

# A CONSTRUÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL PELOS DIREITOS HUMANOS

Alexandre Coutinho Pagliarini<sup>1</sup>

Sumário: Introdução: Por Uma Teoria Geral do Direito. 1- A Teoria da Aproximação entre o Direito Constitucional e o Internacional. 2- Conclusão. 3- Referências.

Resumo: Este texto cumpre a função de propor uma retomada renovada das ideias de Kant e Kelsen, incluindo-se na explicação monística do direito os estudos da lógica. Através do que aqui se escreveu, perceber-se-á a possibilidade de uma Teoria Geral do Direito pela linguagem da lógica jurídica, defesa de tese esta que não tem sido feita por outros doutrinadores. A partir daí, provar-se-á a aproximação deontológica entre Direito Constitucional e Direito Internacional, ambos constituintes, um da Comunidade Estatal, outro da Comunidade Internacional. Por fim, serão estabelecidas as normas de Direitos Humanos como verdadeiros marcos para que se prove empiricamente a existência de um só Direito, mas de focos ejetores diferenciados de normas jurídicas.

Palavras-Chave: Direito; Direito Constitucional; Direito Internacional. Direitos Humanos.

## THE BUILDING OF THE CONSTITUTIONAL INTERNA-

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Titular da UNIT (Aracaju/SE) e da FITS (Maceió/AL). Especialista do Instituto *Millenium*. Presidente da Semana Franco-Lusófona de Direito Constitucional. Diretor de Relações Internacionais do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Advogado. E-mail: alexandrepagliarini@terra.com.br

## TIONAL LAW BY THE HUMAN RIGHTS

**Summary:** Introduction: For a General Theory of Law. 1- The theory of the approach between Constitutional and International Law. 2- Conclusion. 3- References.

**Abstract:** This text proposes the renewal of the ideas of Kant and Kelsen by including in the monistic explanation of Law the studies of logic. Through what has been written here it will be noticed a possibility to defend a General Theory of Law by the inclusion of the juridical logic, and this thesis has not been defended by other writers yet. After that, it will be proved the deontic approach between Constitutional and International Law because they both are makers: one of the State, and the other of the International Community. In the end, the Human Rights norms will appear as the real marks to prove the existence of not only Law, but of different focuses that reject juridical norms in the system.

**Keywords:** Law; Constitutional Law; International Law; Human Rights.

## INTRODUÇÃO

### POR UMA TEORIA GERAL DO DIREITO



ormas são, por exemplo, os significados das seguintes frases: "te ordeno que te cales, mal educado!"; "proibida a entrada: cão agressivo pode atacar"; "todo ser humano é livre para expressar seu pensamento".

A lógica deôntica padrão expressaria os exemplos dados antes através da linguagem simplificada mencionada, ainda que certa informação ou sentido se perca: "te ordeno que te cales,

mal educado!" se expressaria dizendo simplesmente "obrigatório calar-se" ou "obrigatório que haja silêncio"; "proibida a entrada: cão agressivo pode atacar" se expressaria dizendo "proibida a entrada" ou "proibido que alguém entre"; "todo ser humano é livre para expressar seu pensamento" se expressaria dizendo "permitido o ato de expressar o próprio pensamento" ou "permitido que seja expresso o próprio pensamento".

Seja esta fórmula memorizada:  $(p \rightarrow q \vee \neg q \rightarrow S)$  (se p então q, ou, não q então S).

Reza o artigo 42 da Carta das Nações Unidas (tratado internacional que constituiu – criou – a ONU): “*Se o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no Artº. 41 seriam ou demonstraram ser inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a acção que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal acção poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos membros das Nações Unidas*”.

Estatui o artigo 121 do Código Penal brasileiro (CPB) em vigor: “*Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos*”.

Nos próximos parágrafos, passarei a explicar que as duas normas acima transcritas – a Internacional e a Nacional – têm absolutamente a mesma estrutura, e a estrutura está consubstanciada na fórmula:  $(p \rightarrow q \vee \neg q \rightarrow S)$ .

Falarei primeiro sobre o artigo 121 do CPB. Da leitura dele, deflui-se primeiramente que é *proibido* matar (ou que é obrigatório não matar, ou que não é permitido matar – no fim, o significado mais fácil e direto é aquele que dá conta que é *proibido matar!*). Esta é a primeira ação que um exegeta deve fazer ao se deparar com uma norma, seja ela escrita, principiológica ou costumeira: encontrar se é proibida, se é permitida ou se é obrigatória a conduta X. Volto à aplicação da fórmula  $(p \rightarrow q \vee \neg q \rightarrow S)$  ao texto do artigo 121; ele quer dizer que *dado o fato de vivermos em sociedade e de se ter que respeitar o*

*direito à vida, deve ser o respeito ao direito à vida* ( $p \rightarrow q$ ); ou ( $v$ ) não sendo observado o direito à vida – ou seja ( $-q$ ) –, então virá a sanção imposta pelo Estado ao homicida ( $\rightarrow S$ ). Trata-se o Direito, a norma jurídica de um universo de *implicações* ( $\rightarrow$ ); daí a linguagem do Direito ser prescritiva (e a linguagem da Ciência do Direito ser descritiva).

Agora é a vez de pensar na norma internacional da ONU acima transcrita. Para isso, seja novamente lembrada a fórmula: ( $p \rightarrow q \vee -q \rightarrow S$ ). Também seja definitivamente inculcado que *o direito é um objeto cultural prescritor de condutas que se comunica pela linguagem da obrigação, da proibição e da permissão* (estes são os seus três modais deônticos) e que se faz acompanhar da sanção imposta ou pelo Estado ou pela Comunidade Internacional. No artigo 42 da Carta da ONU, tem-se a seguinte situação: *Estados soberanos estariam já em guerra ou à beira da beligerância. Então o Conselho de Segurança adotou medidas para solucionar pacificamente o conflito, e as medidas devem ser observadas “in pax”* ( $p \rightarrow q$ ); ou ( $v$ ), não sendo observadas as normas de pacificação ditadas pelo Conselho de Segurança ( $-q$ ), então este Conselho poderá impor sanção ( $\rightarrow S$ ) ao(s) Estado(s) cuja(s) conduta(s) extrapolou(aram) a *pax*. Aqui também neste artigo 42 da Carta da ONU encontramos o quê? A *proibição* de atacar, ou a obrigação de não atacar ou a não permissão para atacar.

E a linguagem constitucional? Quanto a esta, cabe dizer que a Carta Magna é marcada por um linguajar mais principiológico, vago, aparentemente vazio. Isto provavelmente se dá por conta de as normas constitucionais serem caracterizadas pela estruturação do Estado e pela definição de Direitos Fundamentais – tais escritos têm conteúdo declaratório, v.g.: “*Todos são iguais perante a lei (...)*” e “*Brasília é a capital federal (...)*”. E mais: no que tange à estruturação do Estado brasileiro, quando a Carta Magna elege Brasília como a capital da República, em nada isso se diferencia de um tratado internaci-

onal constitutivo da União Europeia quando estatuí que em Bruxelas estará a sede do Parlamento Europeu. O mesmo se pode dizer das normas definidoras de Direitos Humanos contidas em Declarações nacionais ou internacionais.

Para o que se defende aqui, digo que as normas definidoras de Direitos Humanos, sejam elas Constitucionais ou Internacionais, elas são portadoras da marca das *jus cogens* (normas imperativas e de aplicabilidade imediata). Assim sendo, de certo modo a linguagem constitucional é parecida com a linguagem da norma internacional enquanto estas duas: estruturam a Comunidade Política; definem Direitos Fundamentais. *Há algumas diferenças de fundo*: as normas estruturantes internacionais ou nacionais simplesmente estruturam. Já as definidoras de Direitos Humanos geralmente vêm acompanhadas de um aparato de garantias a fim de que se tornem efetivas, fator este que, entretanto, não pode servir para que um juiz – nacional ou internacional – deixe de aplicar uma norma de Direito Humano sob a alegação de que não há regra regulamentadora (estas somente facilitam, nunca impossibilitam a fruição de um Direito Fundamental, isto por conta do que se chama de *cláusula de não-retrocesso* e também por ser defensável a tese de que as normas internacionais de Direitos Humanos não podem ser denunciadas, mesmo porque elas se configuram em direitos imperativos (*jus cogens*) e de aplicabilidade imediata.

A característica dos *jus cogens* pode ser comparada à do parágrafo primeiro do artigo quinto da Constituição brasileira, o que me obriga a dizer que as normas definidoras de Direitos Humanos devem ter aplicação imediata.

Feitas as divagações acima, posso defender a tese de que é possível uma verdadeira Teoria Geral do Direito e das Normas.

Destrono firmemente qualquer crença que queira induzir o leitor, o estudante e/ou o pesquisador a crer que há um Direito natural e que existe um Direito alternativo.

Escreverei primeiro sobre o Direito natural, no que repito: este não há, nem nunca houve! Ele até teve a sua – boa – utilidade quando da feitura das Declarações no século XVIII (Claro! Melhor um Direito natural do que o rei absoluto da França que fazia do Estado e de sua gente o que queria – *L'État c'est moi! La loi c'est moi!*). Acreditavam os iluministas e os seus sucessores na França e nos Estados Unidos que *o homem já nasce dono de alguns direitos inalienáveis*. Pois bem, sem dúvida tal pensamento foi determinante para moldar o jeito ocidental de ser (liberdade, igualdade etc...). O problema é que o jusnaturalismo se assenta numa verdade que não é demonstrável cientificamente e que só se aplica à natureza física; por exemplo: se eu soltar um copo de vidro que esteja em minha mão direita, então este copo se espatifará aos cacos no chão; agiu sobre o copo a *lei da gravidade* (Sir Isaac Newton) e isso se deve a uma relação de *causa e efeito*: qual é a causa da queda do copo? Resposta: a falta do suporte da mão, razão pela qual ele caiu; e qual foi o efeito da mão retirada do copo? Resposta: a queda do mesmo. Continuo o raciocínio: já foram às famosas Cascatas do Iguazu, na divisa entre Brasil, Argentina e Paraguai? Sabem qual é a razão de tanta água cair? Resposta: é a falta do leito do rio. Pois bem, também neste exemplo da maravilha da natureza que é a foz se aplica a Lei de Newton (causa e efeito). Portanto, não foi por causa da natureza que os homens nasceram – eles não nasceram assim – com os Direitos Humanos Fundamentais X, Y e Z. Tais direitos foram sendo conquistados e sedimentaram-se nas culturas pelo costume (normativo-jurídico), pela principiologia (normativa-jurídica) e pela norma escrita – Constituição, lei, tratado internacional etc... (tudo isto é norma, desde que seja detectável o fator de a norma ser prévia à ocorrência, desde que seja fato que a norma foi posta pela autoridade competente e, por fim, desde que haja a previsão de uma sanção capaz de ser imposta também pela autoridade competente (o Estado unificado moderno, a Comu-

nidade Internacional de ontem ou de hoje, ou seja: a autoridade competente!).

Definitivamente a norma jurídica não pode ser explicada pela relação de causa e efeito que muito bem explica à física. A palavra chave para a norma jurídica, e, conseqüentemente, para o Direito é: *imputabilidade*. A imputabilidade decorre do universo de implicações existentes entre a norma primária e a norma secundária. Se a imputabilidade tiver uma marca, esta será a seta da implicação (→).

No processo de solidificação das culturas (dos modos de viver), pelo menos no ocidente, foi-se percebendo que a agressão física entre pessoas era uma conduta indesejada; tal verdade se arrastou por séculos, e então o homem se conscientizou que *é proibida a lesão corporal* – não importa se tal *norma jurídica* foi posta pelo costume, pelo princípio ou pela escrita (em qualquer caso, com sanção). Do mesmo modo, na Comunidade Internacional, foi-se arrastando pelos séculos a crença de que um país (um reino, um principado) não pode atacar outro, daí ter-se proibido tal ataque. O mesmo ocorre com a legítima defesa: o costume a permite. Convido o leitor a pensar em dois exemplos: se Portugal atacar injustificadamente a Argélia, a conduta de Portugal vai ser reprovada e lhe trará consequências: neste exemplo, o contra-ataque da Argélia em favor de seu povo e do Estado. Ora, se a conduta de Portugal foi reprovada, a da Argélia foi aceita como lícita pela Comunidade Internacional. Num segundo exemplo digo que Mário atacou Ari com socos e pontapés, mas o segundo foi mais esperto, jogou Mário ao chão e, para que não continuasse a apanhar, feriu o primeiro. A conduta de Mário é reprovável, a de Ari lícita.

As normas jurídicas mencionadas no parágrafo anterior vieram da cabeça do homem, da comunidade; daí por que se considera o Direito como um objeto *cultural* – e não natural – prescriptor de condutas.

Mencionei aqui neste texto as expressões *norma primária*

e norma secundária. Não entrarei em polêmicas anti-kelsenianas – mesmo por que gosto de Kelsen e creio que a aversão que se nutre por ele no Brasil decorre das péssimas traduções que nos chegaram às mãos, assim como decorre da ignorância de nossos tutores nas Faculdades de Direito.

A norma jurídica primária é aquela que tem antecedente e consequente – também a secundária! A primária prescreve uma conduta, dada uma situação X. A secundária prescreve uma sanção caso a conduta prevista pela autoridade competente na norma primária não tenha sido observada – ou seja, caso o consequente da norma primária tenha sido desobedecido. Isto tudo se resume naquela fórmula popularizada por Von Wright<sup>2</sup>: ( $p \rightarrow q \vee \neg q \rightarrow S$ ).

*Explico* (segundo a posição que Kelsen adotou em sua derradeira obra, a *Teoria Geral das Normas*):

( $p \rightarrow q$ ): aqui temos a norma jurídica primária; o  $p$  minúsculo é uma variável que pode ser preenchida como se queira em termos de acontecimentos no mundo físico. Querem ver?  $p$  = dado o fato de alguém ser proprietário ou detentor de imóvel no perímetro urbano do Município de Aracaju/SE; já a seta ( $\rightarrow$ ) para a direita que vem depois do primeiro  $p$  (o  $p$  minúsculo da norma primária) é uma imputação (prescrição) de conduta, razão pela qual a seta é sempre uma implicação. Continuarei com o exemplo do imóvel em Aracaju: pois bem, alguém é proprietário de imóvel no perímetro urbano da capital sergipana ( $p$ ); então *deve ser* ( $\rightarrow$ ) uma consequência ( $q$ ): o pagamento de imposto predial e territorial urbano à base de 1% sobre o valor venal do imóvel. Ou ( $\vee$ ), optando o contribuinte municipal pelo não pagamento – ou seja, desobedecendo o consequente da norma primária ( $\neg q$ ), então ( $\rightarrow$ ) ser-lhe-á imposta uma sanção (S): ele será inscrito em dívida ativa, emitir-se-á a res-

---

<sup>2</sup> GUIBOURG, Ricardo A. *La teoría de las normas en Georg Henrik Von Wright*. In: Anuario de Filosofía Jurídica y Social n. 5. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985, p. 95-117.



pectiva certidão e a Procuradoria-Geral do Município lhe moverá uma ação de execução fiscal que o sujeitará ao pagamento forçado mediante possível penhora de tantos bens quantos bastem para saldar o IPTU. É neste sentido que é aqui que temos a norma jurídica secundária ( $-q \rightarrow S$ ). Aqui se encontra a explicação para todo o Direito, neste simples exemplo que analisa a lei de IPTU de Aracaju, que reza: *“Todo aquele que detiver a propriedade ou o domínio útil de imóvel no perímetro urbano do Município de Aracaju deverá pagar Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) à base de 1% sobre o valor venal do imóvel. Parágrafo único: caso não se detecte o pagamento, será o devedor inscrito em dívida ativa, será emitida a competente certidão de dívida ativa dando conta disso e a Procuradoria-Geral do Município o executará, na forma da lei”*. Ou seja: dado o fato de alguém ser dono de imóvel em Aracaju, então ele deve pagar IPTU; caso não pague, então será executado e pagará forçosamente com o sacrifício de seus próprios bens; em outras palavras: ( $p \rightarrow q \vee -q \rightarrow S$ ).

Provadas as relações de implicação acima demonstradas, não restam dúvidas: não existe Direito natural. A norma jurídica se explica pelo *dever ser* ( $\rightarrow$ ), pela linguagem prescritiva, pela imputação: isto vem da cabeça coletiva do homem (objeto cultural), e não das belas correntes d’água que caem do leito do rio Iguaçu. Os dizeres que aqui lanço servem tanto para o Direito Internacional quanto para o Direito nacional, razão pela qual, mais uma vez, aqui quero afirmar: *Direito é um objeto cultural prescriptor de condutas, que fala pela linguagem da obrigação, da proibição e da permissão, vindo sempre acompanhado de uma sanção, tudo posto pelo Estado ou pela Comunidade Internacional*.

Agora chegou a vez de desconstituir qualquer tese que – ainda – defenda um tal *Direito alternativo* que se tornou *en vogue* no Brasil dos anos 1980, principalmente naqueles primeiros após a eleição de Tancredo Neves para a Presidência da

República e sobretudo entre os gaúchos.

Pelo menos o Direito Natural tem onde se escorar: na natureza, na causalidade. O Direito alternativo, nem isso. Trata-se de uma tirania que contribuiu para um ativismo judicial exacerbado. Deixa o juiz de ser um observador da norma geral e abstrata para aplicar o Direito que acha certo, que entende justo. O problema aqui é identificar: o que é justo se a Constituição, as leis e os tratados internacionais nada valem para o juiz adepto do Direito alternativo? Qual é o parâmetro geral sobre o qual assenta as suas decisões? Quem lhe outorgou mandato para tanto? Até que ponto este *realismo jurídico* pode ser aplicado em países de tradição romano-franco-germânica? O que permite que um juiz, que geralmente não é eleito pelo povo, possa ditar as regras que aplicará num caso concreto?

O Direito alternativo não responde nenhuma das perguntas constantes no parágrafo anterior, nem as teses do *realismo jurídico*. O que desconstitui o Direito alternativo é o seguinte: há normas gerais e abstratas que regem o mundo e/ou um país. O juiz as interpreta e reinterpreta, inovando mesmo o sistema jurídico. Mas delas não pode fugir. Por exemplo, não pode um magistrado brasileiro fazer de conta que o empregador não está obrigado a depositar na Caixa Econômica Federal o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) de um empregado seu, nem pode este mesmo juiz liberar ao empregado o FGTS depositado fora dos casos previstos na norma aplicável à espécie.

O problema dos *alternativistas* é a confusão que fizeram em suas cabeças – e nas dos estudantes e adeptos – no que diz respeito aos significados das palavras normas, regras, princípios e leis.

Os *alternativistas* são antilegalistas porque eles preferem dizer que são mais apegados aos princípios. Ora, ocorre aí um erro de gênero: qualquer norma, escrita ou não, deve ser interpretada segundo os princípios constitucionais e internacionais de Direito, sobretudo aqueles de Direitos Humanos. Os *alter-*

*nativistas* são antinormativistas: novamente incorrem eles num erro de gênero, e isso é grave: norma é gênero! Constituição, tratados internacionais, leis e decretos são espécies normativas nas quais se encontram regras e/ou princípios. Os *alternativistas* são avessos às regras: erram de novo, pois há no sistema jurídico as normas-regras e as normas-princípios. Exemplo de norma-regra é aquela que contém a fórmula completa da norma jurídica explicitada acima (lembrem-se do IPTU de Pouso Alegre); exemplo de norma-princípio é “*Todos são iguais perante a lei*”.

## 1- A TEORIA DA APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E O INTERNACIONAL

Defino Direito Constitucional como sendo o conjunto de normas-regras e de normas-princípios que constituem a Comunidade Política Estatal (tradicionalmente esta) e que proclamam os Direitos Humanos, propiciando a garantia destes.

Já o Direito Internacional por mim é definido como sendo o conjunto de normas costumeiras, pactícias ou principiológicas que criam, modificam ou extinguem fatos juridicamente relevantes (Direitos) no sentido de estruturar a Comunidade Política Internacional e proclamar e garantir nesta Comunidade os Direitos Humanos Fundamentais.

Alguma semelhança entre as definições constantes nos dois parágrafos antecedentes? *Resposta*: muitas!

*Diferença* há, contudo, entre Direito Internacional Público (DIP) e Direito Constitucional (DC). O DIP tem-se baseado na regra *pacta sunt servanda* (impõe-se o cumprimento do que se pactua). Desta forma, tem sido corriqueiro analisar o DIP sob a ótica do *consentimento*. De fato, numa avença internacional as normas somente incidirão no campo existencial dos Estados que a ratificaram. São a *pacta sunt servanda* e a tese do *consentimento* que fizeram Kelsen classificar o DIP como

primitivo e descentralizado. Primitivo porque nele a repressão é imposta pelo próprio Estado que sofreu uma transgressão (*olho por olho, dente por dente*). Descentralizado porque as normas de DIP só incidem sobre os Estados que fizeram parte num tratado internacional. Tal raciocínio leva a uma conclusão: o Direito dos tratados internacionais representa o Direito Internacional *particular* (incidente somente sobre os Estados que pactuaram); e nisso, o DIP não guarda nenhuma semelhança com o Direito Constitucional uma vez que este contém regras estruturantes de um dado Estado e proclamadoras de Direitos Humanos no território inteiro deste mesmo Estado. Portanto, o Direito Constitucional é sempre o Direito geral do Estado que promulgou a Constituição, seja ele federal ou uma confederação; por exemplo: o Direito Constitucional português incide em todo país.

*Mas acontece que o DIP não contém somente regras provenientes de tratados internacionais (normas escritas): segundo o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ECIJ), as espécies normativas que os juízes da Corte da Haia devem aplicar nos casos concretos também são – além dos {i} tratados internacionais – o {ii} costume internacional (como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito), os {iii} princípios gerais de direito (reconhecidos pelas nações civilizadas), e, sob ressalva da disposição ao art. 59 do ECIJ, também {iv} as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. Dentre as espécies normativas reenumeradas no subitens ii, iii e iv, as principais são o costume e os princípios, os quais constituem o que se pode chamar de Direito Internacional Geral, e este se assemelha indubitavelmente ao Direito Constitucional por ter as pretensões de incidir sobre os Estados, e, conseqüentemente, as mulheres e os homens da inteira Comunidade Internacional vista como um todo-global – como se o mundo fosse um país-*

munho.

No DIP, as suas normas sempre serão superiores às nacionais – é assim que deve considerar um juiz internacionalista e um bom estudioso da Teoria Geral da Norma. Mas há as Constituições, e cada qual escolhe a sua opção hierárquica quanto ao DIP. Daí ocorre uma questão que intriga: repito, a da superioridade hierárquica. Neste sentido, há duas posições a que se pode aderir. A *internacionalista pura* (o DIP na Comunidade Internacional); ou a *constitucionalista* (o DIP no Brasil – a partir da CF/88). Anuncio de antemão que cada vez mais adiro à *internacionalista pura*. Vejamos as duas em (a) e (b), infra. Explicar-me-ei...

a) *A doutrina internacionalista pura (o DIP na Comunidade Internacional):*

Um juiz de uma Corte Permanente Internacional, ao julgar, por exemplo, um litígio entre Estados soberanos, deve aplicar o DIP, e não o direito do Estado “x”, nem o do “y”. Numa comparação, é como age um ministro do Supremo Tribunal Federal: em caso de conflito de normas de dois Estados da federação brasileira, ele deverá aplicar a Constituição e usá-la para resolver o impasse; aliás, para sua excelência, sempre a Constituição será o nexu de validade de todas as outras normas jurídicas produzidas.

No sentido acima exposto, o DIP sempre terá preponderância hierárquica sobre os direitos nacionais; e tal afirmação, para um internacionalista, é absolutamente provida de lógica; caso contrário, não se terá DIP (ou seja, o DIP não poderá ser considerado como *Direito*) e não mais serão necessários juizes internacionais, nem as suas respectivas Cortes permanentes. Neste sentido, nas próximas linhas, interessante será entender as lições de Kelsen.

De fato, para Hans Kelsen, *o DIP é Direito*, isto porque existe a sanção, ou seja: um ato de força socialmente organizado e autorizado oficialmente pela Comunidade Internacional,

ato este que se explicita na represália ou na guerra, significando isto que na hipótese de um Estado ver os seus interesses (Direitos) ofendidos por um outro Estado, o Estado ofendido poderá criar uma situação que, em condições normais, não seria permitida, reagindo, portanto, à violação provocada por este outro Estado. Para o austríaco, a violação dos interesses entre os Estados constitui-se num delito internacional – não se devendo compreender aqui a palavra *interesse* egoisticamente, mas devendo-se, sim, ler, “interesses entre Estados” como expressão sinônima de *Direitos estabelecidos entre Estados* e de algum modo violados. A reação ao delito é uma sanção, e a sua aplicação é feita pelo próprio Estado ofendido, por faltar na Comunidade Internacional um órgão que seja encarregado dessa tarefa, como os existentes nas ordens jurídicas nacionais. *Caso* estejam Estados litigantes, entretanto, inseridos numa mesma ordem jurídica – numa *Organização Internacional* – poder-se-á vislumbrar a aplicação da sanção *pelo terceiro ente (a Organização Internacional)*, e não pelo Estado cujo direito fora violado. Mas a regra é ainda a da falta de centralidade na Comunidade Internacional, isto por conta da inaplicabilidade do conceito de soberania estatal para o DIP. Inclusive, quanto à soberania, entendia realmente Kelsen que era um conceito que, se existisse, só poderia se aplicar ao Direito Internacional Público, e não às dezenas de ordens jurídicas nacionais: ora, se soberania quer dizer *poder total*, então como pode no mundo haver 192 poderes totais (192 é o número correspondente ao de Estados filiados à ONU). O DIP, então, é uma ordem normativa das condutas humanas, obrigando pessoas, mediata ou imediatamente. Porém, os destinatários imediatos das normas de DIP são só os sujeitos clássicos de DIP (Estados e Organizações Internacionais); os indivíduos são destinatários mediatos, em regra. Kelsen percebe que não há uma centralização da criação e da aplicação do direito na ordem jurídica internacional. Trata-se o DIP, segundo ele, de uma ordem jurídica *primitiva*,

cujo último estágio de evolução tende para a formação de um Estado mundial, nos moldes dos Estados nacionais contemporâneos. De qualquer modo, conclui Kelsen que o DIP é superior hierarquicamente aos direitos nacionais, razão pela qual se lhe dá a coroa de “rei do Monismo Jurídico”, com o DIP no topo de uma-só (daí o monismo) ordem jurídica chamada Direito.

Efetivamente, a *tendência*, até dos governos que ratificaram a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, é a de começarem abrir as suas soberanas portas para o entendimento de que o DIP é superior e deve ser aplicado, implementando-se, assim, maior centralidade ao DIP, e fungindo-se, destarte, do primitivismo denunciado cientificamente por Kelsen. Tal *tendência* é o que se depreende do preâmbulo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, *quando*: 1) reconhece a importância cada vez maior dos tratados como fonte do direito internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as Nações, quaisquer que sejam os seus regimes constitucionais e sociais; 2) constata que os princípios do livre consentimento e da boa fé e a regra *pacta sunt servanda* são universais; 3) proclama o respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais; 4) afirma que as regras do Direito Internacional Consuetudinário continuarão a reger as questões não reguladas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Por fim, *aos olhos do DIP*, para afirmar a *superioridade deste sobre os direitos nacionais*, assim estatuíram os seguintes dispositivos da *Convenção* acima comentada:

“Artigo 26.º- *Pacta sunt servanda*:

Todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa fé.

Artigo 27.º- Direito interno e observância dos tratados:

Uma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado”.

b) *A doutrina constitucionalista (o DIP no Brasil – a*

*partir da CF/88)*

Esta doutrina é a dos muros, a egoísta, a que atende aos interesses unilateralistas dos Estados-membros. Aqui tomarei o Direito Constitucional brasileiro como exemplo – poderia ter escolhido o francês –, mas vejamos o que consta na Carta Magna brasileira e quais foram as suas opções.

No item “a” (supra), foi visto o que o DIP pensa de si próprio. Aqui não! Será estudada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e, a partir dela, como o Brasil se posiciona diante de eventual conflito entre norma de DIP e norma interna.

(i) *A regra geral é a de que tratados e leis federais se equivalem*, pelo fato de ambas estarem submetidas ao controle de constitucionalidade (art. 102, III, b). Assim sendo, caso haja conflito entre tratado e lei, deve-se aplicar a norma mais recente, seja ela um tratado, seja ela uma lei – *Lex posterior derogat priori* ou, para os ingleses, regra *later in time*. O texto literal do art. 102, III, b da Carta Política em vigor é: “Art. 102- Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III- julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. Nenhuma norma da Carta de 1988 autoriza os intérpretes a entender que tratados internacionais *comuns* são superiores às leis federais brasileiras.

(ii) *Mas nem todo acordo internacional é possuidor, no Brasil, da mesma estatura hierárquica que a lei federal. Há quatro exceções de supralegalidade e uma de peso constitucional (referente aos tratados de Direitos Humanos), e delas abaixo trataremos:*

(ii.i) *Tratados internacionais de direito tributário*: reza o art. 98 do CTN (Código Tributário Nacional) que “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legis-



*lação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”*. A exegese correta para este dispositivo é a seguinte: a) trata-se o CTN de norma com estatura complementar, tendo recebido tal *upgrade* pela Suprema Corte brasileira por conta do fato de o Congresso Nacional, após a CF/88, ainda não haver legislado complementarmente para normatizar as regras gerais de direito tributário (art. 146, III). Sobre o fato de o CTN ser norma complementar, devo enfatizar que tal complementaridade é decisiva para que se possa fugir à regra geral de que tratados e leis, perante a CF/88, são dotados da mesma hierarquia; b) sendo o tratado tributário posterior à lei tributária interna, o primeiro afasta a aplicabilidade desta; c) estando em vigor o tratado de direito tributário, deve o legislador nacional observar os seus termos, a fim de que não positive projeto de lei tributária que venha afrontar os dispositivos do pacto preexistente, mas, caso o legislador nacional insista na referida positividade doméstica, então deverão os aplicadores do direito afastar a aplicabilidade da lei brasileira posterior.

(ii.ii) *tratados sobre transportes internacionais*: está inscrito no *caput* do artigo 178 da Constituição em vigor: “*A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade*”. Interprete-se: com a atual redação do art. 178, estabeleceu a Carta que a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre se dê por lei. Logo, a lei do Congresso Nacional deverá dispor sobre os assuntos elencados de maneira soberana. Entretanto, ressaltou o constituinte uma parte: a lei brasileira não poderá dispor ilimitadamente acerca da ordenação do transporte internacional. Assim, há dois regimes sobre ordenação de transportes: 1º) a lei interna disporá com ampla liberdade acerca da ordenação dos transportes nacionais em território brasileiro; 2º) a lei interna não disporá com ampla liberdade sobre a ordenação do transporte internacional,

pois deverá respeitar os tratados internacionais.

(ii.iii) *tratados de extradição*: a norma infraconstitucional pátria que dita regras *gerais* sobre extradição é a Lei 6.815/80, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, sendo os tratados bilaterais os veículos introdutórios de normas *especiais* de extradição – e, como sabemos, *Lex specialis derogat generali*. Portanto, as normas de tratado de extradição que obriga dois países podem ser inseridas no contexto normativo de lei especial.

Já as normas constantes num diploma legal interno que dispor sobre extradição são consideradas como inseridas em lei geral. Assim, num pedido de extradição que a Bélgica aviar ao Brasil, solicitando-lhe que entreguemos cidadão seu, aplicar-se-á o tratado celebrado entre Brasil e Bélgica em 1957; afasta-se a aplicabilidade total só da Lei 6.815/80, nesta hipótese. Por outro lado, na hipótese de um pedido de extradição aviado pela Bielorrússia ao Brasil, o Supremo Tribunal Federal o avaliaria à luz do Estatuto do Estrangeiro – pela falta de tratado específico entre estes dois países –, devendo a reciprocidade operar como base jurídica do pedido, o que significa que só seria deferida a extradição se a Bielorrússia promettesse acolher, em eventual caso inverso futuro, o pedido do Brasil, processando-o à luz de seu direito doméstico.

(ii.iv) *tratados para a integração na América Latina*: consta na Carta da República que “*A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios (caput do art. 4º): (...) 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*”.

A exemplo do que se fez na União Europeia, desejou o constituinte originário de 1988 inserir o Brasil num contexto mais internacionalizado, e, neste caso específico do parágrafo único do artigo quarto, num verdadeiro contexto de direito co-

munitário. Assim sendo, só se pode inferir que qualquer tratado internacional, ou normativa comunitária do Mercosul ou da Aladi (Associação Latino-Americana de Integração) suplantará normas unilaterais brasileiras (leis) que disponham sobre as relações do Brasil com os demais países da América Latina. Só assim se alcançará uma *integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*. Deste modo, a Constituição estará a ser respeitada.

(iii) *tratados internacionais de Direitos Humanos – regras equivalentes às normas constitucionais*: são várias as razões que induzem os brasileiros a não terem dúvidas sobre a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos de que o Brasil fizer parte, e este entendimento já era possível antes da atabalhoada Emenda Constitucional 45/2004. Enumeremo-nas:

1ª) a partir da consideração de que a Constituição nasceu, por escrito e formalmente, no final do século XVIII para cumprir a função de estruturar o Estado e a de *proclamar e garantir Direitos Fundamentais*, só se pode inferir que normas de Direitos Humanos são *normas materialmente constitucionais*.

2ª) O preâmbulo da Constituição em vigor fala em “(...) *assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna (...)*”. Isto significa que, antes de tudo, o Brasil do constituinte de 1988 é um país que deve primar pela observância ampla dos Direitos Fundamentais. Complementam e concretizam o que aqui é dito os artigos 1º, II, III e IV; 3º, IV; 5º, §1º; 6º; 7º; 8º; 9º; 10º; 11; 12; 13; 14; 15, dentre vários outros mais específicos plasmados formalmente na Carta.

3ª) No que tange às relações internacionais do Brasil, quis a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 que este país fosse regido, dentre outros princípios, pelo da *prevalência dos*

*Direitos Humanos* (art. 4º, II); *prevalência... frise-se!*

4ª) Desejamos aqui apelidar o §2º do art. 5º de *janela aberta para a prevalência dos Direitos Humanos e para a introdução de normas desta espécie em nossos ordenamento*. Através da interpretação desta normativa, infere-se que o constituinte de 1988, humildemente, não desejou fechar o elenco de Direitos Fundamentais somente nos setenta e oito incisos casuísticos do artigo quinto. Deixou, destarte, a *janela aberta* para que também se possa considerar como normas de Direitos Humanos as provenientes de princípios constitucionais e de tratados internacionais. Isto significa que a Constituição criou *três edifícios de peso Constitucional* para a construção dos Direitos Humanos com a mesma estatura e a mesma eficácia de seu próprio texto formalmente escrito. *Os três edifícios constitucionais de Direitos Humanos são: (a) aqueles elencados enumeradamente na Carta; (b) os que os intérpretes da Constituição apontarem como decorrentes de princípios constitucionais de Direitos Humanos; (c) os que forem formalizados em tratados internacionais de que o Brasil fizer parte.*

5ª) A Emenda Constitucional 45 é inconstitucional! Isto porque criou uma dificuldade para os tratados internacionais de Direitos Humanos. A partir da referida emenda, tais tratados passaram a dever tramitar no Congresso como se emendas constitucionais fossem, e, como é sabido, antes da EC/45, os tratados internacionais tramitavam pelo Congresso necessitando de maioria simples em sua votação única. Ora, criar um caminho – como criou a EC/45 – que dificulte a caracterização e a execução de normas de Direitos Humanos, num país de democracia tardia, é, para além da ignorância, má vontade e violação explícita ao preexistente art. 60, §4º, que, em português claro, prescreve que não deve ser objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir (ou a diminuir o grau de abrangência dos) os Direitos Fundamentais. Entretanto, a EC/45 criou norma formalmente constitucional, e, enquanto

não for derrubada pela Corte Suprema, deve ser aplicada. Daí, pergunta-se: e os tratados de Direitos Humanos que o Brasil ratificou antes da emenda em tela? A resposta é: são normas materialmente constitucionais, do mesmo modo, por tratarem-se de normas de Direitos Humanos; são normas que, na época, seguiram o trâmite que existia (ato jurídico perfeito), o mesmo da votação da lei ordinária, sendo, portanto, tais tratados, perfeitamente aceitáveis como normas de Direitos Humanos porque, apesar de naquele tempo serem votados no Congresso como leis ordinárias, na realidade – em sua substância material – veiculavam já aqueles tratados normas materialmente constitucionais por serem tratados de Direitos Humanos.

A afirmação é peremptória: tratados internacionais de Direitos Humanos têm hierarquia constitucional no sistema jurídico brasileiro pelas razões acima expostas.

Concluo – entre o que expus acima em “a” e em “b”: *para mim, ou o Direito Internacional se mostra como um Direito superior, senão ele sempre estará sujeito aos unilateralismos das Constituições e dos Estados. De toda sorte, ambos, Direito Internacional e Direito Constitucional, muito mais se aproximam na TGD (Teoria Geral do Direito) do que se afastam, e disso não tenho dúvida.*

*Há que se tomar posição: portanto, opino pela superioridade hierárquica do DIP.*

## 2- CONCLUSÃO

Perigoso caminho vem sendo trilhado pelo Estado nacional e pelo próprio ser humano na pós-modernidade. Habita dentro de cada um deles um anjo de paz e um demônio de misérias, a consciência ética responsável e universalista (a do cosmopolitanismo solidário) e o sentido perverso do arbitrário, do egoísta. Nunca um dos polos dominará o outro, aparentemente.

A via do “tudo vale” do Estado nacional, porém, tem os seus dias contados. Ela pretende silenciar em todos nós qualquer resquício ético externo e transcendente em favor do próprio gozo, gosto, arbítrio unilateralista. Para o sujeito-indivíduo, assim como para o Estado nacional hegeliano (renovado pelo consenso de Washington), tudo é igual, desde que o queira e lhe agrade. A questão se transfere unicamente para a esfera da decisão pessoal, sem nenhum referente externo. Vejam como tem agido internacionalmente aquela que – outrora – fora uma grande democracia reverenciada por Tocqueville tanto quanto o Éden das formações estatais: os Estados Unidos da América têm sido um estorvo constante para a paz no mundo. Nada e ninguém de fora avultam como instância normativa ou crítica do próprio comportamento. Tudo vale, desde que tenha prazer – no campo humano, individual – e tudo vale, desde que se obtenha a dominação – na seara estatal isolada ainda centrada na vetusta concepção de soberania dos tempos de Bodin e Hobbes. Cooptam-se os pequenos desejos de felicidade banal da gente contemporânea e do Estado nacional pós-moderno (ainda e para a desgraça do Mundo).

Caminho da subjetividade extremada, do prazer dos sentidos – desde que haja a proteção do Estado unilateralista em casos de ataque (foi o que ocorreu na reeleição de Bush, o filho, após o 11 de setembro, oportunidade em que *Bushinho* serviu como o símbolo fálico (*phalus*) do mundo). Fora isso, liberar geral! Impõe-se a tirania do prazer. O muro (*The Wall*) de Pink Floyd continua em pé justamente para a garantia das tiranias, dos governos corruptos, das pestes que assolam a América do Sul, África e Ásia.

A questão fundamental de tal caminho se resume no equilíbrio da tensão entre a vida dos sentidos e o desejo ilimitado. Trata-se de manter o equilíbrio entre vida saudável e o império dos sentidos voltados para o prazer. Traduzindo isto para a questão estatal e para a internacional, aqui está sendo

dito que chegou o tempo do bom Direito e da boa globalização, aquela que virá para suplantar o voluntarismo dos Estados soberanos na manutenção exclusiva de seus interesses. Os franceses dizem: *o que tenho que ver com a vida e com o bem estar dos argelinos e dos marroquinos?* A resposta é: muito! Tratam-se eles de seres humanos, tanto quanto os gauleses; e o mesmo se pode dizer dos portugueses em relação aos angolanos, dos italianos em relação aos etíopes e dos ingleses em relação aos jamaicanos.

A transcendência é o Direito Internacional Público. Mas perverte-se a transcendência. O desejo de paz não se realiza no DIP nem na imanência da sabedoria do amor, mas se reduz a mais vulgar satisfação dos próprios instintos pessoais e dos Estados soberanos.

Portanto, o *Direito Internacional Constitucional* é o Direito do momento e será o do futuro. Enquanto Internacional incidirá as suas normas por todo globo. Enquanto Constitucional terá o condão de fornecer ao Internacional aquilo que ele nunca teve: a ideia de inteireza (de fechamento), de democracia e de *jus cogens* em níveis jamais alcançados: mundiais!

Ou o mundo se conscientiza de que chegou o momento da partilha – pelo DIP – ou encontraremos a falência de nossa existência e continuaremos a sermos nós próprios – e principalmente os nossos governantes – os responsáveis pelo eterno trancamento das portas do Jardim do Éden da paz perpétua kantiana.

As palavras chave são: *Direitos Humanos!*



### 3- REFERÊNCIAS

- CARVALHO, P. B. . As Linguagens Jurídicas. Revista da APG (PUC/SP). São Paulo, v. 1, n. 1, 1995.
- \_\_\_\_\_. O Direito Positivo como Sistema Homogêneo de Enunciados Deônticos. Revista de Direito Tributário, São Paulo, v. 45, p. 32-36, 1988.
- \_\_\_\_\_. CARVALHO, P. B. . Semiótica e Textos Jurídicos Positivos. 13º Colóquio Internacional IASL, 1998.
- \_\_\_\_\_ & ROBLES, G. (Org.) . Teoria Comunicacional do Direito: Diálogo entre Brasil e Espanha. São Paulo: Noeses, 2011. v. 01. 649 p.
- BODIN, Jean. *Les six livres de la republique*. 47. ed. Paris: Dalloz, 2001.
- GUIBOURG, Ricardo A. *La teoría de las normas en Georg Henrik Von Wright*. In: Anuario de Filosofía Jurídica y Social n. 5. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985.
- HOBBS, Thomas. O leviatã. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KANT, Immanuel. À paz perpétua. São Paulo: L&PM, 2003.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. São Paulo: RT, 1998.
- \_\_\_\_\_. Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo. São Paulo: NOESES, 2010.