos a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos segundo a sua fonte de produção por uma questão metodológica e em face de um razoável acordo na doutrina especializada neste sentido (Ver Seção I da Quarta Parte). Deixamos definido para o leitor, desde

A interação entre as ordens jurídicas constitucional e internacional dos direitos humanos produziu muito mais que a inserção dos tratados e declarações na ordem interna. As organizações de proteção globais e regionais tem contribuído não só com a produção de normas mas também com o estabelecimento de standards jurisprudenciais que vão sendo incorporados pelas jurisdições nacionais.

A influência da jurisprudência internacional dos direitos humanos, especialmente a produzida pelos tribunais internacionais criados pelo Conselho da Europa (Tribunal Europeu de Direitos Humanos) e pela Organização dos Estados Americanos (Corte Interamericana de Direitos Humanos), nos países europeus e nos países de nosso entorno, é um fenômeno que já não podemos deixar de considerar.

Parece necessário estimular esta discussão, uma vez que o intérprete mais alto de nossa Constituição praticamente ignora a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou de outros órgãos de controle e monitoramento dos tratados de direitos humanos do qual nosso País é signatário. É verdade que avançou o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a hierarquia supralegal (porém infraconstitucional) destes instrumentos internacionais e, mais recentemente, ao cogitar o controle de

já, que quando falamos de direitos fundamentais estamos nos referindo às posições jurídicas dos indivíduos que a Constituição lhes conferem e, de outro lado, quando nos referimos a direitos humanos, estamos a falar dos direitos, liberdades e garantias inscritos nos textos internacionais respectivos. Por todos, conferir Perez Luño, Antonio, "Estado, Derecho e Constitución", Madrid, Tecnos, 2005; faz o festejado autor espanhol, quem faz uma excelente delimitação conceitual entre todas as categorias afins, remarcando, ademais que: "Daí que grande parte da doutrina entenda que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais. É mais, para algum autor, os direitos fundamentais seriam aqueles princípios que resumem a concepção do mundo (*Weltanschauung*) e que informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico (...) Em todo caso, pode-se advertir uma certa tendência, não absoluta, como o prova o enunciado da mencionada Convenção Européia, a reservar a denominação "direitos fundamentais" para designar os direitos humanos positivados a nível interno, tanto que a fórmula "direitos humanos" é a mais usual no plano das declarações e convenções internacionais", p. 32-33.

¹⁸ Para um aprofundamento sobre a abertura das Constituições ao direito internacional, ver Cassese, A., "Modern Constitutions and International Law" in *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, Martinus Nijhoff publishers, 1986.

convencionalidade por alguns dos Ministros¹⁹, porém persiste em uma posição que refuta este diálogo jurisprudencial, tão bem desenvolvido por outras Cortes constitucionais.

Desvencilhar-se da velha polêmica travada entre monistas e dualistas aproximando-se de uma concepção que perceba que a interação entre os direitos fundamentais inscritos nas Constituições e os direitos humanos proclamados nos instrumentos internacionais está em marcha – não somente no campo da produção de normas, mas sobretudo no da hermenêutica -, parece algo fundamental para todos os intérpretes de direitos fundamentais.

A experiência de muitos países nos demonstra que estamos superando a barreira da estéril luta pela primazia entre os ordenamentos nacional e internacional no campo dos direitos humanos. Na verdade, estamos vendo que a dupla fonte de proteção da pessoa, a nacional e a internacional, por sua conexão e interdependência, produz uma visão em direção à maximização dos direitos e garantias do ser humano.

De fato, a dialética produzida nesta conexão pode ser vista em vários momentos, especialmente quando os Tribunais nacionais interpretam a lista de direitos fundamentais respeitando a interpretação feita pelos órgãos de garantia internacionais como standards mínimos de garantia.

¹⁹ Houve um pequeno debate sobre o tema do controle de convencionalidade quando do julgamento da AP 470 (Mensalão); contudo, ele foi travado de maneira superficial sem a necessária menção sobre a competência dos juízes nacionais de o exercerem, pois a discussão se restringiu à impossibilidade de suspender-se o trâmite do processo penal em vista de uma suposta queixa - iniciada por alguns dos réus - na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Abstraindo-se o equívoco, a nosso ver, da desconsideração da legitimidade da Comissão Interamericana para o exercício do controle de convencionalidade, parece que se olvidou o STF que este controle quando exercido pelos organismos internacionais legitimados, somente ocorre em caráter subsidiário, o que seria impróprio naquele momento, seja pela Comissão ou pela Corte Interamericana, independentemente da existência ou não de previsão de acesso direto pelo indivíduo à jurisdição desta última. Para ver todo o debate deste ponto, acessar as páginas 568 a 573 do Acórdão AP 470, na seguinte endereço eletrônico ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf, acessado em 12.08.2013.

As transformações pelas quais passaram as Constituições contemporâneas com a introdução de cláusulas ou princípios de abertura ao exterior, a evolução do conceito de soberania com a formação de ordens e instituições baseadas em valores e princípios comuns – dentre os quais a necessidade de proteção e salvaguarda dos direitos da pessoa humana–, e a instituição em seu seio de órgãos com competência para interpretar e aplicar as disposições dos tratados com seu trabalho hermenêutico evolutivo, os câmbios produzidos a partir da consideração de que a proteção dos direitos humanos subsiste como princípio geral de direito internacional ou a tomada em consideração de que o direito internacional dos direitos humanos reflete uma ordem mínima e subsidiária aos sistemas nacionais, cujo acesso é garantido à pessoa humana a partir do resgate de sua capacidade jurídica internacional, dentre muitos outros fatores, vem influenciando de forma importante nas jurisdições constitucionais quando se trata de definir o sentido e alcance dos direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional espanhol, por exemplo, desde as sentenças 78/82 e 21/81 fixou o entendimento de que a “Constitución se inserta en un contexto internacional en matéria de derechos fundamentales y libertades públicas” (STC 78/82, FJ 4) e “no cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica han de informar nuestro ordenamiento jurídico” (SSTC 21/81, FJ 10).

O Supremo Tribunal Federal também vem manifestando posição que exterioriza este caráter de abertura de nossa Constituição Federal, pois segundo sua jurisprudência “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”²⁰, ou ainda “a novidade está

²⁰ Voto de Celso de Mello proferido no HC 87.585, julgamento concluído em 03.12.2008.

na segunda parte que, por um lado, situou os direitos fundamentais num contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos; e, por outro, tem por efeito impregnar a Constituição de Princípios e valores consagrados neste campo como parte essencial da idéia de Direito, à luz da qual todas as normas constitucionais tem de ser pensadas e postas em prática (cf. Jorge Miranda, op. cit. p. 147)”²¹.

Apesar de permanecer alheio à rica produção jurisprudencial dos órgãos de controle e monitoramento internacionais, o Supremo Tribunal Federal, é importante que se diga, tem em algumas ocasiões se utilizado dos tratados de direitos humanos para estabelecer o sentido e o alcance de direitos fundamentais. Destacam-se algumas passagens do quanto afirmado: “em matéria de direitos humanos, **a interpretação jurídica há de considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional**, cujas prescrições tutelares se revelam – na interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicas – elementos de proteção vocacionados a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido, como observa, em lúcido parecer, o ilustre Professor Celso Lafer”²² ou “ainda, porém, que não queira o Tribunal comprometer-se com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, **o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade**: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação”²³ (grifamos).

Ademais de assumir o reenvio interpretativo ao direito internacional dos direitos humanos nos precedentes acima, reconheceu-se expressamente em outros a diretriz da interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com os tratados de direitos humanos, conforme depreende-se da seguinte passagem: “Essa expansão

²¹ Voto do Relator Ilmar Galvão no RE 349.703; Julgamento em 03.12.2008.

²² Voto de Celso de Mello no HC 82.424; Acórdão publicado em 17.09.2003.

²³ Voto do relator Sepúlveda Pertence na ADI 1675; Acórdão publicado em 19.09.2003.

normativa das garantias constitucionais processuais, penais e processuais-penais não é um fenômeno brasileiro. A adoção da Convenção Européia de Direitos Humanos por muitos países fez com que se desse uma expansão singular dos direitos e garantias nela contemplados no âmbito europeu. **Mediante uma interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição em conformidade com as disposições da Convenção Européia tem-se hoje uma efetiva ampliação do significado dos direitos fundamentais previstos na Constituição ou quase uma ampliação dos direitos positivados na Constituição.** Tendo em vista a práxis dominante na Alemanha, observa Werner Beulke que tal orientação culmina por conferir supremacia fática da Convenção Européia em face do direito alemão” (grifamos)²⁴.

Como aprofundaremos mais à frente, falta, no entanto, conferir virtualidade à norma constitucional que possuímos, tendo em vista a capacidade do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos em funcionar como norma de reenvio interpretativo que fomenta o diálogo da jurisdição nacional com a jurisdição internacional dos direitos humanos.

De outro lado, a jurisprudência da Corte Interamericana tem reconhecido este processo de interação entre o direito interno e o internacional dos direitos humanos em várias oportunidades, como nos *Casos dos Irmãos Gómez Paquiyauri contra Peru*²⁵ - sobre a regra dos recursos internos, já que “a interação resultante entre os ordenamentos jurídicos internacional e nacional no presente contexto de proteção tem por propósito e efeito o aperfeiçoamento dos sistemas nacionais de proteção judicial, tal como é requerido pelos instrumentos internacionais de salvaguarda dos direitos humanos”-, e ainda em *Las Palmeras contra Colombia*²⁶-, pois “no plano substantivo, no presente domínio de proteção das normas dos ordenamentos jurídicos internacional e interno encontram-se em constante interação, em benefício dos seres humanos protegidos”-, e

²⁴ Voto do Ministro Gilmar Mendes, na Extradução 986; Acórdão publicado em 15.08.2007.

²⁵ Voto do Juiz Cançado Trindade, Sentença de 08 de julho de 2004, Mérito, Reparações e Custas.

²⁶ Voto conjunto dos Juizes Cançado Trindade e M. Pacheco Gómez, Sentença de 6 de dezembro de 2001, Mérito.

também no *Caesar contra Trinidad e Tobago*²⁷-, desde onde deixou-se assentado que “a regra dos recursos locais é prova da interação entre o direito internacional e o direito nacional no presente domínio de proteção, que é fundamentalmente orientado à vítima, preocupado com os direitos dos seres humanos individuais em lugar dos Estados”.

Obviamente que se deve ressaltar o papel primordial do Estado na função de possibilitar e garantir ao ser humano o gozo de seus direitos através de suas instituições e esquemas normativos garantistas. Aliás, o princípio da subsidiariedade constitui elemento informativo dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e destes processos de interação e interdependência entre as respectivas ordens jurídicas. O que significa dizer que o ambiente nacional segue sendo o principal palco aonde deve ser exercidos os direitos e garantias da pessoa, exercendo os juízes internos um papel fundamental na conformação da proteção do ser humano, colocando-se, em princípio, em melhor posição que os juízes internacionais²⁸. Não se pretende, ademais, substituir ou suplantando o direito interno, mas complementá-lo quando necessário, atuando em casos de lacunas, carências ou fraquezas, respeitando, obviamente, as diversidades nacionais e suas particularidades jurídicas²⁹.

Entretanto, demonstra-se a sua incompletude e a sua interdependência aos sistemas internacionais já não se podendo falar que tal tema é de competência estatal exclusiva, conclusão que constitui, ademais, reflexo direto das transformações a que nos referimos anteriormente.

Este processo de interação vem recebendo da doutrina diversos designativos que retratam bem o fenômeno. Giancarlo Rolla, por exemplo, o qualifica como “influência recíproca entre o ordenamento internacional e nacional” designando-o como um “processo de osmose”. Em suas palavras, “En el ámbito de la tutela de los derechos

²⁷ Voto do Juiz Caçado Trindade, Sentença de 11 de março de 2005, Mérito, Reparações e Custas.

²⁸ Ver Caso Irlanda v. Reino Unido, sentença de 18 de janeiro de 1978.

²⁹ Eissen, Marc-André, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Madrid, Civitas, 1985.

de la persona, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales y supranacionales un círculo virtuoso, de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento, susceptible de producir éxitos de gran relevancia tanto dogmática como práctica”³⁰.

No que se refere à inserção em âmbito doméstico da jurisprudência internacional diz que “la implementación jurisprudencial de los derechos es posible utilizando el criterio de la interpretación constructiva, con base en la cual la normativa nacional debe ser interpretada, en la medida de lo posible, en sintonía con el mismo significado y alcance propios derechos tienen en el ámbito internacional”³¹.

Dessa forma, uma interpretação adequada dos direitos fundamentais passa pela consideração de que os sistemas nacionais não são autossuficientes pois se encontram em contínua interação com os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos.

iii. Aproximação ao Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos

iii.a. A jurisdição dos direitos humanos. Uma jurisdição concorrente. A soberania revisada

Ressaltamos que este influxo entre as ordens constitucional e internacional de direitos humanos está produzindo fenômenos complexos, que exigem novas perspectivas do intérprete constitucional e a superação de certos paradigmas.

A compreensão do caráter especial dos tratados de direitos humanos e sua influência maximizadora no ordenamento interno parece ter sido definitivamente posta em evidência no cenário nacional a partir das recentes decisões de nossa Corte maior, que finalmente adotou – ainda que parcialmente –, os argumentos da contemporânea doutrina

³⁰ Rolla, Giancarlo, “Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales” *in* Revista Española de Derecho Constitucional, número 54, 1998, p. 39-83.

³¹ Rolla, *op.cit.* p. 69.

internacionalista de direitos humanos³². Ainda que tenha tardado no reposicionamento destes tratados na escala hierárquica interna, o movimento feito por nossa Corte parece sinalizar uma tendência para conferir maior atenção aos aspectos relacionados ao tema.

Como já frisamos e como estudaremos em tópico específico, nossa Alta Corte ainda permanece alheia à produção jurisprudencial internacional de direitos humanos proveniente dos órgãos de controle e supervisão dos tratados, pois que não tem se debruçado sobre tais elementos interpretativos. Ainda que em alguns momentos haja alusão ao fenômeno da interação recíproca entre as ordens interna e internacional e inclusive da diretriz da interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com os tratados de direitos humanos, encontramos-nos em um ponto inicial nesta caminhada.

Isto pode causar espécie se tomamos como exemplo o interessante trabalho desenvolvido pelas Cortes de nossos vizinhos sulamericanos ou centroamericanos, ou o profícuo desenvolvimento do tema em vários países europeus, como teremos a oportunidade de demonstrar. Não existe, efetivamente, um diálogo entre nossa Alta Corte e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – responsável pela interpretação e aplicação dos instrumentos regionais de direitos humanos³³.

Tal diálogo, mais do que necessário, parece ser inerente à própria concepção de um sistema de direitos que aspira à completude, e que por expressa definição constitucional é suscetível às influências dos direitos humanos. Possuímos em nosso ordenamento constitucional muitos instrumentos e cláusulas³⁴ que exigem esta interdependência entre o interno e o internacional, e que possibilitam ao intérprete trabalhar melhor esta interação.

³² Ver ítem i da Seção II da Quinta parte.

³³ A Corte Interamericana se declarou competente inclusive para interpretar os instrumentos globais de direitos humanos aplicáveis aos países integrantes do Sistema Interamericano (ver OC 17/02, de 28 de agosto de 2002, parágrafo 22, OC 16/99, de 1º de outubro de 1999, parágrafos 65, 71 e 109 e OC 01/82, de 24 de setembro de 1982, parágrafos, 37, 39, 41 e 48).

³⁴ Além do próprio Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, podemos destacar, dentre outros, todos os demais dispositivos do art. 4º e, especialmente, os parágrafos 2º e 3º do art. 5º.

Olhar nosso sistema de direitos e garantias somente a partir da Constituição não parece ser algo que esteja em consonância com a perspectiva aberta de nossa Carta, tampouco o seja diante dos reais impactos que tem causado nas ordens constitucionais tanto a normativa internacional de direitos humanos quanto a jurisprudência internacional dos órgãos de controle, globais e regionais.

A complexidade dos problemas que a interação entre estes ordenamentos jurídicos promove, é importante que se diga, em muitos aspectos é mais aparente do que real. Isto porque, em nosso entender, esta visão problemática é favorecida em certo sentido pela perspectiva ultrapassada que alguma parte da doutrina possui a respeito da soberania nacional, do manejo maniqueísta do binômio monismo-dualismo e da ausência da compreensão de que hoje não podemos mais falar em jurisdição nacional exclusiva de direitos humanos³⁵, tampouco deixar de considerar que o constitucionalismo passa por importantes transformações, em parte produzida por este último fenômeno³⁶.

³⁵ Sobre as perspectivas ultrapassadas das correntes monistas e dualistas neste contexto ver Cançado Trindade, Antonio Augusto, "Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos", Volume I, Brasil, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 506-542, e, do mesmo autor, "Los retos y perspectivas de la protección internacional de los derechos humanos al inicio del siglo XXI", in "El Derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI", Santiago, Editora jurídica de Chile, 2001, p. 385; Piza Escalante, Rodolfo E. "El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos - El ejemplo de Costa Rica" in Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio, Volume I, São José, Costa Rica: Corte Interamericana de derechos humanos, União Européia, 1998, p. 183.

³⁶ Pescatore, que é considerado um dos mais importantes protagonistas do processo jurídico de construção europeia (Saiz Arnaiz), rechaça o constitucionalismo como "se pratica e se ensina" em razão de seu caráter "duplamente introvertido": "cerrado, primeramente, sobre el fenómeno "Estado"; cerrado, en segundo lugar, sobre el derecho positivo de un Estado determinado", o que se deve superar, segundo o autor, justamente porque "el Estado actúa en un contexto ampliado y su orden jurídico interno está, en consecuencia, influenciado e incluso condicionado por estructuras que al mismo tiempo lo envuelven y lo sobrepasan. De este estado de cosas se ha deducido con razón un postulado: es "la apertura internacional del Estado", in "La Constitution, son contenu, son utilité. La constitution nationale et les exigences décollant du droit international et du droit de l'intégration européenne : Essai sur la légitimité des structures supra-étatiques", Revue de droit suisse, 1992, p. 43, citado por Saiz Arnaiz, in "La apertura constitucional al Derecho Internacional", op.cit. p. 49; Canotilho, de sua parte, critica o que chama de

Muitos constitucionalistas e internacionalistas mencionam a necessidade de atualizar os estatutos constitucionais com a finalidade de entender um pouco melhor os câmbios contemporâneos, recorrendo-se à expressão *aggiornamento*. Bidart, de sua parte, diz que “conviene recalcar un momento en la necesidad de revisar y reajustar conceptos y tipologías del derecho constitucional que, elaborados en épocas muy distintas a las

“patriotismo constitucional” ao invocar-se nestes contextos de câmbios a “soberania nacional” e recorrer-se a um “poder soberano exclusivo”, uma vez que a “internacionalización” e a “europeización” “hacen evidente la transformación de los órdenes jurídicos nacionales en órdenes jurídicos parciales, en los que las Constituciones son relegadas a un plano más modesto como “leyes fundamentales regionales”. Incluso aunque las Constituciones continuen siendo simbólicamente la Magna Carta de la identidad nacional, su fuerza normativa tendrá parcialmente que ceder ante nuevos fenotipos político-organizatorios, y adecuarse, en el ámbito político y en el normativo, a los esquemas regulativos de las “nuevas asociaciones abiertas de Estados nacionales abiertos”, in “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, Revista española de derecho constitucional, n. 43, 1995, p. 13; MacCormick, citado por Bustos, alude à existência de um “pluralismo constitucional”, como um fenômeno em que se interrelacionam uma pluralidade de ordens normativas institucionais, as quais possuem suas respectivas constituições - consideradas estas ao menos como um corpo de normas de nível superior que estabelece e condiciona o exercício do poder político -, que se reconhecem legítimas mas sem, contudo, afirmar a supremacia de uma ou outra. Na visão do autor, a idéia do “pluralismo constitucional” permite avançar na linha do reconhecimento de que a realidade normativa atual encontra-se ancorada em uma variedade de sistemas institucionais, que abarca até cinco níveis: universais, supraestatais, estatais, regionais e locais; MacCormick, Neil, “Beyond the Sovereign State”, in *The modern Law Review*, n. 56, p. 15-16, citado por Bustos Gisbert, R., “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos” in García Roca, Javier e Fernandez Sanchez, Pablo A., “Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009, p. 147-148. Bustos, ademais, com vasto apoio doutrinário, ressalva que “la adopción de la idea del pluralismo constitucional puede suponer el cuestionamiento de la idea de supremacía como único criterio para la comprensión de las relaciones entre normas constitucionales nacionales y europeas. Las relaciones entre normas no se basan ya, o al menos no sólo, en la jerarquía entre normas hasta el punto de que Gomes Canotilho puede afirmar que la pirámide normativa está anticuada. En especial, las relaciones entre las normas constitucionales europeas y las nacionales no parecen guiarse ya tanto por la jerarquía, como por la colaboración y la complementariedad (Häberle); por la interconexión (Schwarze); por la coordinación (Chaltiel); por la convergencia (De Witte); por el entrelazamiento de normas o por la interdependencia entre ellas (Gerkrath); por la interacción (López Piña e Gutierrez); por la cooperación y el mutuo aprendizaje (Ladeur), op. cit. p. 149-150.

actuales, demandan un “aggiornamiento” cuando se aspira a acompasar las tendencias y transformaciones finiseculares a las que estamos asistiendo”³⁷. Delgado Barrio, a respeito do princípio constitucional da interpretação conforme aos tratados de direitos humanos no ordenamento espanhol assevera que este “implica una clausula de *aggiornamento* que permite alcanzar en todo momento y con proyección de futuro el nivel que, en materia de derechos y libertades, vayan determinando las convicciones de la comunidad internacional”³⁸.

O debate, obviamente, deriva-se da superação do paradigma da autosuficiência estatal para lidar com as questões que tratam dos direitos das pessoas, a partir do momento em que o direito internacional dos direitos humanos assume o problema como algo inerente à esfera internacional. Certamente que o protagonismo continua sendo exercido pelos Estados porque é neste espaço aonde desfrutamos de maneira principal nossas posições jurídicas. Todavia, tal protagonismo não se exerce com exclusividade, mas compartilhando-se competências. A concepção de soberania, nesta seara, portanto, evolui para admitir os influxos normativos e jurisprudenciais que advém do exterior, por força justamente das transformações constitucionais contemporâneas promotoras desta abertura e do impacto que promove o Direito Internacional dos Direitos Humanos nas ordens internas³⁹.

³⁷ Bidart Campos, Germán J. “El Derecho Constitucional Humanitario”, Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 29.

³⁸ Delgado Barrio, Javier, “Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española”, Revista de Administración Pública, n. 119, 1989, p.243.

³⁹ Na opinião de Kotzur, a leitura da soberania deve partir não só da Constituição mas dos ordenamentos supranacionais: “Así como no se puede concebir a la Constitución con referencia exclusiva al Estado, así tampoco la soberanía es de origen estatal. Son la Constitución y la red de ordenamientos constitucionales parciales en los que está inserto todo Estado las que crean los supuestos de la soberanía. Es por ello que la comunidad internacional posee un fragmento amplio de soberanía en materia de derechos humanos, junto con el Estado nacional soberano. Dicha comunidad posee un poder de definición y una competencia de actuación originarios respecto de este orden constitucional parcial. El cumplimiento efectivo es, naturalmente, una cuestión aparte”, in Kotzur Markus, “La soberanía hoy. Palabras clave para un dialogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno”, in Häberle, Peter; Kotzur, Markus. De la soberanía al derecho

Carillo Salcedo, a propósito, assevera que “todo ello implica un cambio en la posición constitucional de la soberanía estatal ante el orden internacional, que hoy comienza a registrar jurídicamente el deber de solidaridad entre todos los Estados a fin de garantizar la protección *universal y efectiva* de los derechos humanos, en los términos del artículo 55 de la Carta [da ONU]”, na medida em que “la tensión dialéctica entre soberanía de los Estados, por una parte, y los derechos humanos, por otra, se resuelve hoy de la siguiente forma: *por ser soberanos, los Estados tienen obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos respecto de la comunidad internacional en su conjunto*”⁴⁰ (itálico no original).

A implicância relacional destas duas categorias toma o seguinte sentido, na visão do internacionalista espanhol: “el sistema internacional sigue siendo el de la sociedad de Estados y la soberanía pervive como principio constitucional del orden internacional; pero, con el reconocimiento de los derechos humanos a partir de la Carta de las Naciones Unidas y los desarrollos normativos que posteriormente han tenido lugar, *el Derecho internacional penetra progresivamente en el corazón mismo de la soberanía, es decir, en las relaciones entre el Estado y las personas que se encuentren bajo su*

constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano, Trad. Héctor FixFierro. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p. 105-106; Para García Roca, não se pode falar de soberania sem vinculá-la certos limites, uma vez que a “concepción incondicionada de la soberanía ni siquiera estaba en la vieja construcción de Bodino” e, em nossos dias, “los límites derivan de las Constituciones que disciplinan la forma de ejercicio del poder, así como de los tratados internacionales, libremente aceptados por los Estados, que restringen su capacidad interna y soberana de decisión”, trazendo como exemplos, no contexto europeu, a CEDH e a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, García Roca, “Soberanía estatal versus Integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?”, in “Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009, p. 16-17.

⁴⁰ Carrillo Salcedo, Juan Antonio “Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo”, Madrid, Tecnos, 1995, p.16-17.

jurisdicción, incluidos sus nacionales, con lo que el rostro de la soberanía queda remodelado y transformado”⁴¹(*itálico no original*).

Na visão de Kotzur, a soberania não deixa de possuir um caráter funcional, sendo ilegítima a sua invocação para o fim de deixar de conferir efetividade aos direitos reconhecidos internacionalmente. Em suas palavras: “así como el Estado existe para el hombre y al mismo tiempo tiene que ser interpretado de manera “humana” y “referida a la humanidad”, la soberanía se legitima a partir de la garantía de la libertad humana, para lo cual se requiere un poder legislativo, un poder ejecutivo y un poder judicial que sean eficaces. El Estado es una “forma de realización de la libertad”; su monopolio de la violencia y de la aplicación del derecho hace efectiva la protección de los derechos humanos. Pero el Estado también está vinculado a las garantías supraestatales de los derechos humanos, contra las cuales ya no puede alegar, como escudo, la soberanía”⁴².

Canotilho afirma enfaticamente que o direito constitucional e a Constituição já não são mais o que eram⁴³. Dentre o que chama de “problemas básicos da Teoria da

⁴¹ Carrilo Salcedo, “Soberanía de los Estados”, op. cit. p.16-17.

⁴² Kotzur, “La soberanía hoy. Palabras clave para un dialogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno”, op. cit. p. 113. No mesmo sentido, complementa: “Los intentos de aproximación al concepto de soberanía desde las perspectivas del derecho constitucional y del derecho internacional, que hemos presentado primero requieren ser conjuntados ahora. Ello permite referir el punto de referencia común, y más profundo, de ambas dimensiones: el ser humano, que desea vivir en libertad en un orden constitucional. Solamente una concepción instrumental de la soberanía, al servicio del ser humano, puede justificar cualquier forma de ejercicio del poder. Soberanía no quiere decir poder absoluto del monarca, así como tampoco se refiere al mito del poder originario e ilimitado de un pueblo presuntamente homogéneo, sino que se funda más bien en la autodeterminación del individuo como elemento central de su dignidad humana y de su papel como ciudadano activo en el Estado constitucional y en la comunidad política que lo sustenta. La carrera mundial que ha hecho el concepto europeo-norteamericano de Constitución después de las revoluciones norteamericana y francesa tiene sus raíces en la idea de que la Constitución en sí promete instituir la autodeterminación soberana del ser humano. La autodeterminación del individuo se ha convertido en elemento constitutivo del concepto post-revolucionario y del concepto moderno de soberanía”, op. cit.p. 111-113.

⁴³ Canotilho, J.J. Gomes, “Teoría de la Constitución”, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de

Constituição”, aponta o referido autor os problemas relativos à “universalização”. A partir da análise de que a *consituição* no sentido schmittiano, a *integração* no sentido de Smend, o *estado* no esquema de Heller e o *ordenamento jurídico* da teoria kelseniana procuravam erigir-se na *categoria universal* que “assegurasse as pretensões de sua própria universalidade e universalização” acentua que “várias universalidades como o mercado, a empresa, o governo, os sistemas eleitorais, os grupos, os sistemas de informação, as tecnologias, os organismos do sistema de saúde aparecem ao lado do estado fazendo ao menos concorrência às teorias normativas clássicas da *política* ou às teorias mais modernas de *justiça*”⁴⁴ (itálico no original).

Assim, se a teoria da constituição “havia intuído claramente a necessidade” do que chama de um “ciclo do *estado hegeliano* criador, totalizador e integrador das estruturas políticas” que pressupunha um “*direito do estado e um estado de direito* anclado no conceito de *soberania* ou *estado soberano*”, atualmente não pode a constituição buscar “um apoio anterior ou preconstitutivo” no estado soberano, justamente porque este “não está em condições de explicar o presente pluralismo social, os processos extrajudiciais e a pulverização dos princípios ordenadores” e, de outro lado, no plano externo, “mostra-se impotente para explicar a aparição de ordenamentos jurídicos supranacionais”⁴⁵ (itálico no original).

Para Ferrajoli, a solução passa pela necessária limitação ou mesmo negação da soberania dos Estados a partir da consideração do caráter supraestatal dos direitos: “se fora, com efeito, possível limitar a liberdade dos homens para proteger seus direitos fundamentais, muito mais legítimo é limitar, em nome do caráter supraestatal destes mesmos direitos aquela liberdade artificial dos Estados que é a sua “soberania”⁴⁶.

las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Dykinson, 2003, p. 25.

⁴⁴ Canotilho, J.J. Gomes, “Teoría de la Constitución”, op.cit. p. 26-29.

⁴⁵ Canotilho, “Teoría de la Constitución”, op.cit. p.29.

⁴⁶ Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Madri, Editorial Trota, 1997, p. 940.

Para Häberle, duas causas bloquearam durante muito tempo a via de acesso ao “Direito Constitucional Comum Europeu”: de um lado, o Estado nacional absoluto e a idéia de soberania do século XIX, e de outro, a proximidade específica do direito constitucional ao direito político de cada nação. Nas palavras do renomado professor “El Estado nacional, convertido hoy en “Estado cooperativo constitucional”, es en la Europa actual de 1991 tan imprescindible como relativo; es decir, está tan imbricado desde un principio en la trama formada por los principios jurídicos transnacionales —tan evidente en los pactos suprarregionales sobre derechos humanos y en los tratados más preponderantes (como, por ejemplo, el de creación de la Comunidad Europea), que ha terminado por disciplinar la soberanía nacional motivando y normalizando sus actuaciones. Es más, el “tipo” de Estado constitucional se caracteriza propiamente por el hecho de sustituir a la propia soberanía por fundamentos basados en el Derecho, es decir, en la “constitución de la sociedade abierta”⁴⁷.

Desde que foram criados os sistemas global e regionais de proteção de direitos humanos, em cuja estrutura são constituídos órgãos destinados a verificar a observância das obrigações assumidas pelos países nos tratados, com competências de interpretação e aplicação, aliado ainda ao reconhecimento do direito de acesso a estes órgãos internacionais pelo indivíduo, torna-se difícil defender que a jurisdição nacional possa exercer suas competências sem perceber a realidade normativa e jurisprudencial advinda destes organismos.

Mencione-se ainda a existência das Cortes de Direitos Humanos que exercem poder jurisdicional sobre os países que integram determinadas coletividades regionais⁴⁸. Fator este que eleva a complexidade dos problemas a serem enfrentados quando da intersecção entre as jurisdições nacional e internacional se nos mantivermos em uma posição de rechaço aos seus influxos.

⁴⁷ Häberle, Peter “Derecho Constitucional Común Europeo”, *in* Revista de Estudios Políticos, 79, janeiro-março 1993, p. 7-46.

⁴⁸ No caso do sistema interamericano de direitos humanos, ao contrário do sistema europeu, o país deve aceitar formalmente a jurisdição da Corte para submeter-se a ela.

Neste sentido, pois, é a lição do festejado professor argentino Germán Bidart, que ensina: “De este diagrama surge que ya los estados no pueden ignorar, desconocer ni oponerse al derecho internacional de los derechos humanos, porque la competencia que invisten para regular los derechos humanos en su jurisdicción interna (no exclusiva ni reservada, sino compartida con la jurisdicción internacional) debe ejercerse de modo compatible con el derecho internacional de los derechos humanos”, assevendo, desta forma: “a) que resolver la cuestión de los derechos de cada hombre que hace parte de la población de un estado ya no es una cuestión que cada estado pueda decidir a su gusto y preferencia, porque tiene que resolverla en acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos; b) que a partir del momento en que el derecho internacional de los derechos humanos ingresa al derecho interno de un estado, ese derecho internacional apareja y proyecta en el derecho interno un doble deber: b1) internacional de frente al derecho internacional; b2) interno, hacia adentro del estado, que consiste en el ya señalado de respetar en la jurisdicción interna los derechos de las personas sujetas a la misma jurisdicción”⁴⁹.

Uma das principais obrigações assumidas pelos países integrantes do sistema interamericano de direitos humanos consiste no dever de implementar os direitos humanos fazendo-os efetivos na vida concreta das pessoas, o que implica a adaptação das normas e práticas internas estatais que estejam em descompasso com a normativa internacional⁵⁰. Exige-se, portanto, compatibilidade. Ou seja, a interação entre a

⁴⁹ Bidart Campos, Germán J. “Principios de Derechos Humanos y Garantías”, Buenos Aires, Ediar, 1991, p. 246-247.

⁵⁰ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos - 1.Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social; 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno - Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

jurisdição interna e a internacional supõe que a primeira deve resolver o problema dos direitos humanos em favor das pessoas “en ajuste, adecuación y compatibilidad con las exigências del derecho internacional de los derechos humanos”⁵¹.

No decorrer do estudo, tentaremos desenvolver com mais profundidade o desenrolar desta interação e as técnicas pelas quais se alcança a compatibilidade e que se promove a harmonização entre os sistemas jurisdicionais interno e externo, dando-se ênfase especial à eficácia normativa-interpretativa e aos aspectos funcionais do Princípio constitucional da Prevalência dos Direitos Humanos.

Por ora, basta reter que a superação da concepção de que os sistemas domésticos são autossuficientes implica ampliar a visão de que os direitos fundamentais postos na Constituição podem e devem ser lidos em conjugação e de forma coordenada com os direitos humanos postos nos tratados internacionais respectivos.

iii.b. Estado constitucional e o sistema de garantia de direitos. Afinidade e harmonização entre os ordenamentos interno e internacional de direitos humanos.

Partamos do entendimento de que ambos os sistemas de proteção de direitos, interno e internacional, supõe a finalidade de efetivá-los. A busca pela efetividade destas normas na vida concreta das pessoas constitui o escopo de ambos, já que “não se pode falar de direitos se as posições subjetivas da pessoa não se encontram protegidas eficazmente”⁵²⁵³.

⁵¹ Bidart Campos, Germán J. “La interpretación Del Sistema de Derechos Humanos”, Buenos Aires, Ediar, 1994, p. 44.

⁵² Rolla, op.cit. p. 53.

⁵³ Cançado Trindade pontua que: “É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca da proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra refúgio nas raízes do pensamento tanto internacionalista como constitucionalista”; acentuando ainda que “Cabe desenvolver a atual e alentadora coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno, enquanto à proteção da pessoa humana, até suas últimas consequências. É a própria proteção internacional que requer medidas

Para usar a terminologia de Ferrajoli, nos estados heteropoiéticos⁵⁴, a legitimação política do direito e do Estado vem “de fora ou desde baixo”, ou seja, “da sociedade que se compreende como a soma heterogênea das pessoas e das classes sociais”. Sendo assim, o Estado nestas concepções é um “meio” que encontra legitimação suficiente somente quando atende ao fim de garantir os direitos fundamentais dos indivíduos, considerados eles mesmos como “fins ou valores com respeito aos quais o Estado serve como meio instituído para sua tutela”, considerando-se “politicamente ilegítimo” se não os garante ou mesmo se os viola⁵⁵.

Razões históricas, políticas e sociais explicam ambos os desdobramentos finalísticos. No que se refere ao primeiro sistema de proteção, o constitucional, a gênese e o desenrolar do Estado moderno explica por si só que a instituição de direitos e garantias constitui o móvel que impele os revolucionários americanos e franceses a conceberem uma nova organização político-social, que limita o poder em benefício das liberdades. Na lição de Giancarlo Rolla, “se pueden compartir totalmente las posiciones doctrinales que introducen un nexo de coesencialidad entre derechos fundamentales y Constitución; en el sentido de que si, por una parte, se manifiesta aún como convincente la afirmación contenida en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano según el cual *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*; por otro lado se debe reconocer que los derechos fundamentales nacen con las Constituciones (...)”⁵⁶.

nacionais de implementação dos tratados de direitos humanos, para fortalecer as instituições nacionais vinculadas à vigência plena dos direitos humanos e ao Estado de Direito”, op. cit. “El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI”, p. 272-273 e 391.

⁵⁴ Ferrajoli nomina os estados em autopoiéticos, como sendo aqueles que buscam seus fundamentos de legitimidade a partir de elementos meramente internos, e os heteropoiéticos, como aqueles que se explicam por meio de razões legitimantes externas à sua própria existência, dos indivíduos que heterogeneamente compõe a sociedade.

⁵⁵ Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. P. 881-882.

⁵⁶ Rolla, op. cit. p. 52.

Pelo segundo sistema de proteção, o internacional, a incapacidade estatal de limitar o poder e de assegurar as liberdades básicas do ser humano, levadas ao extremo da tragédia mundial, compelem à reformulação do esquema organizativo das nações, compreendendo ao final o invocar, o assumir e o exercer parcela de poder por organizações internacionais que se projetam sobre os estados.

A instituição de um sistema de direitos e garantias assume no Estado constitucional posição destacada, justamente porque é a existência do próprio homem que o explica. No entendimento de Giancarlo Rolla, “(...) la gran parte de las reglas elaboradas por el constitucionalismo son instrumentales para la consecución del libre desarrollo de la persona humana. Alrededor del valor de la persona humana gira la propia estructura del Estado constitucional, nacido como poder limitado que quiere tutelar las libertades de los individuos frente al ejercicio arbitrario del poder”⁵⁷.

Nas palavras de Bidart, “La incardinación de una constitución en el marco organizativo del *estado democrático* abre un buen panorama. Un estado democrático es un estado que asume la organización social y política de la *libertad*, colocando en su centro a la *persona humana* con su dignidad y sus derechos. Para ello, ordena al poder – con sus órganos y funciones – con un contorno de limitación, de separación o no concentración, y de control. El poder es imprescindible y es inexorable, pero bebe su justificación y su razón de ser en la finalidad servicial que tiene para la sociedad y para quienes la componen. Nunca en sí mismo ni para si mismo”⁵⁸.

A evolução ao Estado Constitucional supõe, portanto, uma visão garantista⁵⁹. A abertura das constituições democráticas à dimensão externa supõe o reconhecimento da

⁵⁷ Rolla, op. cit. p. 50-51.

⁵⁸ Bidart Campos, “La interpretación”, op. cit. p. 63.

⁵⁹ Na lição de Bidart, “La afición finalista de la democracia requiere circular por el plexo de derechos con generosidad y predisposición favorables a su crecimiento, de modo que la filosofía de la libertad lo impregne de eso que Norberto Bobbio la llamado la función promocional del derecho, con el doble sentido que él le asigna: promover condiciones y remover obstáculos para hacer efectivas la libertad y la igualdad, con miras a la plenitud del ejercicio de los

necessidade de complementação através da interação normativa, de um atuar interdependente com o ordenamento internacional dos direitos humanos. Este, por sua vez, atua de modo a fortalecer e ampliar o direito interno, objetivando e exigindo a efetivação pelo Estado da normatividade mínima que se constitui no signo daquela.

Parece adequado sustentar, pois, que um sistema de direitos fundamentais de um Estado constitucional somente alcança a plenitude quando supõe a coexistência de uma dupla fonte normativa, aliadas na consecução da efetividade das liberdades⁶⁰. Ou seja, além de associar a plenitude de um sistema de direitos ao seu plexo axiológico e principiológico, torna-se necessário inserir também uma outra fonte, a internacional de direitos humanos, que integrada internamente possibilita que o Estado Constitucional amplifique sua vocação teleológica garantista.

Nesta direção, Rolla ensina que o aperfeiçoamento das técnicas e a busca de novas formas de garantia “representa el principal cometido que compete a cada ordenamento constitucional para implementar el ámbito de las posiciones subjetivas efectivamente tuteladas. A través de la disciplina constitucional de las formas de garantía, los estándares reconocidos por las Convenciones y por las Declaraciones internacionales se transforman en derechos en sentido pleno, esto es, disponibles cotidianamente y de plena e inmediata vigencia”⁶¹.

derechos y a facilitar la participación de las personas en la vida política, económica y cultural de un país”, *in* “La interpretación”, *op. cit.* p. 67.

⁶⁰ Bidart assevera, ademais: “Y decimos que la convocatoria a la plenitud del sistema de derechos se dirige al derecho constitucional porque el propio derecho internacional de los derechos tiene como meta imprimirles efectividad en cada estado, a favor de cuantas personas componen su población y se hallan sujetas a su jurisdicción. No en vano el derecho internacional de los derechos se hace parte del derecho interno e ingresa a él desde su fuente externa o heterónoma, para otorgarle la cobertura fortificadora gravando al mismo estado con la obligación y la responsabilidad internacionales en añadidura a la que internamente asume una vez que ese estado incorpora el derecho internacional de los derechos humanos”, *in* “La interpretación”, *op.cit.* p.101.

⁶¹ Rolla, *op. cit.* p. 54.

Ferrajoli, no mesmo sentido, procura destacar em sua teoria garantista que entre a enunciação de direitos e valores fundamentais e sua realização adequada deve haver a necessária mediação de técnicas garantistas que devem ser idoneamente elaboradas para atender à finalidade de “assegurar a máxima correspondência entre a normatividade e efetividade na tutela e na satisfação dos direitos”⁶².

A interação que proporcionam as cláusulas de abertura constitucionais à dimensão internacional tem seu trânsito facilitado em vista não só da similaridade dos fins, mas também em decorrência da aproximação axiológica e principiológica entre os ordenamentos. Bidart menciona esta afinidade invocando um paralelismo entre os ordenamentos e o necessário reenvio ao direito internacional: “Advertimos en seguida el paralelismo: si en lo interno la Constitución de un Estado democrático inviste de supremacía prioritaria al sistema de derechos que es su nucleo, en lo internacional una primacía equivalente viene a sintonizar al derecho constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos. Esta afinidad es utilísima para que la interpretación del sistema de derechos no se recluya ni se agote en el derecho interno – es decir, en el contexto de la constitución – sino que se complete, se fortalezca y se auxilie con el reenvío al derecho internacional de los derechos humanos, una vez que éste se hace parte del derecho interno”⁶³.

A premissa da interação supõe, pois, a harmonização, a fim de superar os eventuais conflitos e as supostas incompatibilidades entre os ordenamentos que, sem perder suas autonomias, atuam em coadjuvância, de forma interdependente e coordenada. A busca pela harmonização deve orientar o intérprete, pois onde se pressupõe sintonia e afinidade parece coerente compatibilizar ambas as normas em direção ao fim comum da efetividade.

No entendimento da doutrina especializada, “llegar a sintonizar la fuente constitucional y la internacional para interpretar e integrar coherentemente un sistema de derechos humanos demanda itinerarios valorativos y aplicativos tanto en la constitución

⁶² Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 28.

⁶³ Bidart Campos, “La interpretación”, op. cit. p. 76.

como de los tratados (...) Por este conducto, se adivina fácilmente que lo mismo que quiso obtener el constitucionalismo moderno y el constitucionalismo social dentro de cada estado, lo aspira a alcanzar el novísimo derecho internacional de los derechos humanos: instalar y bonificar a la persona humana y a la convivencia social dentro del estado de un modo adecuado a su dignidad, a su libertad y a sus derechos, con tendencia a maximizar su pleito, y a superar los óbices a su efectividad”.⁶⁴

A interpretação sofre o impacto, pois, desta atividade coordenada e interdependente de ambos os ordenamentos jurídicos, de ambas as jurisdições de direitos humanos. O manejo de uma pauta harmonizadora ou de instrumentos adequados para lograr tal desiderato merece nossa atenção neste estudo a partir da consideração da normatividade e eficácia interpretativa, bem como das perspectivas funcionais que se extraem do Princípio constitucional da Prevalência dos Direitos Humanos.

iv. Perspectivas funcionais do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos

Apesar de estarmos há mais de duas décadas sob um regime constitucional democrático que trouxe vários novos instrumentos de garantia da cidadania e proporcionou o reposicionamento do ser humano e de suas liberdades no centro da vida sócio-política-jurídica de nosso país, muitos dos preceitos constitucionais ainda não encontram um desenvolvimento e aplicação adequados.

O Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos⁶⁵, que se constitui em princípio orientador da relações internacionais do Estado brasileiro, encontra-se neste patamar, pois não recebeu a atenção merecida nem da doutrina especializada nem da

⁶⁴ Bidart Campos, “La interpretación”, op. cit. p. 80.

⁶⁵ Art. 4º - “**A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:** I - independência nacional; **II - prevalência dos direitos humanos;** III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

jurisprudência, não tendo havido, por este motivo, o desenvolvimento de todas as suas virtualidades.

O nosso objetivo neste trabalho constitui-se na tentativa de focar esta norma a partir de sua potencialidade normativa e de suas virtualidades funcionais, intentando-se demonstrar a sua capacidade de ser invocado como um princípio orientador da ação exegética dos intérpretes constitucionais dos direitos fundamentais, como instrumento na tarefa complexa que envolve o definir o sentido e o alcance dos direitos neste espaço que compartilham ambos os sistemas -interno e internacional – em interação e interdependência. Como se percebe, nossa pesquisa, pela restrição de seu objeto, abarca apenas uma das faces do amplo conjunto de possibilidades que podem ser extraídas do princípio constitucional em foco.

Partimos, pois, desta dificuldade inicial, consistente na escassez de doutrina ou de jurisprudência a respeito do alcance normativo do princípio. Encontramos apenas esparsas invocações do princípio no Supremo Tribunal Federal, sem muitos desdobramentos importantes⁶⁶. A doutrina também não se debruçou de forma detida sobre o princípio, como já ressaltamos, o que permite concluir que há ainda um vasto campo de trabalho que promete ser de profundo interesse investigatório.

No entanto, como ressaltamos, propomos explorar a eficácia normativa-interpretativa que o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos pode desempenhar no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, como já adiantamos anteriormente, tentamos estabelecer uma conexão com princípios e cláusulas similares no ordenamento comparado, sempre alertando que as dimensões espaciais ou áreas de confluência são exatamente as mesmas as que nosso ordenamento interno vem compartilhando com mais

⁶⁶ Nossa Corte suprema mencionou ou referiu-se a ele nos seguintes julgados, sem maiores desenvolvimentos, contudo: RE 349.703, nos votos dos Ministros Ilmar Galvão e Celso de Mello; Ext. 932, no voto do Ministro Carlos Britto; Ext. 1008, mencionado em intervenção do Ministro Carlos de Britto; Ext. 633, pelo voto do Ministro relator Celso de Mello e no voto do Ministro Marco Aurélio; no HC 101.985, de relatoria do Ministro Marco Aurélio; ADPF 172, em decisão liminar do Ministro Marco Aurélio; Ext. 1153 PetA, em decisão monocrática do Ministro Ayres de Britto; Pet 4625, em decisão do Ministro Celso de Mello; ADPF 153, relator Ministro Eros Grau.

intensidade. Ou seja, buscamos extrair do estudo comparativo os exemplos, as doutrinas, as jurisprudências e as normas daquelas realidades fático-normativas havidas nos processos de interação entre o direito constitucional e o direito internacional de direitos humanos e/ou jurisdições nacional e internacional de direitos humanos, cujas vicissitudes passamos a enfrentar internamente, não com muita habilidade é preciso dizer.

Como aprofundaremos no capítulo próprio, podemos, entretanto, apontar alguma doutrina a respeito do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, em cuja descrição conceitual alerta-se sobre existência de uma ambivalência aplicativa, no sentido de orientar tanto o processo de produção de normas internacionais, como também a busca da integração destas regras em sua plenitude à ordem jurídica interna estatal⁶⁷.

Aponta-se ainda a característica do princípio de atuar como cláusula de abertura do ordenamento constitucional ao sistema internacional de direitos humanos e a capacidade de influir na concepção tradicional da soberania nacional e não intervenção “impondo a flexibilização e a relativização destes valores”⁶⁸.

Isto implica dizer que se encontram sujeitos à influência do princípio constitucional, como não poderia deixar de ser diferente, as autoridades legislativas, as administrativas e as judiciárias, responsáveis no âmbito de suas competências pelo integrar, pelo consolidar e pelo aplicar dos instrumentos de direitos humanos, ademais de todos os sujeitos integrantes de quaisquer processos interpretativos que envolvam os direitos fundamentais e direitos humanos em interação.

Além deste núcleo normativo básico, entendemos que a virtualidade do referido princípio permite “descobrir” vários **elementos funcionais**. Entendemos que o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos constitui-se em (a) cláusula de conexão entre o ordenamento interno e o internacional de direitos humanos permitindo a recíproca interação e orientando a coordenação e a interdependência de ambos; (b) cláusula que

⁶⁷ Dallari, Pedro, “Constituição e Relações exteriores”, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 162.

⁶⁸ Piovesan, “Justiça Internacional e o Brasil”, op. cit. p. 103.

permite e orienta a atualização da Constituição através da retroalimentação entre estes sistemas; (c) cláusula de garantia aos titulares dos direitos fundamentais, na medida em que orienta a prevalência de um mínimo normativo internacional constituído pelo conjunto dos direitos humanos estabelecidos nos sistemas global e regional, que não pode ser desprezado pela jurisdição nacional; (d) cláusula que implica o estabelecimento de uma diretriz interpretativa que promove a prevalência dos direitos humanos, entendidos como o patamar mínimo normativo pela qual a atividade do intérprete dos direitos fundamentais encontra-se cingida; (e) cláusula que permite integrar novas dimensões aos direitos fundamentais reconhecidos no ordenamento constitucional, ou mesmo a integração de novos direitos, a partir da leitura dos direitos fundamentais de acordo com os direitos humanos, mínimo normativo a ser observado, desempenhando deste modo uma função interpretativa-integrativa; (f) cláusula que permite/exige o exame da compatibilidade pelo intérprete constitucional das normas internas em face do conteúdo normativo-valorativo estabelecido nos tratados de direitos humanos, inaugurando o controle de convencionalidade no direito brasileiro.

Certamente que estas aproximações merecerão uma análise detalhada nos próximos capítulos. Por ora, deixemos registrado que o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos conecta ambas as ordens jurídicas, interna e internacional, permitindo e orientando a atualização da Constituição através da retroalimentação sistemática, surgindo assim como elemento de garantia dos direitos fundamentais, além de funcionar como cláusula de interpretação e integração de novas dimensões aos direitos fundamentais ou de novos direitos, constituindo-se, ademais, em fonte normativa que autoriza o controle de convencionalidade das normas internas.

SEGUNDA PARTE

CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICO-ESTATAL

ENFOQUE TEÓRICO-ESTATAL A PARTIR DAS TEORIAS DE HÄBERLE E FERRAJOLI

i. Introdução

A construção de nosso discurso passa pela consideração de que determinadas categorias inerentes a um modelo de estado que se vincula aos padrões de autossuficiência e autoreferência estão sendo superadas por recentes fenômenos que se desenrolam em âmbitos espaciais muito mais abrangentes do que as restritas fronteiras em que as competências das autoridades domésticas originariamente desempenham suas funções e, que, de um modo ou outro, sofrem neste espaço interno os impactos destes fenômenos, os quais muitas vezes não são bem dimensionados ou bem recebidos.

A formação de coletividades regionais com a estruturação de órgãos e instituições que recebem competências normativas e políticas, por cessão dos próprios Estados que as conferem para exercício exclusivo – através de delegação estatal soberana -, constitui-se em um dos exemplos em que as normas e decisões destes novos sujeitos políticos tendem a prevalecer em detrimento da atuação dos Estados mesmos.

A instituição de sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, globais e regionais, com a previsão de órgãos deliberativos e de controle - quasejurisdicionais ou jurisdicionais -, desde onde se discutem e se estabelecem tratados internacionais com a participação efetiva dos Estados, ou desde onde os atos internos destes são postos em análise para verificação de sua compatibilidade - controle de convencionalidade -, está a demonstrar que a atuação estatal exclusiva na defesa dos direitos da pessoa deixou de ser um paradigma defensável⁶⁹.

⁶⁹ Sobre a intersecção do direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional Bidart é enfático: "Que determinadas cuestiones - como la que versa sobre los *derechos humanos* - hayan dejado de pertenecer a la jurisdicción reservada o exclusiva del estado, no equivale a sustracción de la jurisdicción interna, porque permanecen y se comparten en ésta dentro del sector de la jurisdicción *concurrente*. Ello significa que tal cuestión no puede ser asumida ni resulta por el estado a su solo y absoluto criterio discrecional, sin que ha de ser asumida y resuelta por él, pero a tenor de pautas del derecho internacional (...) Lo recién dicho ha de cobrar énfasis cuando

É inegável que os sistemas de fontes jurídicas estatais em ambos os casos são afetados de forma importante, e o próprio princípio da soberania estatal tem sido questionado de modo a sofrer câmbios interessantes.

As competências normativas comunitárias, por exemplo, são exercidas pelos órgãos com exclusividade e os provimentos judiciais do estado parte quando postos em confronto com o ordenamento comunitário podem sofrer no bojo do próprio processo a atuação do Tribunal de Justiça supranacional.

De outro lado, a recepção dos tratados de direitos humanos na ordem interna tem provocado revisões sistemáticas dos estados nos seus sistemas de fontes, de modo a reposicioná-los em lugares de preeminência em face do reconhecimento de sua natureza especial. Ademais, as decisões dos órgãos de controle e supervisão de direitos humanos têm levado frequentemente muitos países a reformar a própria legislação interna, além de provocar a revisão das próprias decisões judiciais ou outras medidas de compensação pelas violações em decorrência de condenações, como teremos oportunidade de ver mais à frente.

A crise do direito de que nos fala Ferrajoli, no que se refere ao Estado constitucional, está ligada justamente a estes fenômenos: à crise do estado nacional que sofre o deslocamento dos centros de decisão e dos lugares da soberania; à alteração do sistema de fontes que ocasiona, dentre outros problemas, a perda da unidade e coerência das fontes jurídicas e a convivência e superposição de diversos ordenamentos concorrentes⁷⁰.

seguimos rescatando la fuerza normativa de la constitución para repetir que desde el derecho internacional de los derechos humanos se coadyuva a tonificarla con y por obra de una fuente heterónoma que auspicia, con carácter mínimo y subsidiario, conferir *completitud* al sistema interno de derechos y poner en movimiento a una *retroalimentación* constante entre él y el derecho internacional”, Bidart Campos, “El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 467-468.

⁷⁰ Ferrajoli, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, Madrid, Jueces para la democracia - Información y debate, n. 16-17, 1992, p. 61-69.

Ferrajoli indicará primeiro a inserção de uma Carta de Direitos Fundamentais no bojo do processo de integração europeia⁷¹ a fim de, eliminando as antinomias entre a atuação normativa e jurisprudencial dos órgãos comunitários e os órgãos constitucionais domésticos, propiciar o resgate do papel garantista da Constituição, para depois defender a formação de um Estado constitucional europeu - e de forma mais abrangente, um Estado constitucional internacional – que reconheça o caráter supraestatal dos direitos fundamentais.⁷²

A partir de semelhantes premissas, Häberle também reconhece a superação e a imprestabilidade das categorias e concepções estatais autocentradas e autorreferentes nesta época de intensas interdependências normativas e jurisdicionais, propugnando a criação, sob os influxos de Kant e Habermas, de um Estado cosmopolita a partir de um “contrato social mundial” em que a cidadania universal constitui-se em seu mote⁷³. Seu Estado constitucional cooperativo é um estado constitucional que parte do reconhecimento de seu caráter transnacional e da aceitação das dimensões internacionais com todas as implicações que uma relação não mais coordenativa, e sim cooperativa, entre os estados contemporâneos produzem, cuja lógica constitutiva encontra-se calcada na premissa da observância dos direitos humanos, da justiça social e na busca da paz universal.

A evolução do Estado constitucional ao Estado constitucional cooperativo na visão de Häberle, para além de constituir a única solução legítima⁷⁴ – a demonstrar que os referidos teóricos compartilham de importantes pontos de vista -, exige a reorientação das

⁷¹ Ferrajoli, “Passado y futuro”, op. cit. p. 36-39.

⁷² Ferrajoli, “El derecho como sistema”, op. cit. p. 64-68.

⁷³ “Somente uma cidadania democrática que não se feche em termos particularistas pode, portanto, preparar o caminho para um status de cidadão do mundo ou uma cosmocidadania, que hoje começa já a cobrar forma nas comunicações políticas que tem um alcance mundial”, Habermas, *Faktizität un Geltung*, p. 659, 138 e ss, citado por Häberle, Peter, “El Estado constitucional”, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 299-301.

⁷⁴ Häberle é enfático em sua afirmação: Ou o estado constitucional se transforma e evolui como estado constitucional cooperativo, ou “deixará de ser constitucional”, Häberle, Peter, “Pluralismo y Constitución”, Madrid, Tecnos, 2002, p. 262-263.

fontes de direito e das teorias de interpretação jurídica, desmistificando assim o dogma do monopólio estatal das fontes jurídicas, da jurisdição e da exegese jurídica e, de outro lado, elevando o método de interpretação comparada a um nível de preeminência, tendo em vista sua imprescindibilidade funcional nos processos de criação, reprodução e recriação de cultura, elemento que constitui a própria noção de constituição e que permite o diálogo internormativo.

ii. O Estado Constitucional Cooperativo de Häberle

Em Häberle o Estado constitucional evolui para um Estado constitucional cooperativo. Um Estado que ostenta uma dimensão transnacional, que orienta e é orientado pelos influxos das relações internacionais de cooperação e solidariedade. O Estado constitucional cooperativo é aquele que se encontra “dentro de um complexo tecido de relações inter e supranacionais” através das quais sua identidade é forjada, seja tomando “plena consciência da colaboração internacional”, seja assumindo as respectivas responsabilidades “como parte da própria solidariedade”; é “aquele Estado que, de forma ativa, ocupa-se dos demais Estados, ocupa-se também das demais instituições nacionais e supranacionais”. Possui, portanto, uma estrutura aberta tanto para o interior como para ao exterior, o que possibilita alcançar paulatinamente uma cooperação cada vez maior⁷⁵⁷⁶.

Na doutrina de Häberle, a cooperação pode assumir muitas tarefas e se manifestar através de várias formas. Como pontua, podem ir “desde as mais suaves, como por exemplo, a de uma simples relação consensual, até as mais complexas, como as de conceber e cumprir tarefas comunitárias cooperativamente, mediante procedimentos e

⁷⁵ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 255-261.

⁷⁶ Para Häberle, as constituições deveriam dispor de (a) uma abertura expressa aos tratados de direitos humanos incluindo, ademais, uma declaração constitucional da primazia destes sobre o direito interno, e (b) a abertura aos direitos humanos ao seu próprio interior, dispondo-se de uma cláusula de desenvolvimento dos direitos fundamentais que não excluíssem os direitos implícitos, como, por exemplo, aqueles que se derivassem do espírito da constituição; in Häberle, Peter, “Mexico y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, in Häberle, Peter; Kotzur, Markus. De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano, Trad. Héctor FixFierro. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003, p.77.

instituições comuns, ou mediante a fundação de instituições supranacionais”. Possui a cooperação, ademais de este caráter procedimental, consistente em empreender ações comuns, também uma faceta jurídico-material, como a “paz no mundo, a justiça social, o desenvolvimento de outros países e sobretudo, os direitos humanos”⁷⁷.

A cooperação para Häberle converte-se, pois, “em parte da própria essência” do Estado constitucional, cuja significação deve não somente restar documentada nos textos constitucionais como ser posta em prática. A cooperação efetua-se, desta maneira, “não somente em nível político, senão sobretudo jurídico” ostentando, já, de fato, o Estado constitucional cooperativo, “uma tendência a configurar a realidade”⁷⁸.

Assim, temos de um lado, que a abertura constitucional cooperativa em direção aos outros Estados e às instituições internacionais produz “certas correntes de influxo mútuo dos ordenamentos nacional e internacional, ou seja, estruturas jurídicas, idéias de justiça também mútuas” que vão impregnando a estrutura do Estado constitucional e que levam, de outro lado, “ao desenvolvimento de um direito comum”. Ou seja, “as conseqüências da cooperação interestatal e interconstitucional” produzem um “direito de cooperação” que já se pode reconhecer nos Estados constitucionais, assevera Häberle. Um método e um resultado, parecem ser para ele, peças chaves nesta empreitada. O estudo de direito comparado torna-se imprescindível na busca deste “núcleo comum” - direito cooperativo comum - de normas e formas jurídicas de cooperação, cujo desenvolvimento propicia a “saída da alternativa clássica monismo-dualismo”. Em síntese, “o Estado cooperativo é um tipo de Estado que trabalha no desenvolvimento de um Estado internacional cooperativo, achando-se no caminho de lograr um tipo de Estado cooperativo comum”⁷⁹.

⁷⁷ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 261 e 264.

⁷⁸ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 255 e ss.

⁷⁹ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 262, 287-290.

ii.a. Direito internacional e Estado Constitucional Cooperativo – Relações e Influências

Para Häberle a série de transformações ocorridas no direito internacional influíram e continuam influenciando no desenvolvimento do Estado constitucional cooperativo.

A transformação havida pela vigência da Carta da Organização das Nações Unidas de 1945, cujas diretrizes fizeram superar a concepção de um direito internacional de coordenação entre as nações, permite entender que a cooperação deixa de ser um objetivo e passa a ser um meio para alcançar a solução dos problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural e humanitário, e no desenvolvimento e estímulo do respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais⁸⁰.

As variadas formas de cooperação regionais e a “constitucionalização global” e regionais das nações vêm demonstrando que os Estados procuram renunciar à parcelas de sua soberania em favor dessas instituições, o que vem propiciando a realização dos objetivos de cooperação, em particular a integração econômica, política e social - no caso da União Européia -, já que a adoção de uma “identidade européia” abre a “via para o exercício da “responsabilidade social” das regiões ricas frente às mais pobres e à elevação geral do nível de vida”, bem como demonstram a “consciência dos Estados em favor da cooperação, através de suas declarações de princípios e intenções, que é essencial para o desenvolvimento futuro do direito internacional dos direitos humanos”⁸¹.

Assim, a transcendência de determinadas posições jurídicas e políticas possibilitaram um câmbio de perspectivas no direito internacional. Neste sentido, o “deslocamento do centro de gravidade do trabalho da ONU, desde a manutenção de uma paz simplesmente negativa (no sentido de ausência de violência militar) dirigindo-se à criação da infraestrutura econômica, social e cultural de uma 'paz positiva' através de uma

⁸⁰ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 166-167.

⁸¹ Häberle, “El Estado constitucional”, op. cit. p. 166-170.

maior justiça social, conduz à evolução do direito internacional a um direito cooperativo em sentido material⁸²”.

Há, pois, um nexó relacional entre estas transformações pelas quais passa o Estado constitucional e as mudanças havidas no direito internacional, que produzem impactos importantes na forma de tratar paradigmas de um Estado de tipo nacional.

No entender de Häberle, “na medida em que, desde a perspectiva internacional, a cooperação entre os Estados ocupe o lugar da mera coordenação pacífica (é dizer, da delimitação da soberania nacional), no caminho do direito constitucional nacional pode advertir-se tendências que apontam a uma debilitação da distinção estrita entre o interno e o externo a favor de uma abertura em direção ao exterior”. De fato, cumprem os “novos artigos constitucionais” um papel importante quando permitem “a transmissão de poderes soberanos à organizações e instituições supraestatais ou internacionais”, demonstrando uma “disposição a renunciar à soberania que era alheia ao direito internacional tradicional”⁸³.

ii.b. A passagem do Estado Constitucional de tipo “nacional” ou “soberano” ao Estado Constitucional Cooperativo

Na proposta de Häberle o Estado Constitucional Cooperativo veio a substituir o Estado constitucional de tipo “nacional” de modo a atender às transformações do direito internacional – que deixou de ser um “direito de coordenação” para ser um “direito de cooperação”⁸⁴. Esta evolução para o tipo “cooperativo”, segundo Häberle, explica-se especialmente por dois fatores: pela acentuada interdependência econômica entre os Estados – que se constitui em causa e efeito do Estado cooperativo -, e por outro

⁸² Häberle, “El Estado constitucional”, op.cit. p. 169.

⁸³ Häberle, “El Estado constitucional”, op.cit. p. 170-171.

⁸⁴ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 293.

de cunho “ideal-moral”, pois o Estado cooperativo é também “resultado de estar constituído através dos direitos fundamentais e humanos”⁸⁵⁸⁶.

Desde que surgem as novas perspectivas de cooperação estatal no plano do direito internacional, abandonando-se a postura de uma “pura e simples” “coordenação de esforços e a uma mera coexistência pacífica” reconhecem-se tendências no plano do direito constitucional nacional “que facilitariam também uma certa flexibilização do rígido esquema já clássico de distinção de esferas “interior e exterior” em prol de uma “abertura de direito internacional”⁸⁷.

Trata-se de por em questionamento o papel da “soberania” como elemento informador dos Estados constitucionais nesta nova configuração estatal proposta por Häberle, cuja superação parece ser imprescindível para a evolução do Estado constitucional. Há, de fato, um verdadeiro rechaço às posturas nacionalistas egocêntricas e aos modelos de Estados que se justificam e que insistem “nas velhas alegações” de suas “próprias razões soberanas”⁸⁸⁸⁹.

⁸⁵ Häberle, “El Estado constitucional”, op.cit. p. 163-165.

⁸⁶ Quando investigou sobre a existencia de um “direito constitucional comum americano” à semelhança de um já estabilizado “direito constitucional comum europeu”, Häberle ressaltou: “(...) outra condição de vigência de um direito constitucional comum americano é a economia e sua paulatina integração (...) nos espaços econômicos comuns (como, por exemplo, o Mercosul) formam-se atualmente os contornos, e no futuro constituirão os substratos do direito constitucional comum americano. Certamente como sucede na Europa, a América não provém da economia, a qual somente possui importância *instrumental* para a dignidade e a liberdade do ser humano”, in “México y los contornos de un derecho constitucional común”, op. cit. p. 44-45.

⁸⁷ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. 283.

⁸⁸ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 266.

⁸⁹ Na opinião de Saiz Arnaiz, “el Estado constitucional de Derecho contemporáneo sólo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente y, por lo mismo, limitado en idéntica perspectiva” asseverando, com apoio em Mirkin-Guetzevitch, que o “nacionalismo constitucional” “parece dejar paso a una progresiva internacionalización y europeización del Estado y de la Constitución que desdibuja los perfiles tradicionales de ambos”, in “La apertura constitucional al Derecho internacional”, op.cit. p. 44-45.

O que se pretende ressaltar é que o “Estado-nação ou o Estado nacional já não serve como referente de orientação necessário ao Estado constitucional”. Entende-se, pois, que o modelo de Estado cooperativo “relativiza o tipo anterior, baseado em elementos nacionais” na medida em que o “ser humano projeta-se além das fronteiras para alcançar o centro da ação estatal, interestatal e supraestatal”⁹⁰.

Na visão de Häberle, “O Estado nacional, convertido hoje em “Estado cooperativo constitucional”, é na Europa atual de 1991 tão imprescindível quanto relativo; é dizer, está tão imbricado na trama formada pelos princípios jurídicos transnacionais – tão evidente nos Pactos supraregionais sobre direitos humanos e nos tratados mais preponderantes (como, por exemplo, o da criação da Comunidade Européia que terminou por disciplinar a soberania nacional motivando e normalizando suas atuações”)⁹¹.

As constituições dos Estados cooperativos terminam por propiciar aberturas cada vez mais amplas, quando, por exemplo, marcam e orientam um sentido de pertença entre povos latino-americanos⁹², ou entre os povos de uma maneira geral⁹³, ou “os chamados artigos sobre a Europa”, assim como “na América do Sul e África, quando se fala expressamente, ou por seu sentido, da unidade e identidade iberoamericanas”. Tais elementos para Häberle constituem a “imagem do mundo” inscrita nas constituições, de modo a enquadrar “seus povos na comunidade universal” ou aderir “aos direitos humanos universais”. Dizendo de outro modo, “o lugar do Estado introvertido ocupa o “Estado constitucional cooperativo” e a “imagem do ser humano converte-se na “humanidade” referida ao mundo inteiro”⁹⁴.

⁹⁰ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 121-123, 293-294.

⁹¹ Häberle, Peter “Derecho Constitucional Común Europeo”, in *Revista de Estudios Políticos*, 79, janeiro-março 1993, p. 12.

⁹² Parágrafo único, inciso X, do art. 4º da CF de 1988.

⁹³ Inciso IX do art. 4º da CF de 1988.

⁹⁴ Häberle, “El Estado constitucional”, op.cit. p. 447.

Assim, nestes processos de transformação e evolução, há somente uma opção ao “Estado constitucional”: ou se desenvolve como Estado cooperativo, ou “deixará de ser constitucional”⁹⁵.

ii.c. A Comunidade Universal dos Estados Constitucionais

A antítese do modelo de Estado constitucional cooperativo – dentro dos tipos constitucionais – é considerado por Häberle aquele Estado “egoísta” “autorreferente” “fechado” “recolhido sobre si mesmo”, ainda que se apresentando formalmente como “constitucional”. Admitir que o Estado constitucional sofre as influências externas e contribui para que elas ocorram é uma atitude teórica necessária para Häberle, já que naquele é também onde “as relações internacionais estão submetidas à influências recíprocas”, o que faz crer que a “existência de dois mundos teóricos separados” tornou-se “mais que duvidosa”, uma vez que ambos “são ao mesmo tempo, objeto e sujeito de dita transformação”⁹⁶⁹⁷.

⁹⁵ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 262-263.

⁹⁶ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 260, 262-263.

⁹⁷ Na oportunidade do aniversário de 25 anos da Constituição de Espanha, Häberle registrou em artigo: “Nesta perspectiva, as constituições não são somente textos “positivos” jurídicos, textos constitucionais em sentido estrito. Os textos constitucionais estão, ademais, “contextualizados” na extensão e na profundidade do tempo e do espaço (...) Esta rápida olhada nos textos constitucionais permite reconhecer um rico conjunto que não se pode reduzir somente a uma estrutura que contem muitos *standards* comuns. Junto à pluralidade de variantes nacionais encontra-se a pluralidade de temas constitucionais “clássicos” “neoclássicos” ou completamente novos. Seu verdadeiro significado abre-se frequentemente somente a partir de seu contexto cultural que funciona como fundo. E é possível reconhecer os muitos efeitos do paradigma textual no tempo e no espaço nacional, regional (europeu e latino-americano) e universal”. Questiona, então Häberle: “Espanha e Europa possuem uma Constituição? Já reconhecemos entre ambas “círculos constitucionais” - o nacional e o europeu - paralelismo, analogias, interseções, concorrências e osmoses. Se invocarmos por um lado os textos da União e da Comunidade europeia junto à Carta dos Direitos Fundamentais (2000) e o projeto de Thessaloniki (2003) e, por outro lado, a Constituição espanhola de vinte e cinco anos, impõe-se já a imagem da *simbiose constitucional*”; Häberle, Peter, “¿Tienen España y Europa una Constitución?”, Sevilla, Fundación El Monte, 2004, p. 24 e 38.

A conexão entre a necessária abertura do Estado constitucional – em dimensão cooperativa – e a rejeição dos paradigmas estatais autocentrados e autossuficientes implica na postura de Häberle em admitir uma “comunidade universal dos Estados constitucionais” e propugnar, desde a filosofia de Kant e Habermas, uma “perspectiva cosmopolita” ou de “cosmocidadania”.

Nestes termos, afirma Häberle que “os diversos Estados constitucionais não existem mais “para si” senão que constituem uma comunidade universal aberta”. A referência ao “mundo” e à “humanidade”⁹⁸ “é um pedaço da noção de que tem os Estados constitucionais de si mesmos”, seja manifestando-se “de modo a referir-se aos princípios gerais de direito ou à internacionalização dos direitos humanos universais (inclusive em forma de uma política exterior em favor de direitos humanos), em forma de objetivos educacionais equivalentes, na normação de valores fundamentais com a política pela paz mundial, a amizade e a cooperação internacional, ou na obrigação de proporcionar ajuda ao desenvolvimento e ajuda humanitária”⁹⁹.

Dentro dessa empolgante temática das interações internormativas que impelem à uma integração cooperativa universal, Häberle debate a proteção constitucional e internacional dos bens culturais, conseguindo demonstrar a necessária interdependência entre Constituição e Direito Internacional dos Direitos Humanos e suas mútuas influências, já que “o que tem um “extraordinário valor universal” e fundamenta o “universalismo cultural” tem sido gerado e gestado no nível nacional e passa ao plano global ou da humanidade através de determinados processos de recepção (...) A possibilidade de que bens culturais nacionais possam converter-se em bens que a

⁹⁸ “O Estado constitucional encontra-se em uma comunidade responsável em relação a seus semelhantes com respeito ao mundo e aos seres humanos, que deve cumprir-se, por exemplo, em matéria de direito internacional de meio ambiente ou de espaço exterior”, *in* “El Estado constitucional”, *op.cit.* p. 173.

⁹⁹ Häberle, “El Estado constitucional”, *op.cit.* p. 172-173.

Convenção chama de “valor universal” faz com que a “cultura mundial” seja aberta e pluralista”¹⁰⁰.

Defende, assim, um “contrato social mundial”, pelo qual o “marco teórico dos direitos fundamentais” deve estender-se “do nível nacional ao universal: ao lado da sociedade particular de cada Estado e de seu *status civilis*, surge de maneira complementar à “sociedade mundial”, com a consequência de um *status mundialis* fundamental para cada ser humano”¹⁰¹¹⁰².

¹⁰⁰ Häberle, Peter, “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, in Revista Española de derecho constitucional, n° 54, 1998, p. 34; Depois de comentar sobre o estado normativo da temática da proteção dos bens culturais no plano internacional, questiona Häberle: “Quando e como a proteção dos bens culturais converte-se em um “tema constitucional”? Existe um diálogo, um “metabolismo gradual” entre o processo internacional de assunção dos temas e textos referidos à proteção dos bens culturais e o processo jurídico-constitucional nacional do mesmo modo que os direitos humanos e fundamentais foram primeiro “pensados” e desenvolvidos no plano nacional (1776, 1789, 1849) antes de que começaram a crescer no nível internacional-universal? Como se conecta a idéia de um “internacionalismo cultural” (J.H. Merryman) com o “nacionalismo cultural”? E quais são as consequências teórico-constitucionais que se desprendem da consonância temática em matéria cultural entre os planos universal e nacional-constitucional?”, para afirmar ademais que “Temos que agradecer às constituições ibéricas e ibero-americanas a impressionante “fornada de textos” em matéria de proteção constitucional de bens culturais. Isto poderia ter diversas explicações. Em primeiro lugar, na consciência dos constituintes nacionais poderia haver amadurecido a idéia da proteção internacional dos bens culturais, levando a entender que, em última instância, as proteções nacional e internacional dos bens culturais são duas caras da mesma moeda. Ademais, caberia supor que os textos internacionais, uma vez saídos à luz, também irradiaram seu influxo na configuração dos textos nacionais, como se ve a cada passo em matéria de direitos fundamentais”, in “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, op. cit. p. 13 e 16.

¹⁰¹ Häberle, “El Estado constitucional”, op.cit. p. 302.

¹⁰² “Não muito longe desta premissa encontra-se a proposição de que a proteção nacional e universal dos bens culturais representa uma “tarefa universal” que estabelece a humanidade como comunidade de bens culturais e a cada Estado constitucional como “fiduciário”. O *status mundialis hominis* e a proteção “universal” dos bens culturais convergem”, in “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, op. cit. p. 18.

Para Häberle, constitui dever da Teoria constitucional fundar uma teoria de direitos humanos “mediante figuras intelectuais” que sejam gerais e que “se projetem como um parâmetro mundial”, uma vez que “não somente no interior dos Estados alcançou o ser humano a transição do *status naturalis* ao *status civilis*”, pois, da mesma forma, a nível mundial se produziu “ao menos de maneira fictícia, a passagem do *status naturalis* ao *status civilis*: os contratantes são todos os seres humanos, todos os Estados constitucionais e todos os povos, inclusive até chegar à perspectiva das gerações futuras”¹⁰³.

Assim, conecta-se ao projeto de Habermas no sentido de que “somente uma cidadania democrática que não se feche em termos particularistas pode, portanto, preparar o caminho para um *status* de cidadão do mundo ou uma cosmocidadania, que hoje começa já a cobrar forma nas comunicações políticas que tem um alcance mundial”. Reconhece com Habermas que “o Estado cosmopolita já deixou de ser um simples fantasma, ainda quando nos encontremos, entretanto, bem longe dele. O ser cidadão de um Estado e o ser cidadão do mundo constituem um *continuum* cujos perfis começam já ao menos a se desenhar”¹⁰⁴.

ii.d. Processos de recepção e reprodução cultural

Entender a Constituição não só como um texto jurídico mas também como meio de representação cultural de um determinado povo que espelha seu próprio legado e que fundamenta suas esperanças¹⁰⁵, é o ponto de partida que Häberle utiliza para explicar os processos de recepção, reprodução e recriação cultural¹⁰⁶.

¹⁰³ Häberle, “El Estado constitucional”, op.cit. p. 302.

¹⁰⁴ Habermas, “Faktizitat un Geltung”, p. 659, 138 e ss, citado por Häberle, in “Estado Constitucional”, op. cit. p. 299-301.

¹⁰⁵ Häberle, Peter, “Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica”, in Pérez Perez Luño, Antonio-Enrique, (coordenador), “Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio”, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 153-154.

¹⁰⁶ “A proteção nacional dos bens culturais é somente um aspecto de algo muito mais complexo: cada Constituição própria de um Estado constitucional parece animada pela dimensão do cultural. A proteção de

As constituições são obras de todos os intérpretes constitucionais da sociedade aberta, devendo-se compreendê-las como “algo vivo” cujas matérias e formas constituem-se nas “maiores fontes de expressão e transmissão de cultura, assim como o marco idôneo de toda reprodução cultural e toda recepção propriamente dita, formando além de um acervo potencial de informações culturais, experiências, vivências e também sabedoria”¹⁰⁷.

A configuração do Estado constitucional exige em Häberle um intercâmbio de seus elementos que são recepcionados pelos países, reproduzidos e transformados através de processos criativos¹⁰⁸. É um fenômeno que admite a Teoria da Constituição como dimensão de uma ciência experimental, que busca projetar o futuro e reproduzir o passado não somente pela sua própria história, mas com a dos Estados constitucionais “vizinhos”. Para Häberle, o legislador constituinte se interessa na ampliação de seu

bens culturais, as liberdades especiais da cultura, as cláusulas expressas sobre o patrimônio cultural e os artigos gerais sobre o Estado de cultura não são mais que especificações da genérica dimensão cultural da Constituição”, já que “A Constituição não é somente um texto jurídico ou um conjunto de regras normativas, mas também constitui expressão de um determinado nível de desenvolvimento cultural, é expressão da autorepresentação cultural de um povo, um espelho de seu patrimônio cultural e fundamento de suas esperanças”, in Häberle, “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, op.cit. p. 28.

¹⁰⁷ Häberle, “Elementos teóricos”, op.cit. p. 153-154.

¹⁰⁸ “Los textos, las teorías y las sentencias forman una síntesis variable en el curso de la evolución del Estado constitucional: unas veces es suficiente el simple texto de una Constitución reciente; en otras no podemos entenderlo más que con ayuda de teorías; en otras resulta que la Ley Fundamental alemana sólo tiene vigencia en los términos en que la interpreta el Tribunal Constitucional Federal (...) pero sobre todo se demuestra en todas partes que es correcto el *paradigma de las etapas textuales* propuesto en 1989. Lo que en un Estado constitucional no se ha consagrado todavía como texto se desarrolla en otro como realidad constitucional a través de la práctica de las autoridades públicas, de las teorías y de las sentencias judiciales. Más tarde, el Estado constitucional vecino recibe, a través de la elaboración de una nueva Constitución o de una reforma de la vigente, esta realidad “ajena”, la transforma en textos y conceptos, dando continuidad a la antigua Constitución y llevándola a una nueva etapa”, Häberle, Peter, in “Mexico y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, op. cit. p. 12-13.

próprio “horizonte experimental” e no aprendizado das experiências passadas e contemporâneas de outros Estados constitucionais¹⁰⁹.

Neste amplo conjunto de recepções, as experiências positivas e negativas de outros estados com seus textos constitucionais, as suas sentenças judiciais, sua ciência e práxis cotidiana constituem um “fenômeno tão normal quanto imprescindível” no Estado constitucional¹¹⁰¹¹¹. No entendimento de Häberle, o Estado constitucional e sua Teoria constitucional “se acham vinculados somente a dita realidade antropológica, quando assumem suas experiências e as convertem em sistemas jurídicos. O Direito como manifestação cultural, “significa também Direito como expressão de experiências cristalizadas”¹¹².

Um modelo teórico sobre a “recepção jurídica” não pode deixar de inserir-se em uma doutrina constitucional concebida como “ciência da cultura”, como “parte de processos muito genéricos de “recepção cultural”. A idéia de um direito constitucional

¹⁰⁹ Häberle, “Elementos teóricos”, op.cit. p. 155.

¹¹⁰ Indica Häberle os canais e procedimentos de recepção: por via da revisão total ou parcial da Constituição, por via legislativa, por via da jurisprudência constitucional, por via da Teoria da Constituição e por via da *práxis* jurídica, in “Elementos teóricos”, op.cit.p. 160-161.

¹¹¹ Reproduzimos, por importante, passagem anteriormente comentada: “(...) En el fondo, se puede observar un especie de “tarea común para optimizar la defensa de los derechos fundamentales” sobre todo en Europa que cuenta con los tribunales constitucionales europeos, el Tribunal de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos. Todo esto prueba el paradigma textual: aquello avanzado en el contexto de una ciencia y práctica constitucional más antigua, se decanta en las nuevas Constituciones como un texto constitucional concluyente. La propia España ha trasladado creativamente principios, textos y conceptos, que habían sido desarrollados en Estados constitucionales más antiguos como Italia y Alemania. La innovación y la recepción mantienen el equilibrio, algo especialmente valido para los derechos fundamentales. (..) Lo mismo ocurre en el caso del mandato de conformidad previsto en el art. 10.2, en el que se documenta la apertura del Estado constitucional español a la universalidad de los derechos humanos y se conceptúa una pieza del “Estado constitucional cooperativo”, in Häberle, Peter, “¿Tienen España y Europa una Constitución?”, Sevilla, Fundación El Monte, 2004, p. 45-47.

¹¹² Häberle, “Elementos teóricos”, op.cit. p. 155.

comum¹¹³ e o êxito do Estado constitucional como fatores que chamam a atenção a estes processos de “criação e recepção”, ademais da constatação da existência de uma “atual interdependência efetiva entre as Constituições” - tendo em vista a grande incidência das recepções que se produzem no atual momento –, induz Häberle à esta busca de um “modelo teórico geral”¹¹⁴.

O processo de recepção desdobra-se em dois momentos. Explica Häberle que, desde um “primeiro processo produtivo “ativo” e criador que surge desde fora, segue-lhe igualmente outro processo “passivo” e sempre recriador” no país que assume os conteúdos ou elementos forâneos. Ou seja, o “assumir” ou o “integrar” textos, sentenças, opiniões doutrinárias, ou a mera práxis jurídica administrativa no ordenamento jurídico próprio, ao contrário de constituir uma “mera recepção passiva”, pode se converter em um fenômeno criativo.

Influem neste processo os “contextos culturais” em que se inserem os conteúdos recepcionados e o “fator tempo”. Nas palavras de Häberle, “qualquer Estado constitucional resulta ser um todo individual *sui generis* no qual cada aportação lograda por via da recepção se desenvolve, ou seja, deve adaptar-se”, o que pode explicar “que um mesmo texto constitucional, como poderia ser um direito fundamental concreto, pode ostentar diversos conteúdos de um Estado a outro”¹¹⁵. Também a demonstrar que se trata de um processo criativo, frisa Häberle que mesmo quando no momento da recepção do texto, da sentença ou da doutrina jurídica “predomine a matéria forânea”, com o passar do tempo “termina por desenvolver-se “o recebido” no complexo marco de coordenadas do próprio sistema do Estado constitucional receptor, cuja cultura constitucional e intérpretes exercem igualmente sua influência sobre o “objeto de recepção”, passando a formar parte integrante do novo meio cultural”, o que para Häberle permite se distanciar

¹¹³ No caso, a um direito constitucional comum europeu. Em artigo mais recente, Häberle comenta sobre a existência de um direito constitucional comum americano, como já referido neste trabalho e explorado mais profundamente na Seção II da Terceira Parte.

¹¹⁴ Häberle, “Elementos teóricos”, op. cit. p. 151; 153-154.

¹¹⁵ Häberle, “Elementos teóricos”, op. cit. p. 156.

do Estado constitucional “originário” ao mesmo tempo que adquire um “perfil próprio”¹¹⁶¹¹⁷.

O meio adequado para produzir-se tais recepções é, para Häberle, a comparação jurídica, uma vez que estes “processos de criação e recepção” não se produzem por si. Na comparação, “os receptores trabalham em parte na política jurídica (como constituintes e legisladores) e em parte de maneira interpretativa, ainda que tais limites possam ser fluídos: na interpretação pelos juízes constitucionais ou pela doutrina do direito constitucional”, o que leva Häberle a concluir, uma vez mais, corresponder o método comparativo, “no campo de forças do Estado constitucional”, o quinto método da interpretação¹¹⁸.

ii.e. Carácter estatal das fontes de direito – uma releitura em um Estado Constitucional Cooperativo

Häberle destaca a superação das doutrinas que sustentam o monopólio estatal das fontes de direito e a da construção escalonada do ordenamento jurídico.

A abertura do Estado constitucional às organizações internacionais e aos outros Estados se informa pela cooperação, a qual possibilita e orienta a adoção de “estruturas constitucionais derivadas da comunidade internacional”. Tal abertura se desenvolve desde “um ponto de vista dos próprios textos constitucionais internos, procedimentos, competências e estruturas”, e conduz ao desfazimento do “clássico

¹¹⁶ Häberle, “Elementos teóricos”, op.cit. p. 157-158.

¹¹⁷ Importante registrar que para Häberle que a teoria e a *práxis* da recepção jurídica encontra limites justamente na garantia que a evolução do objeto de recepção encontra no “sistema de coordenadas do país receptor” que “produz novas concatenações ao inserir-se no ambiente cultural global do novo Estado constitucional”, as quais distanciam-se do país produtor ou fonte progressivamente, *in* “Elementos teóricos”, op.cit. p. 158-159.

¹¹⁸ Dentre muitos tipos de recepção, destaca Häberle as textuais e as jurisprudenciais, “dentre as quais ocupam um posto de destacada honra como 'foro de realização de recepções', as instâncias europeias constitucionais como a Corte Européia de Justiça e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, nas quais o Direito Comparado cada vez mais joga um maior papel central”, *in* “Elementos teóricos”, op.cit. p. 178.

esquema interior-exterior”. No entendimento de Häberle, este movimento acaba com as “doutrinas da presunta impermeabilidade normativa” colocando em questão, da mesma maneira, o presunto monopólio estatal da exegese a respeito das fontes de Direito”¹¹⁹.

A evolução em direção ao Estado constitucional cooperativo, desta forma, exige a reorientação das fontes de direito e das teorias de interpretação jurídica. Ressalta Häberle que a “ideologia que preconiza o “monopólio do Estado” em matéria de fontes jurídicas termina por ser ao Estado constitucional um conceito tanto mais alheio quanto mais próximo esteja do próprio conceito de “Estado constitucional cooperativo” posto que este não adota já nenhuma posição preponderante de monopólio, nem de jurisdição, nem de exegese jurídica, **senão que vai abrindo-se de forma progressiva a procedimentos jurídicos internacionais e à interpretação da normativa jurídica efetuada a nível internacional ou supraestatal**”¹²⁰ (destacamos).

A concepção de uma doutrina de fontes jurídicas não pode deixar de ser pluralista, inclusive para permitir a própria conservação do Estado constitucional “no curso do tempo”. A inserção da categoria “princípios gerais de direito” “quebra, pois, o caráter estatal das fontes de direito, o mesmo que fazem as referências expressas, de maneira mais ou menos clara, aos princípios “pré-estatais” ou “pré-positivos”, na forma como sejam: como “direitos humanos universais”, como “direito”, pela via das “cláusulas de realização dos direitos fundamentais”¹²¹.

Este caráter pluralista de uma doutrina de fontes renovada cumpre funções tanto na dimensão internacional quanto na interna. Segundo Häberle, externamente, as novas fontes “acomodam o Estado constitucional em contextos regionais ou universais de uma “sociedade internacional” ou da humanidade, e em perspectiva interna, permitem um refinamento dos processos de criação do direito e assim também, em maior medida, de

¹¹⁹ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 262-263.

¹²⁰ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 287-289.

¹²¹ Häberle, “El Estado constitucional”, op.cit. p. 235, 237.

justiça”, o que permitiria, ademais, a utilização das experiências de outros estados constitucionais¹²².

Neste mesmo sentido, Häberle pontua que a “europeização” tanto da teoria constitucional nacional quanto da jurisdição constitucional “enriquece o *corpus juris* nacional” pois se pluralizam as fontes nacionais de direito, se abrindo o canon interno em direção ao exterior¹²³.

O fenômeno da revisão da doutrina clássica das fontes percebe-se, acentua Häberle, mais na prática do que nos textos, o que também tem o condão de abalar a “construção escalonada da ordem jurídica”. Em seu entender, esta doutrina da Escola de Viena constitui-se somente em um aspecto da ação das “fontes de direito”, condição que não pode deixar de ser reconhecida mesmo diante da “supremacia da Constituição”. Isto porque, na “prática da aplicação do direito, no “negócio hermenêutico da interpretação” produzem-se frequentemente a interação criativa e a colaboração múltipla dos diversos planos, o que não possibilita a redução à imagem da “hierarquia”. A “hierarquia”, segundo Häberle, não capta a influência dos “princípios gerais do direito que transcendem ao Estado constitucional nacional, por exemplo, no sentido do direito europeu”, o mesmo sendo aplicável, “para a eficácia interna” dos direitos fundamentais, “pois seu universalismo relativiza seu nacionalismo”¹²⁴.

Em suma, ressalta Häberle que todos os “processos evolutivos que permitem qualificar a comparação jurídica como “quinto” método de interpretação (..) constituem uma despedida, ou ao menos uma decisiva relativização, do estatismo nacional na doutrina das fontes de direito”. Na visão de Häberle, “este processo evolutivo caracteriza

¹²² Häberle, “El Estado constitucional”, op.cit. p. 235.

¹²³ O autor está se referindo ao fenômeno de formação do direito comum europeu; Häberle, “El Estado constitucional”, op.cit. p. 237.

¹²⁴ Häberle, “El Estado constitucional”, op. cit. p. 235.

o Estado constitucional em sua etapa textual que, ademais, não tem permanecido somente no papel, mas tem impregnado a realidade constitucional”¹²⁵¹²⁶.

ii.f. Comparação Jurídica – O método interpretativo do Estado constitucional

Elevado à categoria de “quinto” método interpretativo pela doutrina de Häberle, a comparação jurídica, mais do que alcançar este patamar de importância, funciona como elemento que impulsiona os avanços em direção ao Estado constitucional cooperativo. Através do método comparatista, a sociedade aberta dos intérpretes constitucionais se faz internacional e projeta o Estado constitucional, por sua característica aberta, à “comunidade universal de estados”¹²⁷.

¹²⁵ Häberle, “El Estado constitucional”, op. cit. p. 237.

¹²⁶ “Partindo dos novos textos constitucionais e europeus, a prática judicial europeia sobre os “princípios gerais de direito” e as manifestações metodológicas na doutrina, pode-se elaborar comparativamente os conteúdos dos direitos fundamentais e apreciá-los como pensamento jurídico “estrangeiro”, mas imanente ao tipo de Estado constitucional. Deste modo, em matéria de direitos fundamentais a comparação converte-se em um método de interpretação “normal”, “natural”; sua “universalidade” corresponde à universalidade do Estado constitucional”, *in* Häberle, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catalogo de problemas”, *in* MacGregor, Eduardo Ferrer (coordenador), “Interpretación Constitucional”, México, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 673-700.

¹²⁷ “A valoração teórica do material textual aqui incluído [Häberle estava analisando diversas constituições nacionais e tratados internacionais sobre o tema da proteção dos bens culturais] nos conduz a uma “modesta Teoria constitucional” da proteção dos bens culturais. O Direito Constitucional Cultural, objeto de tratamentos plurais, fica enriquecido como um importante elemento. A proteção nacional dos bens culturais em uma análise comparada dos textos jurídico-constitucionais os mostra como uma pedra angular viva (e crescentemente internalizada) da compreensão da Constituição como Cultura, de forma paralela a como, graças à proteção internacional dos bens culturais, a mesma se expande à humanidade, a seu patrimônio universal e ao mesmo tempo a sua cultura nacional e transnacional. Somente graças à proteção nacional dos bens culturais se alcança a proteção internacional. Ambas se complementam mutuamente.”, *in* “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo”, op. cit. p. 26.

Constitui-se no elemento que proporciona um diálogo entre as constituições, um veículo que move o desenvolvimento do Estado constitucional, que serve aos processos de recepção dos conteúdos e elementos estruturais que lhe são típicos.

O posicionamento preeminente do referido método interpretativo na teoria da interpretação de Häberle, encontra na sua obra variada fundamentação e tem a ver, especialmente, com a característica aberta e cooperativa que imprime ao tipo de Estado constitucional. Neste sentido, “a divisão de trabalho no desenvolvimento progressivo do Estado constitucional através de estes processos de dar e receber dentro de um país em particular, mas também além de suas fronteiras com vistas a outros Estados constitucionais, sempre tem que confrontar-se – visto assim – com um conjunto de textos constitucionais”¹²⁸.

Assim, na doutrina da interpretação do Estado constitucional de Häberle o método comparativo alcança a condição de indispensabilidade “devendo ocupar, quando menos, e em todo caso de maneira tendencial, um quinto lugar, se não o preeminente”. Isto porque, “no marco de uma teoria sobre o *tipo* do Estado constitucional, cabe à comparação constitucional um lugar “paralelamente” importante¹²⁹. Indo mais adiante, da dimensão *histórica* se deriva, aqui e agora, a comparação da dimensão *contemporânea*: a “comparatística constitucional”. Em todo caso, a comparação constitucional é a via mediante a qual podem “comunicar-se” entre si as diversas constituições”¹³⁰¹³¹ (itálicos no original).

¹²⁸ Häberle, “El Estado constitucional”, op. cit. p. 179.

¹²⁹ O autor estava falando sobre os métodos tradicionais de interpretação e sobre a importância que alcançaram na teoria interpretativa, especificamente o método histórico de Savigny.

¹³⁰ Häberle, “El Estado constitucional”, op. cit. p. 281.

¹³¹ Sobre a interpretação dos direitos fundamentais, diz Häberle: “Sem importar o que se pense da sucessão dos métodos tradicionais de interpretação, no Estado constitucional de nossa etapa evolutiva a *comparação* dos direitos fundamentais se converte no “quinto” e indispensável método de interpretação”, in “El Estado Constitucional”, op.cit. p. 278-279.

Para Häberle, duas dimensões se destacam nestes processos que marcam a evolução do Estado constitucional. A comparação jurídica situa-se, pois, em um âmbito espacial e em outro temporal. Em suas palavras, “tempo e espaço são duas dimensões correlativas, “irmãs” que requerem a compensação histórica-evolutiva do Estado constitucional”, advertindo que “trata-se de reconhecer que somente entenderemos os processos de evolução do Estado constitucional, em última instância, se levarmos em conta o espaço, hoje Europa ou inclusive o mundo”¹³².

Isto se explica porque, “os textos constitucionais, em seu atual intercâmbio à escala mundial, mas também desde 1787 e 1789, são os “portadores” das diversas partes integrantes do tipo de Estado constitucional”¹³³ cujo desenvolvimento vai servir-se da comparação jurídica através dos processos de recepção e recriação aos quais nos referimos anteriormente¹³⁴.

O exercício comparativo não somente se serve de uma simples comparação de textos, cuja etapa deve ser seguida “de uma fase de comparação constitucional substantiva que proceda conforme aos métodos, à sistemática e às funções e inclua as forças que contribuem a determinar o contexto dos textos”. Ou seja, “deve-se partir da congruência das formas e dos conteúdos textuais” pois a “teoria constitucional como “ciência jurídica dos textos e da cultura” toma os textos como ponto de partida, de

¹³² Häberle, “El Estado constitucional”, op. cit. p. 152-153.

¹³³ Häberle, “El Estado constitucional”, op. cit. p. 441-442.

¹³⁴ “Os processos de recepção exigem, dito de outro modo, o Direito Comparado, algo que evidentemente somente se pode lograr mediante uma *comparação de culturas*. Os receptores podem empregar a metodologia do estudo comparado baseado em parte em *fatores políticos* (como são o legislativo e o processo constituinte) e em parte *hermenêuticos* – aqui se ve o quão flexíveis podem ser as margens de trabalho; ou seja, por via da interpretação constitucional a cargo dos magistrados do Tribunal constitucional respectivo, ou por via doutrinária através da Teoria da Constituição”, in “Elementos teóricos”, op.cit. p. 159-160.

maneira precisa, mas recorre também aos “contextos” culturais presentes no processo de criação, a fim de extrair todo o conteúdo, de extratos múltiplos, dos textos”¹³⁵¹³⁶.

Nesta linha, deve-se ressaltar que a comparação jurídica não se esgota no texto, mas objetiva apreender a “realidade” constitucional. Assim, “a chave da comparação das etapas textuais consiste em que compreendem também, de maneira mediata, a realidade constitucional porque os textos de outros países que são recebidos ou reelaborados convertem, então, em conceitos o que a prática (por exemplo, a

¹³⁵ Häberle, “El Estado constitucional”, op. cit. p. 181-182; aqui o autor defende a utilização diferenciada dos métodos de interpretação constitucional.

¹³⁶ “Sem embargo, é necessária uma “relativização”, ou melhor, uma precisão: no marco de uma teoria constitucional praticada como ciência jurídica dos textos e da cultura, sempre se deve levar em conta também os contextos culturais. A individualidade culturalmente captada de um Estado constitucional não deve ser anulada interpretativamente pelo “meio” ou “veículo” da comparação constitucional ou dos direitos fundamentais, pois então a pluralidade corre o risco de ver-se reduzida à uniformidade. As semelhanças textuais externas não devem ocultar as diferenças que procedem do contexto cultural da Constituição em questão. Os conteúdos (de direitos fundamentais) que se recebem pela via da comparação jurídica devem ser repensados no contexto “próprio” do Estado constitucional receptor. Trata-se de um processo ativo de recepção, do mesmo modo que o processo tradicional de interpretação é altamente produtivo. Em suma, a intuição de Goethe resulta orientadora: quem não conhece línguas estrangeiras, nem sua própria língua conhece. Aqui e agora, quem não conhece Constituições ou ordenamentos jurídicos estrangeiros, não conhece o próprio!”, in Häberle, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, op. cit. p. 685. Em um âmbito de direito comum constitucional, entretanto, há que se observar os elementos mesmos que contribuem para que esta interação internormativa resulte emancipadora dos direitos humanos, pois se levarmos em conta a necessária importância da “pluralidade do direito nacional como parte da identidade européia” [e americana] “do mesmo modo o é a particularidade e universalidade da cultura jurídica européia” tendo em vista que “de natureza universal é sobretudo a garantia da dignidade do ser humano”. No âmbito do direito constitucional comum americano, a realidade não é diferente, pois ainda que reste necessário preservarmos “o distintivo, o particular, o próprio” de nossas culturas nacionais, e ademais de “todas as divergências que possa existir no particular entre as nações, observa-se também a convergência dos textos, das teorias, e das sentenças que se condensam nos princípios dos direitos fundamentais americanos” os quais são “todos princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos e, com segurança, em praticamente todas as Constituições latino-americanas”, in “México y los contornos de un derecho constitucional común”, op. cit. p. 17, 35-36, 57.

jurisprudência constitucional), a doutrina e a docência tenham desenvolvido em outras partes”¹³⁷.

iii. A teoria geral do garantismo de Ferrajoli

A partir da reflexão da crise do direito penal Ferrajoli nos oferece não somente uma revisão teórica do modelo garantista de legalidade penal, mas uma teoria geral do garantismo. A crítica de Ferrajoli abarca os fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos postos pelo pensamento ilustrado para fundamentar o seu esquema garantista, na medida em que este possibilita sua própria “desqualificação” no plano teórico e seu “esmagamento institucional” por modelos penais autoritários que reproduzem “esquemas penalistas arcaicos de tipo substancialista e inquisitivos”¹³⁸.

Um diagnóstico sobre a incidência do problema em todos os estados democráticos de direito permite que Ferrajoli projete sua tese para além da esfera penal, de modo a possibilitar o delineamento de uma teoria que pretende ser geral. Como frisa o autor: “As aludidas vicissitudes italianas representam, desde logo, um caso limite e patológico. Mas apontam, ao mesmo tempo, um problema que é comum a todas as democracias avançadas: a crescente anomia do estado contemporâneo, gerada, de uma parte, pela massiva expansão de suas funções – e dos correlativos espaços de discricionariedade – na vida social e econômica, e de outra, pela redução da capacidade

¹³⁷ Häberle, “El Estado constitucional”, op. cit. p. 180.

¹³⁸ Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, Madri, Editorial Trotá, 1997, p. 21. Ferrajoli fala do protagonismo que o direito penal assumiu na vida política e jurídica na Itália, apontando duas principais razões, que diz serem aparentemente opostas. A primeira consiste na expansão da ilegalidade na vida pública que enredou os partidos políticos, a administração pública, os empresários, o sistema bancário e muitas camadas da população que se relacionam com o mundo da política, em virtude das densas ligações clientelares que culminam na prática da corrupção, fazendo desenvolver um “infraestado” clandestino, em contradição não somente com o Estado de direito mas também com os princípios democráticos: desde o da legalidade ao da publicidade e transparência, ao da representatividade e os de responsabilidade política e controle popular do funcionamento do poder. A segunda razão que explica o papel decisivo desempenhado pela intervenção penal nesta crise tem sido a forte demanda social de legalidade que dá apoio à magistratura independente e à acusação pública, in Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 9”.

regulativa do direito, a inadequação e a falta de efetividade de suas técnicas de garantia e pela tendência do poder político a liberar-se dos controles jurídicos e a deslocar-se a sedes visíveis e extra-institucionais”¹³⁹.

Ferrajoli, assevera, basicamente, que a crise pela qual passa o direito penal é também uma crise do Estado de direito a qual avança não somente por todas os setores jurídicos como também se alarga às suas próprias bases epistemológicas e critérios de justificação ético-política, bem como às técnicas jurídicas que fazem garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Nesta esteira, diz que a definição dos valores da cultura jurídica moderna alcançada pelo jusnaturalismo ilustrado¹⁴⁰ - através das lutas contra a intolerância religiosa e contra o arbítrio repressivo do estado absoluto -, propiciou uma união entre o direito penal e a filosofia política reformadora a qual foi rompida na consolidação do estado liberal, ao afirmaram-se nas disciplinas penalistas e nas práticas institucionais uma concepção conservadora do direito penal como técnica de controle social, que formaram a substância da cultura penal dominante.

De outro lado, aponta Ferrajoli o que chama de perfis de “irracionalidade, injustiça e invalidez” que caracterizam os fundamentos do ordenamento penal e processual italiano - que influem na sua concepção teórica geral -, bem como a divergência havida entre normatividade e efetividade, ou seja, a diferença que se antevê entre o reconhecimento normativo de princípios e disposições constitucionais e o desenvolvimento das técnicas e instituições – bem como das práticas judiciais e policiais

¹³⁹ Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 10.

¹⁴⁰ “O respeito à pessoa humana, os valores “fundamentais” da vida e da liberdade pessoal, o nexó entre legalidade e liberdade, a separação entre direito e moral, a tolerância, a liberdade de consciência e de opinião, os limites da atividade do estado e a função da tutela dos direitos do cidadão como sua fonte primária de legitimação”, in Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 24.

– que “desmentem mais ou menos radicalmente” aquelas normas e princípios constitucionais garantistas¹⁴¹.

Estas antinomias entre princípios de nível normativo superior e normas e práticas de nível inferior – que estão presentes, na visão de Ferrajoli, em todos os setores de um ordenamento jurídico -, traduzem-se em graus de “inefetividade” dos primeiros, os quais encontram, de forma correspondente, graus de “invalidez ou ilegitimidade” dos segundos.

Torna-se importante, desta forma, entender que entre a enunciação de direitos e valores fundamentais e sua realização adequada deve haver a necessária mediação de técnicas garantistas que devem ser idoneamente elaboradas para atender à finalidade de “assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade na tutela e na satisfação dos direitos”. Para Ferrajoli, tal tarefa constitui a mais importante e difícil ao se construir uma teoria e uma política garantista do direito¹⁴².

Garantismo, assume, pois, na teoria de Ferrajoli, três acepções. Designa, primeiro, “um modelo de ordenamento dotado de meios de invalidação de todo exercício de poder em contraste com as normas superiores ditadas para a tutela dos direitos fundamentais”. Por segundo, “designa uma teoria jurídica que permite a crítica e a deslegitimação interna das normas vigentes inválidas. E por terceiro, “designa uma doutrina filosófica-política que permite a crítica e a deslegitimação externa das instituições jurídica positivas, conforme a rígida separação entre direito e moral, ou entre validade e justiça, ou entre o ponto de vista jurídico ou interno e ponto de vista ético-político ou externo ao ordenamento”¹⁴³.

A primeira permite antever que a ausência de correspondência entre normatividade e efetividade traz em si o risco de fazer do Estado de direito uma “simples fachada”, pois mesmo que haja uma “Constituição avançadíssima” pelos princípios e

¹⁴¹ Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 24-26.

¹⁴² Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 28.

¹⁴³ Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 880.

direitos que estipula, esta pode ser vista como um simples “pedaço de papel” se não possuir garantias¹⁴⁴ “que permitem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo”¹⁴⁵.

A segunda orienta uma Teoria jurídica que distingue a validade da efetividade entre si, enquanto categorias jurídicas, expressando o “garantismo” como uma aproximação teórica que mantém em ambientes separados o “ser” e o “dever ser” no direito; aqui, Ferrajoli propõe uma questão importante para sua teoria, justamente a de interpretar essa divergência como uma antinomia que subsiste entre a validade (e inefetividade dos modelos tendencialmente garantistas) e a efetividade (e invalidade das práticas tendencialmente anti-garantistas)¹⁴⁶.

A terceira induz à necessária justificação externa do Estado e do direito, em conformidade com os interesses e bens cuja tutela e garantia explica a finalidade para a qual foram criados. É, pois, a confirmação do caráter instrumental ou funcional de ambos, que fundamenta a assunção de justificações de caráter externo – o ponto de vista

¹⁴⁴ Para Ferrajoli, garantias “são vínculos normativos idôneos para assegurar a efetividade aos direitos subjetivos, e em geral, para assegurar os princípios axiológicos sancionados pelas leis”, *in* Ferrajoli, “Derecho y Razón”, *op. cit.* p. 28.

¹⁴⁵ Ferrajoli, “Derecho y Razón”, *op. cit.* p. 851.

¹⁴⁶ Ferrajoli, “Derecho y Razón”, *op. cit.* p. 851; Ferrajoli intenta deixar bem explícita a conduta metodológica que oculta as “antinomias entre a realidade e a normatividade”. Em suas palavras, acentua que uma teoria do garantismo “em contraste com as imagens edificantes dos sistemas jurídicos oferecidas pelas suas representações normativas e com a confiança apriorística na coerência entre normatividade e efetividade difundida pela ciência jurídica”, a perspectiva garantista, ao contrário, “convida à dúvida, estimula o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações, assim como a consciência do caráter em grande medida ideal – e por tanto irrealizado e pendente de realização – de suas próprias fontes de legitimação jurídica” ou em outra passagem: “somente o reconhecimento da divergência entre normatividade e efetividade permite, com efeito, discutir a análise dos fenômenos fugindo da dupla falácia, naturalista e normativista, da assunção dos fatos como valores ou, ao contrário, dos valores como fatos, *in* Ferrajoli, “Derecho y Razón”, *op.cit.* p. 853, 854.

externo de Ferrajoli – aos fins da legitimação e da deslegitimação ético-política do direito e do Estado¹⁴⁷¹⁴⁸.

Esta última acepção do garantismo leva Ferrajoli a discriminar os estados que buscam seus fundamentos de legitimidade a partir de elementos meramente internos – que chama de estados autopoieticos -, e aqueles que se explicam por meio de razões legitimantes externas à sua própria existência, ou seja, as que provêm dos indivíduos que heterogeneamente compõe a sociedade – os estados heteropoieticos.

Aqueles, de cunho político-cultural autoritário, procuram eliminar ou fazer confundir o “ponto de vista externo” com o “ponto de vista interno” unindo-se através de formas diversas em torno da idéia de “autofundamentação” e da “autojustificação” do direito e do estado como valores em si, “não como meios, mas como fins em si mesmos”¹⁴⁹, idealizando-se, ademais, como “personificação de toda sociedade e como síntese de razão, de valores e de interesses sociais gerais”¹⁵⁰. Nos segundos, ao contrário,

¹⁴⁷ Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 853-854.

¹⁴⁸ Em outro momento, Ferrajoli pontua que “estas três acepções tem um alcance teórico e filosófico geral. Delineiam os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades de nível inferior; a distinção entre o ponto de vista externo (ou ético-político) e o ponto de vista interno (ou jurídico) e à correspondente divergência entre justiça e validade; a autonomia e precedência do primeiro e um certo grau irreduzível da ilegitimidade política das instituições vigentes com respeito a ele”. Vaticina, ao fim, que “o principal pressuposto metodológico de uma teoria geral do garantismo está na separação entre direito e moral, e mais em geral, entre o ser e o dever ser”, in Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 854.

¹⁴⁹ Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 854.

¹⁵⁰ Pontua, ademais, Ferrajoli que nesta configuração estatal “a confusão entre direito e moral, entre ser e dever ser, ou entre ponto de vista interno e externo, associa-se de tal modo à confusão entre estado e sociedade, ou ainda pior, entre estado e cidadãos particulares” que a “perda de um ponto de vista ético-político externo, independente do jurídico ou interno, resolve-se na negação da legitimidade, ou quando menos, da relevância de todo ponto de vista autônomo do indivíduo e dos sujeitos sociais e, por conseguinte, em uma doutrina da ausência de limites ao poder do estado”; in Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 882.

a legitimação política do direito e do estado vem “de fora ou desde baixo” ou seja, da sociedade, que se compreende “como a soma heterogênea das pessoas e das classes sociais”. O estado nestas concepções é um “meio” que encontra legitimação somente quando atende ao fim de garantir os direitos fundamentais dos indivíduos, considerados eles mesmos “como fins ou valores com respeito aos quais o Estado serve como meio instituído para sua tutela”, considerando-se “politicamente ilegítimo” se não os garante ou mesmo se os viola¹⁵¹.

iii.a. A criminalidade estatal interna e externa – O Estado selvagem ou o “lobo artificial”

Ferrajoli teoriza pois, que a primazia do ponto de vista externo sobre o ponto de vista interno do Estado manifesta-se positivamente¹⁵² na função normativa garantista atribuída ao direito em relação aos poderes, públicos ou privados, consistente na sua “minimização”. Ou seja, na “garantia e maximização dos direitos fundamentais e limitação e instrumentalização das situações jurídicas de poder”¹⁵³.

Assim, parece adequado entender que a legitimação externa ou política dos estados ao vincular-se com os interesses, bens e direitos fundamentais dos indivíduos - orientando-se à sua maximização e à sua garantia efetiva -, encontra-se implicada em um nexos relacional com a limitação dos poderes estatais.

Deste modo, a “crise de legitimidade política dos estados” surge justamente das condutas estatais que desprezam as justificações que explicam a sua própria existência, pondo-se no perigoso terreno da “criminalidade”¹⁵⁴. O Estado, este “ente

¹⁵¹ Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 881-882.

¹⁵² Menciona Ferrajoli que a primazia do ponto de vista externo também se manifesta sob o aspecto negativo, consistente na autonomia moral e política dos cidadãos e na natureza jurídica e ético-política da obrigação de observar as leis, *in* Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op.cit. p. 931.

¹⁵³ Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 931.

¹⁵⁴ A criminalidade interna se expressa nos delitos do estado contra seus cidadãos, constituindo o “signo patológico” da inefetividade e da impotência do direito interno de assegurar esta “garantia política

artificial” que foi criado para “domar e por freio” aos homens-lobos se transforma, agora, em um “lobo artificial” muito mais selvagem, perigoso e incontrolável que os “homens naturais” que, ao criar-lhe, confiaram-lhe a condução da paz interna. As “delinquências do Estado”, consistentes nas guerras, nos armamentos capazes de dizimar a humanidade, nos conflitos militares, nas torturas, nos massacres, na desapareção das pessoas, “representam atualmente ameaças incomparavelmente mais graves para a vida humana”¹⁵⁵ do que aquelas que justificaram o pacto hobbesiano.

Um importante ponto abordado pelo autor neste momento – e que assume em nosso trabalho um interesse fundamental –, parte de uma constatação e de um questionamento, cujo desdobramento, mais à frente, vai desembocar na demolição por Ferrajoli do conceito de soberania. Afirmando, pois, que a criminalidade interna - consistente nos “delitos que o Estado comete contra seus cidadãos” - reflete “o sinal patológico da inefetividade e da impotência do direito interno”, pergunta Ferrajoli: “quais são os remédios para as lesões dos direitos fundamentais produzidos pela criminalidade e a impunidade dos mesmos estados que deveriam garanti-los?” Ou, de uma outra forma, “que defesa tem o cidadão do estado “delinquente” no caso de que seja inefetivo frente a ele o direito penal e processual interno?”¹⁵⁶.

Na visão de Ferrajoli, a resposta tem desdobramentos tanto na dimensão internacional dos direitos humanos, como na dimensão interna, em nível constitucional, já que “o reconhecimento do caráter fundamental dos direitos vitais dos cidadãos frente aos estados equivale, desde o ponto de vista externo, à afirmação de seu caráter supra-estatal e por conseguinte internacional”; entretanto, além disso, se “tal reconhecimento é acolhido pelas Constituições e acompanhados nestas pela auto-obrigação de respeitar os princípios de direito internacional (...) isto equivale também, desde o ponto de vista

mínima”, e a criminalidade externa constitui-se na promoção das guerras, invasões, experimentação das armas de destruição em massa, ameaças nucleares; *in* “Derecho y Razón”, *op. cit.* p. 937.

¹⁵⁵ Ferrajoli, “Derecho y Razón”, *op. cit.* p. 936.

¹⁵⁶ Ferrajoli, “Derecho y Razón”, *op. cit.* p. 936-937.

interno, à subordinação jurídica do estado às normas e às sanções predispostas pelo direito internacional para a violação de tais direitos”¹⁵⁷.

iii.b. O Estado de direito internacional a partir de um novo contrato social - A soberania como problema e fonte de perigo

Ferrajoli não poupa argumentos para posicionar a soberania como elemento problemático que induz a sociedade internacional a este estado de constante beligerância. Imputa a esta categoria político-jurídica a base justificadora que explica a criminalidade não só externa como também interna dos estados.

Partindo do fato de que a autoridade estatal, com base em sua soberania, se exercita no âmbito internacional sem qualquer limitação – em que pese o fato de juridicamente haver regras postas pelo direito internacional que tendem a limitar o poder estatal, cujas premissas, aporias e antinomias detectadas pelo autor serão abordadas mais a frente – caracterizando a atual “sociedade selvagem dos estados”¹⁵⁸, Ferrajoli se vê impressionado diante não só da analogia desta com o “estado natural” hobbesiano, mas

¹⁵⁷ Ferrajoli não deixa de reconhecer, entretanto, que o problema do direito internacional é a sua falta de efetividade, uma vez que “as normas de direito internacional deveriam tutelar as pessoas frente a seus próprios estados”, ou ainda que “a inefetividade é a característica mais frustrante do direito internacional no que se refere à criminalidade internacional dos estados; guerras, incursões, invasões, experimentações de armas perigosas, ameaças nucleares, etc., são sinais da impotência dos organismos internacionais que trabalham pela paz, desmentindo sistematicamente as convenções internacionais, a começar pelas relativas aos direitos fundamentais”, *in* Ferrajoli, “Derecho y Razón”, *op. cit.* p. 937.

¹⁵⁸ “Em nenhum dos casos é difícil reconhecer, na comunidade dos estados que formam, *de fato*, a comunidade internacional, as mesmas características de insegurança, guerra interna, falta de liberdade e desigualdade que apresentava para Hobbes a sociedade inglesa do século XVII quando teorizou a necessidade do Leviatã para por fim ao *bellum omniun* e garantir a paz (interna) e a vida dos homens em virtude da renúncia a sua liberdade natural e selvagem. De maneira análoga, também a sociedade internacional dos estados a insegurança de todos gerada pela possibilidade das guerras nucleares, a falta de liberdade das pessoas que vivem sob regimes despóticos, a desigualdade dos países pobres, a incerteza da sobrevivência da própria humanidade pelo risco de catástrofes atômicas (...) conferem à paz (externa) o caráter de uma necessidade impostergável e de um valor fundamental”, *in* Ferrajoli, “Derecho y Razón”, *op. cit.* p. 939.

especialmente frente à “dramática realização da hipótese”, que antes era “filosófica” - e “não histórica” -, que era um “argumento lógico” - e “não empírico” -, e que “fora feito realidade” na comunidade internacional.

Citando Hobbes, Ferrajoli quer demonstrar que a soberania estatal corresponde atualmente à liberdade selvagem dos homens no estado de natureza antes do pacto hobbesiano, cuja situação foi invocada como fonte permanente de perigo e de guerra. Aliás, o exercício ilimitado do poder entre as autoridades soberanas já fora antevisto por Hobbes, cujos desdobramentos de sua teoria - previstos há mais de três séculos - não destoam da verificação de nossa realidade hodierna, pois “(.) ainda que não tivesse havido nenhuma época na qual os indivíduos estavam em uma situação de guerra de todos contra todos, é um fato que, em todas as épocas, os reis e as pessoas que possuem uma autoridade soberana estão, por conta de sua independência, em uma situação de perene desconfiança mútua, em um estado e disposição de gladiadores, apontando-se com suas armas (...) constantemente em uma atitude belicosa”¹⁵⁹.

Desta forma, argumenta Ferrajoli que os estados, ou seja, os “homens artificiais”, “depois de haver pacificado e domesticado os humanos “lobos naturais”, para protegê-los de suas recíprocas agressões e intemperâncias, correm hoje o risco de voltar-se contra eles como “lobos artificiais” e ameaçar, pelas lógicas de poder ou de medo que lhes animam, a sobrevivência geral”¹⁶⁰.

A analogia renderá a proposição de um novo pacto entre os estados, de modo a propugnar-se a celebração de um contrato que seja apto a fundar um estado de direito internacional, “baseado na igualdade dos povos e na finalidade da paz e da segurança geral”¹⁶¹.

¹⁵⁹ Citado por Ferrajoli, *in* “Derecho y Razón”, *op. cit.* p. 939-940.

¹⁶⁰ Ferrajoli, “Derecho y Razón”, *op. cit.* p. 939-940.

¹⁶¹ As regras desse contrato, diz Ferrajoli, poderiam ser das mais diversas, “desde o sonho kantiano de um estado federal mundial e de um “direito internacional cosmopolita” ao mais simples e realista esforço do atual direito internacional: através da instauração de um código penal internacional que permita a repressão dos crimes tanto internos

A solução passa, entretanto, pela necessária limitação ou mesmo negação da soberania dos estados a partir da consideração do caráter supraestatal dos direitos fundamentais: “se fora, com efeito, possível limitar a liberdade dos homens para proteger seus direitos fundamentais, muito mais legítimo é limitar, em nome do caráter supraestatal destes mesmos direitos aquela liberdade artificial dos Estados que é sua “soberania”, uma vez que esta contradiz o fim da paz para o que, como escrevia Hobbes, fora instituída”¹⁶².

Um novo contrato entre os estados que, fundando-se a partir dos direitos fundamentais supraestatais, elimine a concepção de um poder soberano ou a limite radicalmente, constitui-se na opção que Ferrajoli oferece à ciência política-jurídica. Admite Ferrajoli que tal perspectiva atualmente demonstra-se distante e difícil, o que não o impede, entretanto, de propor como um primeiro passo nesta direção que ela fosse assumida “ao menos pela cultura jurídica e política, como um “dever ser”: ou seja, como uma hipótese normativa imposta não somente politicamente, mas também juridicamente, pelo princípio da soberania dos povos e pelo valor da paz e dos direitos universalmente reconhecidos”¹⁶³.

Aprofundaremos nos próximos itens a teoria de Ferrajoli sobre a soberania, uma vez que tal tema assume significativa importância para a fundamentação de nosso discurso.

iii.c. A soberania na visão de Ferrajoli

Enquanto categoria jurídico-política Ferrajoli aponta a existência de ambiguidades e aporias nos significados de soberania com que trabalha. O significado filosófico de soberania, diz Ferrajoli, revela-a como um “resquício pré-moderno” que está na “origem da modernidade jurídica”, porém em contraste com ela. Constitui-se em uma

como internacionais perpetrados pelos governantes (...)”, in Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 940.

¹⁶² Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 940.

¹⁶³ Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 940.

construção de origem jusnaturalista que “tem servido de base à concepção juspositivista do Estado e ao paradigma do direito internacional moderno”, sempre revelando seu viés absolutista¹⁶⁴. Seu significado histórico demonstra a idéia da soberania enquanto poder absoluto que não reconhece limitação por outro. Ferrajoli separa o desenvolvimento histórico da soberania interna da soberania externa, dizendo serem “dois eventos paralelos e divergentes”, já que o primeiro designa a história de sua “progressiva limitação e dissolução” frente ao surgimento do estado constitucional de direito, e o segundo a de sua “progressiva absolutização”. No âmbito da teoria do direito, aponta uma “antinomia irreduzível” entre soberania e direito, tanto internamente quanto externamente, seja porque sua orientação absolutista não condiz com a necessária sujeição de todos os poderes à Constituição, seja por que se encontra também contrariada no plano internacional a partir da criação da ONU e da promulgação de sua Carta fundacional e da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Ferrajoli transita pelas idéias de Francisco de Vitória de uma *communitas orbis* – aonde se configura uma ordem mundial como sociedade natural de estados soberanos livres e iguais, porém sujeitos externamente ao direito das gentes e internamente às leis constitucionais – às idéias absolutistas de Hobbes e Bodin – que desvencilharam a soberania de limites axiológicos e normativos, internos e externos – além das que configuraram o estado moderno, para comprovar que o conteúdo jurídico, político e filosófico da soberania sempre serviu funcionalmente à liberação do poder dos seus necessários limites – seja o exercido pelo príncipe, pelo parlamento ou pelo Estado-pessoa da doutrina juspublicística alemã e italiana¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Ferrajoli, Luigi, “A soberania no mundo moderno”, São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 1-4.

¹⁶⁵ A soberania, diz Ferrajoli “sempre foi uma metáfora antropomórfica de cunho absolutista: desde a idéia da soberania como atributo do príncipe, às concepções jacobinas, organicistas e democráticas, antes da soberania nacional e depois da soberania popular, até a doutrina juspublicista, vigente no século XIX, do Estado-pessoa e da soberania como atributo ou sinônimo do Estado”, in “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 1-4.

Começa, então, apontando a antinomia¹⁶⁶ da soberania estatal externa na idéia vitoriana de uma *communitas orbis* e o caráter funcional que servia aos interesses expansionistas da época de modo a legitimar as conquistas e “fornecer o alicerce ideológico de caráter eurocêntrico do direito internacional”¹⁶⁷.

Na consolidação do Estado nacional e na filosofia política jusnaturalista do século XVII, diz Ferrajoli que a soberania se liberta de seus elementos ideológicos e religiosos de modo a cair “todo e qualquer limite à soberania estatal”. Ou seja, a secularização do Estado permite o desenrolar de um processo de absolutização da soberania, dentro do qual ambas as dimensões – interna e externa – estão inseridas.

¹⁶⁶ A antinomia existe porque a diretriz da soberania revela a tendência do poder que lhe é inerente de exercitar-se de forma livre, não se compatibilizando, portanto, com a idéia do direito, que exige a sujeição dos poderes a limites jurídicos. Ou seja, a idéia da igualdade de estados soberanos contradiz-se com a idéia da sujeição ao direito e, por outro lado, é “desmentida” pela realidade concreta das desigualdades entre os estados e “pelo papel dominante das grandes potências”. Nas palavras de Ferrajoli, “o plano cosmopolita de uma sociedade de estados sujeitos ao direito das gentes entra em crise em razão da antinomia, que se tornou insolúvel, entre as formas absolutas historicamente assumidas pela sua soberania e a idéia de sujeição ao direito. O paradigma vitoriano continuou a informar, pela força de sua ambivalência a ciência internacionalista mantendo vivas duas imagens opostas: de um lado, como utopia jurídica e doutrina normativa de convivência mundial baseada no direito; de outro como doutrina de legitimação da colonização e exploração do resto do mundo pelos Estados europeus em nome de “valores” diferentes em cada caso, mas proclamados universais: evangelização, civilização, mundialização dos “valores ocidentais”, in “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 15-16.

¹⁶⁷ Ao propor esta sociedade natural de estados soberanos, atribui-se o direito natural aos estados e aos povos de entrarem em relações entre eles, de viajar e permanecer, de comerciar, de ocupar as terras incultas e coisas não coletadas pelos índios, de transferir-se para o novo mundo e nele adquirir cidadania. Ferrajoli nega o caráter universal e igualitário destes direitos naturais, uma vez que somente os espanhóis podiam exercê-los enquanto os índios eram sempre as partes passivas dessa relação. Ademais, Vitória anuncia quatro direitos divinos, que na visão de Ferrajoli demonstram ainda mais o caráter assimétrico e desigual e a legitimação ideológica da exploração: direito de anunciar e pregar o evangelho, aliado ao dever dos índios de não obstar-lhe o exercício; o direito-dever de proteger os convertidos; o direito de substituir os caciques por soberanos cristãos em caso de conversão da maior parte dos súditos; e o direito dos espanhóis de defenderem seus direitos e sua segurança, até mesmo com a guerra, quando os índios não fossem persuadidos pelas boas razões dos colonizadores, in “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p.10-12.

Absolutiza-se a soberania externa para o fim de “adaptá-las à divisão da Europa nos novos estados soberanos” de acordo com a paz de Vestfália de 1648 – atenuando-se “até esmorecer, a dimensão normativa e axiológica de Vitória”. Absolutiza-se a soberania interna pela teorização explícita deste caráter¹⁶⁸, remontando a Hobbes a primeira formulação do Estado-pessoa e da personalidade do Estado “que servirão para fornecer base firme ao atributo da soberania”, constituindo a metáfora antropomórfica do Estado como “homem artificial” “na qual a soberania é associada como essência ou “alma artificial” e concomitantemente como poder absoluto”¹⁶⁹¹⁷⁰.

Temos em Hobbes, portanto, a superação do estado de natureza interno com a criação do Estado soberano - o qual permite que o homem transcenda da situação perene da guerra contra os outros homens -, e concomitantemente a criação de um estado de natureza externo - formado pelos estados soberanos independentes e iguais entre si -, em cujo ambiente o poder soberano é exercido de forma ilimitada¹⁷¹¹⁷².

¹⁶⁸ Com os únicos limites para Bodin consistentes nas leis divinas e naturais; para Hobbes tais limites consistiam na lei natural vista como princípio da razão e no contrato que tutelava a vida dos súditos, *in* “A soberania no mundo moderno”, *op. cit.* p. 19.

¹⁶⁹ A respeito do Estado, diz Hobbes que “é a única pessoa, cuja vontade, em virtude dos pactos contraídos reciprocamente por muitos indivíduos, deve ser considerada como vontade de todos aqueles indivíduos; e, portanto, pode servir-se das forças e dos haveres individuais para a paz e para a defesa comum”, *in* “A soberania no mundo moderno”, *op. cit.* p. 19.

¹⁷⁰ Alerta Ferrajoli, ademais, que esta figura do Estado, “designando uma fonte suprema e não derivada, torna-se a base de todo aparato conceitual do positivismo jurídico: do princípio da legalidade e convencionalidade do direito; do fundamento formalista e voluntarista da validade das normas; do monopólio estatal da produção jurídica, e da consequente unidade do ordenamento jurídico e de sua independência das fontes jurídicas extra ou supraestatais”, *in* “A soberania no mundo moderno”, *op. cit.* p. 19-20.

¹⁷¹ Ferrajoli assinala que “a ambiguidade [vitoriana] dos sujeitos soberanos - todos independentes, mas também sujeitos ao direito - dissolve-se em sentido absolutista, deixando no cenário internacional unicamente os novos Leviatãs: máquinas e lobos artificiais, em estado de guerra virtual e permanente, livres de todo vínculo legal, subtraídos ao controle de seus criadores, para cuja paz e tutela tinham sido inventados”, *in* “A soberania no mundo moderno”, *op. cit.* p. 22.

Na visão de Ferrajoli, pois, “a superação do estado de natureza internamente e a sua conservação (ou melhor instauração) externamente, tornam-se, assim as duas coordenadas ao longo das quais se desenrola a história teórica e prática dos Estados soberanos modernos, ambas inscritas pela filosofia política jusnaturalista”, o que dá origem, “a partir da Revolução Francesa, a duas histórias paralelas e opostas da soberania: de uma progressiva limitação interna da soberania, no plano do direito estatal e a de uma progressiva absolutização no plano internacional”¹⁷³.

No primeiro caso, o processo se origina a partir da Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789 e das sucessivas cartas constitucionais que fizeram mudar a forma do estado e com ela o princípio da soberania interna, através da divisão dos poderes, do princípio da legalidade e dos direitos fundamentais, dentre outros elementos, que incidiram como “limitações” ou mesmo como “negações” da soberania. No segundo, acentua Ferrajoli, que a liberação dos vínculos jusnaturalistas de caráter teológico e racionalistas contribuíram para que uma soberania já laicizada se reforçasse “de sua base popular e nacional” alcançando “suas formas mais desenfreadas e ilimitadas entre meados do século XIX e meados do século XX” seja com as guerras e conquistas coloniais seja com as duas guerras mundiais¹⁷⁴.

Obviamente que neste ambiente em que se destaca uma postura de autosuficiência dos estados, que manifestam externamente seu poder de forma ilimitada, seria natural que seu sistema jurídico estivesse alheio às fontes jurídicas externas. Para Ferrajoli, “a identificação juspositivista entre direito e estado, se internamente produz a

¹⁷² “Compreende-se, com base em tais representações, como o *ius societatis et communicationis* (direito de associação e de comunicação) de Vitória converteu-se no imperativo hobbesiano da transição do estado de natureza ao estado civil e, portanto, no direito-dever, em nome da razão ainda antes que da religião, não apenas de converter, mas de “civilizar” ou seja, de integrar, homologar, destruir. A relação de comunicação com o Novo mundo vislumbrado por Vitória transforma-se abertamente em relação de diversidade, de negação e de imposição. E a figura do “selvagem” vem identificar-se com a do “estranho”, na maioria das vezes inimigo, em alguns casos não humano ou semi-humano, mas sempre “inferior”, in “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 24.

¹⁷³ Ferrajoli, “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 25.

¹⁷⁴ Ferrajoli, “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 34.

subordinação do Estado ao direito conforme o paradigma do Estado de direito, externamente torna inconcebível o direito internacional como direito supraestatal”.

Desta forma, “o monopólio exclusivo da força por ele alcançado é afirmado no que diz respeito não apenas ao seu interior, onde é subordinado ao direito, mas também ao seu exterior, onde se resolve numa livre concorrência entre monopólios igualmente exclusivos, e enfim, no domínio do mais forte”. Tal situação veio a ser alterada, no entanto, com o nascimento da ONU e com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, defende Ferrajoli. O ápice da soberania externa e sua “trágica falência” alcança-se com as duas guerras mundiais, cujos eventos precipitam e decretam o seu “fim” “no plano do direito internacional”, a partir da vigência destes dois documentos¹⁷⁵.

A transformação, como alerta Ferrajoli, ocorre no âmbito normativo, tendo em vista a sujeição da soberania a duas normas fundamentais: ao imperativo da paz e à tutela dos direitos humanos. Neste plano, os estados são levados do estado de natureza ao civil encontrando-se a soberania externa, desde então, em uma relação de “inconsistência lógica”¹⁷⁶¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Ferrajoli, “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 36, 39.

¹⁷⁶ Ferrajoli, “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 40.

¹⁷⁷ “Al menos en un plano normativo, estos dos documentos transformaran el orden jurídico en el mundo, llevándolo del estado de naturaleza al estado civil. Los Estados signatarios quedaron legalmente sujetos a normas fundamentales: el imperativo de la paz y el mantenimiento de los derechos humanos. Desde aquel momento, la soberanía se tornó un concepto inconsistente desde el punto de vista lógico. Por una parte, la prohibición contra la guerra defendida por Naciones Unidas suplantó el *ius ad bellum* que siempre había sido su principal atributo. Por otro lado, la santificación de los derechos humanos en la Declaración de 1948 y los tratados de 1966 hizo de ellos no sólo derechos constitucionales, sino supraestatales transformándolos en límites externos y no simplemente internos de los poderes de los Estados. Se ha producido un cambio de paradigma en el derecho internacional, que ha transformado un sistema contractual basado en relaciones bilaterales e iguales entre Estados soberanos en un verdadero orden jurídico de carácter supraestatal”, in Ferrajoli, Luigi, “Mas allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. México, Itam-Fontanamara, n.9, 1998, p. 401.

Na visão de Ferrajoli, “a Carta da ONU assinala o nascimento de um novo direito internacional e o fim do velho paradigma – o modelo Vestfália. Tal Carta equivale a um verdadeiro contrato social internacional – histórico e não metafórico, efetivo ato constituinte e não simples hipótese teórica ou filosófica – com o qual o direito internacional muda estruturalmente, transformando-se de sistema pactício, baseado em tratados bilaterais *inter pares* (entre partes homogêneas), num verdadeiro ordenamento jurídico supraestatal: não um simples *pactum associationis*, mas também um *pactum subjectionis*”¹⁷⁸.

Reconhece-se, entretanto, que a realidade fática dista do plano normativo, uma vez que a ONU continua “no plano factual e jurídico” a ser “condicionada pelo princípio da soberania dos Estados”¹⁷⁹. Ocorre, no entanto, que a partir da Carta da ONU e da vigência dos direitos humanos inscritos na DUDH e nos Pactos internacionais a soberania estatal encontra-se normativamente limitada e a não implementação dos direitos humanos pelos estados se configura como uma violação jurídica, devendo ser tratada como tal.

Em outras palavras, quer Ferrajoli dizer que a não-observância dos direitos humanos e do imperativo da paz não devem ser encaradas como “males naturais ou como simples injustiças”, mas sim como “violações jurídicas” em relação às obrigações de direito internacional. A ausência de de garantias idôneas para assegurar a efetividade dos direitos humanos, de outro lado, significa reconhecer a existência de lacunas, que devem ser devidamente comaltadas pelos estados, situando-se este problema no campo da

¹⁷⁸ Ferrajoli, “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 40; os destaques estão no original.

¹⁷⁹ “Deste modo, é novamente proposta a contradição originária, presente em Vitória, entre *communitas orbis* e (igual) soberania dos Estados. O princípio da paz ainda está confiado ao domínio soberano das grandes potências. E o sistema de direitos fundamentais, de fato, ficou no papel, não tendo sido introduzido para sua sustentação um sistema correspondente de garantias jurisdicionais”, Ferrajoli, “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 42.

efetividade, revelando, outra vez mais, a antinomia intrínseca da soberania, seja política ou jurídica¹⁸⁰.

Propõe, portanto, Ferrajoli que se “leve a sério” o direito internacional – emprestando a expressão de Dworkin – de modo a entender “seus princípios como vinculadores e seu projeto normativo como perspectiva alternativa àquilo de de fato acontece” e também que se lhes validem como “chaves de interpretação e fontes de crítica e deslegitimação do existente” devendo-se orientar para uma “integração mundial baseada no direito”¹⁸¹.

iii.d. O constitucionalismo de direito internacional de Ferrajoli

De uma forma mais particular Ferrajoli diz que a crise pela qual passam os estados constitucionais de direito¹⁸² – o paradigma do autor neste ponto são os estados

¹⁸⁰ “Hoje a mesma antinomia é reproposta - por via das lacunas de garantias contra os atos ilícitos estatais que violam a paz e os direitos fundamentais - no direito internacional. Se expressa não somente no plano jurídico como no político. O antigo princípio vitoriano, de igual soberania, inscrito na Carta ONU, é hoje mais do que nunca desmentido pela concreta desigualdade entre eles, ou seja, pela existência de soberanias limitadas, repartidas, dependentes, endividadas, diferenciadas. Falar em estados soberanos se não é aceito no plano da teoria do direito também não o é no plano da teoria política”, in “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 45.

¹⁸¹ Ferrajoli, “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 47.

¹⁸² Os aspectos da crise do direito são três: A crise do constitucionalismo que afeta o Estado constitucional de direito decorre, em geral, do fim do monopólio da produção jurídica pelo Estado nacional em virtude do ingresso das normas de caráter internacional que vão influir de forma importante os sistemas de fontes jurídicas domésticos; a crise de legalidade, consistente na ausência ou ineficácia dos controles do poder público gerando o que chama de “fenomenologia da ilegalidade do poder” responsável pela criação de um estado paralelo em cujo ambiente gerido pelas burocracias dos partidos e pelos lobbies empresariais, desde onde fluem os sistemas de corrupção; A crise do estado social se revelaria através da inadequação estrutural das formas garantistas que assegurariam as prestações próprias do *Welfare state*, já que sem o estabelecimento destas técnicas a distribuição dos bens e o cumprimento das obrigações positivas ficam relegadas ao critério discricionário das autoridades e, portanto, sujeitos às decisões contingentes, partidaristas e arbitrárias, subtraídas dos princípios da certeza e da estrita legalidade, para além de estarem expostas às pressões de interesses setoriais e corporativos, gerando a perda da generalidade e abstração das leis, a crescente

européus inseridos no processo de integração e na discussão de uma Constituição para Europa – surgem em face do deslocamento dos centros de decisão para fora dos espaços nacionais e do debilitamento dos sistemas de fontes jurídicas estatais em decorrência do exercício das competências cedidas aos órgãos e instituições comunitárias. Nesta esteira, ressalta Ferrajoli a “perda da unidade e coerência das fontes e a convivência e superposição de diversos ordenamentos concorrentes” teriam afetado o papel garantista da Constituição¹⁸³.

Neste ponto, se debatia Ferrajoli com a ausência de uma Carta de Direitos Fundamentais no seio da União Européia – a Carta entrou em vigor em 2009¹⁸⁴ -, cuja presença “eliminaria” as antinomias surgidas pela intersecção da produção normativa e jurisprudencial entre os órgãos comunitários e nacionais. Ressaltou à época que: “É evidente que o único modo, não de reduzir mas sim de eliminar esta virtual antinomia [refere-se especificamente sobre a atividade jurisdicional do TJUE e o Tribunal Constitucional italiano, em um suposto de violação por aquele aos níveis de proteção assegurados pelos direitos fundamentais internos] é a sustentação da validade das fontes comunitárias e, de forma conseqüente, à jurisprudência do Tribunal de Justiça em uma lista de direitos fundamentais não menos rica que a contida nas constituições nacionais. Por isto, a Carta aprovada em Nice, vem colmar uma lacuna insustentável”¹⁸⁵.

produção de leis-ato e o desenvolvimento de uma legislação fragmentária; *in* Ferrajoli, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, Madrid, Jueces para la democracia - Información y debate, n. 16-17, 1992, p. 61-69.

¹⁸³ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, *in* Carbonell, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta; 2003, p.35.

¹⁸⁴ Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em dezembro de 2009; no entanto, houve discussão sobre sua aplicabilidade e vinculatividade: Ver capítulo V da Seção I da Terceira Parte, aonde analisamos o impacto da jurisprudência do TEDH na atuação do Tribunal de Justiça da União Européia, a Carta de Direitos Fundamentais da UE e o Princípio da Interpretação Idêntica, idealizado para harmonizar os direitos fundamentais nacionais e os direitos contidos nesta Carta.

¹⁸⁵ A aprovação a que se refere Ferrajoli ocorreu no ano de 2000, não tendo, entretanto, entrada em vigência, uma vez que desde aquela ocasião continuou a ser discutida em outros foros até sua versão final em 2007, tendo a implementação e vigência efetiva ocorrido através do

Acentuando mais recentemente que a crise¹⁸⁶ pela qual passam os Estados decorre da obsolescência do Estado-nação soberano, vaticina que a solução não ocorrerá fora do direito internacional¹⁸⁷. Para tanto, pugna pela superação da forma atual do Estado e pela reconstrução do direito internacional, “fundamentado não sobre a soberania dos Estados”¹⁸⁸ mas “na autonomia dos povos” deslocando-se “também para o plano internacional as sedes do constitucionalismo tradicionalmente ligadas aos Estados”¹⁸⁹.

Tratado de Lisboa, em dezembro de 2009; ver discussão sobre sua aplicabilidade no capítulo V da Seção I da Terceira Parte, *in* Ferrajoli, “Passado y futuro”, *op. cit.* p. 36-39.

¹⁸⁶ “O Estado nacional como sujeito soberano está numa crise que vem tanto de cima quanto de baixo. De cima por causa da transferência maciça para sedes supraestatais ou extraestatais (Comunidade europeia, OTAN, ONU, etc.) de grande parte de suas funções - defesa militar, controle económica, política monetária - que no passado tinham sido o motivo do próprio nascimento e desenvolvimento do Estado. De baixo, por causa dos impulsos centrífugos e dos processos de desagregação interna que vem sendo engatilhados pelos próprios desenvolvimentos da comunicação internacional, que tornam mais difícil o cumprimento de outras duas grandes funções historicamente desempenhadas pelo Estado: unificação nacional e da pacificação interna”, *in* “A soberania no mundo moderno”, *op. cit.* p. 48-49.

¹⁸⁷ Apesar de crer sugestiva a tese de Ferrajoli, Saiz Arnaiz a entende insatisfatória desde a perspectiva do direito constitucional internacional, mais especificamente quanto à ausência de cláusulas que propugnem a abertura das constituições: “Los planteamientos de Derecho Constitucional internacional (Pescatore) se convierten así en tesis de Derecho Internacional constitucional (Ferrajoli) en las que no preocupa tanto el fundamento de la apertura del Estado como la suficiencia y adecuación del ordenamiento internacional para responder a algunos retos - entre ellos, la tutela de los derechos - hasta ahora afrontados y resueltos de modo muy insatisfactorio. No se oculta, sin embargo, que cualquier avance en este terreno obligaría con total seguridad a la incorporación de alguna cláusula del tipo de las propuestas por Pescatore. Aunque nada dice Ferrajoli al respecto - que insiste en los planteamientos únicamente de Derecho Internacional de su escrito - parece lógico imaginar que tal habría de ser el caso, por ejemplo, se si deseara otorgar un carácter ejecutivo a las sentencias del Tribunal Internacional de Justicia o convertir a éste en una especie de Tribunal de casación en materia de derechos reconocidos en la Declaración Universal de 1948 y en los dos Pactos de Naciones Unidas de 1966”, *in* Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional al Derecho internacional”, *op. cit.* p. 51-52.

¹⁸⁸ “Há, porém, uma razão a mais, e não menos relevante, que torna atualmente inadequado e obsoleto o paradigma do velho Estado soberano. O Estado já é demasiado grande para as coisas pequenas e demasiado grande para as coisas grandes. É grande demais para a maioria de suas atuais funções administrativas, as quais exigem, até mesmo onde os

Tanto antes¹⁹⁰ quanto agora, Ferrajoli defende a adoção de um novo modelo de estado, pugnando por um “terceiro câmbio de paradigma: depois do direito jurisprudencial, do estado legislativo de direito e do estado constitucional de direito, um quarto modelo, a ordem constitucional de direito ampliado ao plano supranacional, que já não tem nada do velho estado e, não obstante, conserva dele as formas e as garantias constitucionais”, considerando que não se pode mais falar de “esferas públicas exclusivamente estatais”, mas de esferas supraestatais¹⁹¹.

O reconhecimento de que Vitória fez sujeitar os estados a elementos valorativos e normativos, interna e externamente, e a concepção da humanidade como um novo sujeito de direito com poder de “fazer leis justas e convenientes a todos, como são as do direito das gentes” induz Ferrajoli a fundamentar sua tese a partir das idéias vitorianas¹⁹².

Neste sentido, entende que este constitucionalismo deve reposicionar na “humanidade” o “referencial unificador do direito”, em lugar dos Estados, o que seria

impulsos desagregadores ou separatistas não atuam, formas de autonomia e de organização federal que contrastam com os velhos moldes centralizadores. Mas sobretudo o Estado é pequeno demais com respeito às funções de governo e de tutela que se tornam necessárias devido aos processos de internacionalização da economia e às interdependências cada vez mais sólidas que, na nossa época, condicionam irreversivelmente a vida de todos os povos”, in “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 50-51.

¹⁸⁹ Ferrajoli, “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 52-53.

¹⁹⁰ Ferrajoli já defendia esta tese, pelo menos desde 1992: “Nesta perspectiva, o compromisso por um constitucionalismo europeu se liga ao desenvolvimento de um constitucionalismo mundial. Creio que não é possível falar com decência de democracia, igualdade, garantias, direitos humanos e universalidade de direitos, se não tomarmos finalmente “a sério” - segundo a feliz fórmula de Dworkin - a Declaração Universal de Direitos da ONU de 1948 e os Pactos sobre direitos de 1966 (...) Antes de tudo, reconhecer o caráter supraestatal dos direitos fundamentais e, em consequência, dispor de, em sede internacional, garantias idôneas para tutelar-los e dar-lhes satisfação, inclusive contra os Estados (...)”, in Ferrajoli, Luigi, “El derecho como sistema de garantias”, op. cit. p. 68.

¹⁹¹ Ferrajoli, “Passado y futuro”, op. cit. p. 40.

¹⁹² Ferrajoli, “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 53-54.

capaz de cumprir a função garantidora que persegue, uma vez que somente uma “limitação efetiva da soberania dos Estados” por meio destas “garantias jurisdicionais contra as violações da paz, externamente, e dos direitos humanos, internamente” poderiam fazer tratar estes direitos como normas e não como “declarações teóricas”¹⁹³. Desta forma, em seu “constitucionalismo mundial” assume importância a introdução de garantias efetivas dos direitos internacionais já declarados internacionalmente.

A segunda e terceira referências à Vitória consistem na proibição das guerras que ele considerava como “danosas para a humanidade inteira” e no dever de reconhecer, como forma de ressarcimento, o direito a todos os povos do mundo os direitos que foram enunciados em benefício dos conquistadores como naturais.

Na visão de Ferrajoli, tal processo implicaria a superação do caráter excludente da cidadania de modo a confirmar efetivamente o caráter universal e supraestatal dos direitos humanos: “Mas hoje, depois de ter sido a Europa a invadir o resto do mundo, por séculos a fio, com suas conquistas e promessas, não podemos fazer o caminho inverso – isto é transformar os direitos do homem em direitos só do cidadão – sem renegar aquele universalismo dos princípios sobre o qual se fundamenta a credibilidade de nossas próprias democracias. Levar a sério aqueles valores, o dos direitos humanos proclamados pelas cartas constitucionais, significa, conseqüentemente, ter a coragem de desancorá-los da cidadania, ou seja, desvincilhá-los do último privilégio de *status* que permaneceu no direito moderno. E isso significa reconhecer seu caráter supraestatal, garanti-los não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados e assim dar um fim a esse grande *apartheid* que exclui do seu aproveitamento a maioria da humanidade”¹⁹⁴.

¹⁹³ Ferrajoli, “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 54.

¹⁹⁴ Ferrajoli, “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 57-58.

TERCEIRA PARTE

CONTEXTUALIZAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

TEORIA E PRÁTICA COMPARADA

SEÇÃO I

A INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS DESDE AS CORTES SUPREMAS OU TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS EUROPEUS E LATINO-AMERICANOS

A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONFORME AOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Capítulo I - Espanha

i. Introdução – A regra de abertura constitucional espanhola – uma fórmula constitucional de interpretação dos direitos fundamentais conforme aos tratados de direitos humanos, art. 10.2 da Constituição espanhola

A Constituição da Espanha possui diversas cláusulas que possibilitam a comunicação internormativa com ordenamentos jurídicos internacionais¹⁹⁵. O constituinte espanhol, de um lado permitiu a integração da Espanha na União Europeia através do art. 93¹⁹⁶, e por outro estabeleceu *status* superior ao das leis ordinárias aos tratados internacionais pelo art. 96.1¹⁹⁷. Se tivéssemos que apontar, no entanto, um tema relacionado com os direitos fundamentais no qual as transformações produzidas pela

¹⁹⁵ Saiz Arnaiz assevera que "son varias las disposiciones de máximo rango que expresan "la dimensión internacional de la sociedad y del Estado", in "La apertura internacional al Derecho internacional", op. cit. p. 53.

¹⁹⁶ Art. 93 da C.E. - "Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión"; segundo Liñan Nogueras, "la doctrina más amplia considera que las normas convencionales tienen en nuestro ordenamiento una posición en la jerarquía normativa superior a la de la ley e inferior a la Constitución". Veja a respeito Liñan Nogueras, Diego J., "La aplicación en España de los Tratados relativos a derechos y libertades fundamentales", in "Cuestiones Prácticas de Derecho Internacional Público y Cooperación Jurídica Internacional", Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994", p. 277.

¹⁹⁷ Art. 96.1 da C.E. - "Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional". Não obstante, os tratados possuem um nível inferior ao da Constituição, conforme estabelece o art. 95.1, através do qual se exige a previa revisão constitucional no caso de celebração de tratado internacional que contenha estipulações contrárias às da Constituição.

Constituição espanhola de 1978 se fizeram extremamente visíveis e promissoras teríamos que falar necessariamente da abertura constitucional ao exterior protagonizada pela cláusula de interpretação do art. 10.2.

Estabeleceu-se através da referida norma, de fato, uma diretriz de destacada importância para a eficácia das liberdades. O constituinte soube aproveitar a oportunidade que o momento histórico lhe conferia – *após um período de clausura que a ditadura proporcionou ao país* -, escrevendo na Constituição uma cláusula que pretende assegurar a necessária conexão harmônica entre o sistema normativo interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁹⁸.

Nos debates parlamentares havidos nas Cortes Constituintes deixa-se bem claro esta intenção de reconfigurar o Estado espanhol dentro de uma concepção de comprometimento com a proteção das liberdades, acreditando-se inclusive que o reforço das garantias pessoais somente poderia ocorrer a partir de uma interação com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e as instâncias internacionais respectivas.

Portanto, utiliza-se de uma fórmula que foi inspirada na Constituição portuguesa¹⁹⁹ - mas que, todavia a transcendeu em potencialidade -, e em cujos termos se propugna uma interpretação dos direitos fundamentais conforme os tratados de direitos humanos (art. 10.2):

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la

¹⁹⁸ Neste sentido, Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, “Materiales para una Constitución (los trabajos de un profesor de la Comisión Constitucional del Senado), Madrid, 1984”, citado por Saiz Arnaiz, Alejandro Saiz, “La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos - El artículo 10.2 de la Constitución Española”, CGPJ, Madrid, 1999, p. 33 nota 39.

¹⁹⁹ “Art. 16 (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais)1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

Declaración Universal de Derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”

Esta transcendência a que nos referimos da fórmula espanhola em relação à portuguesa é geralmente creditada ao trabalho do Tribunal Constitucional espanhol que, desde muito cedo, soube manejar a interação entre a ordem interna e internacional desenhada na CE, desenvolvendo toda sua virtualidade e funcionalidade.

Para o Tribunal Constitucional espanhol a “Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas” (STC 78/82, FJ 4) e “no cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica han de informar nuestro ordenamiento jurídico” (SSTC 21/81, FJ 10).

Destacam-se nestes pronunciamentos, pois, as idéias de conexão entre os ordenamentos interno e externo desde onde ambos sofrem recíprocos influxos, e a de que os dois sistemas de proteção desfrutam dos mesmos valores e princípios. Por em relevo estes pontos, como faz González Campos, parece imprescindível para uma boa compreensão da temática já que uma conexão não seria possível se os textos não estivessem sido informados pelos mesmos valores – a dignidade da pessoa humana – e não possuíssem uma mesma finalidade – a proteção efetiva dos direitos da pessoa²⁰⁰.

As importantes funções desempenhadas pela fórmula interpretativa do art. 10.2 também devem ser destacadas de um ponto de vista formal, ou seja, desde sua posição na Constituição Espanhola: encabeça justamente o Título I²⁰¹ que trata dos

²⁰⁰ González Campos, Julio D., “Tres lecciones sobre la Constitución”, Sevilla, Mergablu, 1998, p. 34.

²⁰¹ Título I - De los Derechos y deberes fundamentales - Artículo 10 - 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de

direitos e deveres fundamentais, tendo uma claríssima vinculação (formal e material) com os fundamentos da ordem política e da paz social, donde a dignidade da pessoa humana se encontra.

Sem embargo, o sucesso da fórmula, como se disse, prende-se ao labor do Tribunal Constitucional que muito mais do que utilizar a interpretação dos direitos fundamentais a partir da letra dos textos internacionais começou a se servir dos critérios interpretativos dos órgãos de controle criados para fiscalizar o cumprimento das obrigações internacionais.

Ou seja, o Tribunal Constitucional maneja, desde muito cedo os standards interpretativos que estabelecem aqueles órgãos (Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Comissão Européia de Direitos Humanos, dentre outros) no exercício da função de controle do tratado internacional respectivo.

Assim, por exemplo, a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais passa a receber a interpretação realizada por estes órgãos internacionais, como conteúdo mínimo. Na sentença 91/2000 (SSTC 91/2000 - FJ 7) esta função ficou bem clara:

“Para precisar, en concreto, cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la C.E. proclama de modo absoluto y, en consecuencia, proyecta universalmente, hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial, tal y como lo definimos en las SSTC 11/1981, de 8 de abril; 101/1991, de 13 de mayo, y ATC 334/1991) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos. Especial relevancia revisten, en ese proceso

conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 C.E. remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. (...) Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 78/1982, de 20 de diciembre, y 38/1985, de 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo; 114/1984, de 29 de noviembre; 245/1991, de 16 de diciembre; 85/1994, de 14 de marzo, y 49/1999, de 5 de abril)".

A leitura que faz o Tribunal Constitucional espanhol do art. 10.2 não somente se encontra muito distante de uma interpretação meramente literal dos textos internacionais, se não que é realizada a partir dos contextos de interação dos sistemas que se complementam para assegurar com maior eficácia a proteção da pessoa.

Neste sentido se diz que a importância da Convenção Europeia de Direitos Humanos deriva não tanto do texto mas sobretudo da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos²⁰², que está levando a cabo o labor de enriquecer através de seus pronunciamentos aquele texto normativo.

²⁰² Buisán García, Nieves, "La eficacia en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", in "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 437.

Confere-se, portanto, uma interpretação ampla, finalista e expansiva da cláusula de abertura que respeita as autonomias de ambos os sistemas, no que cada um deve atuar, pois, como assinala Martín-Retortillo, os sistemas “tienen fuerza y energia propios, pero con intensas influencias recíprocas”²⁰³.

Sem embargo, o Tribunal Constitucional tem a “ultima palabra sobre cual pueda ser el contenido mínimo o esencial de los derechos fundamentales”, entretanto, nesta tarefa encontra-se vinculado à regra constitucional do art. 10.2 que o reenvia aos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, “la conclusión parece obligada – aquel contenido mínimo debe incorporar (en el sentido de no contradecir) las facultades, garantías o posiciones jurídicas en las que los derechos fundamentales se despliega de acuerdo con tales tratados”²⁰⁴.

ii. Uma interpretação expansiva do art. 10.2 da CE - A adoção da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos pelo Tribunal Constitucional espanhol

Pode-se dizer que a partir desta interpretação ampla do art. 10.2 descobriram-se muitas de suas funções. Desde a extensão a – e incorporação dos – critérios interpretativos dos órgãos internacionais de controle dos instrumentos internacionais, até a integração de novas faculdades ou novos direitos ao ordenamento espanhol. Desde sua função primária de fazer a interação com o sistema internacional dos direitos humanos ou desde sua posição como cláusula assecuratória dos direitos fundamentais, até sua função de limitar a liberdade de conformação dos intérpretes constitucionais. De fato, a vitalidade do art. 10.2 é algo que enriquece o ordenamento espanhol merecendo um tratamento separado, mais à frente.

Agora parece importante ressaltar esta extensão aos critérios interpretativos produzidos pelos órgãos internacionais que supervisionam o cumprimento dos compromissos internacionais. Estamos nos referindo a um fato que desde há muito faz

²⁰³ Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, “Vias concurrentes para la protección de los derechos humanos”, Navarra, Civitas, 2006, p. 27.

²⁰⁴ Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 231.

parte da prática do Tribunal Constitucional espanhol, como já mencionamos. Um estudo de sua jurisprudência e da doutrina especializada permite falar de algo que é inseparável do seu trabalho, embora nunca se tenha dado uma justificação teórica nas motivações das sentenças da utilização dos standards jurisprudenciais internacionais, o que pode indicar uma “eficácia natural” da cláusula do art. 10.2²⁰⁵.

Os autores estão de acordo com a obrigatoriedade do uso e da observância dos critérios interpretativos ditados pelos órgãos internacionais, especialmente quando se trata do Tribunal Europeu de Direitos Humanos²⁰⁶, devido a sua competência para interpretar e aplicar as normas a todos os assuntos que digam respeito à Convenção Européia (art. 32) levando em conta ainda seu poder jurisdicional que implica acatamento de suas decisões (art. 46), dentre outras fundamentações que veremos mais à frente²⁰⁷.

Sem embargo, devido a sua importância no cenário europeu, a jurisprudência do TEDH é, de fato, a mais utilizada pelo TC; mais isso não o impediu de considerar a jurisprudência da extinta Comissão Européia de Direitos Humanos, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, da OIT, dentre outras tantas instituições ou órgãos internacionais de controle e supervisão dos tratados de direitos humanos²⁰⁸.

A recepção da jurisprudência do TEDH já permite falar de um “(...) intenso fenómeno de ósmosis entre la jurisprudencia y la jurisprudencia emanada del Tribunal de

²⁰⁵ Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 167.

²⁰⁶ Martínez Ponce, Carlos Félix, “Tribunal Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Zaragoza, Egido, 2002 p. 89 p. 165.

²⁰⁷ Queralt Jiménez faz uma interessante análise da evolução da doutrina que considera vinculantes os critérios interpretativos do TEDH, asseverando que, primeiramente, tratou-se de negar caráter jurídico à “coisa interpretada”, passando pela atribuição de um caráter jurídico relativo, sublinhando que atualmente “cada vez son más las voces que se alzan a favor de reconocer carácter jurídico a la autoridad interpretativa de las sentencias del TEDH”; *in* “la interpretación de los derechos”, op. cit. p. 71-75.

²⁰⁸ Por todos, ver Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 87-155.

Estrasburgo, que supera los efectos jurídicos declarados en los artículos 10 y 96 de la Constitución”²⁰⁹, ou da teoria dos vasos comunicantes “en el mantenimiento de un nivel común de reconocimiento de los derechos como consecuencia de la existencia de un derecho común”²¹⁰.

Deixando de lado as metáforas, - *que muito nos ajudam a compreender os fenômenos* – parece inegável que a idéia que subjaz das cláusulas de abertura ao exterior – *as de todos os tipos* – é a de que os direitos fundamentais de um lado e dos direitos humanos de outro, fazem parte de um sistema global de proteção da pessoa²¹¹ que sofre interações recíprocas provocadas por estas duas vertentes normativas, cuja justificação reside, dentre outras importantes razões, na vontade dos Estados. Esta compreensão sistemática já foi inclusive assinalada pelo TEDH: “El Convenio Europeo de Derechos Humanos debe entenderse e interpretarse como un todo. Los Derechos Humanos constituyen un sistema integrado tendente a proteger la dignidad del ser humano; la democracia y la preeminencia del Derecho (“rule of Law”) tienen a este respecto un papel clave (Caso Refah Partisi e outros contra Turquía. Sentença de 31 julho de 2001)” (FJ 42).

Se consideramos então, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é um direito mínimo e subsidiário que estabelece um conjunto de obrigações aos Estados, através do qual se estabelece um complexo mecanismo de garantia dos direitos, aonde se encontram órgãos com competências de interpretação e aplicação destas normas – *voluntariamente aceitas pelos Estados* -, parece adequado considerar a transcendência das decisões destes órgãos na hora de definir internamente os conteúdos dos direitos fundamentais.

²⁰⁹ J.M. Bandres Sanchez-Cruzat “Derecho Fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional”, Arazandi, Pamplona, 1992” citado por Martinez Ponce, “Tribunal Constitucional”, op. cit. p. 89.

²¹⁰ Delgado Barrio, Javier, “Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española”, Revista de Administración Pública, n. 119, 1989, p. 233-252.

²¹¹ Jimena Quesada, Luis, “Sistema Europeo de Derechos Fundamentales”, Madrid, Colex, 2006.

Parece natural também que a interpretação dos direitos fundamentais por força desta abertura ao exterior ocorra a partir de critérios sistemáticos, pois estamos diante de um *“sistema organico, coherente y coordinado en el que todos se complementan y que no se les debe considerar de manera aislada, por mucho que cada uno tiene su esencia individual”*²¹², método que no sentir de Saiz Arnaiz faz obrigatório recorrer não somente aos textos dos tratados senão também às decisões dos órgãos de garantia jurisdicionais, as quais vinculam os intérpretes dos direitos fundamentais *“en cuanto al contenido que de las mismas se desprende para los concretos derechos por ellas afectados”*²¹³.

A prática do TC espanhol parece dar razão a quem assinala que a jurisprudência do TEDH vincula Espanha, como, por exemplo Casadevante Romani, citando outros tantos autores: *“las normas del Convenio Europeo son objeto de una interpretación y extensión a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por lo que los criterios interpretativos del citado Tribunal vincularán también al Estado español, al mismo tiempo que son susceptibles de ser invocados directamente ante nuestros Tribunales internos de justicia”*²¹⁴.

Vinculação que surge de maneira muito clara também para os órgãos de governo, como por exemplo, a *“Administración General del Estado”*²¹⁵ que em data muito

²¹² Dermizaky Peredo, Pablo, “Estado actual de los derechos fundamentales en Europa y America (Breve estudio de Derecho comparado), Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 9, 2005.

²¹³ Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 210-211.

²¹⁴ Casadevante Romani, Carlos Fernandes de, “La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España. Analisis de la jurisprudencia constitucional (1980-1988)”, Madrid, Tecnos, 1990; No livro o autor cita os seguintes autores que compartilham desta opinião: J.D. González Campos, L.I. Sanchez Rodriguez y Maria P. Andrés Saenz de Santa Maria, p. 55.

²¹⁵ A Administração Geral do Estado encontra conformação no art. 103 da Constituição Espanhola e representa o Governo Central, tendo em vista que a organização territorial do Estado espanhol conta ainda com as administrações das comunidades autónomas e as administrações locais. O art. 103 da Constituição espanhola foi regulamentado pela Lei 6/1997, de 14 de abril - “Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado”, estabelecendo: “Artículo 5. Órganos administrativos. 1. Los órganos de la Administración General del Estado

recente formulou consulta²¹⁶ ao “Consejo de Estado”²¹⁷ a respeito da incidência do direito europeu no ordenamento espanhol e dos impactos e transformações por ele produzidos com a finalidade de fazer frente às suas consequências. Cabe ressaltar que nesta consulta, no que mais interessa para este trabalho, a jurisprudência proveniente de Estrasburgo foi sempre tratada como vinculante para os juízes espanhóis.

y de sus Organismos públicos se crean, modifican y suprimen conforme a lo establecido en la presente Ley. Artículo 6. Órganos superiores y órganos directivos. 1. La organización de la Administración General del Estado responde a los principios de división funcional en Departamentos ministeriales y de gestión territorial integrada en Delegaciones del Gobierno en las Comunidades Autónomas, salvo las excepciones previstas por esta Ley. 2. En la organización central son órganos superiores y órganos directivos: A) Órganos superiores: a) Los Ministros. b) Los Secretarios de Estado. B) Órganos directivos: a) Los Subsecretarios y Secretarios generales. b) Los Secretarios generales técnicos y Directores generales. c) Los Subdirectores generales”, extraído do site <http://www.boe.es/boe/dias/1997/04/15/pdfs/A11755-11773.pdf> em 22.08.2011.

²¹⁶ A consulta foi publicada em 14 de fevereiro de 2008. O Conselho de Estado parece recomendar, a partir da própria jurisprudência do TEDH, a aprovação de reformas legislativas, é dizer, a necessidade de modificar as leis existentes que violam as disposições convencionais ou de adotar legislação apropriada em caso de ausência. Outro tema de interesse que merece destaque refere-se à sugestão do Conselho de Estado para que se adote a Recomendación Comité de Ministros através da qual incentivou-se os Estados membros a estabelecer mecanismos de verificação de compatibilidade tanto dos projetos de lei e das leis aprovadas como da prática administrativa com a jurisprudência do TEDH, com a criação de un trámite específico nos procedimentos de elaboração das normas internas para aferir esta compatibilidade, o que significaria, em nosso entender, a institucionalização de uma sorte de “controle de convencionalidade” nos moldes indicados pela Corte Interamericana e pelo TEDH. A consulta pode ser acessada no seguinte endereço eletrônico: <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>, acessado em 22.08.2011.

²¹⁷ O “Consejo de Estado” é o supremo órgão consultivo do Estado conforme art. 107 da Constituição, o qual foi regulamentado pela Lei Orgânica 3/1980, de 22 de abril: “Artículo 1. 2. Ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las leyes. Artículo 2. 2. El Consejo de Estado emitirá dictamen sobre cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno o sus miembros. La consulta al Consejo será preceptiva cuando en ésta o en otras leyes así se establezca, y facultativa en los demás casos. Los dictámenes del Consejo no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario”. Extraído do site <http://www.consejo-estado.es/> em 22.08.2011.

Dentre as medidas gerais destinadas a prevenir novas violações aos direitos humanos indicados pelo Conselho de Estado espanhol, encontram-se as referentes à aprovação de reformas legislativas “o en el ajuste de la interpretación jurisprudencial interna al Convenio, tal y como éste es interpretado por el Tribunal Europeo”, ressaltando-se ainda que é na interpretação que os tribunais nacionais fazem das normas internas e da Convenção Européia o maior foco das contradições.

Deste modo, diz-se que “es entonces un cambio de jurisprudencia en el sentido indicado por el Tribunal Europeo lo que permite atender a la debida conformidad”, aduzindo-se ademais que “cuando los tribunales, en los asuntos individuales que son sometidos a su conocimiento, adaptan automáticamente su interpretación del derecho nacional a las exigencias del Convenio, tal y como se desprende de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, están dotando a éstas de un efecto directo en el derecho interno. Este es el caso de casi todos los estados miembros, y también el de España, habida cuenta de que el artículo 10.2 de la Constitución (...)”.

Necessita-se, obviamente, fundamentar-se esta vinculação do TC (e dos outros intérpretes constitucionais) aos critérios interpretativos dos órgãos internacionais de garantia, pois como diz Saiz Arnaiz, *“la apertura al derecho internacional de los derechos humanos es asi más amplia que la constitucionalmente prevista; limitada esta al derecho internacional convencional se prolonga como estamos viendo al derecho internacional institucional”*²¹⁸.

Todavia, pela importância da temática, deixamos para tratá-la em um apartado posterior, no qual também aprofundaremos sobretudo o cenário que explica a transcendência da jurisprudência dos órgãos internacionais de proteção da pessoa; por agora, tratemos de assinalar outros aspectos da cláusula do art. 10.2, no que se refere aos destinatários que devem observá-la e a obrigatoriedade de seu uso.

Aqueles que estão sujeitos à observância do art. 10.2, como já tínhamos adiantado, são todos os que manejam os direitos fundamentais; ou seja, todos os poderes

²¹⁸ Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 103.

públicos²¹⁹ e todos os particulares aos quais a eficácia se estende²²⁰. Concebe-se a cláusula normativa-interpretativa, pois, como um mandato imperativo²²¹ que submete todos os integrantes do poder público, seja na atividade judicial, na legislativa ou na executiva. A configuração do conteúdo essencial dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário seja, talvez, a atividade na qual os parâmetros internacionais se fazem mais presentes, uma vez que a delimitação de sentido e alcance destes direitos quem a estabelece em última instância é o Tribunal Constitucional, atividade que vincula todos os poderes públicos.

Sem embargo, as funções parlamentárias e executivas recebem também um forte impacto deste mandato imperativo, que limita suas potestades, pois não se pode dizer que o legislador tem a opção discricionária de desconsiderar o que o TEDH estabeleceu a respeito da Convenção Européia de Direitos Humanos.

Em Espanha, houve recentemente um exemplo paradigmático dos limites que vêm de fora e que impactaram de forma importante a delicada temática que é o Estatuto

²¹⁹ Martínez Ponce, "Tribunal Constitucional", op. cit. p. 27; Casadevante Romani, "La aplicación del Convenio", op. cit. p. 55; Rey Martínez, Fernando, "El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del artículo 10.2 CE)", Revista General de Derecho, Valencia, 1989, n. 537, p. 3623-3624.

²²⁰ A doutrina do TEDH através do reconhecimento de "obrigações positivas" aos Estados aceita a extensão da aplicação das disposições da CEDH aos particulares admitindo a responsabilidade internacional dos Estados quando este deixa de promover as medidas necessárias para assegurar um efetivo gozo do direito. Assim, ademais de impor obrigações negativas reconhece que muitos direitos devem ser objeto de medidas positivas "desde incentivar determinadas atitudes favoráveis ao exercício dos direitos e liberdades, até prevenir o cometimento de atentados contra estes direitos e liberdades, passando pela remoção de obstáculos que dificultem a plenitude no disfrute daqueles. Justamente quando estas ações positivas falham, entram em jogo a responsabilidade pública direta (se os que geraram a vulneração são agentes públicos) ou indireta (quando a violação foi provocada por particulares) entrando em cena, neste último caso, a doutrina do *Drittwirkung*, essencialmente reparadora na via judicial", in Quesada, op. cit. p. 71-72; Veja-se também a excelente obra de Carrillo Salcedo, Juan Antonio, "El Convenio Europeo de Derechos Humanos", Madrid, Tecnos, 2003, p. 101-107.

²²¹ Dentre outros, Martínez Ponce, "Tribunal Constitucional", op. cit. p. 27; conceito que ficou expressado na SSTC 36/1991 (FJ 5).

jurídico dos imigrantes. A Lei dos Estrangeiros (Lei Orgânica 8/2000 de reforma da Lei Orgânica 4/2000) foi declarada inconstitucional em muitos pontos pelo Tribunal Constitucional porque não atendia a vários standards estabelecidos pelo TEDH. Mais adiante, faremos um registro mais detalhado da decisão.

O que se deve ressaltar, neste momento, a respeito da sentença seria a imperatividade da cláusula do art. 10.2, pois em todos os casos em que se trate de delimitar o alcance e sentido dos direitos fundamentais, os tratados são de obrigada utilização²²², o que se chocaria com a posição minoritária que defende a observância da cláusula somente quando uma norma “no sea suficientemente clara”²²³, pois o intérprete não é livre para rechaçar a regra – *a única norma de interpretação constitucionalizada*-, uma vez que ela “no se encuentra a disposicion del intérprete el cual, antes bien, se halla vinculado a la exegesis de los derechos fundamentales de conformidad con aquellos tratados y acuerdos”²²⁴.

²²² SSTC 236/2007 (FJ 5): “Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados tratados o convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 CE, que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso. De los anteriores pronunciamientos no podría concluirse que el legislador español, al regular los derechos de los extranjeros, no resulte limitado ex art. 10.2 CE por los tratados internacionales ratificados por España. Como hemos dicho, el art. 13 CE autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos de los extranjeros en España, pero sin afectar “al contenido delimitado para el derecho por... los tratados internacionales” (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4), que se debe observar para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Como cualquier otro poder público, también el legislador está obligado a interpretar los correspondientes preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, convirtiéndose así en el “contenido constitucionalmente declarado” de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”.

²²³ Posición de A. Mangas Martín, citado por Casadevante Romani, “La aplicación del Convenio”, op. cit. p. 52-53.

²²⁴ Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 205; a propósito, Martínez, assinala que “la interpretación es siempre actividad necesaria dado que el significado de las disposiciones o el

Como bem acentua Delgado Barrio, a prática do Tribunal Constitucional aponta que o “primer itinerario hermeneutico” (...) “es siempre – así lo impone el art. 10.2 de la Constitución – el que conduce a la jurisprudencia del Tribunal Europeo”²²⁵.

Parece de muito interesse fazer referência a outras sentenças do Tribunal Constitucional nas quais fica claro tudo o que estamos assinalando, ou seja, a prática judicial constante de utilizar os parâmetros jurisprudenciais internacionais como fundamento das decisões. Sem embargo, o faremos em um apartado específico.

iii. O debate sobre a necessidade do art. 10.2 da CE - Os efeitos produzidos pelo art. 10.2 – constitucionalização da interpretação dos textos internacionais? - A possibilidade da interpretação conforme os tratados de direitos humanos a partir do art. 96.1 da CE

Neste momento trataremos de por em debate alguns temas que possuem uma íntima relação e que servirão de suporte para o desenvolvimento de outros pontos de vista que vamos expor mais adiante. Assim, enfrentaremos agora (1) a questão da necessidade do art. 10.2 da CE tendo em conta a existência do art. 96.1²²⁶ – *clausula geral que possibilita a incorporação dos tratados na ordem jurídica espanhola*; (2) a controvérsia doutrinária a respeito de um específico efeito produzido pelo art. 10.2 que seria a “constitucionalização” ou não dos tratados de direitos humanos, e (3) também a possibilidade da interpretação dos direitos fundamentais conforme os tratados de direitos humanos a partir do art. 96.1, imaginando um cenário de ausência do art. 10.2.

hecho no es previo, sino subsiguiente a la labor interpretativa” para concluir que o artículo 10.2 impõe expressamente um critério de interpretação que limita a atividade interpretativa”, in “El critério interpretativo”, op. cit. p. 3613-3614.

²²⁵ Delgado Barrio, op.cit. p. 247.

²²⁶ Art. 96.1 da C.E. - “Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional”.

O primeiro tema já foi posto em discussão nos trabalhos das Cortes Constituintes quando se tratava de rechaçar a fórmula que resultou no art. 10.2, oportunidade que restou assinalado sua inutilidade ou seu caráter reiterativo em relação ao atual art. 96.1²²⁷.

Sem embargo, mesmo depois da promulgação da Constituição de 1978 “*pesó durante mucho tiempo la duda de su posible innecesidad*” já que se afirmava que os mesmos efeitos previstos por esta cláusula poderiam ser alcançados pelo art. 96.1; mas, “*si se observa bien, el problema de la necesidad de la norma sigue en pie, en tanto que siempre quedará la duda de si tal precisión o matización era necesaria*”²²⁸.

Nesta esteira, a discussão ocorre desde a invocação de direito comparado, como faz Puente Egido, assinalando que a interpretação favorável ao direito internacional ocorre em outros ordenamentos sem mesmo haver uma regra específica de interpretação nos moldes do art. 10.2, alcançando opiniões como as de Garrido Falla na qual se afirma que a função interpretativa do art. 10.2 seria supérflua na medida que, quando houvesse uma dúvida oferecida pela norma espanhola, o caso estaria resolvido simplesmente pela aplicação direta da norma internacional²²⁹.

Decorrente do problema da necessidade ou desnecessidade do art. 10.2, encontra-se a questão de sua autonomia em relação à regra do art. 96.1. Desde este ponto de vista concorrem diversas opiniões, desde as que a qualificam como uma norma que somente especificaria os efeitos do art. 96.1 – *os quais seriam perfeitamente extraídos desde que houvesse uma ‘correta’ interpretação e aplicação*²³⁰ -, até as posições, como a

²²⁷ Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p.30, aonde encontra-se uma síntese dos debates parlamentários que originaram o aparecimento da cláusula; ver também Martínez Ponce, que faz um estudo mais detalhado a respeito, op. cit. p. 43-83.

²²⁸ Liñan Nogueras, op. cit. p. 282-283; O autor comenta a afirmação de Peces-Barba a propósito da função do art. 10.2: “(...) precisa y matiza en esse âmbito - al de los derechos fundamentales y libertades se refiere - el contenido más genérico del art. 96 (...)”.

²²⁹ J. Puente Egido, citado por Martínez Ponce, op. cit. p. 94.

²³⁰ Martínez Ponce, op. cit. p. 95.

de Liñan Noguerras que lhe assina uma série de aspectos autônomos, seja a respeito de suas funções, seja quanto ao seu âmbito material²³¹.

Parece importante, pois, fazer as diferenciações estruturais dos artigos envoltos na problemática. O art. 96.1 é o suporte jurídico que permite a entrada na ordem interna espanhola dos tratados internacionais que tenham sido celebrados de acordo com as formalidades que estabelece, definindo ainda a posição hierárquica que eles alcançarão²³²; é uma cláusula de abertura que permite a inserção de tratados internacionais de qualquer conteúdo²³³. O art. 10.2 tem sua estrutura dirigida para servir como norma de interpretação, tendo configurado em seu núcleo um mandamento hermenêutico obrigatório aos intérpretes dos direitos fundamentais; é uma cláusula de abertura que permite a interação entre o sistema de direitos fundamentais e o sistema de direitos humanos, em um nível interpretativo, no qual se condiciona aquele primeiro sistema ao segundo.

Cabe aqui uma clarificação funcional, pois “no se trata ya solo de la incorporación al derecho interno de los acuerdos, declaraciones, convenciones, etc. que tengan por objeto los derechos de la persona que eso no es ninguna novedad (art. 96.1 CE); se trata además y sobre todo de adecuar la actuación de los intérpretes de la Constitución a los contenidos de aquellos tratados que devienen así por imperativo constitucional, canon hermeneutico de la regulación de los derechos y libertades en la

²³¹ Liñan Noguerras, op. cit. p. 271-327.

²³² Art. 96.1 - “Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas de la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional”.

²³³ Desconsiderando as hipóteses reguladas no art. 93 da CE, o qual permitiu a inserção da Espanha na Comunidade Económica Europeia que na visão de Martín-Retortillo Baquer pode servir como sustentação também para a inserção em qualquer outra “organización o institución internacional” similar; Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, “La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho”, Madrid, Civitas, 2004, p. 64-65.

norma fundamental, con lo que se “*da una nueva y distinta eficacia a tales instrumentos internacionales*”²³⁴.

Assim como fizeram Saiz Arnaiz e Mangas Martín, é recorrente também para outros autores a qualificação dos tratados de direitos humanos por conta da eficácia do art. 10.2. É habitual ser-lhes atribuídos designativos que parecem elevar-los a um nível diferente, pois que eles “*adquieren un ‘plus de eficacia’ que no alcanzan los demás tratados*”²³⁵, ou um “*gran potencial, un plus valor normativo*”²³⁶ ou ainda uma “*singular dimensión*”²³⁷; para outros autores, sem embargo, o uso de determinadas expressões não servem para discernir o verdadeiro *status* destes tratados, senão que revelam “*excesivas cautelas para evitar otorgarles rango constitucional*”, pues hablar de “*cuasiconstitucionalización*”, “*constitucionalización mediata*”, “*constitucionalización por reenvío*”, “*plusvalor normativo*”, “*eficácia constitucional indirecta*” contribuyen sólo para “*añadir confusión a esta matéria*”²³⁸.

Segundo a posição do Tribunal Constitucional e da maioria da doutrina, o art. 10.2 não converte os tratados em *canon* autônomo de validez das normas ou dos atos do poder público, papel exercido somente pelas normas constitucionais que reconhecem direitos fundamentais²³⁹. O que se admite é que a função interpretativa-integrativa da

²³⁴ Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 52-53, citando A. Mangas Martín, “Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución Española”, RFDUC, n. 61, 1980.

²³⁵ Carreras, Francesc de, “Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución”, Revista Española de Derecho Constitucional”, n. 60, 2000, p. 341.

²³⁶ Martínez, citando E. Alonzo, J. Esteban, J. Bermejo, op. cit. p. 3615.

²³⁷ Sentença do Tribunal Constitucional, SSTC 76/1982.

²³⁸ Martínez Ponce, op. cit. p. 98-104; assinala este autor que “la premisa teórica de la que parte el TC no encuentra su correlato en su propia doctrina y no es sino una manifestación de las resistencias de los constituyentes a cuestionar el viejo dogma de la soberanía nacional, ya que ello supondría equiparar, en la pirámide normativa interna, los textos constitucionales con normas cuyo origen no descansa unicamente en la voluntad soberana del Estado”.

²³⁹ Por exemplo, as SSTC 36/1991, 64/1991, 214/1991, 77/1995, 236/2007; Queralt, sublinha que “independientemente de la postura que

regra do art. 10.2 teria a capacidade de “constitucionalizar la interpretación”²⁴⁰ ou de converter o conteúdo internacional no “contenido constitucionalmente declarado”²⁴¹ – na dicção do TC -, o que se faz a partir dos textos e da jurisprudência dos órgãos de controle. Desta forma, o resultado do trabalho dos intérpretes constitucionais na definição do sentido e conteúdo essencial dos direitos fundamentais seria elevado ao patamar constitucional, integrando a percepção do direito fundamental.

Sem embargo, é preciso sublinhar que esta constitucionalização da interpretação, segundo esta posição majoritária, não possibilita que os tratados internacionais sejam utilizados como parâmetros de validade das normas. Algo pouco admissível para Carreras, quem sustenta que “puede resultar inteligible teóricamente pero de muy difícil aplicación”²⁴², ou para Saiz Arnaiz, quem ressalta que “puede dar la sensación de que el alto intérprete de la Constitución separa ficticiamente ambos planos cuando remite la nulidad de, por ejemplo, una norma a la vulneración de una disposición constitucional que sólo porque se interpreta de conformidad con un tratado internacional posee un determinado contenido que lleva a concluir aquella inconstitucionalidad”²⁴³.

se adopte, lo que sí puede afirmarse es que en materia de derechos fundamentales, por lo general, por los jueces españoles y especialmente el TC no aplican el CEDH como fuente de Derecho autónoma portadora de contenidos inexistentes en nuestra Constitución. El CEDH es utilizado, eso sí, como herramienta hermenéutica de primer orden”, *in* “La interpretación de los derechos”, op. cit. p. 195; No mesmo sentido, a maioria da doutrina, p. ex. Balaguer Callejón, María Luísa, “Interpretación de la Constitución y Ordenamiento jurídico”, Madrid, Tecnos, 1997, p. 142.

²⁴⁰ Por todos Liñan Nogueras; referido autor ainda complementa que “igualmente, en relación al efecto de interpretación de tratados internacionales relativos a derechos humanos, que, necesariamente, comporta la constitucionalización de la interpretación emanada del órgano internacional que irradia, desde esa posición de privilegio, a todo sistema”, op. cit. p. 273.

²⁴¹ SSTC 36/91, FJ5, SSTC 236/07, FJ5.

²⁴² Carreras, Francesc de, “Leyes Políticas”, Pamplona, 1997, p. 33, citado por Saiz Arnaiz, op. cit. p. 274.

²⁴³ Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 274; Este autor complementa sua opinião, com a que compartilham a maioria dos autores de que os tratados de direitos humanos nunca serão por si mesmos medida de validade da atuação dos poderes públicos; mas, não

Na opinião de Martínez Ponce, se a fixação do sentido e alcance dos direitos fundamentais na fórmula do art. 10.2 ocorre como previsto nos textos internacionais, não se pode falar somente de função interpretativa, senão também conformadora do alcance material e do núcleo essencial daqueles direitos, o que implica que os tratados cumprem uma missão não prevista, a de servir de parâmetros de questionamento constitucional²⁴⁴, “o si se prefiere, la de formar parte del bloque de constitucionalidad”²⁴⁵.

Na mesma linha Lopes Garrido diz que “de alguna forma” se estabelece um bloco de constitucionalidade entre os direitos fundamentais e os tratados de direitos humanos, assinalando que se o direito ou liberdade deve ser interpretado de acordo com o tratado, o tratado dá o conteúdo essencial do direito garantido na CE atuando como parâmetro de validade constitucional²⁴⁶.

Linde afirma que entre as repercussões do art. 10.2 poderiam ser destacadas duas: “la posibilidad de invocar ante los tribunales españoles la interpretación que sobre el particular se deduzca de las sentencias del Tribunal europeo; y, en segundo lugar, la posibilidad de que se pueda invocar la inconstitucionalidad de las leyes que vulneren

deixa de reconhecer que o conteúdo dos direitos fundamentais recebe sua implementação das fontes externas, as quais integram o seu parâmetro normativo, op. cit. p. 276-277.

²⁴⁴ Ayala Corao, Carlos M., “Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos”, Caracas, San José, IIDH, Editorial Jurídica Venezolana, 1998, p. 39/52; o autor aponta que dentre as técnicas de constitucionalização dos tratados de direitos humanos, estaria a técnica interpretativa, consistente na inserção na Constituição da “cláusula conforme la cual, las normas sobre los derechos que la propia Constitución reconoce explícitamente, deben interpretarse de acuerdo a los instrumentos internacionales de derechos humanos (...) ello permite así, la incorporación de los derechos humanos por vía interpretativa al rango y valor de los derechos constitucionales”; as outras técnicas seriam, em apertada síntese, a declarativa (declarações constitucionais de reconhecimento expresso dos direitos humanos) e a das cláusulas enunciativas (as cláusulas constitucionais que declaram como direitos (constitucionais) todos aqueles que sejam “inherentes a la persona humana”, ainda que não figurem expressamente no Texto Fundamental).

²⁴⁵ Martínez Ponce, op. cit. p. 98.

²⁴⁶ Martínez Ponce, op. cit. p. 100.

interpretaciones en materia de derechos humanos llevadas a cabo por el Tribunal Europeo”²⁴⁷.

Não parece exagerado dizer que a questão segue pendente, já que se cotejamos ambas as doutrinas é possível admitir o questionamento feito por Martínez Ponce, pois se a interpretação resultante do art. 10.2 “conforma la *ratio decidendi* de las resoluciones del TC ¿no nos hallamos ante una constitucionalización de dichos textos, sin gradaciones o adjetivaciones que no hace sino oscurecer la cuestión?”²⁴⁸.

Isto parece muito mais evidente, a juízo deste autor, quando este se depara diante das dificuldades de precisar, no caso concreto, as diferenças entre as funções interpretativas e integrativas da cláusula do art. 10.2, assinalando que as expressões utilizadas nas sentenças do TC mostram que seu alcance transcende à função hermenêutica.

As contradições da jurisprudência constitucional neste ponto são colocadas em relevo a partir de afirmações como as de que os tratados de direitos humanos são “instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos” da SSTC 38/1981, ou quando se diz que o conteúdo de tais tratados “se convierte, en cierto modo, en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo 2 del título I de nuestra Constitución” na SSTC 36/1991, ou mais explicitamente na SSTC 50/1995 em que se ressalta que ditos tratados configuram “de alguna manera el canon de constitucionalidad, aun cuando sin carácter autonomo”²⁴⁹.

Se o Tribunal é cauteloso no uso das palavras para rechaçar a parametricidade dos tratados de direitos humanos no controle da constitucionalidade, parece evidente que, como ressalta Martínez Ponce, “ello no logra enmascarar el resultado material a que la

²⁴⁷ Linde, Enrique, Ortega, Luís, Moron, Miguel, “El Sistema Europeo de protección de los Derechos Humanos - Estudio de la Convención y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Madrid, Civitas, 1983, p. 181.

²⁴⁸ Martínez Ponce, op. cit. p. 104.

²⁴⁹ Martínez Ponce, op. cit. p. 155.

aplicación del artículo 10.2 conduce en la jurisprudencia constitucional, como es la inclusión de los textos internacionales en las pautas del enjuiciamiento constitucional de la actuación de los Poderes Públicos”²⁵⁰.

Em conclusão, podemos dizer que atualmente, entretanto, a posição majoritária da doutrina e a posição do Tribunal Constitucional espanhol, apesar de admitir a “constitucionalização” dos conteúdos internacionais tal como interpretados pelo TEDH, não aceita que as disposições da CEDH sejam tomadas como parâmetros autômos do controle de constitucionalidade²⁵¹.

Retornando ao tema da necessidade ou desnecessidade do art. 10.2, geralmente se faz uma defesa da presença da cláusula no ordenamento espanhol. Lançam-se argumentos importantes a respeito do trabalho do Tribunal Constitucional desde quando ele começou a se referir aos tratados internacionais e à jurisprudência dos órgãos de controle.

Neste sentido, deve-se fazer especial referência aos trabalhos de Linde, Ortega e Morón, sob a coordenação de Enterria²⁵², e de Retortillo Baquer, nos quais se retratam muito bem os primeiros passos do Tribunal no uso dos *standards* internacionais provenientes do TEDH²⁵³.

Na mesma esteira, devemos registrar o excelente estudo realizado por Saiz Arnaiz, que lança também lança mão de argumentos quantitativos para referir-se sobre a aproximação cada vez mais constante do TC aos critérios jurisprudenciais internacionais. Assinala o referido autor que “hasta finales de 1998, al menos noventa Sentencias del Alto Tribunal aluden a otras del Tribunal de Estrasburgo (o más genericamente a la

²⁵⁰ Martínez Ponce, op. cit. p. 154-155.

²⁵¹ Ver Queralt Jiménez, Argelia, “La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal constitucional”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

²⁵² Linde, Enrique; Ortega, Luís; Moron Miguel, op. cit. p. 258.

²⁵³ Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista de Administración Pública, n.137, 1995, p. 7-29.

doctrina o la jurisprudencia de éste). En otros casi ciento veinte pronunciamientos el Tribunal Constitucional acompaña la referencia jurisprudencial de la oportuna cita a una o varias disposiciones del Convenio de Roma (que, por su parte, son objeto de mención aislada, desconectada de todo tratamiento de la actividad del órgano de garantía, en más de ochenta decisiones del Tribunal Constitucional; este tipo de referencias *sólo* a uno o más artículos del Convenio resultan cada vez más difíciles de encontrar). El empleo del *case-law* de Estrasburgo se incrementa de manera clara, y no por causalidad, desde la segunda mitad de los años ochenta, coincidiendo con un notable aumento de la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”²⁵⁴.

Sem embargo, o que nos chama mais a atenção é que alguma doutrina, mesmo quando faz uma defesa consistente da necessidade do art. 10.2 - assinalando, por exemplo, que “resulta legítimo poner en duda que el TC hubiese dictado la abundante doctrina sobre la configuración constitucional de los Derechos Fundamentales de acuerdo con los textos internacionales sin la existencia del artículo 10.2” ou que “sin el mismo no tendríamos la abundante doctrina constitucional a respecto y resulta dudoso que los Tribunales ordinários le hubieran suplido esta labor, lastrados por una inércia caracterizada por la escasa invocación y aplicación de los textos internacionales”²⁵⁵ -, admite quase paradoxalmente, que o resultado deveria ser o mesmo se não houvesse a regra do art. 10.2.

Isto porque, como assinala Martinez Ponce, os tratados de direitos humanos são direito interno e como tal devem não somente ser “observados autonomamente sino también en el momento de interpretar y aplicar los derechos recogidos en la normativa interna y que tengan correspondencia con aquellos” (os direitos fundamentais) “ya que su aplicación no puede conducir a un resultado contrario a lo previsto en el texto internacional”; ressaltando ainda que nada impediria a virtualidade interpretativa dos

²⁵⁴ Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 168, nota 222; Mais recentemente, Queralt Jimenez, aporta novos elementos a respeito da temática, seguindo a mesma linha de Saiz Arnaiz; Queralt Jimenez, Argelia, “La interpretación de los derechos”, 2008.

²⁵⁵ Martinez Ponce, op. cit. p. 95.

tratados, e que este resultado “al margen de la existencia de una disposición expresa con esta finalidad debería ser un resultado obligado”²⁵⁶.

Todavía, ao final, põe-se em dúvida que em Espanha, em ausência de tal fórmula de interpretação concretizada no art. 10.2, a jurisprudência sobre a configuração constitucional dos direitos fundamentais teria sido produzida, “dada sua reiterada afirmação [a do Tribunal Constitucional espanhol] de não consideração das normas internacionais como parâmetro de constitucionalidade”. Obviamente que a existência de uma cláusula deste porte milita em favor do desenvolvimento de suas virtualidades, cuja redação em forma de mandato imperativo ao intérprete, em caso de não observância, resultaria em uma violação constitucional, “pues el hecho de que nos encontremos ante el único mandato de la CE para su propia interpretación es harto significativo”²⁵⁷.

Na mesma linha parece posicionar-se Liñan Noguera, colocando em debate a questão da possibilidade técnica do art. 96.1 obrigar o intérprete a levar em conta o que os órgãos de controle de um tratado houvessem decidido. A resposta vem a partir da interpretação constitucional, pois se esta é feita “ ‘según el contexto’, comporta la utilización del tratado, es obvio que, salvo los casos en que la interpretación se dedujera claramente por la existencia de una norma convencional manifiestamente aplicable al caso, se impondría una previa delimitación del sentido de las disposiciones del tratado en cuestión; dicho de otro modo, se requeriría conocer la interpretación del propio tratado. En este punto, la interpretación realizada por los órganos a los que el tratado atribuye esta función ha de constituir la base de la interpretación de las disposiciones convencionales en cuestión. Y ello por dos razones: una, por la propia obligación emanada de la norma convencional referida a la interpretación del tratado; y otra, porque una interpretación interna contraria a ella podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado”²⁵⁸²⁵⁹.

²⁵⁶ Martínez Ponce, op. cit. p. 95-96.

²⁵⁷ Martínez Ponce, op. cit. p. 95-96.

²⁵⁸ Art. 53 - Proteção dos direitos humanos reconhecidos - Nenhuma das disposições do presente Convenio será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar aqueles direitos humanos e liberdades

Afinal, normas do teor do art. 96.1 – *em ausência de uma norma expressa de interpretação dos direitos fundamentais conforme os direitos humanos* – poderiam ser consideradas um suporte jurídico idôneo para a inserção de critérios interpretativos do TEDH ou de outro órgão de monitoramento dos tratados de direitos humanos? E – *se a resposta fosse negativa* – como explicar a recepção dos standards estabelecidos pelo TEDH e a adequação da jurisprudência e legislação de Estados que não tem cláusulas similares a de Espanha?²⁶⁰²⁶¹.

fundamentais que tiverem sido reconhecidos conforme as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou em qualquer outra Convenção em que esta seja parte”.

²⁵⁹ Ressalte-se que este autor, na linha da grande maioria dos autores, faz umas declarações muito favoráveis à existência autônoma do art. 10.2 já que este “imprime al modelo constitucional español un carácter de excepcional receptividad a la normativa internacional en materia de derechos humanos. Su constitucionalización de la interpretación derivada de los textos internacionales de los órganos jurisdiccionales internacionales con competencia para interpretarlos dota al sistema constitucional de una dimensión notablemente más amplia que la mera recepción al permitirle ocupar una posición de privilegio desde la que irradia todo el sistema jurídico”; Liñan Nogueras, op. cit. p. 308.

²⁶⁰ Para uma consulta mais aprofundada a respeito ver Martinez Ponce na obra já citada; veja-se também Eissen, “El Tribunal Europeo”, op. cit. p. 81-98, e Cançado Trindade, Otavio Augusto Drummond, “Os efeitos das decisões dos Tribunais internacionais de Direitos Humanos no Direito Interno dos Estados” in “Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos - Liber Amicorum Cançado Trindade, coordenação de R. Zerbini Leão, São Paulo, Sergio Antonio Fabris editor, 2005, p. 279-316.

²⁶¹ Na opinião de Saiz Arnaiz “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la garantía internacional de los derechos”, “Foro Constitucional Iberoamericano”, dirección URL [HTTP://www.uc3m.es/bjc.htm](http://www.uc3m.es/bjc.htm), 20.12.2007, p. 34, a explicação residiria nas opções de política judicial ou legislativa dos Estados: “este fenomeno se produce en la mayoría de los Estados parte en ausencia de todo mandato constitucional en ese sentido (un mandato presente en muy pocos de ellos: España, Portugal y Rumania, con fórmulas diversas), y se produce, también, con independencia de cual sea la posición que en el sistema interno de las fuentes del Derecho ocupa el Convenio de Roma de 1950. Así las cosas, la impregnación de los ordenamientos nacionales por la jurisprudencia estrasburguense más parece obedecer a una opción compartida (aunque no formalizada) de política judicial y, más en general, también de política legislativa, que considera a aquella jurisprudencia como el referente común en materia de derechos fundamentales en el espacio europeo”.

Veremos no momento oportuno que os países membros tanto do sistema regional europeu quanto do americano adotam soluções variadas para explicar ou justificar – quando o fazem – a inserção e a utilização dos critérios jurisprudenciais internacionais. Neste cenário, nosso discurso defenderá que a partir da dimensão normativa-interpretativa do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos é possível reenviar o intérprete dos direitos fundamentais aos tratados de direitos humanos.

No caso brasileiro, ademais, mesmo durante o longo período em que o STF marcou posição refratária quanto ao reconhecimento do caráter especial dos tratados de direitos humanos, mantendo seu *status* equivalente a das leis ordinárias, ou mesmo sem invocar o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, notamos a existência de um movimento positivo em direção à adoção da interpretação dos direitos fundamentais conforme o quanto estabelecido no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Deixemos, entretanto, a análise de ambas as situações acima delineadas para o momento apropriado. Agora, somente se faz necessário introduzir a temática.

Em Alemanha, ainda que a maioria dos autores considera que a Convenção Européia tem a vigência própria de lei ordinária²⁶²²⁶³, tal posicionamento se torna mais

²⁶² Drzemczewski diz que o *status* é de lei ordinária; Martinez Ponce cita Stern, Kirchhoff, Shlette; op. cit. p. 120, nota 155.

²⁶³ Cocozza, Francesco, "Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle "transfrontière" de la CEDH et justice constitutionnelle nationale. Les lignes incertaines d'une relation structurée", in *Revue française de Droit Constitutionnel*, n° 28, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 716-717, ressalta que a doutrina alemã tem elaborado teorias favoráveis à constitucionalização da Convenção Européia, "ou pelo menos ela tem tentado subtrair a lei que introduziu a Convenção da regra da *lex specialis derogat generali, lex posterior derogat legi priori*". Informa ainda que algumas opiniões da doutrina reconhecem à Convenção o caráter constitucional (E. Menzel) ou atribuem de toda maneira uma posição superior à lei federal, acentuando que tem sido feita referência a "*spezieller - sui generis - Charakter der Konvention*" ou à necessidade de uma "evolução paralela" dos direitos fundamentais nacionais com o direitos protegidos a nível internacional "segundo o art. 1 {2} GG (A. Bleckman, 1979)", ou avançado na tese da "renúncia definitiva" de o legislador criar leis contrárias à Convenção Européia (R. Herzog, 1959), ou se tem sustentado a tese da "força preventiva" da Convenção Européia que impede um "relâchement" de parte das Cortes constitucionais na defesa dos direitos fundamentais (Werner Von Simson, 1984).

flexível ao considerar o Tribunal Constitucional alemão – em uma hipótese de aplicação da CEDH – que o direito interno – de maneira geral em relação a todos os tratados – deve ser aplicado em consonância com as obrigações internacionais, havendo sido assinalado que a jurisprudência do TEDH serve como guia interpretativa para determinar o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais²⁶⁴.

Cocozza pontua que as normas da Convenção Européia são utilizadas em Alemanha como critério de controle das leis dos *Länder* e como fonte de interpretação dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, pontuando que “no que concerne à utilização da CEDH como *ratio decidendi* no quadro do *Verfassungsbeschwerde*, o Tribunal Constitucional Federal alemão tem recorrido a um expediente para atender seu objetivo: interpretar a não-aplicação ou a aplicação arbitrária da Convenção na Alemanha como violação do art. 3º, que protege contra as discriminações arbitrárias. Para decidir se a aplicação ou a não aplicação é arbitrária, o Tribunal constitucional interpreta necessariamente a Convenção (...) como se a CEDH servisse de *ratio decidendi* (H. Steinberger)”²⁶⁵

Schlette, citado por Saiz Arnaiz, coloca em relevo o importante fenômeno consistente na determinação do reenvio de normas constitucionais por normas de direito ordinário: “é lícito perguntar por que normas carentes de valor constitucional devem (o Tribunal [alemão] fala de obrigação) levar-se em conta para a interpretação de normas de nível constitucional, e portanto, de nível superior”²⁶⁶.

Häberle, a propósito do caso alemão – que aprofundaremos mais à frente -, ressalta: “a la hora de interpretar la ley fundamental hay que tener en cuenta contenidos y desarrollos de la Convención Europea de Derechos Humanos; por ello es útil también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como recurso para determinar

²⁶⁴ Martínez Ponce, op. cit. p. 120-123.

²⁶⁵ Cocozza, op. cit. p. 717.

²⁶⁶ V. Schlette “Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l’homme et de la Cour constitutionnelle fédérale allemande”, citado por Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 149.

contenido y envergadura o alcance a los derechos fundamentales, así como los principios jurídico-estatales de los fundamentos de la Ley Fundamental de Bonn”²⁶⁷²⁶⁸.

Na Áustria, aonde houve a constitucionalização da Convenção Européia de Direitos Humanos, esta se converteu em parâmetro de constitucionalidade das normas²⁶⁹. Assinala Martínez Ponce que o fato da CEDH ostentar “rango de derecho constitucional federal, junto con el desarrollo experimentado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha producido importantes transformaciones en el catálogo austríaco de Derechos Fundamentales”²⁷⁰. O autor segue afirmando que a influência da CEDH no ordenamento austríaco “se ha producido fundamentalmente por la interpretación dada por el TEDH a las garantías procedimentales previstas en los artículos 5 y 6 del Convenio; de esta manera, como consecuencia de varias Sentencias del TEDH, Austria tuvo que modificar, en 1971, todas las disposiciones del Código de Procedimiento Penal relativas a la prisión preventiva; asimismo, entre 1964 y 1977, se anularon, total o parcialmente, tres leyes al no resultar conciliables con lo dispuesto en el artículo 6 del CR”²⁷¹.

Admite o referido autor uma similaridade das funções desempenhadas pelo art. 10.2 da Constituição espanhola e a constitucionalização da Convenção Européia por Áustria, pontuando que “resultará lógico que los Tribunales austríacos asignen al CR [CEDH] y a sus Protocolos adicionales la misma virtualidad que la otorgada por el artículo 10.2 de la CE a la DUDH y a los Tratados sobre Derechos Humanos” (...) “De esta manera, el Tribunal Constitucional, desde 1964, ha ido abandonando, progresivamente, sus resistencias iniciales y ha seguido, cada vez más, la doctrina de los

²⁶⁷ Häberle, Peter, “Derecho Constitucional Común Europeo”, Revista de Estudios Políticos, n.79, 1993, p. 20, nota 39.

²⁶⁸ Cocozza, op. cit. p. 717.

²⁶⁹ Martínez Ponce, op. cit. p.124.

²⁷⁰ Martínez Ponce, op. cit. p. 126.

²⁷¹ Martínez Ponce, op. cit. p. 126-127.

órganos de Estrasburgo; por lo tanto, los Derechos reconocidos en la Constitución austríaca son interpretados a la luz del CR [CEDH] y de la jurisprudencia del TEDH”²⁷².

Temos, pois, de um lado o fenômeno da retroalimentação dos ordenamentos interno e internacional, informados ambos pelos mesmos princípios e valores, e de outro, a necessidade de harmonizá-los com o intuito de alcançar a finalidade comum de conferir a efetividade da proteção do ser humano, de modo a maximizar a posição deste através da complementação e ampliação do sistema interno pela normatividade mínima internacional.

A doutrina aponta várias técnicas e modos para alcançar tal desiderato, tal como a própria constitucionalização dos tratados de direitos humanos conferida por Áustria e Argentina, por exemplo, a supraconstitucionalização, como considerado pela Sala Constitucional de Costa Rica, ou mesmo a elevação dos tratados de direitos humanos ao *status* supralegal e infraconstitucional, ou ainda adotando-se um recurso prejudicial nos moldes do art. 177 do Estatuto da Comunidade Européia, que teria por objetivo uniformizar a interpretação da Convenção Européia através da provocação pelos Estados de uma manifestação prévia do TEDH, cujo processo em âmbito nacional ficaria aguardando o provimento interpretativo sobre a existência ou não de violação à Convenção, o qual seria de obrigatória observância para a autoridade judiciária nacional.²⁷³

²⁷² Martínez Ponce, op. cit. p. 127-128.

²⁷³ Drzemczewski, op. cit. p. 130-131; o recurso prejudicial acima aventado constitui-se em proposta de alguns autores a ser adotada no âmbito do sistema europeu de proteção dos direitos humanos; Queralt Jimenez refuta a necessidade da criação de um procedimento similar ao do direito comunitário (questão prejudicial), para o fim de alcançar-se harmonia na interpretação levada a efeito por ambas as jurisdições. Para esta autora, a doutrina da “coisa interpretada” por si só já é suficiente para tanto, pois como ressalta: “De hecho el reconocimiento de la cosa interpretada permite prescindir de la cuestión prejudicial, puesto que para conocer cual es el alcance que debe reconocerse a un determinado derecho solo es necesario acudir a la interpretación ya ofrecida por el TEDH. Es más, como también indica Lambert, la subsidiariedad del sistema no permite la posibilidad de una consulta directa por las instancias nacionales ya que esto supondría la oportunidad de decidir por sí mismas y en primer lugar, elementos consustanciales a la subsidiariedad reconocida en Derecho internacional

Sobre a questão, Bidart questiona o modo de alcançar uma “mirada interpretativa convergente”. Em sua visão, “un primer camino queda trazado por las constituciones que a los tratados internacionales de derechos humanos les reconocen prelación sobre todo el derecho interno. O sea, también sobre la constitución (..) Un segundo camino siguen las constituciones que a dichos tratados los colocan al mismo nivel de la constitución (..) Mas modesta y timidamente, hay constituciones que solamente sitúan a los tratados por encima de las leyes pero por debajo de la constitución (...) Tanto cuanto los tratados sobre derechos humanos resultan supraconstitucionales, como cuando se colocan al mismo nivel de la constitución, el sistema de derechos adquiere suficiente vigor para ser interpretado de la manera mas propicia a su optimización.”²⁷⁴

E confere importância destacada aos critérios interpretativos para evitar colisões entre os sistemas nacional e internacional de modo a encontrar sintonia entre as fontes: “...aconsejamos dos critérios interpretativos que procuran evitar colisiones entre constitución y tratados de derechos humanos; ellos son: a) el de la constitución española, conforme al cual los derechos y libertades reconocidos en una constitución, se han de interpretar de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos en los que el estado sea parte; b) el de que si acaso los derechos incluidos en tratados no figuran en la constitucion u ofrecen mas amplio contenido, o presentan modalidades aparentemente

(...) Por ultimo, no debe olvidarse que en contra de lo que ocurre con el Derecho comunitario, la ratificación del CEDH no ha supuesto para las instancias nacionales la cesión de ninguna competencia específica sino que, recuerdese, la garantía europea y estatal comparten un mismo espacio de actuación, siendo además la protección ofrecida por el Convenio de mínimos, y es en estos mínimos donde debe producirse la compatibilidad en el nivel de protección, que no la identidad, cosa que sí se produce en el Derecho comunitario, en que una norma comunitaria deberá ser aplicada uniformemente en todo el territorio de la Unión. En definitiva, la adecuación que pretende el sistema del Convenio se refiere únicamente a un nivel mínimo e indispensable que marca la compatibilidad de los sistemas internos de garantía con el europeo. Estos mínimos indispensables relativos al alcance de los derechos se encuentran en las sentencias del TEDH, en el efecto de cosa interpretada que estas generan”; Queralt Jimenez, Argelia, in “La interpretación de los derechos”, op. cit. p. 73-74.

²⁷⁴ Bidart Campos, “La interpretación”, op. cit. p. 77.

distintas pero más favorables, hay que considerar que los derechos humanos emergentes del tratado tienen hospedaje en los derechos implícitos de la constitución”²⁷⁵.

Poder-se-ia questionar uma presunta falta de lógica, de um ângulo meramente formal, que em ordenamentos internos que não conferem *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos – como é o caso do ordenamento espanhol e brasileiro (REs 349.703 e 466.343 e HC 87585²⁷⁶) -, terem suas disposições constitucionais (direitos fundamentais) interpretadas de acordo com normas formalmente posicionadas em um nível inferior. Idêntico questionamento que procedeu Schlett em relação ao ordenamento jurídico alemão, referido logo acima.

Qualificar como um problema de falta de lógica jurídica a exigência de que um conjunto de regras de caráter constitucional – o sistema dos direitos fundamentais – sejam interpretadas conforme normas de caráter infraconstitucional - no caso, os tratados de direitos humanos -, significa desprezar tanto as razões justificadoras do caráter material dos tratados de direitos humanos – que por sua fundamentalidade estariam no mesmo patamar dos direitos fundamentais²⁷⁷ - quanto os impactos concretos deste fenômeno interativo entre ordenamentos informados pela mesma base axiológica e principiológica, cujos sistemas tendem à maximização da garantia de proteção dos direitos, ancorados, inclusive, nos princípios de interpretação constitucional que orientam à expansividade dos direitos fundamentais.

Neste sentido, importante a posição de Bidart, que sugere o reenvio ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mesmo nestes casos: “Recuerdese que este principio [da interpretação conforme] asumido en algunas constituciones, merecia por nuestra parte la recomendación de ser tenido como implícito en aquellas constituciones

²⁷⁵ Bidart Campos, “Constitución y Derechos Humanos - su reciprocidad simétrica”, Buenos Aires, Ediar, 1991, p.98-99.

²⁷⁶ Ver a Seção II da Quinta Parte, aonde analisamos as referidas decisões e o reposicionamento dos tratados de direitos humanos no sistema de fontes no nosso ordenamento.

²⁷⁷ Posição defendida pelo Ministro Celso de Mello nos recentes julgamentos do STF, analisados Seção II da Quinta Parte.

que no lo contienen expresamente. Un estado democrático con suficiente inserción en la comunidad internacional contemporánea nos permite suponer, aunque su constitución prevalezca sobre los tratados, que su sistema de derechos logra completitud totalizadora y que recién queda cerrado, una vez que la interpretación y la integración del conjunto normativo de la constitución se llevan a cabo con suficiente reenvío necesario – en cada caso – al derecho internacional de los derechos humanos que ha recibido recepción en el derecho interno. Es, de nuevo, la idea de la retroalimentación.”²⁷⁸

Retornando ao assunto em foco, parece importante ressaltar o cenário em que foi concebida a norma do art. 10.2, bem como toda a controvérsia pós-constituição a respeito de sua necessidade, pois desde este ambiente rico em aportações doutrinárias e jurisprudenciais é viável encontrar indicações para os Estados que não dispõem de cláusulas de interpretação similares expressamente previstas em seus ordenamentos, o que é o caso da grande maioria dos países que, não obstante, recebem rotineiramente a jurisprudência do TEDH ou da Corte Interamericana com consequências, seja na jurisprudência de suas Cortes, seja em transformações legislativas.

Como bem resalta Saiz Arnaiz, a existência desta regra constitucional faz com que Espanha não necessite recorrer a imprecisas referências de abertura constitucional ao Derecho Internacional²⁷⁹ para recepcionar a jurisprudência do TEDH; mas a ausência expressa desta regra, complementamos, não pode servir como justificativa para a exclusão dos efeitos decorrentes do fenômeno da internalização das decisões dos órgãos de controle e monitoramento dos tratados de direitos humanos; fenômeno este que ao fim e ao cabo parece dar razão àqueles que ressaltam que a interpretação conforme aos tratados é algo que provém da interação dos sistemas²⁸⁰, a partir da perspectiva das constituições às dimensões internacionais.

²⁷⁸ Bidart Campos, “La interpretación”, op. cit. p.91.

²⁷⁹ Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 148-149.

²⁸⁰ Garcia-Sayan resalta que “no se podría decir aún que la mayoría de tribunales ha incorporado ya las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus razonamientos, sí es cierto, sin embargo que diversos tribunales de la mayor jerarquía en la región (Cortes o tribunales y Cortes Supremas) ya lo vienen haciendo”; tal

Bidart, inclusive, defendeu desde antes da reforma da Constituição argentina de 1994 – que elevou vários tratados de direitos humanos ao nível constitucional – a existência implícita da regra de interpretação dos direitos fundamentais conforme os tratados de direitos humanos naquele ordenamento. Como veremos mais adiante, a mais Alta Corte argentina reconheceu a necessidade (obrigatoriedade) de seguir os standards provenientes da Corte Interamericana mesmo antes desta reforma constitucional.

Nesta esteira, parece adequado admitir que o fenômeno da interpretação conforme parece independer da posição formal dos tratados de direitos humanos, ou mesmo da existência expressa desta regra interpretativa. Aliás, como defende Queralt Jimenez, a recepção e utilização da jurisprudência internacional de direitos humanos independe até da incorporação formal da CEDH aos ordenamentos jurídicos domésticos, tendo demonstrando a autora em seu estudo de direito comparado que vários estados membros do Conselho de Europa manejavam os critérios interpretativos mesmo dentro deste contexto de não-incorporação do referido tratado internacional, uma vez que “a CEDH persegue uma proteção de caráter material dos direitos fundamentais”, já que “el mayor o menor nivel de protección de los derechos fundamentales no viene condicionada por la incorporación del CEDH, sino por el nivel de garantía que realmente se ofrezca en el ámbito interno”²⁸¹.

iv. O Tribunal Constitucional espanhol e a adoção da doutrina do TEDH

A importancia que ganha a cada dia a jurisprudência dos órgãos de garantia dos tratados de direitos humanos na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol obriga-nos fazer referência a algumas sentenças. Advertimos que não se seguiu

incorporação se faz, a propósito, no âmbito do sistema interamericano, mesmo quando se constata que pouquíssimos países em nosso entorno, como Peru e Colômbia, possuem uma cláusula de interpretação similar à da Espanha, o que supõe admitir que outros mecanismos produzem os efeitos de interação entre os ordenamentos interno e internacional e da absorção da doutrina da Corte Interamericana; Garcia-Sayan, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, in “La Corte Interamericana - Un cuarto de siglo 1979-2004”, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 326.

²⁸¹ Queralt Jiménez, Argelia, in “La interpretación de los derechos”, op. cit. p. 174; p. 154-172.

metodologia específica na seleção e apresentação, pois nossa preocupação foi somente a de apontar alguns precedentes importantes que apoiassem nossa exposição²⁸².

Sem embargo, destacamos especificamente – e, em primeiro lugar -, duas sentenças do TEDH a respeito de casos em que Espanha foi condenada por não observar o desenvolvimento jurisprudencial da Convenção Européia a propósito do uso de escutas telefônicas consideradas violadoras do direito ao respeito da vida privada e familiar (art. 8º), e – em segundo lugar -, a sentença do Tribunal Constitucional a respeito da inconstitucionalidade da Lei de Estrangeiros (SSTC 236/2007).

iv.a. A obrigação de os Estados membros de acompanhar a evolução da jurisprudência internacional de direitos humanos - As sentenças do TEDH nos casos Valenzuela Contreras contra Espanha e Prado Bugallo contra Espanha

O interesse nestas duas sentenças do TEDH nas que Espanha foi condenada repousa no fato de não haver sido atendidos os parâmetros jurisprudenciais que se desenvolveram a respeito do art. 8º da Convenção Européia (direito ao respeito à vida privada e familiar), no que concerne à autorização judicial de escuta nas comunicações telefônicas. O TEDH proporcionou uma evolução significativa do tema em direção a um melhoramento das garantias mínimas para evitar os abusos das autoridades públicas no uso deste mecanismo de ingerência da privacidade, ao qual Espanha não conseguiu, nestes dois casos, acompanhar.

O primeiro deles se dá em um ambiente no qual não havia o devido desenvolvimento normativo da temática em Espanha. Na época dos fatos (as escutas ocorreram durante o ano de 1985) havia somente a previsão constitucional do art.

²⁸² Um estudo mais profundo neste sentido pode-se buscar em Martínez Ponce, *op. cit.* p. 187-240, e em Casadevante Romani, *op. cit.* p. 57-161.

18.3²⁸³ e a do art. 579 da Lei de Processo Penal²⁸⁴ espanhol, base sobre a qual o juiz autorizou as escutas.

O demandante estava sendo investigado pelo cometimento de delitos de injúrias graves e ameaça, realizadas por telefone e por carta. A sentença o condenou a uma pena de quatro meses de prisão, multa e indenização, a qual não sofreu alterações no Tribunal Supremo e tampouco no Tribunal Constitucional.

Em Estrasburgo, o demandante sustentou que a autorização judicial das escutas constituiu uma ingerência indevida porque não havia uma lei suficientemente previsível e clara. Assinalou que o sistema de escutas teria um caráter geral e ilimitado, o que violaria o art. 8º da Convenção, na medida que a Constituição espanhola não definiu a extensão e as modalidades da utilização das intervenções nas comunicações telefônicas. Alegou também que não se efetuou controle judicial e que não houve motivação na decisão do juiz, pois não se mencionavam os fatos nem os motivos que poderiam modificar a medida restritiva, a qual inclusive é taxada de desproporcional em relação a gravidade dos delitos.

O TEDH se baseia em sua jurisprudência para decidir o caso. Invocando a doutrina dos casos *Malone, Kruslin e Kopp* (*Malone contra o Reino Unido* de 2 agosto de 1985, *Kruslin contra França*, *Huvig contra França*, ambas de 24 abril de 1990), ressalta que não basta a existência de uma lei tal como dispõe o art. 8º da Convenção, se não que se deve verificar sua “qualidade”; ou seja, a lei tem que “ofrecer una cierta protección contra atentados arbitrarios de los poderes públicos a los derechos garantizados” exigencia que se deriva de “la necesidad de la accesibilidad de la ley para la persona implicada, que por añadidura debe poder prever las consecuencias para ella” (FJ 46, ii).

²⁸³ Art. 18.3 da C.E. - “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

²⁸⁴ Art. 579 - “Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y exámen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”.

Ademais, sustentou o TEDH que “la exigencia de previsibilidad implica que el derecho interno debe emplear términos suficientemente claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones habilita a los poderes públicos a tomar tales medidas” (Malone, Kruslin y Kopp), ya que “la existencia de reglas claras y detalladas en la materia es indispensable, tanto más cuanto que los procedimientos técnicos no cesan de perfeccionarse” (Kruslin e Huvig) (FJ 46, iii).

Desta forma, recordando as garantias mínimas que entende necessárias para evitar abusos das autoridades públicas – *extraídas dos casos Kruslyn e Huvig* – aplicou-as ao caso espanhol: a) a definição das pessoas suscetíveis de serem submetidas à vigilância telefônica judicial; b) a natureza das infrações que podem justificar a escuta; c) a fixação de um limite à duração da execução da medida; d) as condições de estabelecimento de atas que consignem as conversas interceptadas; e) as precauções que se devem tomar para comunicar, intactas e completas, as gravações realizadas com o fim de ser controladas pelo juiz e a defesa; f) as circunstancias nas quais se podem ou devem apagar ou destruir as gravações, sobretudo após uma absolvição (FJ 46, iv).

No cotejo destes requisitos mínimos, o TEDH conclui que houve uma ingerência indevida nas comunicações telefônicas do demandante pois não houve “la previsibilidad de la ley en cuanto al sentido y a la naturaleza de las medidas aplicables” (FJ 51), isto porque “algunas de las condiciones que se desprenden del convenio, necesarias para asegurar la previsibilidad de la ‘ley’ y garantizar en consecuencia el respeto de la vida privada y de la correspondencia, no están incluidas ni en el artículo 18.3 de la Constitución ni en las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal citadas en la decisión judicial del 19 de noviembre de 1985 (apartados 14 y 30 supra), principalmente la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial, la naturaleza de las infracciones a que puedan dar lugar, la fijación de un límite de la duración de la ejecución de la medida, las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas y, la utilización y el borrado de las grabaciones realizadas”.

O que mais nos interessa ressaltar de tudo o que ocorreu neste caso é que a obrigação assumida por Espanha de respeitar o direito à vida privada (art. 8º da

Convenção) traz também a obrigação de acompanhar o desenvolvimento da jurisprudência do TEDH a respeito. Tal afirmación ganha amplitud cuando se observa que os precedentes citados pelo TEDH são **posteriores** aos fatos ocorridos na Espanha (Casos Kruslin e Huvig).

Uma passagem muito interessante mostra bem o que se quer dizer: “A semejanza del delegado de la Comisión, el Tribunal no podría tener en cuenta el argumento del Gobierno según el cual el Juez que ordenó la interceptación de las comunicaciones telefónicas del demandante no estaba obligado a conocer tales condiciones, cinco años antes de pronunciarse, en 1990, las sentencias Kruslin y Huvig. Recuerda que las condiciones que se refieren a la calidad de la ley mencionadas en las sentencias citadas por el Gobierno, derivan del mismo Convenio. De la exigencia de la previsibilidad de la ‘ley’ se desprende que, en el contexto de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, las garantías que precisan la extensión y las modalidades del poder de apreciación de las autoridades deben figurar con detalle en el derecho interno, teniendo de esta manera una fuerza apremiante que circunscribe el poder discrecional del Juez en la aplicación de dichas medidas [apartado 46 iii) y iv) supra]. En consecuencia, la ‘ley’ española que el Juez de instrucción debía aplicar habría debido preveer, con suficiente precisión, estas garantías”.

Em seguida, reprochando a lei espanhola, assinala que a precisão das garantias mínimas já haviam sido estabelecidas em sentenças anteriores: “El Tribunal indica además, que en el momento en que se ordenó la vigilancia de la línea telefónica del demandante, éste ya había precisado, en una sentencia que constataba una violación del artículo 8, que ‘la ley debe utilizar términos suficientemente claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y en qué condiciones habilita a los poderes públicos para realizar tal vulneración secreta, y virtualmente peligrosa, al respeto de la vida privada y de la correspondencia” (Sentencia *Malone* antes citada, pg. 32, ap. 67) (FJ 60).

No final pontua que “el derecho español, escrito y no escrito, no indicaba con suficiente claridad la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en este tema. El Señor Valenzuela Contreras no disfrutó, por lo tanto,

del grado mínimo de protección requerido por la preeminencia del derecho en una sociedad democrática (Sentencia *Malone* antes citada, pg. 36, ap. 79). Hubo, por lo tanto, violación del artículo 8” (FJ 61).

O outro caso se passa em um contexto um pouco diferente, mas com repercussões mais embaraçosas para Espanha. Isto porque poderia argumentar-se que no caso anterior não havia una lei que desenvolvesse o preceito constitucional – pois o art. 579 da Lei de Processo Penal não servia para o fim de autorizar as escutas telefônicas. Ocorre que, tendo havido uma reforma legislativa (Lei Orgânica 4/1988) que introduziu cláusula autorizadora da intervenção nas comunicações telefônicas estabelecendo alguns limites ao uso do mecanismo de escuta, já se tinha uma regulação legal sobre o tema²⁸⁵.

Sem embargo, isto não foi suficiente para o TEDH. Apesar de reconhecer que este caso se diferenciava do caso *Valenzuela Contreras* – pois a alteração legislativa havia indicado “en sus apartados 2 y 3, las modalidades de control de la intervención de las conversaciones telefónicas” e que havia existido um “progreso innegable”, ressaltou o Tribunal que “persistían importantes lagunas en el momento en que fueron realizadas las intervenciones telefónicas” (FJ 29 y 32).

O parâmetro de questionamento da Lei espanhola foi, por óbvio, a doutrina de Estrasburgo. Em uma passagem clarificadora deste fato, o TEDH disse que “El Tribunal considera que las garantías introducidas por la Ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las

²⁸⁵ A citada Lei Orgânica modificou o art. 579 da Lei de “Enjuiciamiento Criminal” com o que ficou assim redigida: «1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”.

Sentencias *Kruslin contra Francia* y *Huvig contra Francia*, para evitar abusos. Lo mismo ocurre con la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, con la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y con las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenidas, tarea que se deja a la competencia exclusiva del Secretario Judicial. Estas insuficiencias se refieren igualmente a las precauciones que hay que tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, para su control eventual por el Juez y por la defensa. La Ley no contiene ninguna disposición a este respecto” (FJ 30).

Ou seja, a Lei espanhola sofreu o reproche do TEDH por não haver acompanhado a evolução da jurisprudência. A propósito do tema, Retortillo Baquer sustenta que o sistema europeu é um “sistema en evolución a través de una jurisprudencia evolutiva” e que os Estados estão vinculados à Convenção “tal y como va siendo interpretado a cada momento, que no cesa de introducir matices y nuevas exigencias”. Com efeito, parece que não se pode fugir da conclusão de que “estar a la altura del Convenio, es estar a la altura de lo que en cada momento va diseñando la jurisprudencia del intérprete”²⁸⁶.

iv.b. A sentença do Tribunal Constitucional espanhol sobre a Lei de Estrangeiros - STC 236/2007

Como já havíamos mencionado, em data recente, o Tribunal constitucional declarou a inconstitucionalidade de muitos pontos da Lei de Estangeiros (Ley Orgánica 8/2000 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000), utilizando-se fundamentalmente dos critérios jurisprudenciais estabelecidos pelo TEDH.

O caso chegou ao Tribunal Constitucional através de um recurso de inconstitucionalidade que questionava a legitimidade de algumas de suas disposições, na medida em que condicionavam o exercício de determinados direitos por parte dos estrangeiros à obtenção da autorização de estância ou residência na Espanha,

²⁸⁶ Martín-Retortillo Baquer, “La interconexión de los ordenamientos”, op. cit. p. 144-145.

circunscrevendo o seu gozo, portanto, exclusivamente aos estrangeiros que se encontravam em uma situação de regularidade.

O Tribunal Constitucional deixou bem claro a vinculação do legislador e de outros intérpretes constitucionais ao art. 10.2 da CE, porque “De los anteriores pronunciamientos no podría concluirse que el legislador español, al regular los derechos de los extranjeros, no resulte limitado ex art. 10.2 CE por los tratados internacionales ratificados por España. Como hemos dicho, el art. 13 CE autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos de los extranjeros en España, pero sin afectar ‘al contenido delimitado para el derecho por... los tratados internacionales’ (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4), que debe observar para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Como cualquier otro poder público, también el legislador está obligado a interpretar los correspondientes preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, que se convierte así en el ‘contenido constitucionalmente declarado’ de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución” (FJ 4).

Ocorre que a vinculação não somente se restringiu à letra dos textos internacionais, na medida em que a Lei dos Estrangeiros sofreu o confronto com os critérios interpretativos internacionais. Depois de o Tribunal Constitucional fazer uma relação entre o direito que se disse violado com a dignidade humana (FJ 3 e FJ 6), se refere, no que concerne ao direitos de reunião e manifestação dos estrangeiros, à doutrina do TEDH: “La vinculación libertad de expresión-libertad de reunión ha sido igualmente destacada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en muchas de sus Sentencias; señalando a este respecto que ‘la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión’ (STEDH caso Stankov, de 13 de febrero de 2003,85), afirmó que ‘la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación’ (STEDH caso Rekvényi, de 20 de mayo de 1999, 58) (FJ 3). En el mismo sentido se ha pronunciado nuestra posterior STC 163/2006, de 22 de mayo, FJ 2. De lo dicho debe destacarse la conexión entre el derecho de reunión y la libertad de expresión, reiterada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por

todas, STEDH caso Partido de la Libertad y de la Democracia, de 8 de diciembre de 1999, 37), y el carácter participativo de este derecho en una sociedad democrática, en tanto que instrumento para la difusión de ideas y reivindicaciones por parte de grupos sociales que a menudo no disponen de otros medios para expresarse ante los poderes públicos y ante la sociedad en general” (FJ 6).

Concluyendo, então que: “En suma, la definición constitucional del derecho de reunión realizada por nuestra jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre. En este sentido, ya hemos declarado que 'el ejercicio del derecho de reunión y de manifestación forma parte de aquellos derechos que, según el art. 10 de la norma fundamental, son el fundamento del orden político y de la paz social', por lo que 'el principio de libertad del que es una manifestación exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución y que en cada caso resulte indubitablemente probado que se ha traspasado efectivamente el ámbito de libertad constitucional fijado' (STC 101/1985) (STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 4)” (FJ 6).

Após assinalar que sua jurisprudência não limita a prestação estatal à educação básica (arts. 27.1 y 27.4) e que os poderes públicos devem fazer efetivo “el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza” (art. 27.5 CE)” cita os precedentes do TEDH a respeito das obrigações dos Estados em relação ao direito de educação: “al interpretar el art. 2 del Protocolo adicional al Convenio Europeo de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha puesto de manifiesto que los trabajos preparatorios del Convenio confirman que las partes contratantes ‘no reconocen un derecho a la instrucción que les obligaría a organizar a su cargo, o a subvencionar, una enseñanza de una forma o a un nivel determinados’. Pero el Tribunal aclara que de ello no se deduce que en ese artículo no se consagre un ‘derecho’, y que el Estado no tenga una obligación positiva de asegurar, en virtud del art. 1 CEDH, el respeto de tal derecho ‘a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante’ (STEDH caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica,

de 23 de julio de 1968). (...) Según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el art. 2 del Protocolo forma un todo ya que el primer párrafo reconoce un ‘derecho fundamental’ de todos a la educación, sobre el cual se asienta el derecho de los padres al respeto de sus convicciones religiosas y filosóficas, consagrado en el segundo párrafo. A pesar de afirmar su carácter negativo, el Tribunal reconoce que el derecho a la educación tiene dos manifestaciones prestacionales, puesto que al prohibir el Protocolo adicional ‘negar el derecho a la instrucción’, los Estados contratantes garantizan a cualquiera que dependa de su jurisdicción ‘un derecho de acceso a los establecimientos escolares que existan en un momento dado’ y ‘la posibilidad de obtener el reconocimiento oficial de los estudios realizados’ (STEDH caso Kjeldsen, de 7 de abril de 1976)” (FJ 8).

A partir do reconhecimento de uma abrangência subjetiva universal do direito – *a todas as pessoas que dependam da jurisdição do Estado* – e da amplitude da incidência do direito – *acesso a todos os estabelecimentos escolares do sistema existente* -, o Tribunal Constitucional conclui: “De las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad. Por otra parte, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a ‘todos’, independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Esta conclusión se alcanza interpretando la expresión del art. 27.1 CE de acuerdo con los textos internacionales citados, donde se utilizan las expresiones ‘toda persona tiene’ o ‘a nadie se le puede negar’ el derecho a la educación. Según se ha visto, el acceso a los establecimientos escolares y el derecho a utilizar, en principio, los medios de instrucción que existan en un momento determinado, debe garantizarse, de acuerdo con el art. 1 CEDH, ‘a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante’. Esta expresión contenida en el art. 1 CEDH, interpretada conjuntamente con el art. 14 CEDH (SSTEDH caso Irlanda contra Reino Unido, de 18 de enero de 1978, 238; caso Príncipe Hans-Adams II de Lichtenstein, de 12

de julio de 2001,46), debe entenderse que incluye también a aquellas personas no nacionales que se encuentren en una situación irregular o ilegal” (FJ 8).

Capítulo II – Portugal

i. Introdução

A Constituição portuguesa apresenta uma cláusula que determina que a interpretação e a integração dos direitos fundamentais seja realizada em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 16.2). Ainda que ela guarde alguma similaridade com a cláusula espanhola, recentemente visitada, o parâmetro eleito pelo constituinte português é mais restrito, já que deixou este de se referir aos demais tratados de direitos humanos tal como o espanhol e outros latino-americanos. Talvez por isso se explique o tímido desenvolvimento que o referido dispositivo constitucional tem produzido na seara da interação entre direitos fundamentais e direitos humanos, ou se quiser, entre a jurisdição constitucional e a jurisdição internacional de direitos humanos²⁸⁷.

De outro lado, no entanto, lhe acompanha outra cláusula de abertura do ordenamento constitucional português ao exterior (art. 16.1), cujo conteúdo vem possibilitando o reconhecimento do carácter fundamental dos tratados de direitos humanos, inserindo-os no bloco de constitucionalidade português. Eis-las:

Art. 16 (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais)

²⁸⁷ Saiz Arnaiz matiza esta dissimilitude aduzindo que ela “tiende a desaparecer si se contempla el art. 16.2 a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués, en la que es posible encontrar referencias no sólo a la mencionada Declaración Universal sino también a los Pactos Internacionales de Naciones Unidas de 1966 y a la Convención de Roma, así como las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos, con lo que se amplía el parámetro interpretativo más allá de los límites definidos en el art. 16.2”, reconhecendo, no entanto, que o resultado do trabalho do Tribunal constitucional português é quantitativa e qualitativamente menos notável que o espanhol, justificando o menor número de precedentes na Corte portuguesa pela inexistência de um “amparo constitucional”; in “La apertura constitucional al Derecho internacional”, op. cit. p. 59-60.

1- Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

2- Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Na doutrina se encontra solidificado o entendimento de que o número 1 do artigo traduz-se em um conceito material e aberto dos direitos fundamentais²⁸⁸ - na ampla perspectiva de uma Constituição material²⁸⁹ - possibilitando o reconhecimento de outros direitos além dos formalmente declarados no Texto constitucional.

Obviamente que se incluem nesta categoria material os direitos decorrentes dos tratados de direitos humanos, pois que o próprio texto constitucional a eles se refere. No âmbito da jurisdição constitucional tal posição também não encontra resistências, tendo o Tribunal Constitucional se referido a esta característica em diversas oportunidades²⁹⁰.

Todavia, a discussão e as divergências se centram nas funções e no alcance prático da cláusula de reenvio descrita no numeral 2. Referimo-nos tanto às posições doutrinárias – citadas mas não acolhidas pelo Tribunal Constitucional – de que a norma atribuiria uma posição supraconstitucional ou constitucional²⁹¹ à Declaração Universal

²⁸⁸ Canotilho, op.cit. p. 158.

²⁸⁹ Miranda, Jorge, op. cit. p. 162 diz que “Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração (embora sem ser, em rigor, exemplificativa) é uma enumeração aberta, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de novas faculdades para lá daquelas que se encontrem definidas ou especificadas em cada momento. Daí poder apelidar-se o art. 16º, nº 1, de *cláusula aberta* ou de *não tipicidade* de direitos fundamentais”.

²⁹⁰ Por todos, ver Acórdão 101/2009, publicado em 03 de março de 2009.

²⁹¹ Como, por exemplo, no Acórdão 578/01, publicado em 18 de dezembro de 2001.

dos Direitos Humanos, até as tergiversações do Tribunal Constitucional a respeito de sua aplicabilidade, as quais nos aprofundaremos mais à frente²⁹².

A doutrina descreve três funções da referida cláusula de reenvio: a de ‘clarificar e alargar o catálogo de direitos’, a de ‘reforçar a sua tutela’ e a de ‘abrir horizontes de universalidade’, conforme se extrai da lição de Miranda²⁹³. O desenvolvimento de tais elementos permite que “os direitos fundamentais” fiquem “situados num contexto mais vasto e mais sólido que o da Constituição em sentido instrumental e ficam impregnados de princípios e valores da Declaração, como parte essencial da idéia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais – e, por conseguinte, toda a ordem jurídica portuguesa – têm de ser pensada e postas em prática”²⁹⁴. Em suma, “projecta-se, pois, a Declaração desde logo sobre as próprias normas constitucionais, moldando-as e emprestando-lhes um sentido que caiba dentro do sentido da Declaração ou que dele mais se aproxime”²⁹⁵²⁹⁶.

²⁹² Desde já, ressalte-se a posição institucional do Tribunal Constitucional português manifestada na IX Conferência de Tribunais Constitucionais europeus, em cujo informe se assume que “la invocación de las convenciones internacionales pertinentes no juega un papel central en la *ratio decidendi* de los casos examinados, siendo sólo un elemento auxiliar de interpretación y de integración de las normas constitucionales y legales internas” já que tal enfoque pode considerar-se como “expresión de una cierta “reserva de autonomía” del juez constitucional portugués”, ressaltando-se, entretanto, que tal encontro ocorreu já no longínquo ano de 1993; *in* Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional al derecho internacional”, *op. cit.* p. 64.

²⁹³ Miranda, *op.cit.* p. 157.

²⁹⁴ Miranda, *op.cit.* p. 156-157.

²⁹⁵ Miranda, *op.cit.* p. 158.

²⁹⁶ “The importance of the UDHR [DUDH] in the interpretation of the CPR [Constituição portuguesa] is also referred to by other professors of public law in Lisbon and in Coimbra, such as Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Bacelar Gouveia and Vital Moreira. They all consider that the interpretation of the constitutional rules in accordance with the UDHR is a very useful tool, especially when the rule has several possible meanings or when it appeals to concepts that are vague and indeterminate”, Beleza, Tereza Pizarro e Melo, Helena Pereira de, “Portugal: Human Rights guidelines from the Constitution to sugar bags”, *in* Jaichand, Vinoch e Suksi, Markku, “60 years of the Universal Declaration of Human Rights in Europe”, Oxford, Intersentia, 2009, p. 237.

De outro lado, Gouveia tende a tratar esta cláusula constitucional como um mero recurso de comaltação de lacunas do ordenamento constitucional²⁹⁷, o que parece confirmar o papel secundário que o Tribunal Constitucional português lhe tem geralmente atribuído. Adotando-se tal perspectiva, a eficácia e as funcionalidades²⁹⁸ da técnica do reenvio interpretativo à dimensão internacional restam obstadas e sua posição na teoria da interpretação constitucional relegada a um lugar menor.

No que toca à prática constitucional, é importante dizer que a invocação da norma prevista no nº 2 do art. 16, apesar de não ser freqüente, foi realizada em várias oportunidades pelos recorrentes ao Tribunal Constitucional - ou mesmo pelos legitimados nas ações de inconstitucionalidade -, no intuito de verem seus direitos fundamentais alargados ou reconhecidos através do reenvio ao instrumento internacional.

A postura do Tribunal Constitucional, no entanto, tem variado desde uma completa desconsideração da invocação de tal norma (Acórdãos 46/97, de 23.11.1997, e 567/03, de 19.11.03) - quando deixou sem resposta o pleito de se conferir uma interpretação do direito fundamental em harmonia com a DUDH -, quanto pela opção mais freqüente de se afastar tal diretriz interpretativa-integrativa sob a alegação de que os direitos invocados a que se pretende uma interpretação-integração em harmonia, já estariam inseridos na própria Constituição, não havendo motivo, portanto, para a

²⁹⁷ "O primeiro método fica bem patente na possibilidade, constitucionalmente bem explícita, do recurso à DUDH [refere-se ao método da integração normativa de lacunas constitucionais] como bloco normativo para integrar as lacunas em matéria de direitos fundamentais (...). Trata-se de uma via de integração de lacunas especificamente pensada para os direitos fundamentais"; Gouveia, Jorge Bacelar, "Manual de Direito Constitucional", Coimbra, Almedina, 2005, p. 675-676. Em outra obra, escreveu: "a adopção deste "Direito Subsidiário especial" determina que a Declaração Universal se torne no primeiro dos critérios constitucionais usados para preencher as lacunas do sistema de direitos fundamentais", *in* Gouveia, Jorge Bacelar, "A Declaração Universal (...)", citado pelo próprio autor em nota na obra "Manual de Direito Constitucional", *op. cit.* p. 676, nota 1151.

²⁹⁸ Ver Seção II da Quarta Parte.

postulação efetuada nos moldes definidos pela norma constitucional de reenvio interpretativo²⁹⁹.

Neste sentido, citem-se os Acórdãos 529/94 (de 28.09.1994), 578/01 (de 18.12.2001) e 678/98 (de 02.12.98) cujos provimentos judiciais rechaçaram aplicar o artigo 16.2, a exemplo dos argumentos que se extrai deste último julgado, pois a referida norma de interpretação “seria convocável se e na medida em que ajudasse a interpretar e integrar os preceitos e princípios da Constituição atinentes a direitos fundamentais, caso essa interpretação e integração se mostrassem necessárias (...) contudo, os preceitos e princípios constitucionais que foram trazidos para suportar o juízo que se efectua no presente acórdão são, por si, suficientes e, por isso, não carecidos de qualquer interpretação e integração, pois o que se prescreve no art. 10º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* em nenhuma medida deixa de estar já contido naqueles” (itálico no original).

No mesmo sentido, situa-se uma linha de julgamento que rejeita tomar quaisquer normas internacionais de direitos humanos como parâmetro de constitucionalidade, pois que “um juízo de inconstitucionalidade – como o feito no despacho ora recorrido – confronta as normas de direito ordinário com certos preceitos constitucionais. Ora, a afirmação de que normas constantes de tratados internacionais (como é o caso da DUDH e CEDH) foram objeto de violação por legislação interna, não situa, só por si, a contrariedade detectada no plano da inconstitucionalidade, mas antes na previsão da alínea i) do nº 1 do art. 70, da Lei do Tribunal Constitucional). **O art. 16 da Constituição não chegará seguramente para concluir em sentido contrário, pois se limita a estatuir que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos**

²⁹⁹ Desde um enfoque que considera a interdependência entre os ordenamentos, vale a pena citar o exemplo trazido por Beleza e Melo: “For instance, in Acórdão 6/84, of January 1984. Before the CPR clearly proclaimed the right to the full development of one's personality (which only happened with its fourth amendment in 1997), the Court stated that the constitutional text already recognized it. The argument used was, mainly, that the UDHR referred to “the full development of personality” in §2 of Article 26, and that everyone was entitled, as a member of society, to the realisation “of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality”, in “Portugal: Human Rights guidelines from the Constitution to sugar bags”, op. cit. p. 237-238.

internacionais devam ‘ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem’ (nº 2)” (destaques no original) (Acórdão 504/96, de 20.03.1996, Acórdão 75/99, de 03.02.1999 e Acórdão 247/2005, de 10.05.2005, dentre outros).

Não obstante, em julgamentos mais recentes, o Tribunal Constitucional português vem reconhecendo a influência da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, inclusive acolhendo os elementos que compõem os standards mínimos internacionais de proteção³⁰⁰, pois “grande parte das questões referenciadas no precedente número têm por suporte **a apreciação da adequação do sistema legal actualmente vigente entre nós com as exigências que nesta matéria têm sido estabelecidas pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem** (Acórdão 426/2005, de 25.08.2005) (os grifos são nossos), sinalizando ainda para uma leitura um pouco mais avançada a respeito das funções desempenhadas pelo art. 16.2, reconhecendo-o inclusive como um “princípio de interpretação”, demarcando, ademais, a “relevância constitucional” de instrumentos normativos internacionais de direitos humanos e o seu valor como parâmetro de constitucionalidade (Acórdão 101/2009, de 03.03.2009)³⁰¹.

³⁰⁰ Tratava-se da validade de escuta telefônica realizada sem as garantias adequadas, conforme alegações da defesa, tendo o Tribunal Constitucional Português tomado por base para sua decisão o confronto da lei interna com os parâmetros mínimos estabelecidos pela jurisprudência do TEDH: “A jurisprudência de Estrasburgo, tendo em conta a gravidade da ingerência na vida das pessoas que representa a escuta telefônica, precisou que não basta uma lei a prever essa possibilidade. Para prevenir o risco de arbítrio que o uso desta medida poderia acarretar, entende-se que uma tal lei deve conter uma série de garantias mínimas: - definir as categorias de pessoas susceptíveis de serem colocadas em escutas telefônicas; - a natureza das infracções que podem permitir essa escuta; - a fixação de um limite de duração dessa medida; - as condições do estabelecimento de processos verbais de síntese consignando as conversas interceptadas; - as precauções a tomar para comunicar, intactos e completos, os registros realizados, para o controlo do juiz e da defesa; - as circunstâncias nas quais pode e deve proceder-se ao apagamento ou destruição das fitas magnéticas, nomeadamente após uma absolvição ou o arquivamento do processo” (extrato do item 2.10 da sentença).

³⁰¹ Ver item ii.a deste capítulo.

Já tínhamos dito que a ausência de um desenvolvimento mais amplo da cláusula de reenvio portuguesa talvez se explicasse a partir de seu conteúdo normativo mais restrito, pois que oferece como elemento de harmonização unicamente a Declaração Universal de Direitos Humanos. Todavia, parece que a ausência de um órgão de controle e monitoramento da observância deste instrumento internacional contribui sobremaneira a tal estado de coisas – recorde-se ainda a controvérsia sobre a respeito da normatividade da Declaração -, já que não existe, desta forma, um desenvolvimento efetivo e constante de suas disposições através de uma interpretação “autorizada”, tal como a realizada por outros órgãos de controle e monitoramento criados pelos respectivos instrumentos internacionais, em nível global, como o Comitê de Direitos Humanos (Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos) ou o Conselho Econômico e Social (Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) ou mesmo os órgãos jurisdicionais regionais (Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que interpretam, respectivamente, a Convenção Interamericana e a Convenção Europeia) ou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Obviamente que não havendo jurisprudência internacional advinda da interpretação da Declaração Universal, restringe-se a atividade da jurisdição constitucional portuguesa aos seus parâmetros normativos, ao contrário, por exemplo, da atividade daqueles Tribunais constitucionais que se servem muito mais da jurisprudência do TEDH, da Corte Interamericana ou de outros organismos internacionais.

Entretanto, não se pode dizer que a jurisprudência internacional de direitos humanos esteja ausente do labor do Tribunal Constitucional português, quando se trata de definir o alcance e delimitação dos direitos fundamentais, ou mesmo que, em algumas ocasiões, este não adote como seus aqueles parâmetros internacionais.

Neste campo, devemos registrar pelo menos duas opções metodológicas da Corte portuguesa. Em primeiro lugar, ela simplesmente utiliza as decisões provenientes do TEDH ou da extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos como apoio à sua decisão, desempenhando esta a função de aderir à argumentação como um elemento a mais da fundamentação expendida pela Corte. No segundo caso, a Corte portuguesa

incorpora as diretrizes jurisprudenciais estabelecidas por aqueles órgãos internacionais, de modo a desenvolver toda uma argumentação a partir dos critérios internacionais.

Enquadram-se no primeiro grupo, a nosso ver, o julgamento havido no Acórdão 347/01 (de 10.07.2001) - sobre a legitimidade das escutas telefônicas -, ressaltando o Tribunal Constitucional que “também na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a problemática das escutas telefônicas tem sido abundantemente apreciada, por referência quer aos direitos internos dos diversos países, quer à própria Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sendo pacífico o entendimento de que a interceptação das conversas telefônicas – ainda que autorizadas por entidade judicial – constituem uma ingerência da autoridade pública no direito ao respeito pela vida privada e comunicações”, citando expressamente os julgados *Valenzuela Contreras c. Espanha* (30.07.98), *Klass* (06.09.78) e *Malone* (27.09.83), e o ocorrido no Acórdão 368/02 (de 26.09.2002) – sobre a imposição de realização de certos exames médicos ao trabalhador – quando a Corte portuguesa lembra que “nesta mesma linha se tem orientado a jurisprudência da Comissão Europeia dos Direitos do Homem e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (...)”; “Assim, a CEDH [Comissão Europeia], por exemplo, considerou admissíveis os exames obrigatórios de despistagem da tuberculose, como a prova da tuberculina e as radiografias de tórax por razões de saúde pública (...), bem como a sujeição obrigatória de um notário a exame psiquiátrico, tendo em conta o interesse geral, face ao relevo dos actos notariais (...); e ainda a entrega obrigatória de urina para análise de despistagem de consumo de drogas, por parte de reclusos, considerando o interesse da prevenção criminal (...)”.

No mesmo sentido, cabe ainda referir-se ao Acórdão 935/96 (de 10.07.1996) – a respeito da imparcialidade do juiz quando este decreta a prisão do acusado em fases processuais anteriores e se põe como julgador na fase recursal -, quando depois de afastar as disposições da Convenção Europeia como parâmetro de constitucionalidade das normas ordinárias, vaticina que “a conclusão no sentido da inconstitucionalidade a que se acaba de chegar-se situa-se na linha da Jurisprudência da Comissão e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a propósito da imparcialidade do tribunal, garantida pelo nº 1 do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, recorrendo-se ao

quanto decidido nos casos *De Cubber e Hauschildt*, para em seguida dizer que “também na presente situação se poderá dizer, tal como o fez o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Hauschildt* acabado de referir, que se verifica uma circunstância particular que justifica uma solução de inconstitucionalidade: a circunstância de ter o juiz que participou no julgamento não apenas decretado, findo o primeiro interrogatório judicial do argüido, a prisão preventiva deste, mais ainda confirmado, em data posterior e já bem próxima da data de acusação, a prisão preventiva do mesmo argüido – tudo em termos de poder criar no argüido e nos cidadãos a suspeita de que aquele juiz, ao decidir, possa não o fazer com imparcialidade”. Ainda pode-se citar, na mesma linha, o Acórdão 186/98 (de 18.02.1998) que tratou do mesmo tema, e o Acórdão 247/2005 (10.05.2005) cujo objeto era a lei penal portuguesa que apenava com mais rigor determinadas condutas sexuais praticadas por homossexuais em relação às similares condutas praticadas por heterossexuais³⁰².

Destacamos, em separado, os casos mais relevantes cujos julgamentos se enquadram no segundo grupo acima mencionado.

³⁰² Neste julgado faz-se remissão a diversos casos enfrentados pelo TEDH, bem como, ao final, informa-se sobre projeto de lei aprovado pelo Conselho de Ministros que segue parâmetro jurisprudencial daquele Tribunal europeu: “Mais recentemente a Proposta de Lei aprovada em Conselho de Ministros, em 24 de junho de 2004 e a Proposta de lei n° 149/IX (..) propõem mesmo a revogação do artigo 175° e a alteração do artigo 174°, no sentido de ser punida a prática, por um maior, de quaisquer actos sexuais de relevo com adolescente, independentemente da natureza sexual ou homossexual do acto, sempre que haja abuso da inexperiência do menor. A primeira proposta chega mesmo, na respectiva Exposição de Motivos, a “destacar que o Acórdão de 9 de Janeiro de 2003 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (...) considerou que um preceito, entretanto revogado, do Código Penal austríaco, semelhante ao actual artigo 175°, atentava contra os direitos consagrados na Convenção Européia dos Direitos do Homem” (os destaques não se encontram no original).

ii. Análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional português

ii.a. Ação de inconstitucionalidade contra a Lei da procriação medicamente assistida (Lei nº 32/2006)

No presente caso³⁰³, julgado recentemente, o Tribunal constitucional se deparou com diversas questões envolvendo o complexo tema da reprodução genética, cujo enfrentamento somente ocorreu através do manejo de instrumentos internacionais de direitos humanos que regulam a questão.

Ressaltou o Tribunal Constitucional que “para além disso, não pode excluir-se, à partida, e em tese geral, em função das cláusulas de recepção que decorrem do artigo 8º, nºs 1 e 2, da Constituição, a possível relevância constitucional de outros instrumentos de direito internacional aplicáveis e, em particular, para o que aqui importa, as Convenções e Declarações mais ligadas ao Bio-direito, como sucede com a Convenção de Oviedo, o respectivo Protocolo Adicional sobre Clonagem Humana e a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Tudo está em saber – aspectos que serão analisados mais adiante – se as disposições delas constantes consagram direitos fundamentais internacionais que possam complementar outros que se encontrem expressamente previstos na Constituição, e que, como tal, devam ser perfilhados pela ordem jurídica portuguesa, nos termos do artigo 16º, nº 1”.

Na parte que mais nos interessa, cumpre registrar que o Tribunal Constitucional confirmou algumas de suas posições solidificadas a respeito, como por exemplo, a do rechaço dos instrumentos internacionais como parâmetro de constitucionalidade cujos conteúdos já estejam inseridos na Constituição³⁰⁴, afastando,

³⁰³ Acórdão 101/2009, publicado em 03 de março de 2009.

³⁰⁴ “No ponto, porém, em que as mencionadas normas de direito internacional se encontram, elas próprias, reproduzidas no texto constitucional, designadamente por força da referência que lhes é feita nos artigos 1º e 24º, e, desse modo, foram consumidas pela Constituição, não há motivo para erigir essas disposições como parâmetro autónomo de validade de lei interna, e quando muito, por força da determinação constante do artigo 16º, nº 2, poderão servir como critério de interpretação dos correspondentes preceitos constitucionais que forem ao caso diretamente aplicáveis”.

entretanto, qualquer tipo de dúvida a respeito de sua utilização como tal, quando for o caso, devido ao caráter constitucional material dos tratados de direitos humanos. Ademais, parece estar admitindo alguma evolução a respeito deste tema inclusive por ação do próprio art. 16.2.

Assim, diz que “**no âmbito do controlo da constitucionalidade das leis** é de ter em conta, antes de mais, a Constituição da República Portuguesa, **embora se não possa excluir totalmente a possível relevância constitucional dos instrumentos internacionais**, na medida em que integrem normas que possam considerar-se como correspondendo a direito constitucionalizado **ou que possam ser utilizadas como critério de interpretação de normas constitucionais**. A única referência expressa da Constituição da República portuguesa à procriação medicamente assistida consta do artigo 67º, nº 2, alínea e), que determina: “incumbe ao Estado (...) regulamentar a procriação assistida em termos que salvaguardam a dignidade da pessoa humana” (destaques inexistentes no original).

Como havíamos dito, ressalta a Corte portuguesa a posição sobre a existência de um bloco de constitucionalidade que pode servir como parâmetro de constitucionalidade, pois “(..) ainda que assim não fosse, essas normas sempre deveriam entender-se como consagrando *direitos materialmente fundamentais*, por efeito da integração operada pelo artigo 16º, nº 1, da Constituição (..) quanto ao valor paramétrico daqueles dois outros instrumentos de direito internacional (os únicos que importa agora tomar em consideração) [fala da Convenção de Oviedo e respectivo Protocolo Adicional sobre Clonagem Humana], não poderá excluir-se que algumas das suas disposições, apesar do seu cariz convencional, poderão beneficiar de força constitucional, na medida em que se apresentem como expressão de princípios gerais de direito comumente reconhecidos no âmbito da comunidade internacional no seu todo ou, pelo menos, de um determinado universo civilizacional (art. 8º, nº 1) ou como direitos fundamentais não escritos no quadro da cláusula aberta do art. 16º, nº 1”.

Nesta linha, então, assevera que “**não pode ignorar-se, ainda aqui, que a Constituição assume como seus esses parâmetros de direito internacional convencional**, ao estipular limites para a regulamentação legal da procriação medicamente assistida que permitem a sua compatibilização com as exigências básicas da dignidade da pessoa humana ou do Estado de Direito (art. 67, nº 2, alínea e) (destacamos).

Mostra-se adequado citar ainda, o reconhecimento do caráter de princípio do art. 16.2 pela Corte - através de sua eficácia interpretativa e integrativa dos direitos fundamentais - e a importância a ele atribuída como elemento de abertura da Constituição para a dimensão internacional já que “é ainda no contexto de reconhecimento da universalidade do princípio da dignidade da pessoa humana que se deverá situar a abertura da Constituição ao direito internacional, que resulta do seu artigo 16º, nº 2, ao prescrever: ‘os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem’. Enunciando-se aqui um **princípio de interpretação** conforme à Declaração Universal dos Direitos do Homem, o alcance útil do preceito é o de permitir recorrer à Declaração Universal para fixar o sentido interpretativo de uma norma constitucional de direitos fundamentais a que não possa atribuir-se um significado unívoco, ou para densificar conceitos constitucionais indeterminados referentes a direitos fundamentais (Gomes Canotilho/Vital Moreira, *idem* págs. 367-368; Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 3ª edição, Coimbra, 2007, pág 45).” (destacamos).

ii.b. Direito ao acesso jurisdicional aos estrangeiros – Reconhecimento da existência de um princípio constitucional de interpretação em conformidade com a declaração universal de direitos humanos

Nos casos em análise³⁰⁵, um cidadão romeno e outro angolano solicitavam a concessão de asilo político em Portugal, que lhes foram negados na esfera administrativa.

³⁰⁵ Acórdãos 340/95 e 341/95, ambos publicados em 22 de junho de 1995.

Discutia-se nos processos judiciais a constitucionalidade de Decretos-leis³⁰⁶ que negavam aos estrangeiros pretendentes de asilo político a concessão de “apoio judiciário, na modalidade patrocínio judiciário”, já que assegurava tal garantia somente aos estrangeiros que residissem legalmente no País.

Nestas decisões, o que de importante aflora é o reconhecimento pela mais alta Corte portuguesa da existência de um princípio de interpretação constitucional e da perspectiva universalista da Constituição portuguesa. Nas palavras do Tribunal: “Importa porém recordar que, em conformidade com o disposto no artigo 16º, nº 2, da Constituição, os princípios constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, **do que decorre o princípio da interpretação constitucional em conformidade com a Declaração Universal**” (grifamos).

E a consequência disto para o Tribunal é a de que: “O entendimento assim assumido pelo texto constitucional conduz a que, se os preceitos sobre direitos fundamentais dos portugueses têm de ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal, por princípio devem poder valer para todas as pessoas seja qual for a sua cidadania (cfr. neste sentido, Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo III, 2ª Ed., Coimbra, 1987, PP. 138 e 139)”.

Assim, vaticina que “esta perspectiva universalista desconhecida dos textos constitucionais anteriores, aliada ao princípio geral da equiparação e do reconhecimento de direitos fundamentais a estrangeiros e apátridas decorrente do art. 15º, nº 1, não faz depender da cidadania portuguesa o gozo dos direitos fundamentais bem como a sujeição aos deveres fundamentais”.

ii.c. Princípio da publicidade das decisões judiciais

Aqui se debatia sobre a extensão da garantia do jurisdicionado à publicidade das decisões judiciais, no sentido de se delimitar a forma mais adequada para assegurar o

³⁰⁶ Decreto-Lei 387-B/87, art. 7º, nº 2 e Decreto-Lei 391/88, art. 1º, nºs 1 e 2.

gozo de tal direito³⁰⁷. Basicamente, o recorrente pretendia a declaração pelo Tribunal Constitucional da nulidade de acórdão, na medida em que este não teria sido lido em audiência mas tão-somente depositado na secretaria do Juízo *a quo*, forma que violava, na sua visão, o princípio constitucional da publicidade dos atos processuais.

O que nos interessa neste julgado é o recurso à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos para fundamentar a decisão do Tribunal português, tomando como seus os parâmetros jurisprudenciais internacionais.

Assim, ao partir da consideração que o princípio da publicidade garantido pela Constituição portuguesa não abarca a necessidade de o fazer, “em todos os casos e em todas as circunstâncias”, de uma determinada maneira, em específico, de “viva-voz, em audiência pública”, recorre aos standards europeus para delimitar o alcance e o conteúdo desta garantia fundamental.

O Tribunal constitucional português assevera, desta forma, que “precisamente neste mesmo sentido se tem, aliás, pronunciado o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que já por mais de uma vez teve oportunidade de concluir que do direito à publicidade da audiência ou da obrigatoriedade de publicitação da decisão, consagrado no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, não decorre, necessariamente, que a decisão tenha de ser lida, de viva voz, ao público. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem teve ocasião de se pronunciar expressamente sobre a necessidade de uma audiência pública para a publicitação das decisões dos tribunais, desde logo, no caso *Pretto e outros v. Itália* (7984/77, 1983, ECHR 15 – 8 de Dezembro de 1983). Estava, então, em causa um recurso interposto para o Tribunal de Cassação italiano, ao qual foi negado provimento. O respectivo acórdão foi depositado na secretaria, nos termos do artigo 133.º do Código de Processo Civil italiano, sendo notificado às partes, sem que, todavia, se tivesse procedido à sua leitura. Na sua queixa, Pretto afirmava, designadamente, que o acórdão não tinha sido objecto de leitura em audiência pública, como seria exigido pelo n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos

³⁰⁷ Acórdão 698/04, publicado em 15 de dezembro de 2004.

Direitos do Homem. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pelo contrário, concluiu que não havia violação de tal preceito”.

Sustentou-se, ademais, nos argumentos expendidos pela Corte Européia a propósito das tradições dos países europeus referente ao princípio da publicidade, já que “aquele Tribunal, depois de constatar que, aparentemente, o teor da Convenção parece mais estrito que o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos - cujo artigo 14º prevê, apenas, que “qualquer sentença pronunciada em matéria penal ou civil será publicada” (*made public*, em vez de *pronounced publicly* como se escreve na Convenção) -, possibilitando uma interpretação no sentido da exigência da leitura em voz alta da decisão, considerou, porém, que os Estados membros do Conselho de Europa têm uma longa tradição de recurso a outros meios para publicitação das decisões dos seus tribunais e que, por consequência, embora fosse difícil encontrar traço nos trabalhos preparatórios, os autores da Convenção não podiam deixar de ter tido em conta tal tradição. Assim sendo, o Tribunal não se sentia vinculado a efectuar uma interpretação literal. Pelo contrário, entendia que, em cada caso, a forma de publicidade a ser dada à decisão pelo direito interno de cada Estado-membro deveria ser apreciada em função das características especiais do processo em causa, bem como do fim do n.º 1º do artigo 6º da Convenção. Daí que, considerando o papel do Tribunal de Cassação, que apenas podia rejeitar o recurso - o que fez - ou ao anular o julgamento, e que aquele tribunal conduzira uma audiência pública, o Tribunal concluiu que - não tendo a posição do recorrente sido alterada - a falta de leitura do acórdão não violava o n.º 1 do artigo 6.º, até porque, neste caso, o acórdão estava disponível para todos na secretaria judicial”.

Citou ainda outras decisões do TEDH a respeito, tais como as proferidas nos casos *Axen v. Alemanha* (de 29.06.1982, na qual se assentou que a prolação pública de uma decisão de um Supremo Tribunal não era necessária, tendo as decisões dos tribunais inferiores sido tornadas públicas), *Ernst e outros v. Bélgica* (acórdão de 15.10.2003, quando restou decidido que tal princípio comportava exceções – inclusivamente previstas no próprio artigo 6º - e se salientou que, mesmo em hipóteses de tribunais de plena jurisdição, tal preceito não implica sempre o direito a uma audiência pública,

independentemente da natureza das questões a decidir), e ainda aquelas dos casos *Varela Assalino v. Portugal* (de 25.04.1982) e *Sutter v. Suíça* (de 22.02.1984).

Conclui, pois, ao final, que “os Estados gozam de alguma liberdade na escolha dos meios de publicitar as decisões judiciais” rechaçando o pedido do recorrente para anular a decisão, numa clara demonstração de que os precedentes internacionais serviram como base para interpretar o princípio constitucional da publicidade e os dispositivos processuais penais questionados por inconstitucionalidade³⁰⁸.

ii.d. Inconstitucionalidade de norma que regula o regime de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros – O direito do estrangeiro de manutenção do núcleo familiar

O caso em questão³⁰⁹ surge da impugnação de um conjunto de disposições normativas em processo de controle abstrato de constitucionalidade, cujo objeto inaugurou um novo regime de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros que determinava, basicamente, a expulsão dos estrangeiros do território português quando houvessem sido condenados em pena privativa de liberdade com duração não inferior a um ano, estabelecendo-se ainda, como pena acessória da condenação do estrangeiro, a expulsão daquele estrangeiro que se encontrar em Portugal, de acordo com determinados critérios³¹⁰.

³⁰⁸ “Pelo exposto, não se pode deixar de concluir que não implica qualquer violação da Constituição, nomeadamente do seu artigo 206º, uma interpretação normativa extraída da conjugação dos artigos 321º, n.º 2 e 87º, n.º 5, ambos do Código de Processo Penal, no sentido de que, em caso de reformulação de acórdão condenatório declarado nulo por insuficiência de fundamentação e em que o acórdão a proferir em nada se afastou da matéria de facto dada como provada, é dispensada a leitura da decisão reformulada, sendo a mesma notificada às partes e estando acessível a qualquer um que esteja legitimado por um interesse no seu conhecimento” (item 9.6 da decisão).

³⁰⁹ Acórdão 232/2004, publicado em 31 de março de 2004.

³¹⁰ A matéria foi regulada no artigo 101º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei 244/98, que assim dispôs: “1- Sem prejuízo do disposto na legislação penal, pode ser aplicada a pena acessória de expulsão: a) Ao estrangeiro não residente no País condenado por crime doloso em pena superior a 6 meses de prisão; b) Ao estrangeiro residente no País há

A questão foi posta à análise do Tribunal Constitucional sob a ótica da Constituição (manutenção do núcleo familiar³¹¹), pois que as expulsões havidas poderiam (1) separar os filhos dos pais estrangeiros, ou (2) implicar a expulsão daqueles de maneira indireta, inclusive, podendo haver a expulsão indireta dos filhos de estrangeiros nascidos em Portugal, o que violaria norma constitucional que impede a expulsão de nacionais³¹².

Para tanto, recorre o Tribunal Constitucional ao quanto estabelecido na jurisprudência do TEDH que possui uma larga tradição neste campo, construída a partir da proteção do direito humano dos indivíduos à intimidade e a vida privada (art. 6º da CEDH).

Nesse sentido, assevera a Corte portuguesa que “Embora reconhecendo aos Estados a legítima preocupação em assegurar a respectiva ordem pública e o consequente direito de controlarem a entrada, a permanência e o afastamento de não-nacionais, o Tribunal Europeu considera que as medidas que possam conflitar com o direito à vida familiar têm de ser justificadas por necessidades sociais imperiosas e, além do mais, proporcionadas aos fins legítimos perseguidos. E, como tal, tem-se pronunciado no sentido de considerar como violadoras do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem medidas de expulsão de estrangeiros com vínculos familiares no país de residência: assim aconteceu no caso *Moustaquim c. Bélgica* (*Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Vol. 3, n.º 3, 1991, págs. 90 e segs.), bem como no caso *Beldjoudi c. França*, (*Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Vol. 5, n.º 1-2, 1993, págs. 40 e segs.)”.

menos de 4 anos condenado por crime doloso em pena superior a 1 ano de prisão; c) Ao estrangeiro residente no País há mais de 4 anos e menos de 10 condenado em pena superior a 3 anos de prisão. 2- A pena acessória de expulsão pode igualmente ser aplicada ao estrangeiro residente no País há mais de 10 anos, sempre que a sua conduta constitua uma ameaça suficientemente grave para a ordem pública ou segurança nacional”.

³¹¹ Dispõe o artigo 36º, n.º 6, da Constituição: “Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial”.

³¹² O artigo 33º, n.º 1, da Constituição portuguesa dispõe que: “Não são admitidas a extradição e a expulsão de cidadãos portugueses do território nacional”.

O Tribunal português, parte, portanto, da premissa europeia de que a lei nacional que tratar do regime de entrada, saída e permanência de estrangeiros deve ter em conta o princípio da proporcionalidade, e todas as medidas que impliquem a expulsão de estrangeiros devem ser justificadas por necessidades sociais imperiosas.

Pondera o Tribunal Constitucional, desta forma, que “fundamentando a decisão no direito de os pais não serem separados dos filhos e no direito de os filhos não serem separados dos pais, “salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial” (art. 36º, n.º 6, da CRP), os acórdãos estão a subentender o dever de os pais assistirem em tudo o que a condição de os seus filhos menores reclama e que é traduzido pela expressão “estar a cargo”, ressaltando que **“é dentro desta linha de pensamento que se compreende a invocação da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.** De resto, no mesmo sentido vai a sensibilidade colhida do direito comparado” (grifamos).

Na mesma esteira, tomando emprestados os critérios internacionais, diz que “O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem afirmado, em reiterada jurisprudência em matéria de estrangeiros, que a criança nascida no âmbito de um casamento legal cria, desde esse momento e só por esse facto, laços que integram o conceito de vida familiar, *mesmo que os pais não coabitem*, e que esses laços só podem ser quebrados por factos posteriores excepcionais (cfr. os acórdãos *Berrehab*, de 1985, *Gül*, de 1996, *Ahmut*, de 1996; aplicando este critério aos filhos nascidos fora do casamento, cf. os acórdãos *C. v. Bélgica*, de 1996, *Mehemi*, de 1997, *Dalia*, de 1998; e, para um menor só tardiamente reconhecido pelo pai, o acórdão *Boughanemi*, de 1996)” (itálicos no original).

No mesmo julgado, ademais, adota a Corte portuguesa o conceito europeu estabelecido na jurisprudência do TEDH referente à “família” dizendo que “Não por acaso, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao definir o conceito de “família” para efeitos de protecção da mesma à luz do artigo 8º da Convenção, no caso dos estrangeiros exige a existência de uma relação não fictícia (acórdãos *Abdulaziz, Cabales e Balkandali*, de 1985, *Berrehab*, de 1985), sem, no entanto, tomar posição quanto à validade do casamento do ponto de vista do direito interno (acórdão *Abdulaziz, Cabales e Balkandali*, de 1985). Tratando-se de um casal legalmente casado, entende-se que a

expressão implica, normalmente, a coabitação (mesmo acórdão) e que o conceito de família engloba a residência em comum desde o momento da entrada no território do Estado-Parte (acórdãos *Moustaquim*, de 1991, *El Boujaïdi*, de 1997, *Boujlifa*, de 1997; no acórdão *Berrehab*, de 1985, entendeu-se, porém, que a vida em comum não é condição para se falar de vida familiar entre pais e filhos). É, aliás, significativo da cautela do Tribunal Europeu o requisito, construído pela sua jurisprudência, de existirem reais laços sociais com o território do Estado-Parte (acórdãos *C. v. Bélgica*, de 1996, *Bouchelkia*, de 1997, *El Boujaïdi*, de 1997)”.

De modo que, o Tribunal constitucional alerta para a “necessidade de proceder a um juízo de ponderação nestas situações” a qual tem sido “sublinhada em vários lugares”, tais como “o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem têm vindo a tomar o princípio da proporcionalidade como quadro de referência fundamental nesta matéria. No caso *Rutili* (1975) o princípio da proporcionalidade serviu de base à ponderação entre o direito de livre circulação dos trabalhadores e as limitações que os Estados membros são autorizados a definir por razões de segurança nacional e ordem pública [o princípio da proporcionalidade seria aplicado noutras decisões em matéria de estrangeiros: *Sagulo* (1977), *Watson* (1977), *Giagounidis* (1991), *Moustaquim* (1991)]. No caso *Ahmut* (1996), o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem esclareceu que a obrigação de os Estados-Parte admitirem no seu território parentes de um estrangeiro varia de acordo com a situação particular dos interessados e o interesse geral. E, de um modo genérico, tem chamado a atenção para um justo equilíbrio entre os interesses em presença, nos acórdãos *Gül* (1996), *Boughanemi* (1996), *C. v. Bélgica* (1997), *Dalia* (1998)”.

A adoção expressa dos requisitos estabelecidos na jurisprudência internacional se revela na seguinte passagem: “Os critérios para avaliação da proporcionalidade deverão ser: (a) a situação pessoal do requerente (caso *Nasri*, 1995); (b) a gravidade do crime cometido (caso *Moustaquim*, 1991); (c) o tipo de laços estabelecidos no Estado-Parte (casos *Berrehab*, de 1988, e *C. v. Bélgica*, de 1996); (d) o tipo de laços com o país de origem (caso *Boughanemi*, de 1996); (e) a possibilidade de estabelecimento da vida familiar noutra local (caso *Beldjoudi v. França*, de 1992)”.

E, ademais, ressalta que tais critérios já se vão inserindo na jurisprudência nacional, pois “Significativamente, esta orientação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem encontrado eco em alguns acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça – que, aliás, não deixam de se referir à jurisprudência daquele Tribunal. No seu acórdão de 6 de Fevereiro de 1997, o Supremo Tribunal de Justiça deixou afirmado que “as decisões em matéria de expulsão, tal como o assinala a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, na medida em que podem atentar contra o bem jurídico protegido no artigo 8º da respectiva Convenção, devem pautar-se por critérios de necessidade e proporcionalidade, isto é, deverão procurar o justo equilíbrio entre, por um lado, o direito à vida privada e familiar e, por outro, a protecção de ordem pública e prevenção de infracções”. Mais tarde, em acórdão de 5 de Março de 1997, o Supremo Tribunal de Justiça diria que “de harmonia com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, as decisões em matéria de expulsão, na medida em que podem atentar contra o direito protegido no § 1º do artigo 8º da respectiva Convenção, ‘devem revelar-se necessárias numa sociedade democrática’, isto é, justificadas por uma necessidade social imperiosa e proporcionadas ao objectivo legítimo perseguido” (cfr. André Gonçalves Dias Pereira, “A protecção jurídica da família migrante”, in José Joaquim Gomes Canotilho (coord.), *Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias*, Oeiras, 2000, p. 96, com amplas citações de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça neste domínio, com destaque para os acórdãos de 26-5-1988, 12-11-1995, 12-6-1996, 2-4-1997, 9-4-1997, 14-5-1997 e de 4-6-1997)”.

Conclui, por fim que: “Como se vê, a solução de que o cumprimento da ordem de expulsão deve ceder quando o destinatário da mesma seja progenitor de menores a seu cargo de nacionalidade portuguesa posiciona-se na linha seguida pelo direito comparado³¹³”.

³¹³ O provimento final do julgado, adotando as diretrizes internacionais, ficou assim posto: “Deste modo, a norma do artigo 101º, n.º 1, alíneas a), b), e c), e n.º 2 do Decreto-Lei n.º 244/98 é materialmente inconstitucional na dimensão em que permite a expulsão de cidadãos estrangeiros que tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa residentes em território nacional, por violação conjugada do disposto nos artigos 33º, n.º 1, e 36º, n.º 6, da Lei Fundamental”; e também: “Por tudo o que vem de ser exposto há que

As citações feitas pela Corte portuguesa, acima selecionadas, nos revelam de uma maneira importante a influência decisiva dos standards europeus neste julgamento. Importante ressaltar, ademais, que nenhum apoio de reenvio, seja principiológico (recurso ao princípio da interpretação conforme à Declaração Universal ou ao princípio da dignidade humana) ou normativo foi invocado para justificar o recurso aos precedentes internacionais. Ou seja, o trânsito de tais elementos internacionais encontrou passagem liberada pelo julgador português como forma de concretizar o direito de todos os estrangeiros a partir dos standards europeus e, nos limites estabelecidos no julgado, à proteção do núcleo familiar.

Capítulo III – França

i. Introdução

Na atualidade, o debate a respeito das conseqüências domésticas que a instituição de um instrumento normativo de direitos humanos com caráter internacional pode ocasionar, apesar de guardar sua natural complexidade, não pode deixar de partir do fato objetivo de que importantes impactos constitucionais são produzidos³¹⁴. Se, ademais, considerarmos que ao lado desses instrumentos são criadas estruturas orgânicas para acompanhar sua efetiva aplicação em âmbito interno - algumas com caráter jurisdicional -, torna-se ainda mais dificultoso afastar-se da conclusão de que ocorre uma verdadeira transformação no direito constitucional³¹⁵.

concluir pela inconstitucionalidade da norma do artigo 125º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 244/88, na sua versão originária, na medida em que seja aplicável a cidadãos estrangeiros que tenham filhos menores de nacionalidade portuguesa a seu cargo residentes em território nacional”.

³¹⁴ Frowein, Jochen A., “The transformation of Constitutional Law through the European Convention on Human Rights, *Israel Law Review*, Vol. 41, 2008, p. 489-499; Eissen, Marc-André, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Madrid, Civitas, 1985, p. 101-102.

³¹⁵ Sobre o assunto, devemos registrar a posição de Frowein: “Let me turn to the transformation of constitutional principles through the Convention which can well be termed revolutionary if compared with the constitutional tradition of many states. I refer to the judicial control of legislation, to the full judicial review of administrative decisions, to the guarantee of the open democratic process, to the role

Não obstante, à época em que surgiu e foi instituído o sistema europeu de proteção de direitos humanos, os países signatários da Convenção Europeia (CEDH) não poderiam projetar a amplitude dos impactos internos que este controle europeu iria acarretar. Tendo sido formulada em reação ao desprezo pelo ser humano provocado pela tragédia da segunda guerra mundial, a CEDH transcendeu a qualquer intento de restringi-la a uma simples “resposta e clarificação de princípios fundamentais” que já estavam bem reconhecidos constitucionalmente em determinados estados europeus³¹⁶.

Frowein recorda que se a instituição da CEDH tivesse sido concebida apenas como um instrumento normativo a ser aplicado em situações de emergência em caso de regimes totalitários voltarem à cena, sua importância deveria ter sido limitada aos casos

of proportionate legislation and to the full recognition of the dignity of the individual”; sobre o controle jurisdicional dos atos legislativos, assevera o autor que: “But it is quite clear that the majority of western European countries did not recognize a possibility of judicial review of legislation in 1950 or 1953 (...) But fortunately enough, more and more countries accepted these rules, and therefore it became almost necessary that the states amend their constitutional systems where judicial review of legislation did not exist. This was a slow process, but led to a rather significant transformation of constitutional principles. French, Dutch and Belgian courts accepted that necessity after some time. The British Human Rights Act of 1998 is a good example for these consequences. From 2000 on courts can in fact review the conformity of legislation with the provisions of the European Convention on Human Rights and issue a declaration of incompatibility if a statute is found contradictory to the Convention, although it cannot annul legislation. In Switzerland, where federal legislation cannot be reviewed on the basis of the Swiss Constitution, the Federal Tribunal recognized that it is the consequence of the European Convention that the Court has the power to review legislation on the basis of the Convention. This rule applies now in many European countries. It is unfortunate that in Germany, where judicial review of legislation plays such a prominent role in the constitution the Constitutional Court still does not accept full control on the basis of the Convention. However, the recent case law shows that the Court is willing to become more active here and to review German court decisions which are in violation of Convention law. The pilot judgment procedure developed by the European Court of Human Rights is a good example for the enormous importance of judicial review of legislation by convention law [refere-se o autor ao caso Broniowski v. Poland, 2004, TEDH]”; Frowein, Jochen A., “The transformation of Constitutional Law”, op. cit. p. 492-494.

³¹⁶ Frowein, Jochen A., op.cit. p. 491.

em que envolveram a Grécia, durante o regime autoritário dos coronéis, ou à Turquia depois do golpe militar³¹⁷.

O fato de França, por exemplo, possuir uma tradição de reconhecimento de direitos fundamentais estável, não lhe permitiu imaginar o quão longe iria a CEDH em seu sistema normativo interno³¹⁸. O estudo dos impactos que a CEDH produz na França guarda especial relevância em nossa investigação, especialmente porque neste país surge um controle de convencionalidade das leis em face dos tratados de direitos humanos que vai ser exercido pelos juízes ordinários franceses, e que acaba assumindo uma destacada presença no cenário interno de proteção dos direitos e garantias, a ponto de a doutrina afirmar que nos julgamentos dos casos concretos a CEDH ter mais importância que a própria Constituição francesa para os indivíduos³¹⁹, e que juiz ordinário constitui-se no “protetor das liberdades do cidadão contra os atentados do legislador”³²⁰.

O fato de o Conselho Constitucional ter rechaçado efetuar a aferição dos atos normativos franceses em face da CEDH (jurisprudência IVG, de 1975), além de constituir o arranque para o desenvolvimento do controle de convencionalidade, também contribui de maneira importante para que a relação de interdependência entre os dois tipos de controle (convencionalidade e constitucionalidade) fosse de pequena importância, mas que, todavia, ganha um componente especial a partir da reforma constitucional de 2008 – com a instituição da “questão prioritária de constitucionalidade”, em vigor desde 2010 -, a partir do momento em que a característica principal da jurisdição constitucional daquele país - controle abstrato *a priori*, - transforma-se para

³¹⁷ Frowein, Jochen A., op.cit. p. 491.

³¹⁸ Frowein, Jochen A., op.cit. p. 491-492; Nesta situação, o autor coloca também a Inglaterra ao lado da França.

³¹⁹ Sommermann, Karl-Peter, “Droits fondamentaux constitutionnels et droits fondamentaux européens”, XI^o Cours international de Justice Constitutionnelle 'Droit Constitutionnel, Droit communautaire et Droit Européen', Aix-en-Provence, Annuaire International de Justice Constitutionnelle, vol. XV, Economica-PUAM, 1999, p. 350-373.

³²⁰ R. Abraham, citado por Sudré, Frédéric “L'influence de la CEDH sur l'ordre juridique interne” in Revue Universelle des Droits de l'homme, Actes du Colloque “Le juge administratif français et la Convention Européenne des Droits de l'homme”, 1991, Vol. 3, n^o 7-9.

possibilitar um controle repressivo das leis, permitindo que o indivíduo possa argüir a inconstitucionalidade de atos normativos através de uma questão prejudicial, aventada de forma incidental em processo subjetivo. Inaugura-se, pois, uma via de controle *a posteriori* em face da Constituição francesa.

Desta forma, concorrerão para a proteção dos direitos e garantias do indivíduo ambos os controles - o convencional e o constitucional -, o que possibilita gerar, a nosso ver, uma maior influência dos *standards* jurisprudenciais do TEDH no controle repressivo de constitucionalidade a ser exercido pelo Conselho Constitucional, uma vez que tais elementos de jurisprudência internacional já tem sido tradicionalmente incorporados internamente pelos juízes ordinários.

Antes de enveredar por este caminho, entendemos importante para uma compreensão mais ampla da interação internormativa havida na França, fazer uma breve introdução histórica sobre o desenvolvimento do controle de constitucionalidade daquele país, sem o intuito de aprofundar o assunto uma vez que tal proceder desbordaria nosso propósito investigativo.

ii. O desenvolvimento do controle de constitucionalidade na França - breves considerações

O surgimento do controle de constitucionalidade na Europa somente no século XX ocorre por duas razões principais, segundo Bon. De um lado, a persistência nas constituições surgidas no período posterior à Revolução francesa da essência das idéias monárquicas e da manutenção do poder na figura dos reis vem a relativizar a importância daquelas e inutilizar os mecanismos de controle para garantir sua efetividade; de outro, a influência da concepção das constituições como uma superestrutura formal que oculta as verdadeiras relações de poder propugnada pela esquerda hegeliana, ocasiona na visão do renomado constitucionalista francês, a inexistência de reflexões sobre mecanismos jurídicos que garantissem sua eficácia³²¹.

³²¹ Bon, Pierre, "El *Conseil Constitutionnel* francés y el modelo de Cortes Constitucionales europeas", Revista Chilena de derecho, vol.20, 1993, p. 379-380.

Enquanto que no continente americano o controle se instaurava a partir de uma “sólida tradición”³²² que culminou com a conhecida sentença do Juiz Marshall, desde onde restou declarado o princípio da primazia da Constituição, sua penetração na Europa sempre foi “marginal” e “escasamente representativa”, segundo relata Cruz Villallón³²³.

Todavía, tomando o modelo austríaco como paradigma³²⁴, o controle de constitucionalidade das leis começa a se disseminar neste continente a partir de 1920, alavancado ademais pela superação dos regimes nazista e facista, por primeiro, e pela

³²² Cruz Villallón, Pedro, “La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)”, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1987, p 32.

³²³ “Lo que caracteriza al “sistema europeo” tal como queda plasmado a partir de 1920, antes y por encima de cualquiera de sus conocidos elementos integrantes, es el haber hecho del control de constitucionalidad de las leyes una función *regulada, positivada, racionalizada* y en definitiva, *limitada*. Frente a la vigencia ilimitada del principio de la primacía de la Constitución, tal como de hecho lo entienden e interpretan los tribunales, en el “sistema europeo” es el legislador, normalmente constituyente, el que determina cuáles son exactamente las consecuencias que para las leyes se van a derivar del principio de primacía de la Constitución: cuál es el contenido y alcance efectivos del principio, por quién y ante quién puede ser invocado, con qué consecuencias”; Cruz Villallón, Pedro, op. cit. p. 32-33.

³²⁴ Cruz Villallón, em seu aprofundado estudo sobre a evolução do controle de constitucionalidade na Europa, cita os modelos austríaco, suíço, tchecoslovaco, espanhol e alemão (República de Weimar), como aqueles que influíram no desenvolvimento da jurisdição constitucional no continente. No entanto, afirma em conclusão, que dentre os primeiros modelos de controle autônomo de constitucionalidade (Áustria, Espanha e Checoslovaquia) Áustria se destaca: “En definitiva, sera Austria quien se encargue de demostrar que la garantía jurisdiccional de la Constitución es *posible* en el continente, así como asegurar la *continuidad* entre el periodo de entreguerras y el que sigue a 1945. Lo cual no debe llevar a infravalorar las otras dos experiencias. Los tres ordenamientos franquearon el punto de no retorno al permitir que un órgano constitucional de naturaleza jurisdiccional declarase con efectos frente a todos la invalidez de normas legislativas *perfectas*. Con ello abrían una nueva época en el constitucionalismo europeo”; Cruz Villallón, Pedro, “La formación del sistema europeo”, op. cit. p. 416-419.

desaparição nos anos setenta dos últimos regimes autoritários existentes na Europa ocidental, por segundo³²⁵³²⁶.

Não obstante, em França o controle de constitucionalidade encontra ainda um elemento adicional que dificulta sua instituição e que jogará um papel importante no processo de implementação e consolidação de uma jurisdição constitucional francesa. Nos referimos à supremacia da lei e ao princípio da soberania do Parlamento, cuja tradição no ordenamento jurídico-político francês emperrou a investigação efetiva da compatibilidade das leis em face da Constituição, de modo a conferir-lhes uma verdadeira “inmunidad de jurisdicción” durante as Terceira e Quarta Repúblicas³²⁷.

Somente na Quinta República, com a criação do Conselho Constitucional pela Constituição de 1958, é que França vai conhecer uma jurisdição que tomará por base o princípio da primazia da Constituição, o que permitirá não somente efetuar um controle das leis incompatíveis com esta Norma – “pondo fim de forma inequívoca à prolongada

³²⁵ Relata Bon que o resultado de tais fatos históricos impelem o aparecimento de constituições democráticas com a criação de instituições encarregadas de controlar a constitucionalidade das leis; cfe. Bon, Pierre, “El Conseil Constitutionnel francés”, op. cit. p. 380.

³²⁶ Segundo Cruz Villallón, o sistema europeu de controle de constitucionalidade possui as seguintes características: i) se desenvolve em um processo autônomo, que é apresentado por ii) sujeitos legitimados de forma restrita, junto a iii) um órgão específico que exerce a competência de forma exclusiva, sendo que suas sentenças tem iv) eficácia *erga omnes*; Criz Villallón, Pedro, op. cit. p. 33-35.

³²⁷ Conforme Bon, o descrédito do controle de constitucionalidade em França também foi gerado pelos inoperantes sistemas conhecidos tanto na Constituição de 1799 quanto na Constituição de 1852, que atribuíram ao Senado a competência para analisar a constitucionalidade das leis; relata, ademais, que a questão do controle de constitucionalidade foi intensamente debatido na doutrina no início do século XX, mas que todavia os juízes ordinários geralmente se negaram a controlar a constitucionalidade das leis; Bon, Pierre, “El Conseil Constitutionnel francés”, op. cit. 381-382.

tradição da soberania ilimitada da lei”³²⁸ - bem como construir uma sólida doutrina de proteção dos direitos e garantias fundamentais³²⁹.

Tais afirmações, como veremos, devem ser matizadas pelo contexto no qual a jurisdição constitucional se desenvolve neste país, uma vez que o controle de constitucionalidade possui a característica principal de ser efetuado antes da promulgação das leis, e apesar de ser possível incidir sobre todas as leis francesas, somente é obrigatório para as leis orgânicas, sendo que as outras leis estão sujeitas à regra da facultatividade; ou seja, a análise de sua constitucionalidade se dava somente se os legitimados demandassem o Conselho Constitucional. Com o controle repressivo, estas leis podem ser objeto de questionamento através da questão prioritária de constitucionalidade quando violadoras dos direitos fundamentais.

A efetividade do sistema de proteção dos direitos e liberdades fundamentais francês nos moldes de uma verdadeira jurisdição constitucional que já se encontrava vigente na Europa ocidental, entretanto, se aperfeiçoa por meio de um lento processo que culminou com a consolidação do Conselho Constitucional como um dos órgãos mais respeitados da República Francesa atualmente³³⁰. Apresentar os principais eventos históricos que marcaram este processo é o que se tentará fazer no itens que se seguem.

³²⁸ Pardo Falcón, Javier, “El Consejo Constitucional Francés. La Jurisdicción Constitucional en la Quinta República”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, op. cit. 111.

³²⁹ Pardo Falcón analisa detidamente todas as normas que compõem o bloco de constitucionalidade, elencando de forma individualizada várias decisões do Conselho Constitucional a respeito de cada direito fundamental ou princípio fundamental; Pardo Falcón, Javier, “El Consejo Constitucional Francés”, op. cit. p. 115-143; Favoreu e Philip listam várias decisões do Conselho Constitucional que integraram direitos fundamentais ou princípios constitucionais no bloco de constitucionalidade; Favoreu, Louis; Philip, Loïc “Le Conseil Constitutionnel”, Paris, Presses Universitaires de France, 1985, p. 76-83.

³³⁰ Pardo Falcón, Javier, op. cit. p. 60-63.

iii. O surgimento do Conselho Constitucional - Função original

As condições que alçaram o general De Gaulle de volta ao poder decorreram da instabilidade política que persistiu durante toda a Quarta República³³¹, ocasionada pelas largas prerrogativas constitucionais deferidas ao Parlamento. Segundo a doutrina, este demonstrava-se de um lado como um poder “onipotente”, por concentrar quase todos os poderes e, de outro, como poder “impotente”, tendo em vista a excessiva quantidade de partidos e a ausência de maioria estável³³².

A reforma das instituições políticas francesas promovida pela nova Constituição - idealizada por De Gaulle³³³ - reflete-se diretamente nas funções que vão ser desempenhadas pelo Conselho Constitucional, e que vão marcar suas características iniciais como um órgão político a serviço do Poder executivo³³⁴.

De fato, a diretriz principal adotada pela nova Constituição foi a de justamente limitar os poderes do Parlamento reforçando o Executivo, de modo a retomar a estabilidade político-institucional. Nesta esteira, o Conselho Constitucional foi criado apenas como um mecanismo de controle deste novo arranjo institucional, a fim de assegurar o respeito deste novo equilíbrio de poderes³³⁵. Surge, portanto, no bojo de um processo político que conduz uma vontade expressa do constituinte de ruptura com a tradição do Parlamentarismo³³⁶.

³³¹ Pardo Falcón, Javier, op. cit. p. 30.

³³² Bon, Pierre, “La Constitución de la Quinta República cumple cincuenta años”, Revista española de derecho constitucional, n. 85, 2009, p. 60.

³³³ Pardo Falcón, Javier, op. cit. p. 31; sobre o processo de investidura no Governo de De Gaulle e sobre os trabalhos do poder constituinte, consultar a referida obra, p. 27-35.

³³⁴ Pardo Falcón, Javier, op. cit. p. 36; Bon, Pierre, “El Conseil Constitutionnel francés”, op. cit. p. 385.

³³⁵ Favoreu, Louis, op. cit. p. 3.

³³⁶ Favoreu, Louis, op. cit. p. 6.

Ou seja, o papel a ser desempenhado por este órgão constitui-se em atuar como garante da supremacia do Executivo, aparecendo aos olhos de toda a doutrina como principal defensor das prerrogativas do governo³³⁷.

Assim, segundo Luchaire, nunca foi o objetivo dos constituintes estabelecer um controle de constitucionalidade das leis, tampouco garantir os direitos e liberdades fundamentais, explicando-se a existência do novo órgão constitucional pelo “espírito general de la Constitución de 1958” de “reforzar al Ejecutivo en detrimento del Parlamento”³³⁸.

A declaração de Debré no sentido de que “La création d'un Conseil Constitutionnel manifeste la volonté de subordonner la loi, c'est-à-dire la décision du Parlement, à la règle supérieure édictée par la Constitution”³³⁹, demonstra, entretanto, o estágio inicial da jurisdição constitucional em França - limitada a resolver os conflitos institucionais entre o Governo e o Parlamento.

Sendo assim, esta concepção institucional deixava de refletir o estágio em que o controle constitucional já experimentava em outras jurisdições constitucionais europeias naquela época, cujo âmbito de atuação implicava a aferição de compatibilidade dos atos normativos em face dos direitos fundamentais. Tal compreensão, entretanto, passou a ser superada a partir da Decisão de 16 de julho de 1971³⁴⁰, através da qual o Conselho Constitucional afirma-se na condição de juiz constitucional³⁴¹ e abre caminho

³³⁷ Pardo Falcón, Javier, op. cit. p. 36-37; Favoreu, Louis, op. cit. p. 4; ressaltou este autor que não se trata de atribuir tal qualidade ao Conselho Constitucional, uma vez que este se esforçava não para manter a preponderância de um órgão sobre o outro, mas para assegurar o respeito das novas regras constitucionais.

³³⁸ Citado por Bon; Bon, Pierre, “El Conseil Constitutionnel francés”, op. cit. p. 382-383.

³³⁹ Favoreu, Louis, op. cit. p. 6-7.

³⁴⁰ CC 71-44DC de 16 de julho de 1971; antes desta decisão, em uma sentença de 1970 relativa aos tratados das Comunidades Europeias (CC 70-39DC, de 19 de junho de 1970) o Conselho havia citado o Preâmbulo; cfe. Bon, Pierre, “La Constitución de la Quinta República”, op. cit. p. 75.

³⁴¹ Pardo Falcón, Javier, op. cit. p. 44.

para uma evolução que lhe permite alçar-se à condição de “auténtica jurisdicción constitucional”³⁴².

iv. Marcos da Consolidação da Justiça Constitucional na França - A visão contemporânea do Conselho Constitucional

iv.a. A criação do bloco de constitucionalidade

Relata Pardo Falcón que a retirada de De Gaulle do poder é o fato que impulsiona um processo de emancipação das instituições políticas francesas, uma vez que estas estiveram “fortemente condicionadas” por sua figura e carisma³⁴³. Afirmo, pois, que “no puede atribuirse únicamente a la causalidad” que somente alguns anos mais tarde o Conselho Constitucional vai proferir uma decisão que constitui um marco importantíssimo na consolidação da justiça constitucional francesa.

Na já referida Decisão de 16 de julho de 1971 o Conselho Constitucional analisou uma lei que modificava a Lei de 1º de julho de 1901 sobre associações, tendo afirmado, se referindo ao preâmbulo da Constituição, que o princípio da liberdade de associação deve ser considerado como um dos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” não podendo ser alterado por lei ordinária³⁴⁴.

A importância dessa decisão decorre de uma peculiaridade da Constituição Francesa de 1958, já que os direitos e liberdades fundamentais não se encontram ao longo do texto, ao contrário da maioria das constituições, figurando principalmente no Preâmbulo e ainda assim por meio da remissão a outros textos³⁴⁵. Ocorre que, como

³⁴² Bon, Pierre, “La Constitución de la Quinta República”, op. cit. p. 73

³⁴³ Pardo Falcón, Javier, op. cit. p. 42.

³⁴⁴ Favoreu, Louis, op. cit. p. 75.

³⁴⁵ Como à Declaração de 1789, ao Preâmbulo da Constituição de 1946 e aos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República; Bon, Pierre, “La Constitución de la Quinta República”, op. cit. p. 73-74; A “Carta do Meio Ambiente” também deve ser considerada integrante do bloco de constitucionalidade francês. Através da Lei constitucional n°

comenta Bon, durante mais de dez anos o Conselho Constitucional não aplicou o “no tuvo la ocasión de aplicar” o Preâmbulo³⁴⁶, o que vinha mantendo a posição expressada na assembléa constituinte de negar-lhe valor constitucional³⁴⁷.

Entretanto, o Conselho constitucional confirmou posteriormente na Decisão de 27 de Dezembro de 1973³⁴⁸ seu intento de conferir pleno valor constitucional aos textos mencionados no Preâmbulo de 1958, ao anular uma lei de finanças públicas que modificava o regime de recursos dos contribuintes em caso de taxaço de ofício, declarando-a não conforme à Constituição por violar o princípio de igualdade perante a lei, contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, solenemente afirmada pelo Preâmbulo de 1958³⁴⁹.

Restou criado, assim, o que a doutrina francesa chamou de “bloco de constitucionalidade” - expressão que, tendo ultrapassado as fronteiras nacionais, foi recebida como elemento comum no direito constitucional comparado³⁵⁰ - para referir-se ao conjunto de normas com valor constitucional que servem de parâmetro para aferição da constitucionalidade dos atos normativos, e que é constituído tanto pelo texto da Constituição e pelos pelos Princípios gerais de direito de valor constitucional, quanto pelo Preâmbulo de 1958, que por sua vez é composto pelos seguintes textos: i) a

2005-205, de 1º de março de 2005, a Constituição francesa foi alterada para fazer inserir no seu Preâmbulo a “Charte de l'environnement” desde onde declaram-se direitos e deveres relativos ao meio ambiente; ver: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/charte-de-l-environnement-de-2004.5078.html>

³⁴⁶ Bon, Pierre, “La Constitución de la Quinta República”, op. cit. p. 74.

³⁴⁷ Pardo Falcón, Javier, op. cit. p. 43.

³⁴⁸ CC 73-51DC, de 27 de Dezembro de 1973.

³⁴⁹ Favoreu, Louis, op. cit. p. 76.

³⁵⁰ Pardo Falcón, Javier, op. cit. 116.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ii) o Preâmbulo de 1946 e iii) pelos Princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República³⁵¹³⁵².

Como acentuou à época Rivero, “la Constitution française a doublé de volume par la seule volonté du Conseil Constitutionnel”, fazendo nascer assim, segundo Pardo Falcón, um “complejo sistema de fuentes constitucionales” não somente por “la propia nomenclatura y redacción de alguno de los textos” mas também “por lo diferente de los momentos históricos en que fueron creados”, o que fará “especialmente dificultosa y polémica (...) la aplicación conjunta de los mismos”³⁵³.

Não obstante, as conseqüências que derivaram deste posicionamento do Conselho Constitucional, ademais de transformar consideravelmente o papel que desempenhava, alçou a tarefa da proteção dos direitos e liberdades fundamentais como sua principal atividade³⁵⁴, de modo a formar uma abundante jurisprudência nesta temática³⁵⁵ que restou impulsionada, ademais, pela reforma constitucional de 1974 que veio a alargar o espectro de legitimados a provocar o Conselho.

iv.b. A Reforma de 1974

A reforma havida na Constituição em 1974 funcionou como um elemento que impulsionou de forma efetiva a atividade do Conselho Constitucional no seu trabalho de proteção dos direitos e liberdades fundamentais, tendo tornado-o responsável, de um lado, segundo autorizada doutrina, pela formação de “une véritable charte

³⁵¹ Pardo Falcón, Javier, op. cit. p.115-117.

³⁵² Em que pese termos mencionado anteriormente, parece adequado ressaltar uma vez mais que a “Carta do Meio Ambiente” também deve ser considerada integrante do bloco de constitucionalidade francês (Lei constitucional n° 2005-205, de 1° de março de 2005).

³⁵³ Pardo Falcón, Javier, op. cit. p. 122-123.

³⁵⁴ Bon, Pierre, “El Conseil Constitutionnel francés”, op. cit. p. 387.

³⁵⁵ Bon, Pierre, “El Conseil Constitutionnel francés”, op. cit. p. 387; Pardo Falcón, Javier, op. cit. p. 48.

jurisprudentielle des libertés”³⁵⁶, e de outro, reafirmou-o em “su papel de juez constitucional”³⁵⁷.

Constituiu-se a alteração constitucional na possibilidade de a minoria parlamentar demandar no Conselho Constitucional através de um recurso de inconstitucionalidade em face das leis ordinárias. Como critério para conferir legitimidade aos parlamentares para demandar no Conselho passou-se a exigir-se tão somente a reunião de sessenta deputados ou sessenta senadores, o que, nas palavras do Presidente da República Giscard d'Estaing - idealizador da reforma constitucional -, iria dotar a oposição de um novo estatuto, “que le permitiera adquirir un mayor protagonismo” em um regime que se apresentava com uma sólida maioria política³⁵⁸.

Conforme demonstra Favoreu, a atividade do Conselho Constitucional recebeu significativo acréscimo e, na maior parte dos casos, a provocação decorreu da minoria parlamentária³⁵⁹. Pardo Falcón ressalta, no mesmo sentido, que a partir da reforma “los diputados y senadores de la oposición recurrirán casi sistemáticamente todas las leyes de cierta trascendencia aprobadas por el Parlamento sin contar con el voto de la izquierda”, o que fez com que o Conselho Constitucional, em virtude da característica de ser prévio o controle, se convertesse “en la última instancia ante la que tiene lugar el debate político”³⁶⁰.

Assim, Favoreu confirma a previsão inicial de que a reforma objetivava reforçar a atuação política da minoria parlamentar. Ressalta, entretanto, que além deste

³⁵⁶ Favoreu, Louis, op. cit. p. 77.

³⁵⁷ Afirma Pardo Falcón, neste sentido, que “el Consejo aprovecha buena parte de las Decisiones emitidas en este período para proclamar de forma expresa el valor constitucional de una serie de principios recogidos en los textos y fuentes del preámbulo de 1958, incluidos los llamados principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios a nuestro tiempo contenidos en el Preámbulo de 1946, que constituyen una verdadera tabla de derechos sociales”; Pardo Falcón, Javier, op. cit. p. 48.

³⁵⁸ Pardo Falcón, Javier, op. cit. p. 45-46.

³⁵⁹ Favoreu, Louis, op. cit. p. 76.

³⁶⁰ Pardo Falcón, Javier, op. cit. p. 47.

objetivo, também a meta da proteção dos direitos e liberdades fundamentais restou satisfeita, uma vez que na maioria dos casos as demandas se referiam a este tema³⁶¹.

Dessa forma, Giscard d'Estaing afirma em 1978 que em razão da atuação do Conselho Constitucional “la France est devenue un Etat de droit”³⁶² isto porque, nas palavras de Favoreu “chaque autorité même la plus haute, s'exerce sous le contrôle d'un juge”³⁶³.

A instituição do controle repressivo de constitucionalidade com a reforma constitucional de 2008 aparece, neste nosso breve resgate histórico do processo evolutivo da justiça constitucional em França, como o terceiro importante marco a ser referido. No entanto, antes de adentrarmos no seu estudo, cremos ser mais oportuno entender um pouco da importância que o controle de convencionalidade obteve em França, uma vez que a reforma constitucional de 2008 está intimamente relacionada com a existência e o desenvolvimento deste, implicando, ademais, importantes interações que se produzirão entre ambos os contextos de controle das leis - o constitucional e o convencional.

v. O controle de convencionalidade das leis francesas

Na França os tratados internacionais estão inseridos no ordenamento jurídico em nível supralegal, porém infraconstitucional³⁶⁴ não integrando o bloco de constitucionalidade³⁶⁵³⁶⁶. Não podem ser, desta maneira, invocadas as disposições

³⁶¹ Favoreu, Louis, op. cit. p. 77.

³⁶² Citado por Favoreu, Louis, op. cit. p. 8.

³⁶³ Favoreu, Louis, op. cit. p. 8.

³⁶⁴ Art. 55 da Constituição Francesa: “*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*”.

³⁶⁵ Coccozza, Francesco, “Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle “transfrontière” de la CEDH et justice constitutionnelle nationale. Les lignes incertaines d'une relation structurée” in *Revue française de Droit Constitutionnel*, n° 28, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 714-715. Diz o referido autor que a prudência quanto à introdução do CEDH no bloco de constitucionalidade tende a minimizar uma influência a priori das

constantes dos tratados perante o Conselho Constitucional como parâmetro para verificação da constitucionalidade das leis. Não existe, de outro lado, um regime diferenciado para a introdução na ordem jurídica francesa para os tratados de direitos humanos³⁶⁷, em relação aos demais tratados.

Elementos tais que, como veremos, contribuíram para um interessante desenvolvimento do controle de convencionalidade naquele país, possibilitando aos juízes nacionais a verificação de compatibilidade das leis francesas em face dos tratados de direitos humanos, especialmente a CEDH, e em face do direito da União européia³⁶⁸, de modo a configurar-se em um controle concreto e sucessivo ao lado do modelo tradicional francês de controle de constitucionalidade, preventivo e abstrato³⁶⁹.

O sistema de direitos fundamentais francês, segundo autorizada doutrina³⁷⁰, tem encontrado na jurisprudência os avanços mais significativos. Isto porque a

normas européias interpretadas pelos órgãos de Estrasburgo no exercício do controle de constitucionalidade efetuado pelo Conselho Constitucional. No sentido de rejeitar à CEDH a inserção no bloco de constitucionalidade, e como tal servir de parâmetro do referido controle, encontra-se o *Rapport du Conseil Constitutionnel* (p. 263 e 264) e também Sudré, op.cit. p. 261.

³⁶⁶ Segundo o *Rapport du Conseil Constitutionnel*, publicado na 9ª Conferência das Cortes Constitucionais Européias de 1993, no que concerne aos tratados de direitos humanos, um controle de constitucionalidade somente ocorreu quando se tratou de verificar a compatibilidade com a Constituição francesa do Protocolo nº 6 à Convenção Européia, sobre a abolição da pena de morte, tendo o Conselho Constitucional decidido pela sua constitucionalidade, *in* *Revue Universelle des Droits de l'homme*, 1995, Vol. 7, nº 7-10, p. 256-268; no mesmo sentido: Sudré, Frédéric, op. cit. p. 259-274.

³⁶⁷ Segundo o *Rapport du Conseil Constitutionnel* op.cit, p. 258.

³⁶⁸ O controle de convencionalidade em França compreende tanto a aferição das normas legais em face dos tratados de direitos humanos quanto em face do direito da União Européia. Nosso estudo dirige-se, entretanto, a considerar com mais profundidade o primeiro, tendo em conta nossa proposta investigativa, não deixando, todavia, de referir-se eventualmente às questões mais emblemáticas que envolvem o segundo quando estas tiverem algum tipo de influência no âmbito de nossa pesquisa.

³⁶⁹ Cocozza, op. cit. p. 716.

³⁷⁰ Stéfanini, Marthe Fatin-Rouge e Gay, Laurence, "Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale: À qui

Constituição de 1958 não trouxe nenhuma estrutura sistêmica de proteção destes direitos³⁷¹, tendo com o desenvolvimento da jurisprudência constitucional - a partir da decisão sobre a liberdade de associação do Conselho constitucional francês em 1971³⁷² – marcando-se o “verdadeiro ato de nascimento” do tema dos direitos fundamentais na França. A partir dos anos 80 encontram-se reunidas as condições para que a jurisprudência européia venha a produzir impactos na legislação e prática francesa³⁷³, tendo em vista a ratificação da CEDH (1974) e a aceitação do direito de recurso individual aos órgãos de Estrasburgo (1981).

Na decisão sobre a “interrupção voluntária da gravidez”³⁷⁴ (IVG), o Conselho Constitucional recusou-se a efetuar o controle da compatibilidade das normas legais com os tratados internacionais, garantindo os direitos fundamentais dos indivíduos somente a partir da leitura da Constituição francesa, o que fez reenviar às jurisdições ordinárias a competência para efetuar este controle de convencionalidade. A partir de então, a Corte de Cassação em 1975 e o Conselho de Estado em 1989, vão afirmar a competência das jurisdições ordinárias, administrativa e judicial, para aferir a compatibilidade das leis com os tratados³⁷⁵.

revient la protection des droits fondamentaux en Europe?”, Aix-en-Provence, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. XX, Economica-PUAM, 2004, p. 213-243.

³⁷¹ Stéfanini e Gay, op. cit. p. 214.

³⁷² A decisão histórica do Conselho Constitucional de 16.07.1971 (CC 71-44) fez inserir no bloco de constitucionalidade os direitos e garantias fundamentais inscritos na Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão de 1789, o Preâmbulo da Constituição de 1946 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.

³⁷³ Stéfanini e Gay, op.cit. p. 217.

³⁷⁴ CC 74-54, de 15 de janeiro de 1975, Sudré, op.cit. p. 261; Stéfanini e Gay, op. cit. p. 218; Afirma Rideau, que tal direcionamento ficou ainda mais claro na decisão do Conselho Constitucional sobre a entrada e saída de estrangeiros (CC 86-216, de 03 de setembro de 1986); Rideau, Jöel, “La coexistence des systèmes de protection des droits fondamentaux dans la communauté européenne et ses états membres”, Aix-en-Provence, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. VII, Economica-PUAM, 1991, p. 16-17.

³⁷⁵ Stéfanini e Gay, op.cit. p. 218.

Assim, os casos *Nicolo*³⁷⁶ e *Jacques Vabre*³⁷⁷ abrem a via para a contestação posterior da lei nacional em face dos tratados internacionais, de modo a reconhecer a superioridade destes em face daquelas. O controle de convencionalidade abrange a análise da compatibilidade das leis em face do direito comunitário e em relação ao direito internacional dos direitos humanos, em especial a CEDH³⁷⁸.

A verdade é que o exercício do controle de convencionalidade pelas jurisdições ordinárias tem sido de tamanha importância que autores renomados vem afirmando que o juiz administrativo constitui-se no “protetor das liberdades do cidadão contra os atentados do legislador”³⁷⁹, ou que a proteção dos direitos fundamentais tem “sido confiado mais à jurisprudência do Conselho de Estado do que a do Conselho Constitucional”³⁸⁰ e, na mesma linha, que nos julgamentos dos casos concretos pelos tribunais ordinários a CEDH pode ter mais importância que a Constituição para os indivíduos³⁸¹.

De outro lado, a doutrina especializada francesa tem enxergado um aproximação muito grande destes dois tipos de controle, o da convencionalidade e o da constitucionalidade, seja porque os direitos fundamentais da Constituição francesa são muito parecidos com os enunciados na CEDH, seja porque os mecanismos e técnicas de controle e interpretação por ambas as jurisdições não são diferentes³⁸², aventando-se,

³⁷⁶ Conselho de Estado, Ass. de 20 de outubro de 1989.

³⁷⁷ Corte de Cassação, 73-13556, de 24 de maio de 1975.

³⁷⁸ Stéfanini e Gay, op. cit. p. 218.

³⁷⁹ R. Abraham, citado por Sudré, op. cit. p. 262.

³⁸⁰ Cocozza, op. cit. p. 714.

³⁸¹ Sommermann, Karl-Peter, “Droits fondamentaux constitutionnels et droits fondamentaux européens”, XI^o Cours international de Justice Constitutionnelle 'Droit Constitutionnel, Droit communautaire et Droit Européen, Aix-en-Provence, Annuaire international de justice constitutionnelle, vol. XV, Economica-PUAM, 1999, p. 350-373.

³⁸² Stéfanini e Gay, op. cit. p. 219.

ademais, a existência de um parentesco destas técnicas cujo escopo seria buscar a efetividade aos direitos e garantias³⁸³.

Nesta esteira, Sudré³⁸⁴ afirma que o controle de convencionalidade oferece ao Conselho de Estado a possibilidade de assumir quase totalmente o papel, concorrente ao do Conselho Constitucional, de um juízo de constitucionalidade das leis, pois certas prescrições da CEDH - na mesma linha argumentativa anteriormente mencionada -, são muito similares aos princípios de valor constitucional reconhecidos na França.

É realmente interessante constatar, por outro lado, que não obstante a CEDH ou outro instrumento internacional de direitos humanos não estarem integrados ao bloco de constitucionalidade francês, o Conselho Constitucional tem acolhido a jurisprudência europeia no controle de constitucionalidade, ainda que implícita e timidamente, como veremos mais à frente.

De fato, a posição da maioria da doutrina especializada entende que o Conselho Constitucional, apesar da jurisprudência IVG, não está isento da influência da jurisprudência dos órgãos de Estrasburgo, reconhecendo que a utilização é implícita³⁸⁵, como aliás sublinha o próprio *Rapport du Conseil Constitutionnel* já citado³⁸⁶.

É realmente interessante verificar que este Relatório, publicado por ocasião da 9ª Conferência das Cortes Constitucionais europeias em 1993 – em um cenário de não integração ao bloco de constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, relembre-se -, admite a utilização da jurisprudência internacional de direitos humanos como “fonte de inspiração” nas decisões do Conselho.

³⁸³ *Rapport du Conseil Constitutionnel* op. cit. p. 264 ; Cocozza, op. cit. p. 716.

³⁸⁴ Sudré, op. cit. p. 262.

³⁸⁵ Rideau, Jöel, op. cit. p. 18; Robert, Jacques, “Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité?” Paris, *Revue Universelle des Droits de l'homme*, 1995, Vol. 7, n° 7-10, p. 288.

³⁸⁶ *Rapport du Conseil Constitutionnel*, op. cit, p. 264-265, 267-268.

Diz o relatório que, “à diferença de algumas constituições estrangeiras, a Constituição de 1958 não ordena de maneira nenhuma ao juiz constitucional interpretar os direitos e liberdades que ela reconhece de conformidade com as convenções internacionais que tratam da mesma matéria”, mas, no entanto, é “em virtude de uma escolha de política jurisprudencial que o Conselho constitucional pode decidir inspirar-se na jurisprudência dos órgãos internacionais encarregados de assegurar a aplicação da CEDH ou dos Pactos das Nações Unidas”³⁸⁷.

A menção que faz o *Rapport* ao parentesco das técnicas de interpretação e de controle utilizadas tanto pelo Conselho Constitucional quanto pela Comissão Européia e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos resulta das convergências de ambas as jurisdições a determinados valores comuns, asseverando que ambas pretendem conferir um caráter efetivo à proteção dos direitos fundamentais (citando a imposição de obrigações positivas ao Estado e ao legislador por ambas as jurisdições), ou ainda ao grau de intensidade do controle exercido (fazendo alusão ao caráter auto-restritivo da Alta jurisdição francesa em face do Parlamento, e também à “margem nacional de apreciação”, referindo-se à técnica similar utilizada pela Corte Européia)³⁸⁸.

Por outro lado, Sudré ressalta existir uma verdadeira “transusão” das soluções consagradas pela jurisprudência da Corte Européia para o direito interno francês, que ocorre através da invocação dos “princípios constitucionais” ou dos “objetivos de valor constitucional”³⁸⁹.

Assim, exemplifica que nas decisões do Conselho sobre o tema de liberdade de imprensa, afirmou-se que “o pluralismo dos jornais de informação política e geral (..) é em si mesmo um objetivo de valor constitucional” (CC 84-181, de 11 de outubro de 1984), e sobre a lei de liberdade de comunicação ressaltou-se que “o pluralismo dos meios de expressão sócio-culturais é em si mesmo um objetivo de valor constitucional” e que o “respeito desse pluralismo é uma das condições da democracia” (CC 86-217, de 18

³⁸⁷ *Rapport du Conseil Constitutionnel* op. cit. p. 264.

³⁸⁸ *Rapport du Conseil Constitutionnel* op. cit. p. 264-265.

³⁸⁹ Sudré, op. cit. p. 268.

de setembro de 1986), tendo sido ambas extraídas, segundo Sudré, dos casos *Handyside* (17 de dezembro de 1976) e *Sunday Times* (26 de abril de 1979), ambos da Corte Europeia, nos quais se registrou que a liberdade de expressão “constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática” (Handyside, §49), e que “não há sociedade democrática sem (...) pluralismo, tolerância e espírito de abertura” (Sunday Times, §66)”³⁹⁰.

Em outro caso, a propósito da lei de transparência do mercado financeiro, ressalta o mesmo autor que o Conselho Constitucional, ao precisar os termos do direito de defesa – princípio fundamental reconhecido pelas leis da República francesa - “que implica, notadamente em matéria penal, a existência de um procedimento justo e equitativo garantindo o equilíbrio dos direitos das partes”, tomou por empréstimo, “até nos mesmos termos”, a jurisprudência da Corte Europeia sobre o art. 6º, § 1º (Casos *Decourt*, de 17 de janeiro de 1970, *Golder*, de 21 de fevereiro de 1975)³⁹¹.

Citando Flauss³⁹², Sudré aponta que apesar de não poder referir-se explicitamente à CEDH – ou a outro tratado de direitos humanos -, por não integrarem o bloco de constitucionalidade, “o Conselho a enriquece, seja complementando-o com princípios não-escritos – mas inscritos na CEDH e interpretados pela Corte Europeia -, seja interpretando um direito inscrito em um texto com valor constitucional à luz das prescrições do direito europeu dos direitos do homem”³⁹³.

Na opinião de Jacques Robert³⁹⁴, deduzida do já citado *Rapport Général*, se depreende que “assim como a norma convencional, a jurisprudência nunca deixou de influenciar as interpretações de certas Cortes europeias”, asseverando que no caso do

³⁹⁰ Sudré, op. cit. p. 268-269.

³⁹¹ Sudré, op. cit. p. 268-269.

³⁹² Flauss, J.-F., “Des incidences de la CEDH sur le contrôle de constitutionnalité des lois en France”, LPA, 1988, n. 148, p.3.

³⁹³ Sudré, op. cit. p. 269.

³⁹⁴ Robert, op. cit. p. 269-293.

Conselho Constitucional, essa influência se verifica, por exemplo, no domínio da liberdade de expressão³⁹⁵, como vimos acima.

Sublinha, ademais, que a diretriz da Corte Européia de não limitar a aplicação dos princípios básicos de direito penal e processo penal na sua esfera tradicional de aplicação, de modo a estendê-los ao conjunto do direito repressivo, tem sido um encorajamento para o Conselho Constitucional agir de forma semelhante³⁹⁶.

Para parte da doutrina, no entanto, esta interação do Conselho Constitucional com as normas européias de direitos humanos e sua respectiva jurisprudência é insuficiente, tímida³⁹⁷ e deveria manifestar-se de forma expressa³⁹⁸.

A Corte de Cassação francesa tem se utilizado da jurisprudência européia nas suas decisões, o que se explica, no entanto, porque exerce de forma plena o controle de convencionalidade. Tendo havido uma condenação da Áustria pela Corte Européia no caso *Gaygusuz*³⁹⁹, por ter aquele país discriminado a outorga do subsídio de desemprego em razão da nacionalidade (o requerente era turco), a Corte de Cassação vai fazer aplicação desta jurisprudência para reconhecer o direito ao subsídio a um estrangeiro que se encontra em condições de regularidade na França⁴⁰⁰.

O Conselho de Estado, de sua parte, também tem trilhado o mesmo caminho, como aduz Béchillon. Segundo este autor, no caso *Bitouzet*, relativo à matéria indenizatória das servidões urbanas, o juiz supremo administrativo contorna o quanto

³⁹⁵ Robert, op. cit. p. 289; Cita o autor ainda a decisão CC 89-271, de 11 de janeiro de 1990.

³⁹⁶ Robert, op.cit. p. 289; CC. 82-155, de 30 de dezembro de 1982; CC 87-237, de 30 de dezembro de 1987; CC. 88-248, de 17 de janeiro de 1989.

³⁹⁷ Szymczak, David, op. cit. p. 2; Rideau, Jöel, op. cit. p. 18; Robert, Jacques, op. cit. p. 288.

³⁹⁸ Szymczak, David, op. cit. p. 2..

³⁹⁹ *Gaygusuz contra Austria*, de 16 de setembro de 1996.

⁴⁰⁰ Stéfaninini e Gay, op. cit. p. 228-229, (Cass.Soc, de 14 de janeiro de 1999).

estabelecido no artigo L. 160-5 do Código de Urbanismo francês - que restringia de forma bastante importante as indenizações aos proprietários em relação ao direito europeu -, para interpretá-lo de acordo com a jurisprudência do TEDH. Pontua o doutrinador que: “O Conselho de Estado adota uma estratégia proativa para responder a esse déficit: impõe uma leitura desse artigo que transformou profundamente a economia expressando-o de uma forma adequada em relação à CEDH. Estrategicamente falando, o golpe foi muito bem dado. Essa operação de reescritura interpretativa do artigo L.160-5 permitiu evitar uma declaração de inconveniência da lei, de sua reparação, e de uma condenação implícita da jurisprudência mais benevolente do Conselho de Estado”⁴⁰¹.

Geralmente, aponta-se que a aceitação do recurso individual por França, permitindo o acesso dos indivíduos à jurisdição de Estrasburgo, constitui elemento importante para a integração da jurisprudência europeia no direito interno francês⁴⁰². Isto porque a possibilidade de uma condenação do país no caso de haver um conflito entre as decisões internas e a jurisprudência europeia tem posto em debate alguns temas como o alcance da liberdade de interpretação do juiz nacional no tema dos direitos fundamentais em face da CEDH, o papel exercido pela jurisdição europeia de direitos humanos - se de concorrência ou complementariedade ao direito nacional -, e a possibilidade de uma eventual submissão dos órgãos jurisdicionais nacionais à jurisdição europeia dos direitos humanos.

Alega-se pois que a aceitação do direito ao recurso individual por França⁴⁰³, constitui o “disparo que ativa a penetração real da CEDH” no ordenamento interno, pois que se abre a possibilidade de invocá-la internamente a partir de então, juntamente com a respectiva jurisprudência⁴⁰⁴. Diz-se, desta forma, que se os Estados não são constrangidos

⁴⁰¹ Béchillon, Denys de, “Cinq cours suprêmes? Apologie (mesurée) du désordre”, in *Revue Pouvoirs*, n° 137, Paris, Seuil, 2011, p. 42.

⁴⁰² Stéfaninini e Gay, op.cit. p. 217; Sudré, op. cit. p. 264.

⁴⁰³ Em 02 de outubro de 1981.

⁴⁰⁴ Sudré, op. cit. p. 264, citando Koering-Joulin e Wachsmann, diz que tal fator constituiu o elemento mas inovador do direito recente das liberdades públicas em França, com a aparição de uma verdadeira e abundante jurisprudencia constitucional a partir de 1971.

juridicamente a colocar em harmonia sua jurisdição com a Convenção⁴⁰⁵, eles são “fortemente incitados”, pois, o “exame da prática estatal mostra que a jurisprudência da Corte de Estrasburgo incita as autoridades nacionais a ela se conformar e adotar as medidas gerais para remediar as carências de seu direito interno”. Deste modo, ressalta-se que mesmo rejeitando-se a tese do efeito *erga omnes* da interpretação da Corte Européia, a aceitação do recurso individual gera o efeito prático de que em havendo uma condenação de um país pode-se despertar nos estados vizinhos que se encontram em situação semelhante numerosos recursos similares ao que originou a condenação, resultando para o juiz nacional um verdadeiro “imperativo de disciplina jurisdicional”. Em suma, na opinião de Sudré, a jurisdição nacional não deveria se afastar da interpretação dada pela Corte, pois haveria o risco de expor o Estado a uma condenação internacional⁴⁰⁶.

Foi o que ocorreu no caso *Zielinsky Pradal* em que houve condenação da França por violar o direito a um processo equitativo (TEDH, 28.10.99) a partir de uma lei em matéria fiscal que tinha sido previamente declarada conforme à Constituição pelo Conselho Constitucional. No entanto, prevaleceu o espírito de harmonização tendo o Conselho feito evoluir sua jurisprudência a fim de adequar seus critérios àqueles expostos pelo TEDH⁴⁰⁷.

Nesta esteira, parece adequado registrar o questionamento que fazem Dominique Rosseau⁴⁰⁸ e Rolland⁴⁰⁹ a respeito da amplitude da liberdade da interpretação

⁴⁰⁵ O autor assevera que os julgados das Cortes de Direitos Humanos apesar de obrigatórios, são declaratórios, sendo que a execução fica confiada aos Estados, os quais assumem tão-somente uma obrigação de resultado.

⁴⁰⁶ Sudré, op. cit. p. 271-272.

⁴⁰⁷ Béchillon, Denys, op. cit. p. 41.

⁴⁰⁸ Rosseau, Dominique, “L'intégration de la Convention européenne des Droits de l'homme au bloc de constitutionnalité”, in D. Rosseau et F. Sudre (dir. Publ.), Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Paris, S.T.H., 1990, 117-136.

⁴⁰⁹ Rolland, Patrice, “L'interprétation de la Convention”, in Revue Universelle des Droits de l'homme, Actes du Colloque “Le juge

dos juizes nacionais. O primeiro pergunta se o Conselho deve considerar a CEDH e também sua respectiva jurisprudência, ou em outros termos, pergunta se no exame da lei deve empreender-se uma leitura própria ou referir-se a uma interpretação dada pela Corte de Estrasburgo⁴¹⁰. O segundo, mesmo reconhecendo a autonomia de ambas as jurisdições, questiona se o juiz nacional deve esperar passivamente uma eventual condenação do Estado para reagir⁴¹¹.

Dominique Rosseau não tem dúvidas em afirmar que uma resposta que permita acolher a interpretação dada pelo juiz europeu é a que deve prevalecer, pois “se o Conselho defende e mantém sua inteira liberdade de apreciar as disposições da Convenção o risco é grande, e em todo caso existe, de aparecerem divergências entre o Conselho e a Corte Européia”, complementando que tal “situação contraria o espírito da Convenção, pois leva a negar, pela multiplicação das leituras nacionais, a idéia de comunidade de valores, a idéia de ordem pública européia de direitos humanos, que animou seus autores (...)”⁴¹².

Afirma Rolland, de sua parte, que o espírito da Convenção, notadamente em face da aplicação do princípio da subsidiariedade, implica que o juiz nacional se anteceda ao juízo internacional sancionando a violação aos direitos humanos. Ao mesmo tempo, coloca em debate a questão de como fazer uso adiantado das indicações inseridas na jurisprudência da Corte Européia. Segundo este autor, as decisões da Corte de Estrasburgo constituem um mecanismo parcial e indireto de interpretação da Convenção – à falta de um recurso de interpretação suscetível de assegurar a unidade de aplicação e interpretação do tratado -, também porque em face do recurso individual ela é quem interpreta e decide em último lugar, fixando o sentido e o alcance de suas disposições normativas. O que não impede reconhecer que, concretamente, as relações entre a jurisprudência internacional e o juiz nacional são suscetíveis de muita flexibilidade, pois

administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme”, 1991, Vol. 3, n° 7-9, p. 280-288.

⁴¹⁰ Rosseau, Dominique, p. 128-129.

⁴¹¹ Rolland, op. cit. p. 287.

⁴¹² Rosseau, op. cit. p. 129.

o juiz de Estrasburgo é suscetível, como todo juiz, de alterar sua jurisprudência, perante “uma posição solidamente argumentada do juiz interno”⁴¹³.

Aconselha, pois, que se extraia o “espírito” das soluções e não elas mesmas, pois não “há nenhuma dedução mecânica a operar a partir das decisões da Corte” cabendo ao juiz interno “fazer este trabalho de re-apropriação da jurisprudência europeia em vista de responder a um novo caso particular”. A verdade é que “as relações entre as duas ordens jurisdicionais podem concretamente escapar à alternativa da submissão ou do afrontamento”, pois entre as duas “há todo um espaço de uma atividade concreta e jurisprudencial de apreciação de fatos e interpretação dos textos”. Resulta claro para o autor que “nem os métodos de interpretação nem as concepções dos órgãos de Estrasburgo conduzem a uma submissão passiva do juiz interno”⁴¹⁴.

Isto porque “nada proíbe que se faça um diálogo entre as jurisdições internas e o juiz internacional, que conduza à reavaliações de interpretações da Convenção” já que a jurisprudência europeia “não é rígida nem imutável”⁴¹⁵.

vi. A instauração do controle repressivo de constitucionalidade pela reforma constitucional de 2008 – A “questão prioritária de constitucionalidade”

Como vimos nos itens precedentes, o Conselho Constitucional declinou da competência de aferir a compatibilidade das leis em face dos tratados internacionais, decisão que apesar de juridicamente bem fundamentada, segundo opinião da doutrina especializada, poderia ter tomado outro rumo⁴¹⁶.

⁴¹³ Rolland, op. cit. p. 282-283, 287.

⁴¹⁴ Rolland, op. cit. p. 283, 288.

⁴¹⁵ Rolland, op. cit. p. 288.

⁴¹⁶ Pardo Falcón, Javier, op. cit. p. 147-153; Vale a pena registrar o comentário do autor: “Lo que, sin duda, es especialmente meritorio, ya que, como señalan algunos autores, el Consejo Constitucional podría haberse declarado competente para efectuar tal control entendiendo violado el art. 55 de la Constitución mediante el empleo de la figura de la constitucionalidad mediata, esto es, integrando el tratado

O fato é que tendo a jurisdição ordinária assumido muito bem esta tarefa, a partir dos casos *Nicolo* e *Jacques Vabre*, propiciou-se o desenho de um efetivo controle de convencionalidade dos atos normativos franceses e o desenvolvimento de um sistema de proteção dos direitos e liberdades individuais baseado muito mais nos tratados de direitos humanos - destacando-se a CEDH – do que na Constituição, em virtude de que a jurisdição constitucional era inacessível não só ao indivíduo como também à própria jurisdição ordinária.

O problema residia basicamente na ausência de um controle efetivo das leis ordinárias aprovadas pelo Parlamento que não eram submetidas ao controle de constitucionalidade junto ao Conselho Constitucional, em vista do restrito número de legitimados ao controle abstrato preventivo e da facultatividade desse controle em face das leis ordinárias⁴¹⁷. Assim, um ato administrativo adotado em aplicação de uma eventual lei inconstitucional não podia ter questionada sua aplicação por conta do vício da lei, e tampouco podia o juiz ordinário declará-lo ou mesmo provocar o Conselho Constitucional através de uma questão prejudicial, devendo concluir pela legalidade de tal ato administrativo, mesmo sendo ele inconstitucional⁴¹⁸.

internacional dentro del bloque de constitucionalidad como una norma interpuesta entre la ley y la Constitución”, p. 150, nota 107.

⁴¹⁷ “En materia de control de normas, la principal competencia del Consejo Constitucional es calificada tradicionalmente de control abstracto, y aun así se trata de un control *a priori*, a veces obligatorio a veces facultativo. En lo que se refiere al control obligatorio, las leyes orgánicas, antes de su promulgación y los Reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación, deben ser sometidos al Consejo Constitucional (art. 61, primer apartado). En lo que respecta al control facultativo, los compromisos internacionales, antes de su ratificación o su aprobación, y las leyes (no orgánicas), antes de su promulgación, pueden ser llevados al Consejo Constitucional (respectivamente, arts. 54 y 61, segundo apartado). Lo que queda por saber es quién puede someter estos actos. En el texto inicial de la Constitución, solo había cuatro autoridades habilitadas: el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado (...). La reforma de 1974 (...) cambió de manera radical las perspectivas, puesto que permitió también a sesenta Diputados o a sesenta Senadores plantear requerimientos [ao Conselho Constitucional]”; Bon, Pierre, “La Constitución de la Quinta República”, op. cit. p. 75-76.

⁴¹⁸ A doutrina nominou o problema de “*l’ecrán legislatif*” (“teoria de la pantalla”), uma vez que a lei formava uma tela entre a aplicação da

Isto supunha uma evidente “desvalorización de la Constitución” como bem retrata Bon, apresentando-se, desta forma, muito mais interessante para o jurisdicionado postular a aplicação da CEDH ou outro tratado de direitos humanos como parâmetro para questionar as lesões aos seus direitos provenientes das leis e demais atos normativos, na medida em que, como explica o doutrinador francês, podia a jurisdição ordinária assegurar a primazia dos tratados internacionais mas não a da Constituição, apesar de ambos os textos proclamarem “*grosso modo* los mismos derechos”. Tal fenômeno fez difundir de forma muito mais destacada a jurisprudência europeia de direitos humanos em detrimento da jurisprudência do próprio Conselho Constitucional⁴¹⁹, tendo em vista a utilidade daquela para a jurisdição ordinária, lugar por excelência do controle de convencionalidade na França.

A questão que surgiu logo com a promulgação da reforma constitucional era se o novo instrumento de controle de constitucionalidade seria “suficiente para frenar el mecanismo de desvalorización de la Constitución”, colocando ambos os tipos de controle, de convencionalidade e de constitucionalidade, em um tipo de concorrência ou competição⁴²⁰.

Na verdade, tal perspectiva foi impulsionada pelo Poder Executivo, pois como autor da iniciativa revisional lançou justificativas que acabaram alimentando um confronto desnecessário, cujas linhas argumentativas obtiveram grande difusão e acolhimento na doutrina especializada e nos debates parlamentários. Antes porém de

Constituição e o ato administrativo; Bon, Pierre, “La Constitución de la Quinta República”, op. cit. 77-78, e também do mesmo autor “El Conseil Constitutionnel francés”, op. cit. p. 393.

⁴¹⁹ Bon, Pierre, “El Conseil Constitutionnel francés”, op. cit. p. 78.

⁴²⁰ De acordo com Bon: “¿Será suficiente para frenar el mecanismo de desvalorización de la Constitución ya mencionado? Podemos esperarlo, aunque no asegurarlo. Los justiciables y sus abogados se han acostumbrado a invocar las convenciones internacionales en contra de las leyes ante el Juez ordinario y, cuando las invocan, éste les responde de inmediato. (...) Cuánto más breves sean los plazos tanto más el nuevo sistema será interesante para el justiciable y sus abogados, mientras si son largos este mecanismo no podrá frenar el desarrollo del control de convencionalidad”; Bon, Pierre, “La Constitución de la Quinta República”, op, cit. p. 78-79.

aprofundar esta temática, faz-se necessário falar sobre a transformação promovida no ordenamento francês pelo novo mecanismo de impugnação constitucional.

vi. a. Uma ruptura radical do sistema jurídico francês

A tão esperada reforma no sistema constitucional francês produziu, com efeito, um grande alvoroço nos meios jurídicos. E, de fato, trata-se de uma mudança de paradigma radical para o modelo francês⁴²¹⁴²².

⁴²¹ Em 1989 foi sugerida pelo então Presidente do Conselho Constitucional, Robert Badinter, a introdução de uma exceção de inconstitucionalidade, tendo sido formulado projeto de lei constitucional de iniciativa de François Mitterrand em 1990; em 1993 foi retomada a idéia através da criação do Comitê Vedel, que também não prosperou; afinal, adotando a idéia do comitê anterior, o Comitê Balladur - que foi concebido em um contexto mais amplo de reforma das instituições democráticas francesas da Quinta República - concebe a "questão de constitucionalidade", integrando-a no projeto de lei constitucional depositado por Nicolas Sarkozy em 2008; No Parlamento toma a forma de uma questão "prioritária" de constitucionalidade; in Carcassonne, Guy, "Le parlement et la QPC", in *Revue Pouvoirs*, n° 137, Paris, Seuil, 2011, p. 73-74; Michellet, Charlotte, "La QPC, un an après: une réforme positive, à approfondir", extraído do site <http://www.tnova.fr/note/la-qpc-un-apr-s-une-r-forme-positive-approfondir> em 07.02.2012, p. 1.; Para um estudo mais aprofundado sobre o Comitê Balladur, ver o relatório produzido: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics//074000697/0000.pdf>.

⁴²² Alterou-se a Constituição para inserir o art. 61-1 e modificar o art. 62, a fim de criar um procedimento de exame de constitucionalidade repressivo: Art. 61-1 "Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur le renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé". "Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article"; Art. 62 "Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application. "Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause."; Para verificar outras alterações constitucionais produzidas no bojo do processo de "modernização das instituições da Quinta República", ver a Lei Constitucional n. 2008-724, de 23 de julho de 2008 no site http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20080724&numTexte=2&pageDebut=11890&pageFin=11895, consultado em

Calcada no exclusivo controle preventivo de constitucionalidade das leis, de apertada abertura - visto que poucos entes políticos estão legitimados a manejá-lo -, e com estreito objeto – em razão da restringida obrigatoriedade de análise dos atos legislativos pelo Conselho Constitucional -, a jurisdição constitucional francesa passa a contar com um meio de impugnação repressivo das leis, por provocação do jurisdicionado.

Conforme vimos anteriormente através das lições de Bonn e Pardo Falcón, havia uma importante lacuna na verificação da legitimidade das leis não orgânicas que, não tendo sido levadas à apreciação pelo Conselho Constitucional foram promulgadas (pois neste caso o controle preventivo é facultativo e depende de provocação dos legitimados). Assim, tornavam-se elas incólumes de qualquer alegação do vício de inconstitucionalidade, cabendo ao jurisdicionado somente o controle de compatibilidade em face dos tratados internacionais quando verificada alguma lesão a um direito ou liberdade previstos nestes instrumentos.

As resistências basicamente pairavam nos elementos tradicionais da cultura jurídica-política francesa do culto à lei e ao Parlamento como expressões da soberania popular, os quais acabaram por impedir ou retardar a implementação de uma jurisdição constitucional à semelhança das demais jurisdições européias⁴²³, tendo produzido, em conseqüência, uma importante degradação do princípio da supremacia constitucional.

18.12.2011; Houve ademais a alteração da lei orgânica do Conselho Constitucional (Ordonnance 58-1067, de 07 de novembro de 1958) pela lei orgânica 2009-1523, de 10.12.2009 (que vigorou a partir de 1º.03.2010), para disciplinar a questão prioritária de constitucionalidade em atendimento ao quanto estabelecido no art. 61-1; para um estudo mais aprofundado, ver: Guillaume, Marc, "La question prioritaire de constitutionnalité", no site do Conselho Constitucional: www.conseil-constitutionnel.fr; e ainda: Textes relatifs à la question prioritaire de constitutionnalité - Dispositions organiques, no mesmo site; ambos consultados em 18.12.2011.

⁴²³ Tusseau fala sobre a satisfação de "ver passar uma época de infantilismo constitucional" com a reforma constitucional de 2008, comentando sobre várias infrutuosas tentativas de avançar o controle de constitucionalidade na França: "Ces tentatives répétées de faire entrer le constitutionnalisme français dans l'âge du droit constitutionnel juridictionnel, inauguré aux États-Unis avec l'affaire *Marbury v. Madison* et généralisé depuis lors à travers le monde, ont toutes

Constitui um exemplo importante de tal perspectiva a oposição dos parlamentares em face da frustrada tentativa da reforma concebida pelo Comitê Vedel (1993), que objetivava integrar no sistema jurídico um procedimento de controle de constitucionalidade das leis similar ao da reforma de 2008, tendo sido invocado por aqueles na ocasião “a concepção francesa da supremacia da lei, expressão da soberania nacional”, que “deve ser levada em conta como a expressão definitiva e intangível do Estado de Direito”⁴²⁴.

Não é a toa, portanto, que a doutrina trate a reforma como “verdadeira revolução cultural”⁴²⁵, dentre outros designativos⁴²⁶, vez que “pondo abaixo o “legicentrismo rousсенiano”⁴²⁷ e remediando a “incongruência de um sistema constitucional obsoleto” que não permitia a impugnação da lei promulgada⁴²⁸, põe fim ao *déficit* de garantia da Constituição⁴²⁹.

échoué”, Tusseau, Guillaume, “La fin d’une exception française?”, in *Revue Pouvoirs*, n° 137, Paris Seuil, 2011, p. 6-9; Szymczak assevera que o Conselho constitucional aparece como uma das “raras cortes constitucionais na Europa que jamais tem se referido de maneira expressa à CEDH em suas decisões”, Szymczak, David, “Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l’Homme: vers la fin de “l’exception française”?” extraído do site do Conselho Constitucional: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/doctrines_61_1.pdf, em 18.01.2011, p. 2.

⁴²⁴ Bonnet, Julien, “Le contrôle de la loi par le juge ordinaire ou les carences de la question préjudicielle en appréciation de la constitutionnalité des lois”, extraído de site www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC5/BonnetTXT.pdf, em 05.02.2012, p.2.

⁴²⁵ Molfessis, Nicolas, “La résistance immédiate de la Cour de Cassation à la QPC”, in *Revue Pouvoirs*, n° 137, Paris, Seuil, 2011, p. 89.

⁴²⁶ “Revolução jurídica”, “revolução democratic”, “big bang jurisdicional”, cfe. Michellet, Charlotte, op. cit. p. 1.

⁴²⁷ Duhamel, Olivier, “La QPC et les citoyens”, in *Revue Pouvoirs*, n° 137, Paris Seuil, 2011, p. 186; mesmo sentido Tusseau, Guillaume, op. cit. p.9.

⁴²⁸ Tusseau, Guillaume, op. cit. p. 9.

⁴²⁹ Bonnet, Julien, op. cit. p. 9-10.

Em linhas gerais, a revolução é “dupla”⁴³⁰, pois (i) permite ao jurisdicionado no bojo de um processo questionar a (ii) lei promulgada em face de eventual desconformidade com os direitos e garantias constitucionais.

Na opinião de Szymczak, a reforma aporta avanços consideráveis, seja do ponto de vista democrático, ao permitir o acesso – indireto - do indivíduo ao Conselho Constitucional, seja do ponto de vista político, já que a introdução da questão de constitucionalidade tem recolocado a temática das liberdades no debate jurídico-político, e também porque tal reforma tem feito França repensar seus vínculos com os direitos europeus, sejam comunitários sejam os referidos na CEDH. Sendo assim, põe-se fim a uma “profunda singularidade” do sistema jurídico francês, já que este se constituía na única jurisdição constitucional europeia que era habilitada apenas a examinar a constitucionalidade das leis de maneira preventiva e abstrata⁴³¹.

Todavia, a reforma também mostrou determinadas fragilidades e incongruências, seja porque dissocia e põe em confronto os controles de constitucionalidade e convencionalidade, deixando-se de concentrá-los nas mãos de um único juiz e assim reduzir eventuais conflitos entre as jurisdições, seja porque a duração do procedimento e seu acesso mais dificultoso pode levar ao seu insucesso. Retomemos, pois, a perspectiva do confronto posta na reforma tentando delinear o cenário em que se concebeu a questão prioritária de constitucionalidade, para depois avançar sobre as deficiências apontadas na doutrina.

vi.b. A instigação a um confronto - Uma competição desnecessária

A reforma constitucional efetuada em 2008 e posta em prática com a vigência da lei orgânica que a regulamentou em 2010⁴³², constituiu objeto de tentativas anteriores

⁴³⁰ Tusseau, Guillaume, *op. cit.* p. 7.

⁴³¹ Szymczak, David, *op. cit.* p. 1-2.

⁴³² Com a entrada em vigência da lei orgânica 2009-1523, de 10.12.2009 (que vigorou a partir de 1º.03.2010), houve alteração da lei orgânica do Conselho Constitucional (Ordonnance 58-1067, de 07 de novembro de 1958) para disciplinar a questão prioritária de constitucionalidade em

que tinham por escopo, como vimos, introduzir um modo de controle de constitucionalidade distinto do controle preventivo, já que este além de se revelar insuficiente para o sistema e de estreito acesso, posicionava a jurisdição constitucional francesa em um anacrônico nível quando posta em comparação com a maioria das jurisdições constitucionais européias⁴³³.

A motivação oficial para a atual reforma centrou-se em discursos que primavam pelo “resgate da supremacia da Constituição” e pela idéia da “reapropriação da Constituição pelos cidadãos”, na tentativa de oferecer-se “proteção equivalente” àquela propiciada pelos tratados internacionais⁴³⁴.

Entretanto, como tem destacado a doutrina, a promoção da garantia da Constituição tem geralmente partido de um discurso no qual se busca aprofundar o respeito dos direitos e liberdades constitucionais⁴³⁵. As justificativas postas pelo Poder Executivo apesar de louváveis, pois tendem ao aperfeiçoamento do sistema constitucional, suscitaram, todavia, elementos que estimularam um confronto entre o controle de convencionalidade e o controle de constitucionalidade objeto da reforma, tendo influído, posteriormente, na discussão parlamentar⁴³⁶.

atendimento ao quanto estabelecido no novel art. 61-1 da Constituição Francesa.

⁴³³ Situação que justificou inclusive a iniciativa do projeto de lei constitucional, como se demonstrará mais à frente; ver Tusseau, Guillaume, op. cit. p. 5-17; Szymczak, David, op. cit. p. 1.

⁴³⁴ Symon, Denys, “Conventionnalité et constitutionnalité”, in *Revue Pouvoirs*, n° 137, Paris, Seuil, 2011, p. 20; Bonnet Julienn, op. cit. p. 8;

⁴³⁵ Bonnet, Julienn, op. cit. p. 8.

⁴³⁶ No âmbito doutrinário, ademais, Bonn retrata bem esta dimensão competitiva: “Corresponderá a la Ley Orgánica establecer estos plazos, resultando claro que cuánto más breves resultan éstos, más atractivo resultará el mecanismo de la cuestión de constitucionalidad; cuanto más largos sean más conservará su carácter tradicional el control de convencionalidad, para desasosiego de los constitucionalistas”, Bonn, Pierre, “La cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia. Solución o problema? in *Teoria y Realidad*, p. 324.

Em carta ao Comitê Balladur, o Presidente da República utiliza o argumento do isolamento da França em face do direito comparado, confirmando a necessidade de “restaurar o brilho da supremacia do texto constitucional”: *“Des voix s’élèvent dans notre pays pour regretter que la France soit le seul grand pays démocratique dans lequel les citoyens n’ont pas accès à la justice constitutionnelle, et que certaines normes internationales aient plus de poids et d’influence sur notre droit que nos principes constitutionnels eux-mêmes”*⁴³⁷.

Sarkozy mantém a mesma linha em outro discurso: *“Il y a un paradoxe dans le fait que les citoyens français puissent contester les lois françaises devant les juridictions européennes mais ne puissent pas contester leur constitutionnalité devant les tribunaux français. Certains pensent que cette faculté devrait être reconnue aux citoyens de notre pays et que ce serait un progrès pour les libertés”*⁴³⁸.

Não obstante a ausência normativa que sustentasse a aferição da compatibilidade das leis já promulgadas em face dos direitos fundamentais explicar-se pela tradição legictrista francesa e pelo princípio da soberania parlamentar, o espírito da competição⁴³⁹ foi acolhido pelo Parlamento ao inserir mecanismo que conferia “prioridade” ao controle de constitucionalidade em detrimento do controle de convencionalidade na resolução do litígio⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Citado por Bonnet, Julienn, op. cit. p.9; (Lettre de mission du Président de la République, 18 juillet 2007) disponível em www.comite-constitutionnel.fr.

⁴³⁸ Citado por Bonnet, Julienn, op. cit. p. 8; (N. Sarkozy, Discours d’Epinal du 12 juillet 2007), publicado no “Le Monde”, em 12 de julho de 2007.

⁴³⁹ Bonn, criticando o atraso da reforma, questionava: “Solución que, por otra parte, no sabemos si llega demasiado tarde una vez consolidado esse control a posteriori de las leyes dentro del marco del control de convencionalidad. ¿Resultará operativo o se corre el riesgo de que se plantee un problema de competitividade en relación con éste?; Bonn, Pierre, “La cuestión prejudicial de constitucionalidade en Francia”, op. cit. p. 316.

⁴⁴⁰ Carcassonne, Guy, op. cit. p. 75-76.

Ou seja, havendo na demanda invocação pelo jurisdicionado de lesão aos direitos fundamentais e aos direitos internacionais de direitos humanos, o juiz ordinário, administrativo ou judicial, deve analisar primeiramente a questão de constitucionalidade e, se for o caso, suspender o processo reenviando ao Conselho de Estado ou à Corte de Cassação que realizarão a atividade de filtragem para o Conselho Constitucional. Só depois deste *iter* procedimental poderá o juiz ordinário analisar a questão de convencionalidade, em face do direito europeu, comunitário ou de direitos humanos⁴⁴¹.

A lógica da competição induziu que o Parlamento tratasse a matéria identificando riscos de o controle de constitucionalidade repressivo tornar-se residual acaso não houvesse a previsão de conferir “prioridade” à questão constitucional, uma vez que, como acentua Carcassonne, o juiz poderia exercer primeiro o controle de convencionalidade tendo em vista a similaridade dos direitos de ambos os sistemas e a simplicidade desse procedimento, de modo a descartar a lei por violação ao tratado, deixando, em consequência, de reenviar a questão constitucional ao Conselho, situação

⁴⁴¹ No âmbito do direito comunitário, houve manifestação do Tribunal de Justiça da União Européia (em 22.06.2010) por provocação da Corte de Cassação (em 16.04.2010 no caso *Melki e Abdeli*) que invocou a jurisdição supranacional justamente para fazer aquele Tribunal verificar a legitimidade do novo procedimento, especificamente no que tocava à “prioridade” da questão constitucional que, de todo modo, tendia a afastar a primazia do direito comunitário em face do direito nacional. O TJUE entendeu que o procedimento da questão prioritária de constitucionalidade é compatível com o direito comunitário apenas sob reserva, ou seja, “desde que” algumas condições estejam e permaneçam preenchidas. Como bem acentua Simon “o *brevet de eurocompatibilidade* concedido à questão prioritária de constitucionalidade à francesa é compatível apenas sob a reserva da obrigação que as jurisdições nacionais retem livres para demandar [o TJUE] a todo momento que eles julguem apropriados” (...); pode-se demandar “ao TJUE toda questão prejudicial que se julgue necessária a fim de assegurar a proteção dos direitos conferidas pela ordem jurídica da UE, e de deixar inaplicadas, no fim deste procedimento incidente, a disposição nacional em causa se elas são contrárias ao direito da União”. Segundo o mesmo autor, o TJUE utiliza, pois, a mesma técnica da decisão “Solange” da Corte alemã ou do modelo “Bosphorus” adotado pelo TEDH; “O TJUE adota assim uma posição conciliadora, mas que não é complacente. A compatibilidade da questão prioritária de constitucionalidade com o direito da União é, com efeito, condicional”; in Simon, Denys, op. cit. p. 25-27.

que não atenderia aos objetivos oficiais da reforma: conferir ao cidadão o acesso à Constituição⁴⁴².

A “reapropriação do contencioso constitucional” através da reforma de 2008 é, como vimos, saudada com entusiasmo por grande parte da doutrina, mas as críticas são lançadas por se dirigir contra o controle de convencionalidade⁴⁴³, lamentando-se que o resgate da supremacia da Constituição tenha sido posto como “reação” à inserção das ordens jurídicas europeias na ordem jurídica francesa⁴⁴⁴.

Ocorre, no entanto, que o Conselho Constitucional encontrar-se-á frente a um dilema: ou adota os parâmetros jurisprudenciais europeus de direitos humanos no controle de constitucionalidade recém inaugurado, aproximando ambas as jurisdições, a internacional de direitos humanos e a constitucional, ou acabará vindo a via da “questão prioritária de constitucionalidade” esvaziada, especialmente porque os jurisdicionados não aceitarão entender seus direitos em descompasso com a leitura que tradicionalmente vem sendo feita pelos juízes ordinários franceses no exercício do controle de convencionalidade.

Passemos, agora, às críticas doutrinárias relativas às incongruências e defeitos da reforma constitucional.

⁴⁴² Carcassonne, Guy, op. cit. p. 76.

⁴⁴³ Simon, Denys, op. cit. p. 20.

⁴⁴⁴ Diz Charlotte que “La suprématie de la Constitution au sein de l’ordre juridique français est aussi renforcée. Mais si la volonté d’assurer cette prééminence est solidement établie depuis 50 ans et sans doute légitime, il est toutefois regrettable que cela se fasse ouvertement en réaction à l’insertion de plus en plus profonde des ordres juridiques européen et communautaire au sein de l’ordre juridique français. L’attitude de certains après la question préjudicielle posée par la Cour de cassation à la CJUE est ainsi révélatrice de ce que le développement des droits européen et communautaire est vécu plus comme une menace qu’un bienfait”; Michellet, Charlotte, op. cit, p. 7.

vi.c. Uma reforma parcial com defeito congênito – A dissociação dos controles de convencionalidade e constitucionalidade

Abstraindo-se do caráter competitivo que o contexto da reforma constitucional trouxe, os objetivos de colocar-se “fim ao *déficit* de garantia da Constituição” para permitir-se que o cidadão “se reaproprie” dos direitos e liberdades constitucionais são legítimos, como acentua Bonnet, mas entretanto, “sua concretização não é satisfatória”⁴⁴⁵.

Aponta o referido autor que a duração do procedimento até a decisão final do Conselho Constitucional arrisca uma comparação deste com a simplicidade do procedimento convencional. Isto porque, o juiz ordinário, judicial ou administrativo, ao receber a questão constitucional deverá suspender o processo e reenviá-la à Corte de Cassação ou ao Conselho de Estado, para que estes exerçam a função de “filtragem” em um denominado “juízo de constitucionalidade negativo”⁴⁴⁶, “pré-julgamento de constitucionalidade”⁴⁴⁷ ou “pré-controle” de constitucionalidade a fim de, em admitindo o cabimento da questão de constitucionalidade, reenviá-la ao Conselho Constitucional.

Tanto a Corte de Cassação quanto o Conselho de Estado possuem três meses para sua manifestação, sendo o mesmo prazo legal deferido ao Conselho Constitucional⁴⁴⁸ para decidir, enquanto que no juízo de convencionalidade, o juiz ordinário simplesmente decide a questão juntamente com o mérito da demanda.

No mesmo sentido parecem caminhar as críticas de Grewe, explanadas em um breve estudo comparativo entre o controle de constitucionalidade francês e alemão⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ Bonnet, Julienn, op. cit. p. 9.

⁴⁴⁶ Mathieu, Bertrand, “Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan”, in *Revue Pouvoirs*, n° 137, Paris, Seuil, 2011, p. 61.

⁴⁴⁷ Mathieu, Bertrand, op. cit. p. 63.

⁴⁴⁸ Bonnet, Julienn, op. cit. p. 9.

⁴⁴⁹ Grewe, Constance, “Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne: Quelques comparaisons avec le système français”, in *Revue Pouvoirs*, n° 137, Paris, Seuil, 2011, p. 143-154; ressalta a autora: “Si la critique de la loi est désormais indirectement accessible au simple citoyen, il reste que la saisine du Conseil constitutionnel est

Mais contundente, porém, é a posição de Tusseau, para quem o compromisso da reforma de conferir novos direitos aos cidadãos não foi plenamente mantido, tendo esta sido decepcionante pelos resultados demonstrados: seja porque restou instituído um sistema de “dupla filtragem” que submete o juiz constitucional à “boa vontade” dos juízos do Conselho de Estado e Corte de Cassação, seja porque o cidadão - ao contrário do que ocorre no controle de convencionalidade – se vê numa situação de “inferioridade constitucional”⁴⁵⁰.

Ou seja, apresenta a questão prioritária de constitucionalidade um “*déficit de eficiência*” em face do controle de convencionalidade. Sob esta perspectiva, parece assistir razão, assim, à Bonnet, pois “a suspensão do processo em curso, a espera da filtragem e da decisão do Conselho Constitucional esgotarão a paciência do litigante cujo único interesse é o de não ver aplicar a lei em causa”, o que o faz concluir que “em caso de norma de referência equivalente entre o tratado e a Constituição” a preferência será a “da via mais simples do controle de convencionalidade”⁴⁵¹.

Nesta linha, surge um questionamento tão ou mais importante e que parece alertar para um problema grave que tende a ser fonte de variados conflitos entre as jurisdições internas e entre o Conselho Constitucional e as jurisdições internacionais⁴⁵².

Referimo-nos à dissociação entre o controle de constitucionalidade, objeto da reforma, e o controle de convencionalidade, os quais na opinião de Bonnet deveriam encontrar-se reunidos nas mãos de um único juiz, para resguardar a “unidade e coerência do direito”⁴⁵³.

entourée de nombreuses conditions sur lesquelles ce dernier n’a guère de prise, différenciant d’autant cette voie de droit tant du contrôle concret pratiqué en Allemagne que du recours constitutionnel. En ce sens, le contrôle français de la loi apparaît encore aujourd’hui marqué par la culture juridique française”, p. 145.

⁴⁵⁰ Tusseau, Guillaume, op. cit. p. 10-11.

⁴⁵¹ Bonnet, Julienn, op. cit. p. 10.

⁴⁵² Bonnet, Julienn, op. cit. p. 3.

⁴⁵³ Bonnet, Julienn, op. cit. p. 3.

A questão, de fato, é importante, tendo dois ex-presidentes do Conselho Constitucional se manifestado no sentido de concentrar ambos os controles de compatibilidade da lei no mesmo juízo. Para Mazeaud, "en cette matière, c'est tout ou rien: les deux contrôles à tous les juges ou les deux contrôles au Conseil constitutionnel"⁴⁵⁴, enquanto que Debre estima que "ajouter l'un à l'autre sans les rendre cohérents ni les articuler condamnerait la nouvelle exception d'inconstitutionnalité"⁴⁵⁵.

As críticas buscam enfatizar a inadequação de um controle dissociado que, ademais das dificuldades procedimentais que desmentem parcialmente os motivos governamentais e parlamentários⁴⁵⁶, comprometem, inclusive, o sucesso objetivado pela reforma. Torna-se difícil, de fato, a partir de uma concepção do controle de constitucionalidade repressivo em concorrência com um já solidificado controle de convencionalidade buscar meios para fazer vingar aqueles objetivos originários.

Parece óbvio que o mau funcionamento do procedimento em vista das várias etapas necessárias para que a questão de constitucionalidade chegue ao Conselho Constitucional, aliada à eventual demora tanto na análise do seu cabimento pelo Conselho de Estado e pela Corte de Cassação, quanto do fundo da questão pelo Conselho Constitucional - o que implica a suspensão do processo principal -, levará os jurisdicionados à utilização da via segura e rápida do controle de convencionalidade.

Ademais, constitui um verdadeiro problema de conflito interno entre as jurisdições constitucional e ordinária a possibilidade real de o juiz ordinário, no exercício de seu juízo de convencionalidade, considerar uma lei contrária ao tratado internacional,

⁴⁵⁴ Observações pessoais sobre o Relatório do Comitê Balladur, p. 99, disponível no *site* www.comite-constitutionnel.fr.

⁴⁵⁵ Audiência de 19.09.2007 perante o Comitê Balladur, disponível no *site* www.comite-constitutionnel.fr.

⁴⁵⁶ Tusseau, Guillaume, *op. cit.* p. 10; Duhamel, Olivier, *op. cit.* p. 185-186; diz este autor que há um excesso de glorificação da questão prioritária de constitucionalidade, pois em que pese a importância da reforma constitucional, constituindo uma revolução no "plano dos princípios" em um país de um "legicentrismo multiseular" ela, entretanto, "não oferece um novo poder ao cidadão, apenas um direito ao jurisdicionado".

mesmo depois de o juízo exercido pelo Conselho Constitucional ter se manifestado pela constitucionalidade da lei, em razão de que tais controles, pela peculiaridade do sistema francês, sejam considerados controles distintos e autônomos⁴⁵⁷ e, ademais, sucessivos.

Portanto, longe de resolver este tipo de conflito, a reforma acaba por “amplificar a sua intensidade”⁴⁵⁸, se considerarmos um contexto em que o Conselho Constitucional permaneça refratário às influências européias, deixando de considerar expressamente e de forma efetiva a CEDH e a jurisprudência do TEDH em suas decisões. Isto porque a abertura à dimensão internacional que o Conselho Constitucional se permite manifesta-se de forma “tímida” e “implícita”⁴⁵⁹.

Como já dissemos anteriormente, entretanto, o Conselho Constitucional deverá incorporar de um modo mais definitivo tais elementos jurisprudenciais e normativos internacionais em suas motivações, em defesa da própria sobrevivência da questão prioritária de constitucionalidade. Tal conduta, de outro lado, contribui também para reduzir outro tipo de conflito, desta feita, entre o Conselho Constitucional e o TEDH (ou TJUE), cuja ocorrência já mostrou resultados negativos para França⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ A Câmara social da Corte de Cassação decidiu em um julgado de 26.04.2001, que o “artigo 6-1 do CEDH se opõe à aplicação do art. 34 da lei de 26.12.1996” censurando assim a regularidade convencional de uma lei declarada conforme à Constituição pelo Conselho Constitucional em sua decisão 96-384 DC de 19.12.1996. No mesmo sentido, a Câmara comercial da Corte de cassação descartou em 20.11.2001 de novembro de 2001, a aplicação de uma disposição da lei de finanças retificativa de 30.12.1999 declarada conforme à Constituição por uma decisão 99-425 DC de 29.12.1999. O Conselho de Estado, em um julgado de 07.06.2006 (Association AIDES, n. 285576), declarou inconveniente, em face da Convenção Internacional relativa aos direitos da criança, o art. 97 da lei de finanças retificadora de 30.12.2003, que teria sido expressamente validado pelo Conselho Constitucional na sua decisão 2003-488 DC, de 29.12.2005; cfe. Bonnet, Julien, op. cit. p. 11-13.

⁴⁵⁸ Bonnet, Julien, op. cit. p. 14.

⁴⁵⁹ Szymczak, David, op. cit. p. 2.

⁴⁶⁰ Como já citamos anteriormente os casos *Zielinski* e *Lecarpentier-Carbourdin*, cujas sentenças proferidas pelo TEDH em 28.10.99 e 14.02.2006, respectivamente, constataram a violação da CEDH de uma lei previamente declarada constitucional pelo Conselho Constitucional, através das decisões 93-322 DC de 13.01.1994 e 96-375 DC de 9.04.1996; no mesmo sentido, o TJUE, no caso *Comissão contra República Francesa*,

Pois, do contrário, a “amplificação dos conflitos” constituirá não somente um aspecto negativo à sua imagem – pois continuará a ver suas decisões serem desmentidas pelo juízo de convencionalidade – como também influirá na própria degradação do princípio da supremacia constitucional.

Dessa forma, a recente reforma deve ser vista como a “primeira pedra de uma reforma mais vasta” para os que consideram a transformação do Conselho em Corte Constitucional a solução mais adequada, de modo a sujeitar hierárquica e organicamente os demais órgãos jurisdicionais ordinários, judiciários e administrativos, ou pelo menos promover a revisão da jurisprudência IVG – através da qual o Conselho Constitucional rechaçou promover o controle de convencionalidade atribuindo-o à jurisdição ordinária⁴⁶¹.

Em ambas as propostas haveria a reunião dos contenciosos de convencionalidade e constitucionalidade a serem resolvidos pelo mesmo juiz em um mesmo momento⁴⁶². A primeira solução atribuiria a todos os juízes, ordinário e constitucional, ambos os controles, podendo-se pensar em variações⁴⁶³; a segunda, mais imediata e independente de reforma legislativa, pois que uma revisão jurisprudencial dependeria apenas do Conselho Constitucional, faria com que apenas este concentrasse a possibilidade do controle duplo.

em 25.02.1988, constatou contrariedade de uma lei submetida a exame do Conselho Constitucional e posteriormente promulgada em face do direito comunitário derivado; *in* Bonnet, Julien, *op. cit.* 11.

⁴⁶¹ Bonnet reúne algumas das soluções postas pela doutrina, mencionando, ademais, a criação de uma “questão prejudicial de convencionalidade”, como também, em se adotado este entendimento, a de reduzir a competência do Conselho Constitucional para as “questões de convencionalidade” que envolvessem a temática dos direitos humanos, como propõe o ex-presidente do Conselho constitucional J.L. Debré, pois isto preservaria os princípios do direito comunitário e a necessidade do juiz ordinário de descartar em qualquer momento a lei nacional que viole o direito da União, *in* Bonnet, Julien, *op.cit.* p. op. cit. p. 4, 16-18 e 21-22.

⁴⁶² Bonnet, Julien, *op. cit.* p. 17; a proposta de criação da Corte Constitucional atribuiria aos juízes ordinários ambos os controles, de convencionalidade e constitucionalidade.

⁴⁶³ Como nas idéias citadas em notas anteriores.

vii. Uma nova perspectiva do Conselho Constitucional em face do direito europeu – A consideração expressa da jurisprudência do TEDH

Ao contrário da realidade europeia que se constata atualmente, o Conselho Constitucional aparece como uma das “raras cortes constitucionais na Europa que jamais tem se referido de maneira expressa à CEDH em suas decisões”⁴⁶⁴, tendo somente se utilizado dos *standards* normativos e jurisprudenciais europeus de maneira “tímida” e “implícita”⁴⁶⁵.

A questão prioritária de constitucionalidade, no entanto, deverá propiciar uma verdadeira abertura do Conselho Constitucional à esta dimensão internacional dos direitos humanos, na medida em que, como já nos referimos, o sucesso do novo mecanismo constitucional, depende, paradoxicamente, do respeito ao nível europeu de proteção de direitos humanos.

A afirmação parece ser verdadeira em face das peculiaridades do sistema francês de proteção dos direitos e liberdades, já que ambos os controles, de convencionalidade e constitucionalidade, funcionam de forma autônoma e independente⁴⁶⁶, encontrando-se em um contexto de concorrência ou competição com a nova reforma constitucional.

Ocorre que de um lado temos um controle de convencionalidade bastante bem integrado na cultura e prática jurídica⁴⁶⁷ e que, ademais de manifestar-se

⁴⁶⁴ Salvo no caso em que atua como juiz eleitoral; cfe. Szymczak, David, op. cit. p. 11.

⁴⁶⁵ Szymczak, David, op. cit. p. 2.

⁴⁶⁶ Piwnica, Emmanuel, “L’appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs”, *Revue Pouvoirs*, n° 137, Paris, Seuil, 2011, p. 178; comenta o autor que: “a articulação entre a QPC e a questão de convencionalidade se resolve pela acumulação; colocar uma QPC não impede de contestar a validade da mesma disposição legislativa em relação a uma convenção internacional. As duas questões são distintas e autônomas”.

⁴⁶⁷ Bonn, Pierre, “La Cuestión prejudicial de constitucionalidad”, op. cit. p. 316, 321.

difusamente em todos os níveis das jurisdições ordinárias, administrativa e judicial, possui um procedimento simples e rápido; de outro temos o novel controle de constitucionalidade, a ser exercido através de um procedimento mais difícil e moroso que é cercado de numerosas condições processuais⁴⁶⁸⁴⁶⁹ que levam a questão processual ao Conselho Constitucional, enquanto que o andamento do processo principal se suspende.

Mas além das diferenças de cunho formal que pendem desfavoravelmente ao novo mecanismo de controle de constitucionalidade⁴⁷⁰ – neste contexto de competição com o da convencionalidade posto pela reforma -, surge um dilema a ser enfrentado pelo Conselho Constitucional, consistente na mudança de postura para o fim de acolher o mesmo nível de proteção europeu já integrado na dinâmica do controle de convencionalidade.

Afinal, se ambos controles são independentes e autônomos e estão em concorrência, a salvação do controle de constitucionalidade está na abertura efetiva aos *standards* normativos e jurisprudenciais europeus na atividade do controle de constitucionalidade, pois do contrário, nas ocasiões em se tratar de direitos equivalentes – considerando que ambas as listas de direitos são bastante semelhantes tais ocasiões tendem a se manifestar consideravelmente –, o jurisdicionado sempre vai preferir a solução mais célere e que lhe confere um padrão mais protetivo.

Para Symczak não basta permanecer em uma posição de “timidez” frente ao direito europeu, devendo o Conselho Constitucional admiti-lo expressamente em suas decisões. Apesar de reconhecer que algumas decisões do Conselho apresentem “similitudes perturbadoras” com a jurisprudência do TEDH, elas tem sido somente

⁴⁶⁸ Grewe, Constance, op. cit. p. 145.

⁴⁶⁹ Para um estudo mais aprofundado, consulte-se Guillaume, Marc, “La question prioritaire de constitutionnalité”, publicado no site do Conselho constitucional francês: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

⁴⁷⁰ Por todos Bon, Pierre, “La Cuestión prejudicial de constitucionalidad”, op. cit. p. 321-324.

implicitamente acolhidas⁴⁷¹, escolha que revela, em seu entender, inteligência ou hipocrisia – “a depender das sensibilidades” – e que não contribui em nada para delimitar as eventuais divergências jurisprudenciais porventura existentes. Estabelece-se, na verdade, um “diálogo sem palavras”, desde o qual amplificam-se os conflitos pela dificuldade de comunicação e de compreensão das decisões do Conselho neste ambiente interacional, pois “na ausência de explicações” aquelas se perdem “em conjecturas”⁴⁷², o que acaba prejudicando a harmonização das jurisprudências.

A crítica da omissão do Conselho Constitucional parece se estender - ou se posicionar – em uma dimensão na qual o debate sobre a leitura adequada dos direitos fundamentais não é mais sua prerrogativa exclusiva, já que hodiernamente a interdependência com os direitos humanos – e os direitos fundamentais de caráter comunitário – obriga uma participação ativa das cortes constitucionais neste cenário, a partir da compreensão, pois, que vivemos em um ambiente de conexões internormativas, cujas influências são recíprocas.

Assim, “escolhendo perpetuar sua tradição de considerar implícita a CEDH, o Conselho, longe de contribuir a enriquecer o diálogo dos juízes, se priva de uma alavanca particularmente útil para fazer valer suas posições”. Uma maior permeabilidade do Conselho Constitucional ao Direito Europeu de Direitos Humanos não implicaria, obrigatoriamente, o exercício do controle de convencionalidade por este órgão, isto porque, várias cortes constitucionais europeias enquanto se recusam a exercer tal controle, “não hesitam em utilizar a CEDH e a jurisprudência” para “fins de interpretação dos direitos fundamentais garantidos pelas suas constituições”⁴⁷³.

⁴⁷¹ O autor aponta uma série de casos neste sentido; cita, ademais, a decisão do Conselho Constitucional proferida no caso *Labane* que “parece conforme a jurisprudência europeia, em particular ao caso *Carson* (TEDH, 16.03.2001) que não foi invocada pelo Conselho constitucional, mesmo quando parecer ter sido amplamente inspirada por este último”; Symczak, David, p. 16-17.

⁴⁷² Symczak, David, op. cit. p. 11-13.

⁴⁷³ Symczak, David, op. cit. p. 12, 14.

São os casos, exemplifica Szymczak, dos “juízes constitucionais espanhol e português, sob habilitação constitucional expressa, mas também das Cortes alemãs e italiana, independente de qualquer habilitação”. O autor compartilha da opinião de que a questão prioritária de constitucionalidade deverá fazer evoluir a política jurisprudencial do Conselho Constitucional para uma “implementação ativa e explícita” da CEDH e da jurisprudência do TEDH, seja pela proximidade dos catálogos de direitos, seja pela similitude das questões abordadas nas questões de constitucionalidade e na jurisprudência européia⁴⁷⁴, o que aumenta de forma considerável os “pontos de contato” e as “zonas de fricção” entre as jurisdições.

Tais situações tendem a influir de maneira importante a integração de forma efetiva do Conselho Constitucional no “diálogo entre os juízes” constitucional e internacional de direitos humanos, já que a jurisprudência IVG e a ausência de um mecanismo constitucional repressivo de impugnação das leis no direito francês contribuíam para afastar esta dinâmica interacional da área de atuação do Conselho.

Como bem acentua, mais uma vez, Szymczak, a “questão prioritária de constitucionalidade fornece ao Conselho a ocasião de mudar de dimensão e de tornar-se *de jure* como *de fato* o primeiro garante das liberdades na França. Ele tem que assumir este *status* e as responsabilidades que lhe decorrem, tomando seu lugar no “grande diálogo dos juízes” de modo a tornar-se um ator chave na harmonização dos direitos fundamentais na Europa. o que passará sem dúvida pelo fim de uma “exceção francesa” e do “diálogo sem palavras”⁴⁷⁵.

Capítulo IV – Alemanha

i. Introdução

Ressaltamos no caso francês o interessante desenvolvimento do controle de convencionalidade das normas nacionais a partir das peculiaridades que o controle de constitucionalidade assume naquele país. Podemos verificar que a interação entre estes

⁴⁷⁴ Szymczak, David, op. cit. p. 10-13.

⁴⁷⁵ Szymczak, David, op. cit. p. 21.

dois tipos de controle de normas acabou gerando influências recíprocas e culminando na reforma constitucional de 2008, responsável por inaugurar uma inédita fase no constitucionalismo francês na medida em que agora este dispõe do controle repressivo de constitucionalidade das leis.

A influência do ordenamento constitucional alemão e sua respectiva jurisdição constitucional tanto na Europa quanto em muitos países fora deste contexto regional constitui-se em fato por demais conhecido no direito constitucional comparado⁴⁷⁶.

Para fins do nosso discurso que tende a demonstrar a abertura constitucional em face das dimensões normativas internacionais, as influências recíprocas e interdependências internormativas, parece apropriado postular uma aproximação ao processo histórico do fenômeno relacional havido entre o direito constitucional alemão e o ordenamento comunitário europeu, ainda que nosso foco de estudo esteja voltado para a demonstração empírica e teórica do impacto e das transformações decisivas que o direito internacional dos direitos humanos promove no ordenamento constitucional.

Ressaltamos, entretanto, que a introdução histórico-relacional se situa na temática dos direitos fundamentais, o que autoriza tal contextualização como elemento fundamentador de nosso discurso. Queremos demonstrar através de tal perspectiva não somente a importância do diálogo internormativo e jurisprudencial como elemento que contribui de forma efetiva para a evolução de ambos os ordenamentos jurídicos envolvidos, mas também que este processo comunicativo havido entre ordenamentos jurídicos autônomos (constitucional, comunitário e internacional de direitos humanos), informados por princípios diversos (supremacia da norma constitucional, primazia da norma comunitária, e subsidiariedade e proteção mínima do direito internacional dos direitos humanos) encontram nos “direitos fundamentais” um elemento que a par de aprofundar a interdependência internormativa acaba superando as diferentes e

⁴⁷⁶ Ehlers, Dick, “La protección de los derechos fundamentales en Europa - Una contribución desde la perspectiva alemana”, REDC, n.77, 2006, p. 31-32.

particulares concepções de cada ordenamento de modo a uni-los em torno da perspectiva comum de conferir uma proteção jurídica adequada ao ser humano.

ii. O Tribunal constitucional alemão e o desenvolvimento dos direitos fundamentais em âmbito comunitário

A contribuição alemã para o desenvolvimento dos direitos fundamentais não influiu somente os ordenamentos constitucionais e as jurisdições constitucionais estrangeiras, mas teve importantes repercussões no âmbito do direito comunitário. Como bem acentuam Simson e Schwarze “os passos dados na comunidade [européia] para a melhora da proteção dos direitos fundamentais não se explicam sem a consideração da jurisprudência alemã”⁴⁷⁷.

Asseveram os referidos autores que houve um intenso debate em Alemanha sobre a proteção dos direitos fundamentais a partir da aplicação das normas de direito comunitário no contexto doméstico⁴⁷⁸, já que elas postulavam por suas próprias características uma aplicação prioritária, afastando, deste modo, a aplicação do direito interno.

Tendo o Tribunal Constitucional alemão reconhecido expressamente a autonomia e a primazia do direito comunitário, assim também a força vinculante das decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias [hoje Tribunal de Justiça da União Européia] (BVerfGE 22, 293; 31,145)⁴⁷⁹, decidiu ele em 1974, na conhecida decisão Solange I, que diante da falta da proteção dos direitos fundamentais a nível

⁴⁷⁷ Von Simson, Werner e Schwarze, Jorge, "Integración europea y Ley Fundamental. Matrique y sus consecuencias para el Derecho Constitucional alemán", in Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen, "Manual de derecho constitucional", Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 37.

⁴⁷⁸ Von Simson e Schwarze, op. cit. p. 37.

⁴⁷⁹ Simon, Helmut, "La jurisdicción constitucional", in Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen, "Manual de derecho constitucional", Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 841.

comunitário se reservava o direito de exercer sua competência neste tema diante da aplicação das normas comunitárias (BVerfGE 37, 271, 272 y SS).

Através de uma postura que se delineava conflituosa, demonstrou a insuficiência que o ordenamento jurídico comunitário dispensava ao tema dos direitos fundamentais, uma vez que não havia regulações normativas, de caráter genérico, sejam principiológicas ou estabelecimento de regras nesta temática pelos órgãos comunitários⁴⁸⁰.

Todavia, a partir deste contexto de conflito brotou uma “frutífera relação entre o direito constitucional alemão e o direito europeu, a qual, depois de uma fase de aberto conflito passou-se para uma relação de aproximação e de concordância entre a jurisprudência constitucional alemã e a do Tribunal Europeu de Justiça”⁴⁸¹.

Com efeito, o Tribunal Constitucional alemão ao ressaltar a necessidade da existência de garantias fundamentais aos cidadãos em âmbito comunitário e de postular que neste cenário deve o ordenamento nacional cumprir esta função protetiva, baseia-se, como acentua Arnold, na “idéia da proteção subsidiária dos direitos fundamentais por parte da Constituição nacional, é dizer, por um ordenamento diferente do ordenamento no qual o ato normativo em questão foi adotado”⁴⁸².

A decisão produziria um forte impacto no âmbito comunitário, já que ao alertar sobre a ausência de um “catálogo amplo de direitos fundamentais” e recusar “uma proteção essencialmente judicial dos direitos fundamentais” por insuficiente, o resultado consistente na manutenção de “uma competência revisora própria”⁴⁸³ pelo Tribunal Constitucional alemão, estava a minar os fundamentos do direito comunitário, cujas bases

⁴⁸⁰ Ver capítulo V da Seção I da Terceira Parte aonde discorreremos sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais na ordem comunitária.

⁴⁸¹ Von Simson e Schwarze, op. cit. p. 37.

⁴⁸² Arnold, Rainer, “Conflictos entre ordenamientos y su solución. El ejemplo alemán”, ReDCE, n° 1, 2004, p. 105.

⁴⁸³ Von Simson e Schwarze, op. cit. p. 37.

se assentavam no princípio da primazia em face do direito interno de modo a assegurar a aplicação uniforme daquele nos Estados membros.

Mantinha o Tribunal alemão, pois, o controle de conformidade do direito comunitário derivado em face da Lei Fundamental até quando “a comunidade não houver alcançado uma suficiente proteção dos direitos fundamentais”⁴⁸⁴. Ou, nas palavras de Simson e Swarze, mantinha “uma competência revisora própria, até quando aprovasse o Parlamento europeu uma declaração de direitos cujo nível de proteção correspondesse ao assegurado pela Lei Fundamental”⁴⁸⁵.

“Fonte de desassossego”, a sentença acabaria impulsionando um movimento dos órgãos comunitários para o fim de resolver a lacuna apontada pelo Tribunal Constitucional alemão. Em uma Declaração conjunta, de 05 de abril de 1977, o Parlamento europeu, o Conselho de Europa e a Comissão europeia confirmaram a vigência e a observância dos direitos fundamentais na Comunidade europeia. O próprio Tribunal de Luxemburgo declara como elementos essenciais do ordenamento jurídico comunitário os princípios gerais de direito não escritos e, com referência à CEDH, o patrimônio comum de direitos fundamentais, de modo a servir-se dos mesmos como parâmetro de julgamento⁴⁸⁶.

Outro movimento político neste sentido constitui-se na inserção dos mencionados princípios no preâmbulo da Ata Única Europeia de 1986, tendo ademais os acordos de Maastricht previsto para o Tratado da União Europeia a obrigação juridicamente vinculante de esta observar os direitos fundamentais, tal como se encontravam expressados na CEDH e resultavam das tradições constitucionais dos Estados membros⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ Simon, op. cit. p. 841.

⁴⁸⁵ Von Simson e Schwarze, op. cit. p. 37.

⁴⁸⁶ Simon, op. cit. p. 841.

⁴⁸⁷ Von Simson e Schwarze, op. cit. p. 39.

Na esteira das mudanças legislativas e jurisprudenciais promovidas em âmbito comunitário em matéria de direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional alemão, no que se considera “uma revisão da sentença Solange”, entendeu superados os motivos pelos quais suscitaram sua reação em 1974⁴⁸⁸.

Na sentença Solange II, em 1986, ressaltou: “Mientras las Comunidades Europeas, especialmente su Tribunal de Justicia garanticen una protección eficaz de los derechos fundamentales frente a su potestad soberana, que básicamente pueda equipararse a la protección inalienable otorgada por la Ley Fundamental, sobre todo porque garantiza con carácter general el contenido esencial de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional deja de ejercer su jurisdicción sobre la aplicación del Derecho comunitario derivado, considerado ya como referencia jurídica de actuación para autoridades y tribunales en el territorio de la República Federal, y de enjuiciar el Derecho comunitario con los derechos fundamentales recogidos en la Ley Fundamental como parámetro” (BverfGE 73, 339, 340)⁴⁸⁹.

Como bem acentua Arnold, a sentença Solange II não deixa de ser uma confirmação da sentença anterior. Ao confirmar a primazia do direito comunitário de modo e abandonar-se a jurisdição própria em matéria de direitos fundamentais o faz tão-somente porque encontra o Tribunal alemão uma “equivalência entre o alcance e os os instrumentos de proteção que garante a Constituição nacional e a encontrada no direito comunitário”. No seu entender, neste conceito se pode encontrar “uma idéia de substituição, em um processo dinâmico, da proteção nacional pela proteção supranacional dos direitos fundamentais”⁴⁹⁰.

Na prática, a partir da decisão Solange II, o Tribunal constitucional alemão já não examina a compatibilidade dos atos comunitários “com a vara de medir dos direitos fundamentais alemães”. Na medida em “que os atos de transposição ou execução se refiram a direito comunitário vinculante, atua a prevalência do direito comunitário com a

⁴⁸⁸ Von Simson e Schwarze, *op. cit.* p. 40.

⁴⁸⁹ Von Simson e Schwarze, *op. cit.* p. 40.

⁴⁹⁰ Arnold, *op. cit.* p. 105.

consequência de que o direito nacional que colisione com ele, incluídos os direitos fundamentais, não pode ser aplicado. A proteção jurídica nacional e a própria do direito comunitário são asseguradas por meio da questão prejudicial do art. 234 TCE”⁴⁹¹.

Entendem Simson e Schwarze, em largo e interessante estudo, que não há razões jurídicas desde o ponto de vista do direito constitucional alemão para alterar o “equilíbrio proposto com a resolução do Tribunal Constitucional no caso Solange II entre as exigências da integração europeia e os mandatos da Lei Fundamental”, uma vez que se alcançou uma “relação apropriada entre o direito constitucional alemão e o direito europeu”⁴⁹².

Ao contrário, este Tribunal vem confirmando a partir de sucessivas decisões esta perspectiva relacional entre os ordenamentos. Como acentua Arnold, a decisão Solange II não foi modificada pelo Tribunal Constitucional na decisão sobre o Tratado de Maastricht (BVerfGE 89, 155), tendo ele aportado somente uma precisão, “enquanto expressa a existência de uma relação de cooperação entre o Tribunal Constitucional alemão e o Tribunal de Justiça europeu. Esta cooperação, como explica o Tribunal alemão, corresponde exatamente à doutrina da decisão Solange II: o Tribunal de Justiça é competente para controlar a compatibilidade dos atos normativos ou executivos da Comunidade com os direitos fundamentais da própria Comunidade, que existem em forma de princípios gerais de direito comunitário, princípios não escritos reconhecidos pelo Tribunal europeu. O Tribunal Constitucional Federal assume a tarefa de garantir, de maneira global, a existência de uma suficiente proteção dos direitos fundamentais por parte do direito supranacional. Deve examinar se existe um nível suficiente de tal proteção e, em consequência, o Tribunal nacional pode abster-se de aplicar seus próprios direitos fundamentais se está assegurada a proteção indispensável ao indivíduo”⁴⁹³.

Resumindo, o autor arremata: “O Tribunal de Luxemburgo é competente para o exame completo do caso, enquanto que o Tribunal de Karlsruhe se ocupa da questão

⁴⁹¹ Ehlers, op. cit. p. 43.

⁴⁹² Von Simson e Schwarze, op. cit. p. 41, 79.

⁴⁹³ Arnold, op. cit. p. 107.

geral de saber se existe por parte da entidade supranacional uma proteção suficiente dos direitos fundamentais do indivíduo equivalente à da Lei Fundamental”⁴⁹⁴.

Na opinião de Von Simson e Schwarze “não cabe ao Tribunal Constitucional mais do que optar, a partir dessa decisão, entre renunciar a controlar no caso concreto uma correção suplementária a partir dos direitos fundamentais, tal e como os concebe a Lei Fundamental, ou bem – tendo em conta que não são imagináveis cambios significativos – não aceitar os parâmetros jurídico-fundamentais do Tribunal europeu e fazer um uso generalizado de sua reserva”. Todavia, como bem ressalta, “para fazer uso de uma correção complementar, o Tribunal constitucional carece a partir de agora (da sentença Solange II) de margem alguma”⁴⁹⁵.

Na mesma linha, a decisão sobre o “Mercado de bananas” do ano de 2000 (BVerfGE 102,147) também confirma a posição de Solange II, parecendo evidente para Arnold que uma “redução essencial” do nível de proteção dos direitos fundamentais em âmbito comunitário não “chegará a suceder-se” especialmente em vista da Carta de Direitos Fundamentais de Nice⁴⁹⁶, que acabou sendo introduzida no direito comunitário através do Tratado de Lisboa de 2009, adquirindo, portanto, status de direito originário.

Portanto, o exemplo deixado pelo Tribunal Constitucional alemão demonstra que uma rede de influências recíprocas acaba se produzindo em torno dos direitos fundamentais, de modo a revelar que o exercício de determinadas competências originárias deferidas pelo ordenamento constitucional acabam sendo exercidas primariamente pelo órgão judicial europeu, a partir da percepção de que a lógica relacional produzida entre dois ordenamentos jurídicos diversos que se encontram em comunicação garante a proteção efetiva dos direitos fundamentais previstos no ordenamento constitucional alemão.

⁴⁹⁴ Arnold, *op. cit.* p. 107.

⁴⁹⁵ Von Simson e Schwarze, *op. cit.* p. 42.

⁴⁹⁶ Arnold, *op. cit.* p. 107-108.

Ressalte-se, por importante, que estamos falando de um tema que não pode ser objeto de transferência pelos estados membros para a coletividade supranacional – já que constitui-se em um dos temas que configuram a “identidade” do regime constitucional⁴⁹⁷ -, mas que encontra nesta lógica de substituição⁴⁹⁸ uma proteção equivalente. A proteção jurídica nacional conferida em última instância pelo Tribunal

⁴⁹⁷ Nas palavras de Ehlers, “La República federal de Alemania solo puede transferir derechos soberanos a la Unión Europea dentro de determinados límites, que se encuentran descritos en el art. 23.1 da Ley Fundamental. En el caso de que las Comunidades desempeñen competencia que no les han sido transferidas (límite de lo no transferido), o de que el Derecho comunitario lesione el estándar indisponible de la Ley Fundamental a que se refiere el art. 23.1 en relación con el art. 79.2 y 3 de la Ley Fundamental (límite de lo transferible) este (el Derecho comunitario) no es aplicable de acuerdo con la jurisprudencia del TCF. Como ejemplo de ello, en repetidas ocasiones se establece la metáfora de una puente hacia Europa, en el cual el Tribunal Constitucional Federal se encuentra como guardián que ha de garantizar el cumplimiento de los mencionados requisitos. Al estándar indisponible e integrador de la identidad del orden constitucional vigente de la Ley Fundamental le corresponde una protección de los derechos fundamentales que no puede esencialmente ponerse detrás de las exigencias de la Ley Fundamental”, op. cit. p. 42; o art. 23.1 da Lei Fundamental estabelece limites à transferência de competências à União europeia, nos seguintes termos: “Artigo 23 [União Europeia - Proteção dos direitos fundamentais - Princípio da subsidiaridade] (1) Para a realização de uma Europa unida, a República Federal da Alemanha contribuirá para o desenvolvimento da União Europeia, que está comprometida com os princípios democráticos, de Estado de direito, sociais e federativos e com o princípio da subsidiaridade e que garante a proteção dos direitos fundamentais, comparável em sua essência à garantia constante nesta Lei Fundamental. Para tal, a Federação pode transferir direitos de soberania através de lei com anuência do Conselho Federal. Para a criação da União Europeia, bem como para as alterações dos tratados constitutivos e de todas as normas correlatas, através dos quais esta Lei Fundamental venha a ser modificada ou complementada em seu conteúdo ou que ensejarem tais mudanças ou complementações, aplica-se o artigo 79 §2 e 3”, extraído na data de 29.04.2012 do site http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf.

⁴⁹⁸ Arnold fala da “Teoria da Substituição”, expondo a seguinte idéia: “Es consecuente con lo anterior que la confirmación en la decisión Solange II de la primacía del Derecho comunitario al abandonar la jurisdicción propia en materia de derechos fundamentales. La equivalencia entre el alcance y los instrumentos de la protección garantizada por la Constitución nacional y la garantizada por el Derecho Comunitario parece asegurada. En este concepto se puede hallar una idea de sustitución, en un proceso dinámico, de la protección nacional por la protección supranacional de los derechos fundamentales (protección que es la protección en principio adecuada porque deriva del ordenamiento de la norma en cuestión); op. cit. p. 105-106.

Constitucional alemão cede seu lugar, portanto, à atividade de organismos localizados fora da estrutura organizacional nacional, em uma manifestação eloqüente tanto da superação da doutrina da onipotência do Estado nacional, quanto da doutrina da primazia da Constituição.

iii. Internacionalização e europeização estatal e constitucional

Nesta temática, Stern aduz que com a crescente internacionalidade e supranacionalidade dos estados nacionais “a supremacia da Constituição na pirâmide normativa começa a debilitar-se”, referindo-se tanto à diretriz aplicável aos países membros da União Européia de que o direito europeu possui prioridade de aplicação inclusive frente ao direito constitucional nacional⁴⁹⁹, quanto às atribuições do TEDH, ressaltando que hoje já não se pode falar de “uma autarquia constitucional nacional”⁵⁰⁰.

Suas constatações giram em torno, ademais, dos elementos comuns que se apresentam nas constituições atuais, enfatizando que “a supranacionalidade européia não infravalora, contudo, o trabalho criativo dos legisladores constitucionais. Sem embargo, a referência da atualidade assinala uma homogeneidade constitucional global, ou como mínimo, muito ampla, respeito da qual Europa já alcançou uma alta proporção”⁵⁰¹.

Hesse, a propósito, ao falar sobre a abertura do Estado à dimensão exterior refere-se aos fenômenos da internacionalização e da europeização de modo a reconhecer a existência de interdependências que, ademais, produzem específicos efeitos no ordenamento constitucional⁵⁰².

⁴⁹⁹ Stern, Klaus, “Jurisdicción constitucional y legislador”, Madrid, Dykinson, 2009, p. 179

⁵⁰⁰ Stern, op. cit. p. 180.

⁵⁰¹ Stern, op. cit. p. 180.

⁵⁰² Hesse, Konrad, “Constitución y Derecho Constitucional”, in Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen, “Manual de derecho constitucional”, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 13

Assevera o respeitado professor que “a internacionalização resulta da importância crescente dos acontecimentos exteriores, tanto para a vida interna como para a ação do Estado. Junto às múltiplas vinculações no sistema de tratados internacionais e as consequentes obrigações, põem-se claramente de manifesto a dependência da economia interna a respeito da economia mundial e de sua evolução, é dizer, das numerosas interdependências existentes, o que supõe que os assuntos externos e internos resultam cada vez mais difíceis de separar”, entendendo o autor que tais processos impelem a uma “perda de vigência geral” das constituições nacionais”⁵⁰³.

No que se refere ao fenômeno da europeização, Hesse aduz que a transferência de tarefas estatais às instâncias supranacionais tem crescido quanto mais tem avançado o processo de integração europeia, sublinhando que tal processo impacta de forma negativa a Constituição no sentido de que “a renúncia estatal de sua exclusiva soberania” impele à perda de sua originária identidade, ao mesmo tempo em que “produz substituições no ordenamento constitucional”, exemplificando com a perda da competência dos *Länder* no âmbito do regime federal. Na sua visão, tanto à Constituição quanto ao resto do ordenamento jurídico nacional se superpõe o direito comunitário que “dentre outras coisas, não deixará de afetar à ação e ao significado da jurisdição constitucional”, o que acaba influenciando inclusive o próprio significado de Estado nacional e respectiva constituição⁵⁰⁴.

Reconhece Hesse, portanto, que “a evolução do Estado desde sua concepção tradicional como soberano nacional, relativamente hermético, em direção ao Estado atual, internacionalmente imbricado e supranacionalmente vinculado, se corresponde com a perda da primazia e da entidade e importância que até muito recentemente havia tido sua Constituição”⁵⁰⁵.

As referidas conclusões se aproximam bastante das de Häberle e Ferrajoli vistas anteriormente, referindo-se Hesse inclusive à crise do Estado constitucional e a

⁵⁰³ Hesse, op. cit. p. 13.

⁵⁰⁴ Hesse, op. cit. p. 14.

⁵⁰⁵ Hesse, op. cit. p. 14.

insuficiência da idéia de constituição orientada ao modelo nacional. Neste contexto, parece importante, todavia, ressaltar aqui a advertência que Hesse faz sobre a temática dos direitos fundamentais em tempos de interdependência internormativa como estratégia inclusive para lograr um ajuste adequado com a integração européia: “Temos que cobrar consciência do significado dos novos problemas para os direitos fundamentais, para os órgãos estatais estabelecidos pela Constituição, suas tarefas e a forma de levá-las a cabo, e para adotar as disposições com as que a ordem constitucional pode fazer frente às novas situações (...) A tarefa de uma política constitucional previsora, claramente concebida, que por isso se imponha de forma categórica, é independente da unidade alemã. Constitui um processo a longo prazo no qual a necessidade de um concerto com o progresso da integração européia terá uma importância essencial”⁵⁰⁶.

Se Simson e Schwarze alertam, por um lado, que a União Européia assume cada vez mais tarefas e responsabilidades estatais, as quais, em conseqüência, perdem os Estados, perguntando-se diante deste processo progressivo quanto do “Estado definido e constituído pela Lei Fundamental poderá ser preservado”, ressaltam, por outro, que “o Estado não pode levar a cabo por mais tempo, com plena autonomia, algumas das funções que lhe correspondiam segundo sua definição clássica”⁵⁰⁷.

Isto porque, “muitas das competências e tarefas que transfere somente podem resguardar-se por comunidades agrupadas para atuar coletivamente, já que os problemas superam a dimensão que poderia ser enfrentada pelo Estado individual”, o que os leva a concluir que “o Estado não pode por mais tempo continuar como uma entidade independente autoconstituída, senão como parte de uma coletividade, sob uma Constituição comum, que compreende uma série de Estados”⁵⁰⁸, ainda que tal tema – a da Constituição européia – revele-se como polêmico e longe de ser resolvido.

Nossa intenção ao mencionar o espinhoso tema da repartição de tarefas e competências entre os estados membros e os órgãos comunitários teve o objetivo tão

⁵⁰⁶ Hesse, *op. cit.* p. 15.

⁵⁰⁷ Von Simson e Schwarze, *op. cit.* p. 18.

⁵⁰⁸ Von Simson e Schwarze, *op. cit.* p. 19.

somente de ressaltar o impacto que tal fenômeno integracionista promove no próprio conceito de Estado nacional e de sua respectiva constituição, de modo a ressaltar sua insuficiência e perda de autonomia diante deste fenômeno.

Mas deve-se ressaltar que este processo nutre-se de intensas interações recíprocas entre os estados e a coletividade supranacional, cujo ponto de partida reside no compartilhar valores e elementos constitucionais comuns, a par das diferenças histórico-culturais que acabam refletindo uma “consciência europeia comum”, já que na “busca da unidade, a história da Europa tem sido, simultaneamente, a expressão da pluralidade cultural, social e política, que fundamentou sua idiossincrasia e sua fortaleza e da qual tampouco pode prescindir a Comunidade de amanhã”⁵⁰⁹.

No entender de Simson e Schwarze, “os atuais Estados membros tem tanto em comum, no que se refere à sua história e a sua idiossincrasia, que nenhum deles teve que renunciar a qualquer parte essencial de si mesmo para fazer possível a uniformidade desejada”. Advertem, no entanto, que “a necessária homogeneidade, da qual dependem não somente uma comum estatalidade mas também a atual Comunidade europeia [atual União europeia] tampouco pode obter-se a golpe de tratados. Se bem que estes podem impulsioná-la e dotá-la de importantes fundamentos, essa homogeneidade tem que ir-se obtendo historicamente, e isto não sucede de um dia para o outro”⁵¹⁰.

De outro lado, pontua-se que estas interações recíprocas entre o direito constitucional e o europeu conduzem a uma evolução jurídica de ambos, o que “supõe que não somente podem as concepções jurídicas alemãs incidir na formalização e evolução do direito europeu, mas que este, alimentado de fontes jurídicas nacionais, também está em condições de repercutir, por sua parte, no direito pátrio”, o que se reflete, ademais, na atividade de interpretação constitucional, já que esta “tem que estar daqui por

⁵⁰⁹ Von Simson e Schwarze, *op. cit.* p. 80.

⁵¹⁰ Von Simson e Schwarze, *op. cit.* p. 25.

diante aberta, em princípio, a uma *recepção* de princípios constitucionais europeus”⁵¹¹, o que veremos mais à frente.

Não obstante reconhecerem que a Lei Fundamental, com seus “princípios fundamentais de democracia, Estado social e de direito, direitos fundamentais e, sobretudo, de federalismo, oferece um patrimônio de instrumentos e idéias de utilidade para os futuros passos no caminho em direção a uma Constituição europeia”, alertam, de outro lado, que não há espaço para postular-se um amplo e exclusivo reconhecimento de elementos constitucionais próprios, exemplificando, que “não cabe à Lei Fundamental pretender que tenham plena consideração e sejam fielmente refletidos seus próprios princípios estruturais”. Isto porque “o processo europeu de integração se nutre dos princípios constitucionais e todos os Estados membros, em princípio iguais em direitos, de modo que nenhum deles pode pretender de forma exclusiva a validade incondicionada e inalterável de seu direito constitucional como núcleo de uma Constituição europeia”⁵¹².

No mesmo contexto interrelacional permeado pelas influências recíprocas e interdependências internormativas, encontra-se a CEDH, a qual possui, segundo os mesmos autores, “em seu conjunto, uma importância considerável como expressão de um consenso com dimensão europeia a respeito das idéias fundamentais, cuja aceitação sem reservas por todos os Estados membros constitui o pressuposto de uma integração baseada nos princípios do Estado democrático e de direito”⁵¹³.

iv. Interpretação constitucional no contexto de internacionalização – Interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a jurisprudência internacional pelo Tribunal constitucional alemão

Estes processos de comunicação internormativos produzem impacto importante na atividade de interpretação constitucional, uma vez que este intenso tráfico de elementos próprios de cada ordenamento nacional e da própria comunidade

⁵¹¹ Von Simson e Schwarze, *op. cit.* p. 79.

⁵¹² Von Simson e Schwarze, *op. cit.* p. 70, 79.

⁵¹³ Von Simson e Schwarze, *op. cit.* p. 34.

supranacional, ademais de contribuir para uma evolução recíproca, impele a uma abertura da interpretação, ou como acentuam Simson e Schwarze a uma “*recepção* de princípios constitucionais europeus”⁵¹⁴.

E neste contexto surge interessante o estudo do caso alemão uma vez que mesmo o ordenamento jurídico interno posicionando os tratados de direito internacional ao nível das leis federais ordinárias - o que implica a preeminência sobre eles das normas constitucionais e até das normas federais ordinárias posteriores⁵¹⁵ -, o tratamento que vem sendo conferido aos tratados de direito internacional de direitos humanos, especialmente a CEDH, recebe contornos interessantes no que diz respeito à sua influência na interpretação constitucional dos direitos fundamentais alemães.

Apesar de encontrar-se, portanto, em um lugar no sistema de fontes jurídicas não muito favorável à sua efetiva implementação, eis que sua vulnerabilidade a quaisquer leis posteriores é bastante considerável, assevera Ehlers que o respeito às obrigações internacionais que resta reconhecido por força do art. 23 e seguintes da Lei Fundamental implica “que as leis tenham que ser interpretadas e aplicadas levando em conta as obrigações jurídico-internacionais da República Federal da Alemanha”⁵¹⁶.

Ou seja, ainda que considere o Tribunal Constitucional a CEDH como lei federal ordinária há, de fato, “um aspecto de diferenciação entre as leis ordinárias e uma lei que incorpora uma convenção internacional” consistente no “enfoque de interpretação favorável às obrigações de direito internacional”⁵¹⁷.

Nesta esteira, o Tribunal Constitucional alemão vem propiciando a aplicação de técnica que permite não só a análise da conformidade dos atos e normas internas em

⁵¹⁴ Von Simson e Schwarze, op. cit. p. 79.

⁵¹⁵ Neste sentido, Bank, Roland, “Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán”, *Ius et praxis*, vol. 9, número 001, Universidad de Talca, Chile, p. 28.

⁵¹⁶ Ehlers, op. cit. p. 36.

⁵¹⁷ Bank, op. cit. p. 32.

face da CEDH, como também a própria leitura dos direitos fundamentais em conformidade com estas normas internacionais de direitos humanos.

Assim, na decisão de 26.03.1987 (Caso *Pakelli*) a Corte alemã afirma que as disposições da Lei Fundamental devem ser interpretadas à luz da CEDH, tendo confirmado na decisão de 14 de outubro de 2004 que “as autoridades e tribunais da República Federal da Alemanha estão obrigados, sob certas condições” a “levar em conta a Convenção Europeia de Direitos Humanos tal e como a interpreta o Tribunal Europeu de Direitos Humanos em suas sentenças”⁵¹⁸.

Quer significar tal reenvio interpretativo “uma interpretação conforme dos direitos fundamentais à luz das exigências da CEDH” sendo que o “fato de desconhecer ou de não levar em conta as decisões da Corte Europeia pode então constituir uma infração no domínio do direito fundamental referido”⁵¹⁹.

Na opinião de Ehlers, ao determinar que “o conteúdo e o grau de desenvolvimento da CEDH deva ser tomado em consideração na hora de interpretar a Lei Fundamental”, de maneira indireta e por este meio “a CEDH adquire em Alemanha, finalmente, um nível quase constitucional”⁵²⁰.

⁵¹⁸ Saiz Arnaiz, Alejandro, “De primacía, supremacia y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, p. 75, nota 59, in Castilho, Antonio López, Arnaiz Alejandro Saiz e Ferreres Comella, Victor, “Constitución Española y Constitución Europea - Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

⁵¹⁹ Gerkrath, Jorg, “L’effet contraignant des arrêts de la Cour Européenne des droits de l’homme vu à travers le prisme de la Cour Constitutionnelle allemande”, in *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, n° 67, Bruxelles, Editions Nemesis, 2006, p. 726.

⁵²⁰ Ehlers, op. cit. p. 36.

É interessante frisar mais uma vez, portanto, que mesmo tendo a Convenção Europeia no direito alemão vigência própria de lei federal ordinária⁵²¹, mas servindo como critério de reenvio às normas de direito internacional de direitos humanos, a técnica adotada pelo Tribunal Constitucional alemão abre o ordenamento constitucional, em consequência, à influência da jurisprudência do TEDH, como guia interpretativo para determinar o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais⁵²².

Na opinião de Hesse, não só tem o Tribunal Constitucional “acertadamente” ressaltado a necessidade de levar em conta “o conteúdo e a evolução da Convenção Europeia de Direitos Humanos na interpretação da Lei Fundamental” como também lhe parece correta tomar a jurisprudência do TEDH na delimitação do “conteúdo e alcance dos direitos fundamentais da Constituição”⁵²³.

Para Jorg Gerkrath o “texto da Convenção e o *case-law* do Tribunal Europeu de Direitos Humanos servem, no nível do direito constitucional, como guias de interpretação para determinar o conteúdo e a finalidade dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais da Lei Fundamental”⁵²⁴.

⁵²¹ Coccozza, Francesco, “Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle “transfrontière” de la CEDH et justice constitutionnelle nationale. Les lignes incertaines d’une relation structurée” in Revue française de Droit Constitutionnel, n° 28, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 716-717.

⁵²² Martinez Ponce, op. cit. p. 120-123; importante dizer que o Tribunal alemão faz referência ao princípio *pro homine* presente no art. 53 do CEDH: “Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar aqueles direitos humanos e liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos conforme as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou em qualquer outra Convenção em que esta seja parte”; a referida decisão também é citada por Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 149.

⁵²³ Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, in Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen, “Manual de derecho constitucional”, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 89.

⁵²⁴ Arnaiz, “De primacía, supremacia”, op. cit. p. 75, nota 59.

No mesmo sentido, manifesta-se Jutta Limbach, para quem a “jurisprudência do TEDH serve de ajuda interpretativa para determinar o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais e para a concretização do princípio do Estado de Direito”⁵²⁵.

O intrigante fenômeno consistente do reenvio do intérprete das normas constitucionais à dimensão internacional dos direitos humanos através de normas jurídicas situadas em posição inferior na escala hierárquica interna – no caso alemão, em nível de lei federal ordinária - é objeto de questionamento por Schlette: “é lícito perguntar por que normas carentes de valor constitucional devem (o Tribunal [alemão] fala de obrigação) levar-se em conta para a interpretação de normas de nível constitucional, e portanto, de nível superior”⁵²⁶.

Talvez a resposta esteja mesmo na “equiparação” – realizada por Karl Sommermann - da técnica alemã às cláusulas expressas de interpretação das normas fundamentais conforme ao direito internacional de direitos humanos presentes na Constituição espanhola (art. 10.2) e portuguesa (art. 16.2).

Em nosso entendimento, à solução alemã não parece importar muito a posição hierárquica dos tratados internacionais no sistema interno para alcançar-se o reenvio interpretativo à dimensão dos direitos humanos. Conforme lição de Karl Sommermann: “na Alemanha não encontramos este tipo de cláusula explícita, mas a Corte Federal alemã tem reconhecido à CEDH e à jurisprudência do TEDH [a atuação] como critérios interpretativos da Lei Fundamental”⁵²⁷.

⁵²⁵ Limbach, Jutta, “La coopération des juridictions dans la future architecture européenne des droits fondamentaux - Contribution à la redéfinition des rapports entre la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la Cour de Justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l’homme”, *in* Revue Universelle des Droits de l’homme, vol. 12, 2000, p. 369-372; o autor à época exercia o cargo de Presidente da Corte Constitucional federal alemã.

⁵²⁶ V.Schlette “Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l’homme et de la Cour constitutionnelle fédérale allemande”, citado por Arnaiz, “La apertura constitucional”, *op. cit.* p. 149.

⁵²⁷ Sommermann, Karl-Peter, “Normativité”, *in* XII Cours international de Justice constitutionnelle “Interpretation de la Constitution par le

Na opinião de Bank, tal técnica se explica a partir da consideração da “intenção dos Estados membros de estabelecer um nível mínimo de proteção dos direitos fundamentais na Europa inteira”, uma vez que tal objetivo somente pode lograr-se através da “implantação congruente destes direitos em todos os Estados membros”. Neste sentido, sua conclusão é enfática: “Somente uma aplicação sistemática das garantias da Convenção europeia na interpretação dos direitos da Lei Fundamental pode trasladar o desenvolvimento dinâmico do nível de proteção europeu ao sistema alemão”⁵²⁸.

Ademais de toda semelhança que a técnica do reenvio interpretativo à CEDH e à jurisprudência do TEDH possui em face das cláusulas espanhola e portuguesa, a fundamentação que justifica o manejo da referida técnica encontra na Corte alemã argumentos importantes para o nosso estudo.

Primeiro porque se entende que o *case-law* europeu de direitos humanos “reflete o estado do desenvolvimento atual da CEDH”, pois a CEDH se compreende “tal qual interpretada pela Corte Européia”, o que atribuiria a importância devida, a nosso ver, à competência interpretativa que possui o TEDH, não fazendo muito sentido tomar a CEDH desvinculada da jurisprudência constante que lhe completa para, unilateralmente, atribuir um alcance e sentido nacional àquelas normas de direitos humanos⁵²⁹.

Razões que no entender de Jorg Gerkrath deveriam servir para todos os estados europeus integrantes do Conselho de Europa. São seus os seguintes argumentos: “as decisões do TEDH em relação a outros estados deveriam por consequência conduzir os Estados [terceiros estados que não participaram do processo] a examinar sua ordem jurídica e a se orientar em relação à jurisprudência pertinente do TEDH para operar a modificação eventualmente necessária (nomina o autor de “efeito de orientação” das decisões do TEDH, que pode ser deduzido da obrigação geral de respeitar os direitos do

juge constitutionnel”, Aix-en-Provence, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XVII, Economica-PUAM, 2001, p. 378-379.

⁵²⁸ Bank, op. cit. p. 36.

⁵²⁹ Gerkrath, op. cit. p. 720-722.

homem, enunciado no art. 1º da CEDH combinado com a competência do TEDH para interpretar a CEDH)»⁵³⁰.

Compartilhamos com Arnaiz, neste sentido, a afirmação de que este enfoque avaliza a jurisprudência do TEDH como “protagonista da fixação de parâmetros compartilhados (que não são sempre mínimos) em matéria de direitos fundamentais para o continente europeu”⁵³¹.

Segundo, porque a fundamentação também prende-se na eficácia funcional que o princípio da benevolência internacional⁵³² (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) desempenha na ordem jurídica alemã. Tal como defendemos para nosso ordenamento jurídico nacional – o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos -, a Corte alemã lança mão de um princípio para deduzir dele a necessidade - dever que vincula as autoridades alemãs, ressaltamos - de fazer conectar ambos os ordenamentos jurídicos em um nível interpretativo, admitindo expressamente as influências dos *standards* jurisprudenciais provenientes da ordem regional de direitos humanos⁵³³.

Informa a doutrina que, tradicionalmente, o referido princípio justifica a abertura da ordem jurídica alemã às normas e princípios de direito internacional⁵³⁴,

⁵³⁰ Gerkrath, op. cit. p. 721.

⁵³¹ Arnaiz, “De primacia, supremacia”, op. cit. p. 75, nota 59.

⁵³² Pontua-se que o referido princípio não se encontra expresso na Lei Fundamental, mas inspira numerosos artigos assim como o Preâmbulo da Constituição que evoca a vontade geral do povo alemão de “servir à paz no mundo”, e de cuja concepção constitucional da soberania estranha o desconhecimento de tratados internacionais livremente consentidos, conforme Gerkrath, op. cit. p. 732-733.

⁵³³ O referido princípio é lido, portanto, como a obrigação dos poderes públicos de levar a cabo uma interpretação do ordenamento jurídico alemão conforme ao direito internacional; neste sentido, Queralt Jiménez, op. cit. p. 183.

⁵³⁴ Gerkrath, op. cit. p.720.

ressaltando-se, ademais, que ele constitui o “verdadeiro fundamento institucional do dever de tomar em consideração as decisões do TEDH”⁵³⁵.

Defende-se, inclusive, que é possível deduzir da ordem constitucional o reconhecimento da “primazia dos direitos humanos” garantidos pela CEDH ou pela ordem comunitária⁵³⁶. Manfred Zuleeg assevera que bastaria combinar o art. 1º, § 2º da Lei Fundamental segundo o qual “o povo alemão reconhece ao ser humano os direitos invioláveis como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo” com o princípio da benevolência internacional. Isto conduziria à conclusão de que “os direitos do homem constituem atualmente o patrimônio comum dos estados europeus e devem ocupar o lugar mais elevado sobre a escala das normas”⁵³⁷ sendo este o “único meio de garantir o respeito efetivo nas ordens jurídicas internas”⁵³⁸.

v. A Convenção Européia de Direitos Humanos como parâmetro do recurso individual constitucional alemão e as tentativas de sua “constitucionalização” pela doutrina

Ressalte-se, por primeiro, que o Tribunal Constitucional alemão não admite que uma disposição prevista na CEDH fundamente de forma isolada um recurso individual dirigido àquela Corte. Admite, entretanto, que a norma de direitos humanos esteja ladeada do “correspondente” direito fundamental alemão que se diz violado.

O interesse maior nesta questão para nosso estudo reside no fato de que através desse procedimento pode o jurisdicionado pleitear a aplicação da proteção européia definida pelo TEDH, ou seja, pode-se postular que os direitos fundamentais alemães sejam interpretados de acordo com a jurisprudência européia pelo Tribunal Constitucional, no caso de não terem recebido tal aporte pelos tribunais ordinários alemães.

⁵³⁵ Gerkrath, op. cit. p. 734.

⁵³⁶ Gerkrath, op. cit. p. 734.

⁵³⁷ Citado por Gerkrath, op. cit. p. 734.

⁵³⁸ Gerkrath, op. cit. p. 734.

Desta forma, mesmo que as garantias da CEDH “não sejam consideradas como um parâmetro direto de constitucionalidade no sistema jurídico alemão” as eventuais violações podem ser objeto de recurso constitucional ao apoiarem-se sobre “um direito fundamental ‘paralelo’ da Lei Fundamental”⁵³⁹.

No mesmo sentido, pontua Ehlers, “se o recurso individual não pode fundamentar-se diretamente na violação de um dos direitos humanos contidos na Convenção, pode fazê-lo em relação com o correspondente direito fundamental da Lei Fundamental”, através da defesa de que os tribunais ordinários “deixaram de observar o significado do direito previsto na CEDH e da respectiva decisão do TEDH”⁵⁴⁰⁵⁴¹.

Conforme assevera com clareza este autor, “enquanto o procedimento conduzido perante os tribunais alemães não esteja concluído, estes tem a obrigação, no marco de uma interpretação da lei justificável desde um ponto de vista metodológico, de dar uma interpretação adequada à Convenção [européia]”, uma vez que no caso de o “correspondente tribunal alemão desconhecer o significado da CEDH ou não observar suficientemente a jurisprudência do TEDH, pode-se recorrer através de recurso para o Tribunal Constitucional”⁵⁴².

A par de confirmar a posição aqui sustentada, Mathias Hartwig, pontua ademais que o desrespeito às disposições da CEDH e da jurisprudência do TEDH

⁵³⁹ Gerkrath, op.cit. p. 726.

⁵⁴⁰ Ehlers, op. cit. p. 42.

⁵⁴¹ Cocozza, pontua, ademais que as normas da Convenção Européia são utilizadas em Alemanha como critério de controle das leis dos Länder e como fonte de interpretação dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, aduzindo ainda que “no que concerne à utilização da CEDH como *ratio decidendi* no quadro do *Verfassungsbeschwerde*, o Tribunal constitucional alemão tem recorrido a um expediente para atender seu objetivo: interpretar a não-aplicação ou a aplicação arbitrária da Convenção na Alemanha como violação do art. 3º, que protege contra as discriminações arbitrárias. Para decidir se a aplicação ou a não aplicação é arbitrária, o Tribunal constitucional interpreta necessariamente a Convenção (...) como se a CEDH servisse de *ratio decidendi* (H. Steinberger)” Cocozza, op. cit. p. 717.

⁵⁴² Ehlers, op. cit. p. 42.

deduzidos no recurso constitucional conduz a uma “sorte de constitucionalização” da Convenção Européia. Acentua, neste sentido que:

“As any other constitutional obligation the respect of this obligation is subject to control by the Federal Constitutional Court. If a domestic court does not take into consideration a relevant provision of the ECHR, it violates the respective fundamental right of the Basic Law. This can be impugned by an individual constitutional complaint. [One can compare this approach to a certain extent with the approach of the Spanish Constitutional Court. (...) In this way, an individual gets a remedy by which he or she can demand respect of the European Convention on Human Rights, especially in the interpretation by the ECtHR. This is a very unique approach to the enforcement of the European Convention on Human Rights, because *it links a sort of constitutionalization of the guarantees of the ECHR with the very far-reaching remedy of the individual constitutional complaint. In a way, the protection goes even farther than in Austria where the ECHR enjoys constitutional rank*”⁵⁴³ (os itálicos são nossos).

A comparação que o autor faz com o ordenamento austríaco é pertinente, já que naquele país a CEDH recebe tratamento constitucional, e portanto, se converte em parâmetro da constitucionalidade das normas internas⁵⁴⁴. Martinez Ponce assevera que o fato da CEDH ostentar “rango de derecho constitucional federal, junto con el desarrollo experimentado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha producido importantes transformaciones en el catálogo austríaco de Derechos Fundamentales”. O autor afirma, ademais, que a influência da CEDH no ordenamento austríaco “se ha producido fundamentalmente por la interpretación dada por el TEDH a las garantías procedimentales previstas en los artículos 5 y 6 del Convenio; de esta manera, como consecuencia de varias Sentencias del TEDH, Austria tuvo que modificar, en 1971, todas las disposiciones del Código de Procedimiento Penal relativas a la prisión preventiva;

⁵⁴³ Hartwig, Matthias, “Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights, *in* German Law Journal, n. 5 2005, p. 893.

⁵⁴⁴ Martinez Ponce, *op. cit.* p.124.

asimismo, entre 1964 y 1977, se anularon, total o parcialmente, tres leyes al no resultar conciliables con lo dispuesto en el artículo 6 del CR»⁵⁴⁵.

Mas a posição de conferir carácter constitucional à CEDH ou pelo menos situá-la em posição superior à das leis ordinárias abrange parte significativa da doutrina na Alemanha. Neste sentido, Coccoza ressalta que a doutrina alemã tem elaborado teorias favoráveis à constitucionalização da Convenção Europeia, “ou pelo menos ela tem tentado subtrair a lei que introduziu a Convenção da regra da *lex specialis derogat generali, lex posterior derogat legi priori*”. Sendo assim, ou se reconhece o carácter constitucional à Convenção (E. Menzel) ou atribuem de toda maneira uma posição superior à lei federal, acentuando que tem sido feito referência a “*spezieller – sui generis – Charakter der Konvention*” ou à necessidade de uma “evolução paralela” dos direitos fundamentais nacionais com o direitos protegidos a nível internacional “segundo o art. 1 {2} GG (A. Bleckman, 1979)”, ou avançado na tese da “renúncia definitiva” de o legislador criar leis contrárias à Convenção Europeia (R. Herzog, 1959), ou se tem, ainda, sustentado a tese da “força preventiva” da Convenção europeia que impede um “*relâchement*” de parte das Cortes constitucionais na defesa dos direitos fundamentais (Werner Von Simson, 1984)⁵⁴⁶.

Relata Roland Bank que na literatura jurídica alemã os movimentos que tendem a atribuir um nível constitucional à CEDH, se fundam nos seguintes argumentos: a) através da definição da Convenção como um sistema constitucional europeu de direitos fundamentais tendo como proposição a reflexão sistemática das garantias da Convenção no processo de interpretação das garantias fundamentais da Lei Fundamental, argumentando que o art. 1º § 2 e 3⁵⁴⁷ constituem expressão da vontade do povo alemão

⁵⁴⁵ Martinez Ponce, op. cit. p. 126-127.

⁵⁴⁶ Coccoza, Francesco, “Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle “transfrontière” de la CEDH et justice constitutionnelle nationale. Les lignes incertaines d'une relation structurée” in Revue française de Droit Constitutionnel, n° 28, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 716-717.

⁵⁴⁷ “(2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e

sobre os direitos fundamentais referíveis não somente ao catálogo da Lei Fundamental como também em outros catálogos⁵⁴⁸; b) através da equiparação das garantias da Convenção com a proteção do art. 2º § 1 da Lei Fundamental, cuja perspectiva da “ordem constitucional” mencionada no artigo não se limita às normas explicitamente contidas na Constituição – o direito constitucional formal -, mas também inclui as normas de direito constitucional material não inseridas de forma explícita na Constituição⁵⁴⁹.

De todo modo, parece adequado afirmar que a solução alemã não confere importância definitiva à posição hierárquica dos tratados internacionais no sistema interno para alcançar-se o reenvio interpretativo aos sistemas de proteção dos direitos humanos, deixando de lado o caráter formal do sistema de fontes jurídicas para priorizar um efetivo funcionamento do sistema de proteção de direitos, baseado muito mais na harmonia internormativa entre o catálogo de direitos humanos europeu e o catálogo de direitos fundamentais alemão. Põem-se de lado esquemas formalistas concebidos a partir da lógica dos estados nacionais que, limitando-se egocentricamente em sua própria realidade normativa, atuam de forma descomprometida em face dos fenômenos interativos atuais.

Nesta esteira, revela-se bastante adequada a lição de Hesse a respeito: “Esta diferença de validade formal [nível das normas constitucionais e ordinário da CEDH] não modifica substancialmente o significado objetivo dos direitos da Convenção que, como

vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”, extraído na data de 29.04.2012 do site http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf.

⁵⁴⁸ Hoffmeister, Frank, “Völkerrechtlicher Vertrag oder europäische Grundrechtsverfassung? - Die Europäische Menschenrechtskonvention im Wandel”, Humboldt Forum Recht 1999, Beitrag 5 (<www.humboldt-forumrecht.de>), citado por Bank, op. cit. p. 30.

⁵⁴⁹ Frowein, Jochen A., “Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention”, Festschrift Zeidler 1987, II. Band, pp. 1763 (1770), citado por Bank, op. cit. p. 30.

símbolo do progresso atual dos direitos fundamentais para além do âmbito nacional, exclui a falta de comunicação entre direitos fundamentais e europeus”⁵⁵⁰.

vi. O Tribunal Constitucional Federal como guardião das decisões do TEDH e a obrigada leitura dos direitos fundamentais alemães de acordo com o *case-law* do TEDH

A decisão do TEDH no caso *Görgülü*⁵⁵¹ condenando Alemanha pela violação do art. 8º do CEDH e as posteriores manifestações do Tribunal Constitucional Federal a propósito, trouxeram importantes clarificações a respeito das relações entre o ordenamento constitucional alemão e o europeu de direitos humanos⁵⁵².

No referido caso, a condenação sobreveio porque as instâncias ordinárias alemãs deixaram de considerar os interesses do pai na decisão sobre a custódia da criança, levando em conta somente os relativos ao bem-estar daquela, tendo, ademais, sido negado o direito de acesso do pai à criança. O Tribunal Constitucional Federal, por fim, proferiu decisão de inadmissibilidade do recurso constitucional apresentado pelo pai.

As circunstâncias fáticas e o desenrolar do processo judicial iniciado pelo pai e pelos pais adotivos guardaram uma relativa complexidade⁵⁵³, mas este se desenrolou sobre os seguintes fatos: tendo o relacionamento afetivo entre o pai e a mãe sido terminado antes (janeiro de 1999) de o pai saber sobre a gravidez (maio de 1999), teriam eles concordado em que a criança ficaria sob os cuidados do pai, mas, no entanto, este não conseguira contato com a mãe a partir de determinada data (desde julho de 1999), a qual optou unilateralmente por dar a criança à adoção logo após o nascimento (agosto de 1999), sem cientificar o pai, que ao ficar sabendo de tal fato (outubro de 1999) iniciou os

⁵⁵⁰ Hesse, op. cit. p. 89.

⁵⁵¹ Sentença do TEDH de 26 de fevereiro de 2004.

⁵⁵² O inteiro teor da decisão do TEDH no caso pode ser consultado no seguinte endereço eletrônico, acessado em 21.03.2012: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=gorgulu&sessionid=89254489&skin=hudoc-en>.

⁵⁵³ Para uma pesquisa mais aprofundada do caso, ver Hartwigg, Mathias, op. cit. p. 869-894.

procedimentos administrativos e judiciais para reconhecer sua paternidade, conseguir a guarda e ter acesso ao filho.

A discussão havida após a decisão do TEDH centrou-se na execução desta sentença em âmbito interno, mas revela-se importante para nossa investigação uma vez que o Tribunal Constitucional Federal estende um critério interpretativo para além do caso concreto, de modo a reforçar o reenvio do intérprete nacional à dimensão internacional de direitos humanos, como técnica para atender às obrigações internacionais e harmonizar as decisões nacionais e europeias.

Inicialmente, as cortes ordinárias recusaram-se a executar o julgado do TEDH sob o amparo de diversos argumentos⁵⁵⁴, tendo sido apresentado outro recurso constitucional pelo pai. Nesta oportunidade, o Tribunal constitucional federal remarcou⁵⁵⁵, em primeiro lugar, que as obrigações advindas da CEDH constituíam-se em obrigações às quais os Estados teriam liberdade na forma de sua implementação e que aquela teria sido recebida no ordenamento jurídico alemão como lei ordinária, tendo concluído, no entanto, que todas as autoridades alemãs são obrigadas a observá-la e aplicá-la. Reiterou, ainda, a sua jurisprudência de que não gozando a CEDH de carácter constitucional não poderia dar sustentação a um recurso constitucional, ademais de ressaltar, “pela primeira vez de forma clara”, que o ordenamento alemão adere à teoria dualista⁵⁵⁶ no relacionamento entre as ordens interna e externa, o que não deixou de

⁵⁵⁴ Hartwigg, op. cit. p. 871-872.

⁵⁵⁵ Decisão de 14 de outubro de 2004, 2 BvR 1481/04, que pode ser acessada através deste endereço eletrônico http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html (em alemão) http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104en.html (em inglês).

⁵⁵⁶ “In its decision, the Federal Constitutional Court reiterated the openness of the Basic Law towards international law, on the one hand, while holding that the Basic Law is linked to the dualistic concept of international law and thus of distinct legal supremacy within Germany, on the other hand. In this dualist perspective international law and municipal law form a relationship of two different legal spheres, and it is municipal law that defines the position of international law within the domestic field. This means that the validity of international law within the internal legal order is susceptible to a constitutional reservation”, in Hartwigg, op. cit. p. 875.

receber críticas⁵⁵⁷ expressando certa preocupação de que a Alemanha poderia estar sugerindo que “sob determinadas condições a soberania poderia justificar uma violação das obrigações internacionais”⁵⁵⁸.

Se de um lado o único critério que rege as decisões sobre a custódia parental no direito alemão é, segundo Hartwigg, a estabelecida no § 1696 do Código Civil alemão, consubstanciando o que for mais apropriado aos “interesses da criança” de modo a excluir a análise dos interesses do pai ou da mãe, a partir da decisão do TEDH as cortes nacionais alemãs devem levar em consideração o art. 8º do CEDH, tal como interpretado pela Corte Européia⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ “In its decision, the Federal Constitutional Court for the first time clearly committed Germany to the dualist theory. This seems astonishing because, during more than fifty years of constitutional jurisprudence, there was no necessity to make such an unequivocal declaration on this point. The theoretical explanations are not a *l’art pour l’art*, but they entail practical consequences. The Federal Constitutional Court interpreted the openness of the Basic Law to international law in the sense that this openness does not mean that the Federal Republic waives its sovereignty. And sovereignty is traditionally understood as the exercise of supreme power. This predetermines the solution of a conflict between international law and domestic law of a higher rank, which forms the basic principles of the legal order. The Federal Constitutional Court went so far as to state that the legislature may deviate from the requirements of international law, if it is the only way to avoid a violation of fundamental principles of the constitution. Germany does not submit itself to non-German sovereign acts which are beyond constitutional control and, with reference to art. 23 para. 1 of the Basic Law, the Federal Constitutional Court emphasized that this is also true for the supranational law of the European Community”, in Hartwigg, Mathias, op. cit. p. 875-876.

⁵⁵⁸ Hartwigg, op. cit. p. 878.

⁵⁵⁹ Segundo Hartwigg, “(...) in German law a reopening procedure is provided only by the criminal procedural law, not by the civil procedural law. Therefore, a violation of the ECHR, which has been stated by the ECtHR, cannot be corrected in such a collateral procedure”. No entanto, assevera que “More and more legal orders have introduced special provisions which allow the review of such cases, recognizing that otherwise the national courts will not be able to respond to and remove the violation of the ECHR identified by the ECtHR. Most of these provisions exclusively refer to criminal proceedings. Only a few national legal orders allow for the possibility to reopen cases of civil or administrative law. In this respect, the German parliament amended the criminal procedural code (only in 1998 -

Assim, mais do que estabelecer um direcionamento para o caso concreto, o Tribunal Constitucional Federal determina um “novo rumo para a interpretação das disposições nacionais” ao determinar que as cortes nacionais “devem considerar de forma cuidadosa” os “melhores interesses da criança” em um contexto que considere “a custódia pelo pai”⁵⁶⁰. Ou seja, estende-se para além de um único elemento – melhores interesses da criança – a definição da custódia parental que vai agora depender da análise dos interesses do pai (e/ou da mãe). A decisão é vista, pois, como “uma tentativa de harmonização das exigências da lei civil e as exigências da CEDH”⁵⁶¹.

Referida decisão levou Gerkrath a afirmar que “o texto da CEDH, assim como a jurisprudência do TEDH, são qualificados como “meio de interpretação” (*Auslegungshilfen*) para a determinação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais e dos princípios de Estado de direito da Lei Fundamental”⁵⁶², técnica que surge para as autoridades alemãs como uma obrigação⁵⁶³.

Também para Arnold, o critério interpretativo que determina a leitura das normas constitucionais à luz da CEDH faz estas constituírem-se em um “meio de interpretação”, em que pese seu valor de lei ordinária⁵⁶⁴. Asseverando, ademais, que um

almost half a century after the ratification of the European Convention by Germany) by inserting § 359 no. 6 of the Strafprozessordnung (StPO – criminal procedure code). According to this provision an ordinary court has to review a criminal decision if the ECtHR stated a violation of the ECHR and the decision is based on this violation. This means that not all criminal cases, which might be based on a violation of the ECHR can be reviewed”, Hartwigg, op. cit. p. 887, 883.

⁵⁶⁰ Hartwigg, op. cit. p. 890.

⁵⁶¹ Hartwigg, op. cit. p. 890.

⁵⁶² Gerkrath, op.cit. p. 718.

⁵⁶³ Gerkrath, op.cit. p. 718.

⁵⁶⁴ Arnold, Rainer, “L’exposition des Constitutions européennes aux influences externes”, in *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*”, Volume II, Miranda, Jorge (organizador), Coimbra, Coimbra editora, 1997, p. 670-694.

conflito entre uma lei ordinária posterior ou com caráter especial em face da CEDH encontra-se atenuada em vista dessa técnica⁵⁶⁵.

Häberle também faz referência à decisão ressaltando uma importante passagem: “a la hora de interpretar la Ley fundamental hay que tener en cuenta contenidos y desarrollos de la Convención Europea de Derechos Humanos; por ello es útil también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como recurso para determinar el contenido y envergadura o alcance a los derechos fundamentales, así como los principios jurídico-estatales de los fundamentos de la Ley Fundamental de Bonn”⁵⁶⁶⁵⁶⁷.

Entretanto, surge ainda outro elemento que é denominado pela doutrina como um “passo revolucionário” neste contexto interacional havido entre os ordenamentos constitucional e internacional de direitos humanos.

Sublinha Hartwig que o Tribunal Constitucional poderia ter ficado satisfeito quando ressaltou que “as cortes ordinárias estavam obrigadas a levar em consideração as decisões do TEDH”, mas, todavia, deu um “passo além”, sendo este ponto onde “a revolução começa”⁵⁶⁸. Ocorre que o Tribunal, de um lado, declarou que possui uma “especial responsabilidade” na execução das obrigações internacionais, remarcando sua competência como guardião destas obrigações mesmo que estas possuam caráter de leis ordinárias e, de outro, declara que assume um particular papel em face da Convenção

⁵⁶⁵ Assevera o autor que a Corte teria reconhecido - em vista da técnica de considerar a CEDH como meio de interpretação” do direito alemão - uma sorte de constitucionalização, com o que não concorda pois “as aproximações doutrinárias que tentam fazer reconhecer à CEDH um valor supralegislativo, inclusive até mesmo constitucional não tem podido se impor no momento”. Para parte da doutrina teria havido mesmo uma influência na qualificação da CEDH, uma “constitucionalização parcial” (Rainer Arnold) ou “aproximação de fato ao nível constitucional” (Heiko Sauer), Gerkrath, op.cit. p. 716 e 718.

⁵⁶⁶ Häberle, Peter, “Derecho Constitucional Común Europeo”, Revista de Estudios Políticos, n.79, 1993, p. 20, nota 39.

⁵⁶⁷ Cocozza, op. cit. p. 717.

⁵⁶⁸ Hartwig, op. cit. p. 890.

Européia, a qual “contribui para promover uma evolução européia comum de direitos humanos”⁵⁶⁹.

Nesta esteira, o Tribunal Constitucional Federal contribui de maneira bastante importante para assentar a técnica da interpretação dos direitos fundamentais conforme aos direitos humanos ao ressaltar que por força do art. 59 § 2º da Lei Fundamental os órgãos nacionais se *obrigam* a se referir à “Convenção Européia sobre direitos humanos quando interpretem os direitos fundamentais alemães”⁵⁷⁰, o que permite à doutrina alemã afirmar que os direitos fundamentais alemães adquirem uma “dimensão internacional” ao mesmo tempo em que os direitos humanos europeus tornam-se “constitucionalizados”⁵⁷¹.

Assim, a determinação do conteúdo e extensão dos direitos fundamentais alemães deve obrigatoriamente considerar a jurisprudência da Corte Européia. Ou seja, o “significado” dos direitos humanos a serem levados em consideração pelos órgãos internos constitui-se no *case-law* estabelecido pelo TEDH.

Vale a pena transcrever, mais uma vez, a doutrina de Hartwig: “The obligation of the national courts to take into consideration the European Court’s decision

⁵⁶⁹ Hartwig, op. cit. p. 891.

⁵⁷⁰ “All the state bodies of the Federal Republic of Germany are - to the extent set out here under C. I. above - bound by operation of law within their jurisdiction by the Convention and the protocols that have entered into force in Germany. **They must take into account the guarantees of the Convention and the case-law of the ECHR when interpreting fundamental rights and constitutional guarantees.**”, parágrafo 67 da Decisão de 14 de outubro de 2004, do Tribunal Constitucional Federal alemão (destacamos).

⁵⁷¹ “This guarantee and the acceptance of treaty obligations according to art. 59 para. 2 of the Basic Law obliges the German organs to refer to the European Convention on Human Rights when interpreting the German fundamental rights. Pursuant to this reasoning the “German” fundamental rights are supplemented by the human rights of the European Convention; they get an international touch. At the same time the European human rights become “constitutionalized,” i.e. by being taken into consideration in the interpretation of fundamental rights, they will be raised to the rank constitutional protections subject to the Federal Constitutional Court’s distinct jurisdiction. For, if the fundamental rights must be seen in the light of the European rights, the domestic rights somehow integrate the European rights”, in Hartwig, op. cit. p. 891.

is implied in their obligation to respect the ECHR. For, what these human rights mean is determined by the European Court's jurisprudence. This approach, of course, entails respect not only of European Court decisions closely related to the case decided by the national court, for example, concerning the same matter, but all decisions have to be taken into consideration"⁵⁷².

No caso de as cortes ordinárias não atenderem ao quanto estabelecido pelo Tribunal Constitucional Federal entende-se que “há uma violação do respectivo direito fundamental da Lei Fundamental”, impugnável mediante recurso constitucional desde o qual pode ser postulado o respeito da Convenção Européia tal como esta é entendida pelo TEDH⁵⁷³.

Necessário fazer, contudo, uma precisão. Como já ressaltamos anteriormente, para o Tribunal Constitucional Federal trata-se de uma obrigação o seguimento da jurisprudência do TEDH na interpretação dos direitos fundamentais alemães. Contudo, traça ele determinadas exceções, cujas diretrizes recaem na mudança de situação fática ou quando haja violação clara de um direito fundamental alemão. Para deixar bem assentado, preferimos transcrever esta parte da decisão, *in verbis*⁵⁷⁴:

“This applies in a particularly high degree to the duties under public international law arising from the Convention, which contributes to promoting a joint European development of fundamental rights (*gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung*). In Article 1.2 of the Basic Law, the Basic Law accords particular protection to the central stock of international human rights. This protection, in conjunction with Article 59.2 of the Basic Law, is the basis for the constitutional duty to use the European Convention on Human Rights in its specific manifestation when applying German fundamental rights too (see BVerfGE 74, 358 (370)). As long as applicable methodological standards leave scope for interpretation and weighing of interests, German courts must give

⁵⁷² Hartwig, op. cit. p. 892.

⁵⁷³ Hartwig, op. cit. p. 892.

⁵⁷⁴ Parágrafo 62 da Decisão de 14.10.2004, já referida anteriormente.

precedence to interpretation in accordance with the Convention. **The situation is different only if observing the decision of the ECHR, for example because the facts on which it is based have changed, clearly violates statute law to the contrary or German constitutional provisions, in particular also the fundamental rights of third parties. “Take into account” means taking notice of the Convention provision as interpreted by the ECHR and applying it to the case, provided the application does not violate prior-ranking law, in particular constitutional law. In any event, the Convention provision as interpreted by the ECHR must be taken into account in making a decision; the court must at least duly consider it.** Where the facts have changed in the meantime or in the case of a different fact situation, the courts will need to determine what, in the view of the ECHR, constituted the specific violation of the Convention and why a changed fact situation does not permit it to be applied to the case. Here, it will always be important how taking account of the decision takes in the system of the field of law in question. On the level of federal law too, the Convention does not automatically have priority over other federal law, in particular if in this connection it has not already been the object of a decision of the ECHR” (destacamos e sublinhamos).

Considerando as ressalvas especificadas pelo Tribunal Constitucional federal – “The situation is different only if observing the decision of the ECHR, for example because the facts on which it is based have changed, **clearly violates statute law to the contrary or German constitutional provisions** – e levando em conta, entretanto, que a proteção conferida pela Lei Fundamental e pelos direitos humanos europeus são semelhantes e tendem a comunicar-se em uma dimensão constituída por elementos comuns e bases homogêneas, parece difícil imaginar um conflito irresolúvel entre eles. Aliás, a técnica do reenvio do intérprete nacional aos direitos humanos internacionais, tal como adotada pelo Tribunal Constitucional alemão e por outros Tribunais Constitucionais ao redor do mundo, permite justamente uma interpretação conciliadora, que respeita tanto o nível normativo mínimo previsto nas obrigações internacionais, quanto as previsões nacionais.

Tal enfoque, portanto, não significa que as cortes nacionais alemães devam cegamente atender aos padrões jurisprudenciais europeus estabelecidos pelo TEDH. Ainda que devam observar a jurisprudência internacional de direitos humanos, os órgãos nacionais podem afastar-se dela, tanto quando verificarem as condições postas na decisão acima, como quando a jurisprudência do TEDH não puder se sustentar “por nenhum argumento jurídico”⁵⁷⁵.

Este critério é estabelecido por Roland Bank e centra-se na premissa de que o juiz nacional somente poderia divergir da jurisprudência europeia quando esta “não puder justificar-se através de nenhum argumento jurídico”⁵⁷⁶. Na sua visão, o critério serviria para “harmonizar a proteção acordada mediante a Lei Fundamental e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, enquanto se mantém uma proteção contra interpretações arbitrárias da Corte europeia”⁵⁷⁷.

Por fim, cabe dizer que a revelação da técnica do reenvio interpretativo na prática judicial alemã, disseminada pela mais Alta Corte daquele país a partir de uma perspectiva que obriga o intérprete nacional dos direitos fundamentais a considerar as normas e a jurisprudência internacional de direitos humanos, conduz à conclusão de que se torna desimportante dentro de um contexto comunicativo entre os ordenamentos jurídicos nacional e internacional de direitos humanos, o lugar em que os respectivos tratados de direitos humanos são posicionados no sistema de fontes nacional, como também os elementos teóricos que conduzem à antiga classificação monista ou dualista.

Vimos, portanto, e uma vez mais, que os processos de interação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos ocorrem à margem das tentativas formalistas

⁵⁷⁵ Bank, op. cit. p. 37.

⁵⁷⁶ Bank rechaça o critério estabelecido pela Corte Federal administrativa alemã, na decisão BVerwGE 110, 203, consubstanciando no recebimento da jurisprudência europeia como “guia normativo”, desde onde repousa a diretriz de o juiz alemão poder rechaçar a aplicação daquela no caso de houver “argumentos definitivamente melhores”, na medida em que esta doutrina não estabelece claramente quando se deve seguir a jurisprudência europeia e quando o juiz nacional pode aplicar a própria interpretação; Bank, op. cit. p. 36.

⁵⁷⁷ Bank, op. cit. p. 37.

de enquadrar este tipo de relações, escancarando, ademais, o descompasso e a imprestabilidade da incidência neste contexto dos rígidos esquemas classificatórios de níveis de importância das normas, já que, seria difícil (senão inconcebível) para estas teorias processar e entender um discurso e uma prática através da qual uma fonte da mais alta hierarquia tivesse que retornar à base para configurar seu conteúdo e extensão.

Capítulo V - O impacto da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no Tribunal de Justiça da União Européia

i. Introdução

Em que pese nossa realidade regional comunitária não se assemelhar nem tampouco haver indicações de um início de desenvolvimento institucional ao menos similar ao europeu, o que excluiria *a priori* o compartilhamento competencial entre as três ordens jurídicas autônomas sobre a temática dos direitos fundamentais – a nacional, a comunitária e a internacional de direitos humanos -, e, apesar de nossa proposta de estudo restringir-se ao espaço interacional em que atuam concomitantemente o direito nacional e o direito internacional de direitos humanos – informado pelo Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos -, entendemos imprescindível referir-se a esse fenômeno europeu.

E o fazemos para ressaltar que as recíprocas influências entre estas ordens jurídicas procuram conduzir-se através do diálogo e cooperação entre as instituições européias e nacionais. Assoma-se a este elemento - como ponto que explica o destaque que esta matéria recebe em nosso estudo -, que a conjunção desses ordenamentos elege, com efeito, a preponderância em suas bases mínimas do ordenamento internacional de direitos humanos, cedendo, neste particular, a incidência do importante princípio da primazia das normas comunitárias. Ou seja, se não cabe falar em fazer prevalecer a norma constitucional do estado membro quando esta não garante o mesmo patamar protetivo proveniente da ordem internacional de direitos humanos – no caso, a européia traduzida na CEDH -, também não se pode invocar um dos princípios que explica a existência da ordem comunitária para fazer prevalecer um *standard* comunitário menos protetivo que o proveniente da CEDH.

Recentemente, o Parlamento Europeu, através de Resolução⁵⁷⁸ que trata dos aspectos institucionais da adesão da União Europeia ao Sistema Europeu de Proteção de Direitos Humanos (CEDH), expressamente ressaltou a necessidade de coerência e harmonização entre os sistemas jurídicos, de colaboração, cooperação e diálogo⁵⁷⁹, de modo a afirmar que tal interdependência não implica deixar de reconhecer a autonomia de cada Tribunal ou aventar uma inexistente hierarquia entre eles⁵⁸⁰. Interessante notar que a jurisprudência assume papel fundamental na consolidação de um regime de proteção “paneuropeu”⁵⁸¹⁵⁸², que somente pode ser alcançado através da coerência e medidas cooperativas⁵⁸³⁵⁸⁴⁵⁸⁵.

⁵⁷⁸ Resolução de 19.05.2010 (2011/C 161 E/12).

⁵⁷⁹ “la armonización legislativa y jurisprudencial en materia de derechos humanos entre los ordenamientos jurídicos de la Unión y del CEDH contribuirá a un desarrollo armonioso de los dos tribunales europeos competentes en derechos humanos, habida cuenta especialmente de la mayor necesidad de diálogo y cooperación, y creará un sistema integral en el que ambos tribunales actuarán en sintonía”.

⁵⁸⁰ “la adhesión no cuestionará en modo alguno el principio de autonomía del Derecho de la Unión, puesto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea seguirá siendo el juez supremo único para todo lo relativo al Derecho de la Unión y a la validez de sus actos, no pudiéndose considerar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos más que como una instancia que ejerce un control externo sobre el respeto de las obligaciones de Derecho internacional de la Unión derivadas de su adhesión al CEDH; la relación entre los dos tribunales europeos no será jerárquica, sino que estará basada en la especialización; la posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea será de este modo análoga a la actual posición de los tribunales supremos de los Estados miembros respecto del Tribunal Europeo de Derecho Humanos”.

⁵⁸¹ “Considerando que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea otorga especial atención a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal y como atestigua el creciente número de resoluciones que hacen referencia a disposiciones del CEDH”.

⁵⁸² “Hace hincapié en la importancia del CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para el establecimiento de un marco jurídico y de los principios orientadores de la acción actual y futura de la UE en el ámbito de las libertades civiles, la justicia y los asuntos de interior, teniendo en cuenta, en particular, las nuevas formas de integración y armonización en materia de libertades civiles, justicia y asuntos de interior iniciadas con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la aprobación del Programa de Estocolmo”.

⁵⁸³ “Pone de relieve que la adhesión exigirá, al mismo tiempo, una mayor cooperación entre los tribunales nacionales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

O Tratado Constitutivo da Comunidade Européia estabeleceu um Tribunal de Justiça com a competência de garantir o respeito do direito comunitário atribuindo-lhe a função de interpretação e aplicação das normas comunitárias (art. 220)⁵⁸⁶⁵⁸⁷.

en cuanto a la protección de los derechos fundamentales; señala que la cooperación entre los dos tribunales europeos impulsará el desarrollo de un sistema de jurisprudencia coherente en el ámbito de los derechos humanos”.

⁵⁸⁴ “Incluso, más que de armonización, una parte de la doctrina habla, a nuestro juicio acertadamente, de *cross fertilization*. Con estos términos se quiere destacar el enriquecimiento mutuo de ambos tribunales en la búsqueda de soluciones acordes con el respeto de los derechos fundamentales. El uso de la jurisprudencia del TEDH por parte del TJE (implícita o explícitamente) ha sido una constante a lo largo de los años (...). Algo parecido ha ocurrido en el seno del TEDH que, cada vez con más frecuencia, utiliza en los antecedentes o en la argumentación de sus sentencias las decisiones adoptadas en el Tribunal de Luxemburgo. En fin, apunta Scheek [“The relationship between the European Courts and Integration through the human rights”, in ZaöRV, 65, 2005] gráficamente, “el TJE “pesca” en la jurisprudencia del TEDH para cubrir sus lagunas en materia de derechos fundamentales y el TEDH “lanza sus redes” más allá de lo previsto para “pescar” a la Unión Europea y cubrir, así la fractura en materia de derechos fundamentales” con ello se genera el proceso de *cross fertilization* que conduce a que el TEDH “ha cooperado en el fortalecimiento de la arquitectura supranacional y el TJE ha dado un nuevo significado al *case law* del TEDH (...)”, Bustos Gisbert, “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo (...)”, op. cit. p. 164-165.

⁵⁸⁵ “Se ha alcanzado una solución de síntesis fruto de un diálogo entre ambas instancias jurisdiccionales con al intervención esencial de los jueces nacionales y otros sujetos implicados (instituciones comunitarias fundamentalmente). Con esta manera pragmática de proceder, utilizando el diálogo, el enriquecimiento mutuo y el principio de deferencia puede alcanzarse el gran objetivo de un nuevo Derecho de los derechos humanos en Europa y que, brillantemente, define Scheeck como alcanzar la “coherencia sin generar la absoluta uniformidad”, Bustos Gisbert, “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo (...)”, op. cit. p. 165.

⁵⁸⁶ É importante que se ressalte a diversidade de atuação de ambos os Tribunais, ainda que tal fator já seja amplamente conhecido. O Conselho da Europa, tendo elaborado a Convenção de Roma, de 1950 (a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais), tem no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, localizado em Estrasburgo, o órgão jurisdiccional criado para velar pela proteção dos respectivos direitos humanos em âmbito europeu, sendo que sua atuação ocorre no campo do direito internacional dos direitos humanos. O Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (hoje TJUE), localizado em Luxemburgo, foi criado pelos tratados que estabeleceram a Comunidade Económica Européia e atualmente está integrada na estrutura da União

Apesar de não haver nos Tratados fundacionais um catálogo de direitos fundamentais⁵⁸⁸, nem tampouco menção direta aos mesmos – em que pese existir dispersos no texto alguns direitos relacionados com a realização do mercado comum⁵⁸⁹ –, é através do labor hermenêutico do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia que foi integrando-se paulatinamente a temática do respeito dos direitos humanos no ambiente comunitário europeu, pela projeção da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos na jurisprudência comunitária⁵⁹⁰.

Européia, sendo que sua função jurisdicional se desenvolve no âmbito das controvérsias de direito comunitário. O primeiro é um tribunal internacional, o segundo, um tribunal supranacional.

⁵⁸⁷ O Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal de Justiça incorpora-o como anexo aos seguintes Tratados: Tratado da União Européia (TUE), Tratado Constitutivo da Comunidade Européia (TCCE) e ao Tratado Constitutivo da Comunidade Européia de energia atômica (Tratado Euratom). O Art. 1º do mencionado Estatuto dispõe que o TJCE se constituirá e exercerá suas funções de conformidade com as disposições do TUE do TCCE e do Tratado Euratom. No âmbito do Tratado da União Européia, ao Tribunal de Justiça da Comunidade Européia é atribuída uma série de competências, conforme disciplinado nos art. 35 e seguintes. Da mesma forma, no âmbito do Tratado Constitutivo da Comunidade Européia de Energia Atômica, como se depreende dos arts. 144 e seguintes. Existe ademais, um Tribunal de Primeira Instância (art. 220 do Tratado das Comunidades Européias), que hoje designa-se Tribunal Geral da União Européia.

⁵⁸⁸ A Carta de Direitos Fundamentais da União Européia foi integrada ao direito comunitário através do Tratado de Lisboa, vigente em 1º.12.2009.

⁵⁸⁹ Millán Moro, Lucía, "El Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas como Tribunal Constitucional Europeo" *in* Contreras, Ana M. Carmona (Editora), "La Unión Europea en Perspectiva Constitucional", Pamplona, Thomson Arazandi, 2008, p. 149-183

⁵⁹⁰ Millán Moro assevera que a evolução e desenvolvimento da integração postula a necessidade de articular uma proteção a estes direitos dentro do próprio ordenamento jurídico comunitário, sendo o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias o primeiro a responder a esta necessidade. Ressalta ainda que as sucessivas reformas dos tratados comunitários vão incorporando modificações neste âmbito, sendo importante a do Tratado de Amsterdam e a culminação com o Tratado Constitucional que incorpora a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia como sua Parte II, convertendo-a em Direito originário; Moro, *op. cit.* p. 179.

Como explica Saiz Arnaiz⁵⁹¹, o juiz de Luxemburgo procedeu a uma incorporação dos direitos humanos que foram concebidos como “principios generales del Derecho Comunitario” de modo a identificá-los por meio de uma dupla fonte: as tradições constitucionais comuns aos Estados membros e os tratados de direitos humanos, destacando-se dentre eles a Convenção Européia⁵⁹².

Neste trabalho paulatino de integração dos parâmetros jurisprudenciais de direitos humanos, afirma o autor que “el Tribunal de Luxemburgo ha evolucionado en su seguimiento de la doctrina estrasburguense al pasar de la pura referencia al Convenio a la cita expresa de la disposición que en éste proclama el derecho litigioso, para concluir, desde la segunda mitad de los años noventa del pasado siglo, con la mención de jurisprudencia del TEDH y, en su caso, la descripción de los contenidos de ésta por referencia al derecho o libertad discutido”. Assim, “parece asumirse que el más cualificado intérprete de los derechos fundamentales es el Tribunal de Estrasburgo, que proyecta su doctrina en sede nacional también en la Unión Europea, parece consagrarse en gran medida en el Proyecto de Tratado constitucional recientemente aprobado por el Consejo Europeo”⁵⁹³.

Verifiquemos, brevemente, como ocorreu esta recepção dos direitos fundamentais na ordem comunitária, destacando sua evolução até o surgimento da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia.

⁵⁹¹ Saiz Arnaiz, “El Convenio”, op. cit, p. 35.

⁵⁹² Tais fontes foram incorporadas ao Tratado da União Européia, no art. 6: “1. A União se fundamenta nos princípios da liberdade, democracia, respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e o Estado de Direito, princípios que são comuns aos Estados membros. 2. A União respeitará os direitos fundamentais tal e como se garantem na Convenção Européia para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais firmado em Roma em 04 de Novembro de 1950, e tal e como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados membros como princípios gerais do Direito Comunitário”.

⁵⁹³ Saiz Arnaiz, “El Convenio”, op. cit. p. 37.

ii. A integração paulatina dos direitos fundamentais na ordem comunitária europeia

A revolta protagonizada pelos Tribunais Constitucionais alemão e italiano em face da ausência da proteção aos direitos fundamentais pelas instituições comunitárias que assegurassem ao menos um patamar equivalente aos estabelecidos na ordem interna⁵⁹⁴, parece ter sido o elemento que instaurou o desenvolvimento pretoriano da temática no TJUE - que mais tarde se refletiu nos textos de direito comunitário originários -, no sentido de assegurar a vigência dos direitos fundamentais neste espaço.

O caminho trilhado pelo TJUE para desenvolver uma proteção judicial dos direitos fundamentais em âmbito comunitário não se baseou em uma competência transferida pelos Estados à Comunidade, senão pelo fato de que as diferentes competências materiais a ela atribuídas pelos estados membros deveriam ser “exercidas pelas instituições de modo a respeitar as mesmas obrigações relativas aos direitos humanos que tinham os Estados”⁵⁹⁵.

Assim, ao que se denomina uma primeira fase desse caminho⁵⁹⁶, constata-se o tímido papel relegado aos direitos humanos, justamente porque os tratados constitutivos (em especial o Tratado da Comunidade Econômica Europeia de 1957 – TCEE) somente traziam as quatro liberdades comunitárias clássicas de perfil eminentemente econômico⁵⁹⁷ e alguns direitos dispersos relacionados com a não discriminação por razão

⁵⁹⁴ Saiz Arnaiz “La apertura constitucional”, op. cit. p. 173; Crego, María Díaz, “Los derechos fundamentales en la Unión Europea: de la Carta a la Constitución”, in Revista Española de Derecho Constitucional, n° 74, 2005, p. 161-162; Ver capítulo referente ao caso alemão.

⁵⁹⁵ Mangas Martín, Araceli, “El compromiso com los derechos fundamentales” in “Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo” Mangas Martins, Araceli (direção), Alonso, Luis N. González (coordenação), Bilbao, Fundación BBVA, 2008, p. 32.

⁵⁹⁶ Nesta parte nos baseamos essencialmente no livro de Quesada “Sistema Europeo de derechos fundamentales”, op. cit., p. 151-154.

⁵⁹⁷ Livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais.

de nacionalidade e de sexo (art. 7 e 119 do TCEE) e o direito ao trabalho, a seguridade social, a sindicalização e a negociação coletiva (art.118 TCEE).

Posteriormente, em um segundo momento, iniciada com a sentença do TJUE no caso *Stauder*⁵⁹⁸, destaca-se o valor da obra jurisprudencial a partir da competência mesma do Tribunal em interpretar e aplicar o direito comunitário, o que teria permitido a afirmação de que os direitos fundamentais formariam parte dos “princípios gerais de direito comunitário”. No caso *Handelsgesellschaft*⁵⁹⁹ diz-se que o “Tribunal entra decididamente na construção de uma teoria de direitos fundamentais”, sistematizando-se e consolidando-se essa doutrina comunitária com a sentença no caso *Nold*⁶⁰⁰, segundo a qual, “os direitos fundamentais formam parte dos princípios gerais de Direito cujo respeito o Tribunal de Justiça garante e que para isto este se inspira nas tradições constitucionais comuns dos Estados membros, assim como nas indicações proporcionadas pelos instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos humanos que os Estados membros tenham cooperado ou aderido”, dando-se especial ênfase ao CEDH⁶⁰¹.

A terceira fase relaciona-se com o comprometimento por parte das instituições europeias através de instrumentos formais relativos à promoção e defesa dos direitos humanos no Direito originário, cuja Ata Única Européia⁶⁰² trazia em seu preâmbulo que a promoção da democracia devia basear-se nos direitos fundamentais, mencionando-se de forma expressa a CEDH e a Carta Social Européia de 1961. Restava,

⁵⁹⁸ Sentença de 12 de novembro de 1969.

⁵⁹⁹ Sentença de 17 de dezembro de 1970.

⁶⁰⁰ Sentença de 14 de maio de 1974.

⁶⁰¹ Quesada, “Sistema europeo”, op. cit. 152-153.

⁶⁰² Em 17 de fevereiro de 1986, cujas alterações significaram uma grande reforma nos Tratados constitutivos segundo Quesada, “Sistema europeo”, op. cit. p. 152-153.

pois, inserida a doutrina *Nold* no preâmbulo, cujo delineamento iria posteriormente ser recolhido no texto, pelo Tratado de Maastricht⁶⁰³.

A fase seguinte inaugura-se com a segunda grande reforma dos Tratados Constitutivos (com o Tratado da União Européia ou Tratado de Maastricht, de 07 de fevereiro de 1992), na qual se inclui a CEDH no texto propriamente dito, entre os objetivos da União (art. F.2) e no marco da política exterior (art. J.1) e de imigração e asilo (art. K.2), introduzindo-se, ademais, um catálogo de direitos relacionados com a cidadania da União (livre circulação, residência, proteção diplomática e consular, petição ao Parlamento, reclamação ao Defensor Público Europeu, e sufrágio ativo e passivo dos nacionais dos estados membros da União em eleições municipais e européias). O Tratado de Amsterdã, em 1997, veio a completar tais normas, proclamando a vigência no seio da União de importantes princípios comuns aos Estados⁶⁰⁴.

A quinta fase ocorre com a elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União proclamada em 07.12.2000 com valor político e sem valor vinculante. Teria sido a Carta inserida no bojo do Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa, o qual não chegou a entrar em vigor devido aos referendos negativos ocorridos em alguns países. Posteriormente, a Carta dos Direitos Fundamentais sofreu adaptações tendo sido proclamada em 12.12.2007 pelo Parlamento europeu, Conselho e Comissão europeus, tendo vigência a partir de 1º.12.2009, data da entrada em vigor do Tratado de Lisboa – que revisou o Tratado da União Européia, reconhecendo à Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia o mesmo valor jurídico que o dos Tratados (art. 6º do TUE)⁶⁰⁵.

⁶⁰³ Mangas Martín, "El compromiso", op.cit. p. 47.

⁶⁰⁴ Art. 6.1 - "A União se fundamenta nos princípios de liberdade, democracia, respeito aos direitos humanos e das liberdades fundamentais e o Estado de Direito, princípios que são comuns aos Estados membros".

⁶⁰⁵ "A União reconhece os direitos, liberdades e princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia de 07 de dezembro de 2000, tal como foi adaptada em 12 de dezembro de 2007 em Estrasburgo, a qual terá o mesmo valor que os Tratados".

iii. A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos influenciando nas decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia

Devemos sempre ressaltar que o Tribunal de Justiça ao desempenhar a tarefa de implementar a garantia da observância dos direitos fundamentais no âmbito do direito comunitário buscou guiar-se tanto pelas normas constantes da Convenção Européia quanto pelas pautas estabelecidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Com efeito, refere-se a doutrina a uma “apropriação plena e incondicionada” do direito da Convenção Européia pelo TJUE, enfatizando-se que este não somente se vale dos direitos humanos expressados na Convenção como também se lhos apropria tal e como são interpretados na jurisprudência do TEDH⁶⁰⁶.

Nesta esteira, diz-se que a Convenção Européia é um instrumento privilegiado na busca da solução comunitária dos direitos fundamentais⁶⁰⁷, sendo que o TJUE faz referência à jurisprudência do TEDH para determinar o seu alcance e sentido⁶⁰⁸, ou em outras palavras, utiliza o TJUE, com relativa freqüência, a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais realizada pelo TEDH⁶⁰⁹.

A apropriação do direito proveniente da Convenção Européia pelo juiz comunitário ocorre de forma freqüente e direta, havendo a recepção da jurisprudência do TEDH mesmo sem a invocação do “filtro” dos “princípios gerais”. Isto porque, mesmo

⁶⁰⁶ Arzoz Santisteban, Xabier, “La relevancia del derecho de la Unión Europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 74, 2005, p. 76.

⁶⁰⁷ Arzoz Santisteban, op. cit. p. 69-70.

⁶⁰⁸ Le Bot, Olivier, “Charte de l’Union Européenne et Convention de Sauvegarde des droits de l’homme: la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux” in *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, n° 55, Bruxelles, Editions Nemesis, 2003, p. 801 e Nanclares, José Martín y Pérez de, “Artículo 53 - Nivel de protección”, in “Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo” Mangas Martins, Araceli (direção), González Alonso, Luis N. (coordenação), Bilbao, Fundación BBVA, 2008, p. 788.

⁶⁰⁹ Alonso Garcia, Ricardo, in “Derecho comunitario, Derechos nacionales, y Derecho comum europeo”, Madrid, Civitas, 1989, p. 266.

sem estar a União Européia vinculada à CEDH esta não “pode cumprir papel diverso daquele que desempenha nos Estados” como “fonte inspiradora” e como “standard mínimo”⁶¹⁰.

A verdade é que esta interação é benéfica para a evolução da proteção dos direitos fundamentais uma vez que os conflitos entre o TEDH e o TJUE, segundo Diáz Greco, foram diminuídos graças a atitude favorável destas Cortes européias no sentido da utilização constante da CEDH e da jurisprudência do TEDH como “fontes de inspiração”⁶¹¹⁶¹².

No entender de Le Bot⁶¹³, para limitar ao máximo os conflitos, as Cortes deveriam reter uma definição comum dos direitos fundamentais. Mesmo com a entrada em vigor da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia – que deverá ser a referência do TJUE e dos Estados na aplicação do direito comunitário quando o tema se referir aos direitos fundamentais -, defende-se que ambos os textos, a Carta e a CEDH, naquilo que coincidem, devem receber uma interpretação uniforme, ou seja, serem apreciados de maneira idêntica.

Para alcançar este desiderato, contribuiria também, na visão de muitos doutrinadores, a adesão da União Européia à CEDH⁶¹⁴, com o que o TEDH funcionaria como um garante externo da observância dos direitos fundamentais no âmbito do direito comunitário⁶¹⁵.

⁶¹⁰ Alonso Garcia, op. cit. p. 272.

⁶¹¹ Diáz Grego, op. cit. 166.

⁶¹² No mesmo sentido, encontram-se Le Bot, op. cit. p. 788 e Garcia, op.cit. p. 272; Arzo Santisteban pontua ainda que o TJCE procede a uma transposição pura e simples do standard europeu, pois as normas da CEDH são aplicadas tal como interpretado pelo TEDH, op. cit. p. 69-70.

⁶¹³ Le Bot, op. cit. p. 807.

⁶¹⁴ O Tratado da União Européia já prevê a adesão da União Européia à Convenção Européia (art. 6.2).

⁶¹⁵ O tema, por demais interessante, não será abordado pois refoge ao nosso propósito. Cumpre afirmar, no entanto, que já há um protocolo que ainda não está em vigor objetivando a adesão da União Européia ao

Lopez Guerra acentua que hoje é possível falar de um sistema europeu de garantia de direitos humanos, o que “implicaría, em ultimo término, que el Tribunal de Estrasburgo se configure como órgano jurisdiccional último de garantía de derechos fundamentales también em materias de aplicación del Derecho de la Unión”, o que permite referir-se a uma “convencionalización” do Direito da União Europeia, “em el sentido de su progresiva integración em el ámbito (substantivo y procedimental) del Convenio Europeo”⁶¹⁶.

Como veremos, os redatores da Carta Europeia desenvolveram uma série de mecanismos para reduzir ao máximo os possíveis conflitos entre as jurisdições nacional, a comunitária e a de direitos humanos, tais como: (a) instituindo o princípio da interpretação idêntica, que postula uma proteção comunitária igual em sentido e alcance à estabelecida na CEDH e na jurisprudência do TEDH – cujos standards daquela podem ser majorados – aliado a uma (b) interpretação dos direitos fundamentais comunitários resultantes das tradições constitucionais comuns dos Estados membros em harmonia com as referidas tradições, e também à (c) garantia de não-regressão do nível protetivo já alcançado pelos Estados ou pela CEDH, quando se aplicar a Carta.

sistema europeu de proteção dos direitos humanos. A propósito da questão, pergunta Araceli Martín: “¿Porque tanto interés en la adhesión formal si el mencionado Convenio ya forma parte del Derecho de la Unión en tanto que principio general del Derecho? Pues sin duda para garantizar un control judicial externo del respeto de derechos humanos”, Mangas Martín, Araceli (Director), “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Comentario artículo por artículo”, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, p. 71. Para aprofundar-se no tema, verifique-se a recente Resolução do Parlamento Europeu de 19 de maio de 2010, a respeito dos aspectos institucionais da adesão da UE ao sistema europeu de proteção de direitos humanos: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:161E:0072:0078:ES:PDF>, acessado em 23.08.2011.

⁶¹⁶ Lopez Guerra, Luis “Derechos e integración europea”, in Ugartemendia Eceizabarrena, Juan y Jáuregui Bereciartu, Gurutz (coordinadores), “Derecho Constitucional Europeo”, Valencia, Tirant to Blanch, 2011, p.33. O autor é enfático: “Cabe suponer pues, que la adhesión de la Unión al Convenio va a implicar, finalmente, la consolidación de un espacio común de derechos fundamentales en la Unión Europea, tanto en su aspecto sustantivo (en cuanto a los derechos garantizados) como en cuanto a las autoridades obligadas al respeto de los derechos garantizados (autoridades de la Unión y de los Estados miembros) como finalmente, en cuanto al órgano de garantía última (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos)”, op. cit. p. 38.

A Carta assim, “suaviza os conflitos” entre o TJUE, o TEDH e os Tribunais nacionais, “assegurando que o standard comunitário se definirá não somente através de suas disposições próprias”, mas levando em conta o CEDH e as tradições constitucionais comuns dos Estados⁶¹⁷.

Cumprir registrar, para o que interessa a este tópico, que a prática recorrente do TJUE de se utilizar da jurisprudência do TEDH foi devidamente inserida na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, prevendo-se no Preâmbulo o reenvio à jurisprudência do TEDH:

“A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, da Convenção Européia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela União e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Européia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” (os grifos não estão no original).

O Preâmbulo da Carta determina ainda que o intérprete deve levar em conta as “explicações” que lhe acompanhem – *“Neste contexto, a Carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros tendo em devida conta as explicações elaboradas sob a autoridade do Praesidium da Convenção que redigiu a Carta e atualizadas sob a responsabilidade do Praesidium da Convenção Européia”* – previsão também presente no art. 52.7: *“As explicações elaboradas para guiar a interpretação da presente Carta serão tidas em devida conta pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados membros”* (os grifos não estão no original).

As “explicações” do art. 52.7, como que fechando a equação, determinam que o intérprete se enverede pela jurisprudência do TEDH – e do TJUE, da seguinte forma:

⁶¹⁷ Díaz Crego, op. cit. p. 164.

“A referência à CEDH visa tanto a Convenção como os respectivos protocolos. O sentido e o alcance dos direitos garantidos são determinados não só pelo texto desses instrumentos mas também pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia. O objetivo da última frase deste número visa permitir à União que esta garanta uma protecção mais ampla. Em todo o caso, o nível de proteção conferido pela Carta nunca poderá ser inferior ao nível garantido pela CEDH” (os grifos não estão no original).

Observe-se, portanto, que a interpretação dessas disposições normativas, permite concluir, com segurança, que no âmbito comunitário o standard mínimo posto pela CEDH, tal como interpretada pelo TEDH, sempre deve prevalecer.

iii.a. A vulneração da legislação britânica aos direitos dos homossexuais e transexuais ao casamento e à constituição de família - Um exemplo interessante da influência da jurisprudência do TEDH sobre o TJUE

Um interessante caso que demonstra a virtualidade do diálogo entre as Cortes Europeias - TJUE e o TEDH -, ocorreu sobre o delicado tema da união matrimonial entre homossexuais e transexuais e a possibilidade deste coletivo constituir família.

Nos casos *Goodwin* e *I.contra a Inglaterra*⁶¹⁸, o TEDH modificou sua jurisprudência tradicional no sentido de conferir aos estados membros uma margem de apreciação quanto à regulação da possibilidade de casamento de homossexuais e transexuais para admitir - a partir das transformações sofridas na sociedade europeia nos últimos anos e as mudanças ocorridas na legislação dos Estados membros -, a contrariedade das normas britânicas aos art. 8º e 12 da CEDH – as quais respectivamente asseguram o respeito à vida privada e o direito ao casamento – que impediam aos transexuais modificar os seus registos após a operação de mudança de sexo e o casamento entre pessoas do mesmo sexo biológico.

⁶¹⁸ Sentenças de 11 de junho de 2002.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia constituiu um elemento de essencial importância no convencimento do TEDH, uma vez que esta traz em seu art. 9º o reconhecimento do direito ao casamento e o de constituir família sem apontar qualquer referência ao sexo dos pretendentes⁶¹⁹. O que possibilita a Carta é efetivamente o reconhecimento, pelas legislações nacionais⁶²⁰, de todos contraírem casamento e constituírem família, inclusive entre pessoas do mesmo sexo biológico, beneficiando diretamente os homossexuais e transexuais.

Mas o interessante é que, tendo o TEDH julgado violado os arts. 8º e 12º da CEDH, a partir da ponderação da ausência de restrição na Carta Européia, essas decisões foram tomadas como parâmetro para o julgamento pelo TJUE no caso *K.B.*⁶²¹.

No âmbito comunitário, uma trabalhadora do serviço britânico de saúde, recorreu ao TJUE contra as decisões das autoridades daquele país que não lhe permitiram inscrever seu companheiro – que tendo nascido mulher sofreu operação de mudança de sexo – a perceber a pensão em caso de morte da recorrente. Incidia no caso a lei nacional que não tinha permitido a ambos contrair matrimônio e, conseqüentemente, satisfazer o requisito legal para o futuro recebimento da pensão.

O TJUE fundamenta sua decisão de considerar a legislação britânica que impedia o casamento contrária ao direito comunitário, pois vulnerava a proibição de discriminação em razão de sexo reconhecido pelo então art. 141 do Tratado da

⁶¹⁹ Art. 9º - “Direito de contrair casamento e de constituir família - O direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício”.

⁶²⁰ Conforme ressaltado nas explicações do referido artigo, “a redação deste direito foi modernizada de modo a abranger os casos em que as legislações nacionais reconhecem outras formas de constituir família além do casamento. Este artigo não proíbe nem impõe a concessão do estatuto de casamento a uniões entre pessoas do mesmo sexo. Este direito, é pois, semelhante ao previsto pela CEDH, mas o seu âmbito pode ser mais alargado sempre que a legislação nacional o preveja”.

⁶²¹ *K.B.* contra National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health, de 07 de janeiro de 2004.

Comunidade Européia (atualmente o princípio está inserido no art. 157 do Tratado sobre o funcionamento da União Européia).

Ocorre, no entanto, que a principal fundamentação a este respeito realizada pelo TJUE é extraída das sentenças do TEDH, dadas nos casos *Goodwin* e *I.contra a Inglaterra* que reconheceu o direito dos transexuais a contraírem casamento com pessoas do mesmo sexo biológico. Nesta esteira, a justificação baseia-se fundamentalmente no fato de que a norma britânica é violadora da CEDH, invocando de forma exclusiva essa jurisprudência como elemento de decidir.

A invocação da jurisprudência do TEDH faz sobressair da decisão do TJUE, ademais, uma aplicação indireta da Carta dos Direitos Fundamentais Européia – que até então não estava vigorando -, vez que essa é utilizada como elemento destacado nas decisões do TEDH, como vimos.

iv. A “comunitarização” dos direitos contidos na Convenção Européia de Direitos Humanos - CEDH

A desenvoltura com que as normas de Direito Internacional de Direitos Humanos dispostas na CEDH desfilam em âmbito comunitário - mesmo não estando a União Européia vinculada a esse instrumento normativo e, tampouco, por consequência, aos ditames do seu Tribunal (TEDH) -, e os efeitos que vem produzindo neste espaço, estão levando parte da doutrina a falar em uma “comunitarização” da CEDH.

Tal fenômeno implicaria para Sudré uma verdadeira incorporação das características do direito comunitário pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos⁶²². Para este autor esta “comunitarização” da Convenção Européia teria como consequência transformar a condição da Convenção nas ordens jurídicas nacionais: suas disposições materiais assumiriam os caracteres particulares do direito comunitário (aplicabilidade direta e primazia) nas suas relações com o direito nacional, o que faria transformar sua

⁶²² Sudré, Frédéric, “L’influence”, op. cit. p. 268. Ver comentário de Lopez Guerra, sobre o processo de “convencionalização” do Direito da União Européia, logo acima.

natureza de instrumento de harmonização dos direitos internos para se tornar um instrumento de integração comunitária⁶²³.

Sommermann, de sua parte, parece enveredar para o reconhecimento de que as normas de direitos humanos dispostas na CEDH fazem parte do direito comunitário primário. Aduzindo que o art. 6º do Tratado da União Europeia⁶²⁴ faz referência à CEDH e às tradições constitucionais dos Estados membros, diz que isto significa que esses princípios fazem parte, “segundo a jurisprudência do TJUE”, “do direito comunitário primário” e que “as autoridades nacionais” quando aplicam o direito derivado, “devem interpretá-lo” com respeito a este direito primário, “ao qual pertencem os standards da CEDH”.⁶²⁵

Exemplificando com a sentença *Matthews* do TEDH, em cujo processo houve a condenação da Inglaterra por não ter permitido que os cidadãos ingleses de Gibraltar pudessem participar do pleito eleitoral para o Parlamento europeu – atitude excludente que se fundamentou em atos de direito primário do direito comunitário⁶²⁶ -, Lopez Castilho pontua que a “comunitarização” implica na inserção do “standard de participação democrática tutelado no marco da Convenção Europeia de Direitos Humanos” que teria questionado uma previsão integrante do direito primário⁶²⁷.

⁶²³ Sudré, Frédéric, “L’influence”, op. cit. p. 268.

⁶²⁴ Art. 6.2 - “A União respeitará os direitos fundamentais tal como estão garantidos na Convenção Europeia para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais assinado em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados membros como princípios gerais do Direito comunitário”.

⁶²⁵ Sommermann, op. cit, p. 386.

⁶²⁶ Cohen-Jonhathan, Gérard, Flauss, Jean-François, “De l’office de la Cour Européenne des droits de l’homme dans la protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne: L’arrêt Matthews contre Royaume-Uni du 18 février 1999” in *Revue Universelle des Droits de L’homme*, vol. 11, 1999, p. 253-262.

⁶²⁷ López Castillo, Antonio, “La Unión Europea ‘en constitución’ y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre”, p. 41 in Castilho, Antonio López, Saiz Arnaiz Alejandro Saiz e Ferreres Comella, Victor, “Constitución Española y Constitución Europea - Análisis de la Declaración del

Seja qual for a designação que receba ou a amplitude eficaz que alcance o fenômeno, o fato é que a influência da CEDH e as decisões do TEDH estão produzindo um importante impacto no âmbito comunitário, favorecendo a evolução e a transformação da temática dos direitos fundamentais nesse espaço.

v. O princípio da interpretação idêntica - A Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, os direitos fundamentais nacionais e a Convenção Européia de Direitos Humanos

Em um contexto aonde os sistemas jurídicos nacionais, através de suas Constituições, e o sistema jurídico comunitário, através de sua Carta de Direitos Fundamentais⁶²⁸, atuam de forma paralela e com plena autonomia⁶²⁹, nada mais natural que possam ocorrer conflitos de interpretação.

Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

⁶²⁸ A Carta de Direitos Fundamentais (CDFUE) inseriu-se na parte II do Tratado pelo qual se estabelece uma Constituição para a Europa. Referido tratado não entrou em vigor tendo em vista não ter sido referendado por todos os países integrantes da União Européia. Discutia-se, entretanto, sobre o valor normativo da CDFUE, tendo em vista não integrar àquela época nenhum tratado de direito comunitário. Entretanto, dispõe atualmente de valor de tratado de direito originário, uma vez que integrada ao direito comunitário pelo Tratado de Lisboa, de 2009. Assim, para Mangas Martín "até que não entre em vigor o Tratado constitucional, a Carta é um texto não vinculante juridicamente enquanto tal" ressaltando, todavia que, "é um acordo não normativo das três Instituições principais (Parlamento Europeu, Conselho e Comissão) que expressa o acordo político de respeito de seu conteúdo material por formar parte por outras vias (Direito originário e Direito derivado comunitário; normas constitucionais e Convenções internacionais) do Direito em vigor da União Européia in Mangas Martín, Araceli, "Tratado de la Unión Europea, Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario", Madri, Editorial Tecnos, 14^a edição, 2008, p. 48; Álvarez-Ossorio Micheo afirma que apesar dos fracassados referendos do Tratado Constitucional na França e Holanda, a Carta Européia de Direitos segue sendo um texto jurídico com "eficácia latente", já que a sua "força ou virtualidade" deriva "do fato de haver sido concebida, elaborada e proclamada com anterioridade ao texto Constitucional" tendo "por esta razão, vida própria, inclusive na ausência de Constituição" in Álvarez-Ossorio Micheo, Fernando, "El sistema multinivel de protección de Derechos Fundamentales. Un análisis desde la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea" in "La Unión Europea en Perspectiva

O Tribunal de Justiça da União Européia no caso *Cordero contra Fundo de Garantia Salarial*⁶³⁰, tem dito que “desde o momento em que uma normativa nacional esteja compreendida no âmbito de aplicação do Direito Comunitário, deve estar em conformidade com os direitos fundamentais cuja observância o Tribunal de Justiça garante”. Isto implica no dever do juiz nacional, segundo este Tribunal, de deixar de aplicar a norma estatal violadora dos direitos fundamentais garantidos pela União Européia, sem solicitar ou esperar a derrogação pelo legislador⁶³¹.

Segundo Álvarez-Ossorio Micheo, a situação se complica quando a referida norma estatal já tenha sofrido o controle de constitucionalidade pelos mesmos motivos pelo Tribunal Constitucional do Estado-membro – no caso o espanhol – e tenha sido declarada conforme à Constituição⁶³². Ressalta o referido autor que este segundo teste de validade pode denotar um certo caráter de primazia de uma ordem jurídica sobre a outra, se ambos os sistemas se colocarem em competição “ignorando-se mutuamente”⁶³³.

Coloca-se em debate, pois, a questão de que a identidade textual dos direitos nem sempre garante que a interpretação feita pelos órgãos jurisdicionais nacionais seja equivalente – de modo a garantir o mesmo sentido e alcance - à realizada pela jurisdição comunitária⁶³⁴. Neste ambiente de interações entre os ordenamentos nacional e comunitário, entra em discussão, obviamente, a observância dos critérios normativos e jurisprudenciais advindos do CEDH e do TEDH.

Constitucional”, Contreras, Ana M. Carmona (Editora), Pamplona, Thomson Arazandi, 2008, p. 113.

⁶²⁹ Álvarez-Ossorio Micheo, op. cit. p. 117.

⁶³⁰ Questão prejudicial C-81-05, de 07 de setembro de 2006.

⁶³¹ Álvarez-Ossorio Micheo, op. cit. p. 118.

⁶³² Sentença 306-1993, conforme Álvarez-Ossorio Micheo, op. cit. p. 118.

⁶³³ Álvarez-Ossorio Micheo, op. cit. p. 118.

⁶³⁴ Álvarez-Ossorio Micheo, op. cit. p. 117.

Tínhamos adiantado anteriormente que os redatores da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia haviam previsto uns mecanismos de harmonização para evitar ou reduzir os possíveis conflitos entre as diferentes jurisdições. Tratemos de transcrever o princípio da interpretação idêntica, constante do art. 52.3 da Carta:

“Na medida em que a presente Carta contenha direitos que correspondam a direitos garantidos pela Convenção Européia de Direitos Humanos e das Liberdades fundamentais, seu sentido e alcance serão iguais aos conferidos por essa Convenção. Esta disposição não obstará a que o Direito da União conceda uma proteção mais extensa”

No entendimento de Álvarez-Ossorio, constitui-se tal norma em um “mandato imperativo” de “cumprimento obrigatório para os poderes públicos dos Estados quando apliquem o direito da União”, asseverando que a interpretação idêntica que se exige da Convenção “tem como primeira e mais patente consequência, a de situar a citada Convenção e seu Tribunal, em um lugar preeminente, no momento de configurar os direitos e liberdades reconhecidos na Carta”⁶³⁵. Afirma, ademais o que a Constituição Européia fez foi “proceder a fundamentalização da Convenção Européia de Direitos Humanos”, fazendo-a “o núcleo indisponível, o conteúdo essencial dos direitos e liberdades da Carta”⁶³⁶.

As “explicações” do artigo da Carta acima mencionado confirmam que ele “visa garantir a coerência necessária entre a Carta e a CEDH consagrando a regra segundo a qual, na medida em que os direitos da presente Carta correspondam igualmente a direitos garantidos pela CEDH, **o seu sentido e alcance, incluindo as restrições admitidas, são iguais aos previstos pela CEDH**. Daí resulta, em especial, que, ao impor restrições a esses direitos, o legislador deve respeitar exatamente as normas estabelecidas pelo regime de restrições previsto pela CEDH, que passam assim a ser aplicáveis aos direitos a que este número diz respeito, sem que tal atente contra a autonomia do direito da União e do Tribunal de Justiça da União Européia”.

⁶³⁵ Álvarez-Ossorio Micheo, op. cit. p. 119.

⁶³⁶ Álvarez-Ossorio Micheo, op. cit. p. 121.

Não é demasiado repetir que as “explicações” determinam que “*em todo o caso, o nível de proteção conferido pela Carta nunca poderá ser inferior ao nível garantido pela CEDH*”.

O próprio Parlamento Europeu, através da Resolução anteriormente mencionada, reconhece a vinculação a esta diretriz interpretativa:

*“Constata que el CEDH tiene una función importante en el marco de la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales en la medida en que algunos derechos garantizados por la Carta que se corresponden con derechos reconocidos por el CEDH **deben ser interpretados de conformidad** con este y que el CEDH constituye, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea, una fuente de inspiración para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la formulación de principios generales del Derecho de la Unión; constata asimismo que el CEDH, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 53, no puede interpretarse de manera que limite o vulnere los derechos reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales, y que esta debe mantener todo su valor jurídico”* (destacamos).

Neste ponto, duas precisões devem ser feitas. Por primeiro, o comando constante da referida norma implica na observância do “nível convencional”⁶³⁷, tomando-se a CEDH como “umbral mínimo de proteção”⁶³⁸ ou como “limite intransponível”⁶³⁹, o que significaria assegurar “identidade de alcance e sentido entre os direitos dos dois instrumentos”⁶⁴⁰. Em outras palavras, o dispositivo normativo se traduziria em uma “cláusula de correspondência”, que “reenvia sistematicamente às definições e limitações”

⁶³⁷ Martín Retortillo Baquer, “Vias concurrentes”, op. cit. p. 100.

⁶³⁸ Pérez de Nanclares, op. cit. p. 868.

⁶³⁹ Weber, Albrecht, “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, in Revista de Española de Derecho Constitucional, n° 64, 2002, p. 92.

⁶⁴⁰ Le Bot, op. cit. p. 799.

constantes da CEDH. Desnecessário relembrar a esta altura que as categorias normativas referidas são aquelas interpretadas pelo TEDH⁶⁴¹.

De outro lado, a tese da interpretação idêntica tem encontrado aplicação no Tribunal Europeu de Direitos Humanos - cujo delineamento flui no sentido de que a Convenção Européia constitui-se no “*canon* hermenêutico de interpretação dos direitos da Carta” -, tendo sido posto na sentença *Bosphorus contra Irlanda*⁶⁴², que a proteção jurídica oferecida pelo direito comunitário deve ser “equivalente” à reconhecida pela Convenção Européia⁶⁴³. Aqui, portanto, cabe uma matização do princípio, cujo desenvolvimento se dará em tópico próprio.

⁶⁴¹ Conforme o próprio Parlamento Europeu reconhece, conforme vimos anteriormente.

⁶⁴² Sentença de 30 de junho de 2005, parágrafos 155 e 156.

⁶⁴³ Segundo Jacqué a jurisprudência *Bosphorus* define que o direito comunitário deve oferecer uma proteção equivalente, o que não significa proteção idêntica, tanto sob o aspecto material quanto sob o aspecto dos procedimentos de garantia. Em cada caso o TEDH poderá examinar o nível de proteção oferecido pelo direito comunitário, e apenas em caso de “insuficiência manifesta” ele se pronunciará. Ressalta o autor além disso que para conciliar o respeito da CEDH com a importância do direito comunitário, na sentença *Bosphorus*, recorre o TEDH a uma presunção de conformidade desse último com a CEDH, Jacqué, Jean-Paul, “*Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L’instabilité des rapports de système entre ordres juridiques*”, in *Revue française de Droit Constitutionnel*, n° 69, Paris, Presses Universitaires de France, 2007, p.25. Sendo assim, deduz-se que o TEDH segue a doutrina já perfilada pela Corte Constitucional alemã nas sentenças *Solange*, donde se estabeleceu que essa somente exerceria o controle das normas comunitárias em face dos direitos fundamentais alemães enquanto o grau de proteção dos direitos fundamentais assegurados pelo direito comunitário não fossem ao menos equivalentes àqueles. No entendimento de Jutta Limbach, op. cit. p. 372, de acordo com as condições enunciadas na decisão *Solange II*, basta às exigências constitucionais que o TJUE assegure de maneira geral uma proteção dos direitos fundamentais ao encontro do poder público comunitário, o que significaria uma proteção que garanta “de maneira geral o respeito ao núcleo substancial dos direitos fundamentais”. Para Saiz Arnaiz, a integração exige equivalência, o que significaria semelhança e não identidade, de maneira que um “nível menor de proteção dos direitos por parte do ordenamento supranacional não significa, imediatamente, vulneração alguma dos requisitos constitucionais da integração, sempre que esteja assegurada a compatibilidade entre aquele e o ordenamento estatal. Em consequência - citando Pérez Tramps -, diz que “não é lícita a intervenção deste para assegurar uma maior proteção de um direito, posto que assim se ataca o fundamento e a regularidade

A relevância da postura hermenêutica prevista na norma interpretativa em debate, em cuja disposição se prevê o “princípio da interpretação idêntica” entre os direitos fundamentais da União Europeia e a Convenção Europeia encontra especial significação em nosso estudo, apesar de nossa organização comunitária regional estar muito atrasada em relação ao paradigma europeu.

Entretanto, podemos visualizar com tal diretriz que nas relações interativas entre as três ordens, a nacional, a comunitária e a internacional de direitos humanos, a temática dos direitos fundamentais encontra especial atenção quando se trata de delimitar o sentido e alcance dos direitos fundamentais, provocando um impacto importante nas jurisdições internas na hora de sua interpretação.

Ao buscar-se um elemento comum que conectasse ambas jurisdições, da União Europeia e nacional, definiu-se a Convenção Europeia de Direitos Humanos como o “elemento aglutinador do sistema”, cuja observância como parâmetro interpretativo parece propiciar a solução dos possíveis conflitos. Em nosso caso, tal papel seria desempenhado pela Convenção Americana de Direitos Humanos e os demais tratados de direitos humanos regionais, podendo a Corte Interamericana exercer o papel do Tribunal Europeu de Direitos humanos, a partir de cuja posição, segundo Álvarez-Ossorio Micheo, é possível “oferecer com caráter *erga omnes* uma interpretação uniforme do conteúdo dos direitos e liberdades fundamentais comuns”, possibilitando que “o princípio da segurança jurídica” seja resguardado do “perigo das possíveis contradições irresolúveis”, pois se “o conteúdo mínimo e indisponível dos direitos permanecer nas mãos do Tribunal de

constitucional da integração como instituição”, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 201. Sobre o assunto, ver Arnold, Rainer, Limbach, Jutta, nas obras já citadas, e Cohen-Jonhathan, Gérard, Flauss, Jean-François, “De l’office de la Cour Européenne des droits de l’homme dans la protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne: L’arrêt *Matthews* contre Royaume-Uni du 18 février 1999” in *Revue Universelle des Droits de L’homme*, vol. 11, 1999, p. 253-262. Sobre a doutrina dos *contralimiti* ver Saiz Arnaiz, “De primacia, supremacia”, op. cit p. 52, e os autores citados por este, M. Cartabia, “Principi inviolabili e integrazione europea”, Milão, 1995, e F. Donatti, “Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità”, Milão, 1995, tratando ambos tanto da situação alemã quanto da italiana. Veja-se também, Limbach, Jutta, já citado.

Estrasburgo – da Corte Interamericana, acrescentamos -, evitam-se situações de desamparo que, de outra maneira, puderam ser possíveis”⁶⁴⁴.

Para fins de nosso estudo, o presente debate nos permite concluir, ademais, que é possível estabelecer uma conexão funcional muito interessante entre o “princípio da interpretação idêntica” previsto na Carta de Direitos da União Européia e o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos presente na Constituição brasileira, pois que ambos procuram resguardar o conteúdo mínimo essencial previsto nos tratados de direitos humanos – CEDH e Pacto de São José – nas interpretações que são empreendidas nas respectivas jurisdições.

vi. O princípio da norma mais favorável na ordem comunitária

Geralmente presente nos tratados internacionais de direitos humanos, a cláusula normativa que determina a aplicação da norma mais favorável, seja ela de que origem for (nacional ou internacional) encontra-se presente em um importante instrumento normativo de direito comunitário.

É desnecessário ressaltar que ambos os ordenamentos, o comunitário e o internacional de direitos humanos são informados por princípios distintos, buscando, ademais, objetivos diversos. No entanto, como verificamos anteriormente, a necessidade de inserir-se nos processos de desenvolvimento do direito comunitário a diretriz da proteção dos direitos fundamentais culminou com a proclamação de uma Carta de Direitos Fundamentais na União Européia com valor de tratado de direito comunitário originário, que traz importantes elementos hermenêuticos inspirados na ordem internacional de direitos humanos ou que tendem a favorecer uma leitura em prol da busca da progressividade destes.

No Título VII da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia sobre as “Disposições gerais que regem a interpretação e a aplicação da Carta” encontramos o art. 53 que vem assim redigido:

⁶⁴⁴ Álvarez-Ossorio Micheo, op. cit. p. 123.

“Nível de proteção - Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Européia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros”.

A semelhança com que foi redigida em nada pode destoar das disposições que estão estabelecidas, por exemplo, no art. 53 da CEDH ou no art. 29 da Convenção Americana, ou mesmo nas cláusulas similares presentes em outros tratados de direitos humanos da ONU.

Quer significar o dispositivo transcrito que na interpretação de instrumentos de proteção dos direitos fundamentais – aí incluídas as Constituições nacionais e os instrumentos internacionais de direitos humanos - quando encontram-se em concorrência para a solução da situação conflitiva discutida, o intérprete não deve nunca desprezar o patamar protetivo já incorporado ou reconhecido pela legislação nacional ou internacional. Sendo mais específico, não poderão as autoridades comunitárias ao aplicarem a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia deixar de reconhecer que em um determinado país o direito fundamental constante da Constituição – ou mesmo a CEDH - já alcançou um nível de proteção mais elevado daquele que estabelece a própria Carta.

As “explicações” constantes desse instrumento comunitário não destoam do que se encontra muito claro no mandato interpretativo. Registram que *“esta disposição visa preservar o nível de proteção atualmente conferido, no âmbito de aplicação respectivo, pelo direito da União, pelo direito dos Estados-Membros e pelo direito internacional. Dada a sua importância, é mencionada a CEDH.*

Ocorre que, diante das peculiaridades do direito comunitário - em vista especialmente do princípio da primazia e da necessidade da sua aplicação uniforme em

todos os Estados membros -, a norma supracitada vem gerando uma controvérsia doutrinária muito grande, havendo, basicamente duas posições bem claras: aqueles que, independentemente das características do direito comunitário, postulam a aplicação da norma mais favorável quando da análise do caso conflitivo pelo intérprete, a qual deve guiar-lhe na busca de uma melhor proteção. De outro lado, há aqueles que rechaçam a legitimidade desta regra em âmbito comunitário cuja aplicação teria o condão de destruir o edifício comunitário já construído, uma vez que implodiria os alicerces da uniformidade na aplicação desse direito nos estados membros pois, ao negar primazia à Carta significaria fazer prevalecer normas mais favoráveis de diversos matizes e originadas de diversas Constituições, tendo em vista que nem todos os Estados membros conferem igual proteção aos respectivos cidadãos.

Em primeiro lugar, não é exagerado ressaltar novamente que os níveis mínimos a serem observados sempre serão os estabelecidos pela CEDH – interpretado pelo TEDH-, coisa que o art. 52.3 já garante. No entanto, argumenta-se que o art. 53 também teria esta função⁶⁴⁵.

Parece adequado defender, de outra parte, que o conflito doutrinário sobre a legitimidade da aplicação da regra do art. 53 da Carta se instala somente quando encontram-se em disputa uma norma nacional mais protetiva e uma norma comunitária menos protetiva – no caso, proveniente da Carta – uma vez que, em caso contrário, torna-se razoavelmente simples dizer que, pelo princípio da primazia do direito comunitário, a disposição da Carta mais favorável que a norma constitucional prevaleceria sobre esta, levando em conta a jurisprudência constante do TJUE sobre o tema, e também porque parece não haver, neste caso, nenhuma violação à doutrina dos *contralimiti*⁶⁴⁶. Restringido, pois, o campo da discórdia doutrinária, avancemos na análise das virtualidades do dispositivo comunitário em debate.

⁶⁴⁵ Le Bot, op. cit. p. 853-869.

⁶⁴⁶ Sobre a doutrina dos *contralimiti* ver Saiz Arnáiz, "De primacia, supremacia", op. cit p. 52, e os autores citados por este, M. Cartabia, "Principi inviolabili e integrazione europea", Milão, 1995, e F. Donatti, "Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità", Milão, 1995, tratando ambos tanto da situação alemã quanto da italiana. Veja-se também, Limbach, Jutta, já citado.

De um lado, pois, há quem defenda que a função do art. 53 seria a de evitar o declínio da proteção dos direitos fundamentais, funcionando como uma cláusula de não-regressão⁶⁴⁷, havendo em caso de conflito que prevalecer o texto mais favorável⁶⁴⁸, acabando, desta forma, como um elemento para assegurar uma proteção melhor, pois em caso de estar previsto um patamar protetivo maior a Constituição nacional deve prevalecer sobre a Carta⁶⁴⁹.

Resulta então que dentro desta posição haverá conclusões no sentido de que o intérprete deve buscar o “stadandard máximo” de proteção com base nas soluções nacionais mais avançadas. Diante, pois, de diversos graus de tutela de um mesmo direito conferidos pelos diversos estados membros, o TJUE, quando da aproximação aos direitos nacionais, não poderia conferir uma proteção “menor que a resultante do direito interno, porque em caso contrário, a mesma primazia do direito comunitário correria o risco de ser contestada sobre a base de um direito nacional mais protetor”⁶⁵⁰.

Nas palavras de Alonso Garcia “deste modo, em meu entendimento, o critério da “maior progressividade”, presente na elaboração dos princípios reitores do direito comunitário, adquira um matiz de autêntica necessidade no âmbito dos direitos fundamentais, cujo resultado seria, em última instância, a configuração de um standard máximo de proteção sobre a base de soluções nacionais mais avançadas”⁶⁵¹.

Do outro lado, invoca-se a incoerência de uma incorporação pelo intérprete comunitário do nível reconhecido por cada Constituição nacional – respeitando-se, assim,

⁶⁴⁷ Le Bot, Olivier, op. cit. p. 807.

⁶⁴⁸ Le Bot, Olivier, op. cit. p. 807.

⁶⁴⁹ Díaz Crego, op. cit. p. 162.

⁶⁵⁰ Alonso Garcia, citando Hetsch, op. cit. p. 271.

⁶⁵¹ Alonso Garcia cita muitos autores em defesa da tese, op. cit. p. 271, nota 103, como por exemplo, P. Pescatore, “Les droits de l’homme et l’intégration européenne”, in *Cahiers Droit Européenne*, 1968, n° 6, p.. 655, Cohen-Jonathan, G., “L’incidence de la Convention européenne des droits de l’homme sur les Communautés européennes” in *Annuaire Européenne*, 1981, p. 105 e R. Joliet, “Le droit institutionnel des Communautés Européennes. Les institutions. Les sources. Les rapports entre ordres juridiques”, *Lieja*, 1981, p. 218

o nível de proteção dispensado por cada uma delas -, uma vez que nestas condições, “o intérprete supremo da Carta não poderia construir uma doutrina coerente em matéria de direitos fundamentais se em cada passo fosse obrigado a reconhecer, como mínimo, o standard mais elevado em cada caso”⁶⁵².

A argumentação centra-se na violação dos princípios comunitários. No entendimento de Díaz Crego “esta interpretação do art. 53 contradiz os princípios sobre os quais o direito comunitário construiu suas relações com os ordenamentos nacionais. O direito da União, fundado sobre a base do princípio da primazia e uniformidade do ordenamento comunitário, choca frontalmente com um preceito que permite aos tribunais nacionais omitir a aplicação do direito da União no caso em que uma norma vulnere os direitos fundamentais assegurados com maior nível de proteção, pelas Constituições nacionais”⁶⁵³.

Para Arzo Santisteban, a regra, inclusive, não combina com o ordenamento comunitário já que tem sua natureza conectada com a ordem internacional de direitos humanos. Em suas palavras, incorporar o nível de proteção mais elevado previsto nas Constituições é “absurda e contraditória em uma Carta de Direitos que forma parte do direito interno de uma comunidade política determinada” pois o “princípio da proteção mínima, que pode ser melhorado pelas partes, obedece à lógica específica de um sistema *internacional* de proteção de direitos humanos, não a de um sistema de integração *supranacional* como a União europeia, cujo traço característico é precisamente, como assinalado, ‘o elemento uniforme o que se impõe sobre as partes já que, de outra forma, a imposição das partes sobre o todo suporia o fracasso do próprio processo de integração’”⁶⁵⁴.

Neste sentido, posiciona-se Nanclares que, criticando a “teoria da máxima proteção” ressalta que o art. 53 não pode garantir uma “primazia do ordenamento que concede um maior nível de proteção”, pois do contrário “um único ordenamento interno

⁶⁵² Arzo Santisteban, op. cit. p. 108.

⁶⁵³ Díaz Crego, op. cit. p. 163.

⁶⁵⁴ Arzo Santisteban, op. cit. p. 109.

condicionaria unilateralmente a interpretação deste direito para toda a União”⁶⁵⁵, nem tampouco converte os direitos estabelecidos em uma Constituição nacional “em parâmetro automático de fixação do direito da União”⁶⁵⁶.

Defende-se, ademais, que em se tratando de aplicações no âmbito comunitário, os standards constitucionais mais elevados não poderiam ser aplicados nem no próprio Estado. Na opinião de Ferreres Comella, “é claro que só uma Constituição nacional não pode converter seu nível mais alto de proteção de um determinado direito (ou aspecto de um direito) no nível de proteção que deve ter eficácia em todos os Estados na hora de aplicar o direito comunitário. Tampouco pode este nível mais alto de proteção atuar exclusivamente no Estado de que se trate, pois isso impediria a uniforme aplicação do direito comunitário, a qual somente resulta possível se em todos os Estados opera um mesmo standard de proteção em matéria de direitos fundamentais comunitários”⁶⁵⁷.

Os argumentos expendidos por esta corrente colocam a primazia do direito comunitário e a sua aplicação uniforme como elementos intransponíveis, desconsiderando, inclusive, uma regra de mesma natureza proveniente do direito comunitário originário. Paraphraseando Alonso Garcia e Mangas Martín, estariam os estados – e especialmente os cidadãos -, dispostos a renunciar a um grau superior de proteção de seus direitos e liberdades quando confrontados ao que pode oferecer o direito comunitário?⁶⁵⁸. Podem os direitos dos cidadãos variarem em função da competência exercida pelas autoridades?⁶⁵⁹. A cláusula do art. 53 está a indicar o primeiro caminho ou

⁶⁵⁵ Pérez de Nanclares, op. cit. p. 858.

⁶⁵⁶ Pérez de Nanclares, op. cit. p. 860; posição compartilhada com Arzo Santisteban, op. cit. p. 106-107.

⁶⁵⁷ Ferreres Comella, Victor, “La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea. Um comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional”, in Castilho, Antonio López, Saiz Arnaiz, Alejandro e Ferreres Comella, Victor, “Constitución Española y Constitución Europea - Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 97.

⁶⁵⁸ Alonso Garcia, op. cit. p. 280.

⁶⁵⁹ Mangas Martín, op. cit. p. 845.

permitir o segundo? São questões que a jurisprudência vindoura do TJUE e da jurisdição interna dos Estados membros vai tentar responder nos próximos anos.

No caso espanhol, López Guerra comenta que esta dualidade de regimes cuja aplicação depende da competência exercida pela autoridade, resulta ainda mais questionável em razão da presença do art. 10.2 da Constituição. Citando a Sentença 64/1991 do Tribunal constitucional, ressalta que referido dispositivo constitucional faz alargar a força vinculante da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, na medida em que estas normas devem servir como critério de interpretação dos direitos e garantias internos⁶⁶⁰.

Capítulo VI – Argentina

i. Introdução

O estudo dos julgamentos da Corte Suprema da Nação argentina é muito interessante sob diversos pontos de vistas. Isto porque houve uma alteração importante no entendimento que prevaleceu durante muito tempo em sua jurisprudência.

Anteriormente a Corte conferia *status* de lei ordinária aos tratados internacionais, sujeitando-os ao princípio da *lex posterior derogat priori*, o que tornava vulnerável a posição internacional argentina possibilitando a responsabilização estatal nessa esfera. Tal posicionamento sofre uma alteração brusca a partir do *leading case Ekmekjian*, o qual impeliu a uma reviravolta no posicionamento dos tratados internacionais de direitos humanos passando a considerá-los no mesmo nível das normas constitucionais.

Ou seja, o reconhecimento da prevalência dos tratados de direitos humanos ocorre primeiro na jurisprudência constitucional para depois se refletir em sede

⁶⁶⁰ López Guerra, Luis, op. cit. p. 31.

legislativa, quando em 1994 diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram elevados à hierarquia constitucional⁶⁶¹.

A conjunção destes fatores produz uma evolução notável na proteção dos direitos humanos naquele país, colocando-o na vanguarda dentre os países latino-americanos que conferem uma valoração significativa à estas normas internacionais. Todavia, o que muito contribui para tal posição tem sido a recepção pela jurisprudência argentina dos standards jurisprudenciais estabelecidos pelos órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, o que torna o caso argentino uma importante fonte para este estudo.

É bastante comum verificar que os precedentes da Corte Interamericana, da Comissão Interamericana, do Comitê de Direitos Humanos da ONU, dentre outros, são considerados como a “interpretação autorizada” dos respectivos tratados. Assim, tais standards interpretativos são observados nos julgamentos da Corte Suprema a qual procura seguir-los ao decidir os casos que envolvam a consideração dos direitos fundamentais.

O atual posicionamento dos tratados internacionais de direitos humanos na hierarquia das fontes no ordenamento argentino possibilita, sem dúvida, a incorporação

⁶⁶¹ Inciso 22 do art. 75 da Constituição Argentina: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

daqueles precedentes internacionais na jurisdição constitucional. Todavia, como a própria experiência argentina nos demonstra, à hierarquização constitucional não deve ser emprestada protagonismo neste fenômeno.

Neste sentido, confira-se que no caso *Ekmekdjian* a observância da jurisprudência da Corte Interamericana não dependeu da constitucionalização do Pacto de São José – até então não ocorrida -, assim como no caso *Verbitsky* utiliza-se como parâmetro da decisão um instrumento internacional que tampouco faz parte do rol do art. 75 da Constituição argentina. Ou seja, mesmo não possuindo nível constitucional serviu todavia para delimitar o conteúdo essencial de uma garantia constitucional, de forma a complementá-la.

A verdade é que a técnica da interpretação dos direitos fundamentais conforme os tratados de direitos humanos revela-se por muitos meios, sendo aqui aplicada tanto antes quanto depois da constitucionalização dos tratados de direitos humanos. Neste sentido, veremos que a Corte Suprema concebe a jurisprudência internacional tanto como pautas de observância obrigatórias para os Juízes, acolhendo a “doutrina do seguimento”, como adota a doutrina do “controle de convencionalidade”, orientando os Juízes a realizarem uma verificação de compatibilidade das leis internas em face dos tratados de direitos humanos conforme a interpretação feita pelos órgãos internacionais de supervisão.

ii. Análise das sentenças da Corte Suprema da Nação

ii.a. Resgate histórico e Caso *Ekmekdjian*

Um breve resgate histórico a respeito do tratamento que a jurisprudência argentina conferiu aos instrumentos internacionais de direitos humanos parece necessário para uma introdução aos casos em destaque. Como já adiantamos, os tribunais argentinos adotavam a tese da paridade normativa dos tratados com a legislação ordinária, o que possibilitava a sua derrogação por uma lei interna posterior que fosse incompatível com os termos daquele. Fator que expunha o país à responsabilização internacional.

A doutrina especializada ressalta que a Corte Suprema sustentava que não havia primazia da lei ou dos tratados como, por exemplo, no caso *Martin y Cia*, de 1963, quando se julgou que “ni el art. 31 ni el art. 100 de la CN [Constituição Nacional] atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos – leyes y tratados – son igualmente calificados por ello como ‘ley suprema de la Nación’ y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno”. Assim, a Corte Suprema considerava que ambos os tipos de normas se regiam pelo princípio de que as posteriores revogavam as anteriores incompatíveis⁶⁶².

No entanto, foi a partir do caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*⁶⁶³, donde se pretendia garantir o direito de resposta, que tal paradigma foi superado. No direito argentino não havia a previsão constitucional deste direito, estando assegurado, todavia, no Pacto de São José (art. 14)⁶⁶⁴ que se integrou ao ordenamento jurídico argentino como lei ordinária. A defesa de Sofovich, no entanto, defendia a vigência da jurisprudência anterior da Corte que se apegava ao fato da inexistência de lei interna que conferisse aplicação à garantia assegurada no Pacto.

Na decisão, a Corte Suprema se pautou sob duas diretrizes centrais. A primeira referiu-se à necessidade de se resguardar a responsabilidade internacional da Argentina – ônus que também caberia ao Poder Judiciário através de suas sentenças -, em virtude do compromisso internacional assumido, pois nos termos do art. 27 da Convenção

⁶⁶² Haro, Ricardo, “Los Derechos Humanos y los tratados que los continene en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos”, *Revista Ius et Práxis*, 2003, vol. 9 n. 1, p. 63-89.

⁶⁶³ O julgamento ocorreu em 07.07.1992.

⁶⁶⁴ “Art. 14 - Direito de retificação ou resposta - 1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meio de difusão legalmente regulamentadas e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial.”

de Viena⁶⁶⁵, o Estado se encontraria impedido de sustentar a vigência de norma interna para se desvencilhar do cumprimento de normas internacionais. Assim, reconheceu a Corte argentina a primazia do direito internacional sobre o direito interno.

De outro lado, a decisão invoca o precedente advindo da Corte Interamericana para decidir a favor de Ekmekdjian e lhe conferir o direito de resposta, ainda que houvesse no Pacto a remissão à lei interna. Ressaltando que os precedentes provenientes deste órgão jurisdiccional internacional devem servir de guia para os juízes argentinos, a mais alta Corte argentina adotou os fundamentos estabelecidos na Opinião Consultiva 07/86, nestes termos:

“Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1º). Ante la consulta hecha a dicho tribunal acerca de si cuando el art. 14.1 dispone que el derecho de rectificación o respuesta se ejercerá "en las condiciones que establezca la ley", quiere decir que dicho derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser concretamente ejercido, contestó rechazando este argumento y afirmando que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona, ya que "el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo" (Opinión Consultiva OC7/86, "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta" (arts. 14.1, 1.1 y 2), Serie A, Nº 7, p. 13, par. 14). Llegó a la opinión unánime en el sentido de que el art. 14.1, "reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible" (Ibídem, p. 19, letra A) y que la frase "en las condiciones que establece la ley" se refiere a cuestiones tales como "si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el

⁶⁶⁵ A Convenção de Viena encontra-se vigente na Argentina desde 27.01.1980, aprovada pela Lei 19.865, de 1972.

derecho, qué terminología es admisible, etc." (Ibídem, p. 14, par. 27), pero que "el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído conforme el art. 1.1 ... En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por 'toda persona' sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención" (p. 15, par. 28)".

Este julgado é considerado pela doutrina especializada argentina como o indutor de uma "revolução copernicana" no ordenamento jurídico daquele país, cuja evolução vem demonstrando uma clara tendência de se atribuir primazia não só aos tratados de direitos humanos mas também à jurisprudência dos órgãos internacionais de controle e monitoramento dos direitos humanos.

ii.b. Garantia ao duplo grau de jurisdição em matéria penal - Interpretação conforme a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Caso *Giroldi*

A Corte Suprema da Nação analisava um recurso⁶⁶⁶ que objetivava a reforma do julgamento que houvera condenado o recorrente a uma pena de prisão de um mês pelo delito de roubo simples em grau de tentativa. No apelo, o recorrente argumentava que a Câmara Nacional de Cassação Penal havia rechaçado sua alegação de inconstitucionalidade de artigo do Código de Processo Penal que impedia a revisão de sua condenação, em afronta ao que disciplina o Pacto Interamericano de Direitos Humanos (art. 8º, 2, h)⁶⁶⁷, declarando a inadmissibilidade do recurso de cassação.

⁶⁶⁶ Giroldi, Horacio David y otro - s/ recurso de casación - causa n. 32/93; julgamento em 07 de abril de 1995; após, portanto, à reforma constitucional de 1994.

⁶⁶⁷ Art. 8. Garantias Judiciais - 2. "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

O mais alto Tribunal argentino se encontrava frente a uma legislação que impedia a interposição de recursos (de apelação e de inconstitucionalidade, admitindo tão somente o extraordinário) contra decisões proferidas em instância única em razão do montante da pena aplicada, e diante de sua jurisprudência (Caso *Jáuregui*) que se posicionava no sentido de que a garantia do duplo grau de jurisdição em matéria penal se encontrava satisfeita com a possibilidade de se manejar o recurso extraordinário ante este Tribunal.

Não obstante, se apegou ao *status* constitucional do Pacto de São José para dar uma volta em seu entendimento, sustentando, em sentido contrário à sua posição anterior, que o recurso extraordinário não constituía um remédio eficaz para a salvaguarda da garantia concernente ao duplo grau de jurisdição, acentuando ainda que esta deve ser observada como “garantia mínima” no processo penal para “toda pessoa acusada de um delito”.

Mas o que é interessante ressaltar, ademais de o Pacto de São José ser utilizado como parâmetro de constitucionalidade, é a importância que toma a jurisprudência da Corte Interamericana na Corte Argentina – *como interpretação autorizada do Pacto* -, tendo sido dito “Que la ya recordada ‘jerarquia constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.

Ou seja, “de ahí, que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. Arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2º ley 23.054)”.

Não se trata de aplicar tão somente a letra do Pacto de São José reconhecendo a prerrogativa do acusado de recorrer a uma instância superior para uma análise ampla de sua situação, mas sim, e principalmente, de adotar a interpretação que a Corte Interamericana empreendeu à norma convencional. Obrigação que se estende a todos os poderes da Nação argentina, inclusive ao poder judicial: “Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde – en la medida de su jurisdicción – aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1 de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente ‘respetar los derechos y libertades reconocidos en ella’, sino además garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción’. Según dicha Corte, ‘garantizar’ implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerância del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención (opinión consultiva n° 11/90 del 10 de agosto de 1990 –‘Excepciones al agotamiento de los recursos internos’- párrafo 34). Garantizar entraña, asimismo, ‘el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos’ (íd., párrafo 23)”.

Assim, entendeu a Corte Suprema que “la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8°, inc. 2°, ap. h), es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el artículo 459, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena”.

ii.c. Prazo razoável de detenção sem julgamento - Interpretação conforme a jurisprudência da Comissão Interamericana de direitos humanos - Caso *Bramajo*

Neste caso⁶⁶⁸, o parâmetro da aferição de constitucionalidade da norma foi o Pacto de São José interpretado de acordo com a jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Tratava-se de um recurso no qual o Ministério Público recorria contra a soltura de acusado da prisão, ocorrida após o cumprimento de três anos de detenção preventiva sem ter acontecido o julgamento.

Sustentava-se a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 24.390 – que veio a regulamentar o Pacto de São José no que se refere à garantia de julgamento em um prazo razoável (art. 7º, 5) – cujos termos regulavam objetivamente a duração da prisão para aqueles acusados que aguardam julgamento⁶⁶⁹.

A Corte Suprema, invocando a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, confere especial relevância à jurisprudência da Comissão Interamericana: “De ahí que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2º de la ley 23.054 (confr. doctrina de la causa G.342.XXVI. "Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación", sentencia del 7 de abril de 1995)”.

Ressalta que “sobre la base de tales pautas y a los efectos de determinar si la ley 24.390 armoniza con el art. 7º, inc. 5º, del tratado internacional mencionado, resulta pertinente reseñar la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, desarrollada en el informe sobre el caso 10.037 de la República Argentina del 13 de abril de 1989 el que, si bien es anterior a la vigencia de la ley 24.390 resulta de significativa

⁶⁶⁸ Bramajo, Hernán Javier, s/ incidente de excarcelación - causa n. 44891; julgamento em 12 de setembro de 1996.

⁶⁶⁹ A lei estabelece que os acusados podem ficar presos por um prazo de dois anos, com uma prorrogação de um ano e outra de seis meses para aqueles detidos preventivamente e que não houvessem sido julgados definitivamente.

importancia para el caso debido a que el mencionado organismo internacional ha fijado las pautas que los Estados Partes deben tener en cuenta al reglamentar lo que se ha denominado ‘plazo razonable de detención sin juzgamiento’”.

Deste modo, se apega ao estabelecido no Informe da Comissão acima citado para dizer que a razoabilidade da duração da prisão não pode ser aferida somente através de um prazo estabelecido objetivamente, mas de acordo com as circunstâncias do caso, valorados pelo Juiz da causa, pois “en el informe citado en el párrafo anterior la comisión continuó refiriendo que ‘la razonabilidad del plazo se encuentra fijada por los extremos del art. 380 del Código de Procedimientos Penal de la Argentina, junto con la apreciación que de ellos hace el juez de la causa’, temperamento que -según dijo- coincide con lo manifestado por la Corte Europea cuando dice: ‘El Tribunal opina igualmente que para apreciar si, en un determinado caso, la detención de un acusado no sobrepasa el límite razonable, corresponde a las autoridades judiciales nacionales investigar todas las circunstancias que, por su naturaleza, lleven a admitir o a rechazar que existe una verdadera exigencia de interés público que justifique la derogación de la regla del respeto a la libertad individual (caso "Neumeister", sentencia del 27 de junio de 1968, TEDH-5, pág. 83, "Fundamentos de Derecho", parágrafo 5)’”.

A Corte Suprema, ressaltando o posicionamento da Comissão Interamericana de que "si bien cuatro años no sería un plazo razonable, en el presente caso por las circunstancias propias del mismo y por la complejidad de las causas envueltas en su desarrollo, ello no constituiría un retardo injustificado en la administración de justicia" (el Ministerio Público había solicitado la pena de reclusión perpetua, accesorias legales y costas)”, rechaça a alegação de inconstitucionalidade da lei asseverando que não há uma vedação pela Comissão de se estabelecer prazos de duração de detenção sem julgamento, porém o que não se admite é a aplicação automática do prazo sem uma apreciação valorativa das circunstâncias de cada caso⁶⁷⁰.

⁶⁷⁰ "...el Estado Parte no está obligado (por la convención) a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de sus circunstancias...quedando el concepto de plazo razonable sujeto a la apreciación de la gravedad de la infracción, en cuanto a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable".

Em conclusão, a Corte Suprema Argentina reforça a técnica de julgamento que reenvia o intérprete dos direitos fundamentais aos critérios jurisprudenciais provenientes dos órgãos de monitoramento de direitos humanos, no caso, da Comissão Interamericana, pois “la conclusión expuesta no significa desconocer las palabras de la ley, sino interpretarla a la luz del tratado con jerarquía constitucional que aquélla reglamenta” na medida em que “en el caso sometido a estudio del Tribunal, el examen de las condiciones personales del procesado, la gravedad de los hechos que se le imputan, la condena anterior que registra -que eventualmente ha de ser unificada con la que pueda resultar en la presente así como la pena solicitada por el fiscal, hacen presumir que en caso de obtener la libertad intentará burlar la acción de la justicia, razón por la cual debe revocarse la resolución impugnada, puesto que la interpretación efectuada por el a quo del art. 1° de la ley 24.390 ha sido incompatible con la jurisprudencia elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la establecida por esta Corte en la causa "Firmenich" (Fallos: 310:1476)” (grifamos).

Assim, tanto o rechaço da argüição de inconstitucionalidade quanto a revogação da ordem de soltura do acusado em virtude de esta não ter se baseado nas circunstâncias do caso, encontram fundamento na jurisprudência de um órgão internacional de monitoramento de direitos humanos.

ii.d. Direito dos detentos a um tratamento digno - Interpretação conforme as regras mínimas para tratamento de reclusos da Organização das Nações Unidas - Caso *Verbitsky*

Um *habeas corpus* coletivo⁶⁷¹ foi impetrado por uma associação não-governamental de proteção de direitos humanos – Centro de Estudios Legales y Sociales – em favor da totalidade dos presos que se encontravam detidos em estabelecimentos penais e policiais superpovoados na Província de Buenos Aires.

⁶⁷¹ Verbitsky, Horacio s/ *habeas corpus*; julgado em 03 de maio de 2005.

Demonstrou-se as péssimas condições a que estavam submetidos, desde o estado deplorável de conservação e higiene das celas - as quais careciam de ventilação e luz natural -, até a falta de mobiliário - que forçavam os detentos a ter que realizar as atividades mais básicas diretamente no piso (comer, dormir, etc.) -, destacando-se, ademais, a inexistência de sanitários suficientes, além de não se garantir alimentação adequada.

A ação foi rechaçada em todas as instâncias inferiores do sistema judiciário argentino, apesar de se comprovar: i) que aproximadamente 75% dos presos o estavam com base em decretos preventivos; ii) o excesso de detentos em relação às vagas oferecidas - destacando-se as conseqüências que este fato produzia: risco de propagação de enfermidades infectocontagiosas, aumento dos casos de violação física e sexual entre os presos -; iii) a irregularidade de não se proporcionar, de acordo com a legislação argentina, a detenção em centros especializados; iv) que adolescentes e mulheres se encontravam nas mesmas condições.

Somente quando a ação subiu à Corte Suprema da Nação é que houve uma resposta adequada às violações aos direitos humanos, tendo sido ressaltado que não se tratava de avaliar as políticas ou estabelecer qual seria a mais consentânea com a situação carcerária, mas sim de intervir quando elas claramente põem em perigo ou lesionam bens jurídicos fundamentais tutelados pela Constituição e por tratados de direitos humanos.

Assim, apesar de se deduzir da Constituição argentina a garantia genérica às pessoas privadas de sua liberdade de receber um tratamento digno e humano (art.18)⁶⁷², prerrogativa assegurada também em vários documentos internacionais de direitos humanos de forma genérica⁶⁷³, a Corte Suprema faz uso de um instrumento internacional

⁶⁷² Art. 18: "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad e no para castigo de los reos detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a motrificarlos más allá de lo que ella exija, hará responsable al juez que la autorice"

⁶⁷³ A Corte Suprema invoca a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. XXV), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 10) e a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (art. 5, 2).

que regula a questão de forma específica, mas que não tem sua hierarquia constitucional reconhecida.

Desta forma, admite a Corte Suprema que as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU devem ser aplicadas por via do art. 18 da Constituição Nacional: “Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas - si bien carecen de la misma jerarquia que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal - se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad. No cabe duda de que hay un marco normativo, no sólo nacional sino también internacional que, de confirmarse y continuarse la situación planteada, estaría claramente violado en la Provincia de Buenos Aires”.

Ou seja, o art. 18 da Constituição argentina deve ser entendido - no que se refere à situação das pessoas detidas -, a partir da leitura das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos estabelecidas pela ONU. Entendimento este a que não escapam as províncias argentinas, pois “las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional”.

Deste modo, um dos provimentos da Corte Suprema o foi para “Declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención”.

No julgamento ainda houve referência ao entendimento da Corte Interamericana a respeito das obrigações positivas a que incumbem aos Estados no sentido de promover as medidas para garantir a eficácia dos direitos humanos, com referencia especial à Opinião Consultiva daquela Corte (OC-17/02) sobre os direitos das crianças e adolescentes, cuja situação deve ser tratada também a partir da disciplina estabelecida nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing). Referiu-se ainda às conclusões e recomendações do Comitê contra a Tortura e outros Tratos ou Penas Cruéis ou Inumanos e Degradantes, e as

provenientes do Comitê dos Direitos das Crianças da ONU, ambos a respeito de um caso argentino.

Mas o que parece importante para nosso estudo é remarcar que, neste caso, houve a aplicação das regras de um instrumento internacional de direitos humanos que não detém caráter constitucional através de uma leitura ampliada do art. 18 da Constituição argentina, cujos termos somente garantiam um tratamento digno e humano aos detentos de maneira genérica mas que foram complementados pelo tratado específico.

ii.e. Doutrina da Proteção Integral - Interpretação conforme à jurisprudência do Comitê dos Direitos da Criança da ONU, Comitê de Direitos Humanos da ONU e da Corte Interamericana de Direitos Humanos - Caso *Maldonado*

Houve recurso para a Corte Suprema da Nação contra a condenação de um menor à pena de prisão perpétua pelo cometimento do crime de roubo agravado pelo uso de armas em concurso real com homicídio⁶⁷⁴. A defesa questionava, em síntese, a inconstitucionalidade da pena perpétua em razão de esta violar diversos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, além da inadequação da pena imposta para menores, tendo em conta que sua condição de ser humano em desenvolvimento deveria ser considerada pelo Juiz no momento de aplicá-la, a qual, inclusive, foi imposta

⁶⁷⁴ Maldonado, Daniel Enrique y outro; julgado em 07 de dezembro de 2005; o recorrente estava sendo processado por crimes cometidos quando tinha menos de 18 anos e mais de 16, tendo em vista que o regime jurídico argentino imputa responsabilidade penal limitada entre 16 e 18 anos, considerando inimputáveis os menores de 16 anos. O art. 4º. da Lei 22.278 assim disciplina a questão: "la imposición de pena respecto del menor a que se refiere el art. 2 estará supeditada a los siguientes requisitos: 1º - Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere conforme a las normas procesales. 2º -Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad. 3º -Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad". Conforme assevera em voto em separado, o Ministro Carlos S. Fayt, quando cumpridos estes requisitos, e se os fatos e os antecedentes do menor, o resultado do tratamento e a análise judicial apontarem para a necessidade da imposição da pena, assim pode o Juiz atuar, podendo reduzi-la para a pena correspondente à tentativa. No caso em análise, o fator determinante para o tribunal a quo impor a pena decorreu da reincidência do menor.

porque o tribunal *a quo* entendeu ter fracassado o tratamento tutelar, de modo a atribuir tal resultado negativo somente ao menor.

Sustentou-se também que os instrumentos internacionais de direitos humanos exigem que a imposição da pena esteja dirigida à reintegração social da criança (Convenção dos Direitos da Criança, art. 40, inc. 1º), à reforma e readaptação social dos condenados (Pacto de São José, art. 5, inc. 6; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 10, inc. 3º), devendo tal direcionamento normativo ser muito mais constrictivo no caso das crianças e adolescentes, fazendo-se refletir em uma mais exigente fundamentação da necessidade da privação da liberdade, o que supõe a avaliação através de um juízo de ponderação.

Em que pese o fato de a Corte Suprema não ter enfrentado a arguição de inconstitucionalidade da prisão perpétua⁶⁷⁵, reformou a sentença condenatória estabelecendo o marco normativo que os juízes devem seguir quando crianças e adolescentes estiverem sendo processados criminalmente.

⁶⁷⁵ Somente a Ministra Carmen M. Argibay manifestou-se sobre o tema, entendendo, no entanto, não haver inconstitucionalidade na previsão da pena perpétua no ordenamento jurídico argentino, ainda que aplicável aos menores: "Debo señalar preliminarmente que más allá de los propósitos que inspiran la posición sostenida por la defensa en su recurso extraordinario, las normas constitucionales que la parte invoca para sustentar su posición no permiten llegar a la conclusión de que es siempre y necesariamente inconstitucional la aplicación de prisión perpetua a una persona por la comisión de un homicidio calificado cuando contaba dieciséis años de edad. En efecto, ni el art. 37, incs. "a" y "b" de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni las demás reglas convencionales con rango constitucional invocadas por la defensa permiten atribuir a la voluntad del constituyente el sentido de prohibir lisa y llanamente la aplicación de la pena a tales personas, siempre y cuando puedan contar con la posibilidad de obtener una libertad anticipada -"excarcelación", en los términos del art. 37.a de la Convención sobre los Derechos del Niño"; No entanto, resalta que "si bien no puede atribuirse a la Convención sobre los Derechos del Niño una prohibición absoluta de aplicar la prisión perpetua a personas que, al momento de perpetrar el delito, eran menores de dieciocho años, sí se deriva de dicho instrumento internacional con rango constitucional una regla de máxima prudencia y cuidado en la imposición de penas de prisión y, con mayor razón, de la prisión perpetua, que obliga para ello a descartar fundadamente la suficiencia de las alternativas más leves".

Após uma detalhada análise sobre a superação da doutrina da “situação irregular” no ordenamento jurídico argentino em direção ao acolhimento do paradigma da “proteção integral” - considerada a premissa de que a criança e o adolescente ademais de possuir os mesmos direitos e garantias que os adultos, também são titulares de direitos e prerrogativas especiais, decorrentes de sua própria condição de pessoas em desenvolvimento -, a Corte Suprema invoca as recomendações do Comitê dos Direitos da Criança, considerando-o como o intérprete autorizado da Convenção: “El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar ‘la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño en particular a los arts. 37, 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD)(Dominica CRC/C/15/Add.238. 2004)”.

Em consequência, entende que na imposição das penas às crianças e adolescentes os juízes não podem desconsiderar tais documentos internacionais, pois “en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resulten de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores”.

Reprochando os critérios do tribunal *a quo* no estabelecimento da pena, a Corte Suprema também se utiliza dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana para fundamentar sua decisão: “Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la invocación de la peligrosidad para imponer mayor pena ‘constituye claramente una expresión del ejercicio del *jus puniendi* estatal sobre la base de características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, próprio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo

precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía'. Agrega que 'la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo -con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005, cons. 94 y 95)".

De modo que, a partir de tais elementos, dentre os quais se destacam os precedentes provenientes de diversos órgãos internacionais de monitoramento de direitos humanos, a mais alta Corte argentina decide que "en la sentencia en recurso no se han respetado las exigencias derivadas de las normas legales y constitucionales aplicables al caso. En efecto, la decisión de la cámara no exhibe argumento alguno que permita entender por qué una pena de 14 años de prisión por un hecho cometido a los 16 años resultaba insuficiente. Y, ciertamente, sus fundamentos mucho menos alcanzan para explicar cómo es posible promover la reintegración social del condenado por medio de una pena que se define ex ante por la decisión de, llegado el caso, excluirlo para siempre de la sociedad".

ii.f. Acesso igualitário aos cargos públicos – Discriminação por origem – Interpretação conforme ao Pacto de São José e ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - Caso *Hooft*

A Corte Suprema argentina declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição da Província de Buenos Aires que estabelecia uma restrição discriminatória em face da origem nacional - entre argentinos natos e naturalizados -, de modo a reservar somente para os que haviam nascido em território argentino ou para aqueles filhos de

cidadão nativo se houvessem nascido em país estrangeiro (art. 177) o acesso a determinados cargos públicos⁶⁷⁶.

O recorrente tinha nascido na Holanda e se naturalizado argentino em 1965. Ocupava o cargo de Juiz de primeira instância e estava sendo-lhe vedado o acesso ao cargo superior na Câmara da Província de Buenos Aires justamente porque não era nativo.

Assim, a Corte Suprema ressaltou que havia um tratamento discriminatório em face do que estabelecem o Pacto de São José (art. 23, 1, *c* – “Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país”) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 25, *c* – “Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no art. 2º e sem restrições infundadas: de ter acesso, em condições gerais de igualdades, às funções públicas de seu país”) os quais por seu *status* constitucional deveriam prevalecer sobre a previsão contida na Constituição provincial.

Resulta interessante, neste caso, que os tratados internacionais de direitos humanos surgem como único parâmetro de constitucionalidade, fruto da reforma constitucional de 1994 que ampliou o bloco de constitucionalidade argentino.

ii.g. Direito à reparação integral nos acidentes de trabalho – Interpretação conforme aos tratados de direitos humanos e conforme a jurisprudência do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU e da Corte Interamericana - Caso *Aquino*

As instâncias inferiores da Justiça argentina declararam a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei nº 24.557 (art. 39, inciso I) sobre riscos de

⁶⁷⁶ Hooft, Pedro Cornelio Federico *c/* Buenos Aires, Provincia de *s/* acción declarativa de inconstitucionalidad; julgado em 16 de novembro de 2004.

trabalho (LRT), de modo a condenar a empresa ao pagamento de indenização pelos danos do acidente laboral sofrido pelo trabalhador⁶⁷⁷.

Tendo recorrido à Corte Suprema argentina, esta não só confirmou a inconstitucionalidade da norma, como o fez amparando-se em dispositivos constitucionais, em regras internacionais provenientes de tratados dos direitos humanos, como também na jurisprudência oriunda do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ocorre que a LRT limitava consideravelmente a responsabilidade do empregador nos casos de acidente de trabalho, impedindo que o trabalhador alcançasse uma reparação plena e integral do dano sofrido decorrentes dos infortúnios laborais. Nos termos do dispositivo acima mencionado: “Las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechos habientes de éstos, con la sola excepción de la derivada del artículo 1072 del Código Civil”.

No entendimento da Corte Suprema, a Lei, na verdade, impunha dois tipos de limitação: a primeira referente a impossibilidade de ver-se reparado integralmente o dano, uma vez que restringia os efeitos de eventual indenização somente aos aspectos econômicos da perda da capacidade laborativa do trabalhador, excluindo quaisquer considerações de caráter moral; a segunda, que limitava o alcance da reparação econômica por diversos mecanismos que, ou rebaixavam o salário utilizado na base de cálculo, ou que, ao final, estipulavam limites indenizatórios que não podiam ser ultrapassados.

Assim, a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade da norma, a partir de três pontos de arranque: a) invocações de caráter constitucional: como o princípio contido no art. 19 da Constituição Nacional que estabelece o princípio geral consubstanciado na expressão *alterum non laedere* “que se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación”, ou como o art. 14 *bis* que garante aos trabalhadores

⁶⁷⁷ Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688; julgado em 21 de setembro de 2004.

condições dignas e equitativas de labor, ou invocando ainda como o princípio da justiça social e o valor normativo da dignidade do ser humano trabalhador; b) invocação das normas internacionais constantes dos tratados de direitos humanos, desde o Pacto de São José e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (PIDESC), dentre outros; c) invocação da jurisprudência de órgãos de controle e monitoramento de direitos humanos, como o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Humanos da ONU.

Cabe destacar, no que se refere ao item *a*, que a Corte se referiu aos seus julgados anteriores para dizer que a LRT não se adequa aos parâmetros constitucionais, que entronizam princípios humanísticos. A Corte Suprema ressaltou também a importância para o julgamento dos tratados internacionais de direitos humanos – item *b* acima – que vieram fortalecer e agigantar “la singular protección reconocida a toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional”.

Entretanto, o que surge de mais importante refere-se à invocação da jurisprudência dos órgãos de controle dos tratados de direitos humanos.

Neste sentido, ressalta-se a atividade do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por quanto se constitui no “intérprete autorizado” do PIDESC a respeito da temática da proteção do trabalhador vítima de acidentes laborais, invocando um precedente específico que envolvia a censura a uma lei da Nova Zelândia (*New Zealand Accident Rehabilitation and Compensation Insurance Act de 1992*) que atribuía ao empregado vítima de acidente parte do custo do tratamento médico (Comisionado Simma, Summary record of the 25th meeting: New Zealand. 22/12/1993, E/C.12/1993/SR. 25, párr. 17), ou ainda precedentes referentes à Argentina nos quais o Comitê tratava de questionar as leis nacionais a respeito da “privatização das inspeções laborais” (Observaciones finales al segundo informe periódico de la República Argentina, 1-12-1999, E/C.12/1/Add.38, párrs. 22 y 37), ou que tratava de advertir o referido país sobre a falta de implementação das garantias de higiene e segurança nos locais de trabalho, orientando-o a fazer mais esforços para melhorar estes aspectos referíveis ao

meio de ambiente laboral (E/C.12/1994/ 14, párrs. 18 y 21), ou também precedentes relacionados à obrigação deduzida do PIDESC de proteger os direitos humanos pelo Estado através de “adoção de medidas para velar que las empresas o los particulares” não privem estes últimos de seus direitos.

Nesta linha, ressalta as “obrigações positivas” que o Direito Internacional dos Direitos Humanos impõem aos Estados, cujo conceito e função consiste no dever de garantir o exercício e o gozo dos direitos dos indivíduos não somente em relação aos poderes estatais mas também em relação às atuações de particulares, elemento constantemente presente na jurisprudência da Corte Interamericana (OC 17/2002).

Tudo isso para vaticinar que “en suma, lo expresado en los dos considerandos anteriores determina que, si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican "alterar" los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). De tal manera, el proceder legislativo resultaría, además, acorde con los postulados seguidos por las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos. Valga citar, por hacerlo de uno de los recientes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pero reiterativo de su tradicional jurisprudencia, que cuando no sea posible el restablecimiento de la situación anterior a la violación del derecho que corresponda reparar, se impone una "justa indemnización". Y las reparaciones, "como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial" y no pueden implicar el "empobrecimiento de la víctima" (Bamaca Velázquez vs. Guatemala.Reparaciones, sentencia del 22-2-2002, Serie C N° 91, Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2002, San José, 2003, págs. 107/108, párrs. 40/41 y sus citas).

Outro elemento importante invocado para verificar a constitucionalidade da lei é o princípio da progressividade – interpretado pelo Comitê do PIDESC -, constante

dos Pactos de São José e no PIDESC, cujo cotejo resultou na atribuição à lei de “retrocesso legislativo”.

Nas palavras da Corte Suprema: “Ahora bien, este retroceso legislativo en el marco de protección, puesto que así cuadra evaluar a la LRT según lo que ha venido siendo expresado, pone a ésta en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular. En efecto, este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte se "compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" (art. 2.1). La norma, por lo pronto, "debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata". Luego, se siguen del citado art. 2.1 dos consecuencias: por un lado, los estados deben proceder lo "más explícita y eficazmente posible" a fin de alcanzar dicho objetivo; por el otro, y ello es particularmente decisivo en el sub lite, "todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo a este respecto requerirán la consideración más cuidadosa, y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, párr. 1 del art. 2 del Pacto, 1990, HRI/GEN/1/Rev.6, pág. 18, párr. 9; asimismo: *Observación General N° 15*, cit., pág. 122, párr. 19, y específicamente sobre cuestiones laborales: *Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (art. 6°) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, presentado por Phillipe Texier, miembro del Comité, E/C12.2003/7, pág. 14, párr. 23)”.

A proteção da dignidade do ser humano trabalhador posta na Constituição argentina é interpretada conjuntamente com a previsão respectiva estabelecida no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pois a “protección de la dignidad del hombre que, inserta en el texto constitucional de 1853-1860, como será visto en el considerando siguiente, ha recibido un singular énfasis si se trata del trabajador, por

vía del art. 14 bis: las leyes asegurarán a éste condiciones "dignas" de trabajo. Incluso el trabajo digno del que habla el PIDESC es sólo aquel que respeta los derechos fundamentales de la persona humana y los derechos de los trabajadores, entre los cuales "figura el respeto de la integridad física y moral del trabajador en el ejercicio de su actividad" (v. Proyecto de Observación General sobre el derecho al trabajo (artículo 6°)...., cit., pág. 5, párr. 8).

Este belo julgado proporciona antever, ao mesmo tempo, a evolução da jurisprudência constitucional a partir da interação com os instrumentos internacionais constitucionalizados – que constituem por si só parâmetros de aferição da constitucionalidade das normas subconstitucionais – como também a importância que a Jurisdição constitucional argentina atribui aos parâmetros interpretativos fixados pelos órgãos internacionais de controle dos tratados, considerados por esta Corte, como intérpretes autorizados dos respectivos tratados.

Resulta evidente, desta forma, que a jurisprudência internacional ocupa papel proeminente na definição do direito no caso concreto, ademais quando se verifica, como neste caso, que ela é invocada como elemento que deve estimular e orientar a atividade legislativa e não só o inteprepre judicial dos direitos fundamentais.

ii.h. Nulidade de leis de anistia aos militares - Interpretação conforme à jurisprudência da Corte Interamericana - Caso *Simón*

Neste caso, alguns militares estavam sendo processados por seqüestros, torturas e outros crimes cometidos contra dissidentes políticos da ditadura militar argentina⁶⁷⁸. Tendo havido condenação no Juízo primeiro grau - com a declaração de inconstucionalidade de dispositivos de leis que anistiavam os militares -, e a sua confirmação na Câmara Nacional de Apelações, a Corte Suprema argentina enfrenta a questão invocando a interpretação que a Corte Interamericana e o Comitê de Direitos Humanos da ONU fizeram do Pacto de São José e do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, respectivamente.

⁶⁷⁸ Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.; julgado em 14 de junho de 2005.

As referidas leis foram promulgadas pelo Congresso Nacional partindo do pressuposto de que os crimes cometidos pelos militares na época o foram em estado de coerção ou subordinação de autoridades superiores que não admitiam a faculdade ou possibilidade de inspeção, oposição ou resistência, bem como sob a justificativa de se buscar uma reconciliação nacional que assegurasse a consolidação do regime democrático.

O objetivo específico das chamadas leis de “punto final” e de “obediencia debida” não era outro senão o de propiciar um ambiente de impunidade a todos aqueles que cometeram crimes durante o regime militar argentino, seja aplicando o instituto da anistia ou declarando a prescrição dos crimes.

Não obstante, a Corte Suprema argentina, toma como parâmetro de compatibilidade constitucional o quanto estabelecido na jurisprudência internacional, cujo entendimento considera que leis deste tipo são inadmissíveis sob o prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que impossibilita o exercício de um recurso judicial eficaz para as vítimas, desconsidera a obrigação estatal de respeitar os direitos e adotar disposições de direito interno, cuja ausência impede a investigação dos fatos e a punição dos responsáveis por crimes que são considerados de lesa humanidade, em prejuízo da plena efetividade dos direitos humanos na ordem interna.

A Corte Suprema, pois, fazendo incidir esta jurisprudência internacional delimita a amplitude da aplicação dos institutos da coisa julgada e da irretroatividade das leis penais, bem como o da retroatividade da lei penal mais benéfica, estabelecendo que quando se tratar de crimes de lesa humanidade tais garantias constitucionais não são aplicáveis.

Neste sentido, a Corte argentina - ressaltando que a jurisprudência da Corte Interamericana, assim como as diretivas da Comissão Interamericana, constituem uma “imprescindible pauta de interpretación” dos deveres e obrigações derivados do Pacto de São José -, refere-se ao caso *Velásquez Rodríguez*⁶⁷⁹ aduzindo que desde então já restou

⁶⁷⁹ Sentença de 28 de julho de 1988.

estabelecida a necessidade de os Estados partes não só se aterem aos seus “deveres de respeito” aos direitos humanos mas também de se desincumbirem dos seus “deveres de garantia” consistentes na obrigação de prevenir, investigar e sancionar as violações dos direitos humanos, sob pena de se caracterizar a responsabilidade internacional do Estado.

Aduzindo que tal diretriz veio sendo desenvolvida na jurisprudência da Corte Interamericana, o mais alto Tribunal argentino pontua que no momento atual se considera que este dever de garantia compreende “una proscrición severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos”.

Citando Informe da Comissão Interamericana⁶⁸⁰, desde onde se definiu que as leis eram violadoras dos direitos garantidos pelo Pacto de São José e pela Declaração Americana, a Corte argentina diz que somente após o julgamento do caso *Delgado Barrios Altos*⁶⁸¹ é que foi possível determinar-se os alcances concretos desse Informe, ou seja, determinar-se o que seriam as “medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones a los responsables”. Assim, nas palavras da Corte argentina, “tales dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a las leyes de punto final y obediencia debida han quedado esclarecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana en el caso *Delgado Barrios Altos*”.

Isto porque, neste caso, “La Corte Interamericana consideró responsable internacionalmente a Perú, no sólo por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal derivada de la masacre, sino también por el dictado de las dos leyes de amnistía,

⁶⁸⁰ Informe 28/92, “Consuelo Herrera v. Argentina”, cujo objeto era o exame das leis argentinas que ora nos referimos.

⁶⁸¹ Como já foi ressaltado anteriormente, o caso trata de um massacre de civis ocorrido no Perú, propiciado por grupos paramilitares apoiados pelo Governo Fujimori, cujos autores foram beneficiados por leis semelhantes às da Argentina, reconhecidas como constitucionais pelo Judiciário Peruano; ou seja, a Corte argentina se socorre de um precedente jurisprudencial em que Argentina não estava envolvida, para decidir o caso.

que constituyó la violación de las garantías judiciales, del derecho a la protección judicial, de la obligación de respetar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno. Con relación a este último aspecto, señaló expresamente que ‘son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos’. Señaló asimismo: ‘La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz (...). Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana’. Consiguientemente, ante la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables’.

Conclui a Corte Argentina que “**la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en ‘Delgado Barrios Altos’ al caso argentino resulta imperativa**, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales”, afirmando mais a frente que **também o poder legislativo argentino está vinculado à interpretação do Pacto de São José feita pela Corte internacional**, pois “**el caso ‘Delgado Barrios Altos’ estableció severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar**, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de punto final y obediencia debida. Del mismo modo, toda regulación de derecho interno que, invocando razones de ‘pacificación’

disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida” (destacamos).

Resulta importante ressaltar también que a Corte argentina adotou em toda sua amplitude o precedente internacional, na medida em que declarou a inconstitucionalidade das disposições legais internas retirando, ainda, todos os efeitos que se poderiam gerar com a aplicação da lei penal mais benéfica, ou seja, “se concluye que la mera derogación de las leyes en cuestión, si ella no viene acompañada de la imposibilidad de invocar la ultractividad de la ley penal más benigna, **no alcanzaría a satisfacer el estándar fijado por la Corte Interamericana**” (destacamos).

Com estes direcionamentos, restou fixado que os sujeitos que se beneficiam de leis deste tipo não podem invocar a garantia da coisa julgada e tampouco o princípio da irretroatividade a lei penal, “**pues de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados**, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de ‘irretroactividad’ de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos”(destacamos).

ii.i. Imprescritibilidad dos crimes de lesa humanidade - Interpretação conforme aos tratados de direitos humanos e conforme ao direito internacional consuetudinário, e à jurisprudência da Corte Interamericana - Caso *Aracibia Clavel*

O chileno Arancibia Clavel estava sendo processado pela perseguição, assassinato, seqüestro e tortura de dissidentes políticos do regime de Pinochet exilados na Argentina. Ele formou parte entre março de 1974 até novembro de 1978 de uma “associação ilícita” (la Dirección de Inteligencia Nacional – DINA exterior) patrocinada pelo governo chileno e que contava com pelo menos 10 membros atuando na Argentina, e

em cuja organização o acusado tinha por função formar em Buenos Aires uma rede paralela de informação entre policiais e militares destinada a obter dados sobre os perseguidos e, ainda, a garantir a impunidade dos autores materiais dos crimes de lesa humanidade⁶⁸².

Ocorre que em sede de recurso, a Câmara Nacional de Cassação considerou que as condutas atribuídas à Arancibia Clavel estavam prescritas, rechaçando a classificação como crimes de lesa humanidade. O governo do Chile recorreu à Corte Suprema da Nação que reverteu o julgamento com base no direito internacional consuetudinário, nos tratados internacionais de direitos humanos e na jurisprudência da Corte Interamericana, de modo a determinar a continuidade do julgamento.

Nesta instância a defesa renovava as suas alegações a respeito da impossibilidade de se aplicar disposições provenientes da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa Humanidade – constitucionalizada pela reforma de 1994 – tendo em vista que os crimes teriam sido cometidos muito antes da constitucionalização ou mesmo da sua ratificação pelo Estado argentino.

Não obstante, a Corte Suprema ultrapassou tal dificuldade, lançando três ordens de argumentos, baseando-se na (1) consideração de que os crimes cometidos não são crimes comuns e sim classificados como crimes de lesa humanidade e que (2) não se trata de aplicação retroativa da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e os de Lesa Humanidade, pois que a punibilidade dos autores dos crimes em debate já estava inserida na ordem jurídica argentina por força do costume internacional e que (3) mesmo que assim fosse, o princípio da garantia da irretroatividade da norma penal mais gravosa não se aplica a estes crimes.

Para tanto, recorre primeiro ao direito internacional consuetudinário sustentando que a doutrina e a prática internacionais já qualificavam os desaparecimentos

⁶⁸² Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros; julgado em 24 de agosto de 2004.

como delitos contra a humanidade⁶⁸³, havendo tão somente uma transformação de sua natureza jurídica, ou seja, de costume internacional para direito convencional.

No entendimento da Corte argentina, “Desde esta perspectiva, podría afirmarse que la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a ‘que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un nomen iuris para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948)’ (dictamen del señor Procurador General en la causa M.960.XXXVII ‘Massera, Emilio Eduardo s/ incidente de excarcelación’, sentencia del 15 de abril de 2004)”.

Deste modo, sustentou a Corte que aos delitos contra a humanidade não incidem as regras relacionadas ao princípio da legalidade que garantem a inaplicabilidade da lei *ex post facto*. Isto porque os delitos contra a humanidade constituem uma exceção à sua regra, tendo em vista que a sua magnitude e a significação que trazem consigo transcendem o âmbito nacional em que foram cometidos. Assim, tanto os crimes cometidos contra a humanidade quanto os crimes de guerra, devem ser classificados como crimes contra o “direito das gentes” à cuja erradicação se comprometeu a comunidade internacional.

⁶⁸³ Cita a respeito os seguintes precedentes da Corte Interamericana: Velásquez Rodríguez, 1998, Godínez Cruz, 1989, Blake, 1998.

Neste sentido, se posiciona a Corte argentina, “Que el Preámbulo de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad señala que una de las razones del establecimiento de la regla de la imprescriptibilidad fue la ‘grave preocupación en la opinión pública mundial’ suscitada por la aplicación a los crímenes de guerra y de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, ‘pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes’. A ello se agrega el texto del art. IV, de conformidad con el cual los Estados Partes ‘se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los arts. I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida’. Tales formulaciones, si bien no resultan categóricas con respecto a la retroactividad de la convención, indican la necesidad de un examen de la cuestión de la prescripción diferenciada, según se trate o no de un delito de lesa humanidad”.

Reforçando a percepção de que tais crimes já vinculariam o Estado argentino - antes mesmo da ratificação dos tratados de direitos humanos respectivos -, diz a Corte argentina “ Que la convención citada, constituye la culminación de un largo proceso que comenzó en los primeros años de la década de 1960 cuando la prescripción amenazaba con convertirse en fuente de impunidad de los crímenes practicados durante la segunda guerra mundial, puesto que se acercaban los veinte años de la comisión de esos crímenes. Que esta convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos”.

No entanto, esclarece que “en rigor no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la Convención de 1968 era *ius cogens*, cuya función primordial ‘es proteger a los Estados de acuerdos

concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal' (Fallos: 318:2148, voto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor). Desde esta perspectiva, así como es posible afirmar que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la Convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno”.

A Corte argentina se socorre también dos precedentes da Corte Interamericana, como *Delgado Barrios Altos*, *Velazquez Rodrigues* dentre outros: “Que este criterio ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al manifestar ‘Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú...’ (conf. CIDH, caso "Delgado Barrios Altos", sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C N° 75)”.

Reforça o entendimento de que o dever de garantir a efetiva aplicação dos direitos humanos está intimamente relacionado com a promoção de uma estrutura estatal adequada, donde não cabem disposições relativas à prescrição aos crimes como os que estão em debate, pois, **“a partir de dicho fallo quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sus instituciones sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos**, lo cual incluye el deber de prevenir,

investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención. Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conf. CIDH, caso "Delgado Barrios Altos", sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C N° 75; caso "Trujillo Oroza vs. Bolivia" - Reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, considerando 106, serie C N° 92; caso "Benavides Cevallos" – cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6° y 7°)" (destacamos).

Fica claro neste julgamento que se adotam as diretrizes estabelecidas pela Corte Interamericana para o fim de se interpretar determinados crimes e para estabelecer a inaplicabilidade de certas garantias constitucionais (coisa julgada e irretroatividade da lei penal mais severa) a eles relacionados, servindo ainda de parâmetro de constitucionalidade das leis.

ii.j. Controle de convencionalidade das leis - Inconstitucionalidade de decreto que concede indulto por crimes de lesa humanidade – Interpretação conforme aos tratados de direitos humanos e conforme a jurisprudência do Comitê de direitos humanos, Comitê contra a Tortura da ONU, Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana - Caso *Mazzeo*

A Corte Suprema argentina declarou a inconstitucionalidade do decreto presidencial n° 1002/89 que concedeu indulto a Santiago Omar Riveros, acusado do cometimento de diversos delitos durante a ditadura argentina, tais como homicídios, torturas, seqüestros, violações de domicílio⁶⁸⁴.

Para tanto, fundamentou a decisão a partir de parâmetros jurisprudenciais estabelecidos pelos respectivos órgãos de controle e monitoramento dos tratados de direitos humanos. Aqui também se maneja a técnica da interpretação de direitos fundamentais e competências constitucionais conforme os tratados de direitos humanos.

⁶⁸⁴ Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad; publicado em 13 de julho de 2007.

Por primeiro, a Corte argentina tratou de rechaçar o questionamento acerca da violação ao princípio do juiz natural invocando a Convenção Interamericana sobre Desaparição Forçada de Pessoas - aonde se estabelece que os delitos em debate somente podem ser julgados pelas jurisdições de direito comum competentes em cada estado, excluindo-se toda jurisdição especial, especialmente a militar (art. 9º) – e à respectiva jurisprudência da Corte Interamericana donde se sustenta “Que respecto a esta cuestión, la Corte Interamericana ha sostenido ‘que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar’ (caso "Palamara Iribarne" sentencia del 22 de noviembre de 2005. CIDH, Serie C Nº 135, párr. 124; caso de la "Masacre de Mapiripán", CIDH, Serie C Nº 134, 15 de septiembre de 2005, párr. 202; y caso "19 Comerciantes", Serie C Nº 109, 5 de julio de 2004, párr. 165.)”.

Necessitava-se, por outro lado, definir-se qual qualificação penal estava sendo empregada aos ilícitos cometidos, uma vez que a defesa não concordava com o enquadramento jurídico como crimes de lesa humanidade. Neste ponto, a Corte se referiu expressamente aos julgados *Arancibia Clavel* e *Simón*, acima relatados, cujas considerações que atribuíram aos fatos a natureza de crimes de lesa-humanidade “deben trasladarse de manera indefectible a los imputados en este proceso”, e que, como vimos, se amparam diretamente em precedentes dos órgãos internacionais de controle e monitoramento.

A Corte enfrentava ainda duas dificuldades postas pela defesa, consistentes (1) no fato de que o Decreto teria sido publicado antes da reforma constitucional que elevou os tratados de direitos humanos ao nível da Constituição e (2) na alegação de que não havia na Constituição e tampouco nos tratados internacionais nenhuma disposição que proibisse o exercício da faculdade presidencial de indultar delitos de lesa-humanidade.

É em torno destes argumentos que se desenvolve a fundamentação que ao final considera como ilegítimos atos estatais que pretendem desviar-se da busca pela verdade, da reparação das agressões e da responsabilização daqueles que violaram os direitos humanos. Fundamentação esta que arranca das argumentações baseadas no direito das gentes⁶⁸⁵, nos tratados de direitos humanos mas, especialmente, na jurisprudência de órgãos de controle e monitoramento internacionais, cuja evolução permitiu considerar a ilegitimidade de indulto aos crimes de lesa humanidade.

Assim, invocando-se o *leading case Ekmekdjian* - precedente pioneiro que estabeleceu na Argentina o entendimento de que há preeminência do direito internacional dos direitos humanos sobre o direito nacional, ressalta-se que a interpretação do Pacto de São José “**debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana**” pois “se

⁶⁸⁵ Com respeito ao primeiro argumento, a Corte recorre ao direito internacional geral propugnando-se a aplicação deste conjunto de regras estabelecidas pelo costume internacional e que, portanto, são válidas independentemente do consentimento dos Estados. Assim, sustentou a Corte argentina que o direito internacional dos direitos humanos e o direito humanitário prescrevem a obrigação de toda a comunidade internacional de perseguir, investigar e sancionar adequadamente os responsáveis por crimes que constituem graves violações aos direitos humanos, fundamentando que esta obrigação surge a partir da Carta da ONU - que em seu art. 55 dispõe que esta organização promoverá o respeito universal dos direitos humanos e as liberdades fundamentais. Diretriz reforçada, ainda, segundo a Corte, no Preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos com o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos civis e Políticos. No entendimento da Corte, então, tais prescrições refletem o compromisso estatal de tomar medidas, conjunta ou separadamente, para realização daqueles propósitos. Assim, em uma primeira ordem de conclusões, sustenta a Corte para o fim de rechaçar o argumento de que não importava o fato de o Decreto ser anterior à constitucionalização dos tratados pois “es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados, un orden normativo formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional, que consideraba inadmisibile la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes (considerando 57 del voto del juez Maqueda in re: “Arancibia Clavel” -Fallos: 327:3312C). Ressaltou-se, ademais, que a alegação não era de todo correta uma vez que em 1986 foi depositado pelo governo argentino na ONU o instrumento de ratificação da Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. No entanto, necessitava-se avançar, e a Corte o fez em direção à jurisprudência internacional.

trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...)” (destacado).

Sustenta-se assim a obrigação estatal de observar a interpretação realizada pela Corte de São José, referindo-se ao controle de convencionalidade a ser efetivado pelos juízes nacionais, pois “la Corte Interamericana ha señalado que ‘es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. **Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin**, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos’. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana** (CIDH Serie C N° 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124)”.

Cita-se expressamente, de outro lado, as obrigações específicas aplicáveis ao caso em análise, estabelecidas pela Corte Interamericana:

“En particular ha impuesto [la Corte Interamericana] las siguientes obligaciones:

1° El principio general que recae sobre los estados de esclarecer los hechos y responsabilidades correspondientes que debe entenderse concretamente como un deber estatal que asegure recursos eficaces a tal efecto (CIDH - "Velásquez Rodríguez", Serie C N° 4, 29 de julio de 1988, considerandos 50 a 81);

2° Deber de los estados de garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial (CIDH - "Loayza Tamayo", Serie C N° 33, del 17 de septiembre de 1997, considerando 57 y CIDH - "Castillo Páez", Serie C N° 43, del 27 de noviembre de 1988, considerando 106);

3° La obligación de identificar y sancionar a los autores intelectuales de las violaciones a los derechos humanos (CIDH - "Blake", Serie C N° 48, del 22 de enero de 1999, considerando 61);

4° La adopción de las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación incluida en el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Loayza Tamayo", CIDH - Serie C N° 42, del 27 de noviembre de 1998, considerando 171; "Blake", considerando 65; "Suárez Rosero", CIDH - Serie C N° 35, del 12 de noviembre de 1997, considerando 80; "Durand y Ugarte", Serie C N° 68, del 16 de agosto de 2000, considerando 143);

5° La imposición de los deberes de investigación y sanción a los responsables de serias violaciones a los derechos humanos no se encuentra sujeta a excepciones ("Villagrán Morales", CIDH - Serie C N° 63, del 19 de noviembre de 1999, considerandos 225 y 226; "Velásquez Rodríguez", Serie C N° 1, 29 de julio de 1988, párr. 176);

6° La obligación de los estados miembros de atender a los derechos de las víctimas y de sus familiares y que los delitos de desaparición y muerte sean debidamente investigados y castigados por las autoridades ("Blake", Serie C N° 36, 24 de enero de 1998 párr. 97; "Suárez Rosero", considerandos 107 y 108, 12 de noviembre de 1997; "Durand y Ugarte", Serie C N° 68, M. 2333. XLII. y otros Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. De casación e inconstitucionalidad. 16 de agosto de 2000, considerando 130; "Paniagua Morales", CIDH, Serie C N° 37, del 8 de marzo de 1998, considerando 173; "Delgado Barrios Altos", párr. 42, 43, y 48)".

Na mesma esteira, invoca-se ainda a jurisprudência de *Delgado Barrios Altos*, no qual a Corte Interamericana considerou que eram inadmissíveis as disposições de anistias, de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que impedissem a investigação e o sancionamento dos responsáveis pelas violações, e também a estabelecida no caso *Almonacid* através do qual se fixou o entendimento de que os crimes de lesa-humanidade são sérios atos de violência contra a vida humana, pois agridem a vida, a liberdade, o bem-estar físico, a saúde e a dignidade dos seres humanos e que por isso, aonde for e quando seja, os crimes de guerra e de lesa-humanidade devem ser objeto de investigação e punição.

A conclusão de que existe uma obrigação estatal de evitar a impunidade também é extraída a partir da jurisprudência da Comissão Interamericana, na medida em que esta considera que os julgamentos de crimes cometidos contra os direitos humanos por membros das forças armadas (desaparições, execuções sumárias, torturas e seqüestros) que tenham sido cancelados, impedidos ou dificultados resultam incompatíveis com os arts. 1º, 8º e 25º da Convenção Americana (Informe 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 e 10.311, Argentina de 2 de outubro de 1992).

A jurisprudência do Comitê contra a Tortura, na medida em que este se manifestou contra as medidas de impunidade tomadas pelo governo argentino também é recolhida pela Corte argentina, uma vez que trilha o mesmo caminho dos precedentes de outros órgãos internacionais de controle e monitoramento, segundo o qual os Estados têm a obrigação de sancionar as pessoas consideradas responsáveis pelo cometimento de tortura, rechaçando a imposição de penas menos severas ou a concessão de indultos ("Sr. Kupa Urra Guridi v. Spain", Comunicación N° 212/2002, U.N. Doc. CAT/C/34/D/212/2002 [2005]).

Os precedentes provenientes do Comitê de Direitos Humanos da ONU também encontram aplicação no julgamento, especialmente os dirigidos à apreciação das leis argentinas de "punto final" e de "obediencia debida" quando se ressaltou que as violações cometidas durante o regime militar devem ser perseguidas durante todo o tempo necessário e com toda a retroatividade necessária para que se possibilite o julgamento dos autores dos crimes de direitos humanos, resguardando-se assim o direito

das vítimas a um recurso efetivo (Observações finais do Comitê de Direitos Humanos: Argentina. 3 de novembro de 2000 CCPR/CO/ 70/ARG).

Deste modo, a Corte argentina reconhece expressamente a proeminência dos parâmetros interpretativos provenientes dos órgãos de controle e monitoramento e sua influência nas suas decisões: **“Que las consideraciones expuestas, derivadas de los tratados internacionales, de la jurisprudencia y recomendaciones de sus organismos interpretativos y de monitoreo, han llevado a este Tribunal, a través de diversos pronunciamientos, a reconocer el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad (“Arancibia Clavel”, Fallos: 327:3312); a declarar la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final (“Simón”, Fallos: 328:2056); a reconocer el derecho a la verdad sobre los hechos que implicaron graves violaciones de los derechos humanos (“Urteaga”, Fallos: 321: 2767); a otorgar rol protagónico de la víctima en este tipo de procesos (“Hagelin”, Fallos: 326:3268); y también a replantear el alcance de la garantía de cosa juzgada compatible con los delitos investigados (“Videla” Fallos: 326:2805)”** (destacado).

Assim, sob essa perspectiva, tanto a competência constitucional que o Presidente dispõe para indultar os crimes é lida de maneira muito restringida – no sentido de se definir que este instrumento não tem idoneidade para aplicar-se aos crimes de direitos humanos – quanto a garantia constitucional da coisa julgada e do *ne bis in idem* recebem do direito internacional dos direitos humanos uma valoração relativizada quando se tratar desses crimes.

Nesse sentido, ressalta a Corte argentina que “lo cierto es que, más allá de cuáles son los contornos precisos de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento respecto de delitos comunes, en el derecho humanitario internacional, los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia, tanto al definir la garantía del *ne bis in idem* como la cosa juzgada” sustentando que desde o julgamento do caso *Delgado Barrios Altos* pela Corte Interamericana, restaram estabelecidas restrições muito duras à possibilidade de se invocar o princípio da coisa julgada para impedir a persecução penal a respeito das condutas como as que se analisou neste julgamento.

Enfim, trata-se de um precedente interessante que reconhece a vinculação da jurisdição constitucional argentina às decisões provenientes de órgãos de controle e monitoramento de direitos humanos – “insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituídos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación” – em cuja função também estaria o exercício de um “control de convencionalidade” do Pacto de São José, cujo exercício deve ter por base os parâmetros interpretativos provenientes da Corte Interamericana.

Capítulo VII – Perú

i. Introdução

A Constituição Peruana dispõe no art. 55⁶⁸⁶ que os tratados internacionais formam parte do ordenamento jurídico nacional⁶⁸⁷ estabelecendo, ademais, uma regra hermenêutica que obriga os intérpretes dos direitos fundamentais a recorrer aos tratados de direitos humanos quando se trate de definir o seu alcance e conteúdo, *in verbis*:

⁶⁸⁶ “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

⁶⁸⁷ Os arts. 56 e 57 completam a disciplina constitucional dos tratados internacionais: “Art.56.- Aprobación de tratados - Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos; 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado; 3. Defensa Nacional; 4. Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución. Art. 57.- Tratados Ejecutivos - El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso. Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República. La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, La denuncia requiere aprobación previa de este”.

“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”⁶⁸⁸.

No mesmo sentido, o Código processual constitucional também regula a questão, inserindo, ainda, como parâmetro interpretativo, as decisões dos tribunais internacionais sobre direitos humanos:

“Artículo V - Interpretación de los Derechos Constitucionales - El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

Tais disposições constitucional e legal tem contribuído para a evolução da jurisprudência da Corte peruana que tem se referido com frequência aos precedentes provenientes dos órgãos de controle e monitoramento do sistema interamericano.

De outro lado, devemos destacar que existem julgados muito interessantes que envolveram questões complexas ocorridas naquele país e que hoje são citados como *leading cases* por outros países orientando decisões das respectivas cortes nacionais.

Poderíamos citar, dentre os mais importantes, a decisão havida no Caso *Delgado Barrios Altos*⁶⁸⁹ quando a Corte Interamericana condenou o Estado peruano pela violação aos direitos à vida, integridade pessoal, garantias judiciais e proteção judicial

⁶⁸⁸ Disposição Quarta das disposições finais e transitórias da Constituição.

⁶⁸⁹ Sentença de 14 de março de 2001.

pela aplicação das leis de anistia (nº 26479 e 26492)⁶⁹⁰, declarando, ademais, a incompatibilidade de seus conteúdos com a Convenção Americana de modo a retirar-lhe todos os efeitos jurídicos e impondo ao Peru a obrigação de realizar as investigações sobre os fatos, divulgar os resultados e sancionar os culpados⁶⁹¹.

No mesmo sentido se encontram as condenações do Estado peruano nos Casos *Loayza Tamayo*⁶⁹² e *Castillo Petruzzi e outros*⁶⁹³, e a intenção do governo de Fujimori em não cumprir com os ditames da Corte Interamericana culminaram com a aprovação pelo Congresso peruano de Resolução que resolvia pelo “retiro imediato” do reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana, a qual rechaçou tal iniciativa ressaltando que nenhum ato unilateral estatal pode afastar a competência de tribunal internacional sobre os casos em que se está exercendo jurisdição, e que a

⁶⁹⁰ Referidas leis visavam criar um ambiente de impunidade aos militares, policiais ou civis responsáveis que se encontrassem denunciados, processados ou condenados pela desapareição, tortura, execuções extrajudiciais relacionados com quaisquer fatos vinculados à luta contra o terrorismo no período de maio de 1980 a 14 de junho de 1995; a segunda lei veio para afastar qualquer tipo de controle judicial de constitucionalidade da primeira, disciplinando que a anistia não podia ser revisada judicialmente.

⁶⁹¹ Parágrafo 41 da sentença: “Esta Corte considera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis pelas violações graves dos direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias, e as desapareições forçadas, todas elas proibidas por vulnerar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo direito internacional dos direitos humanos”.

⁶⁹² Sentença de 17 de setembro de 1997, que condenou o Peru violação dos direitos à integridade pessoal (torturas), liberdade pessoal, garantias judiciais e proteção judicial, ordenando a libertação de Loayza e o pagamento de reparação pecuniária.

⁶⁹³ Sentença de 3 de novembro de 1997, que condenou o Peru pela violação dos direitos de liberdade e integridade pessoal, garantias judiciais e proteção judicial, tendo declarado a invalidade do processo penal e o direito a um novo julgamento, determinando-se ademais que o Estado peruano alterasse as leis referentes aos delitos de traição à pátria e terrorismo, incompatíveis com a Convenção Americana.

legitimidade de uma denúncia do Pacto deve observar o espaço temporal de um ano para surtir os efeitos, período em que as obrigações assumidas permanecem vigentes⁶⁹⁴.

É digno de nota, também, a decisão da Corte Interamericana a respeito da instituição pelo Perú do que se veio a chamar de *jueces sin rostro* (Caso *Castillo Petruzzi*, de 30.05.1999), consistente na instrução penal por juízes não identificados o que violava o princípio do juiz natural, vedando aos acusados verificar a competência, a imparcialidade e independência destes magistrados. O tribunal constitucional peruano, depois de tal decisão, passou a acolher os *habeas corpus* dos prejudicados, anulando as instruções processuais e condenações realizadas por estes juízes⁶⁹⁵.

Mas, analisemos agora, alguns julgados em que se extrai a reiterada e sistemática disposição do Tribunal Constitucional peruano em adotar a jurisprudência da Corte Interamericana como parâmetro de suas decisões, inclusive reconhecendo a sua condição vinculatória para o intérprete dos direitos fundamentais.

ii. Análise da jurisprudência do Tribunal constitucional peruano

ii.a. Posição dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico peruano

A Constituição de 1979, que precedeu a atual, conferia hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos (art. 105), disciplinando ainda o acesso dos peruanos às jurisdições internacionais (art. 305), ratificando, ademais, vários tratados internacionais no bojo da Carta, em suas disposições finais e transitórias.

A promulgação da atual Constituição de 1993 ocorreu no ambiente golpista de Fujimori, quando se retrocedeu bastante no campo dos direitos humanos de modo a inserir-se a pena de morte para os delitos de traição à pátria, para os casos de guerra e para os de terrorismo (antes previa-se somente para os casos de guerra), possibilitando

⁶⁹⁴ Sentenças dos Casos Tribunal Constitucional de 31 de janeiro de 2001) e *Baruch Yvner* (de 06 de fevereiro de 2001).

⁶⁹⁵ Por exemplo, nos seguintes julgados: EXP. 2933-2002-HC/TC, EXP. 421-2003-HC/TC, HC 437-2003-HC/TC.

ainda o julgamento de civis em juízos militares. Ademais, rebaixou-se o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos para o patamar das leis ordinárias.

Entretanto, a Carta de 1993 dispôs sobre uma importante regra interpretativa dos direitos fundamentais, de modo a determinar que esta interpretação se fizesse de acordo com os tratados de direitos humanos e a Declaração Universal. Tal diretriz constitucional possibilitou que, após a retomada da normalidade democrática, se manejasse uma exegese emancipatória no sentido de elevar o *status* dos tratados de direitos humanos ao nível constitucional.

Como vimos anteriormente, o art. 55 da Constituição Peruana diz que os tratados formam parte do ordenamento jurídico peruano, não havendo norma expressa que reconheça seu patamar constitucional. Entretanto, o Tribunal Constitucional reconheceu em uma ação de inconstitucionalidade⁶⁹⁶ que a Constituição mesma “(...) establece una regla especial para los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes. En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (parágrafo 22).

Nesta esteira ressaltou que “nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55.º de la Constitución – sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa” (parágrafo 22).

⁶⁹⁶ EXP. N° 47-2004-AI/TC, sentença de 24 de abril de 2006.

Em outra demanda de inconstitucionalidade⁶⁹⁷, o Tribunal aprofundou um pouco mais este entendimento registrando, primeiramente, que “La Constitución vigente no contiene una disposición parecida al artículo 105° de la Constitución de 1979, en la cual se reconocía jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos; sin embargo, a la misma conclusión puede arribarse desde una interpretación sistemática de algunas de sus disposiciones” (parágrafo 27).

Assim, enumera os dispositivos que lhe dão apoio à tese, dizendo que “Por un lado, la Constitución, en el artículo 3°, acoge un sistema de *numerus apertus* de derechos constitucionales. En efecto, según esta disposición: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” (parágrafo 28), se referindo ainda à regra do art. 57⁶⁹⁸ que estabelece o procedimento de reforma constitucional para os tratados que afetem alguma disposição constitucional. Ressalta pois “Si bien todo tratado que verse sobre materia constitucional no significa una afectación constitucional, por cuanto podría solamente complementarla o desarrollarla, en cambio se deriva de dicha norma suprema la constitucionalización de determinados tratados internacionales. Dentro de ellas es fácilmente reconocible los tratados de derechos humanos establecidos analógicamente en el artículo 3° y reforzados en su ejecución en la Cuarta Disposición Final y Transitoria” (parágrafo 31).

ii.b. Devido processo legal

ii.b.1. Juiz natural

Através de recurso extraordinário em *habeas corpus* o paciente perseguia no Tribunal Constitucional a declaração de nulidade do processo penal militar iniciado contra ele pelo crime de traição à pátria, decidindo-se por sua imediata liberdade e/ou que

⁶⁹⁷ EXP N° 25-2005-PI/TC e 26-2005-PI/TC.

⁶⁹⁸ Art. 57: “Quando o tratado afete disposições constitucionais, deve ser aprovado pelo mesmo procedimento que rege a reforma da Constituição, antes de ser ratificado pelo Presidente da República”.

o processo seguisse na justiça comum⁶⁹⁹. Ao recorrente tinha sido imposta a pena de prisão perpétua pelo fato de integrar a Associação de Advogados Democráticos do Perú. Basicamente, aduziu-se que tal condenação teria violado os direitos constitucionais de defesa, juiz natural e o princípio da legalidade penal.

O Tribunal Constitucional recorreu à interpretação conforme dos direitos fundamentais de acordo com os tratados e jurisprudência internacionais para acolher o pedido de declaração de nulidade do processo penal militar, determinando-se o seu seguimento na justiça comum.

A sentença remarca que “De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. **Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección** de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región” (parágrafo 2) (destacamos).

Nesta esteira, invoca o precedente internacional, pois “En casos similares al alegado mediante el presente hábeas corpus, dicha Corte Interamericana ha señalado que "toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá de contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial" (Caso Tribunal Constitucional, párrafo. 77). El derecho a un juez competente garantiza, por lo que al caso de autos interesa, que ninguna persona pueda ser sometida a un proceso ante autoridad que carece de competencia para resolver una determinada controversia” (parágrafo 2).

⁶⁹⁹ EXP. N° 0217-2002-HC/TC, Caso Alfredo Crespo Bragayrac, cuja sentença foi publicada em 17.04.2002.

ii.b.2. *Ne bis in idem* – Violação da coisa julgada penal

Quando a Corte Interamericana declarou as leis peruanas sobre anistia incompatíveis com a Convenção Interamericana e retirou seus efeitos (Caso *Delgado Barrios Altos*), ressaltou que as obrigações do Estado peruano em tema de direitos humanos consistiam também em apurar adequadamente os crimes de lesa humanidade cometidos durante a ditadura Fujimori e punir os seus responsáveis (investigação e sanção), pois que o ambiente de impunidade vigente no país não permitia que as vítimas tivessem seus direitos humanos a descobrir a verdade e a de um juízo justo devidamente observados⁷⁰⁰.

O Tribunal Constitucional peruano enfrentou após o veredicto da Corte Interamericana uma série de *amparos* que contestavam as providências tomadas pelo Estado em atendimento aos ditames da decisão internacional, consistentes em anular todos os julgamentos havidos pela justiça militar que absolveram militares por falta de provas (as decisões de anulação das sentenças absolutórias foram tomadas pelo mesmo órgão judicial que as proclamou).

Os pacientes basicamente alegavam que já haviam sofrido a persecução penal naquele juízo militar (Consejo Supremo de Justicia Militar) e teriam sido absolvidos, e a sua reabertura violara o princípio da coisa julgada, pois proporcionava outro julgamento com base nos mesmos fatos deduzidos anteriormente. Alegavam, ademais, que a Corte Interamericana teria somente anulado aqueles julgamentos cujos fundamentos teriam sido provenientes da aplicação das leis de anistia, o que não seria o caso.⁷⁰¹

⁷⁰⁰ Item 5 da parte dispositiva da decisão: “Declarar que o Estado do Perú deve investigar os fatos para determinar as pessoas responsáveis pelas violações dos direitos humanos referidos nesta Sentença, assim como divulgar publicamente os resultados de dita investigação e sancionar os responsáveis”.

⁷⁰¹ O amparo aqui citado refere-se ao EXP. N° 4587-2004-AA/TC, Caso Santiago Martín Rivas, cuja sentença foi publicada em 29.11.2005; outro amparo decidido com a mesma argumentação foi o EXP N° 03938-2007-PA/TC, sentença publicada em 05.11.2007.

Não obstante, o Tribunal Constitucional rechaçou tais argumentações utilizando-se da interpretação conforme aos tratados de direitos humanos e de acordo com as decisões dos órgãos de controle e monitoramento.

O ponto de partida para o Tribunal Constitucional peruano foi a fixação do conceito de sentença definitiva, recorrendo ao sentido internacional do termo estabelecido justamente pela Comissão e Corte Interamericanas. Com base no Informe nº 1/95⁷⁰² daquela e na decisão havida no Caso *Loayza Tamayo*, o Tribunal Constitucional declara que: “Sobre el valor que pueda tener la referida jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos para la comprensión del ámbito protegido por los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado, en diversas oportunidades, este Tribunal ha destacado su capital importancia. Tenemos dicho, en efecto, que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (parágrafo 44)

Proseguindo o Tribunal, destaca a obrigatoriedade dos precedentes internacionais, a partir do critério de interpretação dos direitos fundamentais conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois “ (...) este Tribunal tiene dicho que este último concepto no se restringe sólo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución), **sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección**

⁷⁰² “ (...) a expressão “sentença firme” no marco do artigo 8, inciso 4, não deve interpretar-se restritivamente, ou seja, limitada ao significado atribuído pelo direito interno dos Estados. Neste contexto, “sentença” deve interpretar-se como todo ato processual de conteúdo tipicamente jurisdicional e “sentença firme” como aquela expressão do exercício da jurisdição que adquira as qualidades de imutabilidade e não impugnabilidade próprias da coisa julgada”.

de los derechos humanos (Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)” (parágrafo 44).

A questão é que a Corte Interamericana baseou seu julgamento também nas afirmações do Estado peruano de que este havia se omitido na realização de uma investigação exaustiva dos fatos e tampouco havia sancionado devidamente os responsáveis pelos crimes de direitos humanos, o que de fato influenciou o Tribunal Constitucional a rejeitar os amparos. Outro fator importante para este resultado, residiu também na sentença de interpretação daquela Corte⁷⁰³ a qual ressaltou que “(...) el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías” (Parágrafo 17).

Assim, conclui o Tribunal Constitucional que “numerosos elementos objetivos” demonstram que os julgamentos absolutórios proferidos no bojo dos crimes de lesa humanidade tiveram justamente o objetivo de evitar uma investigação séria e a imposição das sanções respectivas, revelando um “plan sistemático para promover la impunidad (...) particularmente de los actos cometidos por los del Grupo Colina” (parágrafos 78 e 81.b)⁷⁰⁴, ressaltando-se, pois, a nulidade do processo penal militar que culminou na absolvição de muitos acusados.

Nesta esteira, carecendo as sentenças judiciais de efeitos jurídicos, a iniciação de um novo processo penal, diante dos órgãos judiciais ordinários, não violavam o “no

⁷⁰³ Sentença de interpretação do caso Delgado Barrios Altos, de 03 de setembro de 2001.

⁷⁰⁴ O Tribunal enumerou: 1) o deliberado julgamento de crimes comuns por órgãos militares; 2) a expedição das leis de anistia tendentes a criar uma atmosfera de impunidade, seguindo o dito pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU; 3) A retirada do Perú do âmbito jurisdicional da Corte Interamericana, que posteriormente foi declarada nula; (parágrafos 82 a 86).

viola el contenido constitucionalmente protegido del derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho y, por tanto, el derecho a la cosa juzgada” (parágrafo 87).

ii.b.3. A jurisprudência internacional vinculante – *ne bis in idem* - Caso Joseph Anthony, Pompei e outros

Foi impetrado habeas corpus por vários executivos da empresa *General Electric* alegando-se violação ao princípio do *ne bis in idem* pelo suposto cometimento do delito de fraude⁷⁰⁵, tendo sido expedido mandado de prisão contra eles.

O Tribunal Constitucional peruano resolveu o caso recorrendo à jurisprudência internacional, propondo-se primeiramente a delimitar o alcance da expressão “sentença firme” com base em precedentes da Comissão e Corte Interamericanas, para ao final dizer que pelos mesmos fatos os acusados já teriam sido denunciados penalmente em outras oportunidades, cujos processos teriam sido arquivados (parágrafo 29).

Ressaltando, ademais, o valor da referida jurisprudência como elemento vinculante para os intérpretes dos direitos fundamentais, manteve a mesma linha de anteriores julgados, invocando os *leading cases* *Crespo Bragayrac* e *Santiago Martín Rivas* tendo estabelecido ainda que “Esta interpretación se condice con el artículo 14, inciso 3, literal b, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, a este respecto, comienza por reconocer que “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada, sin demora, en un idioma que comprenda y, *en forma detallada*, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella”. Con similar predicamento, el artículo 8, numeral 2, literal a, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos dispone que “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: [...]b) Comunicación previa y detallada de la acusación formulada” (destaques no original) (parágrafo 39).

⁷⁰⁵ EXP. N1° 8453-2005-PHC/TC, cuja sentença foi publicada em 16.03.2006.

Importante destacar, também, é que o Tribunal reconhece a influência dos tratados de direitos humanos sobre a própria inserção dos direitos fundamentais na Constituição peruana, já que constitui “reflejo de este marco jurídico-supranacional es el artículo 139, inciso 15, de nuestra Norma Fundamental, que ha establecido: “El principio que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención” (parágrafo 39).

Assim, “examinado el cuestionado auto de apertura de instrucción (fs. 221), de conformidad con la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, podemos afirmar que tal resolución no se adecua en rigor a lo que estipulan, tanto los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos como la Constitución y la ley procesal penal citados (...)” (parágrafo 40).

ii.b.4. Direito a não se auto-incriminar

A promulgação de várias normas que alteravam o regime jurídico de alguns tipos penais e determinavam a anulação de processos penais que culminaram na condenação por delitos de traição à pátria e a revisão das penas perpétuas, ensejou a propositura de ação de inconstitucionalidade por um grupo de cidadãos que alegavam sua desconformidade com a Constituição peruana⁷⁰⁶.

Fixemo-nos neste processo tão-somente no ponto em que o Tribunal Constitucional peruano faz descobrir o direito do indivíduo a não se auto-incriminar, cujo conteúdo foi extraído diretamente da garantia fundamental do devido processo legal expressa na Lei fundamental peruana, com o apoio interpretativo dos tratados de direitos humanos.

O debate, neste aspecto, se relacionava com a introdução no direito peruano do instituto da “colaboração eficaz” nos delitos de terrorismo e conexos, mediante o qual se previa a atenuação da responsabilidade penal do indivíduo que colaborasse com as

⁷⁰⁶ EXP. N°003-2005-PI/TC; demanda proposta por 5.186 cidadãos, representados por Walter Humala, cuja sentença foi publicada em 09.08.2006.

autoridades durante a investigação. Rechaçando qualquer tipo de incompatibilidade do referido instituto com a ordem constitucional, o Tribunal explica a dupla posição que assume o “colaborador”: a de investigado ou acusado quando confessa sua participação nos delitos e a de acusado-testemunha, pois em acolhendo-se o benefício, o indivíduo proporcionará informação sobre os atos criminosos de terceiros (parágrafo 270).

Assim, ao aceitar o benefício o investigado ou acusado está declarando contra si mesmo, cabendo descobrir se tal conduta não violaria o direito de não se autoincriminar e, no segundo aspecto, caberia saber se quando o indivíduo fornece as informações sobre os atos ilícitos dos outros partícipes haveria uma vulneração ao princípio da presunção de inocência.

Para o que nos interessa neste processo cabe ressaltar que o Tribunal destacou a eficácia interpretativa-integrativa desempenhada pelos tratados de direitos humanos, já que “el derecho a no autoincriminarse no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho fundamental de orden procesal que forma parte de los derechos implícitos que conforman el derecho al debido proceso penal, este último reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. Su condición de derecho implícito que forma parte de un derecho expresamente reconocido, **también se puede inferir a partir de la función que los tratados internacionales en materia de derechos humanos están llamados a desempeñar en la interpretación y aplicación de las disposiciones por medio de las cuales se reconocen derechos y libertades en la Ley Fundamental** (IV Disposición Final y Transitoria). Así por ejemplo el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce expresamente como parte de las "Garantías Judiciales" mínimas que tiene todo procesado, el “g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)” (parágrafo 272) (destacamos).

ii.b.5. Julgamento em um prazo razoável

Neste caso⁷⁰⁷, o Tribunal Constitucional também fez descobrir o direito a um julgamento em prazo razoável como desdobramento do direito ao devido processo legal, a partir de uma leitura desta garantia de conformidade com os tratados de direitos humanos.

As instancias jurisdicionais inferiores haviam se omitido através de diversas medidas protelatórias em proceder ao julgamento de mérito do amparo apresentado ainda no ano de 1983, em que pese haver uma direta determinação da Corte Suprema de Justiça para que tal julgamento ocorresse.

Neste sentido, o Tribunal constitucional declarou que “ lo expuesto guarda relación con el derecho a que una persona sea juzgada dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, atributo que si bien es cierto, no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, se trata de una manifestación implícita del derecho a un debido proceso, derivado de los principios relativos a la dignidad de la persona y al estado social y democrático de Derecho que, por otra parte, coadyuva al pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que debe guardar la duración de un proceso para ser reconocido como constitucional. Aunque dicho derecho suele asociarse a los procesos de tipo penal –donde las restricciones sobre la libertad individual requieren plazos que no terminen perjudicándola indebidamente–, no existe ninguna razón por la cual no pueda invocarse el mismo atributo en el ámbito de los procesos constitucionales, donde el objetivo de tutela preferente y oportuna constituye la razón de la existencia y legitimidad de tales mecanismos de defensa” (parágrafo 13).

Porém, este resultado se alcança com o manejo dos tratados de direitos humanos e das decisões internacionais⁷⁰⁸, fazendo aplicar o Tribunal Constitucional a

⁷⁰⁷ EXP. N° 2732-2007-PA/TC, cuja sentença foi publicada em 05.11.2007.

⁷⁰⁸ Cita o Tribunal Constitucional o precedente da Corte Interamericana referente ao Caso Suárez Rosero contra Equador, fundamento 70 da sentença de mérito, e ao Caso Hilaire, Constantine,

regra de interpretação presente na IV Disposição Final e Transitória da Lei Fundamental peruana⁷⁰⁹: “Por tanto, el Tribunal Constitucional del Perú estima que, conforme a la regla de interpretación constitucional de los derechos y libertades a que se ha hecho referencia en los fundamentos precedentes, el derecho a un plazo razonable en la duración de los juicios –en el caso concreto, derecho a un plazo razonable en la administración de justicia– constituye una de las manifestaciones del debido proceso reconocido por nuestra Constitución en los términos antes expuestos” (parágrafo 17).

ii.c. Matérias eleitorais

ii.c.1. Direito ao devido processo legal em matéria eleitoral - Competência do Jurado Nacional Eleitoral (JNE) - Amparo 5854-2005

Contra uma resolução ditada pelo Jurado Nacional de Eleições que tinha declarado vago o cargo de prefeito exercido pelo recorrente por conta da prática de nepotismo, este interpôs recurso contra a rejeição de seu amparo no Tribunal Constitucional peruano.

Debatia-se nos autos se os arts. 142⁷¹⁰ e 181⁷¹¹ da Constituição Peruana - que estabelecem a competência do órgão judicial eleitoral naquele país – deveriam ser

Benjamín e outros contra Trinidad e Tobago, fundamento 143 da sentença de mérito.

⁷⁰⁹ “Neste sentido, o art. 139.3 da Constituição reconhece o direito ao devido processo. Por sua parte, o art. 55 da Constituição, ao estabelecer que os tratados celebrados pelo Estado e em vigor formam parte do direito nacional, não fez mais do que reconhecer o valor normativo dos tratados de direitos humanos. Assim, conforme a Quarta Disposição Final e Transitória da Constituição, em concordância com o art. V do Título Preliminar do Código Processual Constitucional (...)” (parágrafo 14).

⁷¹⁰ Art. 142 - “Não são revisáveis em sede judicial as resoluções do Jurado Nacional de eleições em matéria eleitoral, nem as do Conselho Nacional de Magistratura em matéria de avaliação e ratificação de juízes”.

⁷¹¹ Art. 181 - “O Pleno do Jurado Nacional de eleições aprecia os fatos com critério de consciência. Resolve segundo à lei e aos princípios gerais de direito. Em matérias eleitorais, de referendums ou de outro tipo de consultas populares, suas resoluções são ditadas em

interpretados de modo a isentar ou não as suas decisões do crivo do Tribunal Constitucional. Ou seja, estava em jogo o próprio direito do recorrente de ver seu recurso analisado pela mais Alta Corte peruana.

Registrou-se a necessidade de se realizar uma interpretação constitucional destes dispositivos desde princípios hermenêuticos mais adequados à natureza jurídica da Constituição (unidade constitucional, força normativa da Constituição, concordância prática, etc.) quanto a partir da regra constitucional que determina a consideração dos tratados internacionais de direitos humanos e decisões provenientes dos respectivos órgãos de controle (parágrafos 12 e 22,23).

Assim, “(..) **el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado** (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, **debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos** a través de sus decisiones” complementando que “es también en base a estas consideraciones que debe ser analizada la aplicación aislada de los artículos 142º y 181º de la Constitución, según la cual las resoluciones del JNE en materia electoral no pueden ser objeto de control constitucional, incluso en los supuestos en los que resulten contrarias a los derechos fundamentales” (parágrafos 23 e 24) (destacamos).

Citando o art. 8º da Convenção Americana e os precedentes da Corte Interamericana nos Caso *Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi, Solís Corrales Godínez Cruz*⁷¹², em cujos provimentos se ressalta que “los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (Art. 25º), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido

instancia final, definitiva e não são revisáveis. Contra elas não cabe nenhum recurso”.

⁷¹² Exceções preliminares, Sentenças de 26 de junho de 1987, parágrafos 90 e 92.

proceso legal (Art. 8.1º (...))” e no caso do Tribunal Constitucional contra Perú⁷¹³ aonde se ressalta que “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8º de la Convención Americana” afirmou a mais alta Corte peruana que “**de conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, dicho derecho constituye parte del núcleo duro de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en ese sentido, no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio” (parágrafos 26, 27 e 28).

Deste modo, se posiciona o Tribunal pelo reconhecimento do direito ao acesso ao judiciário, com as garantias inerentes ao devido processo legal, em todos os tipos de processo em que autoridades públicas “determinem direitos ou obrigações das pessoas”.

O elemento decisivo para o deslinde da questão, entretanto, encontra-se no precedente da Corte Interamericana referente ao Caso *Yatama contra Nicaragua*⁷¹⁴, aonde se dirimiu questão similar ao quanto debatido nos autos. Tratava-se justamente da falta da previsão de um recurso efetivo contra as resoluções do Conselho Supremo Eleitoral nicaraguense em matéria eleitoral quando houvesse a vulneração de direitos fundamentais dos indivíduos.

O Tribunal constitucional lembrou que “que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de condenar y sancionar a Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, justamente, por permitir que sus máximos órganos jurisdiccionales electorales se encuentren exentos de un control jurisdiccional frente a aquellas decisiones que contravengan los derechos fundamentales de las personas” já que, segundo aquela Corte Internacional expôs que “si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o

⁷¹³ Decisão de mérito, Sentença de 24 de setembro de 1999, parágrafos 68 e 71.

⁷¹⁴ Sentença de 23 de junho de 2005.

extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado” (parágrafo 29).

Assim, porque “las similitudes con el caso peruano son manifiestas (...) insistir en una interpretación aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución, pretendiendo que las resoluciones del JNE en materia electoral están exceptuadas de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, supondría incurrir en una manifiesta irresponsabilidad, ya que situaría al Estado peruano ante la cierta e inminente condena por parte de la Corte Interamericana (...) No sólo es facultad, **sino deber de este Tribunal y del Poder Judicial impedir ello, mediante una adecuada interpretación de los referidos preceptos, de conformidad con la Constitución y los tratados y las decisiones de los tribunales internacionales** sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte” (parágrafo 30).

A jurisprudência internacional cumpriu, neste caso, sua função preventiva evitando uma possível condenação internacional, situação que, conforme vimos, foi admitida pelo Tribunal Constitucional: “ (...) si bien es cierto que aún no existe una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado peruano por el eventual impedimento de la procedencia de una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral que afecte derechos fundamentales, sus sentencias vinculadas con la violación del artículo 25 de la Convención (en particular la expedida en el Caso Yatama vs. Nicaragua) y sus opiniones consultivas sobre el particular, son muestras evidentes de que dichas condenas serán inminentes si el Estado peruano obra en dicho sentido” (parágrafo 47).

ii.c.2. Ação de inconstitucionalidade contra lei que viola o direito à tutela judicial efetiva – Expediente 007-2007-PI/TC

O Colégio de Advogados de *Callao* propôs uma ação de inconstitucionalidade contra artigo de lei que modificou disposição do Código processual

constitucional⁷¹⁵ para não permitir o manejo de recursos contra as decisões finais do órgão eleitoral peruano, o Jurado Nacional de Eleições, em quaisquer hipóteses.

Seguindo sua linha jurisprudencial, o Tribunal Constitucional invocou a aplicação das normas constitucionais e legais que prevêm a interpretação dos direitos fundamentais de acordo com os tratados de direitos humanos e de acordo com as decisões dos respectivos órgãos de monitoramento (parágrafos 13,14,15 e 39,40).

Citando o julgado que expusemos no item anterior sublinhou-se que “(...) para este Tribunal queda claro que la norma sometida a control no debe oponerse a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y **las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos**, constituidos según tratados de los que el Perú es parte (...) Tampoco puede obviarse lo consagrado por la normatividad internacional en el sentido de que toda persona tiene derecho a recurrir a través de un procedimiento ágil e idóneo ante el órgano jurisdiccional para la protección de sus derechos humanos frente a vulneraciones de cualquier autoridad” (parágrafos 16, 17 e 18) (destacamos).

Do mesmo modo, ressaltou-se que a Constituição peruana consagrou a ação de amparo “en correspondencia con esos mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” asseverando que ela não exclui nenhuma autoridade do âmbito de aplicação desta ação constitucional (parágrafo 20).

Na mesma esteira invocou-se o julgado citado no item anterior (Caso *Yatama contra Nicaragua*) relativo à questão similar julgada pela Corte Interamericana, aonde se

⁷¹⁵ A Lei n° 28.642 modificou o art. 5°, inciso 8° da Lei n° 28.237 do Código processual constitucional, o qual tomou a seguinte redação: Art. 5° - Não procedem os processos constitucionais quando: 8) questionem-se as resoluções do Jurado Nacional de Eleições em matérias eleitorais, de referendums ou de outro tipo de consultas populares, sob sua responsabilidade. Resoluções em contrário, de qualquer autoridade, não surtem nenhum efeito legal. A matéria eleitoral compreende os temas previstos nas leis eleitorais e aqueles que conhece o Jurado Nacional de Eleições em instancia definitiva”.

condenou o Estado da Nicarágua por não permitir o manejo de remédio jurídico eficaz em face de violações de direitos fundamentais provenientes dos órgãos eleitorais nacionais (parágrafo 22).

Embora que a decisão mantenha sua importância tão somente por seguir a linha emancipatória no tema dos direitos humanos, é digno de destaque o enfoque que a Corte peruana empreendeu às relações havidas entre a jurisdição constitucional e a jurisdição internacional de direitos humanos, ressaltando adequadamente as funções que esta interação produz sob a perspectiva, ademais, de um controle de convencionalidade preventivo e repressivo a ser exercido pelos juízes domésticos.

Nas palavras do Tribunal Constitucional: **“De aquí se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este Tribunal Constitucional; vinculación que tiene una doble vertiente: por un lado, reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, por otro, preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrear las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano”** (parágrafo 26).(destacamos).

A verdade é que o Tribunal constitucional entende como seu dever assumir esta função preventiva para evitar a responsabilização internacional do Estado peruano, pois “En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: **que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos** y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso” (parágrafos 35 e 36) (sublinhado no original – destaques nossos)

De modo que, sublinha a Corte peruana “ (...) tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no cabe, en ninguna circunstancia (ni aun durante los estados de excepción), desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus frente a toda vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución del Estado, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho humano de toda persona “a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” (parágrafo 41).

Capítulo VII – Bolívia, Colômbia e Costa Rica

A adesão aos standards jurisprudenciais advindos dos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos também tem sido feito por muitos outros Tribunais constitucionais de nosso entorno. Referimo-nos aos casos da Bolívia, da Colômbia e da Costa Rica para encerrar esta parte do nosso estudo.

Em Colômbia, cuja Constituição veicula a norma de reenvio do intérprete aos tratados internacionais de direitos humanos⁷¹⁶, nos moldes da norma espanhola, tem-se

⁷¹⁶ “Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, quereconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Interessante ressaltar a leitura que a Corte Constitucional faz desta cláusula interpretativa: “En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la Carta permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Ahora bien, los convenios en esta materia

invocado a doutrina interamericana consistente na luta contra a impunidade através do dever de os estados investigarem os crimes contra os direitos humanos. Reafirma-se a inadmissibilidade das anistias e “autoanistias” seguindo-se os precedentes da Corte Interamericana⁷¹⁷. Outro assunto que tem se desenvolvido a partir dos standards jurisprudenciais internacionais em Colômbia e Bolívia refere-se à observância de vários aspectos relativos aos princípios do devido processo⁷¹⁸ e do juiz natural⁷¹⁹, desde onde se discute o tema dos limites da justiça militar⁷²⁰. Em Bolívia, ademais, as decisões nacionais desenvolvem a temática das prescrições com base nas sentenças da Corte Interamericana.

Assim, se tem reconhecido que “el derecho a la verdad, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos – (Ver, entre otros, los casos *Velásquez Rodríguez* (fundamento

suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta Corte, en varias sentencias, ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, la Corte concluye que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos” (Sentencia T-319/01-7, de 07 de Dezembro de 2001).

⁷¹⁷ Como exemplos as sentenças da Corte Constitucional C-695-2002, de 28 de agosto 2002 e C-578-2002, de 30 de julho de 2002.

⁷¹⁸ Corte Constitucional da Bolívia, sentença 1020-2004-R, de 02 de julho de 2004, que se baseou na Opinião Consultiva 09, de 1987, da Corte Interamericana.

⁷¹⁹ Corte Constitucional da Bolívia, sentença 1364-2002, de 07 de novembro de 2002.

⁷²⁰ Corte Constitucional da Bolívia, sentenças 663-2004-R de 5 de maio de 2004, e 664-2004-R de 6 de maio de 2004, aonde se ressaltou, que a jurisprudência da Corte Interamericana “é vinculante para a jurisdição interna”.

166), Sentencia del 29 de julio de 1988 y *Delgado Barrios Altos* (fundamento 43), Sentencia de 14 de Marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte resalta como contrarios a la Convención Americana aquellos instrumentos legales desarrollados por los Estados partes que le nieguen a las víctimas su derecho a la verdad y a la justicia)”⁷²¹.

Ainda, não se admitindo “ (...) el otorgamiento de auto amnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁷²².

Em outro julgamento, a propósito do valor da jurisprudência da Corte Interamericana, a Corte boliviana disse “que [esta] es vinculante para la jurisdicción interna”, invocando precedente envolvendo o Perú (Caso Tribunal Constitucional do Perú, parágrafo 77) para firmar o princípio do juiz natural no ordenamento boliviano⁷²³.

Em um caso no qual se discutia os direitos dos presos em penitenciária de segurança máxima, a Corte Constitucional da Colômbia, invocando a sentença do Caso *Castillo Petruzzi contra Perú* da Corte Interamericana, asseverou, nos termos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a necessidade de as autoridades se absterem de comportamentos que supõem violações aos direitos fundamentais⁷²⁴.

Tem-se reafirmado em Colômbia, ademais, a importância dos mecanismos regionais de proteção ao ser humano, ressaltando-se que nem a Constituição colombiana nem a soberania nacional são vulneradas pela atuação da Corte e da Comissão interamericana. Vaticina sentença da Corte Constitucional que “La Corte no encuentra

⁷²¹ Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-228/02, de 03 de abril de 2002.

⁷²² Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-695/02, de 28 de agosto de 2002.

⁷²³ Sentença 491-2003, de 15 de abril de 2003.

⁷²⁴ Sentença T-130/03, de 30 de outubro de 2003.

ninguna objeción constitucional a estos mecanismos internacionales de protección pues, tal y como tuvo la oportunidad de mostrarlo en anterior decisión, esta internacionalización de la garantía de los derechos humanos representa un avance democrático indudable. De otro lado, los valores de dignidad humana, libertad e igualdad protegidos por los instrumentos internacionales y por la Constitución son idénticos. Además, la propia Carta señala no sólo la prevalencia en el orden interno de los tratados de derechos que han establecido tales mecanismos (CP art. 93) sino que, además, precisa que Colombia orienta sus relaciones internacionales con base en los derechos humanos, pues tales principios han sido reconocidos en numerosas ocasiones por nuestro país, que ha ratificado innumerables instrumentos internacionales en esta materia (CP art. 9). Por consiguiente, la Corte considera que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos en manera alguna desconocen la Constitución o vulneran la soberanía colombiana; por el contrario, son una proyección en el campo internacional de los mismos principios y valores defendidos por la Constitución⁷²⁵ (parágrafo 24).

Interessante descrever o posicionamento da Corte colombiana ao decidir caso em que se questionava o alcance da liberdade de opinião de jornalista⁷²⁶, oportunidade na qual se reafirmou a funcionalidade da cláusula de reenvio interpretativo dos direitos fundamentais aos tratados internacionais e à respectiva jurisprudência de direitos humanos. Decidiu a Corte colombiana que “La Constitución dispone que la incorporación [dos direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos] se realiza por vía de interpretación: “...se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Ello obliga a indagar sobre lo que realmente se incorpora por esta vía, pues no puede interpretarse una norma positiva de textura abierta (como las que definen derechos constitucionales) con otra norma que reviste las mismas características. **Sólo es posible (i) fundir ambas normas (la nacional y la internacional) y (ii), acoger la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte. Por ello esta Corte ha señalado, en varias oportunidades,**

⁷²⁵ Sentença C-251, de 28 de maio de 1997.

⁷²⁶ Sentença T-1319/01, de 07 de dezembro de 2001.

que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales”(grifamos).

Assim, para a Corte colombiana, “(...) el bloque de constitucionalidad relativo a la libertad de expresión ha de estar integrado por las normas internacionales, en particular el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, **junto con las interpretaciones** que de tales textos han presentado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. También ha de otorgarse un peso distinto a las opiniones, pues la naturaleza judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y su competencia sobre Colombia, **implica que sus opiniones, más que tenidas en cuenta, no pueden ser ignoradas internamente”** (grifamos).

Em Costa Rica, especial referência deve se fazer ao julgamento da Sala Constitucional da Corte Suprema, cujo fundamento seguiu a motivação constante em Opinião Consultiva da Corte Interamericana⁷²⁷, conferindo-lhe o “mismo valor de la norma interpretada”, sob o argumento de que “si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el **órgano natural para interpretar** la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), **la fuerza de su decisión al interpretar la convención** y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, **tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada (...)**”⁷²⁸ (destacamos).

Admitiu-se ainda, neste julgamento, a prevalência da norma mais favorável ao ser humano, ainda que uma delas seja constitucional, asseverando que os instrumentos de direitos humanos vigentes em Costa Rica, “tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, **sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”** (destacamos).

⁷²⁷ Opinião Consultiva 5, de 1985, sobre a associação obrigatória de jornalistas.

⁷²⁸ Sentença 2313-95, de 09 de maio de 1995.

No entender da doutrina, o art. 48 da Constituição de Costa Rica⁷²⁹, veicula cláusula que determina a interpretação das normas de acordo com os instrumentos internacionais de direitos humanos. Pontua-se que: “Quizá la regla más importante que puede derivarse a futuro es que tienen, además, el efecto de vincular la interpretación que los órganos internos realicen de los derechos humanos aplicables en esta materia, a la interpretación que de los preceptos de los Tratados internacionales hayan realizado los respectivos órganos aplicadores o interpretativos que, en su caso, existan. De esta manera, se integra la jurisprudencia de dichos órganos a la nacional de manera vinculante, como ya ocurrió con algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No debemos olvidar, por ejemplo, que precisamente la «doctrina de la protección integral» de la niñez y la adolescencia nace como resultado de la aplicación de la normativa internacional sobre este tema”⁷³⁰.

No julgamento⁷³¹ em que um estrangeiro casado com mulher costarricense postulou o direito de adquirir a nacionalidade costarricense previsto na Constituição somente para a mulher estrangeira que casa com homem costarricense⁷³², a Sala Constitucional empreendeu à norma constitucional que veiculava tal discriminação

⁷²⁹ “Art. 48- Toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo (Así reformado por Ley No.7128 de 18 de agosto de 1989), consultado no endereço eletrônico <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/leyes/constitucion%20politica%20texto.html>, em 16.01.2010.

⁷³⁰ Armijo, Gilbert, “La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica”, in *Ius et Práxis* [online]. 2003, vol.9, n.1, pp. 39-62. ISSN 0718-0012. doi: 10.4067/S0718-00122003000100005; O comentário do autor também se refere à idêntica cláusula interpretativa constante no Código da Criança e do Adolescente de Costa Rica.

⁷³¹ Sentença n° 3435, de 11 de novembro de 1992.

⁷³² “Artículo 14. Son costarricenses por naturalización: "5) La mujer extranjera que habiendo estado casada durante dos años con costarricense, y habiendo residido en el país durante ese mismo período, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense”.

ilegítima uma interpretação conforme aos tratados internacionais de direitos humanos, e aos próprios valores constitucionais.

A Sala Constitucional invocou a Declaração Universal e a Declaração Americana dos Direitos do Homem, a Convenção Americana e o Pacto dos Direitos Civis e Políticos que tratam dos princípios de tratamento igualitário e rechaço à discriminação ilegítima entre homens e mulheres, bem como a regra constitucional de semelhante teor, asseverando que “ (...) la discriminación señalada cede frente a principios de rango superior dado que la desigualdad en comentario no tiende a proteger una finalidad superior, concreta, dirigida a crear, proteger o fomentar intereses comunes superiores sino a discriminar contra derechos subjetivos”.

Assim, determinou-se não só que ao termo “mulher” previsto na Constituição costarricense se interpretasse com o sentido de “pessoa”, mas também que tal interpretação ocorra em toda a legislação que utilize os termos “homem” e “mulher”: “En aras de evitar desigualdades y discriminaciones futuras que pudieran surgir al aplicarse la Carta fundamental y otros instrumentos jurídicos vigentes, y en el ejercicio de la facultades que le otorga la Constitución a esta Sala, se dispone que cuando en la legislación se utilicen los términos "hombre" ó "mujer", deberán entenderse como sinónimos del vocablo "persona", y con ello eliminar toda posible discriminación "legal" por razón de género (...)”

SEÇÃO II

A FUNDAMENTAÇÃO DA NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA DOS ÓRGÃOS INTERNACIONAIS DE CONTROLE E MONITORAMENTO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

i. Introdução

i.a. O juiz nacional constitui-se no último intérprete dos tratados de direitos humanos? A sua atividade interpretativa está isenta do impacto da jurisprudência internacional de direitos humanos?

No exercício da proteção primária dos direitos humanos, a jurisdição interna deve conhecer e interpretar as normas contidas nestes tratados internacionais⁷³³. Descobrir se existem limites no desenrolar desta atividade interpretativa parece uma questão fundamental para saber qual o valor que se deve atribuir à jurisprudência internacional de direitos humanos.

Propomos àqueles que se colocam em uma posição refratária à influência da jurisprudência internacional dos direitos humanos na atividade interpretativa doméstica – e dos respectivos tratados –, que o debate se inicie a partir dos seguintes termos: conferir liberdade total ao intérprete nacional sobre o sentido e alcance dos direitos humanos postos nos tratados não faria dele o intérprete último destas normas? Um eventual entendimento mais restritivo sobre o sentido ou alcance de alguma liberdade ou garantia posto nestes tratados pela jurisdição interna não poderia ser levado à apreciação dos órgãos de controle e monitoramento dos tratados, especialmente às Cortes de Direitos Humanos, de modo a ser declarada a responsabilidade internacional do Estado? Considerando verdadeira a primeira hipótese, qual o papel a ser desempenhado pelos órgãos de controle e monitoramento dos tratados na aplicação e interpretação destas normas, especialmente as Cortes de Direitos Humanos que dispõem de poder jurisdicional, ou mesmo, qual o sentido de estabelecerem-se sistemas que atribuem tais competências a determinados órgãos?

Em nosso entendimento, as respostas a tais perguntas não escapam da consideração de que a interação entre os ordenamentos interno e internacional produz um impacto considerável sobre a atividade dos intérpretes nacionais, pois que estes estão inseridos neste processo de recíprocas influências e interdependências. Saber qual a

⁷³³ Cançado Trindade, "El Derecho internacional", op. cit. p. 274.

amplitude de seu poder de interpretação dos tratados e da influência da norma internacional interpretada pelos órgãos de controle e monitoramento no trabalho exegético doméstico constituem temas complexos. Entretanto, este debate vem se desenvolvendo paulatinamente a partir da premissa da observância dos standards jurisprudenciais internacionais de direitos humanos, a qual constitui, ademais, tema naturalmente ligado ao controle de convencionalidade a ser exercido pelo juiz nacional.

São muitas as razões jurídicas que sustentam a necessidade da observância da jurisprudência dos órgãos internacionais de controle dos tratados de direitos humanos. Sem embargo, antes de aprofundar este ponto buscando sistematizar as justificações, parece importante tentar mostrar o cenário em que estas relações interagem, bem como tentar relatar algumas posturas frente à influência da normatividade jurisprudencial dos direitos humanos.

É preciso admitir, pois, que a doutrina especializada e os julgados das Cortes constitucionais designam o fenômeno através de categorias que nem sempre refletem com clareza o papel que desempenham. Há posturas doutrinárias que tendem a admitir tão-somente a autoridade persuasiva destes standards jurisprudenciais como elemento de apoio à decisão, os quais, nesta visão, atuariam somente de forma indireta na ordem interna como *guidelines* ajudando as cortes domésticas a clarificar a extensão e natureza das obrigações impostas pelos instrumentos internacionais. Existem, de outra parte, linhas doutrinárias que tentam discriminar os standards jurisprudenciais a partir do órgão que o produziu, de modo a atribuir valor vinculante somente quando advindo de órgãos jurisdicionais de direitos humanos⁷³⁴.

Defende-se, ademais, que o *case law* internacional deve servir na ordem interna como uma pauta jurisprudencial a ser observada pelos juízes nacionais. A experiência argentina, como vimos, indica que tal postura reflete a necessidade de os

⁷³⁴ Drzemczewski diz que as decisões da Comissão europeia tem impacto sobre o direito doméstico e as conclusões estão sujeitas a influenciar as cortes domésticas em suas interpretações da Convenção, contudo falta a elas qualquer peso legal *de per se*, op. cit. p. 264; ver itens i.b. e i.c. desta Seção.

juízes nacionais servirem-se dos precedentes internacionais, adotando o que se denominou de “doutrina do seguimento”.

Sagués, a propósito, nos fala que esta tese jurisprudencial foi “enunciada no caso *Girolodi*, ainda que com precedentes no caso *Ekmekdjian contra Sofóvich*” tendo sido elaborada pela Corte Suprema de Justiça da Nação, cuja diretriz “aconselha que os juízes argentinos, na interpretação dos direitos humanos, tenham como guia o critério da Corte Interamericana de Direitos Humanos (em *Bramajo*, estendeu esta diretriz aos ditames da Comissão Interamericana de Direitos Humanos)”. Registra ainda o professor argentino uma importante função desempenhada pela doutrina já que “esta receita introduz obliquamente, via seguimento da interpretação, uma fórmula de harmonização entre os tratados ‘constitucionalizados’ e a Constituição, quando o tratado cria um organismo jurisdicional supranacional”⁷³⁵.

A doutrina do seguimento denota uma sorte de dever aos juízes em direção ao acolhimento dos parâmetros jurisprudenciais internacionais - ainda que faça referência a guias ou pautas jurisprudenciais, o que poderia indicar a opção de descartálos -, assemelhando-se, a nosso ver, à doutrina da coisa interpretada, cujas diretrizes encaminham-se no sentido de atribuir valor vinculante à jurisprudência emanada destes órgãos.

Aqueles encaminhamentos que tendem a conferir um valor acessório à jurisprudência internacional de direitos humanos, ressaltam, por um lado, a inexistência de obrigatoriedade de observância destes precedentes, mas por outro, no entanto, sublinham uma “autoridade altamente persuasiva”, uma “alta fonte de autoridade” aos precedentes jurisprudenciais, o que redundaria, de todo modo, na produção de um impacto indireto na ordem interna⁷³⁶.

⁷³⁵ Sagués, Nestor P., “Los tratados sobre Derechos Humanos: su categorización y aplicación en Argentina”, in *El sistema interamericano de derechos y su impacto en las ordenes internas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F, 2008, p. 543-565.

⁷³⁶ Drzemczewski, no entanto, admite que as decisões dos órgãos do Conselho da Europa - o trabalho é restrito ao impacto da Convenção

Sudré, parece enquadrar-se nesta linha, quando assevera que as autoridades nacionais são “fortemente incitadas pela jurisprudência internacional” a adotar as medidas para remediar as carências do direito interno. No entanto, quando defende que o direito europeu se alimenta atualmente de duas fontes, a convencional e a jurisprudencial, acolhe expressamente a “autoridade da coisa interpretada” proveniente da jurisprudência da Corte de Estrasburgo⁷³⁷⁷³⁸.

européia - influenciam as autoridades domésticas, que podem sentir-se obrigadas por elas ou ao menos afetadas por sua autoridade persuasiva, cujas decisões não deveriam ser desconsideradas a menos que existam boas razões para isto. Admite, ademais, que mesmo nos países onde a Convenção européia não tenha sido incorporada no direito interno, o judiciário pode estar inclinado a tomar atenção dos provimentos dos órgãos de Estrasburgo, especialmente quando se elabora ou clarifica o sentido das disposições da Convenção, “já que existe uma presunção geral que as cortes interpretem o direito doméstico de tal modo que o façam consistente com as obrigações internacionais do Estado”(p. 260-261). Analisando a questão na Inglaterra diz que “embora as razões dadas em um julgamento da corte não obriguem legalmente as cortes domésticas, tais decisões podem indubitavelmente possuir autoridade altamente persuasiva (especialmente se refletem a *jurisprudence constante* da Corte) (p. 316). No entanto, apesar de não atribuir força vinculante ao *case law* de Estrasburgo, defende a necessidade de interpretar-se harmonicamente e de modo uniforme a Convenção Européia, única maneira, no entender do autor, de assegurar um dos únicos traços da Convenção, nomeadamente o de assegurar o ‘direito comum’ na europa ou *ordre public européen* (p. 330-331).

⁷³⁷ Sudré pontua que a Convenção européia não tem mais só um texto insólito, tendo tornado-se uma jurisprudência que permite ao juiz tomar consciência do fato que o direito francês, mesmo assegurando um grau muito alto de proteção, pode conter algumas imperfeições. Ressalta ainda que atualmente as jurisdições nacionais, sejam elas judiciárias ou administrativas, são sensíveis ao direito da Convenção européia e persuadidas a fazer a melhor aplicação possível da Convenção, a fim de evitar um controle internacional que deve restar subsidiário. Relembra, ademais, que a Convenção européia constitui de modo uniforme para os Estados contratantes um mínimo de proteção em torno do qual se busca a harmonização das ordens jurídicas. Divide o que chama de influência harmonizadora da Convenção em três caminhos: a difusão, a correção e a incitação, constituindo este último a via de propagação do *case law* europeu, op. cit. p. 259-274.

⁷³⁸ Queralt Jiménez faz interessante análise da evolução da doutrina da coisa interpretada, apontando três diferentes momentos no reconhecimento de sua obrigatoriedade em âmbito interno: primeiro, a (i) negação de seu caráter jurídico; depois, (ii) a aceitação de um caráter jurídico relativo da doutrina e, por fim, (iii) o reconhecimento do caráter jurídico da autoridade interpretativa das sentenças. Assim, quanto ao primeiro aspecto (i), pontua que “Una parte de la doctrina reconoce la existencia del efecto interpretativo de las

sentencias del TEDH y lo identifican con una *autoridad persuasiva* de la jurisprudencia del TEDH: las autoridades nacionales y sobre todo los jueces, siguen voluntariamente la jurisprudencia del TEDH si que exista obligación jurídica alguna ni en el CEDH ni en el Derecho internacional. Según esta línea doctrinal, son otros los motivos que permiten explicar la razón porque los jueces nacionales siguen lo dicho por Estrasburgo. Entre todos ellos el principal argumento es el siguiente: los jueces adaptan sus criterios a lo dicho por el Tribunal por temor a provocar una potencial sentencia europea estimatoria si la interpretación aplicada por la instancia nacional no se adecua a los estándares del Convenio (...) Se ha señalado que la utilización del *canon europeo* por parte de las jurisdicciones internas se debe a la especificidad de la función que realiza el Tribunal Europeo en la interpretación del CEDH, especificidad que otorga a la interpretación realizada por el TEDH una presunción de corrección que, a su vez, facilita que las jurisdicciones internas la utilicen como precedente judicial. Igualmente se ha justificado el seguimiento de la jurisprudencia de Estrasburgo por su consistencia y calidad [cita G.Ress]; quanto ao segundo **(ii)**, acentuando que "se aprecia sobretudo en los últimos años una tendencia generalizada hacia el reconocimiento de una autoridad interpretativa de carácter jurídico", resalta a autora que "tal avance en las posturas adoptadas se debe, en gran parte, a la evolución experimentada por la presencia de las decisiones de los órganos de Estrasburgo en las decisiones de las autoridades judiciales nacionales (...) Dentro de estos avances hacia la juridicidad (..) destacase la posición de J. Velú quien defiende que puede reconocerse el carácter jurídico de la vinculación de las autoridades judiciales nacionales a la autoridad de cosa interpretada de las sentencias europeas en ciertos estados en los que el CEDH ha sido incorporado (...) No obstante, cabe objetar que la obligatoriedad de los efectos interpretativos no está relacionada tanto con la incorporación del CEDH en los ordenamientos internos, sino, más bien, con la utilización que los jueces internos hacen de él. Es difícil hablar de interpretación conforme del CEDH con lo dicho por el TEDH si el texto convencional no es aplicado judicialmente por los jueces nacionales"; nesta linha, pontua que "los efectos interpretativos de las sentencias del TEDH vinculan directamente a todo juez que aplique el CEDH en el ordenamieto interno; en cambio, si el juez no lo aplica dificilmente se sentirá vinculado por la interpretación conforme del CEDH. La práctica judicial interna demuestra, más bien, que la posición del CEDH y, sobretudo, su real aplicación no mantienen una relación directa con el uso que los jueces hacen de la jurisprudencia de Estrasburgo (caso de España o Alemanha, por ejemplo). Con esto quiere decirse que la efectividad interpretativa de las sentencias europeas es una realidad autónoma de la incorporación del Convenio en los ordenamientos internos. La obligación de interpretación conforme con la jurisprudencia del TEDH deberá buscarse en otra causa"; por último, no que se refiere ao terceiro momento **(iii)**, destaca que "cada vez son más las voces que se alzan a favor de reconocer carácter jurídico a la autoridad interpretativa de las sentencias del TEDH. El contexto jurídico ha cambiado, las reticencias hacia el sistema europeo de garantía son cada vez menores y mayor el reconocimiento de la obra llevada a cabo por sus órganos de garantía. La naturaleza jurídica de los efectos interpretativos puede explicarse, segun parte de la doctrina, a través de la *teoría de la incorporación*. Esta corriente empieza a tener algunos seguidores entre autores de diversos países de

A complexidade desta interação entre as jurisdições interna e internacional, especialmente no que se refere ao impacto e à extensão da influência da jurisprudência dos órgãos de monitoramento na atividade dos intérpretes dos direitos fundamentais é de um interesse prático notável, e deve partir das seguintes premissas, a nosso ver:

a) o juiz nacional, no exercício da jurisdição das liberdades, não pode deixar de considerar a normatividade internacional que incide na ordem interna com caráter mínimo e subsidiário, cujo conteúdo constitui-se em um piso inderrogável;

b) o juiz nacional, ainda que exerça com proeminência a proteção judicial dos direitos e garantias dos indivíduos não se encontra sozinho nesta empreitada, vez que é assegurado ao indivíduo o direito de acesso tanto aos organismos de proteção global, quanto aos sistemas regionais de proteção do ser humano, desde onde podem ter garantidas suas posições subjetivas;

c) a leitura última dos tratados de direitos humanos quem a faz são os órgãos internacionais criados pelos respectivos tratados, que dispõem de competência e poder jurisdicional – em alguns casos - para interpretação e aplicação das disposições normativas, cujos conteúdos vão sendo moldados pela sua atividade interpretativa evolutiva;

d) a delimitação do sentido e alcance dos direitos fundamentais em um Estado constitucional aberto aos influxos internacionais de direitos humanos, sofre desta forma, o impacto das normas internacionais de direitos humanos, tal qual se encontram interpretadas pelos órgãos de controle e monitoramento respectivos.

Europa, como Alemania, Austria o Francia (...) En efecto, desde hace algunos años, parece existir una tendencia doctrinal representada por no pocos y renombrados autores de habla alemana que, como señala G. Grabenwarter, parecen admitir una vinculación jurídica de los Estados partes no implicados en un determinado proceso a la *Orientierungswirkung* derivada del CEDH. De esta forma, el contenido fijado por una jurisprudencia constante del TEDH pasaría a incorporarse al derecho afectado del CEDH, obteniendo así su misma naturaleza jurídica. En definitiva, el alcance reconocido por el TEDH en su jurisprudencia se incorporaría en el contenido del propio derecho"; in "La interpretación de los derechos", op. cit. p. 71-77.

Desta forma, qualquer posição que parta da indiferença ou do rechaço ao papel desempenhado pela jurisprudência internacional de direitos humanos na jurisdição interna tende a desconectar-se do mandato das constituições contemporâneas cuja diretriz, neste aspecto, privilegia uma interação recíproca.

Assegurar uma postura garantista em nossa realidade constitucional, implica, ademais, orientar-se pelo Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos cuja diretriz normativa determina o reenvio ao mínimo inderrogável posto pelos tratados internacionais. Através da técnica do reenvio do intérprete constitucional⁷³⁹ a estes tratados, o Princípio compele o intérprete a também observar os parâmetros estabelecidos pelos organismos de proteção no exercício de suas competências, cujo trabalho os constitui em “instrumentos vivos”.

Defendemos, pois, que a aplicação dos tratados de direitos humanos é uma atividade que deve ser realizada à luz da interpretação que é fornecida pelos órgãos de proteção e monitoramento e que, na delimitação do sentido e alcance dos direitos fundamentais, este mínimo internacional deve ser observado como parte integrante de seu conteúdo essencial.

Como bem acentuou a Corte Suprema argentina a respeito do controle de convencionalidade, adotando precedente da Corte Interamericana: **“En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C N° 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124)”**⁷⁴⁰.

Procuraremos justificar teoricamente nossa opção, pois que a prática judicial exposta nos capítulos precedentes já permite de forma suficiente defender a sua legitimidade. Faremos antes disso, todavia, uma descrição do que vem a ser a doutrina da

⁷³⁹ Tema que aprofundaremos mais à frente, na Quarta Parte.

⁷⁴⁰ Caso Mazzeo Julio e outros; ver item ii.j. do capítulo V da Seção I da Terceira parte.

“coisa interpretada” na medida em que a fundamentação pela doutrina especializada da obrigatoriedade da observância dos parâmetros interpretativos internacionais vem traduzida geralmente por esta categoria jurídica.

i.b. A doutrina da “coisa interpretada”

A eficácia das decisões dos órgãos internacionais de garantia, especialmente os jurisdicionais, alcançam os efeitos de “coisa julgada” e de “coisa interpretada”⁷⁴¹. Os efeitos da coisa julgada seriam aqueles decorrentes das funções (a) negativa da coisa julgada – a preclusão de um ulterior julgamento sobre o mesmo objeto – e (b) positiva – a vinculação que se produz ao julgador a respeito de uma decisão futura que se aplicariam geralmente às partes da demanda⁷⁴², e só a elas.

E os efeitos da coisa interpretada seriam os efeitos decorrentes das decisões em seu conteúdo interpretativo. As motivações das decisões seriam vinculantes para todos os estados membros da organização internacional, **pois significariam o direito comum interpretado pelos órgãos competentes, independentemente da participação ou não na demanda**. Parte-se da consideração de que estes órgãos de garantia – no caso o TEDH e a Corte Interamericana, ademais dos denominados órgãos quajurisdicionais – **não resolvem somente as demandas em julgamento, mas as interpretam para todos os estados membros, o que faz transcender a decisão para os Estados que não participaram da demanda** (efeito *erga omnes* da interpretação).

Vadell compartilha deste posicionamento, asseverando que “las resoluciones del TEDH [e da Corte Interamericana, acrescentamos] no sólo resuelven el caso concreto que se les plantea satisfaciendo de forma irrevocable los intereses jurídicos que se derivan del CEDH [ou de qualquer outro tratado de direitos humanos, acrescentamos] en relación con los directamente interesados”, obrigando a que o Estado demandado repare

⁷⁴¹ Vadell, “Las sentencias del Tribunal”, op. cit. p. 136/146; Liñan Nogueras, Diego, “Efectos de las Sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y derecho español”, Revista Española de Derecho Internacional, volume XXXVIII, n. 2, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1985, p. 355/356.

⁷⁴² Ruiz Miguel, “La ejecución de las sentencias”, op. cit. p. 49-52.

as consequências ou satisfaça uma prestação substitutiva “sino que, por otro lado, el Tribunal interpreta las disposiciones del Convenio de Roma con efectos sobre todos los Estados parte”⁷⁴³.

A coisa interpretada “no seria sino la vinculación de todos los Estados parte en el Convenio a la jurisprudência elaborada por el Tribunal al interpretar sus disposiciones” na opinião de Saiz Arnaiz, que complementa que a jurisprudencia do TEDH se “proyecta sobre los Estados, sobre sus órganos jurisdiccionales, en la medida en que estós asumen, sin aludir en ningún momento al efecto de cosa interpretada, los contenidos y los límites que para aquellos derechos resultan del *case law* del Tribunal de Estrasburgo”⁷⁴⁴⁷⁴⁵.

Para Ruiz Miguel, a coisa interpretada teria duas vertentes, uma que afeta o próprio Estado interessado na sentença, o Estado demandado, e outra que afeta aos terceiros Estados membros da organização internacional de direitos humanos, chamando-a de “eficácia radiativa” da decisão. Ressalta o autor, ademais, que o fenômeno é inseparável do problema do valor da jurisprudência como fonte de direito⁷⁴⁶.

Delgado Barrio, referindo-se às decisões do TEDH nos casos *De Cubber e Piersack*, aplicadas na decisão do Tribunal Constitucional espanhol sobre a incompatibilidade das funções instrutora e julgadora do magistrado no processo penal –

⁷⁴³ Vadell, “Las sentencias del Tribunal”, op. cit. p. 136.

⁷⁴⁴ Saiz Arnaiz, “El Convenio Europeo”, op. cit. p. 33-34.

⁷⁴⁵ As referências à jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que se fazem com respeito aos efeitos da coisa interpretada nesta obra, por certo que se aplicam do mesmo modo à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por igual fundamentação, ainda que alguma doutrina aqui colacionada não faça alusão à nossa Corte regional.

⁷⁴⁶ Ruiz Miguel, “La ejecución de las sentencias”, op. cit. p. 53-56; a mesma posição mantém Rescia: “los efectos de la cosa interpretada tienen relación directa con el valor de la jurisprudencia como fuente de derecho, especialmente cuando se invoca el principio del precedente (*stare decisis*) como norma que debe ser aplicada en situaciones de hecho similares”, citado por Otavio Augusto Cançado Trindade, “Os efeitos das decisões”, op. cit. p. 284.

na qual se declarou a inconstitucionalidade de disposição da Lei Orgânica 10/80 cujos termos excluíam do processo penal a aplicação do motivo de recusa do juiz que participara da instrução da causa quando de seu julgamento - sustenta um efeito preventivo da coisa interpretada nestes termos: “una última función de la jurisprudencia del Tribunal Europeo es – o debería ser – la de orientar al legislador cuando para otros estados formula aquél declaraciones interpretativas del Convenio a cuyo sentido no se ajusta a la normativa del Estado propio”⁷⁴⁷.

Na mesma linha, Queralt Jiménez ressalta a dupla função que a jurisprudência do TEDH desempenha: função reativa e de desenvolvimento do CEDH. Em seu entender, quando realiza a primeira também desempenha a segunda, através da interpretação das disposições convencionais, tendo em conta que ao por fim a um conflito, ao mesmo tempo “dilucida, garantiza y desarrolla las normas del CEDH”. Assim, o alcance da atividade interpretativa realizada pelo TEDH “implica que los Estados deberán entender las obligaciones a las que se refiere el art. 1 CEDH como completadas por la jurisprudencia del TEDH en desarrollo de los derechos y demás normas contenidas en CEDH. Así pues la jurisprudencia del TEDH pasa a formar parte del *acquis conventionnel* con el que los Estados deberán conformarse”⁷⁴⁸.

Definitivamente, “es tanto como decir que los contenidos de cada concreto derecho que el Tribunal extrae de su formulación del Convenio se proyectan como contenidos del propio Convenio sobre todos los ordenamientos nacionales, *no sólo los de las partes implicadas en cada proceso*, y ello pura y simplemente en virtud de la autoridad propia de la jurisprudencia del Tribunal en tanto que intérprete de las disposiciones del Convenio”⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ Delgado Barrio, op. cit., p. 248-249.

⁷⁴⁸ Queralt Jiménez, “La interpretación de los derechos”, op. cit. p. 86-87.

⁷⁴⁹ J.Velu “Responsabilités incombant aux Etats parties à la Convention européenne”, citado por Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op.cit. p.144.

A linha de fundamentação pela qual se entende que os efeitos interpretativos se aplicam para todas as partes do tratado de direitos humanos é inclusive objeto de uma firme atuação do próprio TEDH. Desde a decisão⁷⁵⁰ do caso *Irlanda contra Reino Unido*, de 18 de março de 1978, o Tribunal considera que “sus sentencias sirven no sólo para resolver los asuntos que le someten, sino, com más amplitud, para aclarar, amparar y desarrollar las normas del Convenio y contribuir de esta manera a que los Estados respeten los compromisos contraídos”.

No caso *Karner contra Áustria*, de 24 de julho de 2003, no qual se acusava o país de discriminação em decorrência da opção sexual do demandante, e de violação do direito à vida privada e familiar (art. 14 e 8º da CEDH), o Tribunal seguiu esta linha de atuação, reforçando o entendimento a respeito de sua função e da Convenção Europeia, pois ainda que “el objetivo primario del sistema del Convenio es proporcionar ayuda individual, su misión consiste también en decantar argumentos para fundamentar el buen gobierno en pro de la consecución del interés comun, incrementando de este modo el estándar general de protección de los derechos humanos y proyectando la jurisprudencia sobre derechos humanos a lo largo de la comunidad de los Estados del Convenio” (destaques no original).

Interessante neste caso é que ao longo do processamento da demanda a vítima faleceu e nenhum dos seus representantes quis assumi-la, o que não ocasionou impedimento algum para seu processamento – em que pese o fato da Áustria pedir o seu arquivamento –, pois como registra o próprio TEDH, “el objeto del presente caso [a diferença de tratamento dos homossexuais no que toca às opções sucessórias no direito austríaco] constituye un importante problema de interés general, no sólo para Austria sino también para otros Estados miembros del Convenio”.

Em vista deste caráter que lhe confere a jurisprudência, parecem ter razão os que qualificam o TEDH de um “ativismo judicial” na medida em que assume “un papel

⁷⁵⁰ Retortillo Baquer, “La interconexión”, op. cit. p. 107.

preponderante con el afán de afianzar doctrina para que luego sea seguida por los Estados miembros del Convenio”⁷⁵¹.

Deste modo, parece adequado falar que o efeito da ‘coisa interpretada’ tem uma eficácia preventiva, pois que incidindo sobre os Estados demandados impõe uma obrigação de adotar as medidas necessárias para evitar que as violações voltem a ocorrer, ou para que os terceiros estados se adequem aos parâmetros interpretativos a fim de evitar condenações similares que comprometam sua responsabilidade internacional.

Neste sentido Salcedo⁷⁵², Cançado Trindade⁷⁵³, Ayala Corao⁷⁵⁴, Marc André Eissen, tendo este último, inclusive, apontado em uma extensa lista várias alterações legislativas produzidas pelos países a partir das sentenças ditas pelo TEDH⁷⁵⁵.

Um caso interessante de alteração legislativa produzida em um terceiro país em decorrência da condenação de outro, ocorreu com Holanda. A lei belga de direito familiar foi questionada no TEDH que a declarou contrária à Convenção por discriminar filhos legítimos e ilegítimos com relação ao direito dos herdeiros (art. 14 e art. 8º da

⁷⁵¹ Retortillo Baquer, “La interconexión”, op. cit. p.106.

⁷⁵² Carrillo Salcedo, Juan, “El Convenio Europeo”, op. cit. p. 127.

⁷⁵³ Cançado Trindade, Otávio Augusto Drummond, “Os efeitos das decisões”, op. cit. p.283-285; este autor faz uma importante clarificação assinalando que um terceiro estado “que no adoptar el cambio legislativo determinado por el tribunal internacional al Estado demandado no tendrá su responsabilidad internacional comprometida si no fuera posteriormente demandado perante el tribunal”, p. 283.

⁷⁵⁴ Ayala Corao, Carlos M., “Las consecuencias de la jerarquia constitucional de los tratados relativos a derechos humanos”, in “Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos - *Liber Amicorum* Cançado Trindade, Tomo V, Coordinación de R. Zerbini Leão, São Paulo, Sergio Antonio Fabris editor, 2005, p. 106; ressalta a importância da aplicação da jurisprudência internacional sobre direitos humanos pelos tribunais nacionais, a qual teria uma dupla função: lograr a proteção efetiva da pessoa humana com base em estándares internacionales com regras mínimas e evitar fazer incorrer o Estado na responsabilidade internacional pela violação aos direitos humanos.

⁷⁵⁵ Eissen, “El Tribunal Europeo” op. cit. p.101-102.

CEDH). Holanda, tendo uma legislação similar a que havia na Bélgica, alterou a mesma para que “no pudiera ser tachado de contrario al Convenio”⁷⁵⁶.

Em nosso entorno, é interessante verificar que no julgamento do caso *Simón*, a Corte Suprema argentina em um suposto de leis de anistia de militares aplica a jurisprudência da Corte Interamericana referente ao julgamento do caso *Delgado Barrios Altos* envolvendo Perú. Assentou a Corte argentina que “**la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en ‘Delgado Barrios Altos’ al caso argentino resulta imperativa**, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales”, afirmando mais a frente que **também o poder legislativo argentino está vinculado à interpretação do Pacto de São José feita pela Corte internacional**, pois “**el caso ‘Delgado Barrios Altos’ estableció severos limites a la facultad del Congreso para amnistiar**, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de punto final y obediencia debida. Del mismo modo, toda regulación de derecho interno que, invocando razones de ‘pacificación’ disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida” (destacamos)⁷⁵⁷.

Registre-se, por fim, que há uma controvérsia doutrinária a respeito do valor da jurisprudência advinda dos órgãos de controle e monitoramento dos tratados de direitos humanos que não dispõe de poder jurisdicional, denominados geralmente de órgãos “quasejurisdicionais”. Alega-se, de um lado, que a ausência deste elemento retiraria a força vinculante das decisões provenientes, por exemplo, da Comissão Interamericana, da Comissão Européia (já extinta), dos Comitês e Conselhos criados no seio da ONU, dos Comitês da OIT, dentre muitos outros organismos globais e regionais

⁷⁵⁶ Ruiz Miguel, “La ejecución de las sentencias”, op. cit p. 55, citando Rudolf Bernhardt, “The Convention and domestic Law”; Cançado Trindade, “Os efeitos das decisões”, op. cit. p. 285-303, traz diversos exemplos de mudanças legislativas e jurisprudenciais a partir das decisões do TEDH e da Corte Interamericana.

⁷⁵⁷ Verificar item ii.h. do capítulo VI da Seção I da Terceira Parte.

que cumprem um papel fundamental no desenvolvimento dos standards normativos de direitos humanos⁷⁵⁸. No lado oposto, defende-se que a doutrina da “coisa interpretada” também abarcaria tal jurisprudência.

Como vimos, em várias sentenças do Tribunal Constitucional espanhol tem sido acolhidos tais standards jurisprudenciais no trabalho de delimitação do sentido e alcance dos direitos fundamentais. A Corte Argentina, dentre outras, também já estendeu aos precedentes da Comissão Interamericana a “doutrina do seguimento” (Caso *Bramajo*).

Compartilhamos com as posições que defendem a força vinculante das decisões advindas dos órgãos internacionais quasejurisdicionais, especialmente porque - dentre outros fatores que aprofundaremos mais a frente - eles detêm a competência de interpretação e aplicação das disposições dos tratados respectivos e, com isso, também dispõem da atribuição e capacidade de desenvolvê-los através de seu trabalho exegético evolutivo. Em suma, são intérpretes autorizados dos respectivos tratados sobre as violações cometidas pelos Estados⁷⁵⁹.

⁷⁵⁸ Sagues, “Las relaciones” op. cit. p. 56; Drzemczewski diz que as decisões da Comissão européia tem impacto sobre o direito doméstico e as conclusões estão sujeitas a influenciar as cortes domésticas em suas interpretações da Convenção, contudo falta a elas qualquer peso legal *de per se*, op. cit. p. 264.

⁷⁵⁹ No mesmo sentido de nosso posicionamento, verificar o interessante artigo de Savioli, Fabián, “Um análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos” in “Defensa de la Constitución: garantismo y controles”, Bazán, Victor (Coordinador), Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 143-155.

i.c. A construção de uma ordem pública comum através das organizações internacionais, dos tratados de direitos humanos e da jurisprudência evolutiva. Qual o papel da jurisprudência internacional de direitos humanos?

Já havíamos dito que as cláusulas de abertura ao exterior possuem a função de promover a comunicação entre os sistemas de direitos, nacional e internacional, buscando através desta interação o fortalecimento da proteção da pessoa⁷⁶⁰.

Não pretendemos discutir as causas que levaram à criação dos sistemas internacionais de proteção, pois que tal tema excederia o objetivo deste trabalho, ainda que reconheçamos que seu estudo é algo importante para uma boa compreensão de todo o contexto que envolve as relações dos ordenamentos internos e internacionais. Não o faremos, ressalte-se, pela limitação necessária desta pesquisa.

Sem embargo, parece adequado dizer que os sistemas internacionais de garantia dos direitos nascem em um contexto no qual a insuficiência⁷⁶¹ da proteção interna dos direitos da pessoa protagoniza as mudanças. Chega-se à conclusão, pois - após a tragédia mundial do holocausto -, que os Estados não estavam aptos o bastante para assegurar as liberdades em toda a amplitude necessária.

⁷⁶⁰ Para Pescatore, que defende a superação do constitucionalismo "duplamente introvertido" em virtude da "abertura internacional do Estado, faz-se necessário exigir de todas as constituições insiram "cláusulas de abertura" que: a) reconheçam os "valores fundamentais inerentes à constituição da sociedade internacional", como a proteção internacional dos direitos do homem e a promoção da democracia, entre outros; b) comprometam a participação do Estado em organizações internacionais e nas diferentes formas de jurisdição internacional, incluída a transferência de competências à instituições internacionais; c) reconheçam as regras gerais de direito internacional, execução interna e primazia dos tratados internacionais e execução das decisões adotadas pelas organizações internacionais", *in* Saiz Arnaiz, "La apertura constitucional al derecho internacional", *op. cit.* p. 49.

⁷⁶¹ Queiroga Leon, Anibal, "Relaciones entre el Derecho Internacional y el Interno: Nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano", *Estudios Constitucionales*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 2005, p. 65; Toro Huerta, Mauricio Ivan del, "La apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en práctica judicial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 112, 2005, p. 325-363; Eissen, *op.cit.* p. 81-82.

É dizer, a proteção deixa de ser um assunto exclusivamente doméstico e que independe inclusive da expressa vontade de vincular-se às organizações ou tratados internacionais: os Estados devem responder internacionalmente pelas violações de direitos humanos ocorridas em seu território, ou naqueles sob sua jurisdição⁷⁶², ademais de encontrarem-se sujeitos às normas *ius cogens* (caso Barcelona Traction)⁷⁶³.

A concepção dos sistemas internacionais se funda basicamente nestes argumentos, levando em conta, entretanto, que os Estados desempenham papel fundamental nesta tarefa, justamente porque é neste espaço que desfrutamos usualmente de nossas posições jurídicas, uma vez que a soberania ainda que relativizada segue informando as relações estatais com as organizações internacionais⁷⁶⁴.

Dessa forma, temos, de um lado, a proteção dos direitos humanos como um assunto não mais restrito à competência doméstica e, de outro, o princípio da soberania, relativizado mas ativo, informando os sistemas internacionais de proteção como sistemas subsidiários⁷⁶⁵; é dizer, o Estado segue sendo o principal espaço de exercício e garantia

⁷⁶² Conforme Carrillo Salcedo, Juan Antonio, "Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo", Madrid, Tecnos, 1995, p. 19: "En el Derecho Internacional Contemporáneo todos los Estados tienen la obligación jurídica omniun y erga omnes de respetar los derechos fundamentales de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción"; A. Verdross "Derecho Internacional Público" trad. Especial de la reimpresión, Madrid, 1978, p. 542, assinala que a Carta das Nações Unidas "ha roto con el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el principio nuevo de que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamentalmente internacional" citado por Saiz Arnaiz, "La apertura constitucional", op. cit. p. 117.

⁷⁶³ "In the Barcelona Traction judgment the ICJ gave examples of obligations *erga omnes* which by their nature must also form part of *jus cogens*: "Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination"; Frowein, Jochen ABR., "Jus Cogens", in "Encyclopedia of Public International Law", Amsterdam, Elsevier, 1997, p. 67.

⁷⁶⁴ Carrillo Salcedo, "Soberanía de los Estados", op. cit, p. 19.

⁷⁶⁵ Bidart Campos, German J., "Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos" in *Liber Amicorum* Hector

dos direitos fundamentais⁷⁶⁷, e os órgãos internacionais são os que têm uma função complementar, atuando aonde aqueles falharem, sem a pretensão de substituir nem suplantar os sistemas nacionais⁷⁶⁸.

Ao lado deste caráter subsidiário, assoma-se a característica de um ordenamento que impõe normas mínimas aos Estados⁷⁶⁹, *standards* normativos que não podem ser rebaixados ou não observados, que informam o arcabouço protetivo doméstico, incidindo este de forma excludente somente quando melhora o nível de proteção⁷⁷⁰.

Assumidas as cláusulas de abertura como as que fazem esta comunicação entre as fontes internas e internacionais em um movimento que objetiva o reforço da proteção, diz-se que a complementariedade dos sistemas também se constitui na busca da

Fix-Zamudio, Volume I, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 447-479.

⁷⁶⁶ O TEDH manifestou-se a respeito no caso lingüístico belga (FJ 10), no Caso Handyside (FJ 66). No Caso Partido Comunista Unificado da Turquia contra Turquia, em 1998: "Es a lo que el preámbulo del Convenio se refiere como "patrimonio común de ideales y tradiciones políticas, de respeto de la libertad y de preeminencia del derecho" (apartado 45 infra), del que las constituciones nacionales dan a menudo una primera concretización mediante su sistema de garantía colectiva de los derechos que él consagra (Sentencia Loizidou contra Turquía [excepciones previas] de 23 de marzo de 1995, serie A núm. 310, pg. 26, apartado 70), el Convenio viene a reforzar, conforme al principio de subsidiaridad, la protección que en ellas se ofrece a nivel nacional, sin jamás imponerle límites (artículo 60 del convenio)" (FJ 28).

⁷⁶⁷ Toro Huerta, op. cit. 328-330.

⁷⁶⁸ Eissen, op. cit. p. 80-81.

⁷⁶⁹ Característica já reconhecida pelo TC espanhol, como por exemplo nas SSTC 102/2000 (FJ8) e na la SSTC 87/2000 (FJ5): "En este marco ha de insertarse la afirmación del Auto del Pleno de la Audiencia Nacional (fundamento jurídico 3) de que la "legislación de Italia garantiza un juicio con todas las garantías en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos", pues con ella se está efectuando una remisión implícita al estatus mínimo común en materia de derechos fundamentales".

⁷⁷⁰ Bidart Campos, in "Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos" op. cit. p. 451; O caráter mínimo do CEDH, por exemplo, foi incluso reconhecido pelo TC espanhol na SSTC 91/2000 (FJ 7).

melhor fonte⁷⁷¹. Ou seja, na busca daquela que alcança uma proteção mais favorável dos seres humanos (princípio *pro homine*⁷⁷²), que se encontra positivada no art. 53 da CEDH e no art. 29 do Pacto de São José, dentre outros tratados. Resta, portanto, clara a relação entre um sistema de *standards* mínimos e o princípio *pro homine*, o da proteção mais favorável, objetivando-se alcançar a maximização da proteção do ser humano.

Esta interação internormativa explica-se e vincula-se ademais com o atributo da progressividade dos direitos humanos, como deduzimos das lições de Bidart: “Como la historicidad de la vida humana – de la persona, del derecho y del estado – transcurre en el tiempo y en el espacio y prosigue su curso en el continuo temporal, hemos de tener por verdad que nunca se llega a termino o, lo que es lo mismo, que ese devenir histórico no tiene fin’, ‘aquí radica la explicación de porque cabe hablar de la progresividad de los derechos, con el sentido de aseverar que es imposible y a la vez incorrecto hacer un corte en el tiempo para sostener que el sistema de derechos de esse momento ya es definitivo, insuperable e insusceptible de acrecer”⁷⁷³.

Devemos questionar que papel joga a jurisprudência dos órgãos de controle dos tratados de direitos humanos – *em especial do TEDH e da Corte Interamericana* – nos ordenamentos internacionais e, por consequência, nos nacionais.

Em nosso ponto de vista, parece adequado afirmar que a jurisprudência internacional dos direitos humanos permite: a) a atualização-evolução do sistema constitucional dos direitos através de cláusulas de abertura, as quais impelem esta comunicação internormativa; b) a evolução dos textos internacionais, através de uma

⁷⁷¹ Martínez Ponce, op. cit. p. 37-38, fala em retroalimentação das normas para encontrar a mais favorável.

⁷⁷² Dermizaky, op. cit. p. 45, define o princípio com precisão: “debe darse preferencia a la interpretación a la que favorezca los derechos y su libertad; se trata de un enfoque expansivo y progresivo porque el nucleo original de los derechos se expande y avanza sin cesar cuando concurren diferentes fuentes jurídicas se prefiere la norma y la interpretación mas favorable.

⁷⁷³ Bidart Campos, German J., “Progresividad y maximización históricas del Sistema de Derechos” in Hector Gross Spiell Amicorum Liber, Bruxelles Bruylant, 1997, p. 106.

interpretação dinâmica; c) considerar que tudo se move em um ambiente de direito comum⁷⁷⁴.

De fato, torna-se crível admitir que se de um lado as cláusulas de abertura constitucional são mecanismos de interação que permitem a atualização e evolução das Constituições⁷⁷⁵ - por meio de sua leitura conjugada com os textos internacionais -, estas, de outro lado, também sofrem os efeitos e transformações internas dos fatores sociais,

⁷⁷⁴ Para Häberle: "El derecho común es una probada categoría de la ciencia jurídica que ha sido revivida por la moderna ciencia del derecho privado en el campo del derecho civil, tomando como punto de partida del antiguo *ius commune* europeo que existió desde el siglo XIII hasta finales del siglo XVIII con el propósito de superar al Estado nacional clásico y su monopolio estatista de las fuentes del derecho. El concepto de derecho común apunta hacia tendencias jurídicas de igual orientación que tengan efectos transfronterizos, que destaquen lo fundamental y que, en última instancia, se basen en las raíces comunes de la cultura general". Sobre o direito constitucional comum europeu, discorre: "La estructura de principios del derecho constitucional común europeo remite a lo verdaderamente fundamental, no al detalle formal y al mismo tiempo lo hace a flexibilidad y la apertura. (...). En Europa se trata de principios constitucionales susceptibles de universalización por encima de las fronteras nacionales y que pueden conducir al fortalecimiento de la frecuentemente invocada "identidad europea". Hay dos vías de la elaboración del derecho en materia de derecho constitucional común europeo. Por un lado está la política jurídica, a lo cual están llamados todos los constituyentes en Europa, tanto en el plano nacional como en el plano supranacional. Por otro lado, está la vía de la creación del derecho mediante la interpretación, también en ambos planos. No solamente los jueces de los tribunales nacionales y europeos están obligados, en la medida de una metodología común europea todavía por elaborar, a proceder "valorativamente" en el sentido de la doctrina de la comparación jurídico como "quinto" método de la interpretación, a través de la comparación de las similitudes y las diferencias (...)". Ressalta Häberle, ademais, o importante papel desempenhado pelos países que se integram em uma coletividade regional: "Todas las culturas jurídicas nacionales deben esforzarse por hacer contribuciones a la "identidad europea" a través de sus diversas voces y aprendiendo unas de otras pero sin renunciar a sus identidades nacionales". Neste artigo, Häberle demonstrará também que a construção de uma "identidade panamericana" no âmbito de um "direito constitucional comum americano" encontra-se em pleno curso, com importantes aportações que se extraem desde nossas constituições latino-americanas como de nossos documentos de direitos humanos regionais, in "Mexico y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*", op. cit. p. 19-21.

⁷⁷⁵ Martínez Ponce, op. cit. p. 23, diz que "la labor ejercida por el tribunal constitucional implica actualizar permanentemente la norma fundamental, presentandola como un cuerpo vivo y adecuandola a la evolucion de la sociedad".

econômicos, políticos e culturais já que “todo sistema de derechos debe quedar abierto a cuanto plus se vayan haciendo convenientes y necesarios para responder adecuadamente a las transformaciones y valoraciones sociales en cada circunstancia de lugar y de tiempo”⁷⁷⁶, que por sua vez influem na formação e desenvolvimento do direito internacional.

Como bem ressalta Bidart, neste processo de interação recíproca entre direito constitucional e Direito Internacional de Direitos Humanos não se deve esquecer que o primeiro também se constitui em fonte deste último: “(...) hasta ahora la ciencia jurídica se hacia cargo del problema consistente en analizar cuándo y de que manera el derecho internacional era fuente del derecho interno y penetraba en él; ahora, además, aparece la retroalimentación en el caso inverso: el derecho interno se incorpora como fuente del derecho internacional de los derechos humanos en la medida y en el caso de ser más favorable al sistema de derechos”⁷⁷⁷.

Se é verdade, por outro lado, que “el convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales”⁷⁷⁸, o que permite falar “inequívocamente de un sistema dinámico, abierto y en continua evolución ampliatoria – un supuesto evidente y asumido de jurisprudencia creadora”⁷⁷⁹, é inegável que os sistemas dos Estados partes vão sofrer o mesmo influxo que fica refletido na jurisprudência internacional; é dizer, os Estados, nesta questão, são duplamente afetados pelas transformações sociais, sejam aquelas que ocorrem no âmbito doméstico – refletido na evolução das normas e práticas que desenvolvem os direitos fundamentais ou na jurisprudência de seus Tribunais Constitucionais –, sejam aquelas que provém de fora, do

⁷⁷⁶ Bidart Campos, “Progresividad y maximización”, op. cit. p. 106.

⁷⁷⁷ Bidart Campos, “La interpretación”, op. cit. p. 84.

⁷⁷⁸ Loizidou contra Turquía, de 23 de março de 1995; Mamatkulov e Abduralosovic, de 6 de fevereiro de 2003, dentre outros.

⁷⁷⁹ Como o fez Martín Retortillo Baquer com apoio em Carrillo Salcedo; Martín Retortillo Baquer, Lorenzo, “La interconexión” op. cit. p. 69-71; complementa este autor, a respeito da evolução da CEDH: “lo que se dice y se deduce hoy, dando aplicación al texto de 1950, es muy diverso de lo que se decia y deducia cuando el Tribunal comenzó a funcionar”.

entorno regional do qual fazem parte ou do sistema global – estas transformações – *que são as que nos interessam* -, são refletidas através da jurisprudência internacional dos direitos humanos.

Na mesma linha, Saiz Arnaiz - em lição que pode ser aplicada à nossa realidade regional -, relembra a qualificação da CEDH como instrumento vivo dizendo que a Convenção Europeia “no es una foto fija cuyo contenido se identifica sin más con el texto firmado hace ya casi medio siglo; antes bien puede considerarse derecho viviente precisamente por efecto de la actividad de la Comisión y del TEDH que se han mostrado capaces de extraer de su literalidad aspectos seguramente insospechados no hace demasiado tiempo”⁷⁸⁰.

Talvez porque a Convenção se “ha adaptado a la evolución europea”⁷⁸¹ pela via da interpretação, já se disse que, na atualidade, a importância da Convenção não deriva tanto de seu texto, mas sobretudo da jurisprudência do TEDH⁷⁸².

Também na opinião de Carreras⁷⁸³, a jurisprudência do TEDH converte a Convenção em “derecho vivo” preenchendo suas disposições normativas de realidade social, definindo com isto um “estándar mínimo y comun en todo espacio europeo” o que obriga a relacioná-lo com a idéia de um *ius commune* ou um direito constitucional europeu. Como bem ressaltam García Roca e Fernández Sánchez, “el largo camino en la construcción de los derechos europeos, tras medio siglo de jurisprudencia del TEDH y décadas de creación pretoriana de los mismos por el TJCE, es una aportación central en la erección de un *ius commune* europeo”, ressaltando-se, ademais, a existência de um verdadeiro processo dialético entre as jurisdições e ordenamentos europeus, uma vez que “la jurisprudencia de decenas de tribunales supremos y constitucionales, de distintos países y niveles, o la conformación de los derechos em diversas Constituciones no

⁷⁸⁰ Saiz Arnaiz, “La apertura”, op. cit. p. 157.

⁷⁸¹ Saiz Arnaiz, “El Convenio Europeo”, op. cit. p. 33.

⁷⁸² Garcia, op. cit. p. 437.

⁷⁸³ Carreras, op. cit. p. 331.

hubiera sido posible sin las aportaciones del Tribunal de Estrasburgo” através de una “múltiple recepción del Derecho que emana del Convenio a través de una diversidad de mecanismos y momentos”, desde onde se aponta a “esencial importancia de la eficacia de la cosa interpretada de sus sentencias”⁷⁸⁴.

Na sentença do Caso *Louzidou*⁷⁸⁵ o TEDH definiu a Convenção Européia como um “instrumento constitucional de orden publico europeo en el campo de los derechos humanos”, e nos casos, dentre outros, *Refah Partisi*, *Partido Russo Conservador*, *Zdanoka* referiu-se à existencia de uma ordem pública européia⁷⁸⁶, o que tem permitido deduzir um caráter uniformizador de sua jurisprudência, como veremos.

A construção de uma ordem jurídica comum sobre direitos humanos passa pela consideração de que o mínimo normativo constante dos tratados deve ter uma aplicação uniforme em todos os estados contratantes, uma vez que as divergências entre as interpretações poderia solapar um dos únicos traços desse instrumento internacional (o autor se refere à CEDH), nomeadamente, o de assegurar o ‘direito comum’ ou *ordre public européen*⁷⁸⁷. Perspectiva esta que explica o manejo pelos órgãos de controle internacionais de técnicas interpretativas que privilegiam os elementos evolutivos e progressivos destas ordens comuns regionais.

Para Alessandro Pizzorusso este “nuevo derecho común” representa “una especie de tejido conectivo que une los ordenamientos jurídicos modernos y que encuentra expresión en el plano del derecho positivo en documentos como los pactos internacionales en materia de derechos del hombre y similares, mientras se afirma por vía

⁷⁸⁴ García Roca, Javier e Fernandez Sanchez, Pablo A., “Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009, p. XXV-XXVI.

⁷⁸⁵ Caso *Louzidou c. Turquia*, 23 de marzo de 1995, (FJ 75).

⁷⁸⁶ Caso *Refah Partisi e outros contra Turquia*, 2001, Caso do Partido Conservador russo contra Russia, 2007, Caso *Zdanoka* contra Lituania, 2006.

⁷⁸⁷ Drzemczewski, op. cit. p. 330.

jurisprudencial a través de la emergencia en el ámbito de ordenamientos diferentes de modelos jurídicos que tienen un origen cultural común”⁷⁸⁸.

A justificação da vinculação da jurisprudência dos órgãos internacionais de controle e monitoramento de direitos humanos nos ordenamientos internos reside especialmente neste ambiente público europeu e interamericano, criado a partir dos respectivos tratados de derechos humanos e da atuação do TEDH e da Corte Interamericana por suas jurisprudências.

Não parece adequado, aliás, rechaçar a existência de semelhante contexto jurídico comum em âmbito interamericano, a partir de afirmações que arrancam de eventuais diferenças de desenvolvimento institucional ou político neste entorno regional. Como bem destaca García Roca, “La secular doble vocación española, europea y latinoamericana, nos hace ser sensibles al hecho de que los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, que interpreta la Corte Interamericana de San José de Costa Rica, son sustancialmente los mismos del Convenio Europeo (...). Hay una evidente comunidad cultural en la civilización euroatlántica y, en particular, en el mundo latinoamericano salvando las evidentes distancias y diferencias. Creemos que comienza a producirse una verdadera globalización de los derechos, con un sentido más preciso que los que este ambiguo término tiene en otros contextos y, en especial, fuera de la liberalización e internacionalización de los capitales en el mercado. Las doctrinas científicas de ambos hemisferios que se ocupan de los derechos están condenadas a entenderse y al diálogo, y la jurisprudencia de una y otra Corte a escribirse sus sentencias de manera dialogística y no en *disputatio*”⁷⁸⁹.

Como resalta Cançado Trindade em seu voto concorrente no *Caso Caesar contra Trinidad e Tobago*, “el trabajo de los Tribunales Interamericanos y Europeos de Derechos Humanos sin duda ha contribuido a la creación de un *ordre public* internacional

⁷⁸⁸ Pizzorusso, Alessandro, “Curso de Derecho Comparado”, Barcelona, Ariel, 1987, p. 180-181.

⁷⁸⁹ García Roca, Javier, “La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 19-20.

basado en el respeto por los derechos humanos en cualquier circunstancia”, pois “la interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos ha sido guiada por las consideraciones de un interés general superior u *ordre public* que trasciende los intereses individuales de las Partes Contratantes”⁷⁹⁰.

Seguindo esta linha, diz-se que a Convenção Européia criou um “nuevo Derecho Común en materia de derechos humanos y libertades fundamentales” e que o TEDH “está llevando a cabo una importante labor tendente a definir un nivel europeo en el reconocimiento de la dignidad de la persona a la que son inherentes unos derechos inviolables”, com decisões que transcendem “de los límites propios del litigio en que se dictan para constituir así una verdadera jurisprudencia que, al dar ‘complemento’ al ordenamiento europeo sobre derechos humanos y libertades fundamentales participa decisivamente en la elaboración de un Derecho Común en la materia”⁷⁹¹.

Bujosa Vadell qualifica estes efeitos transcendentales atribuindo-lhes uma característica importante: a de uniformizar os ordenamentos estatais. Ressalta que “las resoluciones del TEDH no sólo resuelven el caso concreto que se les plantea satisfaciendo de forma irrevocable los intereses jurídicos que se derivan del Convenio europeo en relación con los directamente interesados (...) sino que por otro lado el Tribunal interpreta las disposiciones del Convenio de Roma con efectos sobre todos los Estados parte. Este último es el efecto indirecto de las sentencias del TEDH (...) y tiene un cierto efecto uniformizador de los distintos ordenamientos de los Estados parte, que tienden a alinearse en torno a un orden publico europeo de los derechos humanos”⁷⁹².

⁷⁹⁰ Caso Caesar contra Trinidad e Tobago, sentença de 11 de março de 2005, parágrafos 6 e 7.

⁷⁹¹ Delgado Barrio, op. cit. p. 234; O autor responde afirmativamente à questão que levanta: “además de la eficacia concreta que tienen en los litigios en los que se dictan - art. 53 -, van a tener vigor interpretativo general del Convenio, en cuanto complemento jurisprudencial de este, mas allá de los límites propios del litigio que recayeron”, op. cit. p. 242.

⁷⁹² Bujosa Vadell, Lorenzo M., “Las sentencias del TEDH y el ordenamiento español”, Madrid, Tecnos, 1997, p. 136-137.

Drewzenski, citando Verdross e Vasak afirma, nesta linha, que uma decisão da Corte é efetiva para o futuro, sendo que o princípio do direito internacional da boa-fé obriga aos Estados contratantes a assegurar que a Convenção seja observada como interpretada pelos órgãos⁷⁹³, alertando, ademais, que a *jurisprudence constante* do TEDH é altamente persuasiva nas jurisdições nacionais, as quais devem procurar as *guidelines* internacionais para clarificar a extensão e a exata natureza das obrigações internacionais convencionais⁷⁹⁴.

O mesmo tipo de relação ordem pública-uniformidade do conteúdo dos direitos, estabelece Díez Picazo. Na opinião deste autor “se ha producido un importante cuerpo de jurisprudencia que tiende a unificar el significado y la interpretación de los derechos humanos en Europa”, advertindo, ademais, que esta interação jurisprudencial ocorre “no sólo en sus grandes líneas maestras, sino también en sus aspectos técnicos de detalle”, o que impede “cualquier país europeo incluida España, abordar cualquier problema de derechos fundamentales sólo sobre la base del correspondiente ordenamiento interno, sin tener presente el Convenio Europeo y la jurisprudencia de Estrasburgo”⁷⁹⁵.

O referido autor, a respeito, é taxativo: “ello significa que cada uno de esos derechos posee un contenido necesario y común a escala continental, frente al cual no cabe oponer peculiaridades constitucionales nacionales. En los países que pertenecen al Convenio Europeo de Derechos Humanos, las normas constitucionales sobre derechos

⁷⁹³ Drzemczewski, op. cit. p. 271.

⁷⁹⁴ Drzemczewski, op. cit. p. 316.

⁷⁹⁵ Díez-Picazo, Luis Maria, “Sistema de Derechos Fundamentales”, Madrid, Thomson-Civitas, 2^a. Edición, 2005, p. 164-165. Em artigo recente, nominado “Límites Internacionales al Poder Constituyente”, o autor disse que o TEDH “ha construído un formidable cuerpo jurisprudencial que especifica el significado y alcance de los derechos declarados en el Convenio. Ello significa que cada uno de esos derechos posee un contenido necesario y común a escala continental, frente al cual no cabe oponer peculiaridades constitucionales nacionales (...). Todo ello conduce a una notable uniformidad del derecho de los derechos humanos a lo largo y ancho de Europa y por consiguiente, a un importante límite a las opciones del poder constituyente de los Estados en la materia”, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 76, 2006, p. 18-19.

fundamentales sólo pueden operar autonomamente en aquellos sectores que no han sido aún tocados por la jurisprudencia de Estrasburgo. El derecho de los derechos humanos aplicable en cada país resulta ser, así, una peculiar combinación de las propias normas constitucionales y elaboraciones jurisprudenciales con la mencionada jurisprudencia de Estrasburgo. Todo ello conduce a una notable uniformidad del derecho de los derechos humanos a lo largo y ancho de Europa y, por consiguiente, a un importante límite a las opciones del poder constituyente de los Estados en la materia”⁷⁹⁶⁷⁹⁷.

Importante resaltar a posição de Giancarlo Rolla, para quem este processo de osmose entre os ordenamentos favorece a criação de um direito comum que é utilizado por ambas as jurisdições e que “constituye la base unitaria de la tutela de los derechos de la persona en un determinado ámbito geográfico supranacional. Dicho resultado se alcanza tanto reconociendo las tradiciones constitucionales de los concretos Estados, como haciendo referencia a las codificaciones internacionales y, sobre todo, a la interpretación que han dado de las mismas los jueces internacionales”⁷⁹⁸.

Com efeito, não há dúvida de que a jurisprudência internacional, entendida como *standard* mínimo e comum⁷⁹⁹, construções gerais⁸⁰⁰, pautas culturais⁸⁰¹, ou

⁷⁹⁶ Diez-Picazo, “Sistema de derechos” op. cit. p. 164-165.

⁷⁹⁷ Desta posição discorda Queralt Jiménez, para quem “el entendimiento conjunto de la existencia de un estándar mínimo europeo y la asunción del pluralismo sobre el que se asienta el CEDH lleva a concluir que este sistema implica un proceso de armonización en materia de derechos y libertades, que no de uniformización, tal y como parece defender, además, mayoritariamente la doctrina europea”, Queralt Jiménez, Argelia, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, in García Roca, Javier e Fernandez Sanchez, Pablo, “Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009, p. 245.

⁷⁹⁸ Rolla, op.cit. p.66.

⁷⁹⁹ Garcia de Enterría, citado por Delgado Barrio, op. cit. p. 244.

⁸⁰⁰ Freixes Sanjuán, Tereza, “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”, in Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furió Ceriol, n. 11-12, Valencia, 1995, p. 99.

⁸⁰¹ Toro Huerta, op. cit, p. 348.

standards do patrimônio constitucional europeu⁸⁰², é construída para servir ao conjunto dos estados que se agregam em um mesmo sistema de proteção, no caso, o europeu. O mesmo conjunto de argumentos deve ser estendido ao sistema interamericano.

Como assinala Freixes Sanjuán, “estas construcciones jurisprudenciales (...) presentan un ámbito o alcance general que impregna a todo el sistema de derechos derivado del Convenio y actúan, de este modo, como critérios hermeneuticos aplicables, tanto a los derechos reconocidos por el Convenio Europeo como, a partir de la consideración de este Convenio como *standard* mínimo general exigible a los estados europeos, a los sistemas internos de los derechos”⁸⁰³.

No entender de Cançado Trindade “Hay todo un sentido lógico y común en la atribución de dicha facultad a esos cuerpos, como guardianes que son de la integridad de los tratados de derechos humanos, en lugar de abandonar dicha determinación a los Estados Partes Interesados mismos, como si fueran, o pudieran ser, los árbitros finales del alcance de sus obligaciones convencionales. Dicho sistema de determinación objetiva promovería el proceso de institucionalización progresiva de la protección internacional de derechos humanos, así como la creación de un verdadero orden público internacional (*ordre public*) basado en el completo respeto a, y observación de los derechos humanos. (...). Solo con un sistema de ese tipo de determinación objetiva tendremos éxito en ser coherentes con la especial naturaleza de los tratados de derechos humanos, que establecen obligaciones de un carácter objetivo y son aplicados por medio del ejercicio de la garantía colectiva. Solo entonces lograremos establecer, en el ámbito del derecho de los tratados, estándares de comportamiento que contribuirán a la creación de un verdadero *ordre public* internacional basado en el respeto y observación de derechos humanos, con las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección. Estamos ante

⁸⁰² Quesada, op. cit. p. 32.

⁸⁰³ Freixes Sanjuán, op. cit. p. 98-99.

la necesidad de la renovación y humanización del derecho de los tratados como un todo, incluyendo también las formas de manifestación del consentimiento del Estado”⁸⁰⁴.

A construção de uma ordem pública interamericana reflete-se também na jurisprudência da Corte, como faz notar o referido internacionalista, em seus votos, como o proferido no *Caso das Irmãos Serrano Cruz contra el Salvador*⁸⁰⁵, já que

“En el dominio de la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, el crecimiento y consolidación de las jurisdicciones internacionales de derechos humanos en los continentes americano y europeo dan testimonio de los avances notables del antiguo ideal de la justicia internacional en nuestros días. Tanto la Corte Europea como la Interamericana han establecido correctamente límites al voluntarismo estatal, han salvaguardado la integridad de las respectivas Convenciones de derechos humanos y la primacía de consideraciones de *ordre public* sobre la voluntad de Estados individuales, han establecido estándares más altos de comportamiento estatal y cierto grado de control sobre la interposición de restricciones indebidas por parte de los Estados, y han, de modo alentador, fortalecido la posición de los individuos como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con plena capacidad procesal. En cuanto a la base de su jurisdicción en materia contenciosa, ilustraciones elocuentes de su posición firme en apoyo de la integridad de los mecanismos de protección de las dos Convenciones se encuentran, por ejemplo, en decisiones recientes de la Corte Europea así como de la Corte Interamericana. Los dos tribunales internacionales de derechos humanos, al resolver correctamente cuestiones procesales básicas planteadas en tales casos recientes, han hecho uso con aptitud de las técnicas del Derecho Internacional

⁸⁰⁴ Voto do Juiz Cançado Trindade, parágrafos 39 e 41, no Caso Caesar contra Trinidad e Tobago, sentença de 11 de março de 2005.

⁸⁰⁵ Sentença de 1º de março de 2005, mérito, reparações e custas, parágrafos 52 e 53.

Público con el fin de fortalecer sus jurisdicciones respectivas de protección de la persona humana”.

As reações contra os esforços em torno deste movimento que se orienta no estabelecimento de uma normatividade comum e homogênea relativamente aos direitos humanos - cujos fundamentos se apegam em argumentos relativistas -, geralmente se realizam para “justificar institutos del todo incompatibles con el valor de la persona, como la esclavitud, las torturas, la discriminación racial, o la subordinación por razones de sexo”⁸⁰⁶. Afirma-se, com razão, que “en otros términos, la apelación a la identidad cultural y nacional ha constituido en muchos casos una pantalla para conservar tradiciones inconciliables con los propios fundamentos de la dignidad de la persona”⁸⁰⁷.

Como bem acentua Rolla, “se ha observado sutilmente que la experiencia histórica muestra que el enemigo de la identidad nacional debe buscarse no en la tendencia al universalismo, que empuja hacia la consciente y voluntaria superación de particularismos contingentes, sino en otros nacionalismos más fuertes y agresivos”, não havendo, de outro lado, contradição entre “tradiciones y tendencias universalizadoras” já que tais elementos não são “antitéticos” na medida em que “subsiste entre los dos perfiles una relación de necesaria complementariedad”⁸⁰⁸.

Tais afirmações não importam a desconsideração das diversidades nacionais, pois como pontua García Roca “hay que armonizar e integrar de una manera mucho más compleja y plural, respetuosa con las diferencias” o que, de outro lado, não impede o reconhecimento pelo próprio autor de que “el Convenio no impone una uniformidad absoluta sino mínima”⁸⁰⁹⁸¹⁰.

⁸⁰⁶ Rolla, op.cit. p. 46.

⁸⁰⁷ Rolla, op.cit. p. 46.

⁸⁰⁸ Rolla, op.cit. p. 46.

⁸⁰⁹ García Roca, “Soberanía Estatal”, op. cit. p. 42.

⁸¹⁰ Para Queralt Jiménez - que reconhece a existência de um standard mínimo e comum proveniente do TEDH de observância obrigatória pelos Estados membros -, trata-se de um processo de harmonização

Assim, não parece muito adequado sustentar categorias teóricas ou práticas sem perceber que vivemos em um mundo transformado pelo impacto da proteção internacional dos direitos humanos, como princípio, como valor e como objetivo a ser perseguido pelos agentes estatais em cumprimento às obrigações internacionais. Como ressalta Rolla, “ (...) Esta consideración pone de relieve un límite ulterior a la efectiva universalización de los derechos de la persona, constituido por una interpretación rígida del principio de la soberanía estatal como barrera impermeable a las aportaciones del ordenamiento internacional”⁸¹¹.

Possui razão, a nosso juízo, então, quem pugna por uma ordem comum e mínima na qual a interpretação joga um papel fundamental a partir da consideração de que os direitos devem ser vistos a partir de sua aplicação uniforme, já que se efetuam em um ambiente no qual se compartilham os mesmo valores, tradições, crenças e princípios.

Parece imprescindível adotar-se esta postura hermenêutica, pois, por qual outra forma pode-se manter uma “concepção e um respeito comuns dos direitos humanos” tal como disposto no preâmbulo da Convenção Européia? Ou, tratando-se de nosso sistema regional, que “proteção internacional dos direitos do homem deve ser o guia principal do direito americano em evolução” já que o “verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro o de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas um regime de liberdade individual e justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem”? Em nosso entender, este caminho que aponta a Declaração Americana e a Carta da

internormativo e não de adoção de parâmetros uniformes -, “en cualquier caso, todos los Estados parte del CEDH han reconocido compartir una série de valores y creencias comunes respecto y garantía de los derechos y libertades de las personas, cuya salvaguardia han dejad en manos del TEDH” o qual, no exercício desta função “ha elaborado un estándar mínimo europeo en el que quedan reflejados aquellos valores y creencias comunes inherentes a las sociedades democráticas, convirtiéndose así en el citado estándar en el límite a la heterogeneidad”, in “El alcance del efecto de cosa interpretada”, op. cit. p. 245.

⁸¹¹ Rolla, op.cit. p. 46.

Organização dos Estados Americanos somente pode ser trilhado se nos apegarmos a um patamar mínimo comum de civilidade em nosso entorno.

Hesse, a propósito, ressalta que “la interpretación constitucional sencillamente la interpretación del derecho no puede ya por más tiempo orientarse aisladamente al derecho nacional”⁸¹². De fato, “seria inutil elaborar un tratado destinado a conformar una legislación internacional si las jurisdicciones de cada Estado lo interpretase siguiendo las nociones propias de su derecho” pois “una interpretación unilateral de la normativa convencional podría afectar al objeto y fin del CEDH, lo que conduciría a una negación de la naturaleza del tratado”⁸¹³⁸¹⁴.

Nesta linha, resulta adequado considerar que a decisão dos estados europeus e americanos de estabelecer uma “garantia coletiva” dos direitos humanos passa também pela necessidade de que esta garantia arranque de determinadas bases jurisprudenciais uniformes, resultantes do “interesse comum” de alcançar uma união mais estreita entre os estados que compõe o Conselho da Europa ou, no ambito regional americano, que este arranque se sustente na concepção de expansividade deste sistema de proteção, tal como previsto expressamente na Declaração Americana. Isto porque, se consideramos que a “missão histórica da América” de oferecer ao homem uma “terra de liberdade” sob as bases da “solidariedade americana”, a consolidação de um “regime de liberdade individual e de justiça social fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”

⁸¹² Hesse, Konrad, “Estudios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana”, UNED, Teoría y realidad constitucional, n. 1, 1998, p. 23.

⁸¹³ Martínez Ponce, op. cit. p. 190.

⁸¹⁴ A questão da autonomia dos conceitos revela um importante campo aonde se pode verificar que a jurisprudência do TEDH adquire a função de penetrar nos ordenamentos nacionais impondo-lhes uma concepção regional; Eissen, op. cit. p. 88-89, coloca em uma lista uma série de expressões utilizadas desta maneira pelo TEDH ressaltando que isso “no los interpreta, en un caso dado, por referencia a la terminología y a la semántica que se estilen unicamente en el Estado demandado; sin cortarles sus raíces, procura atribuíerles un sentido “europeo” que sea válido para todos los Estados contratantes; alguns conceitos destacados pelo autor: “direitos e obrigações de caráter civil”, “acusação em matéria penal”, “lei”, “vagabundo”, “vítima”, p. 130-131.

somente encontra significação a partir do respeito desta diretriz evolutiva, cuja jurisprudência internacional tem particular importância.

Pode-se dizer, com apoio em Cançado Trindade, que há uma jurisprudência convergente neste tema, pois ambas as Cortes regionais tem contribuído para a criação desta ordem pública internacional baseada no respeito dos direitos humanos em qualquer circunstância⁸¹⁵.

De forma conclusiva, pois, podemos afirmar que a necessária observância dos parâmetros dos órgãos internacionais de garantia ocorre em um ambiente no qual se compartilham os mesmos valores e tradições, princípios e regras, e no qual se objetiva alcançar um mínimo necessário de homogeneidade na aplicação das regras comuns.

Na fundamentação desta obrigação parte-se ainda de diversas razões expostas pela doutrina especializada, as quais sistematizamos e apresentamos abaixo.

ii. Elementos de fundamentação

ii.a. Fundamentações axiológicas ou principiológicas

Ademais de todos os argumentos que justificam a observância pelos estados dos tratados internacionais e da respectiva jurisprudência em razão dos princípios da boa-fé (*pacta sunt servanda*) e do efeito útil (*effect utile*) às disposições normativas pactuadas, importante destacar que os elementos axiológicos e principiológicos que destacaremos em seguida tem uma vinculação importante com a própria ordem jurídica comum no qual se move a Convenção Européia e Interamericana, o que se comprova através da análise do estatuto do Conselho da Europa e da Carta da Organização dos Estados Americanos.

No primeiro, destaca-se que sua finalidade “consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso economico y

⁸¹⁵ Voto do Juiz Cançado Trindade, parágrafo 7, no Caso Caesar contra Trinidad e Tobago, sentença de 11 de março de 2005.

social” (art. 1.a) la cual se alcanzará a través de la “salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales” (art. 1.6). Na Carta da OEA, se destaca a partir de seu Preâmbulo que “a missão histórica da América é oferecer ao homem uma terra de liberdade”⁸¹⁶, e que a consolidação de um sistema de proteção no continente “fundado no respeito dos direitos essenciais do homem” surge do “verdadeiro sentido” de solidariedade americana e da boa vizinhança, constituindo um dos princípios reconhecidos pelos Estados americanos a proclamação dos “direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo” (art. 3º, I)⁸¹⁷.

Fernández Sanchez ressalta que durante os trabalhos preparatórios da CEDH “se tenía claro que éste debía servir para imponer unos principios jurídicos comunes a todos los Estados Partes que sirvieran de base para establecer un nuevo orden jurídico en

⁸¹⁶ Em artigo no qual Häberle comenta sobre a existência e consolidação de um *ius commune* americano, confere ele especial referência às manifestações colhidas no preâmbulo e no corpo da Carta da OEA, como indicativo da identidade panamericana: “No hay modo de “constitucionalizar” de manera más concentrada y certera los valores fundamentales de todo el continente americano, pero con ello se hacen también visibles principios constitucionales panamericanos que son complementados en el capítulo VI por normas económicas, en el VII por normas sociales y en el VIII por normas culturales. El capítulo XIII establece expresamente un órgano permanente, la Unión Panamericana, y el artículo 74 describe a América a partir de la cultura a través del mandato de protección a favor de la “cultura de los grupos indígenas de los países americanos” (letra d) y en la gran cláusula sobre el patrimonio cultural, referido a toda América (letra e): “Cooperar para la protección, preservación y aumento del patrimonio cultural del Continente”, *in* “México y los contornos de un derecho constitucional común”, *op. cit.* p.30-33.

⁸¹⁷ “(...) la idea de la comunidad panamericana de valores alcanza una nueva etapa textual en el Estatuto de la OEA (1967), por un lado, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), por el otro. Ya en el preámbulo de la Carta de la OEA se señalan los conceptos claves que indican un canon de valores para toda América y que forman la base en la búsqueda de un posible derecho constitucional común americano (...) En el artículo 3º, inciso k, se alcanza quizá la etapa textual más bella y densa con la siguiente frase: “la unidad espiritual del Continente se basa en el respeto de los valores culturales de los países americanos y demanda su estrecha cooperación en las altas finalidades de la civilización”. En la cláusula de lineamientos del artículo 42, frase 2, se dice marcadamente: “Ellos (sc. los Estados miembros) se sienten obligados, cada uno para sí y de manera conjunta, a preservar el patrimonio cultural de los pueblos americanos”, *in* “México y los contornos de un derecho constitucional común”, *op. cit.* 30-33.

Europa. Así, el relator Teitgen habló del Convenio Europeo de Derechos Humanos como creador de “un orden jurídico europeo y un sistema de derecho europeo” o como “el denominador común de nuestras instituciones políticas”⁸¹⁸.

Tal conjunto axiológico e principiológico foi recolhido no Preâmbulo da CEDH aonde se ressalta que os Estados europeus “animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho, a tomar las medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos derechos enunciados en la Declaración Universal”.

As sentenças do TEDH a respeito também merecem ser destacadas, pois são constantes e abundantes as referências que se fazem ao “patrimonio de ideales y de tradiciones políticas, de respeto de la libertad y de preeminencia del Derecho” que “los Estados europeos tienen en común”⁸¹⁹ y los valores comunes que informan los estados partes del CEDH que se basa en una “concepción común y un común respeto de los derechos humanos”⁸²⁰, pois está “destinado a promover los ideales y valores de una sociedad democrática”⁸²¹.

Nesta linha, parece adequado relacionar tal postura com o reconhecimento de um “Direito Constitucional Comum Europeu”, na linha do que propugna Häberle com seu “Estado Constitucional Cooperativo”, pois o fato de os Estados nacionais europeus pertencerem ao “tipo de ‘Estado constitucional’ se aproxima enormemente da conclusão de que determinadas características deste não são mais do que princípios jurídicos reputados comuns”. Ademais, reconhecer que estes Estados nacionais se constituíram “de

⁸¹⁸ Fernández Sanchez, Pablo Antonio, “Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministério de Justicia, 1987, p. 42-43.

⁸¹⁹ Caso Refah Partisi y otros contra Turquía, 2001.

⁸²⁰ Caso Zdanoka contra Lituania, 2006; Caso Russian Conservative Party of Entrepreneurs, 2007; Caso Partido Comunista Unificado da Turquía contra Turquía, 1998; Caso Klass e outros contra Alemanha, 1978; Caso Refah Partisi e outros contra Turquía, 2001.

⁸²¹ Caso Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen contra Dinamarca, 1976; Caso Partido Comunista Unificado da Turquía contra Turquía, 1998; Caso Soering contra Reino Unido, 1989.

forma ‘análoga’ e que tais analogias são precisamente o que de comum possuem, da mesma forma que o pressupõe a sua existência, permite a cada Estado seguir seu próprio caminho e simultaneamente, contemplar-se a si mesmo imerso no contexto comum europeu”⁸²².

O mesmo conjunto de idéias, elementos textuais e práticos havidos nas realidades constitucionais de nosso entorno regional permite que Häberle afirme: “‘América’, ‘Latinoamérica’ o algunas regiones particulares como ‘Centroamérica’ o el espacio caribeño se encuentran en los textos de múltiples maneras. Se hallan en el texto y el contexto de preámbulos; en forma de tareas del Estado; en el contexto de las normas constitucionales relativas a la nacionalidad (...) y en otras partes de la Constituciones escritas (...) En Latinoamérica ya hay ‘clausulas constitucionales’ sobre Latinoamérica, América y Centroamérica, aunque en forma muy diversa. Desde el punto de vista sistemático, la integración correlativa (creación de una comunidad) es normada como objetivo en diversos contextos. La comunidad, unión o solidaridad latinoamericana ya existe como texto constitucional”⁸²³⁸²⁴.

A doutrina assinala que o trabalho do TEDH se encontra sustentado nas tradições culturais comuns, atuando ademais na construção de um direito comum. Delgado Barrio, por exemplo diz que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está llevando a cabo una importante labor tendente a definir un nivel europeo en el reconocimiento de la dignidad de la persona a la que son inherentes unos derechos

⁸²² Häberle, Peter “Derecho Constitucional Común Europeo”, *in* Revista de Estudios Políticos, 79, janeiro-março 1993, p. 7-46.

⁸²³ Häberle, Peter, *in* México y los contornos de un derecho constitucional común”, *op. cit.* p. 23-28.

⁸²⁴ Existe, ademais, uma sintonia neste tema entre as constituições latino-americanas e o ordenamento jurídico regional de direitos humanos. Nas palavras de Häberle: “Los textos constitucionales nacionales analizados en relación con el tema de Latinoamérica, y la comunidad latinoamericana o centroamericana, no están aislados. En el plano supranacional del derecho de gentes hay grandes textos sobre el mismo tema que en general los han precedido históricamente y los cuales incluso son más densos, presentan más variantes y de algún modo son más “grandes”, aunque sean sólo soft law”, *in* México y los contornos de un derecho constitucional común”, *op. cit.* p. 30.

inviolables. Basándose en una tradición cultural común, su labor contribuye a hacer posible un proyecto de vida también común: en esta línea sus decisiones tienen una virtualidad que trasciende de los límites propios del litigio en que se dictan, para constituir así una verdadera jurisprudencia (...) participa decisivamente en la elaboración de un Derecho Común en la materia”⁸²⁵.

Jimena Quesada vai além, apontando que a remissão às tradições constitucionais comuns “debe inscribirse en el marco de la búsqueda del canon normativo más favorable para la realización de los derechos y libertades (principio *favor libertatis* o *pro homine*), de suerte que las normas constitucionales pertinentes sólo entrarán en juego si efectivamente son más positivas”⁸²⁶.

Sudre, de sua parte, assevera que “por distintos métodos de interpretación que *européizan* su jurisprudencia y le dan su coherencia y autoridad, el Tribunal Europeo da lugar a un *Derecho comun europeo de los derechos y libertades*, que es la traducción del “patrimonio común” evocado en el Preámbulo del Convenio”⁸²⁷.

Giancarlo Rolla também destaca a criação de um direito comum, que diz ser favorecido pelo processo de osmose entre os ordenamentos nacionais e regionais, e que cujo resultado se alcança “reconociendo las tradiciones constitucionales de los concretos Estados”, mas também pela adesão a um método de interpretação comum, pela existência de formas significativas de unidade cultural ou a aceitação de um sistema de valores suficientemente homogêneo, vaticinando que “del conjunto de estos fenómenos deriva la formación de tradiciones constitucionales comunes capaces de homogeneizar los niveles

⁸²⁵ Delgado Barrio, op. cit. p.234.

⁸²⁶ Jimena Quesada, Luis, “El lugar de la Constitución en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, en “Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos - Liber Amicorum Cançado Trindade”, tomo V, Coordinación de R. Zerbini Leão, São Paulo, Sergio Antonio Fabris editor, 2005, p. 217-223.

⁸²⁷ Sudre, F., “Droit européen et international des droits de l’homme”, Paris, PUF, 6^a. Ed., citado por Jimena Quesada, “Sistema europeo”, op. cit. p. 68.

de tutela de los derechos de la persona, con independencia del ordenamiento estatal de referencia”⁸²⁸.

A prática de recorrer aos elementos axiológicos ou principiológicos parece ser, na opinião de Carreras, o que pode justificar o uso como parâmetro interpretativo pelo Tribunal Constitucional espanhol de instrumentos internacionais que não possuem caráter normativo, já que muitas vezes o Tribunal utilizou nas motivações de suas sentenças diversos instrumentos desprovidos de força vinculatória ou tratados não ratificados por Espanha, ou mesmo normas internacionais que sofreram reservas do estado espanhol. Nas palavras do citado autor: “Todo ello indica que, mas allá de la estricta imposición constitucional del artículo 10.2 CE, el Tribunal Constitucional ha considerado que debe estar abierto al derecho internacional – tanto convencional como institucional – al considerar a este, en matéria de derechos humanos, como el mejor reflejo de la más avanzada conciencia jurídica universal respecto a los valores de libertad e igualdad de las personas. Esta creencia le ha llevado, en ciertos casos, hasta el extremo de utilizar en sus razonamientos argumentos derivados de tratados todavía no ratificados o de preceptos de tratados suscritos por España respecto de los cuales se habían formulado reservas”⁸²⁹.

Neste grupo de instrumentos que não dispõem de força para constranger normativamente os Estados, utilizados, entretanto, pelo Tribunal Constitucional espanhol, podemos citar as recomendações da OIT, as resoluções do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, as resoluções do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, as resoluções aprovadas pela Assembléia Geral da ONU, como as “Regras de Beijing”. Geralmente o Tribunal ressalta primeiramente que não há, com efeito, nenhuma vinculação do instrumento utilizado para Espanha, o que não justificaria a incidência do art. 10.2; sem

⁸²⁸ Rolla, op. cit. p. 66-67.

⁸²⁹ Carreras, Francesc de, “Función y alcance”, op. cit. p. 328-329; este autor tem chamado estes instrumentos de “parâmetro interpretativo indirecto”.

embargo, o que faz ao final é mesmo empregá-los “con los propósitos hermenéuticos *ex art. 10.2 CE*”⁸³⁰⁸³¹.

ii.b. Fundamentações orgânicas ou sistemáticas

Em outro grupo encontram-se fundamentações que partem de argumentos orgânicos ou sistemáticos, ou seja, que se propõem a justificar a temática a partir da existência de um sistema de garantia de direitos em interação, na competência dos órgãos que compõem este sistema para decidir acerca da interpretação e aplicação dos assuntos relativos às obrigações assumidas pelos Estados e no poder jurisdicional exercido pelos Tribunais criados no seio das organizações internacionais.

Aqueles argumentos tendentes a justificar o dever de observar os textos internacionais e os correspondentes critérios interpretativos internacionais a partir da existência de um sistema integrado – interno e internacional – que tem a função de alcançar uma maior proteção à pessoa, centram-se nos argumentos da interação, integração e complementariedade, e na cláusula da interpretação mais favorável que já foram deduzidas ao largo de nossa exposição, aos quais nos remetemos.

Sem embargo, temos que frisar pelo menos mais dois importantes pontos. O primeiro é o de que os sistemas internacionais de proteção que estabelecem órgãos de proteção não fornecem somente uma lista de direitos, pois formam complexos orgânicos⁸³² com funções e competências delimitadas entre seus órgãos. Por outro, deve destacar-se que estes sistemas internacionais de proteção somente surgem a partir do consenso dos Estados em sua criação – no exercício de sua soberania -, e do

⁸³⁰ Saiz Arnaiz, “La apertura”, op. cit. p. 91-101.

⁸³¹ Como por ejemplo na SSTC 38/1981 diz-se que “las Recomendaciones de la O.I.T., si bien, como es obvio, distintas de los Convenios, y sin alusión directa en el art. 10.2 de la Constitución, son textos orientativos, que sin eficacia vinculante pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios, carácter con el que se invocan aquí las Recomendaciones a las que hemos hecho sucinta referencia”.

⁸³² Delgado Barrio, op. cit. p. 242; Garcia, Nieves Buisán, op. cit. p. 435-436.

estabelecimento de princípios, valores, objetivos e estrutura dirigida ao alcance de finalidades postas pelos próprios estados: salvaguardar os direitos humanos e as liberdades fundamentais a partir de uma normatividade mínima, alcançando uma maior efetividade na proteção da pessoa. De modo que, torna-se ilógico em um Estado Constitucional Cooperativo, aberto ao exterior por definição, recluir-se em sua própria realidade local com o intuito de rechaçar a influência harmonizadora da normatividade internacional dos direitos humanos.

Nesta linha, de maneira esclarecedora, Martínez Ponce assinala que Espanha não somente se vinculou aos conteúdos da parte dogmática da Convenção, senão que também à parte orgânica, de “tal manera que no sólo se halla obligada a garantizar los Derechos allí enumerados, sino también a conformarse con la interpretación dada a los mismos por los órganos convencionales competentes; lógicamente, si un texto internacional insta a determinados órganos y les dota de una competencia interpretativa de lo allí dispuesto, el Estado-parte que ha dado su aquiescencia a la creación de estos órganos y a la competencia dada a los mismos, también se vincula a lo por ellos resuelto en su labor de interpretación y aplicación de sus disposiciones”⁸³³. Postas as coisas nestes termos, pode-se dizer que não se trata de critérios estrangeiros, de critérios impostos de fora para dentro⁸³⁴.

Parece adequado postular-se também que os direitos sofram uma interpretação a partir de critérios sistemáticos, alertando, entretanto, que não estamos a nos referir somente à necessária consideração dos tratados de direitos humanos pelo intérprete nacional enquanto elementos integrantes de um sistema que deve ser analisado em sua totalidade. O cotejo interpretativo-sistemático que se postula deve compreender não somente a literalidade textual dos tratados, mas abarcar os parâmetros interpretativos que lhe são naturalmente ínsitos e decorrem do trabalho evolutivo dos órgãos competentes, pois como bem ressalta Saiz Arnaiz, “en el terreno de los derechos

⁸³³ Martínez Ponce, op. cit. p. 171.

⁸³⁴ Por este motivo, Martín Retortillo Baquer fala de “nuestro Tribunal” e de “nuestra jurisprudencia” quando se refere, respectivamente, ao TEDH e sua jurisprudência, in “La interconexión de los ordenamientos”, p. 73-74.

fundamentais a interpretação sistemática de la Constitución obliga a tener presentes los tratados y acuerdos internacionales y, muy particularmente, las decisiones emanadas de los órganos de garantía de carácter jurisdiccional en éstos previstos⁸³⁵.

A competência dos órgãos de garantia também é, por outro lado, um ponto importante no qual a doutrina se fixa para justificar a observância obrigatória dos critérios interpretativos internacionais. Isto porque as disposições a respeito da ex-Comissão Europeia de Direitos Humanos, do TEDH, da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana são expostas de forma ampla e bem clara: tem eles competência para todos os assuntos relativos à interpretação e aplicação dos tratados de direitos humanos respectivos e de seus protocolos⁸³⁶⁸³⁷⁸³⁸.

⁸³⁵ Saiz Arnaiz, "La apertura", op. cit. p. 210-221; Neste sentido, Dermizaky op. cit. p. 47, resalta "los derechos fundamentales son un sistema orgánico, coherente y coordinado en el que todos se apoyan y complementan y que no se les debe considerar de manera aislada".

⁸³⁶ No caso *Loizidou contra Turquía*, sentença de 23 marzo 1995, foi ressaltado: "El Tribunal señala que los artículos 25 y 46 son disposiciones esenciales para la eficacia del sistema del Convenio ya que delimitan la responsabilidad de la Comisión y del Tribunal, la de "garantizar el respeto de los compromisos que resultan para las altas partes contratantes" del Convenio (artículo 19), fijando su competencia para conocer las quejas derivadas de las alegaciones de violaciones de los derechos y libertades enunciados en este texto. Cuando interpreta estas disposiciones claves, debe tener en cuenta el carácter singular del convenio, tratado de garantía colectiva de los derechos humanos y de las libertades fundamentales" (FJ 70).

⁸³⁷ O atual artigo 32 estabelece a competência do TEDH: "1. A competência do Tribunal abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidas nas condições previstas pelos artigos 33, 34 e 47"; na reforma do Protocolo XI de 1998 se extinguiu a Comissão europeia.

⁸³⁸ O art. 33 da Convenção Americana diz: "São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção: a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte". No art. 41 arrolam-se as funções da Comissão e no art. 44 estabelece-se que: "Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte". Quanto às competências da Corte Interamericana, o item 3 do art. 62

Se, efetivamente, o tratado dispõe sobre a existência de órgãos com competência para a sua interpretação e aplicação – que ademais sofrem a influência dos estados partes nos procedimentos de controle -, torna-se uma consequência lógica admitir que esta função os qualifica inexoravelmente como “intérpretes finais” dos tratados de direitos humanos.

Fixa-se neste argumento, por exemplo, Linde, afirmando que por meio do art. 10.2 da CE encontra-se o Tribunal Constitucional vinculado na hora de definir o sentido e alcance dos direitos fundamentais à interpretação do TEDH em vista da competência estabelecida na CEDH⁸³⁹. Fernández Sanchez assinala na mesma linha que as sentenças do TEDH não servem somente para resolver os assuntos concretos que se lhe submetem, mas para aclarar, amparar e desenvolver a Convenção⁸⁴⁰. Cançado Trindade, Saiz Arnaiz e muitos outros, do mesmo modo, fundamentam na competência dos órgãos internacionais a obrigação de observar os critérios interpretativos internacionais⁸⁴¹.

Garcia de Enterría faz uma clarificação interessante, justificando a recepção da jurisprudência do TEDH “por el juego combinado de un doble *renvoi* (el del art. 10.2 de la Constitución al Convenio; el del art. 45 - actual art. 32⁸⁴² – del Convenio – a las

assim as descreve: “A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial”.

⁸³⁹ E. Linde, L.I. Ortega e M. Sánchez Morón, op. cit. p. 58.

⁸⁴⁰ Fernández Sanchez, op. cit. p. 138, citando o Caso Irlanda contra Reino Unido.

⁸⁴¹ Cançado Trindade, op. cit. p. 284; Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional” op. cit. p. 33; Vadell, op. cit. p. 136-140; Martín Retortillo Baquer, “La interconexión de los ordenamientos” op. cit. p. 140, diz que a assunção por Espanha da CEDH e seu sistema implica a inclusão de sua jurisprudência.

⁸⁴² “1. A competência do Tribunal abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidas nas condições previstas pelos artigos 33, 34 e 47”.

sentencias del Tribunal Europeo) ha resultado que la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha alcanzado en España valor interpretativo, directo de la propia Constitución”⁸⁴³.

Algumas vezes o fundamento da competência dos órgãos tem a companhia do argumento baseado na função jurisdiccional dos órgãos que estabelecem os critérios interpretativos. É o caso, por exemplo, de Ruiz Miguel, para quem tanto a competência como a aceitação da jurisdição como obrigatória e a obrigação de conformar-se com as decisões do TEDH (e da Corte Interamericana, acrescentamos) deve fazer com que os Estados aceitem tais critérios interpretativos⁸⁴⁴; posição que parece ser também a de Carrillo Salcedo⁸⁴⁵. Hoje, todavia, o simples fato de fazer parte do Conselho da Europa implica a submissão à jurisdição da Corte já que o Protocolo XI (1998) retirou dos Estados a opção que possuíam de submeter-se ou não à jurisdição do TEDH, condição que, desafortunadamente, o Sistema Interamericano ainda não alcançou.

O Tribunal Constitucional espanhol, como já registramos, reconhece expressamente a importancia da atividade realizada pelo TEDH, ressaltando que sua jurisprudência deve necessariamente ser utilizada por todos os Estados partes na CEDH para concretizar o conteúdo de seus direitos fundamentais: “Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 78/1982, de 20 de diciembre, y 38/1985, de 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del

⁸⁴³ Citado por Saiz Arnaiz, “La Apertura constitucional”, op. cit. p. 156.

⁸⁴⁴ Ruiz Miguel, Carlos “La ejecución de las sentencias del TEDH en el Sistema Europeo”, Madrid, Tecnos, 1997, p. 54-56.

⁸⁴⁵ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “El convenio Europeo” op. cit. p. 126-127.

mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo; 114/1984, de 29 de noviembre; 245/1991, de 16 de diciembre; 85/1994, de 14 de marzo, y 49/1999, de 5 de abril)⁸⁴⁶.

Mas os argumentos competência-jurisdição nem sempre caminham juntos na doutrina especializada, pois existem parâmetros interpretativos provenientes de outros órgãos de garantia que não tem essa função jurisdicional e que são utilizados pelos tribunais constitucionais⁸⁴⁷. Neste mesmo grupo, enquadram-se os critérios já utilizados que provêm do Comitê de Direitos Humanos da ONU, aonde também se enquadraria a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. No nosso entorno, cabe citar a decisão havida no caso *Bramajo* da Corte Argentina, em cujos fundamentos se invoca a “doutrina do seguimento” também para os provimentos advindos da Comissão Interamericana⁸⁴⁸.

Ambos os órgãos são qualificados como quasejurisdicionais pela doutrina, pois mais além da competência para a interpretação também possuem algum poder para impor suas decisões⁸⁴⁹ e supervisioná-las.

ii.c. Fundamentações de caráter lógico-jurídicos

As fundamentações de caráter lógico-jurídico são geralmente deduzidas a partir das consequências que possam ocorrer no caso de não observância dos critérios jurisprudenciais internacionais. Ou seja, destaca-se que um eventual recurso aos Tribunais internacionais e demais órgãos de controle terá o efeito de declarar a

⁸⁴⁶ SSTC 91/2000 (FJ 7).

⁸⁴⁷ El manejo por el Tribunal constitucional español de los criterios de la antigua Comisión Europea de los Derechos Humanos, incluso después de su extinción, constituye una buena prueba de eso; Saiz Arnaiz “La apertura constitucional” op. cit. p. 170-171 (nota 226) y Casadevante Romani “La aplicación del Convenio” op. cit. p.141-148, traen una buena lista de Sentencias del TC español que se refiere a los criterios interpretativos de la antigua Comisión.

⁸⁴⁸ Verificar item ii.c. do capítulo VI da Seção I da Terceira Parte.

⁸⁴⁹ Dentre outros, Sudré, “Droit International et européen des droit de l’homme” assinala que “La Comisión desempeña el papel de una jurisdicción, en el sentido etimológico de *jurisdictio*, en la medida en que dice el derecho” e que la actividad del Comité de Derechos Humanos de la ONU “se ha concebido” “como un órgano casi-judicial”, citado por Saiz Arnaiz, “La Apertura constitucional”, op. cit. p. 132 e 139.

responsabilidade internacional dos Estados que não adotaram as medidas necessárias para reparar ou evitar a violação do direito.

No caso da França, diz-se que a aceitação do direito de recurso individual (em 02 de outubro de 1981), constituiu o disparo que ativou a penetração real da Convenção no direito interno⁸⁵⁰. Os professores Koering-Joulin e Waschmann ressaltaram que “a possibilidade de invocar daqui por diante a Convenção Européia e a jurisprudência da Comissão e da Corte (..) constituem inegavelmente o elemento mais inovador do direito recente das liberdades públicas na França”⁸⁵¹.

Recorre-se assim, a uma relação de omissão e consequência. Na opinião de Fernández Sanchez, a aceitação da coisa interpretada decorre de uma questão de ordem prática, “pues si un tribunal interno interpreta en sentido contrario al Tribunal de Estrasburgo, el asunto puede llegar hasta la jurisdicción internacional y entonces el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede declarar aquella interpretación del tribunal interno como contraria a las normas del Convenio, comprometiéndose así la responsabilidad internacional del Estado, pues la interpretación tiene efectos retroactivos. Por tanto, si no se quiere comprometer esta responsabilidad internacional, los órganos jurisdiccionales internos deben adaptarse a la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...)”⁸⁵².

Dentre outros argumentos, Martinez Ponce também compartilha deste entendimento, lançando considerações de ordem prática para a observância da jurisprudência internacional já que, ao contrário, poderia conduzir-se à declaração de violação pelo país em suas obrigações pelo TEDH⁸⁵³.

No mesmo sentido Sudré, que ao defender a incidência da doutrina da autoridade da coisa interpretada acrescenta um argumento que chama de elemento

⁸⁵⁰ Sudré, op. cit. p. 264.

⁸⁵¹ Citado por Sudré, op. cit. p. 264.

⁸⁵² Sanchez, op. cit. p.139-140.

⁸⁵³ Martinez Ponce, op. cit. p. 171.

prático, de bom senso, pois em seu entendimento, mesmo que não se queira aderir à tese do efeito *erga omnes* da interpretação da Corte, torna-se menos possível ignorar a jurisprudência quando se aceita o direito de recurso individual, já que uma condenação pela Corte Européia de um estado membro pode despertar, nesse estado, como nos estados vizinhos, dos quais a situação é comparável, numerosos requerimentos similares ao que originou a condenação, resultando particularmente aos juizes nacionais um verdadeiro “imperativo de disciplina jurisdicional”. A recusa aos julgados da Corte de qualquer alcance jurisprudencial, prossegue, iria de encontro ao espírito da convenção e de sua economia geral, incumbindo, desta forma, ao juiz nacional levá-la em conta⁸⁵⁴.

Para o professor argentino Sagués, os fundamentos desta postura explicam-se também através de motivos de economia procesal, “ya que pude conjeturarse que si un tribunal nacional se aparta del entendimiento dado en un caso anterior por la Corte Interamericana a un derecho enunciado en el Pacto de San José de Costa Rica, el afectado podría provocar, subiendo la escalera procesal del caso, la invalidez del fallo local. Se trata pues de una postura humilde y práctica a la vez”⁸⁵⁵.

ii.d. Fundamentações teleológicas

Por fim, a necessidade de acatar a doutrina dos órgãos de garantia dos tratados de direitos humanos justifica-se também por meio de argumentos teleológicos, referentes aos fins do Conselho da Europa, aos fins da Convenção Européia de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu, bem como dos respectivos organismos do sistema interamericano, Organização dos Estados Americanos, Pacto de São José (além de outros tratados) e Corte Interamericana de Direitos Humanos, e na busca da efetividade dos direitos humanos.

Começemos pelo princípio da efetividade. A doutrina faz uma relação entre o assumir os compromissos de reconhecer e assegurar os direitos das pessoas e a adoção de todas as medidas necessárias para fazê-los efetivos. Assim, defende-se que o Estado deve

⁸⁵⁴ Sudré, *op. cit.* p. 264.

⁸⁵⁵ Sagués, “Las relaciones” *op.cit.* p. 545.

adotar medidas legislativas, administrativas, judiciais e as de outra índole que sejam capazes de assegurar o desfrute pleno dos direitos.

Neste linha, Bidart assevera que o objeto e finalidade dos sistemas internacionais de direitos humanos radicam precisamente na defesa e promoção destes, o que implicaria a adoção de medidas legislativas e de outro carácter que sejam conducentes e necessárias para alcançar a efetividade, asseverando ainda que os tratados de direitos humanos atribuem “obligación y responsabilidad del estado por su incumplimiento o su violación tanto en el orden interno como en el orden internacional”⁸⁵⁶.

A temática é analisada pelo autor a partir do Pacto de São José de Costa Rica, aduzindo que “al imputar a los Estados parte el deber de hacer efectivos los derechos en el art. 1º, consigna en el 2º que allí donde el derecho interno no lo haya alcanzado todavía, existe el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para aquel fin. Personalmente siempre interpretamos que entre las medidas de ‘otro carácter’ (o sea, distintas a las legislativas) se hallan las sentencias de los tribunales judiciales y, en tal sentido, podemos afirmar que la Corte Suprema de Argentina registra desde hace muchos años vários fallos que señalan ese deber judicial de conferir efectividad a los tratados de derechos humanos”⁸⁵⁷.

O dever dos juízes também é destacado por Bidart, para quem não cabe “(...) la más mínima duda de los tribunales de justicia, como órganos que son del poder estatal, tienen obligación de adoptar medidas – sentencias en sentido lato – para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en el tratado internacional. Si no lo hacen, comprometen la responsabilidad internacional del estado del cual son órganos encargados de administrar justicia”. Para conferir mais claridade ainda à sua lição, acentua que os juízes sempre “están convocados, con obligación internacional, a conferir efectividad a

⁸⁵⁶ Bidart Campos, “Jerarquía y Prelación” op. cit. p. 449-450.

⁸⁵⁷ Bidart Campos, “Jerarquía y Prelación” op. cit. p. 459.

los derechos, las libertades y las garantías emanados del tratado” não podendo jamais omitir-se nesta tarefa⁸⁵⁸.

Sayan compartilha dessa posição, ressaltando que a operatividade e eficácia dos tratados de direitos humanos está condicionada a que os Estados parte adotem as medidas necessárias para cumprir e fazer cumprir os direitos humanos, aduzindo ainda que “en ese terreno es fundamental el papel de jueces y abogados para que los órganos jurisdiccionales aseguren la implementación a nivel interno de los estándares y normas internacionales sobre derechos humanos, así como de la jurisprudencia supranacional sobre la materia”⁸⁵⁹.

No momento da interpretação, o princípio da efetividade parece ganhar um reforço importante, pois como defende Martínez Ponce, as normas de direitos fundamentais “deberán ser interpretadas del modo más favorable para su destinatário; a este respecto conviene destacar que las normas contenidas en los Tratados sobre Derechos Humanos deben interpretarse de modo que se obtenga la mayor eficacia de los Derechos en ellas reconocidos, y no de la manera en que se logre una menor restricción de las potestades de los Estados Partes, como es la regla tradicional. Estamos así ante una interpretación teleológica de los Tratados, basada en la consecución de su efecto útil”, critério que vem sendo seguido de perto tanto pelo TEDH quanto pela Corte Interamericana como o mais adequado para o logro dos fins e objetivos dos tratados respectivos⁸⁶⁰.

Cançado Trindade, a propósito, assevera que “la convergente jurisprudencia en este sentido ha generado el entendimiento común, en los sistemas regionales (Europeo e Interamericano) de protección a los derechos humanos, que los tratados de derechos humanos están dotados de una naturaleza especial (como se distingue de los tratados multilaterales tradicionales); que los tratados de derechos humanos tienen un carácter

⁸⁵⁸ Bidart Campos, Germán J., Herrendorf, Daniel E., *in* “Principios de derechos humanos y garantías”, Buenos Aires, Ediar, 1991, p. 267-268.

⁸⁵⁹ Garcia Sayan, *op. cit.* p. 330.

⁸⁶⁰ Martínez Ponce, *op. cit.* p. 36-39.

normativo, de *ordre public*; que sus términos deben ser interpretados de manera autónoma; que en su aplicación uno debe asegurar una protección efectiva (*effet utile*) de los derechos garantizados (...)”⁸⁶¹.

Por outro lado, pode-se dizer que o objetivo do Conselho da Europa consistente em lograr uma união mais estreita – *em um ambiente de direito comum* – fundamenta-se na necessidade de alcançar uma interpretação uniforme da CEDH nos estados partes⁸⁶². Uma boa prova disto, poderia retirar-se do teor da Resolução nº 27 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 26 de setembro de 1969 “sobre la adopción de medidas idóneas para favorecer la interpretación uniforme de los tratados europeos” em que se considera que o objetivo do Conselho da Europa poderia correr perigo se as disposições dos mesmo se interpretassem de forma diversa nos Estados contratantes, recomendando-lhes diversas medidas “(...) sin perjuicio de los principios de interpretación de los tratados (...) y de las medidas apropiadas que los sistemas nacionales exijan (...)”⁸⁶³.

No que se refere à Convenção Europeia e ao TEDH recorre-se às finalidades pelas quais ela foi celebrada e pelas quais estabeleceu-se um Tribunal no sistema europeu. Diz-se que a Convenção Europeia é um complexo orgânico que não somente se

⁸⁶¹ Voto do Juiz Cançado Trindade, parágrafo 7, no Caso Caesar contra Trinidad e Tobago, sentença de 11 de março de 2005.

⁸⁶² Martinez Ponce, op. cit. p.190-192.

⁸⁶³ Martinez Ponce, op. cit. p.192; a Resolução se refere expressamente à “obra de unificação” construída pelas convenções e acordos, revelando certa preocupação em caso ausência de uma interpretação uniforme destas regras jurídicas comuns; com o sugestivo título “Sur les mesures susceptibles de favoriser l'interpretation uniforme des traites europeens”, o Comitê de Ministros ressalta: “Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses Etats membres; Considérant que ce but sera réalisé notamment par l'élaboration, par voie de Conventions ou accords, de règles juridiques communes dans les domaines relevant de la compétence du Conseil de l'Europe; Considérant que cette œuvre d'unification risquerait d'être compromise si les dispositions des conventions ou accords étaient interprétées d'une façon divergente dans les Etats contractants (...)”; extraído <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=585505&SecMode=1&DocId=636246&Usage=2>, na data de 19.05.2012.

compõe de uma lista de direitos, mas que estabelece um mecanismo de garantia que tem no seu ápice o Tribunal Europeu. Este por sua vez, foi instituído com o fim de assegurar o respeito dos compromissos assumidos que resultam para as partes da Convenção e seus protocolos (art. 19), as quais se obrigam a acatar suas sentenças (art. 46).

A mesma sorte de argumentos podem ser lançados a respeito da Convenção Americana, que tem na Corte Interamericana a instituição jurisdicional cujo objetivo constitui-se na aplicação e interpretação dos tratados regionais de aplicabilidade nos estados partes⁸⁶⁴, os quais, ao aceitarem sua jurisdição comprometem-se a cumprir as decisões em todo caso em que forem partes (item 1 do art. 6. 68).

A doutrina tende a ressaltar tal ponto como elemento importante na tarefa de justificar a inserção da jurisprudência de ambos os tribunais no direito interno. Ao mesmo tempo que se faz a diferenciação entre os Tratados por possuir mecanismos de garantias, assinala-se que os fins impostos a estes tribunais internacionais jogam um papel importante nos respectivos sistemas de proteção dos direitos da pessoa⁸⁶⁵.

A opinião de Saiz Arnaiz reflete muito bem este entendimento, pois “ciertamente el Convenio Europeo de Derechos Humanos no pasaría de ser un tratado más [e também o Pacto de São José, acrescentamos], con algunas peculiaridades notables, si no fuera por el mecanismo de garantía que diseña “con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes” (art. 19), a cuyos efectos se instituyeron inicialmente una Comisión y un Tribunal Europeos de derechos humanos. La actividad desplegada por estos dos órganos (...) obliga a afirmar que el Convenio se manifiesta como fuente del Derecho no sólo desde su texto escrito sino, de manera incluso más intensa, también desde la doctrina jurisprudencial emanada,

⁸⁶⁴ A Corte Interamericana se declarou competente inclusive para interpretar os instrumentos globais de direitos humanos aplicáveis aos países integrantes do Sistema Interamericano (ver OC 17/02, de 28 de agosto de 2002, parágrafo 22, OC 16/99, de 1º de outubro de 1999, parágrafos 65, 71 e 109 e OC 01/82, de 24 de setembro de 1982, parágrafos, 37, 39, 41 e 48).

⁸⁶⁵ Buisán Garcia, “La eficacia en España”, op. cit. p. 435-437; Delgado Barrio, op. cit. p. 243-244.

en particular, del Tribunal de Estrasburgo, de modo que el estudioso o el aplicador del Derecho no puede prescindir de este segundo elemento, al que bien podríamos catalogar como parte del *acquis conventionnel*, para conocer los contenidos de los derechos enunciados en aquel Convenio”⁸⁶⁶.

⁸⁶⁶ Saiz Arnaiz, “La apertura”, op. cit. p. 138.

QUARTA PARTE

CONTEÚDO JURÍDICO-FUNCIONAL DO PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

SEÇÃO I

O PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

i. Introdução

Havíamos mencionado anteriormente que partíamos de uma dificuldade adicional em nossa pesquisa, uma vez que inexistia na doutrina ou na jurisprudência nacionais⁸⁶⁷ maiores desenvolvimentos a respeito do significado normativo do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos.

Nossa proposta de estudo, não custa lembrar, é explorar a dimensão normativa-interpretativa do Princípio, bem como expor as funções que desempenha – ou que pode desempenhar – na ordem jurídica brasileira, tendo em vista as potencialidades que se podem extrair de seu conteúdo normativo. Nosso trabalho está intimamente relacionado com um problema que possui desdobramentos teóricos e práticos, sendo nosso objetivo oferecer um resultado investigativo que transite por estas dimensões.

A metodologia utilizada, portanto, foi a de captar a realidade problemática que resulta da articulação entre as ordens jurídicas nacionais e internacional de direitos humanos e o tratamento doutrinário e/ou jurisprudencial que conferem variadas Cortes constitucionais ou Tribunais superiores aos problemas daí advindos, focalizando os instrumentos normativos ou principiológicos que os ordenamentos estrangeiros disponibilizam aos operadores jurídicos nesta temática.

Assim, partindo da verificação de um problema e dos variados instrumentos utilizados pelas jurisdições constitucionais estrangeiras para enfrentá-lo, procuramos estabelecer um nexos relacional entre esta situação fático-normativa vivenciada nessas outras jurisdições constitucionais e a que enfrentamos em nosso país, buscando focalizar o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos como um instrumento adequado para tratar a questão. Demonstrando que o problema é comum em todas as jurisdições de Estados constitucionais abertos à dimensão internacional de direitos humanos e que são

⁸⁶⁷ O Supremo Tribunal Federal referiu-se a ele nos seguintes julgados, sem maiores desenvolvimentos, contudo: RE 349.703, nos votos dos Ministros Ilmar Galvão e Celso de Mello; Ext. 932, no voto do Ministro Carlos Britto; Ext. 1008, mencionado em intervenção do Ministro Carlos de Britto; Ext. 633 pelo voto do Ministro relator Celso de Mello e no voto do Ministro Marco Aurélio.

diversos os instrumentos utilizados para harmonizar ambos os ordenamentos, concluímos que estes estão conduzindo a resultados mais ou menos semelhantes.

Nossa pretensão é, portanto, apresentar o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos como o instrumento mais apropriado para equacionar de forma harmoniosa os impactos ocasionados pela integração na ordem interna da normatividade internacional, atuando o Princípio, dessa forma, em um espaço que encontra uma superposição de ordenamentos de natureza diversa.

Apesar de a normatividade internacional de direitos humanos apresentar os mesmos fundamentos filosóficos e axiológicos que explicam as realidades constitucionais contemporâneas - cujas justificações posicionam o ser humano no centro do debate sócio-político-normativo -, e objetivar alcançar as mesmas finalidades assecuratórias das posições jurídicas da pessoa humana, nem sempre as disposições normativas e os standards jurisprudenciais de um e de outro ordenamento vão compartilhar do mesmo sentido ou alcance, ou mesmo vão confluir na mesma direção.

Como vimos anteriormente, constitui uma realidade a existência de conflitos entre as normas internas de direitos fundamentais e internacionais de direitos humanos, sendo a busca ou a descoberta de instrumentos que propiciem harmonizá-los de maneira adequada – preservando e compatibilizando as características de ambos os ordenamentos e de suas normas -, revela o ponto central do problema, cuja diretriz deve ser a de rejeitar as soluções unilaterais e a falta de diálogo entre as jurisdições.

Portanto, entendemos que o tratamento mais adequado a ser conferido à questão deve ser construído pela atividade hermenêutica. É através do trabalho do intérprete constitucional que podemos transcender a uma posição harmonizadora, de maneira a respeitar a normatividade internacional dos direitos humanos e a interna dos direitos fundamentais. É, pois, nesta seara que toda a potencialidade do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos pode contribuir.

A sua eficácia normativa-interpretativa aflora significativamente e é a percepção dessa dimensão principal e a sua aplicação adequada o fator que possibilitará

um enfrentamento apropriado dos conflitos entre os ordenamentos de modo a resultar em uma sensível diminuição. Justifica-se, então, a conduta investigativa que tende a priorizar este importante aspecto do Princípio. No entanto, não podemos nos furtar a realizar previamente o estudo - ainda que superficial -, de seu significado normativo e o estudo de alguns temas da teoria dos princípios.

ii. Âmbito normativo do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos – Uma contribuição para explorar a sua potencialidade normativa-interpretativa

Apesar de pouco ter sido escrito sobre o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, existe, efetivamente, alguma doutrina em cujo desenvolvimento conceitual alerta-se sobre a existência de uma dupla possibilidade de aplicação, no sentido de orientar tanto o processo de produção de normas internacionais como também a busca da integração destas regras, em sua plenitude, à ordem jurídica interna⁸⁶⁸. Neste último

⁸⁶⁸ Dallari, Pedro, "Constituição e Relações exteriores", São Paulo, Saraiva, 2002, p. 162. Na lição deste autor, "a prevalência dos direitos humanos enquanto princípio norteador das relações exteriores do Brasil e fundamento colimado pelo País para a regência da ordem internacional não implica tão-somente o engajamento no processo de edificação de sistemas de normas vinculados ao Direito Internacional Público. Impõe-se buscar a plena integração das regras de tais sistemas à ordem jurídica interna de cada Estado, o que ressalta a importância do já mencionado § 2º do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, que dá plena vigência aos direitos e garantias decorrentes "dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". No entendimento de Celso Lafer, "A Internacionalização dos Direitos Humanos - Constituição, Racismo e Relações internacionais", Barueri, Manole, 2005, os princípios constitucionais que regem as relações internacionais estabelecem os padrões de comportamento, estímulo e limites à conduta externa do Brasil, devendo ser aplicados "levando-se em conta suas implicações no plano interno, não só por uma questão de coerência mas pelo fato de que nesta era de globalização vem se diluindo a diferença entre o "interno" e o "externo" (p. 41-42). Ademais, o art. 4º "representa um marco normativo a partir do qual o Executivo, no exercício de suas competências, traduz os interesses nacionais em ação diplomática do país, individualizando sua realização à luz da conjuntura internacional. O papel destes princípios vai além da clássica função de proibir ou permitir. São diretrizes que claramente almejam promover ações de política externa, vale dizer, são uma expressão do que Bobbio qualifica como uma função promocional do Direito. O marco normativo da Constituição torna mais específicos a fiscalização e o controle político da política externa pelo Congresso Nacional (cf. CF, art. 49,X) e também pela opinião pública. (...) O marco normativo do art. 4º também pode ensejar o controle jurídico, pelo Judiciário, de iniciativas de política externa, na medida que se

sentido, diz-se que “(..) as inovações introduzidas pela Carta de 1988 – especialmente no que tange à prevalência dos Direitos Humanos, como princípio orientador das relações internacionais – foram fundamentais para a incorporação dos instrumentos de proteção dos direitos humanos”⁸⁶⁹.

Aponta-se ainda a característica do princípio de atuar como cláusula de abertura do ordenamento constitucional ao sistema internacional de direitos humanos e a capacidade de influir na concepção tradicional da soberania nacional e não intervenção “impondo a flexibilização e a relativização destes valores”⁸⁷⁰.

A conduta tendente a “compreender”⁸⁷¹ o significado normativo do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, implicará, de nossa parte, uma análise semântica de cada termo normativo integrante do texto⁸⁷², seguindo-se de sua contextualização,

traduzem em normas suscetíveis de apreciação de constitucionalidade (p. 18-20).

⁸⁶⁹ Piovesan, Flávia, “Justiça Internacional e o Brasil” *in* Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, Ano 8, v. 15, p. 93-110, jan-jun 2000. Para Lafer, “A Internacionalização dos Direitos Humanos”, 2005, a diretriz principiológica do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos “assinala, politicamente, a passagem do regime autoritário para o Estado democrático de direito, institucionalizado pela Constituição de 1988, que consagra a perspectiva *ex parte populi* dos direitos humanos como princípio de convivência coletiva, tanto no plano interno quanto no internacional” (p.2). Para além disso, o art. 4º da Constituição aponta para a complementariedade entre o Direito Internacional Público e o Direito Constitucional, indicando “a irradiação de conceitos elaborados no âmbito do Direito das Gentes no plano o Direito Público Interno” (p.11).

⁸⁷⁰ Piovesan, “Justiça Internacional e o Brasil”, *op. cit.* p. 103.

⁸⁷¹ A interpretação, segundo Larenz, é uma atividade de mediação pela qual o intérprete “compreende” o sentido de um texto que se lhe apresenta como problemático, Larenz, Karl, “Metodologia da Ciência do Direito”, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 3ª edição, p. 282-283.

⁸⁷² Na lição de Larenz, O intérprete se aproxima dos possíveis significados de um termo ou de uma seqüência de palavras questionando-se sobre o significado “correto”, para isso interroga ele sobre o contexto textual e o seu próprio conhecimento do objeto, *in* “Metodologia”, *op. cit.* 282-283.

sistêmica e funcional⁸⁷³ para, nos itens subseqüentes, empreender-se uma análise relacional com outros princípios de nossa Carta Magna, sempre ressaltando que nosso foco encontra-se na dimensão normativa-interpretativa e nas perspectivas funcionais desempenhadas pelo Princípio da Prevalência. Alertamos com isso que a atividade de “compreensão” que tentaremos apresentar deve ser recebida apenas como um estudo prévio necessário ao nosso objetivo, eis que o desvendamento de todas as possibilidades normativas do Princípio da Prevalência constitui tarefa que demandaria a ampliação do objeto da investigação, o que não se compatibiliza com a nossa proposta.

ii.a. Análise semântica do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos

É possível extrair dos signos lingüísticos constantes do texto objeto da interpretação alguns sentidos diferentes. Nesta fase, daremos importância para ressaltar estas variações de significados tendo em conta as acepções de linguagem utilizada – se jurídica ou corrente - para permitir seguir na tarefa de contextualização. Esse primeiro ato servirá, então, para fazer aflorar as dúvidas em relação a cada enunciado lingüístico, ou mesmo para afastá-las, fixando em um primeiro momento sua significação.

O texto objeto da interpretação apresenta a seguinte redação: Art. 4º “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios”; II - “prevalência dos direitos humanos”.

Destaquemos, pois, os termos para tratá-los de forma isolada. “*A República Federativa do Brasil rege-se em suas **relações internacionais** pelos seguintes princípios*”.

⁸⁷³ Grau estabelece uma distinção da atividade de interpretação - em sentido estrito - em três contextos: o lingüístico, voltado à determinação do significado das palavras e expressões contidas no texto; o sistêmico, pois não se interpretam somente normas isoladas, mas a Constituição; e o funcional, a partir do qual é extraída a finalidade da norma, Grau, Eros Roberto, “A Ordem econômica na Constituição de 1988”, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 177-180.

A significação do termo “relações internacionais” poderá trazer alguma dúvida. Não porque exista um leque razoável de definições⁸⁷⁴⁸⁷⁵ – dependendo da

⁸⁷⁴ Medina assevera que na “disciplina de las relaciones internacionales existe discusión sobre el objeto de estudio (relaciones intergubernamentales o también entre particulares; aspectos puramente políticos o incluso los aspectos económicos, sociales y culturales)”, Medina Ortega, Manuel, “Teoría y formación de la sociedad internacional”, Madrid, Tecnos, 1983, p. 165.

⁸⁷⁵ Medina assevera que “Michel Virally da una definición de relaciones internacionales sin mencionar el término «Estado»: «relaciones entre poderes políticos que escapan a la dominación de un poder político superior»”; Citando outros autores diz que: “También Raymond Aron define las relaciones internacionales como «relaciones entre naciones» o «unidades políticas», reconociendo importancia a la política interior en la medida en que ésta incide sobre las relaciones entre entidades políticas autónomas. Stanley Hoffmann, tratando de recoger el elemento central de las relaciones entre grupos políticos sin dejar fuera los factores no gubernamentales, define las relaciones internacionales como «los factores y actividades que afectan a la política exterior y al poder de las unidades básicas en que está dividido el mundo». Frederick S. Dunn las define como «relaciones entre grupos políticos autónomos en un sistema mundial en que el poder político no está centrado en un punto». Pero quizás la definición más plástica en este sentido sea la de Quincy Wright, que habla de «relaciones entre grupos con poder», de los cuales los Estados serían los más destacados, aunque no los únicos. En este grupo de definiciones «estadísticas» de las relaciones internacionales, los autores tratan de hacer sitio para las relaciones entre particulares a través de las fronteras (Virally) y a los elementos de política interior que influyen en la política internacional (Aron y Hoffmann). Un segundo grupo de definiciones trata de incluir las relaciones no gubernamentales en el mismo núcleo de la definición. Quincy Wright, que mediante el empleo de la expresión «grupos con poder» trataba de escapar a la concepción puramente interestatal, afirma por otro lado que las relaciones internacionales como disciplina se ocupan de «la comprensión, predicción, valoración y control de las relaciones entre Estados y de las condiciones de la comunidad universal». Con ello introduce un elemento sistémico o «societario» por oposición al simple individualismo de las concepciones estadísticas. Cierta paralelismo con esta definición de Wright tiene la de Jean-Baptiste Duroselle, quien, tras incluir en la disciplina de las relaciones internacionales «todo lo que se refiere a las relaciones entre grupos a uno y otro lado de las fronteras nacionales», distingue en ellas dos tipos de materias: La política exterior, que se ocupa de las relaciones entre Estados, y la vida internacional, que se ocupa de las relaciones entre grupos sociales no estatales (...) Por ello, un tercer grupo de definiciones trata de conseguir tal precisión fijándose en la especificidad de las relaciones internacionales, frente a otros tipos de relaciones sociales. Si por un lado, no son sólo relaciones entre Estados, se diferencian sustancialmente, por otro lado, de las relaciones entre personas y grupos y personas particulares dentro de las fronteras nacionales. En 1933, Nicholas J. Spykman definía ya las relaciones internacionales como «las relaciones entre individuos pertenecientes a diferentes Estados». Karl W. Deutsch las define como «relaciones a través de las

perspectiva teórica em que se coloque o intérprete -, já que parece adequado apontar a presença constante nas definições de um “mútuo envolvimento” entre as nações, ou entre estas e as organizações internacionais.

Somente para argumentar, poderíamos aventar a hipótese de haver dúvida no intérprete sobre o “âmbito espacial” em que se desenvolvem as relações internacionais, podendo apreender-se o significado do termo de modo restrito, entendendo-se, desta forma, que as “relações internacionais” desenvolvem-se em um campo diverso do doméstico, ou seja, em um ambiente externo à normatividade nacional, restando esta isenta de qualquer reflexo decorrente do relacionamento político-jurídico entre as nações ou instituições internacionais.

Todavia, o significado do termo parece permitir o entendimento de que as “relações internacionais” implicam a prática de uma série de atos ou recíprocas ligações envolvendo dois ou vários países ou instituições internacionais que, ainda quando realizados em um âmbito espacial externo ao nosso território, produz certamente um impacto na vida política e jurídica nacional, tendo em vista a implicância relacional advinda do eventual comprometimento do Estado brasileiro com determinadas obrigações internacionais⁸⁷⁶⁸⁷⁷.

fronteras, efectivamente identificables, de distintas unidades políticas. Y el mismo Dunn ofrece una definición alternativa como «relaciones reales que tienen lugar a través de las fronteras nacionales», *in* “Teoría y Formación”, *op. cit*, p. 149-151.

⁸⁷⁶ Neste sentido, Coulobis e Wolfe advertem que a “política internacional e doméstica não são necessariamente entidades separadas, senão níveis interrelacionados de atividade política em que cada um afeta ao outro”, já que “em um mundo aonde a interdependência e a interpenetração são cada vez maiores, as variáveis domésticas e internacionais se fundem tão estreitamente que o analista político somente pode separá-las por seu próprio risco”, Coulobis, Theodore A., Wolfe, James H., “Introducción a las Relaciones Internacionales”, Buenos Aires, Editora Troquel, 1979, p. 25.

⁸⁷⁷ Sobre a necessária influência dos direitos humanos na atuação do Estado na dimensão internacional Remiro Brotons é enfático: “La protección de los derechos humanos ha de ser uno de los componentes de la política exterior del Estado democrático. Se trata, sin duda, de un objetivo cuya realización ha de compaginarse y, cuando lo reclaman intereses nacionales más fuertes, sacrificarse a otros. No es lo mismo

Agora, passemos para o próximo enunciado normativo, destacando dois termos: “*prevalência dos direitos humanos*”. Torna-se necessário averiguar, neste primeiro momento, a significação individual desses termos, perquirindo-se, ademais, sobre a existência de um sentido comum e um sentido técnico.

A “prevalência” toma no sentido usual ou comum a designação de uma “qualidade que prevalece”, de “superioridade” ou de uma “característica do que prevalece” ou de uma “supremacia”⁸⁷⁸.

Na linguagem técnica ou jurídica, é comum tratar o termo “prevalência” quando se intenta referir a alguma norma ou ordenamento que tem aplicação preferencial em detrimento de outra. É possível afirmar que o termo encontra na doutrina e na jurisprudência comunitária uma significativa consolidação, e de cujas diretrizes pode-se afirmar de forma segura que o termo está implicado ao fenômeno interacional entre as ordens dos países que integram uma comunidade supranacional – como a União Européia, por exemplo – e o próprio ordenamento jurídico comunitário, e de cujas premissas se faz prevalecer esse último ordenamento em face de eventuais conflitos normativos.

cooperar en los foros multilaterales para la adopción de instrumentos jurídicos donde se reconozcan derechos y libertades y se establezcan mecanismos para la fiscalización de su cumplimiento aquí y allá, que conducir las relaciones bilaterales con otros Estados atendiendo al respeto por sus gobiernos de derechos y libertades. Sería una transgresión constitucional comprometerse en acciones contrarias a los derechos humanos en y con otros Estados, pero fuera de eso lo más que puede decirse es que siempre es recomendable hacer lo posible a favor de tales derechos, lo que supone influir en la implantación de regímenes democráticos. Donde no los haya hasta el momento en que comience a operar la noción de perjuicio global en contra de nuestros intereses”. A atuação na dimensão externa pelo Estado, na visão deste autor, apresenta consideráveis impactos na dimensão doméstica, já que “la función impulsora de la protección de los derechos humanos a través de una acción exterior resuelta en tratados internacionales es más tangible hacia adentro, esto es, en relación con el amparo que el Estado ha de dar a los individuos sometidos territorial o personalmente a su competencia”, Remiro Brotons, Antonio, *in* “La acción exterior del Estado”, Madrid, Tecnos, 1984, p. 103.

⁸⁷⁸ Todas as definições foram extraídas dos Dicionários eletrônicos Michaelis e Houaiss.

A idéia diretriz que move a aplicação da “prevalência das normas comunitárias” sobre a ordem interna é a da manutenção da própria organização comunitária, uma vez que os objetivos de uniformização jurídica e econômica entre os países membros não se sustentariam se houvesse a possibilidade de as instituições nacionais optarem por afastar ou desconsiderar as normas comunitárias quando em conflito com as normas internas. Para assegurar a existência e a continuidade da estrutura comunitária é que se desenvolveu de forma pretoriana o referido princípio. Citando Geiger, Canotilho assevera que “a prevalência das normas comunitárias sobre as normas conflituantes de caráter interno, sem a que a prevalência implique ab-rogação das normas precedentes ou invalidade das normas sucessivas, designa-se por técnica da prevalência de aplicação”⁸⁷⁹⁸⁸⁰.

Aqui verificamos que ambos os sentidos, o técnico e o comum, encontram um núcleo significativo semelhante, o que afastaria contradições importantes a partir de sua contextualização semântica. Devemos matizar, entretanto, que o alcance da significação da “prevalência” merece ser contextualizado também em face das características e finalidades de um sistema jurídico que é diverso do sistema comunitário, desde onde ocorrem as manifestações mais generalizadas.

Os “direitos humanos” encontram significação bastante difundida nas sociedades modernas. O “problema” de seu significado é de duas ordens, pelo menos: primeiro que o termo encontra fortes ligações históricas e filosóficas, que justificam basicamente a explicação de que existem “antes e fora” do direito positivo, revelando-se através das lutas dos seres humanos no devir histórico; segundo, que mesmo no âmbito do Direito, o termo pode tanto receber a designação que o identifica aos direitos

⁸⁷⁹ Canotilho, J.J. Gomes, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 1999, p. 767, nota 5.

⁸⁸⁰ Um informe proveniente da House of Lords entitulado “primacy/supremacy” afirmou: “It is well established as a matter of Community law that in the event of a conflict between Community law and national law Community law is supreme and has primacy, irrespective of the source, status or date of the national law in question” (House of Lords European Union Committee, 6th Report of Session 2003-04, The Future Role of the European Court of Justice, 15 March 2004, pág. 11), citado por Ferreres Comella, op. cit. p. 95, nota 32.

fundamentais - referindo-se às posições subjetivas relacionados com um ordenamento nacional específico -, quanto referir-se à produção normativa e jurisprudencial dos órgãos internacionais de controle e supervisão internacionais, globais ou regionais – cuja dimensão universal se destacaria⁸⁸¹.

Nesta esteira, devemos admitir, com o apoio em Pérez Luño, que os “direitos humanos” trazem em seu bojo estas duas significações importantes, revelando a historicidade que lhe é ínsita e que vai formando o arcabouço protetivo a partir de seu caráter reivindicativo⁸⁸². No entanto, parece adequado afirmar que toda a valoração

⁸⁸¹ Ao justificar sua posição fundamentadora dos direitos humanos a partir de um corte iusnaturalista, Perez Luño esclarece melhor nossa afirmação: “Por fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos entiendo la que conjuga su raíz ética con su vocación jurídica. A tenor de ellas los derechos humanos poseen una irrenunciable dimensión prescriptiva o deontológica: implican exigencias éticas de “deber ser”, que legitiman su reivindicación allí donde no han sido reconocidas. Pero al propio tiempo constituyen categorías que no pueden desvincularse de los ordenamientos jurídicos: su propia razón de ser cifra en ser modelo y límite crítico a las estructuras normativas e institucionales positivas. Cuando esa recepción se produce nos encontramos con los derechos fundamentales: aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de tutela reforzada”, in “Derechos Humanos, Estado de Derecho”, op. cit., p. 569.

⁸⁸² Perez Luño fala de duas dimensões dos direitos humanos quando explica o seu caráter histórico-geracional: “En efecto, la mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas “generaciones” de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiraron las revoluciones burguesas del siglo XVIII (...) Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades de la primera generación con una segunda generación de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales”. Após referir-se à terceira geração de direitos, assevera que “no obstante, la concepción generacional de los derechos humanos implica, más bien, reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos”, para, ao fim, ressaltar as duas dimensões do significado de direitos humanos, pois “mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional actuarán como categorías reivindicativas, prenormativas y axiológicas. Pero los derechos humanos no son meros postulados de “deber ser”. Junto

filosófica e histórica inerente a este processo deve ser entendida a partir do momento em que se adquire reconhecimento em um sistema normativo, seja através da construção legislativa ou mesmo pretoriana, pela evolução da jurisprudência. Com isto queremos dizer que a “prevalência dos direitos humanos” querida por nossa Constituição parece constituir-se na prevalência de valores já consubstanciados em normas jurídicas, e não em valores que ainda se encontram no campo filosófico ou nos processos dialéticos de construção das liberdades e garantias.

Basicamente, pois, no âmbito jurídico, apesar da ampla discussão sobre a terminologia, as posições parecem se alinhar pelo menos na diferenciação de que os direitos fundamentais indicariam as posições jurídicas reconhecidas em um âmbito constitucional determinado, e os direitos humanos designariam as posições jurídicas reconhecidas em âmbito universal ou regional, ou seja, nos textos advindos dos organismos internacionais de proteção do ser humano⁸⁸³.

a su irrenunciable dimensión utópica, que constituye uno de los polos de su significación, entrañan un proyecto emancipatorio real y concreto que tiende a plasmarse en formas históricas de libertad, lo que conforma el otro polo de su concepto. Faltos de su dimensión utópica, los derechos humanos perderían su función legitimadora del Derecho; pero fuera de la experiencia y de la historia perderían sus propios rasgos de humanidad”, Perez Luño, “Derechos humanos y constitucionalismo”, op. cit. p. 14-15.

⁸⁸³ Neste sentido, Vieira de Andrade define que o objeto de estudo de sua obra incide sobre os “direitos fundamentais constitucionais, ou seja, sobre os direitos fundamentais propriamente ditos”, isto porque da “pluralidade de designações que nos oferece a matéria, a expressão ‘direitos fundamentais’, sem deixar de ser um super-conceito, designaria em sentido estrito os direitos constitucionalmente protegidos; à perspectiva internacionalista atribuir-se-iam o termo ‘direitos do homem’, ou melhor ainda, o de ‘direitos do homem’ e guardar-se-iam as fórmulas ‘direitos naturais’, ‘direitos originários’ e em geral as que transportam uma carga afectiva (direitos ‘imprescritíveis’, ‘inalienáveis’, ‘invioláveis’) para uma dimensão filosófica”, Andrade, José Carlos Viera de, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, Coimbra, Almedina, 2004, p. 38, nota 63; O renomado jurista argentino, Bidart, também compartilha da mesma opinião, ressaltando que os “direitos fundamentais” somente existem a partir do momento em que eles ingressam no direito positivo, ao direito constitucional de cada estado, e a expressão “direitos humanos” seria categoria utilizada pelo direito internacional dos direitos humanos, in “Princípios de Derechos Humanos y Garantias”, op. cit., p. 130-131; Por fim, conferir Perez Luño, Antonio Perez, “Derechos Humanos, Estado de Derecho” op. cit. p. 32-33, aonde se faz

Ramos faz uma excelente análise sobre a controvérsia terminológica e conceitual, asseverando que “há ainda aqueles que utilizam uma união entre os dois termos vistos acima, ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’, criando-se a terminologia ‘direitos humanos fundamentais’, ou ainda ‘direitos fundamentais do homem’”, arrematando que “essa ‘união de termos’ mostra que a diferenciação entre ‘direitos humanos’, representando os direitos reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e os ‘direitos fundamentais’, representando os direitos positivados nas Constituições e leis internas, perde a importância, ainda mais na ocorrência (...) de um processo de *aproximação e mútua relação* entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos”⁸⁸⁴.

Um procedimento necessário para tentar fixar uma “compreensão” do termo “direitos humanos” é contextualizá-lo a partir do âmbito mais geral da própria disposição

uma excelente delimitação conceitual entre todas as categorias afins, remarcando-se, ademais que: “Daí que grande parte da doutrina entenda que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos positivados nas constituições estatais. É mais, para algum autor, os direitos fundamentais seriam aqueles princípios que resumem a concepção do mundo (Weltanschauung) e que informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico (...) Em todo caso, pode-se advertir uma certa tendência, não absoluta como o prova o enunciado da mencionada Convenção Européia, a reservar a denominação “direitos fundamentais” para designar os direitos humanos positivados a nível interno, tanto que a fórmula “direitos humanos” é a mais usual no plano das declarações e convenções internacionais”; Na mesma direção, Sarlet, Ingo Wolfgang, “A eficácia dos Direitos Fundamentais”, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 6ª edição, 2006, p. 33-42.

⁸⁸⁴ Ramos, André de Carvalho, “Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional”, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p.28; a mesma ordem de considerações realiza Sarlet, aduzindo ademais que: “no mínimo, para os que preferem o termo “direitos humanos”, há que referir - sob pena de correr-se o risco de gerar uma série de equívocos - se eles estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva. Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que - no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais - está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente - embora principalmente -, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional, in “A eficácia dos direitos”, op. cit. p. 39.

normativa contida no Princípio (“prevalência dos direitos humanos”), bem como através de postura sistêmica em face de toda a Constituição, passo que avançaremos em seguida.

ii.b. A contextualização sistêmica e finalística

Passemos, pois, para um segundo momento neste caminho de compreender o significado normativo do Princípio, o da contextualização sistêmica e finalística.

A significação sistêmica e teleológica do termo “relações internacionais” nesta etapa metodológica exige, a nosso ver, uma compreensão que apreenda a categoria de forma integral, visualizando-a de modo a perceber sua atuação em um processo que pressupõe pelo menos dois sujeitos em interação que produzem e suportam os efeitos de sua participação dialética.

Caso contrário, permitir-se-á ao intérprete mais apressado a restrição dos efeitos da incidência do Princípio da Prevalência para as atividades desenvolvidas pelo Estado brasileiro na dimensão externa. Obviamente que este aspecto espacial é um dos níveis de atuação estatal em cuja direção devem ser empreendidos esforços de acordo com a prevalência dos direitos humanos. Mas, no entanto, não é o único nível em que as relações internacionais se desenvolvem.

Com efeito, quando a Constituição assume que o Estado brasileiro deve reger-se pela prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, está determinando a sua influência em uma via dupla. Primeiro, o princípio deve orientar todas ações estatais em relação aos outros países e organizações internacionais, cujo desenvolvimento não pode desviar-se de seu mandamento principiológico. No entanto, não parece difícil perceber que há um plexo de efeitos que resultam desta atividade e que invariavelmente retornam ao nível de atuação interno⁸⁸⁵.

⁸⁸⁵ Dallari assevera que “não se pode ignorar a relevância das normas constitucionais que explicitamente tratam das relações exteriores de um país. De um lado, porque, ao fixarem competências para os distintos organismos, poderes e esferas do Estado, podem contribuir, considerando-se a evolução de sistemas cada vez mais complexos de gestão pública, para uma reversão da percepção desfocada dos paradigmas das relações exteriores de um país, que os retrata enquanto decorrência

O que devemos ressaltar é que o Estado brasileiro deve receber os influxos da normatividade internacional em que contribuiu para a sua consecução ou da que simplesmente tenha aderido, conferindo-lhe tratamento orientado pelo Princípio da Prevalência. Ou seja, neste segundo nível espacial, a ação dos sujeitos estatais inseridos nos processos internos de integração, consolidação e aplicação efetiva da normatividade internacional dos direitos humanos no sistema doméstico deve estar informada pela prevalência dos direitos humanos.

Isto implica dizer que se encontram sujeitos à influência do Princípio constitucional - como não poderia deixar de ser diferente -, as autoridades legislativas, as administrativas e as judiciárias responsáveis no âmbito de suas competências pelo integrar, pelo consolidar e pelo aplicar os instrumentos de direitos humanos, ademais de todos os sujeitos integrantes de quaisquer processos interpretativos que envolvam os direitos fundamentais e direitos humanos em interação.

No que se refere à compreensão sistêmica e finalística da expressão “prevalência dos direitos humanos”, comecemos por afirmar, como ponto de partida para a contextualização que ora se propõe, que a partir do resultado da análise semântica realizada precedentemente, não podemos deixar de considerar a conclusão de que entre determinadas opções que o intérprete enfrenta, deve ele dar prevalência ou conferir um

automática da política externa governamental, pois instituições não necessariamente vinculadas a esta última, como o parlamento, passam a ter maiores atribuições em torno de questões internacionais. De outro lado, porque, ao fixarem princípios, as normas constitucionais estabelecem a primazia de valores que não deixam de permear não só a retórica, mas a própria materialização dos atos decorrentes da política externa”. O autor, citando Remiro Brotons, ao identificar “três funções básicas nas normas constitucionais de relações exteriores que não se vinculam propriamente à organização da gestão da política externa: a fixação de marcos normativos da gestão da política externa; o estabelecimento de limites para a política externa, em razão da expressa referência a proibições; e a formulação de estímulos voltados para o direcionamento da política externa em razão de determinados objetivos”, pontua que “a constitucionalização de princípios de relações exteriores viabiliza o controle político da ação externa do Estado pelo Poder Legislativo e o controle jurídico pelo Poder Judiciário”, in “Constituição e Relações exteriores”, op. cit. p. 16-18.

tipo de supremacia ou preferência na atividade interpretativa à categoria “direitos humanos”.

A análise semântica do termo “prevalência”, de outro lado, não implicará, por exemplo, admitir a incidência do tipo de prevalência havida entre o ordenamento comunitário e o ordenamento interno a que nos referimos anteriormente. Esta afirmação decorre do simples fato de que a norma comunitária e a norma internacional de direitos humanos possuem características dessemelhantes e atendem a finalidades próprias estabelecidas por seus ordenamentos, que por sua vez são informados por princípios diversos.

Assim, o sentido possível e adequado a ser atribuído à “prevalência” deve ser aferido objetivamente em relação ao sistema a que se refere, no caso, em face do sistema de “direitos humanos”, o que implicaria tratar nesta fase ambos os termos, “prevalência” e “direitos humanos” conjuntamente, como um todo normativo. Ademais, devemos perquirir a significação da “prevalência dos direitos humanos” em nexos relacionais com o sistema interno de proteção dos “direitos fundamentais”.

Ocorre, no entanto, que precisamos definir previamente se o contexto sistêmico constitucional admite referir-se a outro sistema que não o dos “direitos fundamentais”, tal como posto no item anterior quando apontamos a existência de um acordo razoavelmente preponderante na doutrina especializada sobre o espaço de atuação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Em termos mais claros, o questionamento que deve ser feito é se o Texto constitucional pretende admitir uma conceituação autônoma aos “direitos humanos” – enquanto normas integrantes de um sistema internacional com características próprias – ou se o termo em análise é mais uma acepção dentre tantas para se referir às posições jurídicas dos jurisdicionados veiculadas na Constituição⁸⁸⁶.

⁸⁸⁶ Ver a crítica de Ramos, *in* “Teoria geral dos direitos humanos” op. cit. p.21.

A nós nos parece que houve a intenção deliberada do constituinte em inserir a expressão “direitos humanos” enquanto categoria normativa que nutre seu conceito a partir das fontes internacionais, independente, portanto, de categorias de direito interno⁸⁸⁷. Isto porque, todos os princípios inseridos no art. 4º referem-se a valores que transcendem a atuação do Estado brasileiro enquanto entidade reguladora da vida interna de sua sociedade.⁸⁸⁸

⁸⁸⁷ Se partimos de uma perspectiva histórica e conferirmos o tratamento dado à matéria na Assembléia constituinte, parece não ser possível outra conclusão. Dallari relata que “inicialmente a Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais havia explicitado a questão dos direitos humanos no art. 21 do seu Anteprojeto ao prever apoio ao Brasil, na esfera internacional, aos movimentos voltados para sua promoção. Na etapa seguinte, a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher dedicou-lhe dois dispositivos do respectivo Anteprojeto: o inciso II do art. 26, que enunciava a “intocabilidade dos direitos humanos” como princípio balizador das relações exteriores do Brasil, e o inciso I do art. 27, que fixava como objetivo preconizado pelo País na ordem internacional a “formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos com poder de decisão vinculatória”. A Comissão de Sistematização, por sua vez, procurou aproveitar as duas propostas da Comissão temática ao dispor, no art. 4º do Projeto de Constituição (A), que o “Brasil fundamenta suas relações internacionais nos princípios (...) da prevalência dos direitos humanos (...) e propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos (...). O Plenário, em primeiro turno, concluiu pela supressão, na parte permanente da Constituição, de menção específica à criação de um tribunal - remetendo-a para as disposições transitórias, decisão que manteve em caráter definitivo com a consagração do art. 7º do ato transitório da nova Carta -, subsistindo, portanto, no texto constitucional, na forma de inciso do art. 4º, a “prevalência dos direitos humanos”, como princípio fundamental das relações exteriores do Brasil” *in* “Constituição e Relações exteriores”, op. cit. p. 161. Para um aprofundamento do estudo da perspectiva histórica da inserção dos princípios constitucionais relativos às relações internacionais no trabalho do constituinte, consultar a obra já mencionada de Pedro Dallari.

⁸⁸⁸ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Trata o referido artigo de estabelecer as bases principiológicas que regulam a vida política do Estado enquanto entidade que compartilha interesses e valores comuns com outras Nações ou instituições internacionais. Um simples passar de olhos pelo artigo se pode concluir que absolutamente todos os princípios que regulam a vida internacional de nosso Estado possuem esse perfil. Seria inapropriado, a partir desse ponto de vista, portanto, tentar defender que a expressão “direitos humanos” possui o mesmo sentido de “direitos fundamentais” simplesmente porque essa última categoria tem seu âmbito de incidência compreendido dentro dos limites aos quais se exerce a jurisdição das autoridades brasileiras.

Sendo assim, a “prevalência dos direitos humanos” não quer dizer “prevalência dos direitos fundamentais”, em um contexto de relações internacionais. O questionamento remanescente é mais simples, pois admitindo-se que nosso Estado constitucional se insere na contemporânea concepção de corte “cooperativo”, torna-se fácil concluir que a abertura à dimensão internacional de direitos humanos faz parte de nossa realidade constitucional, isto porque, o Estado Constitucional Cooperativo substitui o Estado democrático de tipo “nacional”⁸⁸⁹.

Como já ressaltamos anteriormente, a abertura do Estado constitucional às organizações internacionais e aos outros Estados se informa pela cooperação, a qual possibilita e orienta a adoção de “estruturas constitucionais derivadas da comunidade internacional”. Tal abertura desenvolve desde “um ponto de vista dos próprios textos constitucionais internos, procedimentos, competências e estruturas”, e conduz ao desfazimento do “clássico esquema interior-exterior”. Na visão de Häberle este movimento acaba com as “doutrinas da presunta impermeabilidade normativa” colocando

⁸⁸⁹ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 293. O modelo de Estado cooperativo “relativiza o tipo anterior, baseado em elementos nacionais” na medida em que o “ser humano projeta-se além das fronteiras para alcançar o centro da ação estatal, interestatal e supraestatal” cuja projeção não é outra coisa senão que “a realização dos direitos básicos de cooperação”, in Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 121-123.

em questão, da mesma maneira, o presunto monopólio estatal da exegese a respeito das fontes de Direito”⁸⁹⁰.

De outro lado, existem expressas previsões constitucionais que autorizam a integração na ordem interna da normatividade internacional⁸⁹¹, o que vai ao encontro de nossas afirmações.

Cabe “descobrir”, entretanto, qual o sentido e alcance que a “prevalência dos direitos humanos” possui em nosso sistema normativo e em face de qual objeto ou categoria ela se exerce. A tarefa envolverá - ademais de prosseguir-se na contextualização proposta -, um “diálogo” ou um “balanço” com princípios constitucionais que eventualmente estejam em disputa. Isto porque, se dissermos que os “direitos humanos devem prevalecer” sobre os “direitos fundamentais”, tal ilação ensejará questionamentos

⁸⁹⁰ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 262-263.

⁸⁹¹ Como, por exemplo, as previsões do art. 5º: “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”; “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”; “§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. O art. 49 dispõe sobre a competência exclusiva do Congresso Nacional, consistente em: “I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. O art. 84 trata da competência privativa do Presidente da República para: “VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Ademais da competência do STF e do STJ em recursos extraordinários ou especiais, bem como daquele Tribunal na fiscalização abstrata de constitucionalidade, ressaltamos a competência dos juízes federais para processar e julgar, prevista no art. 109: “V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente” e ainda “V - A - as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo”. Digna de nota, ainda, a novel competência do STJ, instaurada por provocação do Procurador-Geral da República, prevista no art. 109: “§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

a respeito da soberania estatal⁸⁹² ou da supremacia da Constituição, cuja ótica interpretativa tradicional tenderá a estabelecer impedimentos de ordem formal calcados sob o esquema de hierarquia de fontes, tarefa que será cumprida nos próximos itens.

Não obstante, antes deste “balanço” ou “diálogo” principiológico, devemos indicar que a premissa para a “prevalência dos direitos humanos” poder atuar deve ser fixada pelos próprios elementos que caracterizam o direito internacional dos direitos humanos, na medida em que a interação entre as ordens jurídicas interna e internacional de direitos humanos desenvolve-se a partir de elementos comuns à ambos os ordenamentos.

Neste sentido, cabe lembrar que este direito caracteriza-se⁸⁹³ por ser um direito protetor (tem por objeto e fim assegurar a integridade dos direitos da pessoa humana), um direito mínimo (dispõe de um regime que sempre é suscetível de ampliação, nunca de restrição), e progressivo (tende à extensão de seu âmbito de proteção de modo continuado e irreversível).

Destacamos como elemento preponderante nessa relação a característica típica das normas de direitos humanos em apresentarem-se como elementos materiais mínimos, cujos standards não podem nunca ser restringidos pela normatividade nacional. A partir dessa consideração, podemos estabelecer que a categoria com a qual o Princípio da “prevalência dos “direitos humanos” deve dialogar são os “direitos fundamentais”, já que são os elementos definitórios que estabelecem o sentido e alcance desses últimos os que podem restringir os conteúdos internacionais que se pretendem invioláveis e que devem fazer-se efetivos na ordem interna.

⁸⁹² Ver o item iii.a da Primeira Parte e a Segunda Parte, em que expusemos o estado atual do conceito de soberania.

⁸⁹³ Burghental, Thomas; Grossman, Claudio; Nikken, Pedro, “Manual Internacional de Derechos Humanos”, Caracas/São José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos e Editorial Jurídica Venezolana, 1990, p. 173-176; Durán, Carlos Villán, in “Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Madrid, Trotta Editorial, 2006, p. 102-114.

Para resumir os dois itens precedentes, podemos dizer que: a “prevalência dos direitos humanos” quer significar o ato, conduta ou processo que deve resultar na aplicação com preferência das normas advindas dos tratados de direitos humanos, considerando os seus conteúdos materiais mínimos.

A continuidade de nossa tarefa investigatória sobre a definição do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos - agora em “diálogo” com princípios constitucionais que alterem sua significação ou eventualmente lhe restrinjam o seu âmbito de aplicação -, ocorrerá assim que tratarmos de alguns pontos elementares de sustentação teórica e metodológica de nosso discurso.

ii.c. A natureza normativa e axiológica dos princípios

A hegemonia normativa e axiológica dos princípios é fruto da superação teórica dos posicionamentos positivistas que pregavam uma clara diferenciação funcional e de eficácia entre as normas e os princípios, ademais de sustentarem o não reconhecimento da importância que desempenham os elementos valorativos na ordem jurídica constitucional.

Na fase que se inicia a partir da segunda metade do século passado⁸⁹⁴ foram lançadas as premissas teóricas que fundamentaram o reconhecimento do caráter normativo e axiológico⁸⁹⁵ dos princípios que, ao lado das regras, formam as subespécies da categoria Norma. Neste momento, “os princípios jurídicos conquistam a dignidade de

⁸⁹⁴ Com os trabalhos de Boulanger e Crisafulli, conforme lição de Bonavides: “Antes de Alexy e Dworkin, Boulanger, na mesma senda inovadora, onde ingressa como um dos precursores, posto que atuasse numa época em que as posições doutrinárias de cunho jusprivatista, civilista ou romanista - consolidadas pelo antigo Estado Liberal - ainda conservavam considerável parcela de seu velho predomínio na Ciência do Direito, já distinguia entre regras e princípios (...)”; “A normatividade dos princípios, afirmada categórica e precursoramente, nós vamos encontrá-la já nessa excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli (...), Bonavides, Paulo, “Curso de Direito Constitucional”, São Paulo, Malheiros, 2010, p. 257 e 266.

⁸⁹⁵ Tendo tais dimensões principiológicas alcançado o máximo reconhecimento através das obras de Dworkin, Alexy e de alguns doutrinadores espanhóis e italianos, conforme lição de Bonavides, *in* “Curso”, *op. cit.* p. 264-266.

normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito”.⁸⁹⁶

Na lição de Bonavides, os princípios são valores dotados de “juridicidade máxima”. Em suas palavras, “a importância jurídico-constitucional do valor assume na época contemporânea uma latitude de normatividade sem precedentes desde que os princípios foram colocados no topo da hierarquia constitucional. E os princípios são valores. E, sendo valores, são também normas, com uma dimensão de juridicidade máxima. A equiparação valor-norma representa de certo modo um dos avanços mais arrojados e significativos da ciência constitucional de nosso tempo; uma vez estabelecida, proclamada ou reconhecida, ocasiona a ruína programática das constituições, porquanto se sabe que as chamadas normas programáticas foram sempre uma espécie de salvo-conduto para as omissões do constitucionalismo liberal no campo da positividade social do Direito. Sendo a Constituição um sistema de princípios superiores, providos de supremo teor normativo, é possível então a partir de sua unidade sistêmica, restaurar em sede hermenêutica, a teoria dos valores como teoria de normas *principais* (...)”⁸⁹⁷.

Os princípios são concebidos, pois, como fundamento ético de uma ordem normativa, traduzindo através de seus enunciados decisões políticas relevantes⁸⁹⁸ ou fundamentais as quais fundam uma idéia de Estado e de Sociedade⁸⁹⁹.

A face normativa dos princípios assentam os “padrões pelos quais se investiga a compatibilidade da ordem jurídica”⁹⁰⁰. Ou seja, a sua “dimensão

⁸⁹⁶ Espíndola, com apoio em Bonavides, Espíndola, Ruy Samuel, “Conceito de princípios constitucionais”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 58-59.

⁸⁹⁷ In “Curso”, op. cit. p. 645-646.

⁸⁹⁸ Barroso, Luís Roberto; Barcellos, Ana Paula de, “La Nueva interpretación constitucional y el papel de los principios en el derecho brasileño”, in “Teoría y Realidad Constitucional”, nº 14, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidade Autónoma do México, 2004, p. 184-187.

⁸⁹⁹ Canotilho, “Direito Constitucional”, op. cit. p. 66.

⁹⁰⁰ Ruy Espíndola, “Conceito de Princípios”, op. cit. p. 58-59.

determinante” permite exigir a conformação dos atos dos poderes públicos (leis, sentenças e atos administrativos) à dimensão material dos princípios constitucionais⁹⁰¹.

Ademais de esta função fundamentadora, devemos colocar em relevo a função interpretativa desempenhada pelos princípios⁹⁰², cujos delineamentos teóricos são extremamente úteis para o desenvolvimento de nosso estudo.

Se os princípios identificam valores que devem ser preservados ou os fins a serem alcançados pela ordem jurídica⁹⁰³, parece adequado defender - como faz Canotilho -, a premissa de que eles fundam não somente a “inteligibilidade e a concretização da Constituição, mas também a compreensão, a interpretação e a aplicação da ordem jurídica”⁹⁰⁴.

Conforme advertência de Crisafulli “a eficácia dos princípios constitucionais não se exaure na sua aplicabilidade às relações que formam o respectivo objeto. Um lugar de particular importância diz respeito indubitavelmente à sua eficácia interpretativa, conseqüência direta da função construtiva que os caracteriza dinamicamente entre as normas do sistema”⁹⁰⁵.

Assim, agem como elementos de interpretação de nossa ordem jurídica, orientando a atuação do intérprete. Neste sentido, Canotilho diz que a normatividade dos princípios se caracteriza por duas funções, uma negativa – estabelecendo condutas

⁹⁰¹ Canotilho citado por Ruy Espíndola, “Conceito de Princípios”, op. cit. p. 211.

⁹⁰² Bonavides ensina que os princípios possuem cinco dimensões: fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa e limitativa, in “Curso”, op. cit. p. 283-284.

⁹⁰³ Barroso e Barcelos, “La nueva interpretación constitucional”, op. cit. p. 184-187.

⁹⁰⁴ Citado por Ruy Espíndola, “Conceito de Princípios”, op. cit. p. 130-132.

⁹⁰⁵ Citado por Bonavides, in “Curso”, op. cit. p. 273.

proibitivas – e outra positiva, pois que exige determinados comportamentos para concretizar na realidade prática as finalidades estabelecidas⁹⁰⁶.

iii. A eficácia normativa-interpretativa dos princípios – Os princípios constitucionais materiais e os princípios instrumentais de interpretação constitucional

A eficácia é um “atributo associado às normas e consiste na consequência jurídica que deve resultar de seu cumprimento”. Através da eficácia ou dimensão interpretativa dos princípios, atua-se de modo a exigir a 1) conformação material das normas jurídicas inferiores de acordo com o conteúdo valorativo ou às finalidades estabelecidas pelos princípios, cuja prevalência se explica também devido à posição hierárquica superior, e a 2) orientação da interpretação das normas constitucionais, pois ainda que eles obviamente não possuam superioridade formal sobre as demais normas constitucionais, é “possível reconhecer-lhes uma ascendência axiológica sobre o texto constitucional geral” inclusive para conferir unidade e harmonia ao sistema⁹⁰⁷.

De acordo com a lição de Barroso e Barcelos, a eficácia interpretativa dos princípios consiste em “orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais) para que o intérprete se incline, dentre as possíveis soluções, por aquela que melhor realize o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente”, ou mesmo que empreenda uma interpretação que concretize adequadamente no mundo real as finalidades e valores constantes dos princípios, conforme o ensinamento de Canotilho referido linhas atrás⁹⁰⁸.

O discurso desenvolvido precedentemente e no presente tópico defende que os princípios possuem uma dimensão ou eficácia normativa-interpretativa própria. Ocorre, no entanto, que devemos avançar este raciocínio para referir-se à interpretação

⁹⁰⁶ Citado por Ruy Espíndola, “Conceito de Princípios”, op. cit. p. 211.

⁹⁰⁷ Barroso e Barcelos, “La nueva interpretación constitucional”, op. cit. p. 198-207.

⁹⁰⁸ Barroso e Barcelos, “La nueva interpretación constitucional”, op. cit. p. 198-207.

constitucional enquanto método que extrai os significados das normas constitucionais de forma mais adequada.

Para aprofundar melhor a argumentação em torno dessas características ou funções, é necessário mencionar que a doutrina tem geralmente aceito que, em se tratando de interpretação constitucional, ou abandonam-se os métodos tradicionais da “velha hermenêutica” propugnados por Savigny, por incompatíveis com as concepções valorativas inseridas nas constituições contemporâneas – que não se adequam aos esquemas lógicos de dedução⁹⁰⁹ -, ou faz-se integrar, ao lado dos métodos tradicionais, novos procedimentos ou categorias próprias para descobrir o sentido das normas constitucionais⁹¹⁰.

A hermenêutica constitucional exigirá, então, que o intérprete maneje os princípios para descobrir ou compreender o significado das normas jurídicas. Desta forma, teríamos⁹¹¹ os “**princípios constitucionais materiais**” - que se classificariam em fundamentais, gerais e setoriais-, de cujos conteúdos normativos se desprende a eficácia interpretativa que “**subordina a aplicação de todas as normas do sistema jurídico aos**

⁹⁰⁹ Entre nós, ver Bonavides na sua “Teoria dos Valores como Teoria Principal”, baseada na teoria de Smend, *in* “Curso”, op. cit. p. 640-648.

⁹¹⁰ Neste sentido, podemos destacar Larenz, que defende a necessidade de uma interpretação orientada a valores, não se descolando, no entanto, dos métodos de Savigny, *in* “Metodologia”, op. cit. p. 450 e ss; Häberle, que aos métodos de Savigny, sustenta o método comparativo como o 5º método de interpretação, conforme vimos anteriormente; Stern, citado por Bonavides, que propugna uma interpretação da constituição como “concretização”, amparada em princípios constitucionais, *in* “Curso”, op. cit. p. 609-611, utilizando os “novos” e “velhos” métodos de interpretação; Friedrich Muller, citado por Bonavides, através de sua “Teoria estruturante de interpretação dos direitos fundamentais” que objetiva a “concretização” das normas, mas que ainda conserva a utilização das “velhas” técnicas interpretativas. Este mesmo autor, citado agora por Larenz, assevera que “as regras tradicionais de interpretação” “manifestam-se no processo de concretização “não só complementando-se e apoiando-se umas às outras, mas sempre entrelaçadas materialmente umas com as outras, logo desde o princípio”, *in* “Metodologia”, op.cit. p. 462.

⁹¹¹ Adotamos a classificação proposta por Barroso e Barcelos, exposta no artigo “La nueva interpretación constitucional”, op. cit. p. 198-207.

valores e fins neles contidos” e, mais especificamente, os “**princípios instrumentais de interpretação constitucional**” que são mandatos específicos dirigidos ao intérprete que “constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder o processo intelectual” de busca da solução concreta do problema⁹¹².

Em âmbito doutrinário não há efetivamente um acordo sobre quais princípios atuariam como princípios de interpretação constitucional, cabendo ressaltar, no entanto, uma constância do princípio da interpretação conforme à Constituição, da supremacia constitucional, e o princípio da unidade da Constituição⁹¹³.

Analisaremos, em seguida, a potencialidade normativa-interpretativa do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos enquanto princípio constitucional

⁹¹² Barroso e Barcelos, “La nueva interpretación constitucional”, op. cit. p. 198, 212.

⁹¹³ Luis Roberto Barroso apresenta os seguintes princípios de interpretação especificamente constitucionais: princípio da supremacia da Constituição, princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, princípio da interpretação conforme à Constituição, princípio da unidade da Constituição, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e o princípio da efetividade, cfe. Barcellos, Ana Paula de, “A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana”, Rio de Janeiro, Renovar, 2011, 3ª edição, p. 98”; Canotilho aponta os seguintes: princípio da unidade da Constituição, princípio da máxima efetividade (das normas constitucionais), princípio da concordância prática ou da harmonização, princípio da força normativa da Constituição, princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, *in* “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, op. cit. p.1148-1151; Francisco Fernández Segado refere-se aos seguintes: princípio da unidade da Constituição, princípio da harmonização das normas constitucionais em tensão; princípio da conformidade constitucional (harmonização dos conflitos entre normas orgânicas constitucionais), princípio da interpretação conforme à Constituição, “Reflexiones em torno a la interpretación de la Constitución” *in* Mac-Gregor, Eduardo Ferrer (coordenador), “Interpretación Constitucional”, México, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 501-520. De sua parte, Hesse arrola os seguintes: princípio da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia integradora, da força normativa da Constituição e da interpretação conforme à Constituição, *in* Hesse, Konrad, “Escritos de derecho constitucional”, [Introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón], Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48-57.

fundamental⁹¹⁴, seus desdobramentos no princípio da interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com os tratados de direitos humanos e no princípio da aplicação da norma mais favorável, que irão impactar e produzir, de acordo com nossa proposta, uma releitura dos princípios instrumentais de interpretação constitucional, além de desempenharem papéis autônomos nesta seara.

iii.a. O Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos em perspectiva normativa-interpretativa

Encarar de forma adequada o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos exige do intérprete constitucional uma conduta que admita extrair em toda a extensão as suas potencialidades normativas-interpretativas. Tornar-se-á incoerente, com efeito, deixar de atribuir-lhe quaisquer das eficácias ou funções geralmente presentes nos princípios, especialmente porque a norma em tela constitui um dos princípios fundamentais de nossa ordem jurídico-constitucional⁹¹⁵.

Para nos centrar somente na eficácia ou dimensão normativa-interpretativa do Princípio da Prevalência, deveremos admitir que ele também orientará o intérprete

⁹¹⁴ A mesma idéia de fundamentalidade do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, enquanto norma que rege as relações internacionais do Estado brasileiro, pode ser extraída da lição de outros constitucionalistas. Neste sentido, cabe citar Dallari, pois "ao se desenvolver a análise dos princípios constitucionais que ditam parâmetros às relações exteriores de um país, devem eles serem situados no quadro dos princípios políticos constitucionalmente conformadores, de que fala o jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, ou também, no rol daqueles que José Afonso da Silva considera como princípios político-constitucionais. Para Canotilho, são princípios políticos constitucionalmente conformadores aqueles que 'explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte'", enquanto que "os princípios político-constitucionais, no entender de José Afonso da Silva, 'manifestam-se como princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas-princípio'", *in* "Constituição e Relações internacionais", *op. cit.* p. 20 (itálico no original).

⁹¹⁵ Segundo Barroso e Barcelos, constituem os Princípios fundamentais as principais decisões políticas do Estado, aquelas que vão determinar a sua estrutura essencial, estabelecendo, assim, a forma, o regime e o sistema de governo, e a forma do Estado. Ademais, inserem-se nesta categoria, os objetivos indicados pela Constituição como fundamentais para a República e os princípios que regem as relações internacionais, *in* Barroso e Barcelos, "La nueva interpretación constitucional", *op. cit.* p. 203.

constitucional quando este tratar de analisar a compatibilidade das normas jurídicas inferiores à Constituição, de modo a conferir a adequação daquelas aos valores e finalidades específicas que formam o seu conteúdo normativo. Da mesma forma, deveremos admitir que o intérprete balisará a interpretação das normas constitucionais – incluindo aí os direitos fundamentais – com sustentação no Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, justamente porque “a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios”⁹¹⁶ sendo possível, ademais, “reconhecê-lhes uma ascendência axiológica sobre o texto constitucional geral”⁹¹⁷.

Como ensina Grau, “o que peculiariza a interpretação das normas da Constituição, de modo mais marcado, é o fato de ser ela o estatuto jurídico do político, o que prontamente nos remete à ponderação de valores políticos. Como, no entanto, esses valores penetram o nível do jurídico, na Constituição, quando contemplados em princípios – seja em princípios positivos do direito, seja em princípios gerais do direito, ainda não positivados -, desde logo se antevê a necessidade de os tomarmos, tais princípios, como conformadores da interpretação das regras constitucionais”⁹¹⁸.

Postulamos, desta forma, que o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos - conjuntamente com os demais princípios constitucionais - seja tomado como critério que, com base em seus valores, “mensurem todos os conteúdos normativos do sistema” para que, através de sua função normativa-interpretativa, “cumpra seu papel de orientar as soluções jurídicas” dos problemas “submetidos à apreciação do intérprete”,

⁹¹⁶ Grau, “A ordem econômica”, op. cit. p. 80-82. De outro lado, é preciso ressaltar que são atividades que ensejam o exercício do controle de convencionalidade pelos juízes brasileiros, ou seja, o exame de compatibilidade das normas legislativas tomando em conta as normas dos tratados de direitos humanos como parâmetro, sendo que o controle de convencionalidade das normas constitucionais ocorre a partir de sua leitura em conformidade com aqueles.

⁹¹⁷ Barroso e Barcelos, “La nueva interpretación constitucional”, op. cit. p. 198-207.

⁹¹⁸ Grau, “A ordem econômica”, op. cit. p. 170.

pois assim como os demais, deve ser considerado vetor de “sentido jurídico às demais normas”⁹¹⁹.

Parece inapropriado desprezar a eficácia normativo-interpretativa do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, pois enquanto reflete ele uma “decisão política fundamental tomada pelo constituinte” expressa ao mesmo tempo determinados “valores superiores” que, “dando unidade ao sistema normativo”, desempenha a função de “harmonizar e compatibilizar as diferentes interpretações incidentes sobre o texto da Constituição”⁹²⁰.

Desta forma, como princípio constitucional fundamental, o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos exprime sua eficácia interpretativa vinculando o intérprete constitucional ao seu mandato normativo-interpretativo, que determina a prevalência dos direitos humanos na interpretação das normas constitucionais. Como cláusula principal que tende a estabelecer uma articulação harmônica entre as ordens interna dos direitos fundamentais e a internacional dos direitos humanos, revela toda sua funcionalidade através do *princípio da interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com os tratados de direitos humanos* e do *princípio da aplicação da norma mais favorável*, em cujos conteúdos eminentemente instrumentais apresentam técnicas interpretativas que tendem a harmonizar os eventuais conflitos entre os direitos fundamentais e direitos humanos provenientes dos tratados.

iv. O princípio da supremacia constitucional e o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos – Necessidade de um condicionamento recíproco

As justificativas que fundamentam nossa proposta tendente a explorar toda a capacidade normativa-interpretativa do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos conduz, em nosso modo de ver, a uma releitura de alguns dos princípios interpretativos constitucionais - bem como a descoberta de outros princípios instrumentais

⁹¹⁹ Bonavides citado por Ruy Espíndola, “Conceito de princípios”, op. cit. p. 67-68, 74-75.

⁹²⁰ Barroso citado por Ruy Espíndola, “Conceito de princípios”, op. cit. p., p. 142-144.

interpretativos -, o que efetivamente não deixa de considerar a sua conformação com o princípio da supremacia constitucional.

Agora bem, ambos os princípios estão inseridos em um processo relacional de cuja conjugação se exige que as influências sejam recíprocas, de maneira a delimitarem-se também reciprocamente os seus conteúdos normativos. Encontra-se este processo regido pelo princípio da unidade da Constituição o qual tende a estabelecer um equânime balanceamento a fim de excluir as possíveis contradições.

Nossa opção metodológica favorece um relacionamento entre os princípios em tela e encontra amparo na doutrina especializada. Diz Canotilho que “sob o *ponto de vista teórico-político*, a interpretação das normas constitucionais deve ter em conta a especificidade resultante do facto de a constituição ser um **estatuto jurídico do político** (...). A influência dos valores políticos na tarefa da interpretação *legítima* o recurso aos princípios políticos constitucionalmente estruturantes, mas não pode servir para alicerçar propostas interpretativas que radiquem em qualquer sistema de *supra-infra* ordenação de princípios (ex.: princípio do Estado de Direito mais valioso que o princípio democrático) nem em qualquer idéia de antinomia (...) legitimadora da preferência de certos princípios relativamente a outros (ex.: antinomia entre o princípio do Estado de Direito e o princípio da socialidade, solucionando-se a antinomia através do reconhecimento de primazia normativa do primeiro). *O princípio da unidade hierárquico-normativa* da Constituição ganhará, nesta sede, particular relevância”⁹²¹ (itálico e sublinhado nos originais).

Partimos de um problema real decorrente do impacto das normas dos tratados de direitos humanos no direito interno e da complexidade que a interação entre ordenamentos jurídicos concorrentes produzem, revelando determinados conflitos que quase sempre recebem, em nosso ambiente doméstico, uma solução inadequada.

Revelam-se aqui determinados elementos que caracterizam a crise do direito⁹²² de que nos fala Ferrajoli⁹²⁴, decorrentes do fim do monopólio da produção

⁹²¹ Canotilho, “Direito constitucional”, op. cit. p. 1133.

⁹²² Os aspectos da crise do direito são três, conforme visto na nota 197. No que toca ao ponto em análise, a crise do constitucionalismo

jurídica pelo estado-nação soberano - e de sua própria superação e obsolescência⁹²⁵ – consistentes na “perda da unidade e coerência das fontes e na convivência e superposição de diversos ordenamentos concorrentes”⁹²⁶.

Queremos dizer que o tratamento que a jurisprudência e grande parte da doutrina nacional conferem ao tema limita-se a focar, quase que exclusivamente, os aspectos relativos ao posicionamento das normas internacionais na escala hierárquica das fontes, ou tomar este aspecto estritamente formal como o elemento capaz de enfrentar as situações conflitivas havidas neste ambiente de interdependências normativas e

afeta o Estado constitucional de direito e decorre, em geral, do fim do monopólio da produção jurídica pelo Estado nacional em virtude do ingresso das normas de caráter internacional, e que estão a influir de forma importante os sistemas de fontes jurídicas domésticos in Ferrajoli, “El derecho como sistema de garantías”, op. cit. p. 61-69.

⁹²³ “O Estado nacional como sujeito soberano está numa crise que vem tanto de cima quanto de baixo. De cima por causa da transferência maciça para sedes supra-estatais ou extraestatais (Comunidade europeia, OTAN, ONU, etc.) de grande parte de suas funções - defesa militar, controle econômica, política monetária - que no passado tinham sido o motivo do próprio nascimento e desenvolvimento do Estado. De baixo, por causa dos impulsos centrífugos e dos processos de desagregação interna que vem sendo engatilhados pelos próprios desenvolvimentos da comunicação internacional, que tornam mais difícil o cumprimento de outras duas grandes funções historicamente desempenhadas pelo Estado: unificação nacional e da pacificação interna”, in “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 48-49.

⁹²⁴ Ver os seguintes escritos de Ferrajoli, já citados neste estudo: “A soberania no mundo moderno”, “El derecho como sistema de garantías”, “Pasado y futuro del Estado de derecho”.

⁹²⁵ “Há, porém, uma razão a mais, e não menos relevante, que torna atualmente inadequado e obsoleto o paradigma do velho Estado soberano. O Estado já é demasiado grande para as coisas pequenas e demasiado grande para as coisas grandes. É grande demais para a maioria de suas atuais funções administrativas, as quais exigem, até mesmo onde os impulsos desagregadores ou separatistas não atuam, formas de autonomia e de organização federal que contrastam com os velhos moldes centralizadores. Mas sobretudo o Estado é pequeno demais com respeito às funções de governo e de tutela que se tornam necessárias devido aos processos de internacionalização da economia e às interdependências cada vez mais sólidas que, na nossa época, condicionam irreversivelmente a vida de todos os povos”, in “A soberania no mundo moderno”, op. cit. p. 50-51.

⁹²⁶ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, in CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta; 2003, p.35.

jurisdicionais, empurrando para o limbo a discussão de uma série de questões surgidas desta interação.

Através de um estudo comparado – que pode ter sido exaustivo ao ponto de torna-se enfadonho, reconhecemos –, quisemos deixar bem ressaltado a existência de um problema comum e de um verdadeiro diálogo entre as jurisdições constitucional e internacional de direitos humanos - procedimento até hoje negado pela nossa Corte suprema -, na busca de soluções que respeitem as características sistêmicas dos dois ordenamentos e de suas normas, cujo desenvolvimento é facilitado pelo manejo de determinadas técnicas, princípios ou procedimentos aos quais nos referimos.

É digno de nota que muito recentemente⁹²⁷ o Parlamento europeu expressou-se através de Resolução a propósito da necessidade inafastável de as Cortes europeias aprofundarem o diálogo e cooperação para o fim de alcançarem um sistema de proteção de direitos harmônico e que atue em sintonia. Trata a Resolução dos aspectos institucionais da adesão da União Europeia ao Sistema Europeu de proteção de Direitos Humanos, desde onde se destaca, ademais, o papel que a harmonização legislativa e jurisprudencial exercem na busca deste objetivo: “la armonización legislativa y jurisprudencial en materia de derechos humanos entre los ordenamientos jurídicos de la Unión y del CEDH contribuirá a un desarrollo armonioso de los dos tribunales europeos competentes en derechos humanos [O Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos], habida cuenta especialmente de la mayor necesidad de diálogo y cooperación, y creará un sistema integral en el que ambos tribunales actuarán en sintonía”.

Assim, não parece adequado do ponto de vista das obrigações internacionais que nosso Estado assumiu quando se fez integrar aos sistemas global e regional de

⁹²⁷ Resolución de 19.05.2010 (2011/C 161 E/112), em cujo parágrafo 24 o Parlamento Europeu ainda “Pone de relieve que la adhesión exigirá, al mismo tiempo, una mayor cooperación entre los tribunales nacionales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto a la protección de los derechos fundamentales; señala que la cooperación entre los dos tribunales europeos impulsará el desarrollo de un sistema de jurisprudencia coherente en el ámbito de los derechos humanos”.

proteção de direitos humanos, pretender-se eximir da jurisdição que exerce a Corte Interamericana e da (quase) jurisdição que exercem a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os outros Órgãos da ONU, ou da incidência das normas advindas dos tratados de direitos humanos aos quais aderimos, invocando uma suposta soberania nacional ou supremacia constitucional que permitiria ler os direitos fundamentais internos em total ou parcial descompasso com aqueles, quando não afastar totalmente a incidência do arcabouço jurídico internacional a partir de critérios formalistas.

Não parece apropriado, ademais, invocar a supremacia constitucional ou uma soberania nacional que se desconectem da realidade hodierna que convive com a superposição de ordenamentos concorrentes⁹²⁸, se nos posicionarmos desde o ponto de

⁹²⁸ A propósito, é adequado por em relevo novamente a existência de um "pluralismo constitucional", que na lição de MacCormick, citado por Gisbert Bustos, é visto como um fenômeno em que se interrelacionam uma pluralidade de ordens normativas institucionais, as quais possuem suas respectivas constituições - consideradas estas ao menos como um corpo de normas de nível superior que estabelece e condiciona o exercício do poder político -, que se reconhecem legítimas mas sem, contudo, afirmar a supremacia de uma ou outra. Na visão do autor, a idéia do "pluralismo constitucional" permite avançar na linha do reconhecimento de que a realidade normativa atual encontra-se ancorada em uma variedade de sistemas institucionais, que abarca até cinco níveis: universais, supraestatais, estatais, regionais e locais; MacCormick, Neil, "Beyond the Sovereign State", *in* The modern Law Review, n. 56, p. 15-16, citado por Gisbert Bustos Gisbert Bustos, R., "Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos" *in* García Roca, Javier e Fernandez Sanchez, Pablo A., "Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009, p. 147-148. Ressalte-se, outra vez, que "la adopción de la idea del pluralismo constitucional puede suponer el cuestionamiento de la idea de supremacía como único critério para la comprensión de las relaciones entre normas constitucionales nacionales y europeas. Las relaciones entre normas no se basan ya, o al menos no sólo, en la jerarquía entre normas hasta el punto de que Gomes Canotilho puede afirmar que la pirámide normativa está anticuada. En especial, las relaciones entre las normas constitucionales europeas y las nacionales no parecen guiarse ya tanto por la jerarquía, como por la colaboración y la complementariedad (Häberle); por la interconexión (Schwarze); por la coordinación (Chaltiel); por la convergencia (De Witte); por el entrelazamiento de normas o por la interdependencia entre ellas (Gerkrath); por la interacción (López Piña e Gutierrez); por la cooperación y el mutuo aprendizaje (Ladeur), *in* Gisbert Bustos, "Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo (...)", *op. cit.* p. 149-150. Na mesma linha, García Roca y Fernández Sánchez ressaltam que "debemos aprender a movernos en una situación caracterizada por una triple concurrencia

vista de um Estado Constitucional de corte cooperativo que, por definição, encontra-se aberto à dimensão internacional dos direitos humanos – e à dimensão comunitária de cessão de competências político-jurídicas –, e que busca a maximização das garantias do ser humano, sejam elas oriundas de fonte interna ou externa.

Ora, como adverte Ferrajoli, “o reconhecimento do caráter *fundamental* dos direitos vitais dos cidadãos frente aos Estados equivale, desde o ponto de vista externo, à afirmação de seu caráter *supraestatal* e, por conseguinte, internacional”. E, se “tal reconhecimento é acolhido pelas Constituições e acompanhado nestas pela auto-obrigação de respeitar os princípios de direito internacional (...) isto equivale também, desde o ponto de vista interno, à subordinação jurídica do estado às normas e às sanções predispostas pelo direito internacional para a violação de tais direitos”⁹²⁹.

De fato, cumprem os “novos artigos constitucionais” um papel importante quando permitem “a transmissão de poderes soberanos à organizações e instituições supraestatais ou internacionais”, demonstrando uma “disposição a renunciar à soberania

de normas protectoras de derechos: constitucionales y domésticas, de la Unión y del Consejo de Europa (...) cuando no son cuatro, en los Estados federales o fuertemente descentralizados, como acontece ahora con España donde ya hay largos enunciados de derechos y principios rectores en los nuevos Estatutos de Autonomía”, aduzindo ademais que “esta concurrencia material de jurisdicciones y “declaraciones” – en la acepción constitucional del término, no en la internacional – obliga al juzgador de los derechos a construir, mediante una interpretación unitaria y sistemática, normas compatibles con un parámetro de enjuiciamiento propio de ese escenario de “pluralismo constitucional” y que asimismo se deduzcan de ese conjunto de disposiciones”; García Roca, Javier e Fernández Sánchez, Pablo A., “Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado”, op. cit. p. XXI-XXII.

⁹²⁹ Os destaques encontram-se no original; Ferrajoli não deixa de reconhecer, entretanto, que o problema do direito internacional é a sua falta de efetividade, uma vez que “as normas de direito internacional deveriam tutelar as pessoas frente a seus próprios estados”, ou ainda que “a inefetividade é a característica mais frustrante do direito internacional no que se refere à criminalidade internacional dos estados; guerras, incursões, invasões, experimentações de armas perigosas, ameaças nucleares, etc., são sinais da impotência dos organismos internacionais que trabalham pela paz, desmentindo sistematicamente as convenções internacionais, a começar pelas relativas aos direitos fundamentais”, in Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 937.

que era alheia ao direito internacional tradicional”. No entender de Häberle “na medida em que, desde a perspectiva internacional, a cooperação entre os Estados ocupe o lugar da mera coordenação pacífica (é dizer, da delimitação da soberania nacional), no caminho do direito constitucional nacional pode advertir-se tendências que apontam a uma debilitação da distinção estrita entre o interno e o externo a favor de uma abertura em direção ao exterior”⁹³⁰.

Nessa mesma esteira - e partindo do suposto de que a Constituição segue sendo o instrumento político-normativo que conforma a vida estatal e da sociedade, não havendo nenhuma outra norma em posição superior -, torna-se inapropriado defender em um Estado constitucional contemporâneo, de caráter cooperativo, uma concepção de supremacia constitucional que relegue o conteúdo material das normas de direitos humanos a uma incidência secundária, que ao final das contas implicam em obrigações legitimamente assumidas pelo nosso Estado⁹³¹. Como bem ressalta Hesse, é inegável que o direito constitucional passa por uma profunda transformação: “la evolución del Estado desde su concepción tradicional como soberano, nacional, relativamente hermético, hacia el Estado actual, internacionalmente imbricado y supranacionalmente vinculado, **se corresponde con la pérdida de primacía** y de la entidad e importancia que hasta muy recientemente había tenido su Constitución”⁹³² (destacamos).

Nossas afirmações se fortalecem ainda mais quando verificamos que é nossa própria Constituição quem faz inserir um princípio de alta significância valorativa e normativa, de cuja orientação o intérprete não pode se desviar.

⁹³⁰ Häberle, “El Estado Constitucional Cooperativo”, op. cit. p. 170-171.

⁹³¹ A propósito, Bidart adverte que “no revisar los conceptos y los modelos tradicionales del poder constituyente y de la supremacía constitucional para introducirles los reajustes que el ritmo histórico del tiempo y de las circunstancias mundiales reclaman, es anquilosar la doctrina constitucional con congelamientos que equivale a atraso”, in Bidart Campos, German J., “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, Buenos Aires, Ediar, 2004, p. 456.

⁹³² Hesse, Konrad, “Constitución y Derecho Constitucional”, in Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen, “Manual de Derecho Constitucional”, tradução de Antonio López Piña, Madrid, Marcial Pons, 2001, segunda edição, p. 14.

Conforme já mencionado alhures, a evolução em direção ao Estado Constitucional Cooperativo exige a reorientação das fontes de direito e das teorias de interpretação jurídica, conforme ressalta Häberle. Assevera o renomado constitucionalista que a “ideologia que preconiza o “monopólio do Estado” em matéria de fontes jurídicas termina por ser ao Estado constitucional um conceito tanto mais alheio quanto mais próximo esteja do próprio conceito de “Estado Constitucional Cooperativo” posto que este não adota já nenhuma posição preponderante de monopólio, nem de jurisdição, nem de exegese jurídica, **senão que vai abrindo-se de forma progressiva a procedimentos jurídicos internacionais e à interpretação da normativa jurídica efetuada a nível internacional ou supraestatal**”⁹³³⁹³⁴ (grifamos).

Informa, pois, o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos toda nossa ordem política-normativa, influenciando inclusive no conteúdo normativo do princípio da supremacia constitucional, cuja delimitação conceitual deve respeitar o mandato normativo-interpretativo daquele. Ou seja, em um ambiente constitucional em que a interação com a ordem jurídica internacional de direitos humanos é regida pela prevalência dos direitos humanos, a busca pela harmonização – respeitando-se as características de ambos os ordenamentos e de suas normas – e diálogo, deve primar sobre o olvido e sobre a pretensão de autossuficiência.

A premissa básica é estabelecer este nexos relacional entre os princípios envolvidos e admitir que a conjugação de ambos resulta no seu condicionamento recíproco. Na lição de Canotilho, nestas interações, a força irradiante de um projeta-se sobre a configuração de outro, promovendo a alteração na compreensão dos conteúdos, o

⁹³³ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 287-289.

⁹³⁴ No mesmo sentido comenta Bidart, a respeito da intersecção do direito constitucional com o direito comunitário, em lição que se aplica inteiramente à relação direito constitucional e direito internacional dos direitos humanos: “(...) pero, aunque lo que se llama “interferencia” sea más bien una integración jurídica, lo cierto es que se vuelve imprescindible repensar, reelaborar y “aggiornar” estandartes constitucionales acuñados en el pasado para tiempos sumamente diferentes a los actuales. Y esto no para abdicar de ellos en forma total, sino para readaptarlos y reacomodarlos, porque no deben ser estereotipos inamovibles o definitivos”, in Bidart, “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, op. cit. p. 466.

que pode explicar “deslocações compreensivas, na medida em que modificações relativas à compreensão do conteúdo de um princípio são susceptíveis de produzir reflexos no correto entendimento do outro”⁹³⁵.

Deixar de estabelecer esta relação dialética entre os princípios mencionados, relegando ao limbo jurídico o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, implicaria impor um sacrifício indevido à normatividade subjacente da própria Constituição. Nas palavras do autor português, da conjugação dos princípios fundamentais “resulta a necessidade de estabelecer operações de concordância prática”, na medida em que “a especificidade, conteúdo, extensão e alcance próprios de cada princípio não exigem nem admitem o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes reclamam a harmonização dos mesmos, de modo a obter-se a máxima efectividade de todos eles”⁹³⁶.

v. O princípio da unidade da Constituição informa a relação entre o princípio da supremacia constitucional e o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos - Releitura de princípios instrumentais de interpretação constitucional

Propor esta articulação com o princípio da supremacia constitucional não importa em nenhum abalo na convicção de que a Constituição segue sendo a Norma Fundamental que rege toda a vida política-normativa estatal, nem mesmo significa admitir que sua posição privilegiada no sistema de fontes seja alterada.

Pelo contrário, propugnamos aplicar em toda a sua extensão o princípio da força normativa da Constituição, através da realização - em relação coordenativa com o princípio da supremacia constitucional -, do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos. A proposição deste diálogo, com efeito, encontra-se longe de abalar a força normativa da Constituição⁹³⁷, já que integra o próprio processo de compreensão do

⁹³⁵ Canotilho citado por Ruy Espíndola, “Conceito de Princípios”, op. cit. p. 202,203-207.

⁹³⁶ Canotilho citado por Ruy Espíndola, “Conceito de Princípios”, op. cit. p. 205.

⁹³⁷ Segundo Bidart, “Decimos esto porque, seguramente, entorpecer la recepción interna del derecho internacional de los derechos humanos podría parecer a algunos un modo conveniente de preservar la fuerza

significado de ambos os princípios envolvidos o estabelecer-se uma relação dialética através da qual se eliminem as contradições e se possibilite o alcance de uma delimitação normativa.

O princípio da unidade da Constituição surge como o elemento que informa este processo, uma vez que, por definição, exclui ou evita as contradições havidas no sistema. No entendimento de Canotilho, o princípio da unidade hierárquico-normativa significa que “todas as normas contidas numa constituição formal tem igual dignidade” exigindo uma “coerência narrativa” do sistema jurídico, e como “princípio de decisão” dirige-se “aos juízes e todas autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos no sentido de as ‘lerem’ e ‘compreenderem’, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor”⁹³⁸⁹³⁹.

normativa de la constitución, que acaso debilitaría o perdería su vigor, si a la constitución se le anexaran los tratados internacionales, tanto con jerarquía superior cuanto con su mismo nivel. Desde nuestra perspectiva, ocurre todo lo contrario. La fuerza normativa de la constitución no se empobrece ni se extravía, sino que se vuelve más intensa, y con mejor aptitud para operar eficazmente: el derecho internacional acude en su auxilio a título de cobertura subsidiaria”; e mais a frente ressalta: (...) lo recién dicho ha de cobrar énfasis cuando seguimos rescatando la fuerza normativa de la Constitución para repetir que desde el derecho internacional de los derechos humanos se coadyuva a tonificarla con y por obra de una fuente heterónoma que auspicia, con carácter mínimo y subsidiario, conferir completitud al sistema interno de derechos humanos y poner en movimiento a una retroalimentación constante entre él y el derecho internacional (...) de que ese mismo fenómeno en nada afecta la fuerza normativa del derecho de la Constitución, que prosigue actuando como fuente primaria del orden jurídico estatal, más allá de las definiciones que haga acerca de la jerarquía y la prelación de las normas que lo componen” in Bidart, “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, op. cit. p. 456 e 468.

⁹³⁸ Canotilho, “Direito constitucional”, op. cit. p. 1109.

⁹³⁹ Bustos Gisbert, apoiado nas lições de Stern, Derecho del Estado de la República Federal Alemana, Madrid, 1987, p. 291-293; Hesse, Escritos de Derecho Constitucional, Madrid, 1992, p. 71; e López Piña, Elementos de Derecho Público, Madrid, 2002, adverte que o princípio da unidade da Constituição, em um contexto pluralista, deve ser tomado em face de todos os textos constitucionais, independentemente da origem, já que aquele exige “de los intérpretes el mantenimiento de la coherencia interna de la norma constitucional en cualquier solución que pretenda conferirse a un determinado conflicto. Ello es plenamente asumido respecto a la constitución nacional. Pero en el marco de una constitución pluralista asume un carácter basilar. La unidad de la

Nas palavras de Bonavides, “é o princípio que, por excelência, preserva o espírito da Constituição”. O renomado autor cita passagem de sentença da Corte Constitucional alemã, que reproduzimos por importante: “não se pode considerar insuladamente uma estipulação singular da Constituição nem pode ser ela interpretada ‘em si mesma’ senão que deve manter ‘conexão’ de sentido com as demais prescrições da Constituição, formando uma unidade interna” porquanto da “totalidade da Constituição emergem determinados princípios constitucionais bem como decisões fundamentais, às quais se subordinam às estipulações isoladas da Constituição” e com as quais devem guardar compatibilidade”⁹⁴⁰.

Quando se fala em “prevalência dos direitos humanos” parece não ser adequado defender um entendimento que implique posicionar os tratados de direitos humanos em um nível superior ao do próprio ordenamento constitucional que autoriza sua integração. Sob este aspecto “não prevalecem os direitos humanos” sobre a Constituição. Respeita-se o conteúdo normativo do princípio que estabelece uma hierarquia entre as fontes jurígenas de um ordenamento e possibilita o controle de constitucionalidade, fazendo residir no ápice deste esquema formal as normas constitucionais.

No entanto, se falamos de “prevalência dos direitos humanos” enquanto disposições integrantes de uma normatividade internacional que se pretende **mínima**, que estabelece um standard abaixo do qual não é permitido aos Estados transitarem, torna-se adequado defender que “prevalecem os direitos humanos” em face de qualquer norma –

constitución que toda interpretación constitucional ha de buscar se refiere a todas las normas constitucionales con independencia del texto normativo en el que se encuentren y de su origen (estatal o supraestatal). La solución interpretativa a los problemas constitucionales no debe hacerse sólo con referencia a algunos de los textos que componen el corpus constitucional, sino a todos ellos. Por tanto, en las argumentaciones jurídico-constitucionales deberemos tratar de dar plena satisfacción a todas las normas integrantes de ese pluralismo constitucional, introduciendo los argumentos constitucionales derivados de normas supraestatales como elementos esenciales en la adopción de una decisión interpretativa”, in “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo”, op. cit. p. 151.

⁹⁴⁰ Bonavides, “Curso”, op.cit. p. 610.

constitucional ou não – que infrinja materialmente o conteúdo internacional assumido pelo Estado⁹⁴¹. Ademais do respeito aos conteúdos normativos legitimamente integrados no ordenamento interno, a postura respeita também as características sistêmicas da normatividade internacional dos direitos humanos.

Eventuais conflitos também podem se desenhar a partir dos diferentes sentidos e alcances estabelecidos nas normas internas de direitos fundamentais ou internacionais de direitos humanos. Assim, ainda que haja a proteção de um direito ou previsão de uma garantia em ambos os ordenamentos, as diversas amplitudes protetivas podem chocar-se, gerando um conflito. Ocorre, no entanto, que nestes casos não se torna necessário ou adequado, à primeira vista, recorrer-se ao princípio da aplicação da norma mais favorável – até porque este princípio não é aplicável em muitas dimensões conflitivas, como no caso de conflitos de direitos de dois indivíduos, situação que remeteria o intérprete ao princípio da poderação de bens ou interesses⁹⁴²-, mas propiciar

⁹⁴¹ Com o intuito de deixar mais claro, o desrespeito à normatividade internacional somente se configura quando se rebaixam os níveis protetivos, pois quando a Constituição assegura melhores posições jurídicas ao ser humano, a prevalência é dos direitos fundamentais.

⁹⁴² Ramos, André de Carvalho, põe em dúvida a eficácia do princípio quando da análise dos *hard cases*: “De fato, há uma importante pergunta, muitas vezes olvidada: a norma é mais favorável a quem? Ao indivíduo, mas e se em determinado caso concreto – comum, diga-se –, dois direitos pertencentes a indivíduos distintos entram em colisão? Qual norma deve prevalecer? O princípio da primazia da norma mais favorável emudece. Sendo assim, infelizmente, observo a insuficiência do princípio da primazia da norma mais favorável, justamente nos *hard cases*, nos quais dois direitos entram em colisão aparente. Como exemplo, fica extremamente penosa a aplicação do princípio da norma mais favorável, no caso de choque entre a liberdade de expressão e o direito à vida privada e intimidade. Ou ainda, como visto em recente feito perante o Supremo Tribunal Federal na análise de caso envolvendo a realização forçada (*manu militari*) do exame do DNA em ação de paternidade, quando foi necessário decidir entre o direito à integridade física do suposto pai e o direito da criança ao conhecimento seguro de sua própria ascendência, ambos os direitos já reconhecidos em diversos tratados internacionais. Não devemos considerar, contudo, tal conflito aparente como insuperável. Em face da insuficiência do princípio da norma mais favorável, entra em cena o princípio da ponderação de interesses, sabendo que a certeza da relatividade dos direitos fundamentais diante da necessária coexistência entre os mesmos devem servir de guia para o intérprete no momento da estipulação dos limites da proteção estipulada pelos direitos em concreto”, in *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, n° 4, p.69-70, jul-set. 2002.

uma leitura do direito fundamental em conformidade com o direito humano respectivo, de modo a respeitar sua normatividade mínima obrigatória. Assim, partindo-se de lógica semelhante, resta ao intérprete receber o conteúdo internacional de modo a integrá-lo no núcleo essencial do direito fundamental respectivo.

Dessa forma, o mandato jurídico do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos orienta o intérprete a fazer prevalecer o mínimo normativo internacional no trabalho de delimitação do alcance e sentido dos direitos fundamentais, ou a aplicar a norma mais favorável ao indivíduo na situação concreta, obrigando a observância do quanto estabelecido nas normas internacionais, vinculantes ao Estado brasileiro. Cumpre-se assim, ademais de uma função garantista⁹⁴³ - que tende a assegurar a “máxima correspondência entre a normatividade e efetividade na tutela e na satisfação dos direitos”⁹⁴⁴ -, a de evitar eventuais conflitos normativos ou jurisdicionais e uma consequente condenação do Estado brasileiro em caso de este violar as posições jurídicas dos indivíduos reconhecidas em nível internacional.

O ponto de partida para a delimitação do sentido e alcance do direito fundamental é constituído, desta forma, pelos standards internacionais, o que possibilita eliminar, se não na integralidade, grande parte dos conflitos entre os ordenamentos que podem ocasionar, eventualmente, conflitos entre as jurisdições interna e internacional de direitos humanos⁹⁴⁵.

Podemos dizer, por fim, que ambos os procedimentos objetivam alcançar uma harmonização internormativa, tarefa desempenhada tanto pelo Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos quanto pelo princípio da unidade da Constituição. O Princípio da

⁹⁴³ As garantias para Ferrajoli são vínculos normativos idôneos para assegurar a efetividade dos direitos subjetivos e, em geral, os princípios axiológicos sancionados pelas leis, in “Derecho y Razón”, op.cit. p. 28

⁹⁴⁴ Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op.cit. p. 28.

⁹⁴⁵ Ver item ii da Seção II da Quinta Parte, no qual tratamos da recente decisão da Corte Interamericana sobre a questão da anistia aos envolvidos no desaparecimento forçado, tortura de vários brasileiros que se opunham ao regime de exceção.

Prevalência dos Direitos Humanos orienta-se, portanto, para a harmonização e não para o confronto.

vi. O princípio da interpretação conforme à Constituição – Uma releitura para compreender o controle de convencionalidade

A doutrina especializada indica que o princípio da interpretação conforme à Constituição configura um princípio de interpretação e uma técnica de controle de constitucionalidade que encontra, não obstante, limite nas possibilidades semânticas do texto. No que se refere ao primeiro aspecto, deve ser priorizada a interpretação da norma infraconstitucional, dentre aquelas possíveis, que seja compatível com a Constituição. No que se refere ao segundo aspecto, a interpretação conforme à Constituição consiste na “expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma” sem necessitar “mutilar o texto”⁹⁴⁶.

Conforme Canotilho, “a principal manifestação da preeminência normativa da constituição consiste em que toda ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformam a ela. São três as componentes principais desta preeminência normativa da constituição: (a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a constituição (princípio da interpretação conforme a constituição) (...)”⁹⁴⁷.

A integração das normas internacionais de direitos humanos em nosso ambiente normativo, cujo conteúdo material possui um caráter mínimo obrigatório, e a eficácia normativa-interpretativa do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, impele a verificação pelo intérprete da compatibilidade das normas infraconstitucionais também em face do conteúdo material dos tratados de direitos humanos.

⁹⁴⁶ Barroso e Barcelos, “La nueva interpretación constitucional”, op. cit. p. 200.

⁹⁴⁷ Canotilho citado por Ruy Espíndola, “Conceito de Princípios”, op. cit. p. 96-97.

Ou seja, a releitura do princípio da interpretação conforme à Constituição, por força da incidência da “prevalência dos direitos humanos”, inauguraria um “controle de convencionalidade” em nosso ordenamento. Se o intérprete deve atuar observando a força normativa-interpretativa advinda do Princípio, não deve se furtar a analisar a compatibilidade material das normas infraconstitucionais tendo como “parâmetro convencional” os tratados de direitos humanos.

Observe-se que, por força do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos o intérprete se vê incitado a proceder neste sentido, não importando a posição formal das normas internacionais de direitos humanos (no mesmo nível das leis ordinárias ou acima delas e abaixo da Constituição) – ainda que elas estejam inseridas, por sua fundamentalidade material, no bloco de constitucionalidade brasileiro.

vii. O princípio instrumental da interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com os tratados de direitos humanos

A tarefa de compreender adequadamente a eficácia normativa-interpretativa do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, como princípio fundamental de nossa ordem constitucional, parece importante para “descobrirmos” o princípio da interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com os tratados de direitos humanos.

A percepção da existência de um ambiente internormativo em interação regido pela “prevalência dos direitos humanos”, cujas premissas orientam todo o processo de integração e desenvolvimento dessas normas internacionais, convida o intérprete a tratar adequadamente a relação dessas com os direitos fundamentais internos.

Assim, se o mandato interpretativo do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, por um lado, determina que o intérprete conforme materialmente as normas jurídicas inferiores de acordo com os seus valores e finalidades e, por outro, com base nesses elementos oriente-se na interpretação das normas constitucionais⁹⁴⁸, a questão que

⁹⁴⁸ Relembre-se a lição de Canotilho escrita linhas atrás, no sentido de que a face normativa dos princípios assentam os “padrões pelos quais se investiga a compatibilidade da ordem jurídica”. Ou seja, a sua “dimensão determinante” permite exigir a conformação dos atos dos

remanesce e que constitui um dos pontos centrais do problema reside justamente na forma de tratar as relações entre os direitos fundamentais e os direitos humanos – especificamente no que se refere aos diversos sentidos e alcances que podem ser atribuídos a uma mesma garantia ou direito, pois que a regulação normativa conferida na ordem interna e internacional pode muito bem ser distinta, como já ressaltamos alhures.

O tema ganha complexidade quando analisamos a questão sob o prisma da prática judiciária levada a efeito tanto pelas jurisdições constitucionais de outros países, quanto pelas internacionais de direitos humanos. Como vimos nos capítulos próprios, houve importantes desacertos hermenêuticos sobre o conteúdo material de um mesmo direito quando interpretado pela jurisdição nacional e pela jurisdição internacional, tendo sido invocados diversos mecanismos para superar os conflitos advindos dessa interação internormativa⁹⁴⁹.

Se quisermos tratar devidamente o problema não podemos deixar de considerar que as disposições normativas internacionais estabelecem um **conteúdo mínimo** indisponível para o Estado. Ou seja, uma delimitação protetiva definida a cada direito ou garantia que não pode ser rebaixada pela normatividade interna, somente ampliada.

Nosso discurso pretende fixar o entendimento que o sentido normativo do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos faz “prevalecer” este conteúdo mínimo quando se trata de estabelecer hermeneuticamente o sentido e alcance de cada direito ou garantia fundamental interna. Ao intérprete constitucional, em nossa visão, não deve ser dada a opção de descurar-se da observância deste parâmetro elementar constituído pela normatividade internacional. Deve lançar mão, portanto, do princípio instrumental que melhor designa essa metodologia interpretativa, o princípio da interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com os tratados de direitos humanos.

poderes públicos (leis, sentenças e atos administrativos) à dimensão material dos princípios constitucionais.

⁹⁴⁹ Seção I da Terceira Parte.

Expliquemos melhor. Na atividade hermenêutica, quando o intérprete constitucional se deparar com um direito ou garantia fundamental que tenha sua correspondente previsão em um tratado internacional de direitos humanos, deve ele perceber que a definição do sentido e alcance do direito interno não pode ser estabelecida prescindindo-se do conteúdo da respectiva disposição internacional. Se quiser o intérprete respeitar as obrigações internacionais assumidas pelo Estado – e ao mesmo tempo respeitar as posições jurídicas conferidas pelas normas internacionais aos jurisdicionados – atendendo, ademais, ao mandato imperativo previsto no Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, deve considerar que os elementos definidos internacionalmente necessitam integrar-se no sentido e alcance dos direitos fundamentais domésticos.

A interpretação constitucional na forma proposta determinaria a integração do conteúdo mínimo internacional no “conteúdo essencial” dos direitos e garantias fundamentais. O caráter obrigatório que assumem os conteúdos materiais advindos das normas internacionais de direitos humanos se amolda perfeitamente a esta percepção, uma vez que este “núcleo” constitui a categoria dogmática dos direitos fundamentais à qual não se admite transigências ou interferências prejudiciais⁹⁵⁰.

⁹⁵⁰ De acordo com a doutrina de Naranjo de Cruz (Naranjo de Cruz, Rafael, “Los límites de los derechos fundamentales em las relaciones particulares: La buena fe”, Madrid, Boletín Oficial del Estado - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000) independentemente da definição que se adote a respeito, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais se manifesta como obstáculo intransponível contra qualquer intenção limitadora proveniente dos poderes públicos. Ensina ainda que o “conteúdo essencial constitui uma proteção última, infranqueável e absoluta do direito fundamental, compreendido este como direito subjetivo e também e correlativamente como norma objetiva, que garante a invulnerabilidade de algumas manifestações do direito frente a qualquer intromissão derivada dos poderes públicos”. Aliando tal doutrina ao princípio da proporcionalidade, assevera que ambas atuam como “limite dos limites dos direitos fundamentais”, postura também adotada por Häberle (p. 129-130). Na prática, ilustra a atuação do conteúdo essencial da seguinte forma: “para uma melhor compreensão partimos de uma imagem do direito fundamental como três círculos concêntricos de distinta amplitude. O primeiro, o da “delimitação”, marca o estado de máxima extensão do direito fundamental, fazendo-o separar de tudo aquilo que não se refere ao direito fundamental. Como principal efeito, deriva dele uma proteção *iusfundamental* prima facie para qualquer manifestação que se possa extrair do direito. Dada a relevância que isso produz, requer uma interpretação em termos amplos, que parte inexoravelmente da própria disposição do direito fundamental, a qual somente passará a ser definitiva se não se impõe nenhum limite

que esteja justificado pela Norma Fundamental. A segunda circunferência seria a formada pelos limites dos direitos fundamentais, que supõe a entrada na delimitação dos mesmos, amparada pela necessidade de defender a integridade de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, de modo a fazer incidir a unidade da Constituição. As limitações não de estar sempre justificadas e não exceder o estritamente necessário, estando o controle destes requisitos realizando-se através da aplicação do princípio da proporcionalidade. Finalmente, chegamos ao conteúdo essencial, como âmbito irreduzível do direito fundamental, compreendido como direito subjetivo, e assim também como norma objetiva. A proteção que outorga às manifestações do direito que ampara é absoluta e não decai diante de nenhum outro bem ou direito garantido na Constituição já que sua desaparecimento implicaria a do próprio direito por constituir sua substância mesma" (p. 159-160). Na sentença nº 11/1981 do Tribunal Constitucional espanhol, restou assim definido o conteúdo essencial: "buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección". (STC 11/1981). Freixes Sanjuán (Freixes Sanjuán, Teresa, "Estrutura jurídica y función constitucional de los derechos - Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978", Barcelona, Promociones y publicaciones universitarias - PPU, 1992) descreve, desde a doutrina do Tribunal Federal alemão, as duas correntes que pretendem definir o conceito de conteúdo essencial dos direitos fundamentais: "O Tribunal Federal alemão interpretou esta garantia a partir de duas linhas teóricas: as chamadas teoria relativa e a teoria absoluta. Na teoria relativa o conteúdo essencial não fica definido por si mesmo, mas em função do bem que trata de proteger: em consequência, a partir desta teoria os direitos não se contemplam como absolutos porém como estruturas jurídicas que possuem proteção frente a limites arbitrários: e o conteúdo essencial como garantia somente atua como uma resistência frente às limitações injustificadas. A teoria absoluta, de sua parte, constrói a garantia do conteúdo essencial como uma proteção singularizada que goza de certa autonomia conceitual; nesta teoria o conteúdo essencial do direito constitui um núcleo absolutamente proibido ao legislador, sequer quando em relação conflitual com outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos" (p. 71). Häberle (Häberle, Peter, "La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn - Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley", Madrid, Editorial Dykinson, 2003) parece pender para a adoção da teoria relativa, porém reconhece que a aplicação isolada de ambas as teorias não é o caminho mais adequado: "A determinação aqui defendida do conteúdo essencial é considerada como uma tentativa de vincular reciprocamente os objetivos e as teses essenciais das teorias absolutas e as chamadas teorias relativas do conteúdo essencial. Devemos aclarar que as "teorias" não em raras ocasiões que se contrapõem irreconciliavelmente, desenvolvem pontos de vista que de modo algum se excluem, mas que frequentemente permitem

O princípio da interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com os tratados de direitos humanos **reenvia** o intérprete constitucional na hora de delimitar o sentido e alcance dos direitos fundamentais à dimensão internacional, desde onde ele busca os conteúdos materiais postos pelos tratados de direitos humanos e integra posteriormente estes elementos no “núcleo essencial” daqueles.

Esta **técnica de reenvio** já foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal em vários julgamentos, sendo interessante que o leitor verifique estes casos paradigmáticos que foram estudados em capítulo próprio⁹⁵¹. O manejo da técnica pelo nosso Alto tribunal permitiu alcançar-se resultados concretos muito próximos aos que chegaram outras jurisdições constitucionais.

Esse princípio instrumental promove uma articulação harmônica entre os ordenamentos na hora da interpretação dos direitos fundamentais, pois que atende ao mandato normativo-interpretativo do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, desde onde é extraído. Rechaça, ademais, uma conduta de autossuficiência fundamentada em premissas metodológicas que não se explicam mais em nossos Estados constitucionais contemporâneos. O olvido das posições jurídicas mínimas integradas em nossa ordem jurídica interna poderá propiciar um confronto entre as jurisdições constitucional e internacional, em razão do manejo do direito de petição aos órgãos de controle e monitoramento dos tratados, cada vez mais fomentado em nossa realidade nacional.

chegar a uma conciliação “não somente, mas também” – um fato que não é desconhecido nas controvérsias da Ciência do Direito. Isto, de fato, não se mostra como a “solução ideal” para a determinação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e pode duvidar-se com toda razão que existe uma solução deste tipo, não se podendo excluir dúvidas na praticidade da solução aqui elaborada” (p. 67). No Brasil, destacam-se os trabalhos de Virgílio Afonso da Silva (Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia, Malheiros, 2009), Cláudia Perotto Biagi (A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira, Sergio Antonio Fabris Editor, 2005), Ana Paula de Barcellos (Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, Renovar, 2005).

⁹⁵¹ Seção I da Quinta Parte.

Sendo assim, o princípio da interpretação dos direitos fundamentais de acordo com os tratados de direitos humanos, que encontra a sua sede no Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, apresenta-se como um princípio instrumental que reenvia o intérprete para os conteúdos internacionais respectivos, constituindo o ponto de partida para a delimitação do sentido e alcance de um direito fundamental, o que possibilitaria eliminar, se não na integralidade, grande parte dos conflitos entre os ordenamentos e as suas respectivas jurisdições.

viii. O princípio instrumental da aplicação da cláusula mais favorável ao indivíduo

O princípio da aplicação da norma mais favorável ao indivíduo determina ao intérprete a utilização da norma que confira ao ser humano um grau de proteção mais amplo quando a um determinado suposto de fato forem aplicáveis duas ou mais disposições normativas, não importando para tanto, se a fonte é de origem nacional ou internacional.

A nós nos parece que este princípio se amolda perfeitamente às percepções contemporâneas que exigem uma adequação entre a ordem jurídica nacional de proteção aos direitos fundamentais e a ordem internacional de proteção dos direitos humanos, a partir da premissa de que ambas direcionam-se a um fim comum – o de proteger o indivíduo – complementando-se mutuamente em um ambiente de interações e interdependências.

Ademais, o princípio é consentâneo não só com as características do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em seu aspecto normativo mínimo (complementa o direito interno, funcionando como piso normativo), e em sua dimensão expansiva (sua tendência à extensão do âmbito de aplicação), mas também com os elementos informativos dos sistemas internos de direitos fundamentais, nos seus específicos contextos de abertura e de expansividade⁹⁵².

⁹⁵² Miranda, Jorge, "Manual de Direito Constitucional", Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 3ª Edição, Tomo IV, p. 163-175; Canotilho, J.J. Gomes, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Almedina, 3ª edição, 2009, p. 1101-1165; este autor fala da abertura horizontal das

Não cabe falar, pois, de primazia entre ordenamentos jurídicos, internacional ou nacional, mas tão somente da primazia da norma que melhor proteja o ser humano, ou nas palavras de Cançado, “o que importa em última análise é o grau de eficácia da proteção, e por conseguinte há de impor-se a norma que no caso concreto melhor proteja, seja ela de direito internacional ou de direito interno”⁹⁵³.

Tais diretrizes, inclusive, encontram-se expressas em grande parte dos tratados de Direitos Humanos. No Pacto de São José, por exemplo, encontramos a adoção expressa deste princípio, desdobrado em aplicações que obrigam o intérprete a observá-las. São elas:

“Art. 29 – Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes, ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

No Protocolo de São Salvador também o encontramos expressamente, pois “não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau” (art. 4º).

normas constitucionais (a qual nos referimos) e vertical, sendo aquela a que significa a incompletude e o caráter ‘fragmentário’ e ‘não codificador’ de um texto constitucional (p. 1106), fazendo alusão ao princípio da máxima efetividade, como o que deve conferir à norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe proporcione (p. 1149).

⁹⁵³ Cançado Trindade, “Tratado de Direito Internacional” Vol.I, op. cit. p. 545; Cançado Trindade, “El Derecho internacional”, op. cit. p. 308-310.

A Convenção Europeia também tem princípio expresso semelhante⁹⁵⁴, sendo que, no plano global, o encontramos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 5.2), assim como no Estatuto dos Refugiados (art. 5º), no Estatuto dos Apátridas (art. 5º), dentre outros. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia também o incorporou, ademais do “princípio da interpretação idêntica”, como vimos em capítulo anterior.

O nosso estudo defende, entretanto, que além dessas fontes externas das quais pode ser extraído, o princípio deflui diretamente da nossa Constituição. Em nosso modo de ver, portanto, sua fundamentação decorre de dupla fonte, a internacional e a nacional.

As linhas argumentativas consubstanciadas na eficácia normativa-interpretativa utilizadas para justificar a “descoberta” do princípio interpretativo precedente, também devem ser legitimamente invocadas para o princípio da aplicação da norma mais favorável ao indivíduo. Ou seja, cabe referir-se à normatividade e à eficácia interpretativa do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos e à existência de um espaço compartilhado entre direitos fundamentais e direitos humanos que reclamam aplicação. Como já ficou bem explicado, essa “disputa” pode redundar em conflitos normativos e até em conflitos entre as jurisdições nacional e internacional de direitos humanos.

Estes conflitos tendem a ser resolvidos, de acordo com nosso discurso, primeiramente, pela integração do conteúdo material mínimo proveniente dos direitos humanos no “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, o que propiciaria uma “leitura” dos direitos fundamentais em completa concordância com os tratados de direitos humanos integrados em nossa ordem jurídica. Restariam, deste modo, atendidas nossas obrigações internacionais que clamam uma observância efetiva, e concomitantemente,

⁹⁵⁴ Art. 53 - “Proteção dos direitos humanos reconhecidos - Nenhuma das disposições do presente Convenio será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar aqueles direitos humanos e liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos conforme as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou em qualquer outra Convenção em que esta seja parte”.

restariam resguardadas as posições jurídicas que são asseguradas aos jurisdicionados pela normatividade internacional.

O manejo do princípio da aplicação da norma mais favorável ocorre caso o intérprete verifique a impossibilidade de uma interpretação do direito fundamental em conformidade com o respectivo direito humano, em razão de um limite textual, por exemplo. Referimo-nos àquelas situações em que as previsões normativas de um ordenamento (nacional ou internacional) restringem ou proíbem o exercício de determinada liberdade fundamental ou mesmo uma garantia enquanto que, de outro lado, há previsão normativa em outro ordenamento jurídico ampliando ou permitindo o exercício da mesma faculdade, liberdade ou garantia (nacional ou internacional).

A possibilidade semântica do texto do direito fundamental ou direito humano delimita, portanto, o campo de utilização deste princípio, pois se houver um conflito semântico parcial ou total entre o direito fundamental e o direito humano - como no caso dos recentes julgamentos havidos no Supremo Tribunal Federal sobre o depositário infiel, cuja análise crítica realizamos em capítulo próprio⁹⁵⁵ - a técnica da interpretação do direito fundamental em conformidade com os tratados de direitos humanos deve dar lugar ao princípio da aplicação da norma mais favorável ao indivíduo na tentativa de resolver o conflito⁹⁵⁶.

Também esse princípio tende a imprimir uma postura harmônica de forma a adequar a ordem jurídica nacional com a internacional, fazendo “prevalecer” a norma cujo âmbito protetivo seja mais favorável ao indivíduo. Como ressaltou Cançado, este princípio orienta não só a aplicação das normas em caso de conflito aparente, reduzindo ou minimizando as suas possibilidades de ocorrência, mas contribui também para “obter maior coordenação” entre tais instrumentos normativos, seja entre tratados e direito

⁹⁵⁵ Seção II da Quinta Parte.

⁹⁵⁶ Como bem acentua Hesse, “(...) no es posible la interpretación conforme en contra del “texto y sentido” o en contra de la “finalidad” legislativa”, Hesse, Konrad, “Escritos de derecho constitucional”, [Introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón], Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 54.

interno (dimensão vertical) seja entre tratados diversos (dimensão horizontal). Contribui, ademais, para demonstrar que “a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos garantindo os mesmos direitos são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção” do ser humano⁹⁵⁷.

Desta forma, da mesma maneira que o princípio da interpretação dos direitos fundamentais conforme os tratados de direitos humanos, o princípio da aplicação da cláusula mais favorável ao indivíduo encontra sua sede no Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, apresentando-se como um princípio instrumental que faz “prevalecer” a norma mais favorável, independentemente de sua fonte ser interna ou internacional.

⁹⁵⁷ Cançado Trindade, “Tratado de Direito Internacional” Vol.I, op. cit. p. 544-545; Cançado Trindade, “El Derecho internacional”, op. cit. p. 308-310.

SEÇÃO II

PERSPECTIVAS FUNCIONAIS DO PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

i. A função de conexão

Os objetivos que fizeram com que o Poder Constituinte espanhol lançasse mão de uma norma de interpretação que reenvia o intérprete aos textos internacionais estão muito claros para Martín Retortillo-Baquer, que esteve presente nos debates legislativos: conectar o ordenamento jurídico espanhol com os grandes textos internacionais em matéria de direitos humanos.

Aduz este autor que a intenção concretizada no art. 10.2 alcança sua máxima funcionalidade operativa no campo da prática⁹⁵⁸. É no momento da interpretação, da praxis aplicativa dos direitos fundamentais que a conexão traduzida no preceito constitucional se relaciona “con la experiencia de los más significativos sistemas de protección de los derechos fundamentales”⁹⁵⁹.

A incrível similitude eficaz entre a norma interpretativa espanhola e o princípio constitucional brasileiro, que determina a prevalência dos direitos humanos no âmbito das relações internacionais, aproxima ambas as normas. Falta, obviamente, às Cortes nacionais brasileiras descobrir todas as virtualidades do princípio constitucional para que este alcance na experiência sua operacionalidade tal como alcançou o dispositivo espanhol.

A opinião compartilhada pela doutrina espanhola é a de que o art. 10.2 da CE expressou o desejo de aproximar-se “al conjunto de estados democráticos que se encuentran jurídicamente vinculados a los textos internacionales de derechos humanos”

⁹⁵⁸ Ressalte-se que o art. 10.2 não é a única cláusula de abertura ao exterior que o ordenamento constitucional espanhol possui. A seu lado, aparece o art. 96.1 e o art. 93, artigos cujas funções já foram comentadas anteriormente e que lhes são atribuídos o designativo de “valvulas de regulación” por Martín Retortillo-Baquer, pois que “imaginadas con toda intención para permitir la entrada a nuestro ordenamiento de mandatos provenientes del espacio supranacional”, in “La interconexión de los ordenamientos”, op. cit. p.63-64.

⁹⁵⁹ Martín Retortillo-Baquer, “La recepción por el Tribunal”, op. cit. p. 7-8.

ou “la conveniencia o necesidad de vincular” o sistema interno às exigencias do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁹⁶⁰.

Não se pode deixar de reconhecer que, quando a Constituição assume que o Estado brasileiro deve reger-se pela prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, está determinando a sua influência em uma via dupla. Primeiro, o princípio deve orientar todas ações estatais em relação aos outros países e organizações internacionais, cuja consecução não pode desviar-se do mandamento principiológico. Segundo, que o Estado brasileiro deve receber os influxos da normatividade internacional e conferir-lhe tratamento também orientado pelo princípio. Ou seja, a ação dos sujeitos estatais inseridos nos processos internos de integração, consolidação e aperfeiçoamento da normatividade internacional dos direitos humanos no sistema doméstico deve estar informada pela prevalência dos direitos humanos.

A conexão entre os ordenamentos já está perfeitamente assimilada pelo Tribunal Constitucional espanhol como ressaltamos anteriormente, já que a “Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas” (STC 78/82, FJ 4) e “no cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar a nuestro ordenamiento jurídico” (SSTC 21/81, FJ 10), ou ainda: “Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental” (SSTC 91/2000, FJ 7.).

Mais especificamente, declarou-se que "esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un

⁹⁶⁰ Martínez Ponce, *op. cit.* p. 21 e 88; Carrillo Salcedo, citado por Martínez Ponce, *op. cit.* p. 88.

lado, y los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución” (STC 36/1991 - FJ 5)⁹⁶¹.

No Brasil, apesar de não se ter desenvolvido o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, percebe-se que nossa mais Alta Corte enveredou-se na trilha indicada por ele, mesmo que tenha feito poucas referências no seu labor prático e ainda que tenha ressaltado a abertura ao ordenamento internacional de direitos humanos por aplicação de outros princípios e regras constitucionais.

Assim, apesar de o Supremo Tribunal permanecer alheio à rica produção jurisprudencial dos órgãos de controle e monitoramento internacionais, ele tem recorrido aos tratados de direitos humanos para estabelecer o sentido e o alcance de direitos fundamentais, já que “em matéria de direitos humanos, **a interpretação jurídica há de considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional**, cujas prescrições tutelares se revelam – na interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicas – elementos de proteção vocacionados a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido, como observa, em lúcido parecer, o ilustre Professor Celso Lafer”⁹⁶², ou “ainda, porém, que não queira o Tribunal comprometer-se com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, **o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade**: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram

⁹⁶¹ Idêntica consideração encontra-se na SSTC 236/07 (FJ5).

⁹⁶² Voto de Celso de Mello no HC 82424, Acórdão publicado em 17.09.2003.

na mesma preocupação”⁹⁶³. Também para a definição de conceitos legais os instrumentos internacionais de direitos humanos são manejados, pois “**fornecem subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura**, ainda que em aplicação limitada, no que se refere ao objeto de sua incriminação, apenas às crianças e adolescentes”⁹⁶⁴ (grifamos).

Ademais de indicar a opção da técnica do reenvio interpretativo ao Direito Internacional dos Direitos Humanos nos precedentes acima, reconheceu-se expressamente a diretriz principiológica da interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com os tratados de direitos humanos, segundo se depreende da seguinte passagem: “Essa expansão normativa das garantias constitucionais processuais, penais e processuais-penais não é um fenômeno brasileiro. A adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos por muitos países fez com que se desse uma expansão singular dos direitos e garantias nela contemplados no âmbito europeu. **Mediante uma interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição em conformidade com as disposições da Convenção Europeia tem-se hoje uma efetiva ampliação do significado dos direitos fundamentais previstos na Constituição ou quase uma ampliação dos direitos positivados na Constituição.** Tendo em vista a práxis dominante na Alemanha, observa Werner Beulke que tal orientação culmina por conferir supremacia fática da Convenção Europeia em face do direito alemão” (grifamos)⁹⁶⁵.

Parece claro, pois, que as normas estabelecidas nos art. 10.2 e art. 4º, II, estabelecem um elo de vinculação recíproca entre as ordens jurídicas interna e externa. Neste sentido, Liñan Noguera destaca que “la trascendencia política del precepto constitucional supera, en mucho, los márgenes de ‘utilidad técnica’ que puede poseer en

⁹⁶³ Voto do relator Sepúlveda Pertence, na ADI 1675, Acórdão publicado em 19.09.2003.

⁹⁶⁴ Acórdão do HC 70389, publicado em 23.06.1994.

⁹⁶⁵ Voto do Ministro Gilmar Mendes, na Extradicação 986, Acórdão publicado em 15.08.2007.

derecho interno español. El art. 10.2 es, antes que nada, un instrumento de conexión con una estructura internacional, y muy especialmente europea, valorativa e histórica”⁹⁶⁶.

Desta forma, temos, por um lado, um sistema de direitos fundamentais posto na Constituição e um sistema de direitos humanos recepcionado na ordem interna e, por outro, temos um princípio que conecta as duas ordens para a eficácia da proteção da pessoa – *através da interpretação* -, cuja linha de atuação busca a harmonização dos ordenamentos. Nesta esteira, a conexão entre os sistemas determinado pelo Princípio da Prevalência tem por efeito produzir a nível interpretativo o reenvio do intérprete dos direitos fundamentais ao mínimo normativo internacional, convencional e jurisprudencial.

Na lição de Bidart, quando o Direito Internacional de Direitos Humanos se faz integrar na ordem interna ambos os ordenamentos conformam um único sistema de direitos, pois que são informados pelos mesmos valores e princípios dirigidos à efetivação. A necessária harmonização se dá, justamente, pela aplicação do princípio da interpretação conforme os tratados de direitos humanos, cuja funcionalidade deflui, no caso brasileiro e de acordo com nosso estudo, da eficácia normativa do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos⁹⁶⁷.

⁹⁶⁶ Liñan Nogueras, “La aplicación en España”, op. cit. p. 282-283.

⁹⁶⁷ Nas palavras de Bidart: “lo primero que hemos de señalar de cara al derecho constitucional contemporáneo es algo muy simple, pero a veces también muy resistido: un sistema de derechos en un estado democrático no es completo si no se abastece con dos fuentes: la propia interna y la internacional (...) compone el derecho de los derechos humanos” já que “ninguna constitución democrática puede desconfiar del derecho de los derechos humanos ni suponer un conflicto entre ambos, en la medida en que una y otro se apoyan en una misma cosmovisión, que es la del humanismo personalista. Tampoco se falsea la supremacía de la Constitución, en cuanto ésta es siempre la fuente primaria porque es ella la que asume e incorpora el derechos internacional de los derechos humanos al derecho interno”. “El fenómeno de integración jurídica que se opera con la articulación simétrica entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos pone en evidencia que, en cuanto al sistema de derechos, asistimos actualmente a una internacionalización de muchos contenidos del derecho constitucional y a una constitucionalización del derecho internacional. Lo primero, porque la cuestión de los derechos humanos, sin emigrar del derecho constitucional, ha dejado de ser exclusiva de la jurisdicción interna

Compartilhamos pois com Martínez Ponce, quando extrai do art. 10.2 da CE um aspecto – também possuído pelo princípio brasileiro - que a nosso juízo caminha juntamente com a função de conexão: “norma que constituye un expediente técnico-jurídico a través del cual se pretende alcanzar el logro de la perfecta armonización de los ordenamientos interno e internacional en aras de la protección de un sector nuclear de ambos ordenes normativos: los derechos humanos”⁹⁶⁸.

No mesmo sentido dos autores que estabelecem uma relação entre as cláusulas de abertura ao exterior e a busca de uma maior eficácia da proteção da pessoa, parece adequado por em relevo que a funcionalidade destas normas de interpretação transcendem o velho debate entre monismo e dualismo, já que buscam a harmonização dos ordenamentos interno e internacional em torno da regra da efetiva proteção do ser humano.

A compreensão da conexão entre os ordenamentos interno e internacional, em nosso entender, deve partir justamente destas premissas que se justificam na maximização da proteção dos direitos das pessoas.

Giancarlo Rolla defende que em uma “crisis de autosuficiencia estatal” torna-se útil a “circulación vital de los modelos culturales y jurídicos” assim como a necessidade de se consolidar um “derecho jurisprudencial —entendido en su acepción cultural, como comprensivo de las aportaciones tanto de la jurisprudência como de la doctrina— común” com base nos diversos direitos nacionais: “En el ámbito de la tutela de los derechos de la persona, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales y supranacionales un círculo virtuoso, de

del estado para convertirse en cuestion de la jurisdicción compartida entre ella y la jurisdicción internacional; lo segundo porque el derecho constitucional hospeda en jurisdicción interna todo cuanto el derecho internacional tiene asumido en orden a los derechos humanos. De esta forma, la concurrencia competencial dá noticia de una convergencia aditiva y una intersección solidaria en el sistema de derechos, que es propia de la sociedad democrática”, *in* “El Derecho constitucional”, *op. cit.* p. 66-67.

⁹⁶⁸ Martínez Ponce, *op. cit.* p. 21.

recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento, susceptible de producir éxitos de gran relevancia tanto dogmática como práctica”⁹⁶⁹.

A recepção do *corpus juris* internacional encontra na doutrina de Rolla uma especial significação que se concretiza através do que chama “interpretación constructiva” – cujo resultado também é produzido através da utilização da cláusula interpretativa espanhola e que deve ser alcançado pelo Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos. Nas palavras do doutrinador italiano, “Por su parte, la implementación jurisprudencial de los derechos es posible utilizando el criterio de la interpretación constructiva, con base en la cual la normativa nacional debe ser interpretada, en la medida de lo posible, en sintonía con el mismo significado y alcance que los propios derechos tienen en el ámbito internacional. Del mismo modo que se puede apelar al principio garantista, por el cual, ante diversas interpretaciones posibles, se debe dar preferencia a la que permita con mayor efectividad “dar desarrollo a la eficacia jurídica” de un determinado derecho”⁹⁷⁰.

No entendimento de Piza Escalante⁹⁷¹, antigo juiz e presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a natureza universal e indivisível do ser humano “impone definitivamente la superación de toda pretensión dualista para explicar la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Porque, efectivamente, la coexistencia de dos ordenes juridicos distintos sobre un mismo objeto resulta logicamente imposible, con lo cual va perdiendo todo sentido la clasica alternativa 'monismo' y 'dualismo' (...) incluso la prevalencia de uno o otro, en caso de conflicto, por lo menos en lo que se refiere a los derechos humanos, con la consecuencia absolutamente obligada de que, o en esta materia prevalece el Derecho Internacional, o bien, como debe, a mi juicio, decirse mejor, en realidad no debe prevalecer ni uno ni otro, sino, en cada caso, aquél que mejor proteja y garantice al ser humano en aplicación, además, del 'principio pro homine' propio del Derecho de los Derechos Humanos”.

⁹⁶⁹ Rolla, op.cit. p. 63-65.

⁹⁷⁰ Rolla, op.cit. p. 69.

⁹⁷¹ Piza Escalante, Rodolfo E. “El valor del derecho”, op. cit. p. 183.

Da mesma opinião compartilha Martínez Ponce, já que o debate monismo-dualismo “pierde, en esta materia, su razón de ser; ya que no prevalecería ni el derecho internacional, ni el interno, sino aquél ordenamiento que, de modo más efectivo y beneficioso para el individuo proteja los derechos humanos; principio plasmado positivamente en la normativa internacional”⁹⁷².

Conclui-se, portanto, que o mandato normativo do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos para além de determinar ao intérprete que a “prevalência” do conteúdo mínimo internacional posto nos tratados de direitos humanos constitui-se em parâmetro do qual não se pode afastar, informa a relação dialógica entre direito interno e direito internacional a partir de outras bases que a do tradicional confronto proposto pelas correntes doutrinárias monistas e dualistas, inaplicáveis ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

ii. A função de atualização da Constituição

Na lição de Canotilho, devemos reconhecer “que a constituição é sempre um *processo público* que se desenvolve hoje em uma sociedade aberta – citando Häberle -, ao pluralismo social, aos fenômenos organizativos supranacionais e à globalização econômica”, o que permite concluir que “a ordem marco fixado pela constituição é necessariamente uma *ordem parcial e fragmentária* que necessita de uma *atualização concretizadora (...)*”⁹⁷³.

Considerar que há uma cláusula de abertura que a partir da interpretação conforme aos tratados de direitos humanos ou pela aplicação da norma mais favorável (desdobramentos normativos do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos), permite-se a inserção de parâmetros estabelecidos pelos órgãos internacionais competentes, obriga-nos à reflexão de que o influxo destes elementos tem a capacidade de influenciar o texto constitucional.

⁹⁷² Martínez Ponce, op. cit. p. 39.

⁹⁷³ Canotilho, “Teoría de la Constitución”, op. cit. p. 102.

Como já havíamos dito anteriormente, a Constituição sofre uma dupla influência dos fatores externos, seja a partir do próprio desenvolvimento da sociedade nacional, seja a partir do desenvolvimento dos outros Estados que compartilham os mesmos valores, princípios e regras em um ambiente de direito comum⁹⁷⁴.

A atividade do intérprete é, pois, enriquecida por esta dupla influência. Para o que interessa neste estudo - o desenvolvimento dos direitos fundamentais através da atividade do legislador ou dos tribunais internos a partir da influência dos tratados internacionais e respectivos critérios jurisprudenciais - é difícil deixar de admitir que o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos não desempenha uma função atualizadora da Constituição, na medida em que informa e rege a relação interativa que ocorre entre direitos fundamentais e direitos humanos, tal como já nos referimos em momento próprio⁹⁷⁵.

Na opinião de Liñan Nogueras, “el hecho, por otra parte, de que la interpretación que emana de esos textos internacionales posea una dinámica importante – como es el caso muy particularmente del CEDH – a través de la labor de sus órganos de interpretación y aplicación ha resultado de fundamental interés para actualizar interpretaciones del texto constitucional en un sentido progresivo”⁹⁷⁶.

Clarificando o problema, cuja lição aplica-se em sua inteireza ao princípio brasileiro, Delgado Barrio assinala que o art. 10.2 “aspira a una permanente puesta al día de la Constitución: ésta consagra un conjunto de derechos fundamentales y libertades cuyo contenido puede verse modificado en más – no en menos – por los tratados, especialmente futuros. Y la cláusula abierta del artículo 10.2 es la vía para una

⁹⁷⁴ O TC espanhol reconhece tal coincidência, por exemplo na SSTC 91/2000 (FJ 7), justamente quando refere-se à cláusula do art. 10.2: “Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental”.

⁹⁷⁵ Seção I da Quarta Parte.

⁹⁷⁶ Liñan Nogueras, “La aplicación en España”, op. cit. p. 294-295.

permanente actualización de la Constitución en esta materia, pues por su cauce habrá que penetrar en Ella el Derecho Común que ha asumido”⁹⁷⁷⁹⁷⁸.

Resulta que a atualização da Constituição aos níveis do direito internacional de direitos humanos, constitui-se para este autor uma das mais importantes funções desempenhadas pelo princípio da interpretação conforme aos tratados de direitos humanos, pois esta “implica una clausulade *aggiornamento* que permite alcanzar en todo momento y con proyección de futuro el nivel que, en materia de derechos y libertades, vayan determinando las convicciones de la comunidad internacional. Más concretamente, y puesto que de lo que se trata es de contemplar el Convenio a la luz del art. 10.2 de la Constitución española, la funcionalidad de este precepto será de sostener en España el nivel europeo de entendimiento de los derechos y libertades”⁹⁷⁹.

iii. A função de garantia

Os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos surgem impondo parâmetros mínimos de garantia dos direitos – *complementários aos nacionais* –, consequência direta da consideração de que a regulação e controle estatal podem ser insuficientes neste tema.

A norma que determina a interpretação dos direitos fundamentais conforme os tratados de direitos humanos, assim como outras cláusulas de abertura, tem a função de garantir através do trabalho de exegese a prevalência das garantias estabelecidas pelos órgãos internacionais, normativas e jurisprudenciais.

Tal função encontra-se presente desde a concepção da cláusula espanhola nos trabalhos constituintes, como pode extrair-se dos pronunciamentos feitos em defesa do

⁹⁷⁷ Delgado Barrio, op. cit. p. 240.

⁹⁷⁸ Opinião da qual compartilha Vadell, “Las sentencias del TEDH”, op. cit. p. 139.

⁹⁷⁹ Delgado Barrio, op. cit. p. 243.

art. 10.2⁹⁸⁰, sendo reconhecida, inclusive, pelo Tribunal Constitucional quando ressaltou que o “TEDH es garante de los derechos fundamentales de los españoles” (SSTC 87/2000 FJ5) ou que “la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garante en última instancia los derechos fundamentales de todos con independencia de las diferentes culturas jurídicas de los países firmantes de dicho Convenio” (SSTC 91/2000 FJ7).

Nesta linha, González Campos resalta que o art. 10.2 converte o Direito Internacional dos Direitos Humanos em garante externo do conteúdo dos direitos fundamentais da Espanha⁹⁸¹. Raciocínio similar deve ser realizado em nosso ordenamento jurídico já que a eficácia normativa-interpretativa do princípio que determina a “prevalência” dos direitos humanos também confere garantia aos indivíduos de que um patamar normativo mínimo deverá ser observado pelas autoridades nacionais.

Podemos extrair, pelo menos, a garantia de caráter material dos direitos fundamentais, na medida em que o reenvio interpretativo ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, “ofrece parámetros objetivos y seguros al intérprete constitucional” em sua atividade de delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais cujos limites vem impostos pelos standards mínimos introduzidos pelos princípios em análise; é dizer, constituem eles “técnica de garantía constitucional de los derechos en cuanto al resultado interpretativo obtenido mediante su aplicación” (...)”⁹⁸². Como já ressaltamos, tal característica muito bem pode ser atribuída ao princípio que determina a prevalência dos direitos humanos, pois através de sua dimensão normativa-interpretativa, permite-se

⁹⁸⁰ Saiz Arnaiz transcreve o pronunciamento do deputado Canyellas que, dentre outros argumentos, ressaltou que o artigo 10.2 “daría a los españoles una mayor garantía y al Tribunal una base segura que le ayudaría a interpretar con mayor justicia y fidelidad estos principios”, e também o do Senador Escudero que sublinhou que o que se pretendia era “un reforzamiento del Derecho Constitucional, relativo a las libertades y derechos, en tanto en cuanto esas libertades y derechos (...) han estado en este país a unas especiales amenazas”, in “La apertura constitucional”, op. cit. p. 15-34.

⁹⁸¹ González Campos, op. cit. p. 52-55.

⁹⁸² Rey Martinez, op. cit. p. 3625.

que se garanta a observância do mínimo normativo e jurisprudencial advindo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Uma garantia formal dos direitos fundamentais, na medida em que se pugna por um mandato imperativo sobre a atividade interpretativa – os direitos fundamentais *se interpretarão de conformidade*, ou ‘*prevalecerão*’ os direitos humanos, através da técnica do reenvio interpretativo.

Por outro lado, parece possível falar também de uma vertente interna e externa das garantias introduzidas pelo Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos e pelo princípio da interpretação conforme os tratados de direitos humanos. Através da primeira se promove um *plus* de garantia aos direitos fundamentais assegurando internamente a efetiva aplicação de standards mínimos de proteção, sejam normativos ou jurisprudenciais, sendo estes por meio da observância dos parâmetros objetivamente estabelecidos pelos órgãos de garantia internacionais no exercício das competências de interpretação e aplicação das normas internacionais. Por meio da segunda, pode dizer-se que a efetiva aplicação dos princípios constitui-se em uma das formas de garantir o cumprimento dos compromissos assumidos internacionalmente, evitando-se a responsabilização internacional.

iv. A função de limitar a atividade interpretativa

O simples fato de um ordenamento interno abrir-se à entrada de normas de direito internacional e integrar-se a entidades de direito internacional e supranacional, implica por si mesmo uma limitação à concepção tradicional da soberania⁹⁸³. No caso brasileiro, por força do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais, torna-se ainda mais claro que o ordenamento jurídico deve sofrer o reflexo

⁹⁸³ “La evolución del Estado desde su concepción tradicional como soberano, nacional, relativamente hermético, hacia el Estado actual, internacionalmente imbricado y supranacionalmente vinculado, se corresponde con la pérdida de primacía y de la entidad e importancia que hasta muy recientemente había tenido su Constitución”, Hesse, Konrad, “Constitución y Derecho Constitucional”, in AA.VV., Manual de Derecho Constitucional, Madrid, 1996, p. 14, citado por Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p.45-46.

da normatividade internacional - cuja atividade deve estar sempre orientada pelo mandamento constitucional. É inegável, portanto, que a abertura traz implícita uma restrição à potestade estatal na produção normativa, porque as fontes nacionais são obrigadas a conviver com as fontes de produção internacional de forma a compartilhar competências, cujo impacto reflete-se, ademais, na atividade do intérprete constitucional que se vê impelido a considerar a normatividade mínima e subsidiária deste ordenamento.

O posicionamento dos tratados internacionais em um *status* superior ao das leis ordinárias, por exemplo, supõe uma limitação à liberdade de conformação legislativa, eis que o exercício desta competência constitucional implicaria uma sorte de impedimento no manejo de todas as temáticas, uma vez que estariam as autoridades legislativas obrigadas a levar em conta o campo normativo já regulado pelos tratados.

Ninguém pode admitir que Estados democráticos prevejam em seus ordenamentos a possibilidade de – ou que permitam a prática -, explorar-se a escravidão, permitir-se o genocídio ou mesmo a discriminação racial, o que levaria a aceitar, inclusive, uns limites impostos por normas imperativas de direito geral internacional, que afetam ao poder constituinte originário⁹⁸⁴⁹⁸⁵.

Na mesma linha, incide o conteúdo material advindo da normatividade internacional de direitos humanos, que por seu caráter mínimo impede que a legislação

⁹⁸⁴ Diez-Picazo, "Límites internacionales", op. cit. p. 9-12.

⁹⁸⁵ Conforme entendimento de Cançado Trindade, exposto em seu voto na Opinião Consultiva 18, de 17 de setembro de 2003, e no Caso Caesar contra Trinidad e Tobago, sentença de 11 de março de 2005: "À responsabilidade internacional objetiva dos Estados corresponde necessariamente a noção de ilegalidade objetiva (um dos elementos subjacentes ao conceito de *jus cogens*). Em nossos dias, ninguém ousaria negar a ilegalidade objetiva de atos de genocídio, de práticas sistemáticas de tortura, de execuções sumárias e extralegais, e de desaparecimento forçada de pessoas - práticas estas que representam crimes de lesa-humanidade -, condenadas pela consciência jurídica universal, a par da aplicação dos tratados. Já em sua Opinião Consultiva de 1951 sobre as reservas à Convenção contra o Genocídio, a Corte Internacional de Justiça assinalou que os princípios humanitários subjacentes àquela Convenção eram reconhecidamente "obrigatórios para os Estados, ainda que em ausência de qualquer obrigação convencional".

nacional rebaixe seus níveis, nem mesmo que o intérprete, estando diante desta opção, aplique a norma nacional que confira uma proteção menos benéfica.

Sem embargo, conceber uma regra hermenêutica com *status* constitucional na qual se impõe um mandato a todos os intérpretes dos direitos fundamentais obrigando-lhes a fazer prevalecer parâmetros normativos internacionais e os respectivos critérios jurisprudenciais – *mínimos e subsidiários*, *ressalte-se uma vez mais* - insere-se, sem dúvida, no campo das limitações aos poderes estatais. Isto porque, “al imponer expresamente un criterio de interpretación de los derechos fundamentales”⁹⁸⁶ a atividade interpretativa surge restringida pela própria Constituição.

No mesmo sentido, a dimensão hermenêutica extraída do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, como estamos propondo, assume também o mesmo caráter limitativo ao intérprete.

Em Espanha, a doutrina especializada entende que mesmo o Tribunal Constitucional sendo o “intérprete supremo de la CE, ello no quiere decir que no esté sometido a límites, uno de los cuales es el mandato del artículo 10.2, como resultado del cual, el TC no puede interpretar autónomamente los derechos contemplados en la CE, sin tener en cuenta lo previsto en los textos internacionales”⁹⁸⁷.

Nesta linha, Mangas Martin ressalta que de acordo com a cláusula do art. 10.2 “no se pueden aprobar leyes o disposiciones reglamentarias que lesionen el sentido general del tratado o los eventuales criterios interpretativos fijados por los órganos llamados a su hermenéutica y aplicación (...) incurriendo, en caso contrario, en inconstitucionalidad”⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ Rey Martinez, op. cit. p. 3614.

⁹⁸⁷ Martínez Ponce, op. cit. p. 104.

⁹⁸⁸ Mangas Martin, A., “Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución española de 1978”, RFDUCM, 61, 1981, p. 153, citado por Martínez Ponce, op. cit. p. 103.

Sendo assim, parece adequado falar que os poderes estatais aparecem limitados em sua atividade interpretativa pelo Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, já que não poderão eleger livremente os critérios de interpretação. Antes ao contrário, devem seguir observando a normatividade mínima internacional quando manejarem os direitos fundamentais.

v. A função interpretativa-integrativa

Estabelecer delimitações exatas a respeito das tarefas de interpretação e integração das normas ou apontar os momentos nos quais o intérprete deixa de interpretá-las e passa a completar o sentido e alcance de seus mandatos, não é algo muito simples.

Posicionamo-nos com os autores que preferem analisar estes dois aspectos funcionais do art. 10.2 de forma conjunta⁹⁸⁹. Sem embargo, se consideramos que os direitos fundamentais são normas incompletas – pois o art. 10.2 é visto como “técnica que es, simultáneamente, un instrumento adecuado para completar las definiciones y garantías de la Constitución y una fórmula que precisa adicionalmente los límites de protección por ella establecidos en este orden de cuestiones”⁹⁹⁰ – parece adequado não tentar fazer um corte entre os momentos interpretativo e de integração já que ambos caminham juntos, na medida em que, manejar a cláusula do art. 10.2 implica incorporar aos direitos fundamentais “via interpretación, las facultades, garantías o posiciones jurídicas no explicitadas en las disposiciones constitucionales que los reconocen”⁹⁹¹.

Isto porque, como assinala Gadamer, o labor de compreensão, interpretação e aplicação de um texto constituem um processo unitário⁹⁹² e “aunque desde una

⁹⁸⁹ Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 225-230; Martínez Ponce, op. cit. p. 185-186; Rey Martínez, op. cit. p. 3618-3621; este último autor refere-se à função interpretativa-integrativa, mas busca tratar de forma separada os contextos do que chama conformação (função de interpretação) e reintegração (o descobrimento de novos aspectos dos direitos).

⁹⁹⁰ Liñan Noguerras, “La aplicación en España”, op. cit. p. 282.

⁹⁹¹ Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 63.

⁹⁹² Citado por Martínez Ponce, op. cit. p. 185-186.

perspectiva meramente teórica cabría afirmar la separación conceptual del efecto “interpretativo” de las normas internacionales, del propiamente “configurativo” o “conformador” del catálogo constitucional de los Derechos Fundamentales, sin embargo, en la práctica resulta difícil apreciar con nitidez dicha separación”⁹⁹³.

Por certo que precisar o sentido e alcance dos direitos fundamentais buscando definir seu conteúdo essencial implica muitas vezes reconhecer novas dimensões ou novos aspectos dos direitos “que vayan emergiendo a la conciencia social y política”⁹⁹⁴ ya que los “derechos y libertades no son estáticos sino que poseen un caracter evolutivo a tenor del cambio histórico y del avance de la conciencia colectiva hacia cotas más amplias de libertades y solidaridad”⁹⁹⁵.

Obviamente que esta dimensão integrativa do Princípio brasileiro da Prevalência dos Direitos Humanos ainda não deu mostras de toda sua potencialidade em razão de sua quase inexistente invocação pelos juristas e sua escassa utilização pelas Cortes nacionais. Certamente que o necessário aprofundamento da questão poderá levar os intérpretes constitucionais a “descobrir” suas potencialidades integrativas, registrando-se ademais que tal função encontra-se harmonicamente integrada no fenômeno interativo entre as ordens constitucional e internacional de direitos humanos, considerando o objetivo deste último de complementar aquele.

Não se pode esquecer, ademais, com Carreras⁹⁹⁶ e Saiz Arnaiz⁹⁹⁷ que a interpretação jurídica é um ato criador de direitos⁹⁹⁸ e a interpretação de normas

⁹⁹³ Martínez Ponce, op. cit. p. 185.

⁹⁹⁴ Rey Martínez, op. cit. p. 3621.

⁹⁹⁵ Casadevante Romani, op. cit. p. 54.

⁹⁹⁶ Carreras, “Función y alcance”, op. cit. p. 327.

⁹⁹⁷ Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 79-86.

⁹⁹⁸ De acordo com Rubio Llorente “La afirmación de que los Tratados no pueden crear derechos fundamentales protegidos por el recurso de amparo sólo es cierta cuanto al nombre de los derechos, no en cuanto su sustancia”, in “Los Derechos Fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, Claves de la razón práctica, n. 75, 1997, p.6, citado por Martínez Ponce, “Tribunal Constitucional”, op. cit. p. 101.

constitucionais conforme os tratados internacionais integra normas do ordenamento internacional nos preceitos constitucionais – diretriz, que como dissemos, deflui naturalmente da eficácia normativa-interpretativa do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos.

O exemplo clássico que podemos invocar do direito espanhol, constitui-se no direito de recurso à instância superior nos processos penais, o qual formalmente não se encontra no art. 24.1 (“prohibición de indefensión”) mas que, com o apoio do art. 14.5 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, tornou-se incorporado ao conteúdo essencial daquele (STC 42/1982). Na experiência judicial brasileira pode-se referir à integração do direito à razoável duração do processo no conteúdo normativo do princípio constitucional do devido processo legal, mesmo antes da reforma constitucional veiculada na Emenda Constitucional 45/04. Esta nova dimensão que se reconhecia ao princípio do devido processo legal deduzia-se diretamente do Pacto de São José, conforme analisaremos mais à frente⁹⁹⁹.

O fenômeno parece relacionar-se com o que se chama de “declaración abierta de los derechos fundamentales”, ou seja, a inesgotabilidade da lista de direitos reconhecidos explicitamente no Título I da Constituição espanhola, “por cuanto dicha declaración o lista puede integrarse ampliamente por la vía de los tratados”¹⁰⁰⁰. Sem embargo, parece que a posição majoritária na Espanha resiste a reconhecer direitos fundamentais fora da lista da Constituição, preferindo reconhecer novas faculdades ou garantias dos direitos fundamentais, como se já estivessem na Constituição¹⁰⁰¹, prática que é seguida por diversas jurisdições constitucionais, como vimos anteriormente.

⁹⁹⁹ Ver item ii.g.3. da Seção I da Quinta Parte.

¹⁰⁰⁰ Como o faz Martínez Ponce com apoio em diversos autores, op. cit. p. 92.

¹⁰⁰¹ Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 79-86; este autor alerta ainda que na Constituição Espanhola não existe uma cláusula similar à da portuguesa (art. 16.1) na qual se assumem como direitos fundamentais aqueles provenientes das normas internacionais, p. 79.

O informe da delegação espanhola da IX Conferência de Tribunais Constitucionais europeus, parece resumir bem tanto a posição acima mencionada como a capacidade do art. 10.2 de criar novas dimensões ou novos aspectos dos direitos fundamentais a partir dos tratados internacionais firmados por Espanha: “son raros los derechos fundamentales previstos en los tratados internacionales firmados por España que no tienen su equivalente en el ámbito constitucional. Además, la interpretación que hace el Tribunal Constitucional de las normas constitucionales ha permitido en gran medida ampliar su campo de aplicación de modo que se han incluido en él tales derechos”¹⁰⁰².

Seja como for, admitindo-se a criação de novos direitos ou de novas dimensões aos direitos já existentes, o que é importante ressaltar é a capacidade criativa que alcança o princípio da interpretação dos direitos fundamentais conforme aos tratados de direitos humanos, através da atividade que não somente é interpretativa, mas interpretativa-integrativa, aspecto funcional que pode ser desempenhado perfeitamente pelo Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos.

¹⁰⁰² Os autores do informe foram os Magistrados López Guerra e Rodrigues Bereijo, citado por Saiz Arnaiz, “La apertura constitucional”, op. cit. p. 85.

QUINTA PARTE

**CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICO-PRÁTICA EM PERSPECTIVA
NACIONAL**

SEÇÃO I

A INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS DESDE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

i. Introdução

O Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, como já ressaltamos, não tem recebido a atenção devida dos intérpretes constitucionais. Nem a doutrina tem se preocupado em definir seus elementos e investigar suas potencialidades, nem a jurisprudência constitucional tem aventado a hipótese de sua utilização efetiva, ressaltando-se, entretanto, algumas poucas invocações no Supremo Tribunal Federal sem consequências práticas importantes¹⁰⁰³.

Apontamos, linhas atrás, dentro do contexto relacional do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos, a importância da utilização de um princípio desta magnitude, cujas funcionalidades que se lhe destacam nos indicam possibilidades concretas de alcançar uma aplicação mais efetiva do sistema de proteção interno, cuja ótica garantista não pode encontrar-se desvinculada dos influxos normativos e jurisprudenciais advindos dos organismos internacionais de proteção e supervisão dos direitos humanos.

A abertura de nossa Constituição ao exterior deve propiciar uma visão mais consentânea com as realidades que circundam nosso entorno regional e global de direitos humanos, permitindo-nos notar, ademais, a atividade das jurisdições constitucionais de outros países, cujo diálogo com as jurisdições internacionais de direitos humanos vem sendo travados diuturnamente.

Limitar a mirada interpretativa de modo a focar exclusivamente a nossa realidade normativa, pondo-se em uma atitude isolacionista que visualiza os direitos fundamentais unicamente a partir do quanto estabelecido nas disposições normativas domésticas, implica desatender o que a nossa própria Constituição estabelece.

¹⁰⁰³ Como nos julgamentos do RE 349.703, nos votos dos Ministros Ilmar Galvão e Celso de Mello; Ext. 932, no voto do Ministro Carlos Britto; Ext. 1008, mencionado em intervenção do Ministro Carlos de Britto; Ext. 633, pelo votado Ministro relator Celso de Mello e no voto do Ministro Marco Aurélio.

Já dissemos que o Supremo Tribunal Federal tem deixado de lado o diálogo com as cortes internacionais de direitos humanos. A ausência de indicações na sua jurisprudência a propósito, é capaz de revelar, por si só, a existência de dificuldades em superar determinados posicionamentos que não se coadunam com uma dimensão estatal cooperativa.

A proeminência que o Estado exerce na defesa dos direitos e garantias do indivíduo, tendo em vista o caráter subsidiário dos sistemas internacionais, não permite atribuir-se uma autossuficiência interna no trabalho de interpretação dos tratados de direitos humanos¹⁰⁰⁴. A jurisdição das liberdades não é exclusividade do Estado, pois é exercida de forma compartilhada com as organizações internacionais de controle e supervisão de direitos humanos.

¹⁰⁰⁴ Conforme voto do Ministro Celso de Mello, no HC 87585, julgamento concluído em 03.12.2008: "Presente esse contexto, convém insistir na asserção de que o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário. O Juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados no direito das gentes. Assiste, desse modo, ao Magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição - e garante de sua supremacia - na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular. 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. O respeito e a observância das liberdades públicas impõem-se ao Estado como obrigação indeclinável, que se justifica pela necessária submissão do Poder Público aos direitos fundamentais da pessoa humana. O conteúdo dessas liberdades - verdadeiras prerrogativas do indivíduo em face da comunidade estatal - acentua-se pelo caráter ético-jurídico que assumem e pelo valor social que ostentam, na proporção exata em que essas franquias individuais criam, em torno da pessoa, uma área indevassável à ação do Poder".

Admitir a divisão de tarefas em busca da maximização da proteção do ser humano não pode parecer estranho, especialmente quando esta proteção está constituída por uma dupla fonte normativa, a interna e a externa, ou quando se estabelecem competências de interpretação e aplicação descoladas da organização jurisdicional doméstica.

É inegável que uma transformação importante está em andamento desde quando o indivíduo recuperou suas prerrogativas enquanto sujeito de direito internacional¹⁰⁰⁵, cuja lógica leva os atos ou omissões estatais que se encontram em desconformidade com os parâmetros normativos e jurisprudenciais de direitos humanos à consideração dos órgãos de controle e supervisão internacionais. Fechar os olhos para este fenômeno interativo que torna a jurisdição nacional e a internacional interdependentes, deixando de admitir a influência da jurisprudência internacional de direitos humanos, é um caminho que deve ser abandonado, como de fato foi por muitas outras jurisdições constitucionais.

Não obstante a ausência deste diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e os órgãos de controle e supervisão internacionais, especialmente a Corte Interamericana, é forçoso reconhecer que o mais alto Tribunal nacional vem evoluindo no reconhecimento da abertura expansiva de nosso ordenamento constitucional, no reconhecimento da especial natureza dos tratados de direitos humanos e de seu papel, enquanto norma, de influir na interpretação das normas constitucionais.

Vários julgados dão conta deste trabalho jurisprudencial importante exercido pelo Supremo, cujas fundamentações indicam uma percepção apurada sobre o impacto, a influência e o resultado que a normatividade internacional produz no nosso sistema doméstico. Frise-se, entretanto, que o campo em que o Supremo Tribunal Federal está atuando restringe-se ao papel desempenhado pelos tratados de direitos humanos, silenciando, entretanto, sobre a interação com a jurisprudência internacional de direitos humanos.

¹⁰⁰⁵ Ver Cançado Trindade, Antonio Augusto, "El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos", Bilbao, Universidad de Deusto, 2001.

A evolução de nossa Corte nessa área produziu resultados estimulantes para o nosso estudo. Isto porque os julgados com os quais nos deparamos e aprofundamos abaixo, comprovam que a influência dos tratados de direitos humanos¹⁰⁰⁶, na delimitação do sentido e alcance de direitos fundamentais e instituições constitucionais, é de tamanha importância que tal conduta interpretativa se repetiu em alguns paradigmas. Ressalte-se - se ainda remanescem dúvidas -, que estamos falando da influência da norma internacional e não da influência da jurisprudência internacional de direitos humanos.

Não se trata, de outro lado, da aplicação direta dos tratados de direitos humanos naqueles supostos em que inexistem norma interna a ser aplicada, mas de adequar uma norma constitucional ou norma infraconstitucional à uma interpretação que encontra conformação na norma internacional. Estamos falando do reenvio do intérprete da norma interna, constitucional ou ordinária, aos tratados de direitos humanos para que apreendendo-se o conteúdo normativo internacional, haja a integração de seus elementos no “conteúdo essencial” do direito fundamental ou da norma legal domésticos.

Remarque-se que tais condutas interpretativas por parte do Supremo Tribunal ocorreram a partir de fundamentações axiológicas ou principiológicas – tendo predominado as justificações que se manifestam a partir dos contextos de abertura constitucional à dimensão ao exterior ou desde elementos inerentes à dignidade do ser humano -, deixando-se de lançar mão do precioso instrumento de conexão, garantia, interpretação e integração em que se constitui o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos.

Dividimos este capítulo entre a análise de casos específicos sobre os quais discorreremos acima - cujo conteúdo constitui a primeira parte -, e a análise dos importantes julgamentos havidos sobre o posicionamento na escala hierárquico-normativa dos tratados de direitos humanos, abordando as duas correntes que se formaram no Supremo e os seus desdobramentos posteriores – que constituem a segunda

¹⁰⁰⁶ Ressalte-se que estamos falando da influência da norma internacional e não da influência da jurisprudência internacional de direitos humanos, elemento ainda não trabalhado pelo Supremo Tribunal Federal.

parte, que está integrada, ademais, por comentários sobre a condenação do Estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Lei de anistia.

ii. Análise da jurisprudência do STF

ii. a. Racismo – Interpretação conforme os tratados de direitos humanos - habeas corpus 82.424

Um dos mais importantes julgamentos do Supremo Tribunal Federal, a nosso ver, em tema de liberdades fundamentais.

No caso, tratava-se de averiguar o cometimento ou não do crime de racismo através da publicação e edição de livros nos quais se fazia apologia à idéias preconceituosas e discriminatórias de cunho anti-semita, (inciso XLII, art. 5º da CF/88, art. 20 da Lei nº 7.716/89). Debateu-se especialmente o alcance da significação conceitual de raça e racismo e os limites da liberdade de expressão.

A Corte basicamente discutiu os seguintes temas: i) a existência ou não de um conflito de bens constitucionais que exigisse uma ponderação de valores, tendo em vista que as teses sustentavam: i.a) a ausência do direito à livre expressão quando exercida como meio para praticar crimes, especialmente, como no caso, veiculava expressões de ódio; i.b) a existência de um conflito de bens constitucionais, estando de um lado a liberdade de expressão e de outro o direito à honra e à própria dignidade, quando se tratou de verificar qual dos dois bens deveria prevalecer; ii) a delimitação conceitual do racismo, temática que subdividiu-se em duas discussões: ii.a) na primeira se enfrentaram duas teses: a que propugnava uma conceituação meramente biológica de raça e a outra corrente que pregava uma visão baseada em conclusões científicas mais modernas, centradas na unidade da raça humana e no contexto histórico, político e social em que surge o racismo; ii.b) na segunda também houve o debate entre duas teses: a primeira pregava uma visão universal do conceito de racismo, mais abrangente, fundada nos instrumentos internacionais de direitos humanos, e a outra justificada em uma visão local, mais restrita, específica da realidade brasileira, cujos fundamentos teriam originado a

previsão constitucional que estabeleceu a inafiançabilidade e imprescritibilidade do crime do racismo na Constituição Federal.

Uma vez que nossa temática está mais relacionada com as discussões delimitadas no item **ii**, iremos abordá-las com mais profundidade, não sem referirmo-nos aos outros debates, na medida em que nos auxiliem a descrever o julgamento e demonstrar a utilização do princípio da interpretação conforme os tratados de direitos humanos.

A tese defendida pelos impetrantes do *habeas corpus* consistiu na alegação de que a publicação e a edição de livros que negavam fatos históricos relacionados com a perseguição dos judeus, que instigavam a discriminação e imputavam aos judeus a culpa pelas mazelas mundiais, não poderia ser enquadrada no crime de racismo, uma vez que o crime teria sido cometido contra o povo judeu e este povo não constituiria uma raça. Assim, deixando de negar o cometimento de crime de preconceito ou de discriminação, sustentava-se o entendimento de ser incabível o enquadramento dos fatos como crime de racismo, pretendendo-se, pois, o afastamento da imprescritibilidade prevista no inciso XLII do art. 5º da CF/88.

Ficou muito claro para os Ministros que a questão somente seria resolvida com a delimitação conceitual do racismo, pois era necessário averiguar se a prática de atos anti-semitas – não negados pelos impetrantes – poderia ser enquadrada como um ato deste porte.

Os argumentos dos impetrantes foram acolhidos pelo Ministro Moreira Alves, o qual afastou o enquadramento dos atos do acusado no crime de racismo, tomando como conceito de raça a “idéia comumente entendida” de que seja, “a branca, a negra, a amarela e a vermelha”, uma vez que “a Carta Magna não conceituava o racismo”, “conceito esse que leva em consideração as diferentes características físicas que podem ser transmitidas hereditariamente que não apenas a cor”, associando tal argumento ao elemento histórico, o que fê-lo recorrer ao discutido na Assembléia Constituinte. Assim, demonstrou o Ministro que o racismo ao qual se quis combater e que resultou na declaração de sua imprescritibilidade (inciso XLII do art. 5º) se referia somente ao

conceito tradicional e dizia respeito à raça negra, de acordo com a realidade social brasileira, até porque “num país como o nosso, em que nunca, por questão racial, houve perseguição ou atrocidades do tipo do holocausto na Alemanha nazista”.

Em lado oposto, se pôs a corrente que entendeu caber uma conceituação que não partia de critérios biológicos, uma vez que a comunidade científica após a publicação dos estudos sobre o genoma humano rechaçou as concepções tradicionais que dividiam os seres humanos em raças a partir de critérios da cor da pele. Nas palavras do Ministro Maurício Correa “embora haja muito ainda para ser desvendado, algumas conclusões são irrefutáveis, e uma delas é a de que a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias”.

Partindo, pois, da falsidade da divisão em raças, esta corrente firma o entendimento de que a classificação arbitrária dos seres humanos se compreende a partir de critérios políticos-sociais que tendem à discriminação, a segregação e a dominação. Ou seja, os falsos critérios biológicos transcendem para o ambiente político e social e aí geram seus efeitos mais perversos: partindo de distinções arbitrárias doutrina-se a inferioridade de determinados povos ou grupos com a finalidade de estabelecer ou manter uma dominação social.

Assim, a tese majoritária partiu do suposto de que outros critérios deveriam pesar na definição conceitual do racismo: critérios antropológicos, históricos, sociais, políticos, culturais. Isto porque, como acentua o Ministro Maurício Correa “embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito”.

Em outra etapa, o posicionamento majoritário da Corte trilhou os caminhos que desembocaram na consideração da questão em âmbito internacional, e é aqui que surge o interesse maior de nosso estudo.

Nesta esteira, o voto do Ministro Celso de Mello ressalta que “foi por tal razão que esse (Constituição da Unesco) e todos os documentos internacionais destinados a promover a eliminação de quaisquer formas, sempre odiosas, de discriminação racial, reconheceram “a unidade intrínseca da espécie humana e, por conseguinte, a igualdade fundamental de todos os seres humanos e de todos os povos...”, proclamando, com irrecusável correção, que “Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem”, pois “Nascem iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade”, razão pela qual “a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem, em nenhum caso, servir de pretexto aos preconceitos raciais”, mesmo porque as diferenças entre os povos do mundo não justificam qualquer classificação hierárquica entre as nações e as pessoas”.

O voto do Ministro Maurício Correa foi muito rico em considerações a respeito do tratamento normativo internacional que a questão da discriminação racista recebeu. Aliás, a história da perseguição nazista e os resultados catastróficos gerados à humanidade na segunda guerra mundial é que atuaram como móvel no surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ou seja, a questão da discriminação racista está ineludivelmente na raiz de toda regulamentação deste novo ramo do direito internacional público.

Certamente por isso, invocam-se diversos instrumentos internacionais. Primeiro, cita-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e seu rechaço a toda forma de discriminação, bem como a Convenção contra o Genocídio (em vigência no Brasil desde 1952) sustentando-se que esta teve sua justificação na própria existência do holocausto. Também a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (em vigência no Brasil desde 1969) foi citada como decorrente das práticas oriundas do regime do *apartheid* e de práticas anti-semitas, oportunidade donde se repugnou o racismo em quaisquer de suas dimensões.

Este instrumento internacional teve sua importância devidamente relevada no voto, sendo reputado “de grande importância para a solução no caso concreto” pois que no art. 1º se qualifica como discriminação racial qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica,

condenando ainda no art. 4º as incitações discriminatórias que se inspiram em idéias ou teorias baseadas na superioridade da raça ou de grupo de pessoas.

Ainda, foram invocados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (com vigência no Brasil desde 1996) e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de São José (com vigência no Brasil desde 2002), instrumentos desde onde se condena a apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação. A Resolução 623 de Assembléia Geral da ONU (1998) também recebeu tratamento destacado por esta corrente de Ministros, pois que demarca o anti-semitismo como uma das formas contemporâneas de racismo.

A aproximação aos instrumentos internacionais de direitos humanos que o posicionamento majoritário do STF procurou fazer, como pareceu já ficar claro, teve o objetivo de empreender uma leitura mais ampla do conceito constitucional de racismo, aproximando-o da questão judaica. Ficou muito evidente para esta corrente a impropriedade de se empreender uma interpretação restritiva do conceito de racismo previsto na Constituição, entendendo-se pela necessidade de se lançar mão nesta atividade de todos os elementos que definiam a prática de racismo no plano internacional.

É dizer, buscou-se transcender a realidade nacional que de regra não registrou importantes eventos de perseguição aos judeus e que, por este motivo, não lhe pode ser imputada contribuição nos trabalhos constituintes que culminaram com a previsão constitucional criminalizadora do racismo (inciso XLII do art. 5º) (conforme inclusive os votos dos Ministros Carlos Ayres, Marco Aurélio e Moreira Alves). Argumento este do qual se utilizava a corrente minoritária para defender uma leitura mais restrita do conceito constitucional, de forma a abranger somente os crimes de racismo contra os negros, visão mais consentânea com a realidade histórica brasileira de exploração e sujeição dos negros, à qual se dirigia o preceito constitucional.

No voto de Marco Aurélio, inclusive, se mencionou que a questão não poderia receber outro tratamento porque a Constituição Brasileira pretendia regular os problemas brasileiros. Dizendo não ter encontrado “na análise dos anais da Constituinte, qualquer menção, única que fosse, ao povo judeu quando fora discutido o racismo”

justifica o Ministro: “ a explicação, para mim, é evidente. É que a Constituição de 1988 é uma Constituição do povo brasileiro, tendente a resolver os nossos próprios problemas. Não há qualquer pronunciamento acerca do racismo contra judeu e, paralelamente, há folhas e mais folhas de manifestações acerca da vedação do racismo contra o negro, pois a Constituição de 1988 não é uma Constituição para o povo alemão, francês, italiano, polonês, austríaco ou o europeu em geral”. Continuando, afirma que “a Constituição Cidadã (...) visa a dar tratamento aos problemas genuinamente brasileiros, dentro de nossas circunstâncias e segundo a nossa história e cultura”. Sua tese se pautava em uma interpretação restrita das exceções às garantias constitucionais, defendendo, no caso, que a imprescritibilidade dos crimes de racismo deveria abarcar somente o racismo contra os negros.

Restou vencedora, no entanto, a corrente jurídica que pugnava por uma compreensão universal do racismo. Mas, observe-se que a invocação para aplicar os instrumentos internacionais de direitos humanos (Declarações, Convenções, Resoluções) não ocorreu para incidir diretamente no caso concreto – e justamente aqui reside a importância do caso para este estudo. Não se trata de fazer incidir diretamente a norma jurídica internacional em relação a determinado suposto de fato. Efetivamente não é esta a hipótese de aplicação.

O Supremo Tribunal Federal dispunha das normas que seriam aplicáveis ao caso concreto (inciso XLII do art. 5º e art. 20 da Lei nº 7.716/89), mas necessitava empreender uma visão mais abrangente do conceito de racismo a fim de abarcar os atos discriminatórios de cunho anti-semita na categoria jurídica em questão. E para isso lançou mão das definições encontradas nos instrumentos internacionais de direitos humanos. Puro reenvio interpretativo da Constituição ao quanto estabelecido em âmbito internacional!

Traduzir a absorção do conteúdo normativo dos instrumentos internacionais complementando o conteúdo de um preceito constitucional para alcançar o desiderato de uma interpretação mais abrangente é o que se percebe nos votos da corrente majoritária. Ainda que não se tenha utilizado expressamente do princípio da interpretação dos direitos fundamentais conforme os tratados de direitos humanos, subjacente ao Princípio da

Prevalência dos Direitos Humanos, a doutrina do Supremo Tribunal Federal maneja a técnica com destreza.

De um lado sustentava-se a necessidade de a Suprema Corte empreender uma interpretação que garantisse a eficácia destes instrumentos internacionais, pois de acordo com o Ministro Celso de Mello, “é preciso, pois, que o Estado, por intermédio desta Suprema Corte, ao magnificar e valorizar o significado real que inspira a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, pratique sem restrições, sem omissões, sem tergiversações, os postulados que esse extraordinário documento de proteção internacional consagra em favor de toda a humanidade” pois “os deveres irrenunciáveis que emanam desse instrumento internacional incidem sobre o Estado brasileiro de modo pleno, impondo-lhe – e aos órgãos nele estruturados, notadamente ao Poder Judiciário e a este Supremo Tribunal Federal, em particular – a execução responsável e conseqüente dos compromissos instituídos em favor da defesa e proteção da integridade e da dignidade de todas as pessoas”.

Continua o Ministro: “É esse, pois, o grande desafio com que nós, Juizes da Suprema Corte deste País, nos defrontamos no âmbito de uma sociedade democrática: **extrair, das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia**, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs” (destacamos).

Aproximando-se do que defendemos em nosso estudo, o Ministro Celso de Mello vaticina que “**em matéria de direitos humanos, a interpretação jurídica há de considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional**, cujas prescrições tutelares se revelam – na interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicas – elementos de proteção vocacionados a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido, como observa, em lúcido parecer, o ilustre Professor Celso Lafer” (destacamos).

De sua parte, o Ministro Maurício Correa pugnava por uma interpretação teleológica e sistêmica da Constituição de acordo com as circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, invocando o princípio da força normativa da Constituição na medida em que “dentre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta a maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais”.

Também se aproximando ao nosso discurso, o Ministro registrou um precedente do próprio Supremo Tribunal Federal (HC 70389 – que analisaremos em seguida), desde onde se assentou “**que os atos normativos internacionais ‘fornecem subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura.** O mesmo sucede com a correta exegese a ser dada ao crime de racismo, que tal como o de tortura, fere de morte os postulados gerais de direitos humanos”(grifamos).

Na mesma linha, propugna a interpretação de Miguel Reale Júnior, cujo parecer “analisa, com propriedade, **a questão dos parâmetros constitucionais que devem informar o processo de indagação da cláusula inscrita** no art. 5º, XLII da Constituição da República: ‘A interpretação sistemática e teleológica, que se entrelaçam conduzem de forma clara ao entendimento **de que toda e qualquer discriminação racial, nos termos da Convenção da ONU de 1965, acha-se compreendida no termo racismo constante do art. 5º, XLIII da Constituição**’ (...) Em suma, a lei conceituou, conforme delegação constitucional, o que vem a ser racismo, mas, **ao fazê-lo, nada mais fez do que adequar a lei aos princípios constitucionais e à Convenção da ONU de 1965, subscrita pelo Brasil** e que passou a ser, também, norma constitucional” (grifamos).

O resultado que o julgamento produziu comprova a grande influência que o ordenamento internacional provoca no ordenamento interno, especialmente na atividade interpretativa, desde onde os conteúdos internacionais são utilizados para complementar preceitos constitucionais. Com efeito, utilizou-se a técnica do reenvio do intérprete à dimensão internacional que deflui do princípio da interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com os tratados de direitos humanos, mesmo sem invocá-lo expressamente.

O próprio debate havido entre os Ministros demonstra que em um Estado Constitucional Cooperativo torna-se descabido desconsiderar a interação e a interdependência entre os ordenamentos jurídicos, interno e externo, proporcionado pelas cláusulas constitucionais de abertura, que ao fim e ao cabo cumprem as funções de conexão e atualização constitucional, pois que uma questão que efetivamente não fazia parte da realidade brasileira passou a receber o devido tratamento constitucional a partir de uma leitura conforme aos tratados internacionais de direitos humanos.

ii.b. Direitos da criança e do adolescente (art. 227 da CF/88) - Princípio da tipicidade penal (inciso xxxix, art. 5º da CF/88) - Interpretação conforme à Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança, Convenção contra a Tortura da ONU, Convenção Interamericana contra a Tortura e Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Habeas Corpus 70.389

Neste julgamento o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 233 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) que estabelecia o crime de tortura¹⁰⁰⁷, determinando o processamento da denúncia feita com base nesse dispositivo legal, utilizando-se, para tanto, do apoio de instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos para interpretar preceitos constitucionais.

O caso referia-se à tortura perpetrada por policiais militares contra dois adolescentes apontados como autores do crime de furto que, tendo sido detidos por aqueles e conduzidos a um posto policial, passaram a agredi-los para que confessassem o crime.

O crime poderia ser tratado pela incidência de diversas normas penais, como a de lesões corporais previsto tanto na legislação penal (art. 129 do CP) quanto na

¹⁰⁰⁷ Art. 233 do ECA: "Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda, ou vigilância a tortura: Pena - reclusão de um a cinco anos. §1º - Se resultar lesão corporal grave: Pena - reclusão de dois a oito anos. §2º - Se resultar lesão corporal gravíssima: Pena - reclusão de 4 a doze anos. §3º - Se resultar morte: Pena - reclusão de quinze a trinta anos". Esta norma foi revogada pela promulgação da Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997 que definiu de forma ampla os crimes de tortura, uma vez que na norma anterior o crime de tortura aplicava-se somente quando a vítima fosse criança e adolescente.

legislação militar (art. 209 do CPM), como também pela aplicação da norma especial prevista no art. 233 do ECA, cujo bem jurídico tende a resguardar a integridade física e moral da criança e do adolescente contra a tortura (art. 233).

Tendo havido duas denúncias sobre os fatos criminosos, sendo uma no Juízo Militar – pelos quais os militares estavam sendo processados pelo crime de lesão corporal previsto no art. 209 do CPM – e outra no Juízo Comum – no qual a denúncia enquadra os fatos no crime de tortura contra criança e adolescente conforme o art. 233 do ECA -, foi suscitado conflito positivo de competência junto ao Superior Tribunal de Justiça, o qual determinou a dupla persecução criminal contra os policiais militares, fixando tanto a competência da Justiça Militar quanto a competência da Justiça Comum, decisão cujos termos foram objeto de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal.

No Excelso Tribunal a controvérsia centrou-se basicamente na constitucionalidade do art. 233 do ECA tendo em vista que este, apesar de estabelecer o crime de tortura contra as crianças e adolescentes, para um grupo de Ministros, desatendia à garantia constitucional da tipicidade dos crimes (inciso XXXIX o art. 5º), uma vez que não haveria na lei os elementos básicos que definissem o tipo, impedindo, em consequência, o processamento da denúncia que se fundamentou em tal crime.

Para outra corrente, no entanto, o tipo penal existia e desimportava o fato de que na lei não se havia discriminado objetivamente todos os meios da execução, pois que para esta posição havia que se recorrer às convenções internacionais relativas à tortura para se complementar a definição legal, ou mesmo ao senso comum, já que estava se tratando de tipo penal aberto.

Mas o fato é que o ECA trouxe ao ambiente persecutório penal somente o *nomen juris* do crime, deixando de estabelecer quaisquer outros elementos definitórios a respeito da tortura, fato este admitido pela corrente majoritária. Ainda que em nosso Código Penal houvesse já a menção à tortura como qualificadora (inciso III do §2º do art. 121 do CP) ou como agravante (alínea *d* do inciso II do art. 61 do CP), esta aparece também indefinida, não podendo ser referida para complementar o tipo penal em debate.

Este julgamento, de fato, estabeleceu algumas premissas importantes que se encontram de acordo com nosso estudo. Primeiro que a garantia fundamental que estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (inciso XXXIX do art. 5º) interpretou-se de acordo com os tratados internacionais, para admitir que tipos penais de caráter aberto sejam complementados a partir da leitura conforme aos tratados de direitos humanos. Assim, se estabelece a possibilidade genérica de os tratados internacionais quando incorporados ao ordenamento jurídico interno servirem de parâmetro interpretativo também quando se debater o princípio da tipicidade.

No entanto, parece que a essência desse julgamento para nosso estudo reside em admitir que os direitos das crianças e adolescentes previstos no art. 227 da CF/88 - especialmente na parte em que se determina à família, à sociedade e ao Estado a obrigação de colocá-los a salvo de toda forma negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão -, devem ser lidos de acordo com as convenções internacionais.

Não só de acordo com aquelas que tratam em sua especificidade de ser humano em desenvolvimento (Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança), mas também com aquelas que objetivam aplicação a todos os seres humanos e que, neste caso, por força do ECA, recebem tratamento setorizado (Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes (ONU), Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura e Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

E a previsão da tortura no ECA, nada mais é do que a concretização deste mandamento constitucional de proteção. O Supremo Tribunal Federal ressaltou que o “tipo penal em causa é passível de complementação, ou à semelhança do que ocorre com os tipos penais abertos, bastando, para esse efeito, que o aplicador da norma proceda à integração do preceito primário incriminador mediante utilização dos meios postos à sua disposição”, destacando ainda “a existência de diversos atos internacionais que, subscritos pelo estado brasileiro, já se acham formalmente incorporados ao nosso sistema

jurídico”, citando expressamente os instrumentos internacionais relacionados com a temática da tortura.

E vaticinou que os referidos instrumentos normativos internacionais podem e devem ser considerados pelas autoridades nacionais, pois que “**fornece subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura**, ainda que em aplicação limitada no que se refere ao objeto de sua incriminação apenas às crianças e adolescentes” (grifamos).

O ato de fornecer “subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura”, em nosso entendimento, traduz-se na consideração de que as convenções internacionais constituem-se, no caso, na única fonte que o intérprete deve recorrer para alcançar o significado do crime de tortura. Ou seja, interpreta-se de acordo com o que está posto nos instrumentos internacionais¹⁰⁰⁸.

A tese jurídica majoritária invocou a previsão da tortura nas convenções internacionais para complementar a definição do art. 233 do ECA, quando estabeleceu a

¹⁰⁰⁸ Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes (ONU) - “Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo. Artigo 2º - 1. Cada Estado tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição. 2. Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificação para a tortura. 3. A ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificação para a tortura”.

possibilidade de os policiais militares serem processados com fundamento na referida lei e nas Convenções Internacionais que regulam a tortura.

Isto porque tal disposição legal busca preservar “a incolumidade física, psíquica ou moral da criança e do adolescente em face das próprias autoridades ou agentes estatais e deve ser atendida na perspectiva delineada pelo preceito consubstanciado no art. 227, caput, *in fine*, da Constituição, que ao dispensar expressiva tutela jurídica à criança e ao adolescente, determinou que estes fossem colocados “a salvo de toda forma de (...) violência, crueldade e opressão”.

Deve ser ressaltado, por oportuno, a transcendência deste julgamento no que concerne à temática da interpretação dos direitos e garantias fundamentais de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos, eis que estava em jogo, na outra ponta, a garantia constitucional dos acusados de somente sofrerem a persecução criminal a partir de lei penal que atendesse ao princípio da tipicidade. Ou seja, a invocação da definição prevista nos tratados para os crimes de tortura – pois ainda que o art. 233 do ECA tenha criminalizado a tortura não estabeleceu objetivamente todos os elementos necessários ao tipo - gerou também o efeito de conformar esta importante garantia (princípio constitucional da tipicidade – inciso XXXIX, art. 5º) ao estabelecido nas convenções internacionais.

Desde o ponto de vista dos acusados não havia a definição da tortura em todos os seus termos no artigo 233 do ECA; tampouco havia outra norma de caráter penal no ordenamento jurídico brasileiro que definisse a tortura.

Claro está que, não obstante estarem as Convenções internacionais sobre a tortura integradas em nosso direito interno, estas não se revestem da qualidade de norma penal - até porque lhes faltariam muitos elementos para alcançar tal atributo. Tanto é verdade que na própria Convenção contra a tortura (ONU) se estabelece no artigo 4º a

obrigação de o Estado legislar a fim de considerar crimes todos os atos definidos como tortura pela Convenção¹⁰⁰⁹.

A propósito, parece importante registrar uma passagem interessante do Ministro Sepúlveda: “não há como inquirir de inconstitucional a definição que se vale da noção de tortura, universalmente inequívoca em seu núcleo significativo básico e que, ademais, como mostraram os eminentes Ministros Relator Celso Mello e agora o Ministro Carlos Velloso, tem, hoje, um conceito internacional incorporado ao direito positivo brasileiro. Pouco importa que, nos tratados, não se trate de norma penal: a remissão da lei interna a um conceito, definido no tratado, cominando-se-lhe pena, é, evidentemente, forma de instituir uma norma penal”.

Fariamos uma observação, somente com o intuito de esclarecer – ainda que tal diretriz possa estar subentendida na fala do Ministro -, que **não foi a lei que remeteu ao conceito definido no tratado, mas sim o intérprete constitucional, pois que em nenhum momento a lei determina tal reenvio.**

ii.c. Repouso semanal preferencialmente aos domingos – Interpretação conforme convenções da OIT - Adin 1675

Encontrava-se em jogo, neste julgamento, a interpretação do inciso XV do art. 7º da Constituição que estabeleceu o direito aos trabalhadores de gozarem o repouso semanal preferencialmente aos domingos¹⁰¹⁰, tendo em vista a edição de uma Medida

¹⁰⁰⁹ “Artigo 4º - 1. Cada Estado Membro assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura. 2. Cada Estado Membro punirá esses crimes com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade”.

¹⁰¹⁰ “Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos”.

Provisória que autorizava de maneira ampla o trabalho nesse dia, no setor do comércio varejista em geral¹⁰¹¹.

Durante o julgamento restou bem definido que as previsões a respeito da competência dos municípios para legislar sobre assuntos locais (art. 30, I da CF/88) e observância das normas de proteção ao trabalho, constantes no texto da Medida, constituíam-se em elementos desimportantes para o deslinde da questão, qual seja, o alcance da restrição que se impunha aos direitos dos trabalhadores.

Nas palavras do Ministro Jobim “visto que a primeira parte da restrição é retórica, porque manda fazer aquilo que deve ser feito, ou seja, obedecer às normas de proteção ao trabalho e, também, àquilo que se teria de respeitar (...) esse texto acaba sendo reduzido basicamente a: fica autorizado o trabalho aos domingos”.

Frisou-se, ademais, a ilegitimidade da retirada de um importante elemento que influía na definição do estabelecimento da folga semanal aos domingos, pois que na nova regulamentação foi suprimido o direito de participação dos trabalhadores no debate, através do jogo democrático inerente às negociações das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Não obstante, o que realmente deveria ser decidido era se a interferência legislativa produzida pelo poder executivo no direito fundamental dos trabalhadores era legítima. Indagava-se se a opção do poder executivo consistente na abrupta desconsideração do elemento constitucional que equilibrava a equação entre o reconhecimento absoluto de descanso aos domingos ou o seu desprezo por completo - traduzido no advérbio ‘preferencialmente’ – constituía uma medida razoável. Ou seja, tratava-se de saber se a exceção permitida pelo regramento constitucional de trabalho aos domingos - de acordo com a regulamentação legal, que obedecia a parâmetros objetivos - poderia se tornar a regra, tornando inócua a normatividade advinda da fórmula contida no vocábulo “preferencialmente”. Para isso recorreu-se à elementos histórico-legislativos

¹⁰¹¹ MP nº 1539-35: “Art. 6º - Fica autorizado o trabalho aos domingos no comércio varejista em geral, respeitadas as normas de proteção do trabalho e observado o art. 30, I, da Constituição”.

referentes à instituição do direito de repouso aos domingos, passando pela consideração de seu originário caráter religioso até a sua superação e transformação em costume.

Neste iter histórico, a menção aos instrumentos internacionais é obrigatória. O Ministro Sepúlveda Pertence, a quem coube a relatoria, bem soube referir-se-los: “Note-se que, no campo internacional, o repouso semanal – sempre que possível aos domingos – de adoção já recomendada no Tratado de Versalhes – viria a ser objeto, nas indústrias, da Convenção 14/OIT, de 1921 (...) e, no comércio, da Convenção 106, de 1957 (...), ainda que, na última, coerente com a tendência à universalização do seu âmbito de eficácia, a preferência já não se explicita no domingo, da tradição cristã, mas ‘no dia da semana reconhecido como o dia de repouso pela tradição ou pelos usos do país ou da região’ (Conv. 106/OIT, art. 6, n.3)”.

É neste ponto que surge o interesse deste julgamento para nosso estudo, uma vez que os instrumentos internacionais de direitos humanos surgem como elementos interpretativos do alcance da regra constitucional. Ou seja, recorre-se àqueles para delimitar o alcance desta. No voto condutor do Ministro Sepúlveda, ficou bem clara esta opção: “*Last but not least*, a Convenção 106 da OIT reforça na espécie a arguição de inconstitucionalidade. Nela – após dispor, no art. 6, n. 3, que ‘o período de repouso semanal, sempre que possível, coincidirá com o dia da semana reconhecido como o dia de repouso pela tradição ou pelo uso do país ou da região’ estipulou-se: (...) 2. As pessoas às quais se aplicam esses regimes especiais terão direito, para cada período de sete dias, a um repouso de duração total equivalente, pelo menos ao período previsto no artigo 6. (...) 4. Qualquer medida relativa à aplicação das disposições dos §§ 1, 2 e 3 do presente artigo deverá ser objeto de consulta às organizações representativas dos empregadores e dos trabalhadores interessadas, caso existam”.

Invocou-se a importante cláusula de interpretação que determina a aplicação da regra mais favorável, presente em quase todos os instrumentos internacionais de direitos humanos: “De outro lado, prescreve o art. 12 do Tratado que nenhuma das disposições dele ‘afetará lei, sentença, costume ou acordo que assegure condições mais favoráveis aos trabalhadores interessados de que as previstas pela Convenção’: do que resulta, a *contrario sensu*, a vedação de restrições outras ao direito básico nela

assegurado aos trabalhadores, mormente quando não deriva de acordo, mas da permissão autoritária do Estado à decisão unilateral de cada empresa”.

A referência ao grau de hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista a previsão constitucional do § 2º do art. 5º, também é invocada a fim de ressaltar a posição dos tratados pré-constitucionais ao lado das normas constitucionais, citando-se os julgamentos que reconheceram essa condição (HC 72131 e ADIn 1480). O Ministro ressalta então que “Donde ser lícito inferir – como, de resto, ficou explícito em alguns votos – que ao contrário, as convenções sobre direitos fundamentais incorporadas ao direito brasileiro antes da Constituição de 1988 foram por ela constitucionalizadas”, vaticinando que “Ora, a Convenção 106 da OIT incorporou-se ao direito brasileiro desde 1965: suas regras complementariam, assim, com a mesma supremacia normativa, o art. 7º, XV, da Constituição”.

Ocorre, no entanto, que àquela época¹⁰¹², a consideração dos tratados lado a lado das normas constitucionais (incorporados antes ou depois da promulgação da Constituição) era matéria que gerava muita polêmica na Alta Corte e que ainda sofreria muitas indas e vindas.

Sabendo da resistência que pairava na Corte a respeito dessa tese, o voto condutor do Ministro Sepúlveda defende que o direito constitucional de descanso aos domingos deve sofrer interpretação conforme os tratados de direitos humanos. Pois, “ainda, porém, que não queira o Tribunal comprometer-se com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, **o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade**: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação” (grifamos).

Estão presentes neste julgamento importantes elementos reveladores da conexão entre os ordenamentos interno e externo e de suas recíprocas influências. De um

¹⁰¹² O julgamento ocorreu em 24.09.1997 e a publicação do acórdão em 19.09.2003.

lado, a consideração de que os tratados devem inserir-se no ordenamento interno como uma norma de mínimos, não prevalecendo quando existam normas nacionais mais benéficas, tampouco devem deixar de prevalecer quando o nível de proteção interno não atender ao parâmetro internacional. Este é um princípio importante do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos e que pode ser deduzido a partir do art. 12 da Convenção 106 da OIT invocado expressamente pelo Supremo Tribunal Federal. Frise-se, ademais, que tal princípio pode ser deduzido do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, conforme nosso estudo¹⁰¹³.

Em conseqüência, ambos os ordenamentos, em interação, trabalham para alcançar o melhor nível de proteção ao ser humano – exatamente o que revela o voto condutor quando invocou os tratados de direitos humanos como elemento de interpretação da Constituição para melhor alcançar a efetividade desta.

Não obstante, como nos julgamentos anteriores, também aqui não se tratava de aplicar diretamente ao caso concreto as normas internacionais que estabeleciam como regra o descanso aos domingos. Isto porque o ordenamento constitucional já prevê tal direito aos trabalhadores quando diz que o descanso será ‘preferencialmente’ aos domingos. Mas a grande questão era estabelecer o conteúdo essencial deste direito: o que significava e que alcance teria foi a tarefa cumprida pelo Supremo Tribunal Federal através da interpretação em conformidade com os tratados de direitos humanos.

A função de servir como “poderoso reforço à interpretação do texto constitucional” que deve ser desempenhada pelos tratados de direitos humanos, como quis o Supremo, compatibiliza-se adequadamente com a tarefa de revelação do conteúdo mínimo que o direito fundamental deve ter a partir de uma leitura em conformidade a estes tratados e da jurisprudência internacional, constituindo-se tal tarefa na aplicação direta do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos.

Atender aos parâmetros internacionais estabelecidos nestes instrumentos é, com efeito, conferir efetividade à própria Constituição reconhecendo que ambos os

¹⁰¹³ Verificar a seção I da Quarta Parte.

sistemas de proteção estão em interação recíproca e fundamentam-se nos mesmos valores e princípios protetivos.

ii.d. Necessidade de observância do devido processo legal, do Estado de Direito e do respeito aos direitos humanos na extradição – Prevalência dos direitos humanos - Extradição 986

Neste julgamento ficou expressamente consignada a técnica do reenvio do intérprete à dimensão internacional consubstanciada no princípio da interpretação dos direitos fundamentais conforme os tratados de direitos humanos.

Julgava-se a extradição de um cidadão boliviano justamente quando Bolívia passava por momento político conturbado, em que o Presidente Evo Morales sofria a acusação de interferir diretamente no funcionamento do Poder Judiciário através da nomeação de quatro juízes para a Suprema Corte Boliviana, as quais foram suspensas pela própria Corte. O confronto institucional acirrou-se com a instalação de uma CPI no Congresso, a pedido de Morales, para investigar as suspensões das nomeações, tendo inclusive sido expedidos mandados de prisão contra determinados Juízes da Corte porque teriam se recusado a depor na CPI.

Neste ambiente é que estava ocorrendo o julgamento da extradição, tendo o Ministro Gilmar Mendes pedido vistas em face do deferimento pelo relator da extradição. Quando o processo retornou para julgamento, verificou-se que a situação na Bolívia teria voltado à normalidade, restando consignado no voto do Ministro Gilmar Mendes, entretanto, a defesa da ilegitimidade da extradição quando o Estado requerente não tem capacidade de assegurar ao extraditando seus direitos fundamentais. Assim, deve-se verificar nas decisões concessivas de extradição determinadas condições institucionais como a plena observância do Estado Democrático de Direito, fator sem o qual os direitos humanos do extraditando não seriam observados, especialmente as garantias processuais, penais e processuais-penais.

Após fazer um registro interessante sobre a amplificação que os direitos fundamentais tiveram com a promulgação da Constituição de 1988, especialmente os de

caráter penal, processual e processual penal, refere-se o Ministro à expansão das garantias de proteção que os países europeus puderam obter com a adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ressaltando expressamente a técnica do reenvio do intérprete à dimensão internacional de modo a interpretar-se os direitos fundamentais de acordo com a Convenção para alcançar-se tal objetivo.

Disse o Ministro: “Essa expansão normativa das garantias constitucionais processuais, penais e processuais-penais não é um fenômeno brasileiro. A adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos por muitos países fez com que se desse uma expansão singular dos direitos e garantias nela contemplados no âmbito europeu. **Mediante uma interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição em conformidade com as disposições da Convenção Europeia tem-se hoje uma efetiva ampliação do significado dos direitos fundamentais previstos na Constituição ou quase uma ampliação dos direitos positivados na Constituição.** Tendo em vista a práxis dominante na Alemanha, observa Werner Beulke que tal orientação culmina por conferir supremacia fática da Convenção Europeia em face do direito alemão” (grifamos).

Talvez essa manifestação não possa ser classificada como a mais incisiva no âmbito de nossa Alta Corte a respeito da utilização do princípio da interpretação dos direitos fundamentais conforme os tratados de direitos humanos, cuja técnica de reenvio é largamente manejada nos países europeus e nos ordenamentos de muitos de nossos vizinhos latinoamericanos, visto que o Supremo a tem utilizado sem referir-se-a. Entretanto, podemos afirmar com certeza que é a que retratou mais fielmente o fenômeno, admitindo-o expressamente, indicando, inclusive, algumas de suas funções, consistentes na “efetiva ampliação do significado dos direitos fundamentais previstos na Constituição ou quase uma ampliação dos direitos positivados na Constituição”.

E o fenômeno é tão interessante, que somente alguns países europeus (Espanha, Portugal e Romênia) e latino-americanos (Colômbia, Peru) possuem cláusulas expressas inscritas em suas Constituições que determinam ao intérprete o reenvio à dimensão internacional de modo a interpretar os direitos fundamentais conforme aos

tratados, além obviamente do Brasil – como propõe este trabalho – através do do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos.

A internalização em nível interpretativo dos critérios normativos estabelecidos nos tratados ocorre no Brasil quase que automaticamente pelo intérprete constitucional, formando uma práxis como dito pelo Ministro Gilmar Mendes. No entanto, falta ao intérprete constitucional conferir virtualidade ao Princípio constitucional que possuímos de modo a tornar plena sua eficácia normativa-interpretativa através de sua invocação e aplicação efetiva.

Constitui-se o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos em um instrumento hábil que autoriza a internalização não somente dos critérios normativos dos tratados de direitos humanos, mas também dos standards jurisprudenciais provenientes dos órgãos de controle e supervisão internacionais - tarefa que ainda precisa ser cumprida.

ii.e. Excesso de prazo na prisão preventiva do extraditando – Liberdade provisória como direito fundamental - Interpretação conforme o Pacto de São José de Costa Rica - Habeas Corpus 91.657

No caso, o extraditando estava preso há quase quatro meses a pedido do Estado requerente, entretanto, não havia sentença judicial de condenação pelos crimes de que lhe acusavam. Discutiu-se no processo a discrepância de tratamento nos casos de prisão preventiva quando aplicável aos brasileiros e aos estrangeiros. Para aqueles, a Alta Corte entendia que a este regime deveria incidir os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Para estes, no entanto, quando submetidos à processos de extradição, tais requisitos não entravam em jogo, conforme reiterada posição jurisprudencial que não admitia o relaxamento da prisão ou a concessão de liberdade provisória. Sustentou-se a necessidade da observância do princípio da proporcionalidade nos pedidos de prisão preventiva para extradição.

No entanto, o que efetivamente surge de interessante é que o Supremo Tribunal Federal, ao fazer a leitura do inciso LXVI do art. 5º da CF/88 (“ninguém será

levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”), o fez de acordo com o Pacto de São José que proclama a liberdade provisória como direito fundamental do ser humano (Art. 7º, 5).

A jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal apontava no sentido de ser a prisão preventiva do extraditando pressuposto indispensável para o regular processamento do pedido. Assim, para efeitos procedimentais o extraditando deveria permanecer em cárcere preventivamente, até o final do julgamento da extradição¹⁰¹⁴.

Após uma análise importante a respeito do papel dos direitos fundamentais no Estado Constitucional, destacando-se especialmente a aplicação dos direitos de caráter processual para a realização do princípio da dignidade humana – marcando-se a excepcionalidade da utilização da prisão preventiva -, o voto do relator se refere aos tratados internacionais de direitos humanos e ao julgamento que se encontrava em andamento que conferiu caráter supralegal a estes tratados.

Remarcou-se que em nosso Estado de Direito, a prisão é medida excepcional (inciso LXVI do art. 5º) “e, por essa razão, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos. E não vejo razão, tanto com base em nossa Carta Magna quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e dignidade da pessoa humana, de que somos signatários, para que não apliquemos tal entendimento no que concerne àquelas prisões preventivas para fins de extradição”.

Invoca, em seguida, o Pacto de São José que estabelece como direito humano a liberdade provisória: “O Pacto de São José da Costa Rica, celebrado com a finalidade de evitar a perpetuação da cultura da impunidade quanto à violação de direitos e garantias fundamentais nos âmbitos nacionais, e ratificado pelo Governo Brasileiro, proclama a

¹⁰¹⁴ No HC 90070, de 30.03.2007, diz-se que “a prisão preventiva para extradição constitui requisito de procedibilidade do processo extraditacional, que só terá seu curso regular se o extraditando estiver preso à disposição do Supremo Tribunal Federal”.

liberdade provisória como direito fundamental da pessoa humana, e, como tal, tem caráter de universalidade e transnacionalidade”.

Parece claro assim, que a garantia constitucional de que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (inciso XLVI, art. 5º) deve ser lida de acordo com o que prescreve o Pacto de São José: “Toda pessoa presa, detida ou retida, deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo” (art.7º, 5).

A partir deste julgado, além de se reforçar a previsão constitucional de que a liberdade provisória é garantia fundamental do ser humano, independente de sua nacionalidade, se destaca a técnica do reenvio do intérprete à dimensão internacional para o efeito de imprimir-se uma interpretação dos direitos fundamentais conforme os tratados de direitos humanos.

ii.f. Definição de genocídio e fixação do órgão competente para processar e julgar os crimes de genocídio – Interpretação conforme os tratados internacionais - Recurso extraordinário 351.487

O Supremo Tribunal Federal enfrentou uma questão de grande interesse, consistente na definição legal do crime de genocídio para o fim de fixar a competência do órgão jurisdicional que seria competente para julgamento.

Houve doze homicídios cometidos contra um grupo indígena em Roraima, sendo que os acusados além de terem sido denunciados pela prática do crime de genocídio, o foram também em concurso material com os crimes de lavra garimpeira, dano qualificado, ocultação de cadáver, contrabando e formação de quadrilha.

O juízo monocrático federal condenou os réus que, recorrendo ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tiveram acolhidos seus argumentos referentes à

competência do Tribunal do Júri, pois que se entendeu que o genocídio cometido contra os índios tratava-se de crime doloso contra a vida.

Em sede de recurso especial, interposto pelo Ministério Público Federal, o Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão, determinando o retorno dos autos para que o Tribunal Regional Federal prosseguisse no julgamento, utilizando-se de definição do crime de genocídio presente na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio e, a partir daí, decidiu que estes crimes não estão inseridos na competência do Tribunal do Júri (inciso XXXVIII do art. 5º da CF/88)¹⁰¹⁵.

No mesmo sentido encaminhou-se o Supremo Tribunal Federal ao analisar o recurso extraordinário interposto pelos réus. O debate ocorrido em nossa Alta Corte centrou-se na definição da competência do Tribunal do Júri para processar os crimes dolosos contra a vida a partir da delimitação conceitual do bem jurídico protegido pelo crime de genocídio¹⁰¹⁶. E para alcançar tal desiderato, manejaram-se - assim como no

¹⁰¹⁵ O acórdão ficou assim redigido, na parte referida: "5 - Pratica genocídio quem, intencionalmente, pretende destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, cometendo para tanto, atos como o assassinato de membros do grupo, dano grave à sua integridade física e mental, submissão intencional destes ou, ainda, tome medidas a impedir os nascimentos no seio do grupo, bem como promova a transferência forçada de menores do grupo para outro grupo. Inteligência dos arts. 2º da Convenção Contra o Genocídio ratificada pelo Decreto n. 30.822/52, c/c 1º, alínea "a", da Lei n. 2.889/56. 6 - Neste diapasão, no caso *sub judice*, o bem jurídico tutelado não é a vida do indivíduo considerado em si mesmo, mas sim a vida em comum do grupo de homens ou parte desta, ou seja, da comunidade de povos, mais precisamente, da etnia dos silvícolas integrantes da tribo HASIMÚ, dos YANOMAMI, localizada em terras férteis para a lavra garimpeira. 7 - O crime de genocídio têm objetividade jurídica, tipos objetivos e subjetivos, bem como o sujeito passivo, inteiramente distintos daqueles arrolados como crimes contra a vida. Assim, a idéia de submeter tal crime ao Tribunal do Júri encontra óbice no próprio ordenamento processual penal, porquanto não há em seu bojo previsão para este delito, sendo possível apenas e somente a condenação dos crimes especificamente nele previstos, não se podendo neles incluir, desta forma, qualquer crime que haja morte da vítima, ainda que causada dolosamente. Aplicação dos arts. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal, c/c 74, parágr. 1º, do Código de Processo Penal. (...)"

¹⁰¹⁶ Conforme assenta o relator, Ministro Cezar Peluso, "O que orienta a discussão aqui é a delimitação conceitual do bem jurídico protegido pelo crime de genocídio, como pressuposto metodológico da resposta à questão última de saber se incide, ou não, o disposto no art. 5º, XXXVIII, letra "d", da Constituição da República, que estatui a

Superior Tribunal de Justiça -, os conceitos internacionais constantes nos tratados de direitos humanos.

Recorreu-se também à experiência do direito comparado alemão, tendo o Ministro relator separado em dois momentos a análise da *quaestio juris*, nos interessando, entretanto, apenas a primeira parte do raciocínio judicial¹⁰¹⁷ (a referente à definição do crime de genocídio com base nos instrumentos internacionais de direitos humanos).

O voto que angariou a adesão total dos Ministros – da lavra do Ministro Cezar Peluso - já começa destacando a origem internacional da concepção do genocídio como delito contra a humanidade, a qual teria surgido a partir dos processos de Nuremberg, sendo nominado tal qual hoje se nomina em 1944, “na obra de Lemkin (*Axis rule in Occupied Europe*), para denotar os crimes cometidos pelo Estado nazista contra o povo judeu, mas só adquiriu significado independente em 1948, quando a Assembléia da ONU adotou a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio”.

Citando a definição da Convenção e a definição prevista no Estatuto do Tribunal Penal Internacional refere-se aos dispositivos legais internos que prevêm o crime de genocídio, ressaltando que a Lei nº 2.889/56 “não fugiu aos tipos de genocídio descritos na Convenção”. Remarca ainda a posição da doutrina que ressalta o viés internacional do crime¹⁰¹⁸, salientando com Hannah Arendt que “a possibilidade e a

competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

¹⁰¹⁷ “Não é outra a questão posta no presente caso, onde se deve apurar qual o bem jurídico tutelado sob o crime de genocídio, porque se descubra e determine a competência para a causa, se do juízo singular ou do Tribunal do Júri. E, mais, admitindo-se haver concurso de crimes (lesão a bem jurídico individual + lesão a bem jurídico coletivo), quando o genocídio seja praticado por meio de homicídios, resta indagar se a competência para aqueloutro delito deve atribuída ao Tribunal do Júri, por conexão”. No que se refere à segunda ordem de questões, o seu desenvolvimento não afeta nosso estudo e por isso não a aprofundaremos; ressalte-se, inclusive, que apesar da juridicidade dos argumentos expendidos pelo Relator, ela foi desimportante para o julgamento em apreço pois que o concurso dos crimes aventado, não ocorreu no caso, pois que não foram os réus processados por homicídio.

¹⁰¹⁸ O voto cita posicionamento de Heleno Cláudio Fragoso: “Não nos parece feliz a introdução no CP de disposições sobre o genocídio, particularmente entre os crimes contra a vida. Nesse sentido, tivemos

intencionalidade de exterminar grupos étnicos, nacionais, religiosos ou nacionais – o comportamento ilícito tipificado no art. 2º da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio – sejam eles judeus, poloneses, ciganos ou quaisquer outros – vale dizer, a aspiração de fazer desaparecer da face da terra um grupo, antes de ser um delito que fere os direitos das minorias é um crime contra a humanidade e à ordem internacional porque visa eliminar a diversidade e a pluralidade que caracterizam o gênero humano, que Kant pretende preservar falando do direito à hospitalidade universal e apontando que a violação dos direitos de uns alcança a todos”.

Salienta, por outro lado, que a Constituição Federal quando tratou das populações indígenas também o fez considerando-as em sua pluralidade, pois que intentou proteger no conjunto “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (art. 231, caput, da Constituição da República).

Desta forma, parece que não seria possível mesmo escapar de uma definição conceitual atrelada aos instrumentos de direitos humanos. Definição que ademais de possuir a virtude de fixar as competências dos órgãos jurisdicionais em questão, marca o alcance da garantia institucional do Tribunal do Júri, a partir de elementos externos, revelando mais uma vez o movimento de interação que há entre os ordenamentos jurídicos nacional e internacional em matéria de direitos humanos, a partir de práticas interpretativas de reenvio.

ii.g. Devido processo legal e os tratados de direitos humanos

Entendemos melhor, para o fim de sistematizar o estudo, reunir em um grupo específico os julgados referentes à temática do devido processo legal nos quais o Supremo Tribunal Federal recorreu aos tratados de direitos humanos para decidir, utilizando-se ou não de uma interpretação conforme a estes instrumentos internacionais.

oportunidade de nos manifestar, em crítica ao anteprojeto, salientando que o que caracteriza o genocídio é, precisamente, a sua projeção no campo internacional e sua transcendência ao simples quadro do homicídio, como crime contra a pessoa (...).”.

Começamos pelo duplo grau de jurisdição em matéria penal (ii.g.1 – itens 1.1, 1.2, e 1.3), passando pela compreensão do direito de defesa (direito de audiência e presença, direito de ser informado minuciosamente a respeito da acusação) (ii.g.2. – itens 2.1. e 2.2). Abrimos outro tópico para reunir os julgados referentes ao direito a um prazo razoável de julgamento (ii.g.3).

ii.g.1. Duplo grau de jurisdição

ii.g.1.1. Caso Jorgina de Freitas – *Habeas Corpus* 79.785 e Caso Igor Ferreira da Silva – Ag. Reg. AI 513044

Ambos os casos tratam do mesmo assunto, qual seja, o direito de o condenado ver seu recurso analisado por Tribunal Superior quando a condenação se dá pelo exercício de competência penal originária de Tribunal inferior. Tendo sido invocadas disposições provenientes de tratados de direitos humanos que garantem o direito ao recurso a um Tribunal, ambos os recursos foram rechaçados através de argumentações semelhantes. Fixamo-nos mais no primeiro caso¹⁰¹⁹, tendo em vista que a fundamentação deste foi mais desenvolvida, tendo sido inclusive invocado como precedente para o segundo¹⁰²⁰.

A recorrente tinha sido condenada em processo de competência originária pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em razão de cometer diversos crimes nos quais figurava como co-réu juiz de direito, razão pela qual fixou-se a competência desse órgão jurisdicional.

Impetrou a recorrente *habeas corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça – aonde foi indeferido – e, em recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal, renovou seus argumentos para que lhe fosse reconhecido o direito de ter sua causa revista em outro grau de jurisdição.

¹⁰¹⁹ Julgamento em 29.03.2000 e publicação em 22.11.2002.

¹⁰²⁰ Julgamento em 22.02.2005 e publicação em 08.04.2005.

Invocava a Constituição e o Pacto de São José na parte em que este prevê como garantia judicial o direito de toda pessoa acusada de um delito de recorrer para um Juiz ou Tribunal Superior¹⁰²¹. O voto do Ministro Relator Sepúlveda Pertence parte do suposto de que a Constituição não estabeleceu o duplo grau de jurisdição como garantia fundamental. Admite que esta previsão se sustenta como princípio geral do processo, todavia sem a força para criar um recurso aonde a Constituição não tenha previsto.

Assim, o ponto central da questão recaía justamente na impossibilidade de se recorrer nas causas julgadas por Tribunais cuja competência penal originária era exercida quando não houvesse previsão constitucional de recurso. No caso, como dissemos, tendo a condenação da recorrente sido imposta em julgamento de competência originária, foi-lhe vedado o acesso a uma revisão por uma instância superior.

Como ressaltou o Ministro relator, “daí, a previsão constitucional de Tribunais cuja função – básica nos de segundo grau (v.g. art. 108, II), e extraordinária, nos Superiores (arts. 105, II, e 121, § 4º, III a V) e até no Supremo (art. 102, II) – é a de constituir-se em órgão de recursos ordinários. Entretanto, não só a Carta Política mesma subtraiu do âmbito material de incidência do princípio do duplo grau as numerosas hipóteses de competência originária dos Tribunais para julgar como instância originária, mas também, em linha de princípio, não vedou à lei ordinária estabelecer as exceções que entender cabíveis, conforme a ponderação em cada caso acerca do dilema permanente do processo entre a segurança e a presteza da jurisdição”.

Todavia, o que interessava mesmo à resolução da questão era o debate entre uma Constituição tão ciosa com os direitos e garantias do cidadão, e em cujo centro gravita o princípio da dignidade da pessoa humana - elevada a patamares antes não conhecidos em nosso ordenamento -, e o Pacto de São José que, como instrumento internacional de direitos humanos baseia-se nos mesmos princípios e nos mesmos valores

¹⁰²¹ Pacto de São José da Costa Rica: “Art. 8º - Garantias Judiciais - 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem o direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

de maximização protetiva do ser humano, tendo, entretanto, garantido o acesso a um Juiz ou Tribunal superior a toda pessoa acusada de delito.

Desse modo, tratava-se de optar entre uma interpretação estrita das competências dos Tribunais - as quais rechaçavam o direito ao duplo grau de jurisdição -, ou uma interpretação mais flexível dessas competências, fundamentada numa visão que harmonizasse ambos os textos.

Não obstante, o Supremo Tribunal entendeu que havia uma antinomia insolúvel entre o direito interno e o direito internacional e, a partir do conceito de superioridade constitucional, rechaçou a aplicação desse direito humano – devidamente incorporado em nosso ordenamento, e em relação ao qual não há nenhuma reserva – sustentando que ele produziria uma abrogação do Texto constitucional.

Nas palavras do Ministro Sepúlveda: “Se a questão, no entanto – no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional – é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional – que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional – não compreendo possa ele buscar senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais. O que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: é que, mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional”.

Por óbvio que é sempre a Constituição a fonte que explica e autoriza a introdução dos tratados internacionais e que lhes atribui, inclusive, a posição na hierarquia das fontes. No entanto, a prevalência de tal ou qual norma parece guiar-se por princípios próprios deduzidos a partir de uma hermenêutica emancipadora que tem na própria ordem jurídica do Estado constitucional seus vetores, e que nem sempre se resolve através de um confronto hierárquico. Um Estado Constitucional Cooperativo, que supõe a abertura ao exterior, aposta na interação harmônica entre as fontes nacional e internacional como elemento importante para solver os conflitos.

Se por um lado podemos recorrer ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana - valor-fonte que exerce sua normatividade como vetor de todo o ordenamento -, e se podemos invocar o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos - que deve reger as relações internacionais da República em suas duas vertentes, interna e externa, permitindo-se lançar mão de toda sua potencialidade normativa-interpretativa -, ademais de toda a eficácia maximizadora que a natureza dos direitos fundamentais deve produzir na atividade interpretativa - elementos que ganham vida a partir da própria Constituição e que deveriam, no nosso entender, ser manejados para conferir efetividade à Convenção Interamericana -, temos, por outro lado, um sistema de garantia de direitos ao qual o Brasil se encontra vinculado que, ademais de interagir com a ordem interna se apresentando como norma de parâmetros mínimos, estabelece um princípio de interpretação através da qual não se admite tergiversação a respeito da prevalência da norma mais favorável¹⁰²².

Ademais, para adotarmos a premissa posta no voto do relator de que “o juiz deve buscar na Constituição mesma o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais”, basta que o intérprete dos direitos fundamentais recorra ao Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos inscrito no inciso II do art. 4º da própria Constituição, extraído de sua eficácia normativa ou a diretriz que determina a observância de um conteúdo mínimo internacional que compõe o conteúdo essencial de qualquer direito ou garantia fundamental doméstica, ou a diretriz que determina a aplicação da cláusula mais favorável ao jurisdicionado, conforme tese que defendemos neste estudo (ver quinta parte, seção II), revelando que tal Princípio dispõe da solução harmonizadora deste tipo de conflito.

Dentro desta ótica, que certamente privilegiaria a própria Constituição, como visto, questiona-se a legitimidade da opção de priorizar um conjunto de normas orgânicas que estabelecem competências para determinados Tribunais – por mais importantes que sejam –, em detrimento de garantias individuais estabelecidas em um tratado validamente incorporado no ordenamento brasileiro. Não se trata, por certo, de postular uma

¹⁰²² Art. 29 do Pacto de São José.

superioridade hierárquica da parte dogmática sobre a parte orgânica da Constituição, mas de reconhecer a ascendência axiológica de determinados postulados garantistas que ela própria declara: a prevalência dos direitos humanos e a dignidade da pessoa, fonte desde onde se extraem os direitos fundamentais¹⁰²³.

Ou seja, invocou-se a impossibilidade de se superar uma alegada “taxatividade” de competências recursais em detrimento de uma interpretação que conferisse eficácia aos direitos humanos através de sua prevalência expressamente reconhecida na própria Constituição.

Parece muito exagerado, com a devida vênia, dizer que a possibilidade de o acusado recorrer nas hipóteses de competência originária dos Tribunais teria força abrogatória da Constituição, ou que a Convenção teria prevalência sobre a Constituição. A verdade é que o conflito pôs-se em termos de tudo ou nada - ou prevalece a Constituição e seu esquema de competências que não admite interpretação flexível ou se implode a pirâmide da hierarquia¹⁰²⁴ – quando, a partir de elementos extraídos da própria Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana e Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos) – interpretados de acordo com um tratado que institui como direito humano o direito de recorrer a Juiz ou Tribunal superior – poderia empreender-se uma exegese mais adequada com o nível de abertura aos direitos humanos exigido em um Estado Constitucional Cooperativo.

¹⁰²³ Como bem pontua Bidart, em lição que é aplicável a este tema: “Aquí, evidentemente, recupera toda su fuerza la telésis democrática: el control es una garantía “para” el hombre “frente” al estado, porque toda la Constitución misma lo es, y porque, a la postre, la parte dogmática (derecho constitucional de la libertad) gira em torno de valores jerárquicamente superiores a los que toma en cuenta la parte orgánica (derecho constitucional del poder)”, in “La Interpretación y el control constitucionales”, op. cit. p.52.

¹⁰²⁴ “É que, em relação ao ordenamento pátrio, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia ao duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei: seria necessário emprestar à norma convencional força abrogatória de normas da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema”, trecho do voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence.

Foi o que propôs o Ministro Marco Aurélio, a partir de interpretação extensiva ou aplicação analógica do código de processo penal, nos seguintes termos: “Ora, precisamos emprestar alguma eficácia ao que se contém no Pacto, subscrito pelo Brasil, no que possui, pelo menos, uma nomenclatura pomposa a direcionar quanto à necessidade de dar-se atenção aos direitos humanos, ao enquadrar a recorribilidade, na hipótese de sentença condenatória, como inserida no grande campo alusivo à dignidade do homem e, por conseguinte, aos direitos humanos. É muito fácil assim proceder, admitir-se a existência de recurso, a partir do próprio artigo 3º do Código de Processo Penal. Não estaremos inventando um recurso, mas aplicando analogicamente – e a regra contida na Constituição Federal é de Processo Penal – a norma do artigo 105, inciso II, alínea ‘a’”, pois “julgada a ação penal ante a competência originária do Tribunal de Justiça e imposta condenação, abre-se a porta para a observância irrestrita à Convenção Americana sobre Direitos Humanos; abre-se a via recursal para o acusado, até então simples acusado, vir a lograr um novo crivo quanto à imputação feita. E essa via há de ser a ordinária”.

Concluiu que “Fora isso, Senhor Presidente, é fecharmos o grande livro do nosso ordenamento jurídico – a Constituição Federal e demais leis -, com a devida vênua daqueles que concluem de forma diversa; fora isso, é desprezarmos esse diploma tão importante, e por isso subscrito pelo Brasil, que é a “Convenção Americana sobre Direitos Humanos”; é proclamar, simplesmente, que a acusação pela prática de um crime com a participação de outrem – aí vemos que até o princípio isonômico resta malferido (...)” propondo uma solução para “assentar que, diante não da Carta da República de forma imediata, mas da Carta da República de modo mediato e imediato ante a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cabível é o recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça contra a decisão proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça (...)”.

O Ministro Carlos Velloso, a partir de outra ótica, mas pretendendo imprimir uma maior eficácia dos direitos fundamentais, ressaltou que “sendo direito fundamental protegido pela Constituição, por expressa disposição nela inscrita - § 2º do art. 5º -, parece-me que, no caso, deveríamos interpretar ou construir no sentido de que seria

possível o recurso inominado interposto pela ora paciente. Esta construção prestigiaria a Constituição que, repito, consagra o direito fundamental aqueles reconhecidos e inscritos em “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

ii.g.1.2. Direito de recorrer da condenação sem a necessidade de recolher-se à prisão - *Habeas Corpus* 88.420

Mais recentemente¹⁰²⁵, o Supremo Tribunal Federal enfrentou questão referida ao direito à revisão de sentença condenatória por um tribunal superior, só que em um suposto diferente ao do caso acima.

Aqui, o recorrente, condenado em primeiro grau a seis anos de reclusão, pretendia ver reconhecido o direito de ter processado seu recurso de apelação sem ter que recolher-se à prisão, nos termos do art. 594¹⁰²⁶ do Código de Processo Penal. Ou seja, aplicando-se o referido dispositivo legal a sentença atrelou o processamento do recurso à efetivação da prisão, a qual funcionaria como um pressuposto de admissibilidade recursal. O Superior Tribunal de Justiça negou a pretensão em *habeas corpus*, tendo sido interposto outro em face dessa decisão.

O Ministro relator, ressaltando que havia dois direitos entrelaçados, embora independentes, quais sejam, o direito ao duplo grau de jurisdição e o direito de apelar em liberdade, tratou de destacar que o recorrente buscava assegurar o primeiro, independentemente de recolher-se à prisão, não se discutindo a legitimidade da custódia cautelar do acusado.

Ainda que tenha o Ministro aderido à tese de que o Pacto de São José tenha se incorporado ao nosso ordenamento através do § 2º do art. 5º - e com ele o direito humano de o condenado recorrer à autoridade judicial de grau superior, nos termos da alínea *h* do item 2 do art. 8º do Pacto –, e de que a garantia do duplo grau de jurisdição

¹⁰²⁵ Julgamento ocorrido em 17.04.2007, pela primeira turma; acórdão publicado no dia 08.06.2007.

¹⁰²⁶ Art. 512 do CPP: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

tem estatura constitucional – em face de abarcar a cláusula do devido processo legal prevista no art. 5º, inciso LIV –, invocou-se, na verdade, como razão de decidir, a técnica do reenvio do intérprete à dimensão internacional para interpretar-se a garantia constitucional conforme os tratados de direitos humanos.

Isto porque se refere expressamente a um precedente do Supremo Tribunal Federal no qual se utilizou tal procedimento (ADI 1675/MC), da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence: “ainda quando não se queira comprometer o Tribunal com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, **o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade**: não é de presumir-se em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação”.

O Ministro Sepúlveda, aderindo à tese, mas resguardando seu posicionamento a respeito da inexistência constitucional do direito ao duplo grau de jurisdição, manifestou-se nos seguintes termos: “Porém, reconheço, por força da Convenção Interamericana – o Pacto de São José da Costa Rica – naquelas hipóteses em que a legislação admite o recurso, não pode ele ser elidido mediante restrição que nada tem a ver com o direito ao recurso, que é a prisão ou não do réu condenado em primeiro grau.”

De qualquer forma, ficou decidido que o direito ao devido processo legal deve ser lido de acordo com o Pacto de São José, admitindo-se o recurso do condenado sem a imposição de sua prévia prisão.

ii.g.1.3. Dispensa da capacidade postulatória para recorrer em *Habeas Corpus* – Interpretação de acordo com a Convenção Interamericana que assegura o direito ao recurso ao próprio acusado

O Supremo Tribunal Federal assegurou ao acusado sem capacidade postulatória o manejo em âmbito recursal do *habeas corpus*. No caso houve a utilização do *writ* constitucional no juizado especial intentando-se a preservação da liberdade de ir e

vir, tendo lhe sido negado, no entanto, o direito de interpor o recurso, alegando-se, justamente, a falta da capacidade de postular.

O Ministro relator Marco Aurélio defende seu posicionamento, seguido pelos demais membros da primeira Turma, nos seguintes termos: “No mais é certo que o recurso ordinário constitucional para o Supremo Tribunal Federal tem como premissa a decisão em *habeas corpus*, denegatória, formalizada por tribunal que possua qualificação superior. Ocorre que esta Corte, interpretando a mesma Constituição, em que pese aos parâmetros respectivos ligados à competência, entendeu cumprir-lhe o julgamento de *habeas* ajuizado contra pronunciamento de turma recursal de juizado especial. **Então há de construir-se, observando-se o preceito regedor do recurso ordinário de forma teleológica, de modo a viabilizar-se o cabimento de ordinário sempre que denegada em *habeas corpus* ou mandado de segurança. Esse enfoque mostra-se até mesmo harmônico com o Pacto de São José da Costa Rica, no que, mediante o artigo 7º, prevê o direito do acusado a crivo revisional.** A Cláusula, em boa hora subscrita pelo Brasil, deve ser tomada com largueza, abandonando-se a mesquinha interpretação” (grifamos).

Desse modo, “segue-se que o juízo primeiro de admissibilidade olvidou a circunstância de o recurso haver sido interposto em processo revelador de *habeas corpus* contra decisão em que refutada a argumentação do paciente. Ora, a toda evidência prossegue-se no campo da impetração e surge incongruente concluir-se que, na formalização inicial dispensável é a presença do profissional da advocacia, mas que, não acolhido o pleito formulado, a revisão do que deliberado somente possa acontecer se houver a interposição de recurso por advogado (...)”.

Assim, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o acesso a um Tribunal superior deve interpretar-se de acordo com a previsão do Pacto de São José a respeito da possibilidade de se interpor recurso pelo próprio condenado ou por

outra pessoa (item 6, art. 7º)¹⁰²⁷, direito que também se encontra previsto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁰²⁸.

ii.g.2. Direito de defesa

ii.g.2.1. Direito de audiência e presença – *Habeas Corpus* 86.634

O caso retrata a situação de um réu preso que, não obstante a sua ausência em audiência, houve a instrução processual para apuração da existência de crimes a ele imputados. Tendo sido impetrado *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o paciente tem seu pleito acolhido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰²⁹.

O Ministro relator Celso de Mello referindo-se à posicionamentos doutrinários pontua a importância do comparecimento dos acusados nas audiências, sob pena de nulidade absoluta, pois que os atos processuais se realizam sob a égide do contraditório. Ressalta a natureza dialógica do processo penal acusatório e seu caráter democrático, que asseguram aos acusados o direito de audiência e, de outro, o direito de presença, independentemente de estarem recolhidos à prisão pois que se traduzem em prerrogativas jurídicas essenciais derivadas do devido processo legal.

Invoca a previsão deste direito “em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõem o próprio estatuto

¹⁰²⁷ “Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.”

¹⁰²⁸ Art. 9º, 4: “Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade, por prisão ou encarceramento, terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legalidade de seu encarceramento e ordene a soltura, caso a prisão tenha sido ilegal”.

¹⁰²⁹ Julgado em 18.12.2006 e publicado em 23.02.2007.

constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal (...).”

Complementa que “a justa preocupação da comunidade internacional com a preservação da integridade das garantias processuais básicas reconhecidas às pessoas meramente acusadas de práticas delituosas tem representado, em tema de proteção aos direitos humanos, um dos tópicos mais sensíveis e delicados da agenda dos organismos internacionais, seja em âmbito regional como o Pacto de São José da Costa Rica (Artigo 8º, § 2º, *d e f*)¹⁰³⁰, aplicável ao sistema interamericano, seja em âmbito universal, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Art. 14, n. 3, *d*)¹⁰³¹, celebrado sob a égide da Organização das Nações Unidas, e que representam instrumentos que reconhecem, a qualquer réu, dentre outras prerrogativas eminentes, o direito de comparecer e de estar presente à instrução processual, independentemente de achar-se sujeito ou não, à custódia do Estado”.

Aqui, a garantia constitucional do devido processo legal, recebe o reforço interpretativo proveniente do Pacto de São José e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que desempenham a função de complementar-lhe seu conteúdo para assegurar a todos os réus os direitos de presença durante a instrução processual penal.

ii.g.2.2. Direito de ser informado da acusação – *Habeas Corpus* 88.359 e 86.609

Nestes dois julgamentos o Supremo Tribunal Federal assegurou, fundamentado em instrumentos internacionais de direitos humanos, o direito de os

¹⁰³⁰ Art. 8º § 2º: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; f) direito de defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;”.

¹⁰³¹ Art. 14, 3, d): “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: d) estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha (...)”.

acusados receberem informações detalhadas sobre o teor das acusações. Rechaçou as denúncias por ineptas, sendo a primeira pela narração incongruente dos fatos e a segunda pela não descrição do fato gerador da acusação.

Em ambos os casos partiu-se da garantia constitucional do devido processo legal (inciso LV, art. 5º), interpretando-a em consonância com o Pacto de São José e com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, nestes termos: “Tenho que a denúncia formulada contra o paciente lhe impede o exercício pleno do direito de defesa. **A Constituição da República, no art. 5º, inc. LV, assegura o contraditório e a ampla defesa, com os meios** e recursos a ela inerentes. **Dentre tais meios, o Pacto de São José da Costa Rica prevê**, no art. 8º, 2, *b*, a garantia judicial da comunicação *prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada*. **Igualmente, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos determina**, no art. 14, 3, *a*, que a pessoa acusada da prática de delito deve ser informada, sem demora, em língua que compreenda e de *forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada*”¹⁰³² (o ‘itálico’ se encontra no voto) (grifamos).

Deve restar bem claro que não se trata de aplicação direta das previsões dos instrumentos internacionais, pois a norma que incide no caso concreto é a garantia constitucional do devido processo legal. O que ocorre, na verdade, é o reenvio interpretativo dessa garantia constitucional às normas internacionais, as quais complementam-na, formando o conteúdo essencial da garantia constitucional.

Isto porque através da leitura da cláusula prevista no inciso LV do art. 5º não se deduz na amplitude em que se deseja, que o devido processo legal implica na garantia de que a acusação deva ser “completa, minuciosa, explícita e assim, efetiva”, pois quando o acórdão se refere aos **meios** que podem ser utilizados para um adequado exercício do contraditório e da ampla defesa, os vincula diretamente aos meios estabelecidos nos Pactos.

¹⁰³² A redação foi extraída do HC 88.359, cujos termos sofreram poucas variações no HC 86.609.

Essa delimitação só surge, repetimos, quando se manejam os Pactos de São José (garantia de todo acusado à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada) e da ONU (garantia de que toda pessoa, acusada de um delito seja informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada).

ii.g.3. Direito a um prazo razoável de julgamento

Demonstraremos aqui que o Supremo Tribunal Federal se utiliza dos critérios normativos internacionais estabelecidos nos tratados de direitos humanos a fim de interpretar o conceito da duração razoável do processo em relação às prisões cautelares.

Antes mesmo da Emenda Constitucional nº 45/2004 – que introduziu de forma autônoma o direito à duração razoável do processo¹⁰³³- o Supremo Tribunal Federal lançava mão da cláusula do devido processo legal, interpretada de acordo com as disposições internacionais expressas a respeito da razoabilidade da prisão cautelar, para o fim de analisar caso a caso os excessos ocorridos nas restrições judiciais da liberdade.

ii.g.3.1. Excesso de prazo da prisão cautelar – *Habeas Corpus* 88.025

No presente caso, na parte que nos interessa, é importante frisar que os acusados estavam há mais de quatro anos e quatro meses em prisão cautelar¹⁰³⁴ sem que tivesse ocorrido até o momento da impetração do *habeas corpus* o julgamento pelo Tribunal do Júri¹⁰³⁵.

O relator Ministro Celso de Mello, após ressaltar que o excesso de prazo não poderia ser reputado aos acusados, destacou que mesmo não havendo prazo legal predeterminado após a superveniência da sentença de pronúncia, a prisão cautelar deve se

¹⁰³³ Art. 5º LXXVIII - “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

¹⁰³⁴ Contando-se o prazo a partir da sentença de pronúncia, os acusados já estavam há três anos e seis meses.

¹⁰³⁵ Julgamento em 13.06.2006 e publicação em 16.02.2007.

submeter a um exame de razoabilidade, pois a duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão de qualquer pessoa, independentemente do crime que cometa, revela arbítrio do poder estatal ofendendo o postulado da dignidade da pessoa humana, “significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País”.

Ademais de invocar o princípio da dignidade da pessoa humana – que enfim informa também os tratados internacionais de direitos humanos – destaca a importância que a temática recebe na regulação internacional.

Cita-se o Pacto de São José da Costa Rica que assegura expressamente o direito a um julgamento em prazo razoável, nos seguintes termos: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que se prossiga o processo” (art. 7º, 5), realçando que como instrumento importante no sistema regional de proteção dos direitos humanos, exerce um papel de extremo relevo “no processo de tutela das liberdades públicas fundamentais”.

O eminente Ministro relator se refere ainda à doutrina de José Rogério Cruz e Tucci que faz deduzir o direito à razoabilidade da duração do processo da cláusula do devido processo legal, pois “o direito ao processo sem dilações indevidas – além de qualificar-se como prerrogativa reconhecida por importantes Declarações de Direitos (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º, n. 5 e 6; Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, art. 5, n. 3, v.g.) – representa expressiva consequência de ordem jurídica que decorre da cláusula constitucional que a todos assegura a garantia do devido processo legal”.

Ainda, na mesma direção, aponta a doutrina de Luiz Flavio Gomes, que relaciona os direitos fundamentais com os direitos humanos dos tratados: "**Nossa Constituição expressamente não prevê a garantia do encerramento do processo em prazo razoável** mas, como sabemos, contemplou não somente a previsão genérica do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), senão também a **regra de que os direitos e**

garantias nela expressamente contemplados não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais (art. 5º, par. 2º) (...) A Convenção Americana sobre direitos humanos, por seu turno, enfatiza que “Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável..” (art. 8.1) (...) ‘e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade’(...) (art. 7.5) (grifamos).

A importância deste julgamento sobressai ainda mais quando se verifica que o Supremo Tribunal Federal adota doutrina que implicitamente admite a interpretação da cláusula do devido processo legal de acordo com a previsão convencional que garante um processo que observe a razoabilidade de sua duração.

Nesse sentido, Rogério Lauria Tucci é expressamente citado, defendendo que **“Outra ‘garantia’ que se encarta no ‘devido processo penal’ é a referente ao desenrolamento da ‘persecutio criminis’ em ‘prazo razoável’. (...) Ora, nosso País é um dos signatários da ‘Convenção Americana sobre Direitos Humanos’, assinada em São José, Costa Rica, no dia 22.11.1969, e cujo art. 8º, 1, tem a seguinte (também ora repetida) redação: “Toda pessoa tem o direito de ser ouvida’ com as devidas garantias e ‘dentro de um prazo razoável’ por um juiz ou Tribunal competente (...). Por via de consequência, dúvida não pode haver acerca da determinação (...) na Carta Magna brasileira em vigor, do término de qualquer procedimento, especialmente o relativo à persecução penal, em ‘prazo razoável’ (grifamos).**

E arremata o referido autor, na linha do que vimos defendendo: “Essa aliás, é concepção que se universalizou, sobretudo a partir da Convenção Européia para salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, como anota José Rogério Cruz e Tucci, **asserindo que, desde a edição, em 1950, desse diploma legal supranacional “o direito ao processo sem dilações indevidas’ passou a ser concebido como um direito subjetivo constitucional**, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade (...)” (grifamos).

Ora, se o Supremo Tribunal Federal resistiu - como resiste até hoje -, em acolher a doutrina que prega a estatura constitucional dos tratados de direitos humanos - ora ressaltando a sua paridade normativa com as leis ordinárias, ora encaminhando-se a

reconhecer a sua supralegalidade -, não é possível reconhecer um direito convencional como “direito subjetivo constitucional” a não ser manejando o princípio da interpretação dos direitos fundamentais conforme aos tratados internacionais de direitos humanos, de modo a admitir que o direito ao prazo razoável de duração de um processo integra o conteúdo mínimo da garantia do devido processo legal.

Ou seja, a decisão, admitindo esta interação entre o direito internacional e o direito constitucional permite afirmar que no conteúdo essencial do devido processo legal resta abstraído um conceito que não se extraía do ordenamento jurídico doméstico, e sim do externo. Nestas hipóteses, não se trata de aplicar o direito previsto nos tratados diretamente, pois a técnica ínsita ao princípio da interpretação conforme aos tratados de direitos humanos consiste em invocá-los para complementar ou definir o conteúdo de um direito ou garantia constitucional, que é o que incide diretamente no suposto em debate.

De outro lado, como já dissemos antes, a referida garantia convencional veio a tomar espaço, de forma autônoma, na Constituição, quando da reforma constitucional protagonizada pela Emenda nº 45, de 2004 (inciso LXXVIII, art. 5º).

Por fim, cabe citar que o precedente HC 85.237¹⁰³⁶ adotou as mesmas razões e fundamentos acima mencionados, trilhando o mesmo caminho da interpretação da garantia do devido processo legal em conformidade com os tratados de direitos humanos.

ii.h. Condição jurídica do refugiado – Regra geral de interpretação conforme tratados de direitos humanos – Extradução 1.008

A importância deste julgamento se sobressai da virtualidade que o voto do Ministro Celso de Mello confere à norma geral de interpretação constante da Lei que definiu mecanismos para implementação no Brasil do Estatuto do Refugiado – art. 48 da Lei nº 9.474/97 –, utilizando-a como principal elemento na resolução da *quaestio juris*. Referida regra interpretativa está assim redigida:

¹⁰³⁶ Julgado em 17.03.2005 e publicado em 29.04.2005.

“Os preceitos desta Lei deverão ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, e com o dispositivo pertinente de instrumento de proteção de direitos humanos com o qual o Governo brasileiro estiver comprometido”,

Revela o dispositivo legal, de fato, um conteúdo normativo idêntico ao que podemos extrair do princípio da interpretação conforme aos tratados de direitos humanos, que por sua vez revela-se, como vimos, a partir da eficácia normativa-interpretativa do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos.

No caso, encontrava-se em julgamento um pedido de extradição da República da Colômbia de um ex-dirigente das Farc (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia) acusado de ter comandado um ataque ao exército que resultou na morte de dois militares e no seqüestro de outros dezessete. Ocorre que o Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE, de acordo com a Lei mencionada, acolheu o pedido de reconhecimento da condição de refugiado, o que, nos termos do art. 33 obsta o seguimento de pedido de extradição quando baseado nos mesmos fatos¹⁰³⁷.

Assim, posicionaram-se, de um lado, o relator Ministro Gilmar Mendes defendendo a independência e separação entre os Poderes, sustentando que o Supremo Tribunal Federal teria a prerrogativa de analisar a natureza do crime no processo de extradição para o fim de verificar se é o caso ou não de refúgio; ou seja, a decisão administrativa que determina a concessão de refúgio não poderia obstar a análise pelo Supremo Tribunal Federal dos pedidos de extradição. E de outro, a maioria dos Ministros que, seguindo a divergência inaugurada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, defendeu a aplicabilidade e constitucionalidade do art. 33 da Lei e a competência administrativa do Poder Executivo a respeito, propugnando pelo não-conhecimento em atendimento à situação de refugiado que foi declarada.

¹⁰³⁷ Art. 33 - “O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio”.

No entanto, como registramos, no voto do Ministro Celso de Mello sustentou-se um argumento novo, consistente na aplicação do princípio da interpretação conforme os tratados de direitos humanos. Nas suas palavras, “cumpre ressaltar, bem por isso, que é sob essa perspectiva – qual seja, a de preservar a integridade dos direitos dos refugiados, protegendo-os contra situações de risco – que a Lei nº 9.474/97 determinou em seu art. 48, que “os preceitos desta Lei deverão ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, (...)”.

O objetivo de tal diretriz hermenêutica também restou bem delineada no voto, uma vez que “essa cláusula permite afirmar que o respeito efetivo às finalidades perseguidas pelo Estatuto dos Refugiados passou a qualificar-se como verdadeiro paradigma de legitimação das decisões que venham a ser proferidas, no Estado de refúgio (o Brasil, no caso), por suas autoridades, administrativas ou judiciárias”.

Ou seja, “a finalidade da norma inscrita no art. 48 da Lei nº 9.474/97 refere-se à adoção de um processo hermenêutico, que, ao compatibilizar a aplicação da legislação brasileira com os princípios emergentes do Estatuto dos refugiados, busca preservar os valores básicos, como os da ampla proteção e respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, notadamente aqueles que aludem os arts. 31, 32 e 33 da Convenção Internacional relativa ao Estatuto dos Refugiados, que garantem, ao súdito estrangeiro, ainda que em situação irregular no país de refúgio, o direito de não sofrer sanções penais (...)”.

Esse voto é significativo, pois aponta que: a) o reenvio interpretativo objetiva adequar a compreensão da legislação brasileira e das decisões administrativas e judiciais aos parâmetros internacionais estabelecidos nos tratados de direitos humanos referidos; b) o reenvio interpretativo reforça uma compreensão teleológica do papel que os tratados de direitos humanos exercem na ordem interna, como instrumentos assecuratórios de garantias mínimas do ser humano.

Com efeito, ainda que não tenham sido os argumentos principais que tenham motivado a corrente majoritária a não conhecer do pedido de extradição, o debate havido revela que a nossa Alta Corte encontra-se sintonizada com as dinâmicas contemporâneas

de abertura e interação entre as ordens jurídicas interna e internacional, dentre as quais se sobressai o fenômeno que promove a internalização de parâmetros normativos e jurisprudenciais – estando este último ponto pendente no Supremo, lembramos mais uma vez - através de processos hermenêuticos estabelecidos ou não de forma expressa nos ordenamentos jurídicos nacionais.

SEÇÃO II

A INTEGRAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NA ORDEM INTERNA DESDE A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONDENAÇÃO DO BRASIL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

i. A integração dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira – A discussão sobre a hierarquia e as correntes doutrinárias no STF – A supremacia da Constituição e o princípio da norma mais favorável ao indivíduo

i.a. Contextualização

Após um largo debate o Supremo Tribunal Federal cedeu à corrente doutrinária que sustentava um reposicionamento hierárquico para os tratados de direitos humanos mais consentâneo com suas características. Este movimento debatia-se contra a tradição jurisprudencial¹⁰³⁸ de nosso mais alto Tribunal consistente em adotar um regime jurídico absolutamente igual para os tratados de direito comum e os relativos aos direitos humanos, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988 que, sabidamente, inaugurou uma ordem normativa-valorativa de caráter aberto aos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Pode-se afirmar que a evolução da jurisprudência do STF a partir do julgamento do HC 87.585 e dos REs 466.433 e 349.703, se não acolheu a integralidade das diretrizes emancipatórias deste movimento, pelo menos reverteu uma tendência conservadora que já se revelava absolutamente anacrônica, seja em relação ao movimento internacional dos direitos humanos, seja em face da evolução de nossa sociedade.

A jurisprudência tradicional que perdurou por mais de 30 anos no STF pregava que os tratados deveriam ser posicionados no mesmo patamar das leis ordinárias, estando sujeitos, pois, em caso de antinomia de normas, à aplicação das regras tradicionais de solução dos conflitos (o critério cronológico e o da especialidade).

O fato é que esta jurisprudência impedia uma diferenciação entre os tratados de direitos humanos - cujo objeto constitui-se no estabelecimento de direitos e garantias aos indivíduos e de procedimentos e sistemas de proteção -, e os tratados internacionais clássicos - que regulam interesses subjetivos dos contratantes -, desconsiderando totalmente as diferentes peculiaridades e características de ambos, as

¹⁰³⁸ Formada desde o julgamento do RE 80.004, ocorrido na data de 1°.06.1977.

diferentes funções que desempenham, e o ambiente de interação no qual dialogam as ordens jurídicas interna e internacional de direitos humanos.

A discussão que redundou na virada histórica da jurisprudência teve início a partir do questionamento da situação jurídica do indivíduo diante da constrição de sua liberdade na condição de depositário infiel.

A existência de normas infraconstitucionais, amparadas no permissivo constitucional do inciso LXVII do art. 5º¹⁰³⁹, que previam várias hipóteses de prisão civil no caso de inadimplementos contratuais¹⁰⁴⁰, foi contrastada com a ratificação pelo Brasil da Convenção Americana (Pacto de São José)¹⁰⁴¹ e do Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU¹⁰⁴², que proibiam a prisão de indivíduos nestes casos.

Na verdade, a própria disposição constitucional teve sua aplicabilidade abalada com a ratificação sem reservas destes Pactos. Obviamente que as posições extremadas que defendiam a revogação do dispositivo constitucional encontravam-se desprovidas de razão, todavia serviram para fazer ressaltar as divergências textuais entre a Constituição e tais instrumentos internacionais.

O fato é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que defendia, com pequenas variações de fundamento, que no conflito entre as fontes interna

¹⁰³⁹ “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

¹⁰⁴⁰ Houve muito exagero por parte do legislador, que cedeu, por certo, às influências do setor econômico-financeiro que buscava garantir os empréstimos tomados por seus clientes com a prisão de modo a enquadrá-los na figura do depositário através de “ficções” legais, a ponto de o Ministro Rezek rebelar-se contra estas normas qualificando-as de “surreais”, “invenções” e “ludibrio à Constituição” (HC 74.383, julgado em 22.10.1996).

¹⁰⁴¹ Ratificado pelo Brasil em 25.09.1992; o art. 7º, 7 prevê que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

¹⁰⁴² Ratificado pelo Brasil em 24.01.1992; o art. 11 prevê que “Ninguém pode ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

e internacional a aplicação da regra de que a norma mais moderna derogava a mais antiga e a diretriz de que os tratados de direitos humanos por possuírem caráter geral em face da especialidade das normas que previam a prisão do depositário infiel¹⁰⁴³ não teriam força para revogá-las, restou ultrapassada.

O entendimento superado também lançava mão de argumentos a propósito da supremacia da Constituição e da liberdade de conformação do legislador a partir da exceção constitucional à garantia contra a prisão civil¹⁰⁴⁴, sustentando a impossibilidade daqueles (supremacia constitucional e liberdade de conformação do legislador) serem limitados por tratados de direitos humanos, intentando-se, ainda, qualificar a discussão a partir de um suposto enfrentamento à soberania do País¹⁰⁴⁵, ou mesmo através de argumentos mais econômicos do que jurídicos¹⁰⁴⁶¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴³ Ver voto de Moreira Alves no HC 72.131; O Ministro Moreira Alves extraía das exceções à garantia constitucional de vedação da prisão civil por dívida, uma regra que prescreveria um “direito fundamental do credor” da dívida alimentar e do depósito, de forma a assegurar ao credor a possibilidade de exigir a prisão do devedor para a satisfação do crédito.

¹⁰⁴⁴ Ver Voto de Celso de Mello no HC 72.131.

¹⁰⁴⁵ Ver Voto do Ministro Maurício Correa no HC 72.131.

¹⁰⁴⁶ O Ministro Maurício Correa faz a defesa da legitimidade da prisão do depositário infiel apelando para a dinamicidade da vida social e econômica que instituiu “essa concepção técnico-jurídica moderna e atual” “capaz de facilitar, aperfeiçoar, perfectibilizar e viabilizar a eficácia e a evolução dos negócios”. Isto porque “tal sistemática tem possibilitado a satisfação recíproca de todas as partes envolvidas em transações desse tipo, e não me acena saudável, não só do ponto de vista dessa reciprocidade de interesses, que tem caminhado tão bem, mas em nome da ordem jurídica, que não fica vulnerada, que por obra e graça de quem compra, mas não paga e desaparece com a coisa, ou de quem a realiza dolosamente para obter vantagem ilícita, se abra a porta para a desmontagem de toda uma estrutura há décadas pacificamente incorporada às atividades da sociedade brasileira e que a ela tem se afigurado como instrumento desembaraçado e útil para a consecução de seus interesses. A alienação fiduciária se consolida no depósito, e portanto na prisão” (HC 72.131-1); ver também o HC 73.044-SP, julgado em 19.03.1996.

¹⁰⁴⁷ No voto do Ministro Ilmar Galvão defendeu-se que a única interpretação razoável era a de que o Pacto de São José não revogava as normas que cuidam do depósito “pelo singelo motivo de não ser possível admitir que, não apenas o Brasil, mas também os demais países que subscrevem a Convenção de São José, ou a ela aderiram, na maioria subdesenvolvidos, houvessem tido a iniciativa de esvaziar a eficácia e

Ressalte-se, no entanto, que tais posições já enfrentavam questionamentos à época como, por exemplo, os realizados pelo Ministro Rezek no HC 74383¹⁰⁴⁸, quando ao criticar o primeiro julgamento do Pleno em que foi posta a questão do depositário infiel sob o crivo da Convenção Americana¹⁰⁴⁹ disse: “ter-se-ia dito que (...) o texto de São José da Costa Rica não poderia ter, a partir da sua vigência no Brasil, limitado o direito constitucional que tem o legislador ordinário de fazer sua escolha! (...) Raciocinou-se, com todas as venias, como se o texto de São José de Costa Rica só fosse um produto alienígena, uma obra de extraterrestres, que desabou sobre nossas cabeças. Procedeu-se como se São José de Costa Rica não fosse um texto de cuja elaboração o Brasil participou (...) Entretanto, havendo-se raciocinado como se a convenção não fosse obra que só nos vincula por causa de nossa vontade soberana, exorcisou-se a convenção como coisa estranha à brasilidade...” (grifo no original).

Deve ser digno de encômios que desde sempre em que o tema foi posto em debate, os Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek, Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso, defenderam a revogação das normas infraconstitucionais pelo Pacto de São José, ainda que os dois primeiros permanecessem defendendo a tese da paridade destes instrumentos internacionais com a lei ordinária, a qual restava revogada com a ratificação do tratado internacional.

Frise-se, pois, que Velloso defendeu o reconhecimento das normas provenientes dos tratados de direitos humanos como direitos fundamentais devido a seu

a garantia representada pelo depósito embutido nos contratos acima enumerados, ao despojá-los do elemento coercitivo que lhe confere prestígio que tem como garantia, deixando praticamente à míngua de qualquer proteção a instituição do crédito, unanimemente tida como a mola propulsora da atividade econômica e, portanto, do desenvolvimento” (HC 72.131).

¹⁰⁴⁸ A crítica foi feita no julgamento do HC 74.383, publicado em 22.10.1996; O Ministro, nos julgamentos de que participou sobre o tema sempre defendeu a paridade normativa entre os tratados de direitos humanos e a lei ordinária mas, no entanto, defendia que teria havido a derrogação da legislação ordinária que facultava a prisão civil do depositário infiel (ver HC 72.131, publicado em 23.11.1995 e HC 74.383).

¹⁰⁴⁹ HC 72.131, julgado em 23.11.1995.

caráter material, na medida em que distinguia os direitos fundamentais puramente formais dos direitos fundamentais materiais, estando a norma do tratado “em pé de igualdade com os direitos fundamentais expressos na Constituição”¹⁰⁵⁰. O Ministro Sepúlveda, de sua parte, aventou no julgamento do HC 79.785¹⁰⁵¹ a tese da supralegalidade dos tratados – a qual foi seguida mais tarde por Gilmar -, destacando a necessidade de conferir “sentido útil” ao §2º do art. 5º da CF/88.

Analisemos agora, a recente decisão do STF que sepultou a possibilidade jurídica da prisão civil do depositário infiel, destrinchando as duas posições que se colocaram em debate: a liderada pelo Ministro Celso de Mello, que pugnava pela declaração da constitucionalização dos tratados de direitos humanos, e a corrente liderada pelo Ministro Gilmar Mendes, que propugnava pelo reconhecimento do caráter supralegal, mas infraconstitucional destes tratados¹⁰⁵².

i.b. A constitucionalização dos tratados de direitos humanos

Dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que ainda remanescem desde quando se iniciou o debate a propósito deste tema, Celso de Mello foi, sem dúvida, o que mais evoluiu em seu posicionamento.

Partindo de um entendimento que não admitia qualquer abalo à Constituição, manifestava uma tendência que invocava a supremacia constitucional de modo a colocá-la em confronto com os tratados de direitos humanos, atribuindo-lhes um papel pouco importante na construção de um regime emancipatório das liberdades do ser humano. Em seus votos, deixava expressado que somente a Constituição da República exercia esta função com proeminência, permitindo, pois, que as normas internacionais,

¹⁰⁵⁰ Posição defendida no HC 72.131, julgado em 23.11.1995 e na ADI 1.480, julgada em 04.09.1997.

¹⁰⁵¹ Acórdão publicado em 22.12.2002.

¹⁰⁵² Não foi colocada em debate nestes julgamentos a tese já aventada no Supremo que posicionaria os tratados de direitos humanos pré-constitucionais ao lado das normas constitucionais; em pelo menos três julgamentos podemos encontrar menção a esta tese: HC 72131, ADIn 1480 e ADIn 1675.

ainda que atribuíssem ao indivíduo um nível mais digno de proteção, fossem superadas por normas infraconstitucionais menos amplas.

Ainda que reconhecesse a complementariedade dos tratados de direitos humanos à ordem interna dos direitos fundamentais, iniciava a discussão pontuando a existência de uma primazia do ordenamento jurídico nacional, de modo a remarcar que os tratados de direitos humanos “não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental”¹⁰⁵³.

De modo que, ao mesmo tempo em que não permitia que as exceções à garantia constitucional dos indivíduos fossem restringidas por “mecanismos de limitação” provenientes dos tratados, posicionava o debate considerando que o §2º do art. 5º da CF/88 condicionava ou limitava o poder do Congresso de exercer sua função institucional para a qual a própria Constituição lhe tinha outorgado (no caso, disciplinar a prisão civil do depositário infiel).

Assim, expressava-se dizendo que “a indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativo que decorre de nossa própria Constituição (art. 102, III, b)¹⁰⁵⁴, reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado, que considera inválida a convenção internacional que se oponha, que restrinja o conteúdo eficaz ou que importe em alteração da Lei Fundamental (...)”, ou ainda que “a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção

¹⁰⁵³ Os excertos citados neste item referem-se ao seu Voto proferido no julgamento do HC 72.131, os quais revelam posições que foram mantidas, por exemplo, nos julgamentos da ADI 1480, ocorrida em 04.09.1997, do HC 80.035, ocorrido em 21.11.2000 e do HC 81.319, ocorrido em 24.04.2002.

¹⁰⁵⁴ Não se fazia, pois, a diferenciação de regime jurídico entre os tratados de direitos humanos e os tratados clássicos.

internacional, ter-se-ia interdito a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República”.

Ocorre, no entanto, que uma nova percepção do papel exercido pelos instrumentos internacionais de direitos humanos no ordenamento interno, e uma nova leitura do §2º do art. 5º da Constituição, proporcionaram ao Ministro Celso de Mello uma posição de liderança na Corte, influenciando uma corrente de votos que reconheceram a hierarquia constitucional destes tratados¹⁰⁵⁵.

Já nos votos-vista proferidos no HC 87.585, nos RE 466.433 e 349.703¹⁰⁵⁶, o Ministro passa a defender uma tese diametralmente oposta àquela anteriormente exposta. Adotando a teoria defendida pelos professores Cançado Trindade e Flavia Piovesan¹⁰⁵⁷, elevou os tratados de direitos humanos ao grau constitucional, reconhecendo, pois, a fundamentalidade material das normas provenientes destes instrumentos, integrando-os ao bloco de constitucionalidade.

A tese do Ministro Celso de Melo pode ser explicada pela leitura dos dispositivos constitucionais constantes dos §§ 2º e 3º do art. 5º¹⁰⁵⁸ da Constituição, extraindo-se as seguintes diretrizes, em síntese: a) existem na ordem jurídica nacional

¹⁰⁵⁵ Manifestaram adesão à sua tese, os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, e Ellen Gracie, conforme notícia de 03.12.2008, extraída do site do STF: “STF restringe a prisão civil por dívida a inadimplente de pensão alimentícia”.

¹⁰⁵⁶ Votos proferidos no dia 12.03.2008; o julgamento de ambos os processos foi concluído em 03.12.2008.

¹⁰⁵⁷ Ademais de ter citado a doutrina de Celso Lafer, Francisco Rezek, Valerio Mazzuoli e André Ramos de Carvalho.

¹⁰⁵⁸ §2º do art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”; §3º do art. 5º: “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”.

regimes jurídicos distintos para os tratados, dependendo de sua natureza jurídica¹⁰⁵⁹, devendo-se discriminar entre tratados clássicos e tratados de direitos humanos, situação que veio a ser reforçada com a promulgação do §3º do art. 5º da CF/88; b) detém os tratados de direitos humanos caráter de norma constitucional inserindo-se no bloco material de constitucionalidade; c) o §3º do art. 5º da CF/88 permite que os direitos e garantias dispostos em tratados internacionais insiram-se também no bloco formal da Constituição Federal, se atenderem aos novos requisitos procedimentais, preservando-se sempre a sua pertença ao bloco material, tanto os ratificados antes da Emenda Constitucional, quanto os ratificados depois na hipótese de não se obter a maioria qualificada de 3/5, em dois turnos.

Segunda a tese, temos, portanto, tratamentos distintos. O primeiro intenta separar os tratados clássicos - que se posicionam ao lado das leis ordinárias -, e os tratados de direitos humanos - que se posicionam na mesma hierarquia das normas constitucionais. O segundo intenta separar os tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/04 - os quais estariam integrados no bloco material da Constituição, e os ratificados posteriormente -, os quais além desta característica possuiriam a de pertencer ao bloco formal da Constituição¹⁰⁶⁰. Assim, garantem-se àqueles tratados de direitos humanos já integrados à ordem jurídica nacional e aqueles que eventualmente não atendam aos requisitos constitucionais estabelecidos pelo §3º do art. 5º, o caráter material de norma constitucional.

Ademais das importantes diretrizes - sinteticamente - delineadas acima, o Ministro Celso de Mello acenou para interessantes direcionamentos que a interação entre a ordem nacional e internacional produzem, seja remarcando o caráter complementar que estes instrumentos internacionais desempenham na ordem interna,

¹⁰⁵⁹ Existe, neste ponto, convergência com a corrente liderada pelo Ministro Gilmar Mendes.

¹⁰⁶⁰ Defendeu-se no Voto proferido no julgamento do HC 87.585 a teoria de que a recepção das normas anteriores à Constituição ou Emenda constitucional ocorre somente pela adequação material da norma, não se exigindo para tanto o cumprimento dos requisitos formais postos por uma nova Constituição ou Emenda, se recorrendo à lição de Francisco Rezek e André Ramos Tavares.

reforçando a “afirmação, consolidação e expansão dos direitos básicos da pessoa humana”, seja alertando que o exercício da missão dos juízes de concretizar as liberdades públicas passa pelo dever de conferir efetividade aos direitos fundados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil “em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana”, seja ainda destacando o importante papel que deve ser desempenhado pelo inciso II do art. 4º da CF/88 na atividade hermenêutica dos direitos fundamentais, cujo conteúdo normativo determina a prevalência dos direitos humanos em nosso País.

Enfim, deve-se registrar mais uma vez a importância do posicionamento do Ministro Celso de Mello no desenho de uma nova configuração dos tratados de direitos humanos em nossa ordem jurídica, o que certamente potencializará suas virtualidades no desempenho de seu objetivo e propósito de afirmação e expansão da dignidade do ser humano enquanto indivíduo dotado de direitos e deveres que merecem ser respeitados em sua eficácia máxima.

i.c. A declaração do caráter supralegal mas infraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos foi a que mais adesões agregou no seio do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos do HC 87.585 e dos REs 466.343 e 349.703. Aventada originariamente pelo Ministro Sepúlveda Pertence, tal tese rechaça o reconhecimento da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos por meio da aplicação do §2º do art. 5º da CF/88 sob o fundamento da rigidez e supremacia da Constituição sobre eles. Naquela ocasião declarou-se que este dispositivo constitucional traduzia uma abertura significativa à internacionalização dos direitos humanos, podendo-se “aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário,

contra a lei ordinária, sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes”¹⁰⁶¹.

O voto do Ministro Gilmar Mendes neste tema, em linhas gerais, evolui da seguinte forma¹⁰⁶²: 1º) rechaça a tese da supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos invocando a supremacia formal e material da Constituição; 2º) rechaça a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, calcada no §2º do art. 5º da CF/88, dizendo que tal discussão foi esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o §º 3º do art. 5º na CF/88; 3º) reconhece o caráter especial dos tratados de direitos humanos a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 a qual conferiu-lhes “lugar privilegiado no ordenamento jurídico”; 4º) rechaça a tese da paridade normativa dos tratados de direitos humanos às leis ordinárias tendo em vista a promulgação da referida Emenda Constitucional.

Em que pese a evolução da jurisprudência propiciada por esta tese, a nosso ver, não encontra ela no ordenamento jurídico brasileiro nenhum amparo normativo ou principiológico que permita concluir pela sua legitimidade. O problema para aceitá-la, ademais, centra-se na falta de coerência em sua fundamentação.

Isto porque a premissa utilizada no voto condutor para afastar a tese da constitucionalidade é a de que o §3º do art. 5º, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, fez encerrar a discussão a respeito: “em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”.

Assim, o parâmetro que se põe é o de que os tratados anteriormente celebrados pelo País não detém natureza constitucional, condição só alcançada através do

¹⁰⁶¹ Voto do Ministro no HC 79.785.

¹⁰⁶² Os excertos citados neste item se referem ao voto do Ministro Gilmar proferido no RE 466.433, julgado em 03.12.2008.

procedimento mais difícil previsto no novel §3º do art. 5º, porque a regra inserida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 **soluciona “a questão para o futuro”**.

Pois bem. O fato é que a tese começa a distorcer-se ao tentar adequar-se – mas não aderir - à teoria defendida há muito por Cançado Trindade e Flávia Piovesan, uma vez que tornava-se necessário para o Supremo Tribunal Federal superar a anacrônica teoria da paridade dos tratados de direitos humanos com as leis ordinárias. Ao ter que enfrentar esta solidificada posição jurisprudencial, o voto passa a reconhecer o “caráter especial” dos tratados de direitos humanos. Justamente aquele mesmo “caráter especial” utilizado pela tese de Cançado Trindade e Flávia Piovesan para defender a constitucionalidade destes, cujos fundamentos foram extraídos do §2º do art. 5º da CF/88.

Colhe-se do voto que **“não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”** pois a Emenda Constitucional 45 (...) **ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil (...)** ficando “mais difícil defender a terceira das teses acima enumeradas” (a da equivalência com as leis ordinárias).

Após defender que nosso ordenamento jurídico constitucional evoluiu para um sistema aberto que convive com “ordens jurídicas supranacionais de direitos humanos”, e tendo em vista a necessidade de a jurisprudência do Supremo ser revisada criticamente, conclui-se que: “parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade”.

O fato é que além de não existir nada consignado de forma expressa no ordenamento jurídico constitucional brasileiro que posicione os tratados neste patamar

(ao contrário de outras Constituições¹⁰⁶³) - e tampouco se pode defender que tal posicionamento encontra-se implicitamente regrado na Constituição -, o argumento da especialidade dos tratados de direitos humanos já se extrai do §2º do art. 5º da CF/88, desde onde se argumenta, há muito, pela constitucionalidade material destes tratados.

Ademais de estas razões serem mais bem utilizados para defender a constitucionalidade dos tratados, a grande incoerência reside no fato de que a sustentação argumentativa que estabelece um marco temporal mediado pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 (§3º do art. 5º) para reconhecer um reposicionamento dos tratados de direitos humanos, não é respeitado.

Ora, se tal Emenda resolveu a controvérsia “para o futuro” de modo a esvaziar a discussão sobre a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos fundada no §2º do art. 5º da CF/88, como assenta a posição do Ministro Gilmar, e se não trouxe a Emenda nenhuma regra de regência da situação dos tratados não submetidos ao novo crivo procedimental, pareceria mais lógico com a tese vencedora persistir com a jurisprudência anterior.

De fato, a reforma constitucional não veiculou de forma expressa regra que resolvesse a situação dos tratados anteriormente integrados à ordem jurídica brasileira, o que poderia indicar, com muito mais razão, data vênica, o reconhecimento da tese que assegura o nível constitucional a eles, eis que para além de serem normas que

¹⁰⁶³ Como a Constituição de Espanha, por exemplo, que regula expressamente tal posição: Art. 96.1 “Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional” (grifamos). Tal norma é complementada para exigir a previa revisão constitucional no caso de celebração de tratado internacional que contenha disposições contrárias as da Constituição Espanhola: Art. 95.1: “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”.

veiculam dispositivos de mesma natureza que os direitos fundamentais, não poderiam aqueles atender à procedimentos mais gravosos que passaram a existir posteriormente¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶⁴ Neste sentido, ressaltem as posições de André Ramos Tavares, *in* Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça, p. 47-48, 2005, Saraiva, e Francisco Rezek, *in* Direito Internacional Público - Curso Elementar, p. 101-103, 10^a ed., 2007, Saraiva, ambos citados por Celso de Mello em seu voto. Diz o primeiro autor que "Quanto aos tratados celebrados anteriormente à EC n. 45/04, e já internalizados pelo rito anterior, cabe indagar sobre sua situação a partir da Reforma. Com base na premissa de que não se aplicava o § 2º do art. 5º da CF, duas leituras, no mínimo, seriam possíveis doravante: (i) permanecerem com o 'status' próprio do veículo que os internalizou, ou seja, mantêm o patamar de lei; (ii) passarem automaticamente a ter 'status' de emenda constitucional, numa espécie de recepção. Infelizmente não houve a preocupação em estabelecer uma regra de transição que disciplinasse o delicado e relevante tema dos tratados incorporados anteriormente à EC n. 45/04. Como se sabe, no fenômeno da recepção de normas anteriores à nova Constituição (ou à nova emenda constitucional), apenas verifica-se sua compatibilidade material, que, no caso positivo, permite a absorção da antiga norma infraconstitucional com o 'status' que a nova Constituição conferir à respectiva matéria. Assim, se se tratava de lei ordinária e a nova Constituição passou a exigir lei complementar, se não houver outra incompatibilidade, a antiga norma é recepcionada como se lei complementar fosse (posto que só poderá ser alterada, doravante, por nova lei complementar). Essa a extensão da tese que declara haver novação legislativa, pela introdução de um novo fundamento de validade (...). Assim, se a nova 'regra' constitucional continua a permitir que os tratados e, agora, também as convenções, versando (e adotando) direitos humanos, possam ser incorporados ao Direito positivo brasileiro, há total compatibilidade com esses documentos que, anteriormente, já haviam sido editados como Direito vigente no Brasil. Só que, a partir de então, seu 'status' passará, automaticamente, a ser o de emenda constitucional (e, pois, necessariamente, nesses casos, o de norma constitucional), não só porque não poderão ser alterados senão por nova emenda, mas também porque não poderão ser abolidos ou restringidos, em hipótese alguma (proibição do retrocesso)". E o segundo autor, ressalta que "Uma última dúvida diz respeito ao 'passado', a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte - e que já não se encontre no rol do art. 5º. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que, ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura".

O abandono da linha de raciocínio inicial com o reenvio do discurso para o reconhecimento do caráter especial dos tratados¹⁰⁶⁵ a fim de explicar a supralegalidade torna a tese fragilizada tanto pela arregimentação de argumentos próprios de outra tese quanto pelo salto na argumentação operado.

Ora, se o âmbito de aplicação da Emenda 45/2004 é prospectivo¹⁰⁶⁶ e, se em seu objeto veicula-se regra de caráter eminentemente procedimental, não faz sentido extrair-se efeitos de cunho material para qualificar os tratados integrados na ordem jurídica anteriormente à alteração constitucional.

Ademais, a fragilidade da corrente da supralegalidade se torna patente também quando deixa de enfrentar os argumentos que fundamentam o caráter material dos tratados de direitos humanos e sua capacidade de inserir-se no bloco de constitucionalidade. Esta importante questão, de fato, passa ao largo da linha argumentativa proposta por esta corrente.

i.d. A Constituição Federal excluída do conflito com os tratados de direitos humanos – A supremacia constitucional e o desvio do foco para as normas infraconstitucionais

No voto do Ministro Celso de Mello restou muito claro o afastamento da Constituição de qualquer diálogo com os Pactos internacionais que excluía a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. Adotou-se uma técnica que trouxe para o debate somente a legislação infraconstitucional que autorizava a constrição

¹⁰⁶⁵ A argumentação recorre ainda à existência da abertura constitucional da ordem interna aos movimentos de internacionalização dos direitos humanos, cujos elementos foram sempre oferecidos à discussão pela teoria da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos.

¹⁰⁶⁶ A afirmação serve somente para demonstrar a conclusão que, no nosso entender, deveria ocorrer partindo-se do ponto inicial elegido pela corrente vencedora, não significando que compartilhamos com tal tese. Como bem registrou o Ministro Celso de Mello, a recepção das normas anteriores resolve-se pelo caráter material de compatibilidade, como apontam os autores citados em seu voto (Celso Lafer, Francisco Rezek e André Ramos Tavares); até porque parece incoerente exigir que as normas anteriores atendam aos requisitos procedimentais mais gravosos estabelecidos em momento posterior.

civil da liberdade pelo inadimplemento contratual do depositário, o que, a nosso ver, não permite antever o real problema.

Na verdade, a garantia constitucional que proíbe a prisão civil disposta no inciso LXVII do art. 5º, ao prever duas exceções, é notadamente bem menos ampla que a garantia estabelecida no Pacto de São José e no Pacto de Direitos Civis e Políticos¹⁰⁶⁷. Dizer que o diálogo entre as fontes jurídicas não ocorre na relação *Constituição-Pactos* e sim na relação *leis ordinárias-Pactos* é desprestigiá-la muito mais do que reconhecer que, em termos comparativos, nossa Carta oferece uma proteção menos efetiva neste ponto.

Ocorre, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal se viu em uma situação em que ou desviava esse conflito para a lei ordinária ou seria obrigado a reconhecer que a doutrina da supremacia da Constituição sofre impactos da normatividade internacional - *o que não implica reconhecê-la abalada já que este fenômeno foi por ela mesmo consentido* –, especialmente nestes casos em que a garantia que oferecia era muito menos eficaz que a dos instrumentos internacionais.

Deste modo, o Ministro Celso de Mello modificou o direcionamento de sua antiga tese, no particular, adotando a tese que Rezek aventava nos julgamentos dos HC 72.131¹⁰⁶⁸ e 74.383¹⁰⁶⁹, justamente a consistente na exclusão da Constituição da

¹⁰⁶⁷ Ver notas 1099 e 1100.

¹⁰⁶⁸ Julgado em 23.11.1995: “Mas o que sucede é que não vejo conflito entre a restrição de São José da Costa Rica e aquilo que a Constituição de 1988, na trilha de textos anteriores, diz no inciso LXVII do art. 5º: (...) Não estou lendo na lei fundamental nada de semelhante a “Prenda-se o depositário infiel”, mas apenas uma autorização para que o legislador ordinário, caso queira, tome este caminho. O legislador ordinário o tomou. Mais tarde, o Congresso Nacional aprovou a Convenção de São José da Costa Rica, pressuposto da sua ratificação pelo governo brasileiro, e da sua incorporação ao direito interno. Por não ver esse conflito material, estimo que aquilo que a Constituição entende possível poderia ser, depois invalidado pela assunção de um compromisso internacional - como poderíamos não ter na legislação ordinária brasileira nada que, em qualquer momento, autorizasse a prisão do depositário infiel, ou que a este equiparasse o comprador fiduciário. Se essa Convenção viesse um dia a ser denunciada pelo Brasil, voltaríamos ao *statu quo ante*: o legislador poderia de novo, em bases ordinárias, estabelecer a prisão civil do depositário infiel. Tenho que hoje, pela ausência de conflito real entre a Convenção e a Carta, o

relação conflitual havida entre as fontes jurídicas internacional e nacional, limitando-a às normas infraconstitucionais. No passado, a tese defendida pelo Ministro Celso de Mello, neste ponto, era a da absoluta supremacia da Constituição, pois que “(...) a cláusula inscrita no art. 7º, nº 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – que omite qualquer referência normativa à possibilidade de decretação da prisão civil do depositário infiel – **não vincula o legislador constituinte**, que **sempre** poderá dispor em sentido contrário **no próprio texto da Constituição**” (destaques no original)¹⁰⁷⁰.

problema se resolve de modo sumário. Há uma obrigação internacional que é preciso honrar. Ela não derroga o instituto do depósito, em absoluto, mas tudo aquilo que, na legislação ordinária, facultava a prisão civil do depositário infiel”.

¹⁰⁶⁹ Julgado em 22.10.1996: “O julgamento em plenário, dessa questão jurídica, foi extremamente longo, e não pude assisti-lo até o fim. Pela leitura das atas observei que se admitiu aquilo que em certo momento eu afirmara em meu voto: o inciso LXVII proíbe a prisão por dívida e, ao estabelecer a exceção possível, permite que o legislador ordinário discipline a prisão do alimentante omissis e do depositário infiel”.

¹⁰⁷⁰ Ainda que o Ministro tenha se referido à possibilidade de o legislador instituir a prisão a partir das exceções constitucionais, a relação de conflito que se montava era sempre entre a Constituição-Pacto de São José, tendo isto ficado registrado em mais de uma passagem no Voto: “Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental”, ou “Parece-me irrecusável, no exame da questão concernente à primazia das normas de direito internacional público sobre a legislação interna ou doméstica do Estado Brasileiro, que não cabe atribuir, por efeito do que prescreve o art. 5º, §2º, da Carta Política, um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil, especialmente sobre as prescrições fundadas em texto constitucional, sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da Constituição – que expressamente autoriza a instituição da prisão civil do depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII) –, o próprio exercício, pelo Congresso Nacional, de sua típica atividade política-jurídica consistente no desempenho da função de legislar. É preciso não perder de perspectiva que a vedação da prisão civil por dívida, no sistema jurídico brasileiro, possui extração constitucional”, ou “Note-se, portanto, considerada a especial qualificação desse preceito constitucional, definido como norma de eficácia contida – consoante proclama o magistério da doutrina (...) que **a possibilidade jurídica de o Congresso Nacional instituir a prisão civil nos caso de infidelidade depositária encontra fundamento na própria Constituição**, cuja autoridade normativa não pode e nem deve expor-se a mecanismos de limitação fixados em sede de tratados internacionais (grifamos).

Ou seja, de forma adequada no nosso entender, estabelecia-se uma relação direta entre a norma do Pacto de São José e o inciso LXVII do art. 5º da Constituição para fins de se escolher a norma que se aplicaria ao caso. Enquanto que a tese originária de Rezek tinha por objetivo excluir a Constituição do conflito para fazer valer a norma do Pacto através da defesa de que este teria revogado a legislação a ele contrária - mas que ao final também não resolveria a relação *Constituição-Pactos* -, a posição original de Celso de Mello colocava frente a frente os tratados e a Constituição, invocando a supremacia desta e a posição inferior daqueles.

Ainda que o Ministro Celso de Mello tenha se referido anteriormente e atualmente à possibilidade de o legislador instituir a prisão civil, o fato foi que o retorno à antiga tese de Rezek possibilitou ao Ministro, ao final, concluir que a liberdade constitucional dada ao legislador para regulamentá-la importaria que a figura mesma da prisão civil representa a “expressão da vontade do legislador” e, portanto, a chave para excluir a norma constitucional do conflito, de modo a fixar no outro polo da relação problemática apenas a ação legislativa ordinária.

Nas palavras do Ministro, o inciso LXVII do art. 5º toma as seguintes dimensões: “**Esse preceito** da Constituição brasileira, como se vê, **contempla** a possibilidade **de o legislador comum, em duas hipóteses (...)** **limitar** o alcance da vedação constitucional **pertinente** à prisão civil”, ou “**É certo** que a Constituição da República, **ao vedar** a prisão civil por dívida, **prevê** a possibilidade **de o legislador ordinário** instituí-la em duas situações excepcionais (...)”, ou ainda que “**Isso significa** que, **sem lei** veiculadora da disciplina da prisão civil nas situações excepcionais referidas, **não se torna** juridicamente viável a decretação judicial desse meio de coerção processual, **pois** a regra inscrita **no inciso** LXVII do art. 5º da Constituição **não tem** aplicabilidade direta, **dependendo**, ao contrário, **da intervenção concretizadora** do legislador (“*interpositio legislatoris*”), **eis que cabe**, a este, **cominar** a prisão civil, **delineando-lhe** os requisitos, **determinando-lhe** o prazo de duração e **definindo-lhe** o rito de sua aplicação, **a evidenciar**, portanto, que a figura da prisão civil, **se e quando** instituída pelo legislador, **representará** a expressão **de sua** vontade, **o que permite** examinar esse instrumento coativo sob uma perspectiva **eminente**

infraconstitucional **e conseqüentemente viabilizadora** da análise (...) das delicadas relações que se estabelecem entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno dos Estados nacionais” (os destaques estão no original)¹⁰⁷¹.

Pensamos que a importância atribuída à função do legislador ordinário foi, data vênia, demasiada. Obviamente que sem sua intervenção a prisão civil não poderia ser concretizada, já que caberia a ele delimitar as causas contratuais para tanto, os requisitos, o tempo de duração, dentre outros elementos que se inserem na sua atividade ordinária de delimitação do alcance de um direito ou garantia fundamental.

É inegável que a garantia da impossibilidade da prisão civil encontra fundamento constitucional – e isso o Ministro não nega –, mas as exceções ou restrições a esta garantia também possuem extrato constitucional (limites constitucionais ao exercício do direito fundamental), de modo que parece inadequado dizer que é o legislador quem estabelece o alcance da garantia constitucional, instituindo as exceções/restrições, como se fossem elementos inseridos por sua própria iniciativa. Todo o contrário, elas já vêm expressamente descritas no texto.

Aliás, um dos pontos de maior debate durante toda esta fase de turbulência na jurisprudência do Supremo a propósito do alcance da prisão civil, foi justamente o fato de permitir-se ao legislador comum “trabalhar” as exceções à garantia constitucional sem nenhum tipo de critério. Houve um momento em que várias vozes do Supremo se ergueram contra o despautério do legislador que com suas “ficções” lograva inserir no conceito de depositário infiel quase todo tipo de contrato, a fim de atribuir-lhes a garantia privilegiadíssima da prisão do devedor quando inadimplente.

Tais exageros fizeram com que o Ministro Rezek tivesse chamado-as de “invenções”, de “ludíbrio à Constituição”, em um caso de dívida proveniente de penhor rural. Disse, a propósito: “E ao lado disso, o que mais excepciona a regra da proibição da prisão por dívida? O depositário infiel. Mas nunca se há de entender que essa expressão é ampla, e que o legislador ordinário pode fazer dela, mediante manipulação, o que quiser (...). Mas num país de tantos surrealismos, inventa-se um dia a

¹⁰⁷¹ Excertos extraídos do Voto proferido no HC 87.585.

tese de que determinados devedores são “depositários infiéis”, para que o credor possa prendê-los, para que o meio de forçar a solução de um dívida civil seja o mecanismo criminal do encarceramento. Inventava-se dizer que os devedores, em caso como o da alienação fiduciária em garantia e do penhor rural (hipóteses históricas – mais que isso, hipóteses bíblicas de dívida) são “depositários infiéis”¹⁰⁷².

No caso da alienação fiduciária definida no art. 66 da Lei nº 4.278/65, alterada pelo Decreto-Lei nº 911/69, na hipótese de o bem não ser encontrado, a busca e apreensão era convertida em ação de depósito, o que para o Ministro Marco Aurélio revelava o intuito de “constitucionalizar-se o mecanismo por meio de referência explícita à ação de depósito, com os parâmetros que lhe são pertinentes, inclusive, a prisão do depositário”, o que lhe fez afirmar que “**a construção seria perfeita caso o tema alusivo à prisão civil por dívida não possuísse rígido balizamento constitucional**”¹⁰⁷³ (destacamos).

Um dos fundamentos do voto do Ministro Gilmar Mendes¹⁰⁷⁴ - ao qual a maioria aderiu -, centra-se no princípio da proporcionalidade, aonde se demarcou bem o ambiente no qual o legislador ordinário deve se mover quando estabelecer a extensão dos direitos e garantias constitucionais sem reserva legal expressa, como é o caso da regra que veda a prisão civil do devedor.

Ressalta o Ministro Gilmar que “a Constituição de 1988, modificando o texto anterior, retirou a previsão dessa reserva legal (“na forma da lei”). Contudo, não por isso proibiu o legislador de dar conformação ao direito fundamental enunciado nesse dispositivo ou mesmo de restringi-lo. Também não permitiu, por outro lado, ao legislador, nessa atividade de conformação e restrição, ultrapassar os limites do âmbito de proteção normativo. É certo que no caso de direitos fundamentais sem reserva legal expressa, não prevê a Constituição, explicitamente, a possibilidade de intervenção legislativa. Também nesses direitos vislumbra-se o perigo de conflitos em razão de

¹⁰⁷² Voto proferido no HC 74.383, julgado em 22.10.1996.

¹⁰⁷³ Voto proferido no HC 72.131, julgado em 23.11.1995.

¹⁰⁷⁴ Sustentado nos REs 466.433, 349.703 e HC 87.585.

abusos perpetrados por eventuais titulares de direitos fundamentais. **Todavia, no caso dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa, não pode o legislador, em princípio, ir além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção**” (destacamos).

Em continuação remarca que “entre nós, a atividade legislativa, nessas hipóteses, estaria facilitada pela cláusula de reserva legal subsidiária contida no art. 5º, II, da Constituição. Assim, a análise da legitimidade constitucional da atividade legislativa de conformação ou restrição pressupõe a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental ou do seu núcleo”, e no tema em debate assevera que “no caso do inciso LXVII do art. 5º da Constituição, estamos diante de um direito fundamental com âmbito de proteção estritamente normativo. Cabe ao legislador dar conformação/limitação à garantia constitucional contra a prisão por dívida e regular as hipóteses em que poderão ocorrer suas exceções. A inexistência de reserva legal expressa no art. 5º, inciso LXVII, porém, não concede ao legislador carta branca para definir livremente o conteúdo desse direito. **Não há dúvida de que existe um núcleo ou conteúdo mínimo definido constitucionalmente e vinculante para o legislador. Nesse sentido, deve-se ter em conta que a expressão “depositário infiel” possui um significado constitucional peculiar que não pode ser menosprezado pelo legislador.** Existe um desenho constitucional específico para a figura do depósito, o que lhe empresta a forma de instituto a ser observado pela legislação que lhe dá conformação”.

Parece-nos, portanto, inapropriado, data vênua, estabelecer o diálogo entre as fontes nacional e internacional sem envolver a nossa Carta Magna. Parece-nos inadequado deixar de considerar a garantia constitucional como um todo, formada pela regra e suas exceções, que no nosso ordenamento interno é claramente menos ampla que a garantia internacional estabelecida nos dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos já referidos.

Portanto, admitir que “(...) a figura da prisão civil, **se e quando** instituída pelo legislador, **representará** a expressão **de sua** vontade, **o que permite** examinar esse instrumento coativo sob uma perspectiva **eminente** infraconstitucional **e conseqüentemente viabilizadora** da análise (...) das delicadas relações que se estabelecem entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno dos

Estados nacionais” resulta em uma análise parcial do problema, de modo a excluir a Constituição desta equação (os destaques e os sublinhados estão no original).

De outro lado, não contribui para a exposição adequada da *quaestio* argumentar que o legislador não se encontra compelido a regular a prisão civil, podendo optar por fazê-lo ou abster-se de tal regulamentação, em face da existência de um alegado espaço de autonomia decisória. Assim, optar-se por regular integralmente a prisão civil para os dois casos, para um deles, ou simplesmente abster-se de tal atitude, não qualifica este exercício normativo como originário de fonte ordinária, pois não se poderá desvincular a garantia (e suas exceções) de sua fonte constitucional.

Frise-se, ademais, que se este “espaço de autonomia decisória” (opção de regulação parcial da prisão ou abstenção de regulação pelo legislador ordinário) fosse preenchido pela normatividade dos tratados internacionais de direitos humanos como uma opção do legislador ordinário, como se defende no Voto, **não se necessitaria posicioná-los em um grau superior no ordenamento jurídico (grau constitucional ou supralegal) como fez o Supremo Tribunal Federal**, pois o efeito se alcançaria através da aplicação do critério cronológico, derrogando-se as leis anteriores que previam a prisão civil por dívidas contratuais, como propuseram vários Ministros nos julgamentos havidos (inclusive o Ministro Rezek, autor da tese que excluía a Constituição deste conflito).

Ou seja, se o problema se resolvesse somente a partir da ótica infraconstitucional, bastaria o legislador ordinário adotar a regra estabelecida no Pacto de São José no exercício de sua “autonomia decisória”, diante do que, teríamos que nos contentar com a tese da paridade normativa entre tratados e leis ordinárias, não havendo motivos, ademais, para que o Supremo Tribunal Federal revisse sua jurisprudência.

Mas mesmo neste caso permaneceríamos com a mesma percepção que temos hoje: um tratado mais favorável ao regime de liberdade do ser humano do que a Constituição. Ou em outras palavras, um tratado em “conflito” com a Constituição por oferecer uma proteção mais adequada.

Seja em tal ou qual posição hierárquica que se coloquem os Pactos que proíbem a prisão civil para o caso dos depositários infiéis, eles sempre se “confrontarão” com a Constituição, saltando aos olhos esta questão não explicada – e não enfrentada – adequadamente por nenhuma das teses que se defrontaram no Supremo Tribunal Federal.

Conforme expusemos anteriormente, existe uma grande dificuldade de se colocar a relação conflituosa nestes termos, que se vincula ao fenômeno de crise pela qual passa o estado nacional e o próprio direito constitucional - do qual nos fala Ferrajoli¹⁰⁷⁵ -, e que se manifesta **na alteração dos lugares da soberania com o deslocamento dos centros de decisão para fora dos estreitos limites territoriais estatais, na alteração do sistema de fontes jurídicas que ocasiona, por sua vez, dentre outros problemas, a perda da unidade e coerência desse sistema de fontes a partir da convivência e sobreposição de diversos ordenamentos concorrentes**¹⁰⁷⁶.

De fato, a alteração do sistema normativo produzida pelo ingresso de fontes de caráter internacional nos ordenamentos internos¹⁰⁷⁷ - no caso, de tratados de direitos humanos -, e a conseqüente **sobreposição de ordenamentos que convivem em concorrência buscando a maximização da proteção do ser humano, pode implicar, como de fato implica, em fenômenos conflitivos que mostram que a Constituição pode não refletir o melhor nível de garantia às situações jurídicas dos indivíduos e, nestes casos, o princípio da supremacia constitucional deve ser posto em ponderação com o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos**. O reconhecimento expresso de tais situações não implica, efetivamente, no debilitamento de nossa Carta justamente porque se trata de atender ao seu próprio comando: **fazer prevalecer os direitos humanos inscritos nos tratados internacionais**.

¹⁰⁷⁵ Consultar os escritos de Ferrajoli já nominados neste estudo: “A soberania no mundo moderno”, “Pasado y futuro del Estado de derecho” e “El derecho como sistema de garantías”.

¹⁰⁷⁶ Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, op.cit.p.35.

¹⁰⁷⁷ Ferrajoli, “El derecho como sistema de garantías”, op.cit. p. 68.

i.e. As teses da revogação e da inaplicabilidade do dispositivo constitucional referente à prisão do depositário infiel – A supremacia constitucional e a admissão de mutações constitucionais

O afastamento da norma constitucional do conflito normativo permitiu deixar de reconhecer que a Constituição oferece um nível de garantia menos amplo do que os tratados internacionais na temática.

Parece relativamente fácil montar uma equação – ainda que seja difícil resolvê-la - em que duas normas de mesmo nível, que protejam bens diversos, estejam concorrendo para resolver um caso aonde uma norma deve ceder. O Supremo Tribunal Federal, nestas situações, tem manejado bem a teoria da ponderação de bens ou interesses, para definir qual deve prevalecer diante do caso concreto.

O mesmo não ocorre quando, normas de mesmo nível, cujo objeto de regulação seja o mesmo, mas possuindo amplitudes de proteção diversas, concorrem para aplicação num determinado caso. É a equação montada a partir do reconhecimento da posição constitucional dos tratados de direitos humanos em relação à Constituição (resultado a que chegou a corrente liderada pelo Ministro Celso de Mello, em que pese ter desviado o conflito para as normas infraconstitucionais).

Uma dificuldade adicional vem à tona se esta norma que possui uma amplitude de proteção mais abrangente se encontra em subordinação hierárquica com a norma constitucional menos ampla que se encontra em concorrência (analisou a questão a partir desta ótica a corrente liderada pelo Ministro Gilmar Mendes).

Mas o problema somente se revela difícil porque o ponto de partida comum de ambas as correntes do Supremo Tribunal Federal se encontra na defesa de uma concepção de supremacia constitucional que não admite impactos da normatividade internacional, já que esta se encontra amarrada a um clássico e rígido conceito hierarquizado das fontes jurídicas, que se relaciona, ademais, a uma concepção estatal em que a soberania encontra-se inabalada.

Deixa-se de considerar que é a nossa própria Constituição quem estabelece um diálogo com a dimensão internacional a partir de um modelo de Estado Democrático e Cooperativo¹⁰⁷⁸, através do qual se “pluralizam as fontes nacionais de direito” de forma a se abrir o “*canon* interno em direção ao exterior”¹⁰⁷⁹.

Propugna Häberle uma revisão da doutrina clássica das fontes de direito, que em lugar de uma supra/infrassubordinação das fontes de direito haja uma evolução textual do que já pode observar na prática: as influências recíprocas das variadas fontes jurídicas. Ressalta o renomado constitucionalista que “mesmo que seja muito frequente que os constituintes mais recentes estabeleçam a “supremacia da Constituição”, com isso não pretendem, nem podem impedir, que a multicitada “construção escalonada da ordem jurídica” da Escola de Viena constitua apenas um aspecto da ação das “fontes de direito”¹⁰⁸⁰.

Isto porque, continua Häberle, “na prática da aplicação do direito, no “negócio hermenêutico da interpretação” produzem-se frequentemente a interação criativa e a colaboração múltipla dos diversos planos, o que impede a redução à imagem da “hierarquia”. A “hierarquia”, segundo Häberle – em lição que se pode incorporar ao nosso entorno regional – , “não capta a influência dos “princípios gerais do direito que transcendem ao Estado constitucional nacional, por exemplo, no sentido do direito europeu”, o mesmo sendo aplicável, “para a eficácia interna” dos direitos fundamentais, “pois seu universalismo relativiza seu nacionalismo”¹⁰⁸¹.

Como já ressaltamos anteriormente, as cláusulas de abertura que permitem esta interação e admitem uma interdependência com a ordem internacional são

¹⁰⁷⁸ Na proposta de Häberle o Estado Constitucional Cooperativo veio a substituir o Estado constitucional de tipo “nacional” de modo a atender às transformações do direito internacional – que deixou de ser um “direito de coordenação” para ser um “direito de cooperação”, Häberle, *in* “Pluralismo”, *op. cit.* p. 293.

¹⁰⁷⁹ Häberle, “El Estado constitucional”, *op. cit.* p. 237.

¹⁰⁸⁰ Häberle, “El Estado constitucional”, *op. cit.* p. 236.

¹⁰⁸¹ Häberle, “El Estado constitucional”, *op. cit.* p. 235-236.

consentidas e não impostas, assim como nossa participação em foros e jurisdições internacionais. Para Häberle, o legislador constituinte se interessa na ampliação de seu próprio “horizonte experimental” e no aprendizado das experiências passadas e contemporâneas de outros Estados constitucionais¹⁰⁸².

A abertura do Estado constitucional às organizações internacionais e aos outros Estados se informa pela cooperação, a qual possibilita e orienta a adoção de “estruturas constitucionais derivadas da comunidade internacional”. Tal abertura desenvolve desde “um ponto de vista dos próprios textos constitucionais internos, procedimentos, competências e estruturas”, e conduz ao desfazimento do “clássico esquema interior-exterior”. No entendimento de Häberle, este movimento acaba com as “doutrinas da presunta impermeabilidade normativa” colocando em questão, da mesma maneira, “o presunto monopólio estatal da exegese a respeito das fontes de Direito”¹⁰⁸³.

O fato é que deve ser rechaçada a invocação das teses monistas e dualistas, pois elas se revelam totalmente inservíveis para a solução das antinomias entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno – como posto, aliás, pelo Ministro Gilmar Mendes que levou ao reconhecimento pelo Supremo do caráter supralegal dos tratados. Esse diálogo se dá em um outro nível de argumentação, pois ambas as ordens jurídicas se encontram em uma sintonia de interação, interdependência e complementariedade, caminhando juntas para alcançar a efetividade dos direitos e garantias do ser humano.

Aliás, a doutrina da absoluta primazia da ordem jurídica nacional, no campo dos direitos humanos, tem brecado a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesta área (mas, como veremos mais adiante, sinalizam-se avanços animadores).

Primeiro, pela dificuldade em superar os paradigmas monistas/dualistas no campo dos direitos humanos, ainda que tenhamos elementos

¹⁰⁸² Häberle, “Elementos teóricos”, op. cit. p. 155.

¹⁰⁸³ Häberle, “Pluralismo”, op. cit. p. 262-263.

princípios, valorativos e normativos constitucionais muito adequados para alcançar uma evolução mais satisfatória neste ponto (vide o inciso II do art. 4º, que determina a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, objeto deste estudo, e o §2º do art. 5º, que tanta celeuma produziu e que somente agora começa a ter reconhecidas suas virtualidades na prática judiciária de nossa mais alta Corte).

Segundo, pela leitura inadequada dos efeitos que um eventual reconhecimento da primazia da norma mais favorável produz na ordem jurídica constitucional (há ainda que se mencionar a postura que passa ao largo da consideração da própria existência no mundo jurídico de tal regra, em que pese sua explícita previsão em vários instrumentos jurídicos internacionais, e das próprias virtualidades do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, desde onde se pode extraí-lo em nossa Constituição).

Refiro-me às teses mais drásticas que repercutiram inclusive no seio do Supremo Tribunal Federal, em um passado bem recente, em cujo conteúdo se disseminava a idéia de que haveria a revogação de dispositivos constitucionais na eventualidade do reconhecimento do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos.

No julgamento do HC 79.785, aonde se debatia a respeito da existência da garantia do duplo grau de jurisdição nos processos criminais originários de Tribunais, o Ministro Sepúlveda - ainda que colocando o problema de forma adequada (entre a Constituição - que não prevê recurso nestes casos - e o Pacto de São José - cujo art. 8º 2, *h* consagra o direito a toda pessoa acusada de um delito de recorrer da sentença para um juiz ou tribunal superior) -, questionou se, por força do §2º do art. 5º da CF/88 os tratados de direitos humanos tinham hierarquia constitucional **“e conseqüente força ab-rogatória da Constituição”**, pois em seu entender, “...em relação ao ordenamento pátrio, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei: **seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogatória de normas da Constituição mesma**, quando não dinamizadoras do seu sistema” (os destaques são nossos).

O Ministro Gilmar Mendes parece aderir a esta tese nestes julgamentos recentes¹⁰⁸⁴, defendendo ainda a inaplicabilidade do inciso LXVII do art. 5º diante do “efeito paralisante” dos tratados internacionais “**em relação à legislação infraconstitucional**” (destacamos).

A nosso ver, data vênua, ambas soluções não parecem satisfatórias. De um lado porque o princípio da aplicação da norma mais favorável não parte do pressuposto da revogação do dispositivo normativo menos benéfico, mas sim do seu afastamento no caso concreto (estamos lidando, portanto, com o plano da eficácia e não de validade). De outro, porque a inaplicabilidade deste dispositivo constitucional ocorre não pela ausência de norma regulamentadora para tanto (para os que entendem que há revogação das normas infraconstitucionais pelos tratados) ou por conta da ausência da eficácia jurídica das normas infraconstitucionais (conseqüência da tese do do efeito paralisante dos tratados sobre as normas infraconstitucionais que lhes são incompatíveis), mas simplesmente por sua preterição por uma norma mais favorável no caso concreto.

Esta tese da inaplicabilidade da Constituição em razão de a base infraconstitucional ter desaparecido do mundo jurídico (defende-se que esta revogação ocorreu em razão do reconhecimento do grau superior dos tratados), ou simplesmente perdido sua eficácia (efeito paralisante dos tratados) não tem sentido, a nosso ver, mesmo se a analisarmos a partir da premissa de terem existido **mutações constitucionais**, cuja teoria é defendida nos dois votos que lideraram ambas as correntes no Supremo Tribunal Federal.

Do voto do Ministro Gilmar podemos extrair que “a afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou

¹⁰⁸⁴ “Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...);” excertos do voto proferido no RE 466.343.

equivoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. **Ela reconhece e afirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade** que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo”, uma vez que **“a prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional**, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos” (grifamosi)¹⁰⁸⁵.

De sua parte, o voto do Ministro Celso de Mello, reconhece que a Constituição é um “documento vivo” a ser permanentemente atualizado, asseverando que “(...) **o alcance** das exceções constitucionais à cláusula geral **que veda**, em nosso sistema jurídico, a prisão civil por dívida **pode sofrer mutações quer resultantes** da atividade desenvolvida pelo próprio legislador comum, **quer emanadas** de formulações adotadas **em sede** de convenções **ou** tratados internacionais, **quer**, ainda, **ditadas** por juízes e Tribunais, **no processo de interpretação** da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado”, ensinando ainda que **“a interpretação judicial** desempenha um papel **de fundamental** importância, **não só na revelação** do sentido das regras normativas que compõe o ordenamento positivo, **mas**, sobretudo, **na adequação** da própria Constituição às **novas** exigências, necessidades e transformações **resultantes** dos processos sociais, econômicos e políticos **que caracterizam** a sociedade contemporânea” (destaques no original)¹⁰⁸⁶.

Neste momento o parâmetro de análise eleito é a Constituição Federal. Em nosso entender, pois, defender a mutação constitucional implica a necessidade de manter-se íntegra a relação problemática produzida pelo impacto do tratado internacional mais benéfico sobre o dispositivo constitucional menos benéfico - que se diz conceitualmente superado -, não fazendo muito sentido, a nosso ver, elevar ao

¹⁰⁸⁵ Excerto extraído do Voto proferido no RE 466.343.

¹⁰⁸⁶ Excertos extraídos do Voto proferido no HC 87.585.

final a legislação infraconstitucional como integrante desta relação, elegendo-a como “o elemento” que dá causa à inaplicação da Constituição (pela revogação ou paralisação da eficácia).

Segundo a argumentação expendida pelos votos condutores de ambas as correntes, é o conteúdo constitucional que sofre a adaptação por não mais se compatibilizar com os valores da sociedade e do próprio Estado Constitucional. Sendo assim, deve ele, pois, ser mantido em foco, não parecendo lógico substituí-lo por algo que lhe é dependente. Admitindo-se a aplicação da teoria da mutação, toda a legislação infraconstitucional produzida sob a ótica constitucional anterior decai automaticamente a partir da superação da interpretação constitucional pretérita¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁷ Guardamos reserva, aliás, com a aplicação desta tese no caso do depositário infiel. Isto porque quando o Ministro Gilmar fala em “adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição” a ilação que se pode extrair implica admitir muito mais que alteração de posicionamento jurisprudencial, já que o texto constitucional objeto da mutação neste caso é interpretado de modo totalmente contrário ao que dispõe; antes, como agora, a Constituição prevê uma exceção à garantia da prisão civil, permitindo-se o do depositário infiel. No entanto, a mutação constitucional defendida violenta a literalidade da regra posta na Constituição, em descompasso do que, por exemplo, defende Hesse (cfe. abaixo); nem mesmo uma interpretação dinâmica, tomando-se o objeto interpretado (no caso a Constituição) como “documento vivo” e, portanto, sujeita às influências renovadoras das interações com outros ordenamentos ou com as transformações da própria sociedade, como ressaltou o Ministro Celso de Mello, permite que se interprete uma norma em desacordo ou violando a sua literalidade; ou como diz Bidart, “la interpretación dinámica sólo es lícita cuando no transgrede la voluntad del constituyente ni se subleva contra ella” (Germán, Bidart, “Teoría General de los Derecho Humanos”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, p. 413). Muito mais simples e adequado seria, a nosso ver, admitir a aplicação do princípio da norma mais favorável. A propósito dos limites da mutação constitucional é importante que se registre a lição de Hesse, que estabelece como limite o próprio texto constitucional – rechaçando as posições doutrinárias de Laband e Jellinek tendentes a separar de forma definitiva a “realidade” e a “normatividade”, o que possibilitava uma “capitulação” da Constituição ante à “força dos fatos”: “Si las modificaciones de la realidad social sólo deben considerarse relevantes para el contenido de la norma en cuanto forman parte del ámbito normativo, si el ‘programa normativo’ resulta a este respecto determinante y si para este último resulta fundamental el texto de la norma, entonces el contenido de la norma constitucional sólo podrá modificarse en el interior del marco trazado por el texto. La fijación de este marco es una cuestión de interpretación, valendo también para ella lo que es de aplicación a toda interpretación constitucional: Donde la posibilidad

Nesta esteira, ambas as teses pecam por retirar o dispositivo constitucional do problema e também por deixar de reconhecer que é ele quem, na prática, se torna inaplicável ou que tem sua eficácia paralisada por direta aplicação do tratado mais benéfico.

Mas, como já ressaltamos, a admissão de tal fato esbarra em uma concepção da teoria da supremacia constitucional que evita reconhecer que ela está situada em um ordenamento de caráter aberto às influências e interdependências externas e que foi concebida como uma garantia para os direitos que declara¹⁰⁸⁸, devendo ser relida em conjugação com o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos e, ademais, a partir da concepção contemporânea de um Estado Constitucional Cooperativo que possui instrumentos e técnicas que asseguram ao indivíduo a melhor e mais eficaz garantia de suas posições jurídicas.

i.f. A supremacia da Constituição e a sua aproximação ao princípio da aplicação da norma mais favorável ao indivíduo – Uma solução mais adequada

O Ministro Gilmar menciona que nosso sistema jurídico está informado pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o

de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional" (...) "Por tanto, el texto de la Constitución se erige en límite absoluto de una mutación constitucional no sólo desde el punto de vista de la relación entre "Derecho" y "realidad constitucional", la cual encuentra expresión en la estructura de la norma constitucional, sino también desde este punto de vista de las funciones de la Constitución"; Hesse, ademais, torna claro que ultrapassado este limite a saída legítima para resguardar a Constituição deve ser outra: "Si, por el contrario, se considera al texto como límite de la mutación constitucional, se habrá conseguido una garantía, aunque no sea ésta, claro és, absoluta. Esta no limita la capacidad de adaptación de la Constitución hasta tal punto que le impida responder al cambio histórico y preservar, así, su continuidad. Las dificultades derivadas del sometimiento a estos límites pueden obligar a la reforma constitucional, contribuyendo así a una solución que sirva a la claridad de la Constitución y refuerce su fuerza normativa", Hesse, Konrad, "Escritos de derecho constitucional", p. 109-111.

¹⁰⁸⁸ Bidart, "Teoría General", op. cit. p. 360.

ordenamento jurídico, ressaltando que entendimento diverso impossibilitaria o controle de constitucionalidade desses diplomas internacionais¹⁰⁸⁹.

Interessante que, na seara trabalhista, é perfeitamente normal a Constituição ceder para aplicarem-se normas cujas posições na pirâmide hierárquica encontram-se, inclusive, abaixo das leis. Ninguém poderá negar que as convenções e acordos coletivos mais benéficos prevalecerão em face da norma constitucional menos abrangente. Não há a menor dificuldade em se aplicar a regra mais benéfica ao trabalhador - cujo fundamento advém de diretriz principiológica - na solução dos conflitos entre as fontes jurídicas.

Não se invoca, nestes casos, a teoria da supremacia da Constituição para impor ao trabalhador um direito ou garantia constitucional que lhe confira um patamar protetivo menos amplo, em detrimento dos avanços que sua norma particular lhe proporciona¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁹ Excerto do Voto proferido no julgamento do RE 466.433.

¹⁰⁹⁰ (...) ello significa que el orden jerárquico de las normas laborales no se ve alterado ni infringido por la circunstancia de que, bajo determinadas condiciones, ciertas normas se aparten de la regulación contenida en otras de superior grado, y gocen de preferència applicativa. Esto se traduce en que el conocimiento del orden de preferència de aplicación de las normas laborales sea tan importante como el del orden simplemente jerárquico. Sin embargo, el que ambos no sean absolutamente coincidentes no supone, en modo alguno, que existe un orden jerárquico propio de tales normas, diferente del presente en el resto del ordenamiento jurídico. Todo cuanto queda dicho sobre la supremacia del poder normativo del Estado, así como sobre la estructuración escalonada de los distintos detentadores de este último y de sus correspondientes formas normativas tiene plena validez en el ámbito del Derecho do trabajo. Lo único que ocurre es que en este existen modalidades applicativas, previstas y ordenadas por el ordenamiento positivo, en cuya virtud no toda disimilitud entre normas de diferente gradación puede ser calificada de oposición o contradicción entre ellas, que entrañe la nulidad e inapplicabilidad de las normas subordinadas", Ruiz, Luis Miguel Camps, *in* "Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho español del Trabajo", Madrid, Servicio de Publicaciones Ministerio del Trabajo, Colección Tesis Doctorales, 1976, p. 45-46.; Em âmbito comunitário, J.J. Gomes Canotilho assevera que "A prevalência das normas comunitárias sobre as normas conflitantes de carácter interno sem que a prevalência implique abrogación das normas precedentes ou invalidade das normas sucessivas designa-se por técnica da prevalência da aplicação (Anwendungsvorrang), *in* "Direito

O ponto é que a interação entre os direitos fundamentais – os previstos na Constituição - e os direitos humanos – os previstos nos tratados internacionais¹⁰⁹¹ -, produz uma lógica semelhante, o que evidentemente não impede nem abala o reconhecimento da supremacia da Constituição.

A questão da supremacia constitucional deve ser posicionada de forma a considerar todos os preceitos que advém da própria Constituição. Falamos não somente da abertura à normatividade internacional propiciada pela cláusula prevista no § 2º do art. 5º, mas do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, e também da norma que possibilita nosso país a integrar-se em uma comunidade supraestatal visando à integração econômica, política, social e cultural (parágrafo único do art. 4º da CF/88) - cujo movimento exigirá a cessão de competências que serão exercidas de forma exclusiva pelos organismos comunitários -, da norma que prevê a submissão do Estado brasileiro à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, as quais devem influir na revisão dessa posição doutrinária, sob pena de encontrarmos mais dificuldades em posteriores conflitos.

A verdade é que a supremacia constitucional não restará abalada porque é justamente a própria Constituição quem, ao prever várias cláusulas de abertura ao diálogo com a dimensão exterior, promove uma interação e interdependência que impede os intérpretes de situar tal princípio indene de sofrer tais efeitos.

A regra da aplicação da norma mais favorável, surge, pois, como uma técnica para definir a norma no caso de conflito entre as fontes interna e internacional, no campo dos direitos e garantias do indivíduo, de modo a afastar a norma menos abrangente a partir de critérios materiais¹⁰⁹².

Constitucional e Teoria da Constituição”, Coimbra, Almedina, 3ª edição, p. 766-767, nota 5.

¹⁰⁹¹ Adotamos a diferenciação de Perez Luño, Antonio Enrique, in “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución” Madrid, Tecnos, 2005, 9ª edição, p. 23-39.

¹⁰⁹² Como já nos referimos em capítulo próprio, o princípio da aplicação da norma mais favorável ao caso concreto deve ser lançada mão após verificar-se a impossibilidade de se empreender uma interpretação

Nesta esteira, é digna de elogios a evolução que a corrente liderada pelo Ministro Celso de Mello tomou a respeito. A nosso ver, há indicações concretas que está em andamento um câmbio da percepção deste tema no Supremo Tribunal Federal – ou pelo menos em parte dele.

As anteriores concepções, neste particular, fundamentavam-se na absoluta primazia de nosso ordenamento constitucional. Vale a pena transcrever algumas passagens para compará-los com a posição atual: “A Constituição qualifica-se como o estatuto fundamental da República. **Nessa condição**, todas as leis e **tratados** celebrados pelo Brasil **estão subordinados** à autoridade normativa desse instrumento básico. **Nenhum** valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, **transgredir**, formal ou materialmente, o texto da Carta Política”, e ainda “Essa, porém, não é a situação prevalecente no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, **que prestigia**, de maneira incondicional, a **absoluta supremacia da Constituição** sobre todo e qualquer ato de direito internacional público”, ou também “o **fato irrecusável**, no sistema jurídico vigente no âmbito do sistema brasileiro, reside na circunstância de que **todos** os tratados e convenções celebrados pelo Brasil devem **necessariamente** conformar-se ao **domínio normativo** da Constituição da República, sob pena de **invalidade** e de **ineficácia** das cláusulas convencionais”¹⁰⁹³ (grifos no original).

Este último trecho é emblemático, já que expõe exatamente este problema que não restou claramente delineado pelo Supremo Tribunal Federal, revelando que a solução atual parece já estar implicando uma mudança da concepção de supremacia constitucional. Isto porque os Pactos, efetivamente, não se conformavam – como não se conformam - ao dispositivo constitucional previsto no inciso LXVII do art. 5º, veiculando regra diametralmente oposta a ele, mas que, no entanto, não tiveram sua inconstitucionalidade declarada, ou sua eficácia prejudicada. O que se sucede é

dos direitos fundamentais conforme os tratados de direitos humanos (ver item viii, da Seção I, da Quarta Parte).

¹⁰⁹³ Extratos do voto do Ministro Relator Celso de Mello na ADI 1.480, julgada em 04.09.1997.

exatamente o contrário, o dispositivo constitucional deixa de ter aplicabilidade ou tem sua eficácia paralisada por força de um tratado internacional – segundo as teses veiculadas no STF -, ou simplesmente é preterido pela aplicação da norma mais favorável.

E desde esta conclusão não se pode extrair que se queira atribuir uma eficácia supraconstitucional aos tratados ou que se pretenda dizer que as cláusulas constitucionais foram revogadas por ele, mas tão-somente que se aplicou o princípio da norma mais favorável e que o dispositivo constitucional foi inaplicado no caso concreto (dimensão da eficácia e não da validade).

Portanto, é por demais interessante verificar que parece haver uma superação do posicionamento rígido da supremacia constitucional, de modo a aproximá-lo das tendências contemporâneas que defendem a abertura à dimensão exterior, sendo, neste caso, admitida implicitamente a aplicação da lógica da norma mais favorável.

Neste sentido, restou consignado no julgamento atual “(...) **a supremacia** da Constituição sobre **todos** os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, **inclusive** aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, **desde que**, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (**ou** a que tenha aderido) **importem** em supressão, modificação gravosa **ou** restrição a prerrogativas essenciais **ou** a liberdades fundamentais **reconhecidas e asseguradas** pelo próprio texto constitucional, **eis que** os direitos e garantias individuais **qualificam-se**, como sabemos, **como limitações materiais** ao poder reformador do Congresso Nacional”, ou ainda “**Nenhum valor jurídico** terá o tratado internacional, que, **incorporado** ao sistema de direito positivo interno, **transgredir o texto** da Carta Política, **como sucederia**, p.ex., **na hipótese** de o Estado brasileiro **subscrever** tratados internacionais **ofensivos e gravosos** ao regime das liberdades públicas **consagrado** pela própria Lei Fundamental”¹⁰⁹⁴ (destaques no original).

¹⁰⁹⁴ Excertos do voto do Ministro Celso de Mello proferido no HC 87.585.

Ou seja, transcende-se aquela posição rígida que desconsidera a possibilidade de que a teoria da supremacia constitucional possa ser influenciada pela normatividade internacional de direitos humanos (e em um futuro próximo pela normatividade comunitária com a consequente cessão de competências constitucionais), para um entendimento que a aceita, deixando de conferir eficácia aos tratados somente quando importem transformações gravosas, reduzindo ou suprimindo o nível de proteção conferido pela Constituição.

Isto porque “**é essencial reconhecer**, neste ponto, **que a inconstitucionalidade** de tratados internacionais em geral – e, também das convenções internacionais que eventualmente **reduzam ou suprimam** direitos e garantias individuais, **tais** como consagrados pela própria Carta Política – **impedirá** a aplicação de suas normas **mais gravosas** na ordem jurídica interna brasileira, **porque violadoras** de disposições fundamentais (...)”¹⁰⁹⁵ (destaques no original).

Em nosso entender, é justamente o vetor material que baliza o direcionamento do princípio da aplicação da norma mais favorável e que permite a sua aproximação a uma concepção de supremacia constitucional mais consentânea com uma efetiva abertura do ordenamento jurídico interno ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

i.g. A constitucionalização ou reconhecimento da supralegalidade do princípio da aplicação da norma mais favorável – Demarcando o ponto inicial da discussão

O referido princípio determina ao intérprete a utilização daquela norma que confira ao ser humano um grau de proteção mais amplo, quando a um determinado suposto de fato forem aplicáveis duas ou mais disposições normativas, desimportando para tanto, a sua fonte, se de origem nacional ou internacional.

Na lição de Cançado Trindade, este princípio orienta não só a aplicação das normas em caso de conflito aparente, reduzindo ou minimizando as suas

¹⁰⁹⁵ Excertos do voto do Ministro Celso de Mello proferido no HC 87.585.

possibilidades de ocorrência, mas contribui também para “obter maior coordenação” entre tais instrumentos normativos, seja entre tratados e direito interno (dimensão vertical) seja entre tratados diversos (dimensão horizontal). Contribui, ademais, para demonstrar que “a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos garantindo os mesmos direitos são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção” do ser humano¹⁰⁹⁶.

Já dissemos que este princípio se amolda perfeitamente às percepções contemporâneas que exigem uma adequação entre a ordem jurídica nacional de proteção aos direitos fundamentais e a ordem internacional de proteção dos direitos humanos, a partir não de uma disputa ultrapassada sobre a primazia de tal ou qual, mas sob a premissa de que ambas direcionam-se a um fim comum – o de proteger o indivíduo – complementando-se mutuamente em um ambiente de interações e interdependências.

Nesta esteira, deve haver espaço para reflexão sobre as lições garantistas de Ferrajoli, seja quando sua teoria se refere que entre a enunciação de direitos e valores fundamentais e sua realização adequada deve haver a necessária mediação de **técnicas garantistas que devem ser idoneamente elaboradas para atender à finalidade de “assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade na tutela e na satisfação dos direitos”**, seja quando ele atribui ao Estado e ao direito um caráter instrumental ou funcional, consistente em garantir os direitos fundamentais dos indivíduos, considerados eles mesmos **“como fins ou valores com respeito aos quais o Estado serve como meio instituído para sua tutela”**, considerando-se “politicamente ilegítimo” se não os garante ou mesmo se os viola¹⁰⁹⁷ (grifamos).

Ademais, o princípio é consentâneo não só com as características do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em seu aspecto normativo mínimo (complementa o direito interno, funcionando como piso normativo), e em sua dimensão

¹⁰⁹⁶ Cançado Trindade, “Tratado de Direito Internacional”, Volume I, op.cit. p. 544-545.

¹⁰⁹⁷ Ferrajoli, “Derecho y Razón”, op. cit. p. 28, 853-854, 881-882.

expansiva (sua tendência à extensão do âmbito de aplicação)¹⁰⁹⁸, mas também com os elementos informativos dos sistemas internos de direitos fundamentais, nos seus específicos contextos de abertura e de expansividade¹⁰⁹⁹.

Não cabe falar, pois, de primazia entre ordenamentos jurídicos, internacional ou nacional, mas tão somente da primazia da norma que melhor proteja o ser humano ou, nas palavras de Cançado Trindade, “o que importa em última análise é o grau de eficácia da proteção, e por conseguinte há de impor-se a norma que no caso concreto melhor proteja, seja ela de direito internacional ou de direito interno”¹¹⁰⁰.

Segundo nosso discurso, o referido princípio é extraído do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, tendo, portanto, assento constitucional. Cumpre referir, no entanto, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal com o reconhecimento do caráter supralegal dos tratados de direitos humanos, torna-se imperioso admitir que, no mínimo, as normas de interpretação que dispõem os tratados de direitos humanos alçam-se a essa posição, não podendo elas serem desprezadas pelos intérpretes constitucionais quando estiverem em jogo os direitos e as garantias dos indivíduos.

As regras de interpretação constantes no art. 29 da Convenção Americana, por exemplo, dispõem ou de caráter constitucional (a exegese mais adequada), ou de caráter supralegal (conforme entendimento do STF), e suas diretrizes se relacionam tanto com o princípio de aplicação da norma mais favorável quanto com a regra da interpretação *pro homine*, eis-las:

¹⁰⁹⁸ Villán Durán, op. cit. p. 102-114 e Burghental, op. cit. p. 173-176.

¹⁰⁹⁹ Miranda, Jorge, “Manual” op. cit. p. 163-175; Canotilho, “Direito Constitucional” op. cit. p. 1101-1165; este autor fala da abertura horizontal das normas constitucionais (a qual nos referimos) e vertical, sendo aquela a que significa a incompletude e o caráter ‘fragmentário’ e ‘não codificador’ de um texto constitucional (p. 1106), fazendo alusão ao princípio da máxima efetividade, como o que deve conferir à norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe proporcione (p. 1149).

¹¹⁰⁰ Cançado Trindade, “Tratado de Direito Internacional”, Volume I, op. cit. p. 545.

“Art. 29 – Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes, ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

Parece, portanto, que a influência destas regras de interpretação sobre o trabalho dos operadores jurídicos tornou-se ainda mais importante se considerarmos a questão desde uma perspectiva ampla e sistemática de interações e interdependências entre a ordem interna de direitos fundamentais e a externa de direitos humanos.

Ainda que os entendimentos que se formaram no seio do Supremo Tribunal apresentem deficiências, devemos entender que este constitui o primeiro dos pronunciamentos que certamente se farão ao longo da trajetória de solidificação dos impactos da normatividade direitos humanos no ordenamento jurídico constitucional. A decisão evoluirá qualitativamente, inclusive com a participação de outros Ministros que não puderam expor seu posicionamento naquela oportunidade¹¹⁰¹.

Devemos ressaltar, ademais, que o posicionamento dos tratados de direitos humanos na pirâmide hierárquico-normativa revela-se apenas como o ponto

¹¹⁰¹ Conforme notícia de 03.12.2008, extraída do site do STF, no tema referente à posição dos tratados de direitos humanos no ordenamento nacional, somente votaram os seguintes Ministros: Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia (pela supralegalidade, a tese vencedora) e Celso de Mello, Cesar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie (pela constitucionalidade, a tese vencida).

inicial de uma discussão muito maior que ainda está por vir, e que resta intocada – quando não desprezada - pelo Supremo Tribunal Federal, ao contrário de muitos dos Tribunais ou Cortes Constitucionais pelo mundo afora.

É bom que se diga, aliás, que mesmo em nosso entorno, muitos países vêm recebendo a jurisprudência internacional proveniente dos órgãos de controle e monitoramento de direitos humanos como diretriz hermenêutica obrigatória, fazendo-a inserir-se na prática cotidiana quando se trata de delimitar o alcance dos direitos fundamentais, tal como fizemos demonstrar nos capítulos precedentes.

Parece, no entanto, que está aberto o caminho para evoluir em direção ao reconhecimento de que o Estado constitucional contemporâneo é suscetível à produção normativa e jurisprudencial das organizações internacionais de direitos humanos, não se podendo defender posições que rechacem a interdependência entre os ordenamentos jurídicos, sob pena de não enfrentarmos adequadamente os problemas que advém do impacto produzido pelos tratados de direitos humanos mais benéficos.

Tal posição pertence a um passado que vai se despedindo gradualmente em face dos avanços na proteção que proporciona a profícua interação de nosso ordenamento interno com o moderno direito internacional dos direitos humanos.

ii. A condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos - Caso Gomes Lund e outros – A questão da Lei de anistia

ii.a. Introdução

Tendo sido posta em debate mais uma vez a responsabilidade internacional do país em um foro jurisdicional de direitos humanos, houve a condenação do Brasil perante a Corte Interamericana por fatos ocorridos durante o regime militar. Declarou-se, pois, a responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçada de opositores ao regime de exceção.

A par de destacar as violações de direitos humanos havidas nesta época sombria, a sentença da Corte Interamericana declara a inadequação da legislação

brasileira em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, ganhando importantes contornos jurídicos também porque houve meses antes¹¹⁰² o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental¹¹⁰³ proposta pela OAB na qual postulava-se nova interpretação da lei de anistia. Ocorre que, nosso mais Alto tribunal negou-se a admitir a possibilidade de investigar as violações de direitos humanos havidas durante o regime militar.

Deste modo, provocou-se um grave descompasso entre o quanto estabelecido na decisão interna e os standards jurídicos internacionais que determinam que as violações de direitos humanos de lesa humanidade, dentre as quais incluem-se a tortura, o desaparecimento forçado e o assassinato de opositores às ditaduras, sejam apuradas criminalmente e os responsáveis punidos.

Antes de adentrarmos ao conteúdo da decisão daquela Corte Internacional, parece salutar destacarmos os principais pontos que sustentaram o referido julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

ii.b. A arguição de descumprimento fundamental proposta pela OAB em face da lei de anistia

A ação constitucional proposta pela OAB objetivava, em síntese, obter uma nova leitura do § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683, de 1979¹¹⁰⁴, que concedeu anistia a todos

¹¹⁰² Julgamento concluído em 29.04.2010, que com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante impede qualquer outra interpretação divergente da proferida pelo STF.

¹¹⁰³ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil.

¹¹⁰⁴ “Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”.

aqueles que cometeram crimes políticos e aos que cometeram crimes conexos a estes durante o período que medeou entre 02.09.1961 e 15.08.1979.

O fato é que a OAB defendeu que a norma apontada, ao pretender estabelecer uma extensão indevida à conceituação de crimes políticos e os conexos a eles - “consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política” –, permite uma leitura equivocada da amplitude da anistia, para considerar anistiados os agentes públicos responsáveis por torturas, homicídios, desaparecimentos forçados, lesões corporais, estupro, dentre outros crimes, não somente aqueles que cometeram crimes políticos.

Assim, basicamente, defendia-se que o STF conferisse uma interpretação conforme à Constituição à norma impugnada a fim de deixar assentado que os crimes comuns não ficassem à margem da devida apuração e responsabilização, declarando-se, ademais, a não-recepção da referida lei pela Constituição de 1988.

O relator, Ministro Eros Grau, não acolheu a argumentação de que a norma legal seria inepta por revelar obscuridade na sua formulação, rechaçando os argumentos da OAB de que no “suposto acordo político, jamais revelado à opinião pública, a anistia aos responsáveis por delitos de opinião serviu de biombo para encobrir a concessão de impunidade aos criminosos oficiais, que agiam em nome do Estado (...)”, aduzindo que a interpretação perseguida na Ação ignora a luta pela redemocratização no país que tendo envolvido várias instituições – inclusive a OAB – e a própria sociedade civil, buscava a anistia.

Ressaltou o Ministro relator, ademais, que ficou muito claro neste processo de transição que a anistia possuía caráter bilateral, sendo aplicada de forma ampla e irrestrita. Ou seja, alcançava todos os crimes cometidos pelos agentes públicos e pelos opositores ao regime¹¹⁰⁵¹¹⁰⁶. Excluiu, ainda, a possibilidade de o Poder Judiciário efetuar

¹¹⁰⁵ Ademais de invocar a imperiosidade de aplicar-se uma interpretação histórica ao texto normativo impugnado, diante da necessidade de compreender-se todo o contexto fático que envolveu a elaboração da lei

uma interpretação com o alcance do sustentado na Ação, dizendo que tal pretensão implicaria em alteração indevida do texto normativo, estando somente o Poder Legislativo autorizado a “reescrever leis de anistia”.

A respeito da incidência dos tratados internacionais de direitos humanos e respectiva jurisprudência internacional, Eros Grau se manifesta sinteticamente, da seguinte forma: a) rechaça a aplicação da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes tendo em vista este ter vigorado após a edição da lei de anistia (já que aquele integrou-se ao nosso ordenamento jurídico em junho de 1987); b) destaca a falta de coincidência entre a anistia brasileira e a chilena, argentina e uruguaia, porque, i) no Chile – apesar de reconhecer que a Corte Suprema considerou não-suscetíveis de anistia e declarou a imprescritibilidade dos crimes cometidos contra desaparecido político -, “a revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuseram, será feita pelo Poder Legislativo; ii) na Argentina, apesar de reconhecer a atuação dos tribunais internos no sentido de declarar a inconstitucionalidade de indultos a militares assevera que “a revisão das leis de anistia foi procedida pelo Poder Legislativo”, ressaltando que “A Corte Suprema não as reviu, limitou-se a aplicar os preceitos aportados ao ordenamento jurídico por essa revisão”; iii) no Uruguai, reconheceu mais uma vez a atuação do Poder Judiciário nacional no sentido de declarar a inconstitucionalidade da “Ley de La

- rechaçando-se uma interpretação a partir da realidade atual -, Eros Grau também rejeita a argumentação de que o instituto da anistia aplica-se tão-somente aos crimes políticos, listando uma série de normas de nossa história recente que veicularam anistia a crimes comuns, relacionados com os crimes políticos.

¹¹⁰⁶ Citando entrevista do ex-ministro Sepúlveda Pertence concedida à revista Carta Maior, em janeiro de 2010: “No projeto, havia um ponto inegociável pelo Governo: o § 1º do art. 1º, que, definindo, com amplitude heterodoxa, o que se considerariam crimes conexos aos crimes políticos, tinha o sentido indisfarçável de fazer compreender, no alcance da anistia, os delitos de qualquer natureza cometidos nos ‘porções do regime’, como então se dizia, pelos agentes civis e militares da repressão. Meu Parecer reconheceu abertamente que esse era o significado inequívoco do dispositivo”.

Caducidad de la Pretensión Punitiva de Estado”, dizendo, no entanto, que por plebiscito a população manifestou-se pela sua vigência¹¹⁰⁷.

Na mesma linha de Eros Grau, deve-se destacar o voto de Celso de Mello que, ademais, rechaçou a incidência dos tratados de direitos humanos e da respectiva jurisprudência internacional com os seguintes argumentos: a) os precedentes da Corte Interamericana desservem para o caso brasileiro uma vez que a declaração de incompatibilidade das leis de anistia em face dos “princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos” referem-se a “leis de auto-anistia”, em cujo conceito não se enquadra a lei de anistia brasileira tendo em vista seu caráter bilateral como também diversas foram as circunstâncias históricas e políticas que fizeram surgir a referida norma; b) da mesma forma que Eros Grau, ressalta que a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes começou a vigorar após a edição da lei de anistia; c) a inconsistência da invocação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade da ONU uma vez que esta “jamais foi subscrita pelo Brasil, que a ela também não aderiu, em momento algum, até a presente data (..)”.

Houve dois votos dando provimento à Ação constitucional proposta pela OAB, mas que até o momento não foram publicados, o que impede analisar se foi feita alguma conexão com os tratados de direitos humanos e sua respectiva jurisprudência internacional¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁷ Ver os capítulos VI e VII da Seção I da Terceira Parte, aonde destacamos algumas sentenças sobre anistia ocorridas na Argentina e Perú.

¹¹⁰⁸ Os votos divergentes foram dos Ministros Ricardo Lewandowski e de Ayres Britto. O primeiro, segundo notícia extraída do site do Supremo Tribunal Federal, referiu-se aos compromissos internacionais concernentes ao direito humanitário, ressaltando que mesmo se o Brasil estivesse enfrentando uma guerra teria que respeitá-los (www.stf.jus.br).

ii.c. A condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

A decisão da Corte Interamericana declarou por unanimidade que as disposições da lei de anistia brasileira carecem de efeitos jurídicos porque são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos justamente por impedir a investigação dos fatos e a identificação e sanção dos responsáveis.

Houve, então, a declaração da responsabilidade internacional do Brasil pela (i) desapareição forçada dos integrantes da guerrilha, tendo sido, portanto, violados os direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, da vida, da integridade pessoal e da liberdade pessoal; (ii) violação do direito à liberdade de pensamento e expressão dos familiares, pela impossibilidade de buscar e receber informação e conhecer a verdade dos fatos; (iii) violação às garantias judiciais em face da demorada tramitação da ação ordinária que visava o acesso à informação pelos familiares sobre a guerrilha do Araguaia e os desaparecimentos forçados e à localização dos restos mortais dos desaparecidos; (iv) violação do direito à integridade pessoal dos familiares.

Ademais, declarou-se que o Brasil deixou de adequar o direito interno com as normas internacionais previstas na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 2), relativas à garantia judicial de toda pessoa de ser ouvido por um juiz em um prazo razoável, em razão da ausência de investigação sobre os fatos e da demora da prestação jurisdicional (art. 8.1); à proteção judicial que assegura à pessoa a proteção contra as violações de seus direitos através de um recurso simples e rápido perante o judiciário (art. 25); e à obrigação de respeitar os direitos e garantir o seu livre e pleno exercício (art. 1.1), tudo como consequência da interpretação e aplicação da lei de anistia promovida pelas autoridades brasileiras que impedem a investigação e o julgamento dos responsáveis.

ii.d. Fatos e o julgamento

Julgou-se o caso de uma organização que envolvia vários opositores ao regime de exceção que propunha a criação de um “exército popular de libertação” e que por concentrar suas atividades na região do Araguaia acabou sendo nomeada de Guerrilha do Araguaia.

Segundo o estudo “Direito à Memória e à Verdade”, produzido pela Comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos no âmbito da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República em 2007¹¹⁰⁹, cerca de 50 mil pessoas foram detidas nos primeiros meses do regime de exceção, aproximadamente 20 mil pessoas foram submetidas à tortura, existindo 354 mortos e desaparecidos políticos, 130 pessoas foram expulsas do país, 4.862 pessoas tiveram seus direitos políticos e mandatos suspensos e centenas de camponeses foram assassinados.

Às vésperas da primeira expedição do exército ao Araguaia havia em torno de 70 pessoas integrando a guerrilha, sendo que entre 1972 e 1975 um contingente entre três e dez mil soldados das três forças armadas e integrantes da polícia federal realizaram várias incursões de repressão contra a guerrilha, cuja estratégia variou desde a prisão e identificação dos opositores, até a “eliminação” dos presos. Ao final de 1974 não havia mais guerrilheiros no Araguaia, tendo sido ordenada, então, que fossem desenterrados os corpos para serem queimados ou jogados nos rios da região. A postura das forças militares foi a negação da própria existência do movimento, impondo o silêncio total sobre os fatos e a publicação de notícias.

A jurisprudência constante da Corte Interamericana e o Grupo de Trabalho sobre desaparecimentos forçados e involuntários de pessoas da ONU, vem desenvolvendo e demarcando o contexto destas violações que revelam uma série de aspectos gravosos aos direitos humanos, levando a caracterizá-las pelas múltiplas ofensas que se originam a partir do desaparecimento da pessoa e pela natureza contínua e permanente do crime. São elementos concorrentes e constitutivos da desaparecimento forçada de pessoas, segundo os standards internacionais: i) a privação da liberdade; ii) a intervenção direta de agentes estatais ou a sua aquiescência; iii) a negativa de reconhecer a detenção e revelar o destino ou o paradeiro da pessoa (§ 104).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e as vítimas alegaram que a investigação dos fatos e a sanção dos responsáveis pelas graves violações dos direitos

¹¹⁰⁹ Este estudo foi juntado pelo Estado brasileiro em sua contestação e foi referido pela Corte Interamericana na sentença, de modo que este também se constitui na fonte do quanto relatado neste trabalho.

humanos, por outro lado, está sendo impedida em nosso país pela interpretação que se tem conferido à lei de anistia, de modo a considerar-se como “crimes conexos” todos aqueles cometidos pelos agentes estatais. Na visão da Comissão e das vítimas, esta interpretação “constitui o maior obstáculo para a garantia do acesso à justiça e do direito à verdade dos familiares dos desaparecidos, criando-se uma situação de total impunidade” (§ 128). As vítimas, ademais, disseram que a prescrição da punição constitui outro obstáculo legal para a investigação dos fatos e sanção dos envolvidos, bem como a falta de tipificação do delito de desaparecimento forçado.

A Corte acolheu os argumentos da Comissão e das vítimas¹¹¹⁰, reconhecendo que em virtude da lei de anistia o Brasil deixou de atender às suas obrigações internacionais consistentes na investigação e punição dos envolvidos nos crimes de direitos humanos ocorridos durante o regime de exceção, ressaltando que estas se encontram dentro das medidas positivas que os Estados devem adotar para garantir os direitos previstos na Convenção (§§ 138 e 140). A obrigação de garantir o respeito e o exercício aos direitos humanos (art. 1.1) implica, na visão da Corte, “o dever dos Estados partes de organizar toda a estrutura governamental, e em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos”, e como “conseqüência desta obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e sancionar toda violação dos direitos reconhecidos na Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, se for possível, do direito violado, e se for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos” (§140).

Neste sentido tem se encaminhado não somente a jurisprudência constante da Corte, mas aquela produzida pelo Sistema Europeu e Africano de Direitos Humanos, pelos órgãos da ONU - tal como o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê contra a Tortura -, bem como aquela proveniente da antiga Comissão de Direitos Humanos da

¹¹¹⁰ A Corte reconheceu a responsabilidade do Estado pelo desaparecimento de 62 pessoas, o que constitui uma violação múltipla e uma infração ao dever de prevenção das violações aos direitos à integridade pessoal e à vida, ainda que não se possa demonstrar os fatos relativos às torturas e à privação da vida das vítimas (§ 122).

ONU, cujas linhas diretrizes foram invocadas pela Corte Interamericana: “exigir responsabilidades dos autores de violações graves de direitos humanos é um dos elementos essenciais de toda reparação eficaz para as vítimas, e ‘um fator fundamental para garantir um sistema de justiça justa e equitativa e promover uma reconciliação e uma estabilidade justas em todas as sociedades, inclusive nas que se encontram em situação de conflito ou pós-conflito, e pertinente no contexto dos processos de transição” (§§ 141-146)¹¹¹¹.

Após invocar a jurisprudência internacional, além de julgados de Cortes nacionais a respeito da incompatibilidade com o direito internacional das leis de anistias aos crimes graves de direitos humanos (§§ 147-171), - cuja finalidade atende somente o propósito de “deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar” (§ 175) -, vaticina: “a incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana (...) não deriva de uma questão formal, como sua origem, **mas do aspecto material enquanto violam os direitos consagrados** nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1 e 2 da Convenção” (§ 175), declarando, ademais, que a lei de anistia carece de todo efeito jurídico não podendo continuar servindo como obstáculo para a investigação (§§ 174 e 180).

Além das mencionadas condenações¹¹¹² e de diversos provimentos de reparação¹¹¹³ que foram determinados pela Corte, importa conferir destaque, para efeitos

¹¹¹¹ Citação da Resolução 2005/81 da Comissão de Direitos Humanos. Outros precedentes internacionais podem ser consultados nas notas 192 a 196 da sentença.

¹¹¹² Em decorrência da violação do direito da liberdade de pensamento e de expressão (art. 13) dos familiares das vítimas pela obstaculização ao acesso à informação sob controle do Estado - integrada pelo direito e liberdade de buscar, receber e difundir informações -, e de conhecer a verdade - que também se relaciona com o direito de acesso à justiça, cuja tramitação da ação judicial ultrapassou toda consideração de razoabilidade, o que levou a Corte a considerar configurada a violação da garantia judicial (art.8.1) -, bem como em face da violação da integridade pessoal (psíquica e moral) dos familiares das vítimas como consequência direta dos desaparecimentos forçados, pela falta de informações do paradeiro e dos restos mortais (que constitui-se em um trato cruel e desumano aos familiares).

¹¹¹³ Determinou a sentença as seguintes reparações: i) a declaração de que a sentença já constitui uma forma de reparação; ii) que o Estado

de nosso estudo, as referências realizadas na sentença sobre o controle de convencionalidade.

ii.e. O controle de convencionalidade

Parece adequado do ponto de vista de nosso discurso a respeito do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos, em sua dimensão normativo-interpretativa, ressaltar a invocação pela Corte Interamericana da **doutrina do controle da convencionalidade** das normas internas em face dos tratados de direitos humanos, enfatizado nos seguintes termos:

deve conduzir de forma eficaz, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos para esclarecer e estabelecer as responsabilidades penais aplicando as sanções legais; iii) esforçar-se para determinar o paradeiro das vítimas, identificando e entregando os restos mortais aos familiares; iv) pagar o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico às vítimas; v) publicar a sentença no Diário oficial, um resumo da sentença em um jornal de grande circulação nacional, e na íntegra na internet devendo permanecer disponível por pelo menos um ano, publicando ademais a sentença em formato de livro eletrônico; vi) realizar um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional em relação às violações de direitos humanos, em cerimônia pública e na presença de Altas autoridades nacionais e das vítimas, no prazo de um ano; vii) deve continuar com as ações relativas à capacitação das Forças Armadas em matéria de direitos humanos, devendo implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório em direitos humanos dirigidos a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas, inserindo-se na formação a presente sentença e a jurisprudência da Corte Interamericana sobre desaparecimento forçado; viii) adotar, em um prazo razoável, as medidas necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado, de acordo com os standards interamericanos, bem como exorta o Estado brasileiro a continuar com os trâmites legislativos para ratificar, em um prazo razoável, a Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Desaparição Forçada de Pessoas, assegurando, ademais, a sua pronta sanção e posta em vigor, devendo processar e julgar os responsáveis pela desaparecimento forçada através dos mecanismos existentes, enquanto cumpre as medidas anteriores ; ix) deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como toda a informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo-se o acesso aos interessados; x) deve adotar as medidas legislativas, administrativas e de outra índole que sejam necessárias para fortalecer o marco normativo de acesso à informação, de conformidade com os standards interamericanos de proteção de direitos humanos; xi) pagamento dos valores fixados na sentença por danos morais, materiais, custas e gastos (p. 116-118).

“Este Tribunal tem estabelecido em sua jurisprudência que é consciente que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por isso, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. *Todavia, quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluindo seus juízes, também estão submetidos a aquele, o qual os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam desrespeitados pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim e que desde um início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, deste modo, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo há feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana*” (§176).

O controle de convencionalidade deve ser exercido, pois, como já ressaltado anteriormente em nosso estudo, não somente a partir da norma, mas da interpretação que se há feito dela, como bem registra nossa Corte Regional de Direitos Humanos.

Sendo assim, a posição do Estado brasileiro, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal ficou seriamente afetada a nível internacional, pois como enfatiza a Corte Interamericana, *“no presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do direito internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir com as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico de direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo a qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais*

internacionais de boa fé (*pacta sunt servanda*). Como o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações internacionais dos Estados parte vinculam a todos os seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano do direito interno” (§ 177).

iii. Avanços e retrocessos

Se por um lado o Supremo Tribunal Federal avançou de forma importante ao abraçar parcialmente os argumentos da contemporânea doutrina de direito constitucional e internacional de direitos humanos - reconhecendo o caráter especial dos tratados de direitos humanos na ordem interna -, por outro, retrocedeu a um estágio que, para além de deixar vulnerável a responsabilidade internacional do Estado brasileiro em virtude de afrontar de forma grave todo o arcabouço normativo e jurisprudencial regional e global de direitos humanos, contradiz nossos próprios preceitos constitucionais.

Como bem acentuou a Associação dos Juizes para a Democracia em sua manifestação como *amicus curiae* na Ação Constitucional promovida pelo Conselho Federal da OAB: “Os atos praticados pelos agentes do regime militar contra seus opositores constituíram-se em uma gama de atrocidades indescritível, dentre as quais a tortura e atos odiosos e sistemáticos destinados a arrefecer qualquer contestação ao modelo político em vigor, como estupros, homicídios, ocultação de cadáveres. Tal descrição remete aos comportamentos de intensa reprovção insculpidos na Constituição Federal: tortura e terrorismo”¹¹¹⁴.

Ora, se “a Constituição Federal repudia expressamente os crimes de terrorismo (CF, art. 4º, VIII), a tortura (CF, art. 5º, III) e o tratamento desumano e degradante (CF, art. 5º, III), considerando os dois primeiros inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, e equiparando-os aos crimes hediondos (CF, art. 5º, XLIII)” e estando “caracterizados os atos dos agentes de repressão como tortura e terrorismo, não há possibilidade de interpretar a Lei de Anistia de forma a beneficiá-los sem macular a firme

¹¹¹⁴ Esta citação e as que se seguem foram extraídas na data de 23.08.2011 do site <http://www.conjur.com.br/dl/informa%C3%A7oes.pdf>.

e cogente determinação constitucional de desvalorar e reprimir tais condutas, revelada nos dispositivos já apontados”.

O próximo passo nesse caminho deve ser dado por uma Corte que não se cerre em suas fileiras e reconheça que as interdependências e interações com a ordem internacional de direitos humanos constituem requisitos inadiáveis para uma verdadeira expansão dos direitos e garantias fundamentais inscritos na Constituição.

Deixar de considerar que é a nossa própria Carta quem estabelece um diálogo com a dimensão internacional implica refutar a evolução a um Estado Constitucional Cooperativo¹¹¹⁵, através do qual se “pluralizam as fontes nacionais de direito” de forma a se abrir o “*canon* interno em direção ao exterior”¹¹¹⁶, exigindo-se, ademais, a reorientação das fontes de direito e das teorias de interpretação jurídica¹¹¹⁷.

Fechar os olhos para este fenômeno interativo que torna a jurisdição nacional e a internacional interdependentes, deixando de admitir a influência da jurisprudência internacional de direitos humanos, é um caminho que deve ser abandonado, como de fato foi por muitas outras jurisdições constitucionais.

¹¹¹⁵ Na proposta de Häberle o Estado Constitucional Cooperativo veio a substituir o Estado constitucional de tipo “nacional” de modo a atender às transformações do direito internacional – que deixou de ser um “direito de coordenação” para ser um “direito de cooperação”, Häberle, in “Pluralismo”, op. cit. p. 293.

¹¹¹⁶ Häberle, “El Estado constitucional”, op. cit. p. 237.

¹¹¹⁷ Häberle é enfático em sua afirmação: Ou o estado constitucional se transforma e evolui como estado constitucional cooperativo, ou “deixará de ser constitucional”, Häberle, Peter, “Pluralismo y Constitución”, Madrid, Tecnos, 2002, p. 262-263.

CONCLUSÕES

Para Häberle, o devenir dos direitos fundamentais é concebido como “uma trajetória dirigida a culminar no *status mundialis hominis* do qual se deriva, no plano da fundamentação teórica, o *status civilis e culturalis* nacional”. Deste modo “os direitos fundamentais universais devem penetrar na teoria e na prática dos direitos fundamentais nacionais” o que exigiria um “concerto multinacional e multicultural de muitas, ou, melhor, quase todas as culturas e doutrinas de direitos fundamentais”¹¹¹⁸.

Tendo assumido esta lição, parece acertada, ao final, nossa opção metodológica.

Também porque, como ensina Pérez Luño, “la garantía de los derechos fundamentales, en su dimensión operativa práctica, debe comenzar a implantarse a nivel de los Estados nacionales para posteriormente universalizarse, pero los derechos fundamentales nacionales no pueden interpretarse, sino a partir de los derechos humanos universales”¹¹¹⁹.

A constatação da ocorrência em muitos países do fenômeno da utilização da jurisprudência internacional de direitos humanos no labor de definir o sentido e alcance dos direitos fundamentais, impeliu-nos à utilização do método do estudo comparativo.

¹¹¹⁸ Häberle, Peter, “El concepto de los derechos fundamentales”, citado por Pérez Luño, Antonio Enrique, “Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio”, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 30.

¹¹¹⁹ Pérez Luño, “Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio”, op. cit. p. 30.

Contribuiu para esta escolha, ademais, a lição de Cançado Trindade: “poder desvendar áreas de divergências e demonstrar que estas talvez sejam mais aparentes do que reais, pois às vezes as áreas de semelhança ou consenso podem simplesmente estar obscurecidas por diversidades de terminologia e classificação próprias aos sistemas jurídicos (internos) dos diversos Estados”¹¹²⁰.

Mesmo após um grande intervalo desde a promulgação de nossa Carta Magna de 1988 não há trabalhos científicos ou uma adequada invocação pela jurisprudência constitucional do importante Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos.

Tratou-se neste estudo de empreender uma justificação teórica e prática tendente a “descobrir” o conteúdo normativo-interpretativo e as virtualidades funcionais da referida norma principiológica, encaminhando-a como instrumento para maximização dos direitos e garantias do indivíduo nestes contextos de interações sistêmicas entre o ordenamento interno dos direitos fundamentais e o internacional dos direitos humanos, tal qual desempenham cláusulas e princípios similares no direito comparado.

Tendo a tentativa sido operada pela aplicação do método do estudo comparado, nos esforçamos - com fundamento nas lições de Biscaretti di Ruffia -, para pelo menos contribuir para o debate que visa “estimular uma melhor interpretação e valoração das instituições jurídicas do ordenamento nacional”, a fim de facilitar “a identificação de princípios que até então haviam permanecido latentes e quase ocultos aos comentaristas analíticos do direito positivo”¹¹²¹.

¹¹²⁰ Cançado Trindade, “Reflexões sobre o método comparado no Direito Internacional” *in* “O Direito Internacional em um mundo em transformação”, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 143-163.

¹¹²¹ Como já ressaltamos anteriormente, Biscaretti di Ruffia aponta como finalidades das investigações de direito constitucional comparado, além da já ressaltada: a) a satisfação de meras exigências de ordem cultural; b) aportar orientações importantes para a política legislativa; c) servir às medidas de caráter de “unificação legislativa”, aduzindo a necessidade de tal proceder para um eficiente funcionamento dos organismos supranacionais “que vem se estabelecendo no mundo contemporâneo” já que estes necessitam de “certa analogia das normas e instituições constitucionais entre os Estados respectivos”, *op. cit.* p. 80-81.

Apresentam-se abaixo alguns delineamentos que são efetuados a título de síntese das idéias expostas no decorrer de nosso estudo. Alertamos, desde já, sobre a insuficiência e a imperfeição que este tipo de procedimento pode provocar para o entendimento do conjunto dos argumentos, cuja compreensão somente através da leitura completa se pode alcançar adequadamente.

1. A abertura das Constituições ao Direito Internacional dos Direitos Humanos supõe o reconhecimento do fenômeno da interação entre ambos os ordenamentos jurídicos, atributo que constitui a própria essência dos Estados Constitucionais Contemporâneos;

2. Nesta relação dialógica o Estado continua a exercer um papel primordial na função de possibilitar e garantir ao ser humano o gozo de seus direitos através de suas instituições e esquemas normativos garantistas. Significa dizer, pois, que o ambiente nacional segue sendo o principal palco aonde devem ser exercidos os direitos e garantias da pessoa humana;

3. O Direito Internacional dos Direitos Humanos não pretende substituir ou suplantar o direito interno, mas reforçá-lo e ampliá-lo, atuando nos casos de lacunas ou carências, objetivando e exigindo a efetivação pelo Estado de uma normatividade mínima internacional;

4. É possível dizer que o diálogo entre estas duas ordens jurídicas partem do princípio de que nenhuma delas se encontra acabada e perfeita, mas que dependem uma da outra em um movimento de interação e complementariedade na busca do objetivo de conferir uma melhor proteção do ser humano;

5. A superação da concepção de que os sistemas normativos domésticos são autossuficientes na temática da proteção da pessoa possibilita ampliar a visão de que os direitos fundamentais postos na Constituição podem e devem ser lidos em conjugação e de forma coordenada com os direitos humanos postos nos tratados internacionais respectivos;

6. Desvencilhar-se da velha polêmica travada entre monistas e dualistas aproximando-se de uma concepção que perceba que a interação entre os direitos fundamentais inscritos nas Constituições e os direitos humanos proclamados nos instrumentos internacionais está em marcha – não somente no campo da produção de normas, mas sobretudo no da hermenêutica -, parece algo fundamental para todos os intérpretes de direitos fundamentais;

7. A experiência de muitos países nos demonstra que estamos superando a barreira da estéril luta pela primazia entre os ordenamentos nacional e internacional no campo dos direitos humanos. Na verdade, estamos vendo que a dupla fonte de proteção da pessoa, a nacional dos direitos fundamentais e a internacional dos direitos humanos, por sua conexão e interdependência, produz uma visão em direção à maximização dos direitos e garantias do ser humano;

8. As transformações pelas quais passaram as Constituições contemporâneas com a introdução de cláusulas ou princípios de abertura ao exterior, a superação do conceito rígido de soberania com a formação de ordenamentos e instituições baseadas em valores e princípios comuns – dentre os quais a necessidade de proteção e salvaguarda dos direitos da pessoa humana –, e a instituição em seu seio de órgãos com competência para interpretar e aplicar as disposições dos tratados com seu trabalho hermenêutico evolutivo, os câmbios produzidos a partir da consideração de que a proteção dos direitos humanos subsiste como princípio geral de direito internacional ou a tomada em consideração de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos reflete uma ordem mínima e subsidiária aos sistemas nacionais, cujo acesso é garantido à pessoa a partir do resgate de sua capacidade jurídica internacional, dentre outros fatores, vem influenciando de forma importante nas jurisdições constitucionais quando se trata de definir o sentido e alcance dos direitos fundamentais;

9. O Supremo Tribunal Federal também vem manifestando posição que exterioriza este caráter de abertura de nossa Constituição Federal, pois segundo sua jurisprudência “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 humana¹¹²²”, ou ainda “a novidade está na segunda parte que, por um lado, situou os direitos fundamentais num contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos; e, por outro, tem por efeito impregnar a Constituição de Princípios e valores consagrados neste campo como parte essencial da idéia de Direito, à luz da qual todas as normas constitucionais tem de ser pensadas e postas em prática”¹¹²³;

10. Apesar de permanecer alheio à rica produção jurisprudencial dos órgãos de controle e monitoramento dos tratados de direitos humanos, em especial a da Corte e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Supremo Tribunal Federal tem, em algumas ocasiões, utilizado-se dos tratados de direitos humanos para estabelecer o sentido e o alcance de direitos fundamentais;

11. Através do manejo da técnica do reenvio interpretativo aos tratados internacionais de direitos humanos, seja por meio de normas constitucionais de interpretação expressas ou por meio de princípios gerais de abertura ao exterior, vários países tem se utilizado das normas e da jurisprudência internacional de direitos humanos quando se trata de definir o sentido e o alcance dos direitos fundamentais inscritos em suas Constituições;

12. Destaca-se, neste proceder, o princípio da interpretação dos direitos fundamentais em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos, que permite remeter o intérprete nacional e internalizar os standards normativos e jurisprudenciais que refletem o direito mínimo internacional interpretado;

13. A interpretação dos direitos fundamentais sofre o impacto, pois, desta atividade coordenada e interdependente de ambos os ordenamentos jurídicos, de ambas as jurisdições de direitos. Assegura-se, desta forma, uma sorte de diálogo entre as jurisdições, postura que não somente se revela como inerente ao tipo de Estado

¹¹²² Voto de Celso de Mello proferido no HC 87585.

¹¹²³ Voto do Relator Ilmar Galvão no RE 349703.

constitucional contemporâneo - de corte cooperativo e, portanto, de caráter aberto e, por isso, suscetíveis às influências internacionais -, mas necessário para se alcançar a harmonização recíproca;

14. A premissa da interação supõe, pois, a harmonização, a fim de superar os eventuais conflitos e as supostas incompatibilidades entre os ordenamentos que, sem perder suas autonomias, atuam em coadjuvância, de forma interdependente e coordenada. A busca pela harmonização deve orientar o intérprete, pois onde se pressupõe sintonia e afinidade parece coerente compatibilizar ambas as normas em direção ao fim comum da efetividade dos direitos e garantias;

15. O Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos (inciso II do art. 4º da CF/88) por seu mandato normativo-interpretativo, revela-se como um princípio orientador da ação exegética dos intérpretes constitucionais dos direitos fundamentais, servindo como instrumento na tarefa complexa que envolve o definir o sentido e o alcance dos direitos e garantias neste espaço que compartilham ambos os sistemas - interno e internacional - em interação e interdependência;

16. O Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos conecta ambas as ordens jurídicas, interna e internacional, permitindo e orientando a atualização da Constituição através do reenvio interpretativo aos instrumentos internacionais de direitos humanos e à jurisprudência respectiva, constituindo-se, desta forma, em elemento de garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos porque lhes assegura a observância da normatividade mínima internacional;

17. Olhar nosso sistema de direitos e garantias somente a partir da Constituição não parece ser algo que esteja em consonância com a perspectiva aberta de nossa Carta, tampouco o seja diante dos reais impactos que tem causado nas ordens constitucionais, tanto a normativa internacional de direitos humanos, quanto a jurisprudência internacional dos órgãos de controle, globais e regionais.

18. Assegurar uma postura garantista em nossa realidade constitucional, implica, ademais, orientar-se pelo Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos cuja

diretriz normativa determina o reenvio ao mínimo obrigatório posto pelos tratados internacionais. Por força de sua eficácia normativa-interpretativa o princípio compele o intérprete a também observar os parâmetros estabelecidos pelos organismos internacionais de proteção no exercício de suas competências interpretativas.

BIBLIOGRAFIA

Álvarez-Ossorio Micheo, Fernando, “Derechos y garantías en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, in “Derecho Constitucional Europeo - Actas del VIII Congreso de la asociación de constitucionalistas de España”, Ugartemendia Eceizabarena, Juan Ignacio y Jáuregui Bereciartu, Gurutz (coordinadores), Valencia, Tirant to Blanch, 2011.

Álvarez-Ossorio Micheo, Fernando, “El sistema multinivel de protección de Derechos Fundamentales. Un análisis desde la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, in “La Unión Europea en Perspectiva Constitucional”, Contreras, Ana M. Carmona (Editora), Pamplona, Thomson Arazandi, 2008.

Álvarez-Ossorio Micheo, Fernando, Terol Becerra, Manuel José e Barrero Ortega, Abraham “Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

Álvarez-Ossorio Micheo, Fernando, “Los derechos fundamentales”, in “Hacia la europeización de la Constitución española”, Cruz Villallón, Pedro (coordinador), Bilbao, Fundación BBVA, 2006.

Armijo, Gilbert, “La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica”, in *Ius et Práxis* [online]. 2003, vol.9, n.1, pp. 39-62. ISSN 0718-0012, acceso em 20.12.2007.

Ayala Corao, Carlos M. Ayala, “Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos”, Caracas, San José, IIDH, Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

Ayala Corao, Carlos M. Ayala, “Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos”, en “Os Rumos do Direito

Internacional dos Direitos Humanos – Liber Amicorum Cançado Trindade, Tomo V, Coordinación de R. Zerbini Leão, São Paulo, Sergio Antonio Fabris editor, 2005.

Balaguer Callejón, María Luísa, “Interpretación de la Constitución y Ordenamiento jurídico”, Madrid, Tecnos, 1997.

Baquer, Lorenzo Martín-Retortillo, “Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos”, Navarra, Civitas, 2006.

Béchillon, Denys de, “Cinq cours suprêmes? Apologie (mesurée) du désordre”, in *Revue Pouvoirs*, nº 137, Paris, Seuil, 2011.

Beleza, Tereza Pizarro e Melo, Helena Pereira de, “Portugal: Human Rights guidelines from the Constitution to sugar bags”, in Jaichand, Vinoch e Suksi, Markku, “60 years of the Universal Declaration of Human Rights in Europe”, Oxford, Intersentia, 2009.

Beleza, Tereza Pizarro e Melo, Helena Pereira de, “Portugal: Human Rights guidelines from the Constitution to sugar bags”, in Jaichand, Vinoch e Suksi, Markku, “60 years of the Universal Declaration of Human Rights in Europe”, Oxford, Intersentia, 2009.

Biaggini, Giovanni, “La idea de Constitución: ¿Nueva organización en la época de la globalización?”, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 7, 2003.

Bidart Campos, Germán J., “Casos de Derechos Humanos”, Buenos Aires, Ediar, 1997.

Bidart Campos, Germán J., “Constitución y Derechos Humanos”, Buenos Aires, Ediar, 1991.

Bidart Campos, Germán J., “El Derecho Constitucional Humanitario”, Buenos Aires, Ediar, 1996.

Bidart Campos, Germán J., “El Derecho de la Constitución y su fuerza

normativa”, Buenos Aires, Ediar, 2004

Bidart Campos, Germán J., “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, Buenos Aires, Ediar, 2004

Bidart Campos, Germán J., “Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos” en Liber Amicorum Hector Fix-Zamudio, Volume I, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

Bidart Campos, Germán J., “La interpretación del Sistema de Derechos Humanos”, Buenos Aires, Ediar, 1994.

Bidart Campos, Germán J., “Progresividad y maximización históricas del Sistema de Derechos” en Hector Gross Spiell Amicorum Liber, Bruxelles Bruylant, 1997.

Bidart Campos, Germán J., Risso, Guido I. (coordinadores), “Los Derechos Humanos del Siglo XXI – La revolución inconclusa”, Buenos Aires, Ediar, 2005.

Bidart Campos, Germán J., “Teoría General de los Derechos Humanos”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.

Bidart, Germán J., Herrendorf, Daniel E., “Principios de derechos humanos y garantías”, Buenos Aires, Ediar, 1991.

Bon, Pierre, “El Conseil Constitutionnel francés y el modelo de Cortes Constitucionales europeas”, Revista Chilena de derecho, vol.20, 1993.

Bon, Pierre, “La Constitución de la Quinta República cumple cincuenta años”, Revista española de derecho constitucional, n. 85, 2009.

Bonnet, Julien, “Le contrôle de la loi par le juge ordinaire ou les carences de la question préjudicielle en appréciation de la constitutionnalité des lois” <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC5/BonnetTXT.pdf>, em 05.02.2012.

Brewer-Carías, Allan R., “Mecanismos nacionales de protección de los

derechos humanos. Justicia constitucional”, conferencia en el XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2003.

Bujosa Vadell, Lorenzo M., “Las sentencias del TEDH y el ordenamiento español”, Madrid, Tecnos, 1997.

Burghental, Thomas, Grossman, Claudio, Nikken, Pedro, “Manual Internacional de Derechos Humanos”, Caracas/São José, Instituto Interamericano de Direitos Humanos e Editorial Juridica Venezolana, 1990.

Bustos Gisbert, R., “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos” in García Roca, Javier e Fernandez Sanchez, Pablo, “Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009.

Campos, Julio D. Gonzáles, “Tres lecciones sobre la Constitución”, Sevilla, Mergablu, 1998.

Cançado Trindade, Antonio Augusto, “El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Cançado Trindade, Antonio Augusto, “Le développement du droit international des droits de l’homme à travers l’activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l’homme” in Revue Universelle des Droits de l’homme, 2004, Vol. 16, n° 5-8, p. 177/180.

Cançado Trindade, Antonio Augusto, “Los retos y perspectivas de la protección internacional de los derechos humanos al inicio del siglo XXI”, in “El Derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI”, Santiago, Editora jurídica de Chile, 2001.

Cançado Trindade, Antonio Augusto, “Reflexões sobre o método comparado

no Direito Internacional” in “O Direito Internacional em um mundo em transformação”, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

Cançado Trindade, Antonio Augusto, “Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, Volume I, Brasil, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

Cançado Trindade, Antonio Augusto, “Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”, Volume II, Brasil, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

Cançado Trindade, Otavio Augusto Drummond, “Os efeitos das decisões dos Tribunais internacionais de Direitos Humanos no Direito Interno dos Estados” in “Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Liber Amicorum Cançado Trindade, coordenação de R. Zerbini Leão, São Paulo, Sergio Antonio Fabris editor, 2005.

Canotilho, J.J. Gomes, “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, Revista española de derecho constitucional, n. 43, 1995.

Canotilho, J.J. Gomes, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Almedina, 3ª edição.

Canotilho, J.J. Gomes, “Teoría de la Constitución”, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Dykinson, 2003.

Carcassonne, Guy, “Le parlement et la QPC”, in Revue Pouvoirs, nº 137, Paris, Seuil, 2011, p. 73-81.

Carreras, Francesc de, “Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución” Revista Española de Derecho constitucional”, n. 60, 2000.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales”, in Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “El Convenio Europeo de Derechos

Humanos”, Madrid, Tecnos, 2003.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional (II). Plano regional: El sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, in “Consolidación de derechos y garantías : los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI : seminario del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo”, Madrid, Tecnos, 1995.

Casadevante Romani, Carlos Fernandes de, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Madrid, Dilex, 2003.

Casadevante Romani, Carlos Fernandes de, “La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España. Analisis de la jurisprudencia constitucional (1980-1988)”, Madrid, Tecnos, 1990.

Cassese, A., “Modern Constitutions and International Law” in *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, Martinus Nijhoff publishers, 1986.

Cocozza, Francesco, “Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle “transfrontière” de la CEDH et justice constitutionnelle nationale. Les lignes incertaines d'une relation structurée” in *Revue française de Droit Constitutionnel*, n° 28, Paris, Presses Universitaires de France, 1996.

Cocozza, Francesco, “Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle “transfrontière” de la CEDH et justice constitutionnelle nationale. Les lignes incertaines d'une relation structurée” in *Revue française de Droit Constitutionnel*, n° 28, Paris, Presses Universitaires de France, 1996.

Cohen-Jonathan, Gérard, “L’incidence de la Convention européenne des droits de l’homme sur les Communautés européennes” in *Annuaire Européenne*, 1981.

Cohen-Jonhathan, Gérard, Flauss, Jean-François, “De l’office de la Cour Européenne des droits de l’homme dans la protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne: L’arrêt Matthews contre Royaume-Uni du 18 février 1999” in *Revue Universelle des Droits de L’homme*, vol. 11, 1999, p. 253-262.

Cruz Villallón, Pedro, “La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Cruz Villallón, Pedro, “La Clausula General Europea” in “Hacia la europeización de la Constitución española”, Cruz Villallón, Pedro (coordinador), Bilbao, Fundación BBVA, 2006.

Cruz, Rafael Naranjo de, “Los límites de los derechos fundamentales em las relaciones particulares: La buena fe”, Madrid, Boletín Oficial del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

D’Atena, Antonio, “La vinculación entre constitucionalismo y protección de derechos humanos”, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 1, 2004.

Delgado Barrio, Javier Delgado, “Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española”, *Revista de Administración Pública*, n. 119, 1989.

Dermizaky Peredo, Pablo, “Estado actual de los derechos fundamentales en Europa y America (Breve estudio de Derecho comparado), *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 9, 2005.

Díez-Picazo, Luis Maria, “Límites Internacionales al Poder Constituyente”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006.

Díez-Picazo, Luis Maria, “Sistema de Derechos Fundamentales”, Madrid, Thomson-Civitas, 2ª. Edición, 2005.

Díez-Picazo, Luis Maria, “Sistema de Derechos Fundamentales”, Madrid, Thomson-Civitas, 2ª. Edición, 2005.

Duhamel, Olivier, “La QPC et les citoyens”, in *Revue Pouvoirs*, nº 137, Paris Seuil, 2011, p. 183-191.

Eissen, Marc-André, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Madrid, Civitas, 1985, p. 101-102.

Eissen, Marc-André, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Madrid, Civitas, 1985.

Favoreu, Louis, “El bloque de constitucionalidad” in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*”, nº 5, 1990.

Favoreu, Louis; Philip, Loïc “Le Conseil Constitutionnel”, Paris, Presses Universitaires de France, 1985.

Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

Ferrajoli, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, Madrid, *Jueces para la democracia – Información y debate*, n. 16-17, 1992.

Ferrajoli, Luigi, “Jurisdicción y democracia”, Madrid, *Jueces para la democracia – Información y debate*, n. 29, 1997.

Ferrajoli, Luigi, “Mas allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. México, Itam-Fontanamara, n.9, 1998, p. 397-409.

Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta; 2003.

Ferrajoli, Luigi, “Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo”, in *Revista internacional de filosofía política*, Nº 30 (2007), pags. 57-64.

Ferrajoli, Luigi, “A soberania no mundo moderno”, São Paulo, Martins

Fontes, 2007.

Flauss, J.-F., “Des incidences de la CEDH sur le contrôle de constitutionnalité des lois en France”, LPA, 1988, n. 148.

Flauss, J.-F., “Des incidences de la CEDH sur le contrôle de constitutionnalité des lois en France”, LPA, 1988.

Freixes Sanjuán, Teresa, “Estructura jurídica y función constitucional de los derechos – Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978”, Barcelona, Promociones y publicaciones universitarias – PPU, 1992

Freixes Sanjuán, Tereza, “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”, en Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrice Furió Ceriol, n. 11/12, Valencia, 1995.

Frowein, Jochen A., “The transformation of Constitutional Law through the European Convention on Human Rights, Israel Law Review, Vol. 41, 2008, p. 489-499.

Frowein, Jochen ABR., “Jus Cogens”, in “Encyclopedia of Public International Law”, Amsterdam, Elsevier, 1997.

Galindo, José Gregorio Hernández, “La efectividad en la protección de los derechos humanos” prólogo de “Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Bogotá, Editorial Ibañez, 2006.

García Roca, “Soberanía estatal versus Integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?”, in “Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009.

García Roca, Javier e Fernandez Sanchez, Pablo, “Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009.

García Roca, Javier, “La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

García, Nieves Buisán, “La eficacia en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

García-Sayan, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en “La Corte Interamericana – Un cuarto de siglo 1979-2004”, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

Gouveia, Jorge Bacelar, “Manual de Direito Constitucional”, Coimbra, Almedina, 2005.

Grewe, Constance, “Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne: Quelques comparaisons avec le système français”, in Revue Pouvoirs, n° 137, Paris, Seuil, 2011, p. 143-154.

Guillaume, Marc, “La question prioritaire de constitutionnalité”, extraído do site www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/qpc_mguillaume, em 19.02.2010.

Häberle, Peter “Derecho Constitucional Comun Europeo”, in Revista de Estudios Políticos, n. 79, 1993.

Häberle, Peter, “¿Existe un espacio público europeo?” in Revista de Derecho Comunitario Europeo, n° 3, 1998, p. 113-136.

Häberle, Peter, “¿Tienen España y Europa una Constitución?”, Sevilla, Fundación El Monte, 2004.

Häberle, Peter, “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn – Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley”, Madrid, Editorial Dykinson, 2003.

Häberle, Peter, “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: um análisis comparativo”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 54, 1998.

Häberle, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catalogo de problemas”, in Mac-Gregor, Eduardo Ferrer (coordinador), “Interpretación Constitucional”, México, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

Häberle, Peter, “Mexico y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*”, in HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Trad. Héctor FixFierro. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

Häberle, Peter, “Pluralismo y Constitución”, Madrid, Tecnos, 2002.

Haro, Ricardo, “Los Derechos Humanos y los tratados que los continene en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos”, *Ius et Práxis*, 2003, vol. 9 n. 1.

Harris, D.J., O’Boyle, M., Warbrick, C., “Law of the European Conventin on Human Rights”, London, Butterworths, 1995.

Hesse, Konrad, “Constitución y Derecho Constitucional”, in Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen, “Manual de Derecho Constitucional”, tradução de Antonio López Piña, Madrid, Marcial Ponds, 2001, segunda edição.

Hesse, Konrad, “Escritos de derecho constitucional”, [Introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón], Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983

Hesse, Konrad, “Estadios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana”, UNED, *Teoria y realidad constitucional*, n. 1, 1998.

Jacobs, Francis G., White, Robin C.A., “The European Convention on Human Rights”, 2a.edition, Oxford, Oxford University Press, 1996.

Jimena Quesada, Luis, “El lugar de la Constitución en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, en “Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Liber Amicorum Cançado Trindade”, tomo V, Coordinación de R. Zerbini Leão, São Paulo, Sergio Antonio Fabris editor, 2005, p. 217-223.

Liñan Nogueras, Diego J., “La aplicación en España de los Tratados relativos a derechos y libertades fundamentales”, en “Cuestiones Prácticas de Derecho Internacional Público y Cooperación Jurídica Internacional”, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994.

Liñan Nogueras, Diego “Efectos de las Sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y derecho español”, Revista Española de Derecho Internacional, volume XXXVIII, n. 2, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1985.

Linde, Enrique, Ortega, Luís, Moron, Miguel, “El Sistema Europeo de protección de los Derechos Humanos – Estudio de la Convención y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Madrid, Civitas, 1983.

López Guerra, Luis, “Derechos e integración europea”, *in* Ugartemendia Eceizabarrena, Juan y Jáuregui Bereciartu, Gurutz (coordinadores), “Derecho Constitucional Europeo”, Valencia, Tirant to Blanch, 2011, p. 17-40.

López Guerra, Luis, “Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional” Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2011.

Mac-Gregor, Eduardo Ferrer, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional) in “Interpretación Constitucional”, México, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p.1571-1586.

Martín, Araceli Mangas (Director), “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Comentario artículo por artículo”, Bilbao, Fundación BBVA, 2008.

Martín, Araceli Mangas, “Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución española de 1978”, RFDUCM, 61, 1981.

Martín, Araceli Mangas, “Tratado de la Unión Europea, Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario”, Madri, Editorial Tecnos, 14ª edição, 2008.

Martinez Ponce, Carlos Félix Martinez, “Tribunal Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Zaragoza, Egido, 2002.

Martinez, Fernando Rey, “El critério interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del artículo 10.2 CE)”, Revista General de Derecho, Valencia, 1989.

Mathieu, Bertrand, “Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan”, in Revue Pouvoirs, nº 137, Paris, Seuil, 2011, p. 57-71.

Michellet, Charlotte, “La QPC, un an après: une réforme positive, à approfondir”, extraído do site www.tnova.fr/note/la-qpc-un-apr-s-une-r-forme-positive-approfondir, em 07.02.2012.

Miranda, Jorge, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo IV, 3ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

Mirkine-Guetzévitch, B., “Derecho Constitucional Internacional”, Madrid, Editorial Reus, 2009.

Molfessis, Nicolas, “La résistance immédiate de la Cour de Cassation à la QPC”, in Revue Pouvoirs, nº 137, Paris, Seuil, 2011, p. 83-100.

Molfessis, Nicolas, “La résistance immédiate de la Cour de Cassation à la QPC”, in Revue Pouvoirs, nº 137, Paris, Seuil, 2011.

Moro, Lucía Millán, “El Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas como Tribunal Constitucional Europeo” in Contreras, Ana M. Carmona (Editora), “La Unión Europea en Perspectiva Constitucional”, Pamplona, Thomson Arazandi, 2008.

Nogueira Alcalá, Humberto, “La soberanía, las constituciones y los tratados internacionales en materia de derechos humanos: América Latina y Chile”, in Mac-

Gregor, Eduardo Ferrer (coordinador), “Interpretación Constitucional”, México, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 1825-1879.

Ost, François, “The original canons of interpretation of the European Court of Human Rights”, in “The European Convention for protection of Human Rights: International protection versus national restrictions”, Delmas-Marty, Mireille (Editora), Holanda, Kluwer Academic Publishers, 1992.

Otto, Ignacio de, “Derecho constitucional – Sistema de Fuentes”, Barcelona, Editora Ariel, 1995.

Pages, Juan Luis Requejo, “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”, in Revista Española de Derecho Constitucional, nº 34, 1992.

Pages, Juan Luis Requejo, “La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/91; Caso Bultó), in Revista Española de Derecho Constitucional, nº 12, 1992.

Paniagua, José M. Rodríguez, “Derecho constitucional y derechos humanos en la revolución norteamericana y en la francesa”, in Revista Española de Derecho Constitucional, nº 19, 1987.

Pardo Falcón, Javier, “El Consejo Constitucional Francés. La Jurisdicción Constitucional en la Quinta República”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

Pastor Ridruejo, José Antonio, “El proceso de internacionalización de los derechos humanos. En fin del mito de la soberanía nacional (I). Plano universal: La obra de las Naciones Unidas”, in “Consolidación de derechos y garantías : los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI : seminario del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

Peces-Barba, Gregorio, “Curso de derechos fundamentales. Teoría General”, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999,

Pérez de Nanclares, José Martín y, “Artículo 53 – Nivel de protección”, in “Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo” Mangas Martins, Araceli (direção), González Alonso, Luis N. (coordenação), Bilbao, Fundación BBVA, 2008.

Pérez Luño, Antonio-Enrique Pérez, “Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio”, Madrid, Marcial Pons, 1996.

Pérez Luño, Antonio-Enrique Pérez, “El Derecho constitucional común europeo: Apostillas en torno a la concepción de Peter Häberle”, in Revista de Estudios Políticos, n. 88, Madrid, 1995.

Pérez Luño, Antonio-Enrique Pérez, “Estado, Derecho e Constitución”, Madrid, Tecnos, 2005.

Pérez Royo, Javier, "Curso de Derecho Constitucional", 9ª Edición, Madrid, Marcial Pons, 2003.

Pérez Royo, Javier, “Las fuentes de derechos”, Madrid, Tecnos, 2007.

Piovesan, Flávia, “Justiça Internacional e o Brasil” in Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, Ano 8, v. 15, p. 93-110, jan-jun 2000.

Piwnica, Emmanuel, “L’appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs”, Revue Pouvoirs, nº 137, Paris, Seuil, 2011, p. 169-181.

Piwnica, Emmanuel, “L’appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs”, Revue Pouvoirs, nº 137, Paris, Seuil, 2011.

Piza Escalante, Rodolfo E. “El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos – El ejemplo de

Costa Rica” en Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio, Volumen I, San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

Pizzorusso, Alessandro, “Curso de Derecho Comparado”, Barcelona, Ariel, 1987.

Queiroga Leon, Anibal, “Relaciones entre el Derecho Internacional y el Interno: Nuevas perspectivas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito americano”, Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 2005.

Queralt Jiménez, Argelia, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, in García Roca, Javier e Fernandez Sanchez, Pablo, “Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009.

Quesada, Luis Jimena, “El lugar de la Constitución en los Instrumentos Interacionales sobre Derechos Humanos”, in “Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – Liber Amicorum Cançado Trindade”, tomo V, Coordinación de R. Zerbini Leão, São Paulo, Sergio Antonio Fabris editor, 2005.

Quesada, Luis Jimena, “Sistema Europeo de Derechos Fundamentales”, Madrid, Colex, 2006.

Ramírez, Sergio Garcia e Toro Huerta, Maurício Ivan del, “México y la Corte Interamericana de derechos humanos” in Ramírez, Sergio Garcia (coordinador) “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, México, Universidad Autónoma de México, 2001.

Ramos, André de Carvalho, “O impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na relação do direito internacional e o direito interno”, in Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, nº 4, Brasília, ESMPU, 2002, 51-71.

Ramos, André de Carvalho, “Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional”, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

Rapport du Conseil Constitutionnel in Revue Universelle des Droits de l'homme, 1995, Vol. 7, n° 7-10, p. 256-268.

Rapport du Conseil Constitutionnel, in Revue Universelle des Droits de l'homme, 1995, Vol. 7, n° 7-10.

Remiro Brotons, Antonio, in “La acción exterior del Estado”, Madrid, Tecnos, 1984.

Retortillo Baquer, Lorenzo Martín , “La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho” Madrid, Civitas.

Retortillo Baquer, Lorenzo Martín, “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista de Administración Pública, n.137, 1995.

Rideau, Jöel, “La coexistence des systèmes de protection des droits fondamentaux dans la communauté européenne et ses états membres”, Aix-en-Provence, Annuaire international de justice constitutionnelle, vol. VII, Economica-PUAM, 1991.

Rideau, Jöel, “La coexistence des systèmes de protection des droits fondamentaux dans la communauté européenne et ses états membres”, Aix-en-Provence, Annuaire international de justice constitutionnelle, vol. VII, Economica-PUAM, 1991.

Robert, Jacques, “Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité?” Paris, Revue Universelle des Droits de l'homme, 1995, Vol. 7, n° 7-10.

Robert, Jacques, “Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité?” Paris, Revue Universelle des Droits de l'homme, 1995, Vol. 7, n° 7-10.

Rojas, Claudio Nash, “La protección internacional de los derechos humanos” in El sistema interamericano de derechos y su impacto en las ordens internas”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F, 2008.

Rolla, Giancarlo, “Las perspectivas de los derechos de la persona a la luz de las recientes tendencias constitucionales” in *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 54, 1998.

Rolland, Patrice, “L’interpretation de la Convention”, in *Revue Universelle des Droits de l’homme*, Actes du Colloque “Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l’homme”, 1991, Vol. 3, n° 7-9, p. 280-288.

Rolland, Patrice, “L’interpretation de la Convention”, in *Revue Universelle des Droits de l’homme*, Actes du Colloque “Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l’homme”, 1991, Vol. 3, n° 7-9, p. 280-288.

Rosseau, Dominique, “L’intégration de la Convention européenne des Droits de l’homme au bloc de constitutionnalité”, in D. Rosseau et F. Sudre (dir. Publ.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l’homme*, Paris, S.T.H., 1990.

Rosseau, Dominique, “L’intégration de la Convention européenne des Droits de l’homme au bloc de constitutionnalité”, in D. Rosseau et F. Sudre (dir. Publ.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l’homme*, Paris, S.T.H., 1990.

Sagués, Nestor P. “Las relaciones entre los Tribunales internacionales y los Tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, in *Revista Ius et Praxis*, volume nº9, nº1, Universidad de Talca, 2003.

Sagués, Néstor P., “Los tratados sobre derechos humanos: su categorización y aplicación en Argentina”, in *El sistema interamericano de derechos y su impacto en las ordenes internas*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F, 2008, p. 543-565.

Saiz Arnaiz, Alejandro, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la garantía internacional de los derechos”, “Foro Constitucional Iberoamericano”, dirección URL [HTTP://www.uc3m.es/bjc.htm](http://www.uc3m.es/bjc.htm), 20.12.2007.

Saiz Arnaiz, Alejandro, “La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos – El artículo 10.2 de la Constitución Española”, CGPJ, Madrid, 1999.

Sanchez, Pablo Antonio Fernandez, “Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1987.

Sarlet, Ingo Wolfgang, “A eficácia dos Direitos Fundamentais”, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 6ª edição, 2006.

Savioli, Fabián, “Um análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos” in “Defensa de la Constitución: garantismo y controles”, Bazán, Victor (Coordinador), Buenos Aires, Ediar, 2003.

Simon, Helmut, “Jurisdicción Constitucional”, in Manual de Derecho Constitucional, in Benda, Ernst; Hesse, Konrad, Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen, “Manual de Derecho Constitucional”, traducción de Antonio López Piña, Madrid, Marcial Ponds, 2001, segunda edición.

Sommermann, Karl-Peter, “Droits fondamentaux constitutionnels et droits fondamentaux européens”, XI^o Cours international de justice constitutionnelle 'Droit Constitutionnel, Droit communautaire et Droit Européen, Aix-en-Provence, Annuaire international de justice constitutionnelle, vol. XV, Economica-PUAM, 1999.

Sommermann, Karl-Peter, “Droits fondamentaux constitutionnels et droits fondamentaux européens”, XI^o Cours international de justice constitutionnelle 'Droit Constitutionnel, Droit communautaire et Droit Européen, Aix-en-Provence, Annuaire international de justice constitutionnelle, vol. XV, Economica-PUAM, 1999.

Sommermann, Karl-Peter, “Droits fondamentaux constitutionnels et droits fondamentaux européens”, XI^o Cours international de Justice Constitutionnelle 'Droit Constitutionnel, Droit communautaire et Droit Européen', Aix-en-Provence, Annuaire International de Justice Constitutionnelle, vol. XV, Economica-PUAM, 1999.

Stéfanini, Marthe Fatin-Rouge e Gay, Laurence, “Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale: À qui revient la protection des droits

fondamentaux en Europe?”, Aix-en-Provence, Annuaire International de Justice Constitutionnelle, vol. XX, Economica-PUAM, 2004.

Stéfanini, Marthe Fatin-Rouge e Gay, Laurence, “Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale: À qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe?”, Aix-en-Provence, Annuaire International de Justice Constitutionnelle, vol. XX, Economica-PUAM, 2004.

Sudré, Frédéric “L'influence de la CEDH sur l'ordre juridique interne” in Revue Universelle des Droits de l'homme, Actes du Colloque “Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme”, 1991, Vol. 3, n° 7-9.

Sudré, Frédéric “L'influence de la CEDH sur l'ordre juridique interne” in Revue Universelle des Droits de l'homme, Actes du Colloque “Le juge administratif français et la Convention Européenne des Droits de l'homme”, 1991.

Symon, Denys, “Conventionnalité et constitutionnalité”, in Revue Pouvoirs, n° 137, Paris, Seuil, 2011, p. 19-31.

Szymczak, David, “Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme: vers la fin de “l'exception française?”” extraído do site http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/doctrines_61_1.pdf, em 18.01.2011.

Toro Huerta, Mauricio Ivan del, “La apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en práctica judicial”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 112, 2005.

Tusseau, Guillaume, “La fin d'une exception française?”, in Revue Pouvoirs, n° 137, Paris Seuil, 2011, p. 5-17.

V. Ganshof van der Meersh, Walter J., “Le caractère ‘autonome’ des termes et la ‘marge d'appréciation’ des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme”, in Protection des droits de l'homme: la dimension

européenne, Franz Matscher editor, Herbert Petzold, Berlín, 1988.

Von Simson, Werner e Schwarze, Jorge, "Integración europea y Ley Fundamental. Maastricht y sus consecuencias para el Derecho Constitucional alemán", in Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen, "Manual de derecho constitucional", Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.