

O BRASIL E OS DIREITOS HUMANOS: A EFICÁCIA E A VALIDADE DE TRATADOS E CONVENÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL

Érico Marques de Mello*

INTRODUÇÃO



presente trabalho tem o objetivo de analisar os tratados e as convenções de direitos humanos ratificados pela Brasil. A partir do presente trabalho, propõe-se a responder ao seguinte questionamento: quais fundamentos teóricos determinam a máxima efetividade dos tratados e convenções sobre direitos humanos?

Metodologia a ser adotada: no primeiro tópico serão apresentados os fundamentos determinantes dos direitos humanos; no segundo, a concepção de direitos humanos adotada no Brasil; por fim, os limites do Supremo Tribunal Federal, na análise dos tratados e das convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

1 A ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 PARA A CONSTRUÇÃO DA IDEIA DE DIREITOS HUMANOS DENTRO DA HISTÓRIA

A análise dos direitos humanos – na concepção clássica – nos propõe uma compreensão da pessoa, enquanto qualidade. Dentro de uma concepção antiga do direito não é possível vislumbrar um bem jurídico mais importante que a pessoa. O “ser

*Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito e advogado em Brasília.

humano” não pode ser compreendido em um contexto de relativização, uma vez que todos os bens e valores são orientados na perspectiva da necessidade.¹

A própria concepção de dignidade da pessoa humana como um valor absoluto permeou toda idade média, dentro da identificação da justiça dentro de uma concepção cristã. Não se pode olvidar que o amor divino estava relacionado à misericórdia, sem qualquer relação de proporção. O amor e o perdão, intrínsecos a concepção de amor cristão, afastaram a justiça da proporção.²

Como consequência, até hoje, alguns autores apresentam a construção de um conceito de justiça absoluto desproporcional, atinente ao que hoje se entende por dignidade da pessoa humana. Assim, a noção cristã de justiça é representada não relação proporcional, assim como amor de Deus, ou a própria noção de misericórdia.³

¹ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução: Roberto Raposo. 10 ed. RJ: Forense Universitária. 2005. p. 75: “(...) a ascendência da cidade-estado, pôde este tipo de propriedade privada adquirir sua eminente importância política; e é, portanto, natural que o famoso ‘desdém por ocupações mesquinhas’ não seja ainda encontrado no mundo homérico. Caso o dano de uma propriedade preferisse ampliá-la ao invés de utilizá-la para viver uma vida política, era como se ele espontaneamente sacrificasse a sua liberdade e voluntariamente se tornasse aquilo que o escravo era contra a vontade, ou seja, um servo da necessidade.”

²FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 225: “A justiça como amor pode, assim, uma retribuição horizontal descompensada. Não se trata nem de justiça retificadora nem de distributiva (...) tem no perdão o cerne da comutatividade, encontre na justiça divina sua retribuição exemplar (...) a justiça retributiva de Deus tem uma dimensão em que o modelo horizontal se reduz a um modelo vertical: o amor de Deus é infinito, sem medida, por isso perdoa tudo.”

³SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10 ed. rev. at. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 98: “(...) que se pode hoje atribuir ao princípio da dignidade da pessoa humana, cumpre ressaltar, de início, que a ideia do valor da pessoa humana encontra suas raízes já no pensamento clássico e na ideologia cristã. Tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar ferências no sentido de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podemos ser transformado em mero

A dignidade da pessoa humana pode ser analisada sob o enfoque clássico (da Grécia antiga), da idade média (cristianismo), ou da Revolução Francesa. O próprio momento histórico de instituição da declaração francesa tem relação com a declaração internacional de direitos humanos. Trata-se de momento em que os valores essenciais ao direito natural seriam qualificados para impor limitação aos Estados, além de estabelecer reconhecimento da supremacia da dignidade da pessoa humana.⁴

Toda construção democrática vigente – de afirmação do “humano” da pessoa digna - foi concebida durante a história da humanidade, sem que se apresente avanços conceituais, no Século XVIII, XIX ou XX. Os aspectos qualificadores da pessoa humana, como a fraternidade e a liberdade, não foram revolucionados após a 2ª Guerra Mundial. Em que pese a realidade alemã se destacar como evento excepcional, uma passagem negra na história da humanidade, todos os elementos teóricos de afirmação da pessoa humana já haviam sido construídos.⁵

objeto ou instrumento. Se, por um lado, a dignidade (...) da pessoa humana no âmbito do pensamento clássico significava a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, de tal sorte que é possível falar-se em uma dignidade maior ou menor, por outro lado, a dignidade era atida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, concluindo-se, neste sentido, que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade.”

⁴COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 228: “Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humanos em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças (...)”

⁵PAINE, Thomas. *Direitos do Homem*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2005. p. 125: “Quando nos referimos aos homens como reis e súditos, o quando o governo é mencionado sob as designações distintas ou combinadas de monarquia, aristocracia e democracia, o que cabe ao homem que raciocina entender por estes termos? Se existisse realmente no mundo dois ou mais elementos distintos e independentes de poder humano, deveríamos então contemplar as variadas origens às

A necessidade de instrumentos formais para afirmação do ser humano seria algo inconcebível para a civilização antiga, pois a qualidade da pessoa humana era o que justificava a sua aptidão para a vida civil.⁶

A explicação para a necessidade de elementos de afirmação da pessoa é o próprio modo de produção econômico, a partir do século XVIII. Segundo Adam Smith o rompimento entre condição humana e condição política foi observada na qualificação do trabalho. O homem como elemento determinante e capaz de se sustentar a partir do trabalho passa a ser qualificado como produto do seu próprio trabalho, em razão de algo parecido como monetarização das relações sociais.⁷

O problema da localização do humano no contexto social é identificado em parte como o problema da verdade na ciência, tendo em vista o rompimento da relação entre “ser” e “ente”. No modo de produção atual “ente” (humano) não se confunde com “ser” (condição política). A questão do ente se confunde com o problema da verdade, na medida em que o “ser” (condição política) afasta a preocupação com o “ente”. Aquilo que é aceito como evidente e justifica ausência de discussão na essência do “ser” se torna uma forma de se afastar o “ente” (humano) do enfrentamento das bases reais da realidade concreta. O “ser” não apenas é privilegiado, mas afasta a possibilidade de compreensão adequada da realidade.⁸

quais descritivamente se aplicariam esses termos; todavia, como existe apenas uma espécie humana, só pode haver um elemento do poder humano – elemento este que é o próprio homem. Monarquia, aristocracia e democracia não passam de criaturas do imaginário, das quais se poderia conceber mil tanto quanto três.”

⁶ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução: Roberto Raposo. 10 ed. RJ: Forense Universitária. 2005. p. 74: “(.) A riqueza privada, portanto, tornou-se condição para admissão à vida pública não pelo fato do seu dono estar empenhado em acumular-la, mas, ao contrário, porque garantia com razoável certeza que ele não teria que prover para si mesmo os meios do uso e do consumo, e estava livre para exercer a atividade política.”

⁷SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Tradução: Luiz João Baraúna. 1v. São Paulo: Nova Cultura. 1988. p. 71.

⁸HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3

Na concepção política, o humano encontra na cidadania, a preocupação última do “ser”. Entretanto, politicamente não há preocupação com o “ente” (humano” e sim com o “ser” (cidadania). A palavra dignidade não tem relação com a qualidade humana, e sim com a condição do “ser”, no contexto político.⁹

1.2 O HUMANO ENTRE O POLÍTICO E O DIGNO

Por mais que a dignidade da pessoa humana apareça como princípio constitucional, como afirmação do sujeito na democracia, os fundamentos institucionais reais, do direito hoje, são insuscetíveis de afirmar a pessoa digna. O resultado da democracia é justamente o inverso da vida digna. Apresenta-se como marco a 2ª Guerra para se afirmar a existência de um novo enquadramento “humano”, mas que sempre esteve presente e nunca ultrapassou as barreiras da contemplação¹⁰ teórica.

De fato as ideias de Foucault devem ser lembradas, afinal, se no passado, segundo Aristóteles, o homem era um animal capaz de existência política, hoje o homem é um animal,

ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 145: “(...) Assim não é de admirar que uma questão como a que se refere aos modos de significação do ser não tenha progredido, enquanto se pretende discuti-la com base num sentido não esclarecido de ser que o significado ‘exprime’. O sentido permaneceu não esclarecido por que foi tomado por ‘eviente’.”

⁹RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Derechos Humanos: Una Introducción a su naturaleza y a su historia*. Buenos Aires: Quorum, 2007. p. 56: “Sin embargo, la idea de dignidad humana se ha puesto en crisis últimamente. Por el lado jurídico, esa noción basa la normativa internacional en materia de derechos humanos. Por el flanco filosófico, en cambio, se la cuestiona, fundamentalmente planteando su ambigüedad. Dignitas, en latín, significa, entre otras cosas, ‘valor personal, mérito, virtud, consideración, estima, condición, rango, honor’ (...). Como explica Andorno, ‘esta noción se asocia normalmente con la importancia suprema, el valor fundamental y la inviolabilidad de la persona humana’. Vinculación que se remonta a toda la historia del pensamiento occidental.”

¹⁰ARENDRT, Hanna. *A Condição Humana*. Tradução: Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 36.

em que por meio da política, a sua vida é colocada em dúvida. Se o homem antigo encontrava na humanidade a condição para participação política e realização da sua virtude, hoje a sua condição humana não significa muita coisa.¹¹

A obra de Foucault do Século XX compara o momento atual, de enquadramento teórico do homem, na democracia, com a expectativa grega aristotélica. Essa comparação, entretanto, impõe uma dúvida, sobre a condição humana na democracia.

Para Foucault, a atual estrutura de poder resulta de uma evolução ocorrida após a idade média. A evolução do Estado laico, em meio à tradição religiosa anterior, permitiu a biopolítica. A questão observada no primeiro momento é a estrutura de controle na vida cotidiana, estrutura que foi inserida em um segundo momento, a partir da revolução burguesa.¹²

Dessa forma, a pessoa é qualificada socialmente como cidadã, agente capaz de reivindicar direito e poder. O que se observa é a forma como, no ambiente democrático, esta pessoa de direito é despojada da condição humana e submetida ao controle normativo.

No controle normativo o Estado se torna detentor da vida deste sujeito – não mais pessoa de direito -, que antes era capaz de reivindicar sua condição perante a estrutura democrática de governo. Se há o espaço de reivindicação do indivíduo, este espaço é aparente, diante da biopolítica, apresentada como verdadeira condição estética em que o sujeito é inserido.¹³

¹¹FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*. 1v. Vontade de Saber. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 19 ed. São Paulo: Graal, 2009. p. 156: “(...) O homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão.”

¹²FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 51.

¹³CASTRO, Edgardo. *Diccionario Foucault: temas, conceptos y autores*. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintinuno, 2011. p. 142: “(...) comprender la noción de estética de la existencia como modo de sujeción, es decir, como una de las maneras em

Não há como se conceber a dignidade da pessoa humana, em um contexto de relativização. Não é possível estabelecer artifício teórico, para se estabelecer algo mais importante que a vida humana. A relativização observada por Adam Smith é o que define a não identificação do ente. A relativização revela o próprio controle normativo, em que o humano deixa de ser analisado pela sua entidade, e se torna o resultado de uma concepção política.¹⁴

O “ser”, político, no controle normativo, não é visto em sua humanidade, nem caracterizado, por suas aptidões físicas. O “ser” registrado no controle normativo está entre a vida qualificada e o enquadramento político. Vida em seu aspecto físico, enquadramento político em sua condição existencial. A condição política do “ser” passa a definir os limites da sua existência, pois não são os atributos do humano que definem a sua qualificação (humanidade) e sim o enquadramento imposto por uma estrutura burocrática (condição política).¹⁵

A condição de humanidade só pode ser relativizada dentro dos pressupostos econômicos vigentes, como valor relativizado. A relativização da pessoa humana é uma compreensão da biopolítica. O que se coloca hoje, é a necessidade de afirmação incondicional do Estado de Direito e da Pessoa Humana, tendo em vista o sistema internacional de proteção de direitos humanos.

que el individuo se encuentra vinculado a un conjunto de reglas y de valores (...). Un individuo, entonces, acepta ciertas maneras de comportarse y determinados valores porque decide realizar en sua vida la belleza que ellos proponen. (...)”

¹⁴SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10 ed. rev. at. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107: “(...) possibilidade de se fixarem limitações à dignidade da pessoa humana. (...) na doutrina e na jurisprudência alemãs a posição majoritária – mas não absoluta – sustenta a impossibilidade se estabelecerem restrições (...) ao princípio da dignidade humana ou no conteúdo de dignidade dos demais direitos fundamentais (...)”

¹⁵AGAMBEN, Giorgio. *O Que Resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. Tradução: Selvino J. Assman. São Paulo: Boitempo, 2008. (Estado de Sítio).p. 82.

2 OS DIREITOS HUMANOS

2.1 O CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

Quando se observa declaração de direito, como Declaração dos Direitos Humanos, ou Declaração de Direitos do Homem, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que os direitos humanos são direitos já existentes, cuja origem não decorre de convenção ou pacto. Tais direitos seriam, então, direitos naturais.¹⁶

Para alguns autores, a ideia de direitos humanos seria a mesma de direitos naturais, qualificados como direitos naturais positivados. Fábio Konder Comparato afirma que o modelo *Bill of Rights* teve a finalidade de reconhecer em nível superior nas demais diretrizes normativas os direitos humanos, tidos como direitos naturais.¹⁷

Há, também, uma tendência de se estabelecer um conceito de direitos humanos, a partir da ideia de direitos funda-

¹⁶FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3ed. rev. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 22: “Trata-se de uma declaração, enfatize-se. Os direitos enunciados não são aí instituídos, criados, são ‘declarados’, para serem recordados.

Quanto aos direitos do homem, isto não enseja objeções, mas sim quanto aos direitos do ‘cidadão’. Esta qualidade pressupõe ordenação política e esta não preexiste ao pacto. Mas (..) para os redatores do texto os direitos do cidadão são corolários dos direitos naturais que os subsumem.”

(..)

Ora, declaração presume preexistência. Esses direitos declarados são os que derivam da natureza humana, são naturais, portanto.”

¹⁷COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 106: “Os norte-americanos, porém, não se limitaram a receber passivamente esse patrimônio cultural: foram mais além, e transformaram os antigos direitos naturais em direitos positivos, reconhecendo-os como de nível superior a todos os demais. Seguindo o modelo do *Bill of Rights* britânico, os Estados Unidos deram aos direitos humanos a qualidade de direitos fundamentais, isto é, direitos reconhecidos expressamente pelo Estado, elevando-os ao nível constitucional, acima portanto da legislação ordinária.”

mentais. Para muitos autores, seria possível se vislumbrar relativa equivalência conceitual. Paulo Bonavides apresenta tal questionamento. Sem resposta taxativa, chega a afirmar que os valores afirmados em direitos humanos seriam valores equivalentes aos firmados em direitos fundamentais.¹⁸

Gilmar Ferreira Mendes afirma que direitos humanos seriam direitos jusnaturalistas, enquanto os direitos fundamentais corresponderiam à proteção especial a pessoa, cuja limitação estaria em um determinado Estado. Nesse contexto, os direitos fundamentais estariam prescritos na ordem jurídica interna, enquanto os direitos humanos estariam em direitos jusnaturalistas, ou declarados internacionalmente.¹⁹

O próprio momento histórico de instituição da declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão, bem como a posterior declaração internacional de direitos humanos, representaria o momento em que os valores essenciais ao direito natural seriam qualificados como essenciais para impor limitação ao Estado, além de estabelecer reconhecimento da supremacia da dignidade da pessoa humana.²⁰

¹⁸BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Malheiros. 1993. p. 473: “(..) podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? (...)ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.”

¹⁹MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. rev. at. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 244: “A expressão direitos humanos, ou direitos do homem, é reservada para aquelas rivendicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índolo filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular.

(..)

Já a locução direitos fundamentais é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.”

²⁰Idem. Ibidem. p. 228: “Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa

Há relevante tendência internacional de se declarar, os direitos humanos reconhecidos internacionalmente, como direitos constitucionais, com *status* de direitos fundamentais. E a referida teoria aponta ainda que em caso de conflito entre direito interno e direitos humanos (reconhecidos internacionalmente), os direitos humanos devem prevalecer, uma vez que a proteção à dignidade da pessoa humana (meta primordial dos direitos humanos) seria e finalidade de todo sistema jurídico.²¹

É possível estabelecer um conceito de direitos humanos, como afirmação da dignidade da pessoa humana. Entretanto, em que pese a adequação da ideia, é necessário maior efetividade do discurso teórico. Não se pode conceber a construção teórica da dignidade da pessoa humana como compreensão relativizada.

Há na doutrina constitucional brasileira divergência quanto à natureza jurídica dos tratados internacionais sobre direitos humanos, se seriam ou não direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que não é possível considerar as normas decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos como direitos fundamentais, sem um trabalho

a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças (...)"

²¹COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 2ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 61: "Sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas, a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à 2ª Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai-se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico."

hermenêutico. Para o referido autor, haveria o trabalho de interpretação necessário.²²

2.2 OS DIREITOS HUMANOS COMO COMPROMISSO INTERNACIONAL

É irrelevante saber se a Convenção Interamericana é ou não é direito fundamental. A dignidade da pessoa humana é o fundamento último dos direitos humanos, tendo em vista a observância da pessoa dentro de um contexto democrático, como razão de ser de toda organização social. A condição da vida humana é fundamento de validade e de afirmação do sistema internacional de direitos humanos.²³

No caso concreto, a Convenção Americana de Direitos Humanos apenas estabelece parâmetro mínimo para afirmação da dignidade da pessoa humana. O descumprimento da Convenção Interamericana de Direitos Humanos significa dizer que diretrizes mínimas de proteção à pessoa humana não foram

²²SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. amp. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010. p. 123: “No que diz com a hipótese específica dos direitos fundamentais que, por via da abertura propiciada pelo art. 5º, § 2º, da nossa Carta, passam a integrar o nosso catálogo (...), a solução não se revela tão singela ou, pelo menos, tão adequada. Na realidade, parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundo das regras internacionais – embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – se aglutinam à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo *status* equivalente. Caso contrário, a regra do art. 5º, § 2º, também neste ponto, teria o seu sentido parcialmente desvirtuado. Não fosse assim virtualmente não haveria diferença (...) entre qualquer outra regra de direito internacional incorporado ao direito nacional e os direitos fundamentais do homem consagrados nos textos internacionais. Apenas para citar um exemplo, um dispositivo de um tratado internacional qualquer (...) poderia, em tese, ter o mesmo valor hierárquico de um direitos fundamental reconhecido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Certamente não é este o sentido que o Constituinte quis, atribuir ao art. 5º, § 2º, de nossa Carta aao nele referir expressamente os tratados internacionais.”

²³SHAW, Malcolm N. International Law. 6 ed. New York: Cambridge, 2008. p. 267.

atendidas.²⁴

Dentro de uma compreensão adequada, importa saber a sistemática dos direitos humanos adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Não se trata de um ponto de vista, ou parâmetro de interpretação, nem é possível reconhecer antinomia entre compromissos internacionais assumidos pelo Brasil com a Constituição Federal de 1988.²⁵

Há três pressupostos que tornam inequívoco o compromisso da Constituição Federal de 1988 com os parâmetros mínimos identificados em instrumentos internacionais reconhecidos pelo Brasil. A Constitucionalidade de toda disposição normativa interna deve enfrentar o juízo de convencionalidade, para que se reconheça sempre a condição mais favorável para a pessoa.

O primeiro pressuposto está previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que assume a dignidade da pessoa humana como princípio estruturante do direito constitucional brasileiro. O compromisso observado na Convenção Interamericana é exatamente o mesmo, que pode ser extraído do Preâm-

²⁴BROTÓNS, Antonio Remiro, CORTADO, Rosa Riguelme DIEZ-HOCHLEITNER, Javier, CALATAYUD, Esperanza Orthuela e DURBAN, Luis Pérez-Prat. *Derecho Internacional*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 1211.

²⁵República Federativa do Brasil. Constituição Federal. Congresso Nacional: Brasília, 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana. (...)

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(..)

II – prevalência dos direitos humanos;

(..)

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.”

bulo.²⁶

O segundo pressuposto está previsto no art. 4º, II, da Constituição Federal, ao estabelecer um compromisso da República Federativa do Brasil, com os direitos humanos, em contexto internacional. O compromisso brasileiro se identifica com o objetivo da própria Convenção Interamericana.²⁷

O segundo pressuposto identificado no art. 4º da Constituição Federal tem relação com o compromisso assumido de melhor condição de vida e de progressividade dos direitos sociais. Do ponto de vista normativo, há a consolidação de compromisso interno, que foi influenciado pela Convenção Interamericana.²⁸

²⁶Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

Preâmbulo: “Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;”

²⁷Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

Preâmbulo: “Os Estados Americanos signatários da presente Convenção, Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;
(...)”

Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;

(...)”

²⁸Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

Preâmbulo: “Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos;

O terceiro pressuposto – identificado como compromisso (regra de ouro) - é com a “suficiência” e “reconhecimento” de direitos mínimos. A convenção não pode ser identificada como parâmetro normativo, ou como direito posto, e sim como requisitos mínimos, para que o compromisso interno seja assumido. O terceiro pressuposto está presente no § 2º do art. 5º da Constituição Federal.²⁹

A Convenção Interamericana não pode ser entendida como algo diferente de compromisso. Não é possível derrogar leis internamente no Brasil, a partir da convenção, pois o próprio teor literal da Convenção afasta tal possibilidade. O que se observada a partir da Convenção Internacional é apenas a afirmação de direitos mínimos, pressupostos indicados como existenciais.³⁰

e

Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre os direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria;”

²⁹Há considerável tendência internacional, na identificação dos direitos humanos como direitos existenciais. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Derechos Humanos: Una Introducción a su naturaleza y a su historia*. Buenos Aires: Quorum, 2007. p. 64: “¿Puede la existencia ser la base de los derechos humanos? Quizás sí, partiendo de dos premisas. Primera: que para que el existente pueda autoconstruirse requiere que la sociedad le reconozca y proteja una serie de factores. Sin ellos, no puede proyectarse realmente. Los necesita, y si no los tiene es heteroconstruido. Si no puedo controlar lo que en hace con mi cuerpo, si no respete mi vida, si no gozo de intimidad alguna porque (...) me colocan cámaras en todas las habitaciones, si puedo ser calumniado impunemente, entonces no estoy en condiciones de autoconstruirme, de existir.

Segunda premisa: que en verdad nos interese que los seres humanos puedan autoconstruirse. Porque esa es una decisión cultural, que depende de cada comunidad. (...)Teóricamente, las actuales democracias sostienen como un valor compartido el amparo de la autoconstrucción de cada uno de los existentes que viven en el territorio a ellas sometido, y proclaman propender a que del autoconstrucción llegue a ser lo más amplia posible.”

³⁰Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

O próprio art. 5º, ao estabelecer rol exemplificativo de direitos humanos, deve orientar a aplicação dos direitos humanos, no sentido de que o compromisso assumido pela Brasil em direito internacional, para a pessoa, não seja obstado pela interpretação de direitos fundamentais.

O art. 29 da Convenção é claro, no sentido de que não há a possibilidade de derrogação do direito interno. O que é possível é a não aplicação do direito interno em razão do compromisso internacional, bem como adaptação necessária para que todos os pressupostos assumidos pelo Brasil sejam cumpridos.

E é justamente em razão do compromisso assumido pelo Brasil que o § 2º do art. 5º da Constituição identifica o rol de direitos fundamentais como rol não taxativo, meramente exemplificativo. A aplicação do § 2º do art. 5º da Constituição não é objeto de discussão, diante de precedente histórico.³¹

Art. 29: “Artigo 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.”

³¹Destaca-se voto do Ministro Marco Aurélio, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7: “(..) em primeiro lugar, registro minha convicção firme e categórica de que não temos, como garantias constitucionais, apenas o rol do artigo 5º da Lei Básica de 1988. Em outros artigos da Carta encontramos, também, princípios e garantias do cidadão, nesse embate diário que trava com o Estado, e o objetivo maior da Constituição é justamente proporcionar uma certa igualação das forças envolvidas – as do Estado e as de cada cidadão considerado de *per se*:

A demonstração inequívoca da procedência desse entendimento está no Parágrafo 2º do artigo 5º (..)

Veja (..) que o Diploma Maior admite os direitos implícitos, os direitos que decorrem de preceitos nela contidos e que, portanto, não estão expressos.

(..)

Há alteração da Constituição do México que estabelece de forma mais clara a flexibilização do direito interno, para prevalência do sistema internacional de direitos humanos. Entretanto, não há diferença substancial, tanto na Constituição do México, quanto na Constituição do Brasil, a questão essencial é a suficiência interna do cumprimento dos compromissos internacionalmente assumidos.³²

Não é necessária a alteração da estrutura normativa no Brasil, mas apenas que se cumpra o compromisso internacional já assumido, ou seja, que no caso concreto se observe se a dignidade da pessoa humana é preservada com suficiência.

O Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre Pes-

Senhor Presidente, houve a opção pelo legislador constituinte de 1988 e, com ela, tivemos o esgotamento das exceções, porque taxativamente fixadas na Carta. Os dispositivos são números clausus, não apenas exemplificativos. Fora das hipóteses excepcionadas cabe observar, com rigor, a anterioridade. A emenda também veio à baila com um preceito que afasta a imunidade de que cogita o inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal. (..)"

³²Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Disponível em <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>:

"Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

soas com Deficiência como Emenda Constitucional³³, com

³³Informativo nº 726 do STF:

“Entes públicos e acessibilidade – 1-2

É dever do Estado-membro remover toda e qualquer barreira física, bem como proceder a reformas e adaptações necessárias, de modo a permitir o acesso de pessoas com restrição locomotora à escola pública. Com base nessa orientação, a 1ª Turma deu provimento a recurso extraordinário em que discutido: a) se o ato de se determinar à Administração Pública a realização de obras significaria olvidar o princípio da separação dos Poderes, porquanto se trataria de ato discricionário; b) se necessário o exame de disponibilidade orçamentária do ente estatal. Consignou-se que a Constituição (artigos 227, § 2º, e 244), a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, a Lei 7.853/1989; e as Leis paulistas 5.500/1986 e 9.086/1995 asseguram o direito das pessoas com deficiência ao acesso a prédios públicos. Frisou-se o dever de a Administração adotar providências que viabilizassem essa acessibilidade. Pontuou-se presente o controle jurisdicional de políticas públicas. Asseverou-se a existência de todos os requisitos a viabilizar a incursão judicial nesse campo, a saber: a natureza constitucional da política pública reclamada; a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais; a prova de que haveria omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para esse comportamento. Destacou-se a promulgação, por meio do Decreto 6.949/2009, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, incorporado ao cenário normativo brasileiro segundo o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição. Ressalvou-se o disposto no artigo 9º do mencionado decreto [“1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a: a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho”].

Sublinhou-se que, ao remeter à lei a disciplina da matéria, a Constituição não obstaculizou a atuação do Poder Judiciário, em especial quando em debate a dignidade da pessoa humana e a busca de uma sociedade justa e solidária (CF, artigos 1º, III, e 3º, I). Reputou-se que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais teriam aplicação imediata, sem que fossem excluídos outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil fosse parte (CF, art. 5º, §§ 1º e 2º). Assinalou-se que o acesso ao Judiciário para reclamar contra lesão ou ameaça de lesão a direito seria cláusula pétrea. Observou-se que a acessibilidade, quando se tratasse de escola pública, seria primordial ao pleno desenvolvimento da pessoa (CF, art. 205). Lembrou-se que o art. 206, I, da CF asseguraria, ainda, a “igualdade de condições para o

base no § 3º do art. 5º da CF/88. Devemos entender a Emenda à Constituição como uma norma Constitucional de segunda categoria. A ideia de tratados internacionais sobre direitos humanos pode estar presente em uma norma Constitucional mitigada, ou uma norma Constitucional que não esteja na raiz da Constitucional, apenas se torna Constitucional. Entretanto, a aplicação da norma mais favorável à pessoa humana está na raiz da Constituição e não se sujeita a controle de constitucionalidade, por é princípio estruturante.

A ideia de uma emenda constitucional sobre direitos humanos ainda nos traz a ilusão de dois direitos humanos: o primeiro que seria a norma constitucional de 2º categoria; e o segundo, que não seria norma constitucional, que seria algo de relevância legal. O enquadramento proposta determina: confusão teórica; imposição de rigor formal desnecessário; ausência de segurança jurídica; e má vontade interna no cumprimento de parâmetros mínimos assumidos pela Constituição Federal.³⁴

acesso e permanência na escola”. Registrou-se que barreiras arquitetônicas que impedissem a locomoção de pessoas acarretariam inobservância à regra constitucional, a colocar cidadãos em desvantagem no tocante à coletividade. Concluiu-se que a imposição quanto à acessibilidade aos prédios públicos seria reforçada pelo direito à cidadania, ao qual teriam jus as pessoas com deficiência.

RE 440028/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 29.10.2013. (RE-440028)”

³⁴“A Turma deferiu *habeas corpus* preventivo para assegurar ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o julgamento do mérito, pelo STJ, de idêntica medida. No caso, ajuizada ação de execução, o paciente aceitara o encargo de depositário judicial de bens que, posteriormente, foram arrematados pela credora. Ocorre que, expedido mandado de remoção, os bens não foram localizados e o paciente propusera, ante a sua fungibilidade, o pagamento parcelado do débito ou a substituição por imóvel de sua propriedade, ambos recusados pela exequente. Diante do descumprimento do múnus, decretara-se a prisão do paciente. Inicialmente, superou-se a aplicação do Enunciado da Súmula 691 do STF. Em seguida, asseverou-se que o tema da legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, encontra-se em discussão no Plenário (RE 466.343/SP, v. Informativos 449 e 450) e conta com 7 votos favoráveis ao reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. Tendo isso em conta, entendeu-se presente a plausibilidade da tese da impetração. Reiterou-se, ainda, o que afirmado no mencionado RE 466.343/SP no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status*

2.3 DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em que pese comentários doutrinários sobre limitação para o reconhecimento da natureza Constitucional de tratado ou convenções internacionais sobre direitos humanos, a conclusão apresentada analisa de forma incompleta o problema dos direitos humanos.³⁵

O § 2º do art. 5º, ou seja, a previsão Constitucional sobre o assunto, apenas justifica a impossibilidade de exclusão de direitos humanos, com base na relação de direitos fundamentais do art. 5º. Ademais, a própria Convenção Interamericana tem disposição clara, sobre a possibilidade de prevalência de direito interno, desde que mais favorável ao ser humano.

A função do Supremo Tribunal Federal de exercer o controle encontra o único limite: o direito mais favorável. Afinal o Estado encontra, como única razão de existência, a condição mais benéfica para o ser humano. Há o único pressuposto de que o sistema de proteção dos direitos humanos seja adotado, tendo em vista a opção constitucional pelo compromisso internacional cumprido.

Quando observamos a Convenção Interamericana de direitos humanos, constata-se diretrizes específicas, em que o objetivo é oferecer condição mais favorável para a pessoa. Não

normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, 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), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel.” (HC 90.172, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 5-6-07, Informativo 470)

³⁵MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. rev. at. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 803: “A equiparação entre tratado e Constituição, portanto, esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle da regularidade formal do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional.”

é possível vislumbrar conflito, pois a questão central é a condição mais favorável.

Se no caso concreto eventual tratado de direito internacional não oferece a melhor solução, as próprias diretrizes do direito internacional, já afastam a aplicação dele. Se as diretrizes favoráveis à pessoa humana assumidas como compromisso internacional não são atendidas no ordenamento jurídico, cabe apenas adequação interna.³⁶

3 A LUTA PELOS DIREITOS HUMANOS

3.1 EM FAVOR DO SER HUMANO

É necessária a exata compreensão da função exercida pelo Supremo Tribunal Federal – no caso brasileiro – sobre os direitos fundamentais. A questão essencial, que deve ser considerada – é sobre o aspecto funcional: se há a prerrogativa de algum poder na definição das prerrogativas dos direitos humanos.

Conforme se observou anteriormente, o controle exercido, tido como convencionalidade³⁷, tem relação com o direito mais favorável. Não podemos compreender um compromisso internacional do Brasil, sob aspecto hierárquico³⁸. Tratados

³⁶PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos Impacto Transformador, Diálogos jurisprudenciais e os Desafios da Reforma. p. 19: “A respeito do diálogo com os sistemas nacionais consolida-se o chamado ‘controle de convencionalidade’. Tal controle é reflexo de um novo paradigma a nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade: da hermética pirâmide centrada no *State approach* à permeabilidade do trapézio centrado no *Human rights approach*.”

³⁷PIOVESAN, Flávia. Proteção Dos Direitos Sociais: Desafios do “Ius Commune” Sul-Americano. p. 19: “O pressuposto básico para a existência do controle de convencionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. (...)”

³⁸DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 146: “(...) Um direito abstrato é um objetivo político geral, cujo enunciado não indica como este objetivo geral deve ser pesado ou harmonizado, em circunstâncias particulares, com outros objetivos políticos. (...)”

internacionais do ponto de vista conceitual não se confundem com direitos fundamentais. Entretanto, do ponto de vista funcional a condição mais benéfica do tratado internacional deve prevalecer, em detrimento de direito fundamental, no caso concreto.

O direito humano, ou o próprio direito fundamental, sem o aspecto funcional é algo irrelevante, apenas ideia. O direito somente pode ser compreendido em sua finalidade possível. E a questão que se coloca é: qual a função do Supremo Tribunal Federal? A doutrina afirma que à Suprema Corte brasileira caberia a função interpretativa, para indicar, por exemplo, a real extensão de uma Convenção Internacional dos direitos humanos.

Segundo entendimento majoritário, tratados internacionais sobre direitos humanos podem conter texto que no caso concreto determine conflito com direitos fundamentais, ou seja, antinomia verificada, relacionada ao texto constitucional. Da mesma forma, não se pode olvidar que a existência de um sistema aberto em harmonia com os direitos humanos é o paradigma adotado pela República Federativa do Brasil.³⁹

³⁹MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. rev. at. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 270-271: “O parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. Essa interpretação é sancionada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a ação direta de inconstitucionalidade envolvendo a criação do IPMF, afirmou que o princípio da anterioridade (..) constitui um direito ou garantia individual fundamental.

É legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título própria da Constituição podem ser tidos como tal, a depender da análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição. A sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário.

O entendimento de que é possível, a partir das normas do próprio catálogo dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais elementares da Lei Maior, deduz a

Precisamos compreender em que medida o ser humano merece a tutela do sistema internacional de direitos humanos; e, em que medida há a competência do Supremo Tribunal Federal.

3.2 EM FAVOR DO ESTADO DE DIREITO

Não é possível conceber a figura da Suprema Corte brasileira como espécie de “Führer”, “condutor”. Expressão alemã, adotada entre 1930 e 1940 para justificar a presença de um iluminado, uma pessoa com aptidão peculiar, capaz de trazer respostas necessárias para os conflitos brasileiros⁴⁰. A existência de um “Führer” traduz o “abominável”, ou o que transcende o limite do inaceitável. Toda construção dos direitos humanos encontra origem não teórica, e sim prática, verificada no Estado de Direito Alemão das décadas de 1930 e 1940, exatamente determinada pela figura do “Führer”.

A função da Suprema Corte é questionada na Alemanha⁴¹. Não podemos conceber que a origem histórica do “Füh-

existência de outros direitos fundamentais não constitui novidade na tradição constitucional brasileira. (..)

O propósito da norma é afirmar que a enumeração dos direitos não significa que outros posições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa estejam excluídas da proteção do direito nacional.”

⁴⁰RAFECAS, Daniel. *Historia de la Solución Final: Una indagación de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos europeos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012. p. 273: “Está claro que la consolidación de los valores fundamentales de la humanidad, el mandato de evitar que Auschwitz se repita, sólo podrá lograrse preservando la memoria de lo acontecido, extrayendo las enseñanzas necesarias en todos los ámbitos del conocimiento humano y honrando a todas las víctimas de aquel horror. Todo ello en exacta oposición a quienes relativizan, tergiversan o directamente niegan estos sucesos.”

⁴¹MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade – Sobre o Papel da Atividade Jurisprudencial na “sociedade Órfã”*. p. 12: “As expectativas endereçadas à Justiça no sistema nazista ligam-se de modo ininterrupto à autocompreensão desenvolvida pela Justiça antes de 1933. Já o aumento da frequência com que aparecem fórmulas comunitária se de fim social no direito nazista – que possibilitaram-lhe suspender toda regulação legal singular em prol de determinações “superiores” (...) Em tais formulações morais fica ao mesmo tempo claro que o ‘saudável senti-

rer”, na qualidade de entidade iluminada, é caracterizada pela eliminação de pessoas tutelada pelo Estado Alemão, dentro de uma produção industrializada estatal, que encontrava um único produto final: a morte. O resultado drástico do controle normativo é o “Führer”.⁴²

É importante observar que a presença de toda teoria dos direitos humanos já existia antes, durante e após, a 2ª Guerra Mundial. Apenas há a necessidade de instrumentos alheios à estrutura administrativa do Estado, para que se assegure na história da humanidade, o “Führer” jamais volte a existir. Se há alguma razão para construção do sistema internacional de direitos humanos, é a afirmação do Estado Democrático de Direito, segundo sua finalidade última, que é a qualidade de vida do cidadão.

Não se pode olvidar que na década de 1930, em razão

mento popular' introduzido pelo direito penal nacional-socialista – com consequência terríveis – não é de modo algum empírico. O juiz não atua mais como arauto de um processo tradicional de apuração do sentimento popular, mas simplesmente para trazer uma percepção 'saudável' a um povo “doente” - exatamente nisto consiste sua função de superego. Também o conceito implícito de povo não é empírico: quando o juiz é investido – de acordo com as 'Cartas aos Juizes' (...). Vide Ob.cit. MAUS, Ingeborg. p. 14: “(...) tornou-se mais fácil justificar o domínio na doutrina antiformalista com o 'recomeço do Estado de Direito”.

Vide Ob.cit. MAUS, Ingeborg. p. 14: “Com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma justiça que faz das normas 'livres' e das convenções morais o fundamento de suas atividades reconhece-se a presença da coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação do superego localiza-se na administração judicial da moral. A usurpação política da consciência torna pouco provável que as normas morais correntes mantenham seu caráter originário. Eles não conduzem a uma socialização da Justiça, mas sim a uma funcionalização das relações sociais, contra a qual outrora as estruturas jurídicas formais compunham uma barreira. O fato de que pontos de vista morais não sejam delegados pela base social parece consistir tanto na única proteção contra sua perversão como também em obstáculo para a unidimensionalidade funcionalista.”

⁴²RAFECAS, Daniel. Historia de la Solución Final: Una indagación de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos europeos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012. p. 208: “La ideal del gaseamiento como método de asesinato masivo no era nueva. Durante 1940, los primeros ocho meses de 1941, Hitler había autorizado esta metodología siniestra para liquidar a todos los ‘portadores de una vida que no merecía ser vivida’ y mejorar de ese modo el perfil racial del pueblo alemán.”

de uma necessidade alemã, Hitler foi considerado “Supremo Magistrado”, “Führer”, o merecedor da confiança de todo povo alemão, diante de propostas consideradas boas e adequadas. Toda autoridade concedida teria propósito e se encaminhava em uma direção “considerada adequada”, segundo “a necessidade do Estado, do Governo e da Sociedade”.⁴³

Diante do que se entendia por ameaça, por meio da adoção de medida prevista na Constituição de Weimar de 1919, artigo 48, foram adotadas medidas de Estado de Exceção. A implantação do estado de sítio como uma necessidade do povo e do Estado, que se justificava no que poderia ser considerado ameaça suposta de revolução comunista.⁴⁴

⁴³RAFECAS, Daniel. *Historia de la Solución Final: Una indagación de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos europeos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012. p. 48-49: “hacia el otoño de 1935, el régimen de Hitler se encontraba notoriamente fortalecido, pues para ese entonces ya prácticamente había desaparecido todo vestigio de Estado de Derecho, lo que se traducía en los planos más decisivos de la vida política y social, a saber:

- Anulación del Parlamento: tras su disolución legal, en febrero de 1933, acordada por Hitler con el presidente Hindenburg con vistas a las nuevas elecciones convocadas para el 5 de marzo, no hubo más sesiones libres y transparentes en el Poder Legislativo. A un primer y breve período de funcionamiento irregular – en el Parlamento había muchos diputados presos o exiliados (comunistas, luego también socialdemócratas) – le siguió la etapa final: tras la ley de Autorización desde 1935 y hasta el final de la guerra, se reunió esporádicamente y al solo efecto decorativo y propagandístico del régimen.

- Sometimiento de los órganos judiciales: la autoconsagración de Hitler como ‘supremo magistrado judicial’ (ley de 30 de junio de 1934) significó la virtual anulación de la independencia del Poder Judicial; a ello le siguió otra ley del Parlamento (aprobada el 3 de julio de 1934), que consagraría la total impunidad por los crímenes cometidos durante la Noche de los Cuchillos Largos, ordenados por Hitler.

(...)

- Abolición de las jurisdicciones provinciales: la denominada Ley para Reconstruir el Reich, del 20 de enero de 1934, suprimió la autonomía de los estados federados o Lander, al aniquilar su carácter estatal y abolir sus presupuesto, y asimismo dispuso la nacionalización de todas las policías locales.

(...)

⁴⁴Idem. Ibidem. p. 37: “Al día siguiente, agitando el fantasma de una supuesta revolución comunista en ciernes y aprovechando que el Parlamento había sido disuelto con vistas a las elecciones del 5 de marzo, Hitler, flamante canciller, logró que el presidente Von Hindenburg y el resto del gabinete firmaran un decreto ‘para la

Dessa forma, é necessário que o Supremo Tribunal Federal desenvolva sua atividade, que passa pela controle dos parâmetros mínimos indicados pela Convenção Interamericana, ou de qualquer outro instrumento internacional favorável à pessoa humana. Afirmar que o tratado imponha proteção insuficiente e que a orientação interna deva prevalecer é função do Supremo. Entretanto, afirmar que o compromisso adotado pelo Brasil não seja cumprido por hierarquia Constitucional, é uma discussão superada, por vocação política registrada na própria Constituição de 1988.

Toda orientação dos direitos humanos – no sistema internacional – não pode ser analisada sob aspecto normativo e sim como sistema próprio, de parâmetro mínimo. Não importa a forma como o Estado regulamente, desde que se respeite as diretrizes mínimas estabelecidas.⁴⁵

3.3 COMO COMPREENDER OS DIREITOS HUMANOS

Os direitos fundamentais estão descritos em rol específico, como cláusulas gerais de orientação, aplicação e validade. Direitos fundamentais seriam valores amplos, atinentes à liberdade, à igualdade e aos direitos sociais. Apenas e tão somente

Defensa del Pueblo y del Estado’, que disponía una suerte de estado de sitio a nivel nacional, fundamentado en el artículo 48 de la Constitución alemana de 1919 (renovado en 1937 y 1939, este decreto adquirió carácter permanente en virtud de uno posterior de 1943, y se mantuvo vigente hasta 1945).”

⁴⁵Observa-se decisão do Supremo Tribunal Federal totalmente incompatível, com o modelo adotado, em razão da incoerência. Vejamos: “Prazo prescricional. Convenção de Varsóvia e Código de Defesa do Consumidor. O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11-6-99). Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no art. 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos.” (RE 297.901, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7-3-06, DJ de 31-3-06)”

nesse sentido, é possível compreender direitos humanos como direitos fundamentais. Se pensamos na proteção dos direitos humanos, a partir da qualidade de direito fundamental, é possível compreender a forma como os países da América Latina têm solucionado o conflito de eficácia dos direitos humanos.⁴⁶

No Brasil, por exemplo, o princípio mais importante, privilegiado em todo ordenamento jurídico, é a dignidade da pessoa humana. Se observamos a dignidade da pessoa humana⁴⁷ como o direito fundamental de maior importância, a abertura para aplicação dos direitos humanos se torna instrumental.

⁴⁶PIOVESAN, Flávia. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos Impacto Transformador, Diálogos jurisprudenciais e os Desafios da Reforma*. p. 20: "(...) A título exemplificativo, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, dispõe, no artigo 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidas. A Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º, parágrafo 2º, consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade. A então Constituição do Peru de 1979, no mesmo sentido, determinava, no artigo 105 que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia Constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição. (...) Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídico e vinculam os poderes públicos. (...) os tratados de direitos humanos ratificados pela Bolívia, que prevalecerão em relação à própria Constituição se enunciarem direitos mais favoráveis (artigos 13, IV e 256). Na mesma direção, destaca-se a Constituição do Equador de 2008, ao consagrar que a Constituição e aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado que reconheçam direitos mais favoráveis aos previstos pela Constituição têm prevalência em relação a qualquer outra norma jurídica ou ato do Poder Público (...), adicionando que serão aplicados os princípios pro ser humano, de não restrição de direitos, de aplicabilidade direta e de cláusula constitucional aberta (artigo 416). A Constituição do México com a reforma de junho de 2011 passou a contemplar a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos e a regra interpretativa fundada no princípio pro persona."

⁴⁷PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos Direitos Humanos: Uma Análise Comparativa dos Sistemas Regionais Europeu e Interamericano*. p. 2: "Esta é inclusive a lógica e a principiologia própria do Direito Internacional dos Direitos Humanos, todo ele fundado no princípio da prevalência da dignidade humana."

No inciso II, do art. 4º e no § 2º, do art. 5º, todos da Constituição Federal, a própria dignidade da pessoa humana determina qualificação dos direitos humanos.⁴⁸

Ao se analisar o artigo 4º, da Constituição Federal, em que se estabelece a primazia dos direitos humanos no Brasil, há compromisso de plena integração. As normas de direito internacionais devem ser entendidas na plenitude do compromisso firmado. A dignidade da pessoa humana deve ser priorizada como fundamento da interpretação possível de todo o direito e da própria Constituição.⁴⁹

O §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 não transforma os direitos humanos em direitos fundamentais, no que pese haver interpretação possível em sentido contrário. A partir do momento em que é estabelecida flexibilização na relação de direitos fundamentais, admite-se que os direitos humanos tenham aplicação priorizada, seja diretamente pelo de direito fundamental, seja pelo compromisso firmado de primazia da dignidade da pessoa humana.⁵⁰

Os direitos humanos regulamentados em tratados ou

⁴⁸PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad. 1997. p. 59: “Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informar a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.”

⁴⁹Idem. Ibidem. p. 69: “(..) A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas no engajamento do país no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas implica na busca da plena intergração de tais regras à ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, no compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados.”

⁵⁰Idem. Ibidem. p. 83: “(..) Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte íntegra, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos e orientar a compreensão do fenômeno constitucional.”

convenções internacionais, com a devida ratificação, não precisam integrar o ordenamento jurídico interno, nem receber *status* de direito fundamental. Recebendo *status* de direito fundamental, a República Federativa do Brasil tem o dever de assumir que o ordenamento jurídico brasileiro compreende o compromisso firmado como parâmetro mínimo. As condições descritas em tratados internacionais devem representar a mínima efetividade possível. Se é possível interpretação de não aplicação de direito humana ratificado pelo Brasil, por meio de tratado, é uma situação decorrente da condição mais benéfica interna.

Se o caminho para compreensão da eficácia dos direitos humanos é pela compreensão da natureza jurídica de direitos fundamentais, que a pessoa humana seja privilegiada⁵¹, em razão de se tratar de sistema aberto, tendo em vista conclusão do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal.

O que importa mesmo é: as discussões sobre direitos humanos são – nas palavras de Bobbio⁵² –, nobres; mas, ao mesmo tempo, vagas. Não podemos discutir a natureza dos direitos humanos, sem o compromisso de converter o nosso discurso em uma vida melhor para a pessoa. Não faz diferença

⁵¹PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad. 1997. p. 86: “Em favor da natureza constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, um outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. Este reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, parágrafo 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto constitucional. (...) Os direitos internacionais integram, assim, o chamado ‘bloco de constitucionalidade’, densificando a regra constitucional positivada no parágrafo 2º, do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.”

⁵²BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los Derechos*. Madrid: Editorial Sistema, 1991. p 113.

a natureza jurídica, ou o enquadramento Constitucional. Nos dois caminhos a orientação deve determinar uma condição mais favorável para o ser humano.

CONCLUSÃO

Diante das considerações acima, as seguintes conclusões são apresentadas:

1. os elementos teóricos dos direitos humanos estiveram presentes na história da humanidade, tendo em vista a valorização da pessoa, cidadã, ou da necessidade humana;
2. a preocupação com a sistematização de fundamentos de proteção à pessoa humana decorre de fatores econômicos, que alteraram as relações sociais;
3. a pessoa humana foi inserida em uma condição política peculiar, que coloca em dúvida os atributos da sua condição humana;
4. exemplo drástico é observado na Alemanha nazista, mas que não pode ser considerado eventual excepcional;
5. os fundamentos de afirmação da pessoa humana, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos e a abertura constitucional de todos os países são pressupostos importantes para a valorização da dignidade da pessoa humana;
6. independente da natureza jurídica dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, há a necessidade de que estes sejam cumpridos, na qualidade de parâmetros mínimos;
7. sobre os tratados ou convenções de direitos humanos, a função do Supremo Tribunal Federal se restringe à máxima efetividade dos direitos humanos, no sentido de – em sede de controle de constitucionalidade (ou convencionalidade) – não permitir proteção insuficiente.



REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- AGAMBEN, Giorgio. *O Que Resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. Tradução: Selvino J. Assman. São Paulo: Boitempo, 2008. (Estado de Sítio).
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução: Roberto Raposo. 10 ed. RJ: Forense Universitária. 2005.
- CASTRO, Edgardo. *Diccionario Foucault: temas, conceptos y autores*. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintinuno, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los Derechos*. Madrid: Editorial Sistema, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Malheiros. 1993.
- BROTÓNS, Antonio Remiro, CORTADO, Rosa Riguelme DIEZ-HOCHLEITNER, Javier, CALATAYUD, Esperanza Orthuela e DURBAN, Luis Pérez-Prat. *Derecho Internacional*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva. 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3ed. rev. São Paulo: Saraiva. 1999.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*. 1v. Vontade de Saber. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 19 ed. São Paulo: Graal, 2009.

- FOUCAULT, Michel. *O Poder Psiquiátrico*. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- MAUS, Ingeborg. O Judiciário como Superego da Sociedade – Sobre o Papel da Atividade Jurisprudencial na “sociedade Órfã”. Tradução: Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e GONET, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. rev. at. São Paulo: Saraiva. 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. rev. at. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PAINE, Thomas. *Direitos do Homem*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos Impacto Transformador, Diálogos jurisprudenciais e os Desafios da Reforma.
- PIOVESAN, Flávia. Proteção Dos Direitos Sociais: Desafios do “Ius Commune” Sul-Americano.
- PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos Impacto Transformador, Diálogos jurisprudenciais e os Desafios da Reforma.
- PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Humanos: Uma Análise Comparativa dos Sistemas Regionais Europeu e Interamericano.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 2 ed. São Paulo: Max Limonad. 1997.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Derechos Humanos: Una Introducción a su naturaleza y a su historia*. Buenos Aires: Quorum, 2007.
- RAFECAS, Daniel. Historia de la Solución Final: Una indaga-

ción de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos europeos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10 ed. rev. at. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 6 ed. New York: Cambridge, 2008.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Tradução: Luiz João Baraúna. 1v. São Paulo: Nova Cultura. 1988.