

CARACTERÍSTICAS GERAIS DO DIREITO (ESPECIALMENTE DO DIREITO INTERNACIONAL) NO LIMAR DO TERCEIRO MILÊNIO

Luiz Flávio Gomes

Doutor em Direito Penal pela Universidade
Complutense de Madri
Mestre em Direito Penal pela USP
Diretor-Presidente da Rede de Ensino LFG
e Cooordenador dos cursos de pós-graduação
transmitidos por ela
Professor convidado em diversas Universidades,
brasileiras e estrangeiras
Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983),
Juiz de Direito (1983 a 1998)
e Advogado (1999 a 2001)

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Doutor summa cum laude em
Direito Internacional pela UFRGS
Mestre em Direito Internacional pela UNESP
Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa
Professor Adjunto de Direito Internacional
Público e Direitos Humanos da UFMT
Coordenador do Programa de
Mestrado em Direito da UFMT
Professor da Rede de Ensino LFG
Professor convidado nos cursos de
pós-graduação da UFRGS, PUC-SP e da UEL
Membro da Sociedade Brasileira de
Direito Internacional e da Associação
Brasileira de Constitucionalistas Democratas

RESUMO

Este trabalho tem por escopo aprofundar a discussão acerca dos efeitos temporais da declaração da inconstitucionalidade, a partir de uma perspectiva comparativa, para demonstrar que a radical opção quer pelo dogma da nulidade da lei inconstitucional, quer pela crença em sua anulabilidade, foi objeto, pela necessidade de ponderação entre os valores constitucionais da segurança jurídica, igualdade e justiça, de gradual flexibilização pelas Cortes Constitucionais.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Lei Inconstitucional. Nulidade. Anulabilidade. Segurança Jurídica. Princípio da Isonomia. Modulação de Efeitos.

1 INTRODUÇÃO

Este ensaio tem por finalidade investigar as características do Direito no final do século XX e princípio do século XXI, que é um período histórico inserido na pós-modernidade, e seus reflexos no Direito brasileiro.

Muitas dessas características ainda não foram devidamente percebidas pelos operadores do Direito em geral, sobretudo no Brasil, sendo então necessário investigá-las e demonstrar sua concretude, validade e expectativas. Muitas delas apareceram recentemente nos sistemas jurídicos dos Estados e, no Brasil, passaram a ter destaque a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004. Decorridos, porém, sete anos dessa alteração constitucional, somente nos últimos tempos o Supremo Tribunal Federal e a doutrina pátria têm começado a notar que o Direito brasileiro conta com novidades até então sequer suscitadas nos compêndios doutrinários (sobretudo de Direito Constitucional e Internacional) aqui publicados.

As várias alterações que o Direito sofreu na segunda metade do século XX são decorrência, sobretudo, da nova ordem internacional que se instalou depois da Segunda Guerra Mundial, revolucionando as instituições jurídicas, notadamente após a asserção do tema “direitos humanos” na pauta



e na ordem do dia das relações interestatais.

Pretende-se, neste estudo, demonstrar algumas dessas características do Direito, capazes de mudar – para melhor, de acordo com nosso pensamento – as instituições jurídicas.

2 AS QUATRO ONDAS EVOLUTIVAS DO ESTADO, DO DIREITO E DA JUSTIÇA

O primeiro ponto que tem caracterizado o Direito atual diz respeito ao contexto em que as instituições jurídicas (o Estado, o Direito e a Justiça) atualmente se encontram. Tal como as demais áreas do conhecimento, as instituições jurídicas também evoluem, e cabe ao jurista atentar para o estágio em que nos encontramos.

Como se sabe, no século XIX os conceitos de lei e Direito eram tidos como sinônimos (infelizmente, essa confusão ainda existe!). Entendia-se que o Direito havia, necessariamente, de se materializar pela lei e pelos códigos. Quase todas as leis estavam codificadas. O juiz julgava com certa facilidade – não havia problemas em partir da premissa maior (que era a lei) para a premissa menor (os fatos), afinal, não havia nada de extraordinário entre a lei e o fato. Montesquieu dizia que esse tipo de juiz era um ser inanimado. Inanimado porque não tinha alma. Não tinha alma porque (na sua versão original) não podia sequer interpretar o texto legal.

A lei era formalmente a garantia de todos. No entanto, essa realidade mudou por completo com o surgimento do regime nazista. Ora, a lei foi destronada, porque todas as mortes ocorridas no período sombrio do Holocausto foram praticadas dentro da lei. Como reação a esse primeiro modelo de Direito legalista, nasceram, a partir de 1945, três outros modelos: o *constitucionalista*, o *internacionalista* e, com notável clareza mais recentemente, o *universalista*. Trata-se das chamadas quatro ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça: o *legalismo*, o *(neo)constitucionalismo*, o *internacionalismo* e o *universalismo*.¹

O neoconstitucionalismo passou a cobrar do estudante e do profissional do Direito conhecimentos específicos sobre a Constituição, sobre

¹ Sobre essas ondas, v. GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**, São Paulo: RT, 2010, 208p.



o Direito Constitucional e a jurisprudência interna, que diz o que vale e o que não vale nas leis vigentes. Muitas leis continuam vigentes, mas já não valem (não possuem validade). Isto porque no Direito pós-moderno *vigência* não se confunde com *validade* (como sempre foi a confusão de Kelsen).²

O Supremo Tribunal Federal já julgou mais de 1000 leis inconstitucionais de 1988 a 2012. Portanto, quem não conhece a jurisprudência que se formou nesse período não sabe o que “vale” e o que “não vale” no nosso país. Para se conhecer o Direito, a partir desse segundo modelo, é preciso saber: as fontes normativas que estão abaixo das leis, as leis e os códigos, a Constituição e a jurisprudência interna. No tempo do legalismo bastava saber três coisas: fontes infralegais, leis e códigos. Hoje isso já não basta!

Com o internacionalismo, nascido também em 1945 e a partir daí desenvolvido, os tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos) passaram a contar com grande valor. No Brasil, o STF, no dia 3 de dezembro de 2008, no *RE 466.343-SP*, decidiu que os tratados de direitos humanos aqui em vigor, no que tange ao Direito interno, ocupam o *status* da supralegalidade, valendo menos que a Constituição – posição (por ora) vencedora do Min. Gilmar Mendes. Os tratados encontram-se inseridos dentro dos vários sistemas de direitos humanos. O nosso, claro, é o interamericano, formado por convenções (dentre elas a Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e por dois órgãos, a saber: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (com sede em Washington) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (com sede em San José, Costa Rica). No que diz respeito aos tratados internacionais comuns (ou seja: não relacionados com os direitos humanos), a sua supralegalidade está garantida pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados de 1969 (que cuida da vigência e validade das demais convenções internacionais).

O aluno e o profissional do Direito, agora, passaram a ter necessidade de saber seis fontes do Direito: fontes infralegais (regulamentos, decretos etc.), leis (e códigos), Constituição, jurisprudência interna, tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos) e jurisprudência interamericana.

Por fim, o *universalismo* – a “quarta onda” evolutiva do Direito e da Justiça –, também afirmado a partir de 1945, traz em seu bojo as normas supraconstitucionais (supranacionais) que devem ser cumpridas pelos países

² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, pp. 15-20.



em geral. Exemplo típico de tribunal universal (e, portanto, supraconstitucional) é o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma de 1998, que passou a ter existência a partir de julho de 2002. Todos, a partir do universalismo, passamos a ter necessidade de saber: fontes infralegais, leis (e códigos), Constituição, jurisprudência interna, tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos), jurisprudência interamericana e o direito universal (normas universais e jurisprudência das cortes universais).³

A partir de todas essas modificações ocorridas no Direito a partir do segundo pós-guerra é preciso reconhecer que o positivismo legalista (kelseniano) está morto e deve ser sepultado. Ninguém mais pode estudar o direito só parcialmente. Esse primeiro modelo de Direito (legalista) foi um avanço no seu tempo (século XIX e até meados do século XX). Mas hoje é incompleto e está totalmente desatualizado (além de poder ser sobejamente injusto).

O Direito já não é fruto de um processo meramente lógico-dedutivo (premissa maior, premissa menor e conclusão, da regra abstrata ao caso concreto). Ao contrário, é decorrência de uma interação (ponderação, diálogo) permanente entre as regras e os princípios, entre o Direito interno e o externo, entre a legalidade e a constitucionalidade, entre a legalidade e a convencionalidade da norma, entre a legalidade e as fontes infralegais, entre a letra da lei e os valores em jogo em cada caso concreto.

O Direito atual deixou de ser lógico (formal) para se transformar em axiológico (busca do justo mediante a ponderação de valores), deixou de ser somente legalista para interagir (“dialogar”) com as novas ondas (fontes) do Direito (constitucionalismo, internacionalismo e universalismo).⁴ Ele se tornou muito mais complexo, é verdade, mas nunca como agora reuniu tantas condições para ser justo (em cada caso concreto). Do método da mera *subsunção* passamos para o método da *ponderação* (ou seja: ponderação de todos os valores em jogo para fazer prosperar o de maior relevância em cada caso concreto).

³ Para detalhes, v. GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Direito supraconstitucional...**, cit., pp. 123-148.

⁴ Cf. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, in **Recueil des Cours**, vol. 251 (1995), p. 259.



3 AS SETE FONTES NORMATIVAS DO DIREITO

Como decorrência das ondas evolutivas analisadas no item anterior, conhecer o Direito (doravante) significa conhecer todas as suas fontes, que (repita-se) são as seguintes: (a) fontes infralegais (decretos, resoluções, regulamentos etc.); (b) leis (e códigos); (c) Constituição e jurisprudência interna que cuida da conformidade constitucional de todo o sistema jurídico; (d) tratados internacionais (especialmente os que versam sobre direitos humanos) e jurisprudência internacional (sobretudo a do sistema interamericano de direitos humanos); e (e) Direito universal (normas supraconstitucionais e a jurisprudência dos tribunais universais – v.g., o TPI).

Mais especificamente, são *sete* as fontes do Direito pós-moderno que “dialogam” entre si: 1) fontes infralegais; 2) leis e códigos; 3) Constituição e jurisprudência interna; 4) tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos); 5) jurisprudência internacional; 6) Direito supraconstitucional (universal); e 7) jurisprudência das cortes universais.

Como destaca Erik Jayme, o fenômeno mais importante da pós-modernidade jurídica é o fato de que todas essas fontes “dialogam” umas com as outras, não se excluindo mutuamente. Segundo ele, as normas de direitos humanos, as Constituições, as convenções internacionais e os sistemas nacionais “não se excluem mutuamente”, mas, ao contrário, “falam” entre si, devendo os juízes “coordenar essas fontes e escutar o que elas dizem”.⁵

Assim, o ensino do Direito – no atual Estado Constitucional e Humanista de Direito – não pode ignorar nem deixar de estudar essas várias fontes e seu “diálogo”. Ora, não é incomum que o estudante de Direito conclua seu curso tendo noções apenas rudimentares (quando as tem) sobre a necessária articulação entre tais fontes normativas. A prioridade, no ensino jurídico sobretudo do Brasil, é dada para o plano da legalidade que, de acordo com o positivismo legalista (formalista), seria o único objeto da Ciência Jurídica. Estão sendo esquecidos os níveis normativos supraleais. Esse modelo kelseniano (ou positivista legalista ou positivista clássico) de ensino do Direito, consoante Ferrajoli, confunde a *vigência* com a *validade* da lei, a *democracia formal* com a *substancial*, não ensina a verdadeira função do juiz no Estado Constitucional (e Humanista) de Direito, não desperta nenhum sentido crítico no jurista e, além de tudo, não evidencia com a profundidade necessária o

⁵ JAYME, Erik. Idem, *ibidem*.



sistema de controle de constitucionalidade (e de convencionalidade) das leis.⁶

Daí o desabafo (real e franco) de Cançado Trindade, com o qual compartilhamos, bem colocado nos seguintes termos:

“É lamentável que o estudo do Direito em nossos dias tenda a reduzir-se a uma mera leitura do Direito positivo. Os positivistas, no campo do Direito, e os chamados ‘realistas’, no campo das Ciências Sociais, têm-se mostrado indiferentes a preocupações como as aqui assinaladas [preocupações relativas aos direitos humanos], e invariavelmente subservientes ao poder, à ordem estabelecida – nos planos nacional e internacional – em determinado momento histórico.”⁷

O equívoco metodológico-científico do positivismo legalista decorre do pensamento do Estado Moderno, da Revolução Francesa, dos códigos napoleônicos, que deram origem à confusão entre a lei e o Direito. A lei, no entanto, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, foi destronada (mas não perdeu totalmente o seu valor). Quando incompatível com a Constituição ou com um tratado internacional, especialmente de direitos humanos, ela não vale. Quando conflita com o Direito universal, do mesmo modo não possui validade (e, conseqüentemente, eficácia). Cuida-se de lei vigente, mas totalmente *inválida*.⁸

Diferentemente do que pensava Rousseau, o legislador da lei ordinária não é infalível e nem sempre representa a vontade geral. Ao contrário, com frequência atua em favor de interesses particulares (e, às vezes, até escusos). Daí o acerto da tese de que a lei vigente assim como todos os atos do Poder Legislativo, para serem válidos, têm que ter concordância com todas as normas que lhe são superiores (constitucionais, internacionais e universais). Dezenas ou centenas de déspotas juntos (no Parlamento), dizia Jefferson, são tão opressivos quanto um único só (do antigo modelo monárquico).

Passamos do modelo de justiça “legal” para os modelos “constitucional”, “internacional” e “universal”: o objetivo central dessa constante

⁶ V. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías...**, cit., pp. 15-20.

⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, vol. 3. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 375.

⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías...**, cit., pp. 15-17.



evolução não é outro senão a criação de uma arquitetura (desenhada pelo Estado Constitucional e Humanista de Direito) que possa proteger com a maior efetividade possível os direitos (humanos) fundamentais (assim como evitar os desvios que conspurcam contra eles). Esse, aliás, é o papel das “garantias”: o de maximizar a tutela dos Direitos e dos valores que sustentam o Estado Constitucional e Humanista de Direito. De qualquer modo, parece certo que não existe nenhum sistema totalmente garantista (ou seja: o garantismo só pode ser enfocado com graduações). Há uma certa distância (e isso é visto com certa normalidade) entre o “dever ser” e o “ser”: a função primordial do modelo de Estado citado consiste em diminuir o máximo possível esse distanciamento (transformando a normatividade em efetividade, como diz Ferrajoli). O Estado Constitucional e Humanista de Direito é uma nova síntese (que certamente vai se transformar em tese, que será rebatida por uma antítese e assim nascerão outras sínteses) cuja pretensão é constituir (ao mesmo tempo) um “ser” e um “dever ser”, que assume uma série de fins, elementos, valores e exigências e que aspira dirigir os ordenamentos jurídicos e políticos do presente e do futuro. Essa nova síntese não segue a cartilha monista kelseniana, que não admite a separação entre o Estado e o Direito (o Direito é o que o Estado diz que é). Ao contrário, parte-se agora da premissa de que o Direito é *limitação* ao Estado (que o Estado não pode se separar do Direito se quer exercer seu poder com legitimidade; e que o Estado tem que seguir as formas do Direito, porque forma também é garantia).

O Poder Político (Executivo e Legislativo) tem no Direito um instrumento e um limite (das suas possibilidades de atuação). O Poder Político é limitado (ou deve ser limitado) pelo Poder Jurídico, sob pena de perpetuação dos abusos e do arbítrio (ou mesmo dos descumprimentos dos imperativos sociais e econômicos ou dos valores que fundamentam nossa República). Não existe órgão “soberano” (absoluto, ilimitado) dentro do novo modelo de Estado que se propõe.⁹ Todo poder encontra seus limites no Direito e na razoabilidade: governo “*per leges*” (exercido *por meio* da lei) e “*sub leges*” (sob *o império* da lei, da constituição e dos tratados internacionais).

Se nos fosse permitida uma comparação simplificadora, diríamos que o novo Estado Constitucional e Humanista de Direito é como uma cebola, porque deve ser compreendido por camadas. No Estado legalista de Direito

⁹ Cf. GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional...**, cit., pp.188-198.



o Estado foi submetido (formalmente) à lei e o juiz também seguia essa mesma lei (a preponderância era do Parlamento). O Parlamento não tinha nenhum fiscal. No Estado Constitucionalista de Direito surgiram novos limites (novas formas jurídicas) ao Estado: agora são os juízes que devem fiscalizar o enquadramento dos atos públicos nas formalidades jurídicas (o dono último do Direito passou a ser o juiz). Entendeu-se que o Judiciário seria “o ramo menos perigoso” (*the least dangerous branch*) dos poderes do Estado para resolver esses tipos de problemas.¹⁰ No Estado Internacional de Direito (assim como no universalismo) outros limites mais foram impostos (ou seja: novas formas jurídicas foram criadas) ao Estado e também aos juízes locais. Para que essas novas formas jurídicas (internacionais) sejam seguidas rigorosamente pelo Estado e pelos juízes internos, outros juízes (agora internacionais) foram concebidos: no nosso caso, são os magistrados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (e paralelamente os membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos). E os juízes internos passaram a ter o dever de conhecer o que é decidido por esses juízes interamericanos.

Já não é o rei que faz o Direito (*rex facit legem*), já não é o legislador interno que (isoladamente) faz o Direito (Zagrebelsky), já não é apenas o juiz local que faz o Direito: o Direito agora é feito também pelos juízes internacionais, que são os fiscais da observância das formas jurídicas humanistas desenhadas pelos tratados internacionais de direitos humanos. A velha imagem da legalidade (a lei é geral, abstrata, decorre da vontade geral e legitima todos os atos de poder) foi substituída por outra imagem (outra forma jurídica): a lei (ou qualquer outro ato legislativo ou ato público em geral) só vale quando compatível com as demais normas jurídicas superiores. Como se falou, centenas e centenas de déspotas reunidos no Parlamento podem ser mais tiranos que um único monarca (como dizia Jefferson). Lembre-se novamente que todo o nazismo foi desenvolvido dentro da “legalidade”.

As novas formas jurídicas (típicas do Estado Constitucional e Humanista de Direito) contam com a pretensão de controlar todos os atos dos poderes estatais, assim como a própria produção legislativa (tanto do Legislativo, como do Judiciário, por meio das súmulas vinculantes). Cada onda evolutiva significa uma refundação do Estado, do Direito e da Justiça. Agora, todos os poderes estatais acham-se submetidos a uma pluralidade de formas

¹⁰ Cf. BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986, 303p.



jurídicas, que são cuidadas por organismos internacionais de proteção dos direitos humanos nos contextos regionais (interamericano, europeu e africano).

De outro lado, no Estado Constitucional e Humanista de Direito nem tudo o que a maioria decide (democracia formal) é democrático (do ponto de vista substancial), porque o democrático (substancialmente falando) só pode ser o que tutela de forma efetiva os direitos (humanos) fundamentais (ou o que evita os desvios desses direitos). Nem todas as decisões das maiorias parlamentares são democráticas. A Lei de Anistia aos torturadores pode constituir um bom exemplo disso.¹¹

O modelo de Estado (de Direito e de Justiça) que alcançamos neste princípio do século XXI nada mais representa que um instrumento limitado, vinculado e funcionalmente orientado à garantia dos direitos, especialmente dos direitos humanos (Peña Freire). Todos os atos públicos devem seguir essa orientação: a de fazer preponderar os direitos (humanos) fundamentais. Os atos que se desviam dessa finalidade devem ser fiscalizados e glosados pelo Poder Jurídico. E se retratam uma violação de direitos humanos devem ser fiscalizados e sancionados tanto internamente como externamente, pelos órgãos internacionais de proteção. Os agentes de qualquer um dos poderes da República não podem cometer abusos, não podem transformar prerrogativas em privilégios, não podem transformar a coisa pública em coisa privada, não podem desviar os interesses públicos para interesses pessoais.

Enfim, a interferência do Poder Judiciário nos demais poderes, para alcançar obediência irrestrita às formas jurídicas assim como aos valores fundantes do Estado, não constitui abuso, mas sim faz parte da imunologia inerente ao sistema democrático. Esse mesmo Poder Judiciário tem que (doravante) conhecer e aplicar as várias fontes em diálogo do Direito pós-moderno: 1) fontes infralegais; 2) leis e códigos; 3) Constituição e jurisprudência interna; 4) tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos); 5) jurisprudência internacional; 6) Direito supraconstitucional (universal); e 7) jurisprudência das cortes universais.

¹¹ V. PILLAY, Navi. O direito de conhecer a verdade, in **Jornal Folha de São Paulo**, Caderno "Tendências e Debates" de 06.08.2010, p. A3.



4 A NOVA PIRÂMIDE NORMATIVA DO DIREITO E SUAS QUATRO DIMENSÕES

A terceira grande modificação pela qual tem passado o Direito de nossos dias (refletindo especialmente no Direito Internacional) diz respeito à reorganização de sua pirâmide normativa.

A noção de pirâmide jurídica nos remete prontamente para a questão da existência ou não de hierarquia entre as várias normas que compõem o nosso ordenamento jurídico. No Direito brasileiro, antes do desenvolvimento do movimento universalista (que retrata a quarta onda da evolução do Estado, do Direito e da Justiça) já eram admitidas normas legais, constitucionais e internacionais. Elas possuem o mesmo valor ou contam com hierarquias distintas?

Até bem pouco tempo atrás, em nosso país, só se reconhecia hierarquia superior (distinta) para as normas constitucionais. Nossa pirâmide jurídica, destarte, era composta de (apenas) dois níveis: (a) fontes infralegais e leis ordinárias (e os tratados internacionais) na posição inferior e (b) Constituição na parte superior. Nada havia entre a Constituição e as leis.

A propecta jurisprudência do STF (com origem nos anos 70 do século XX, no conhecido *RE 80.004/SE*) consolidava essa construção ao dizer que os tratados internacionais (inclusive os de direitos humanos) valiam tanto quanto a lei, por força do chamado *sistema paritário*.¹² Na doutrina não havia unanimidade sobre o tema. Foi, no entanto, a jurisprudência do STF que sedimentou a posição conservadora de que as leis ordinárias e os tratados ocupariam o mesmo patamar jurídico (inferior) no que concerne à hierarquia das normas. Normas superiores eram apenas as constitucionais. Esquemáticamente a nossa pirâmide jurídica (tal como desenvolvida por Kelsen e aceita pelo STF) estava assim constituída: (a) fontes infralegais e leis ordinárias e tratados internacionais na base da pirâmide; e (b) Constituição na parte superior.

Essa clássica estrutura da nossa pirâmide jurídica (ou seja: essa forma de compreender o Direito sob a ótica legalista positivista ou civilista contratualista) está (hoje) absolutamente superada. Embora ainda ensinada

¹² Sobre essa jurisprudência, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas, in **Revista de Informação Legislativa**, ano 39, nº 154, Brasília, abr./jun./2002, pp. 15-29.



(equivocadamente) em algumas Faculdades de Direito, essa antiga pirâmide kelseniana foi definitivamente sepultada pelo STF no (já referido) julgamento do dia 3 de dezembro de 2008 (RE 466.434/SP), quando finalmente a Suprema Corte modificou o seu antigo (e equivocado) entendimento. A partir desta data a nossa pirâmide jurídica passou a contar com três níveis: (a) na base acham-se as fontes infralegais e leis ordinárias; (b) acima delas, com valor supralegal, os tratados de direitos humanos e (c) no topo encontra-se a Constituição. No que diz respeito aos demais tratados (tratados comuns), sua supralegalidade está assegurada pelo art. 27 da Convenção de Viena.

No julgamento histórico de dezembro de 2008 o STF, contrariando grande parte da doutrina brasileira, admitiu (apenas) o valor *supralegal* aos tratados de direitos humanos (ratificados pelo Brasil e devidamente incorporados no Direito interno).¹³ Essa é a regra atual. Excepcionalmente um tratado de direitos humanos pode ingressar no sistema brasileiro com equivalência de Emenda Constitucional (desde que aprovado por *quorum* qualificado – três quintos dos votos em dois turnos em cada Casa Legislativa – CF, art. 5º, § 3º).

Duas correntes se formaram no citado julgamento (defendidas, respectivamente, pelo Min. Gilmar Mendes e pelo Min. Celso de Mello): preponderou a primeira, reconhecendo o valor *supralegal* para os tratados de direitos humanos, com ressalva daqueles que são aprovados por maioria qualificada (nos termos do § 3º, do art. 5º, da CF). A segunda tese defendeu o nível *constitucional* dos tratados de direitos humanos, independentemente de aprovação qualificada pelo art. 5º, § 3º, da Constituição. Dentro dessa categoria de tratados de “direitos humanos” incluem-se todas as normas internacionais de proteção ao meio ambiente.

Ocorre que a tese da *supralegalidade* dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada (conforme defendida pelo Min. Gilmar Mendes, no RE 466.343-1/SP) acabou por regular assuntos *iguais* de maneira totalmente *diferente* (ou seja, desigualou os “iguais”), em franca oposição ao princípio constitucional da *isonomia*.¹⁴ De qualquer maneira, é certo que nossa pirâmide jurídica sofreu alteração, passando a contar com

¹³ Para críticas, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Curso de direito internacional público**, 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2010, pp. 334-346.

¹⁴ V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: RT, 2009, pp. 91-92.



três níveis.

Ao menos já se pode dizer que o Estado brasileiro já não é só (a partir da perspectiva aberta pelos votos referidos, que foram acompanhados por outros sete Ministros) apenas um Estado de Direito Constitucional: depois do histórico julgamento do STF ele passou a ser reconhecido também como um Estado de Direito onde tem relevância ímpar o Direito Internacional.

Essa nova pirâmide normativa, concebida a partir de algumas decisões do STF,¹⁵ é bem distinta daquela que, normalmente, sob os auspícios de Kelsen, ainda continua sendo citada por alguns doutrinadores.

Do plano da equivalência com a legislação ordinária (teoria da paridade) o Direito Internacional dos Direitos Humanos passou a ocupar uma posição hierárquica superior, no mínimo supralegal. Cinco votos foram proferidos nesse sentido (tese de Gilmar Mendes). Outros quatro reconheceram a constitucionalidade (nível constitucional) de tais tratados (tese do Min. Celso de Mello), tal como sempre defendemos. De qualquer maneira, são nove votos em favor da distinção do Direito Internacional dos Direitos humanos (no sentido de que eles valem mais do que o Direito ordinário).¹⁶ Por força do art. 27 da Convenção de Viena de 1969 também foram distinguidos os tratados comuns.

Tudo isso somado só leva a crer que já não se pode estudar, ensinar ou aplicar o Direito sem conhecer (também) o Direito Internacional Público, especialmente o seu ramo chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A novidade que agora se apresenta diz respeito ao Direito universal, que conta com normas supraconstitucionais. Como se disse, o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma de 1998, constitui exemplo marcante do que estamos falando. Cuida-se de um tribunal supranacional e supraconstitucional. Suas normas derogam (superam) todo tipo de norma do Direito interno com elas incompatível. Ou seja, não se pode invocar o Direito interno para se descumprir o Estatuto de Roma (que atribui ao TPI competência para julgar crimes macro-políticos como o genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crimes contra a paz etc.).¹⁷ Nem todas

¹⁵ V. HC 87.585-TO, RE 466.343-1/SP, HC 90.172-SP e HC 88.420-PR.

¹⁶ Dois Ministros não participaram do julgamento.

¹⁷ Sobre o TPI, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro**, 2ª ed. rev., atual e ampl., São Paulo: RT, 2009.



as garantias asseguradas nas Constituições internas foram contempladas no referido Estatuto que, aliás, prevê uma série de institutos (aparentemente) conflitantes com as Cartas Magnas dos Estados “soberanos” (prisão perpétua, entrega do nacional, relativização da coisa julgada etc.). Considerando-se que são normas supraconstitucionais, não há que se invocar o Direito interno para afastar a sua aplicação (nos termos do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969).¹⁸

Com o advento do universalismo (quarta onda do Direito e da Justiça) nossa pirâmide jurídica passou a contar com quatro níveis: (a) leis ordinárias; (b) tratados internacionais, especialmente de direitos humanos (salvo quando aprovados por *quorum* qualificado nos termos do § 3º, do art. 5º, da CF); (c) Constituição e tratados de direitos humanos aprovados com *quorum* qualificado; e (d) normas supraconstitucionais (como é o caso do Estatuto de Roma do TPI). Se levarmos em conta as fontes infralegais temos então cinco níveis.

Conhecer o Direito, na atualidade, significa então conhecer todas as suas fontes, que são: (a) fontes infralegais (decretos, resoluções, regulamentos etc.); (b) leis (e códigos); (c) Constituição e jurisprudência interna; (d) tratados internacionais (especialmente os que versam sobre direitos humanos) e jurisprudência internacional; e (e) Direito universal (e sua jurisprudência).

Mais particularmente, quatro são as ondas evolutivas do Direito, do Estado e da Justiça (*legalismo, constitucionalismo, internacionalismo e universalismo*) e sete são as fontes normativas do Direito que se dialogam: 1) fontes infralegais; 2) leis (e códigos); 2) Constituição e jurisprudência interna; 4) tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos); 5) jurisprudência internacional; 6) direito supraconstitucional (ou universal); e 7) jurisprudência dos tribunais universais.

Na ordem ascendente temos: 1) fontes infralegais (decretos, resoluções, regulamentos etc.); 2) leis (e códigos); 3) tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos, salvo quando aprovados com *quórum* qualificado; 4) constituição e tratados internacionais aprovados com *quórum* qualificado; 5) jurisprudência interna (constitucionalizada); 6) jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos; 7) sistema jurídico universal

¹⁸ Para detalhes, v. GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Direito supraconstitucional**..., cit., pp. 123-148.



e sua jurisprudência.

O modelo kelseniano (ou positivista legalista ou positivista clássico) de ensino do Direito, que confunde a vigência com a validade da lei e a democracia formal com a substancial, não ensina (como já se falou) a verdadeira função do juiz no Estado Constitucional e Humanista de Direito, além de não despertar a mínima sensibilidade no jurista.¹⁹ Também não evidencia com toda a profundidade necessária os sistemas de controle de constitucionalidade e (mais recentemente) de convencionalidade das leis no país.

5 OS SEIS TIPOS DE CONTROLE DA PRODUÇÃO NORMATIVA DOMÉSTICA NO DIREITO

A quarta característica mais marcante do Direito em geral (e do Direito Internacional, em particular) na pós-modernidade diz respeito às plúrimas formas de controle da produção normativa doméstica agora possíveis.

Até bem pouco tempo pensava-se que no Brasil havia apenas o controle *de constitucionalidade* como meio do controle da produção normativa doméstica. Isso mudou a partir da Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o já referido § 3º ao art. 5º da Constituição de 1988. A partir de então percebeu-se poder existir também entre nós o chamado controle *de convencionalidade* das leis (não obstante esse controle tenha surgido já com o texto original da Constituição de 1988 – na sua modalidade *difusa* –, nenhum jurista pátrio havia percebido ou pelo menos não havia divulgado isso).

O assunto foi ineditamente versado no Brasil na obra *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis* (Ed. RT, 2009) do coautor Valerio Mazzuoli. Em resumo, o que se ali se defende é que se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, e por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do Direito

¹⁹ V. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., pp. 15-20.



infraconstitucional. Nesse sentido, a tese defendida é no sentido de ser plenamente possível utilizar-se das ações do controle concentrado, como a ADIn (para invalidar a norma infraconstitucional por *inconvencionalidade*), a ADECON (para garantir à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), e até mesmo a ADPF (para exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais fundamentadas apenas no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5º, § 3º, da Constituição e em vigor no país. Então, pode-se dizer que os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado passam a servir de meio de controle concentrado (de *convencionalidade*) da produção normativa doméstica, para além de servirem como paradigma para o controle *difuso*. Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pela dita maioria qualificada, passam eles a ser paradigma apenas do controle *difuso* de convencionalidade (pois, no nosso entendimento, os tratados de direitos humanos não aprovados por tal maioria qualificada são *materialmente constitucionais*, diferentemente dos tratados aprovados por aquela maioria, que têm *status* material e *formalmente* constitucionais).

A tese de Valerio Mazzuoli ainda sustenta que quando o texto constitucional (no art. 102, inc. I, alínea *a*) diz competir precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a “guarda da Constituição”, cabendo-lhe julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ou a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, está autorizando que os legitimados próprios para a propositura de tais ações (constantes do art. 103 da Constituição) ingressem com tais medidas sempre que *a Constituição* ou *quaisquer normas a ela equivalentes* (como, *v.g.*, os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado) estiverem sendo violadas por normas infraconstitucionais. A partir da Emenda Constitucional 45/04, é necessário então entender que a expressão “guarda da Constituição”, utilizada pelo art. 102, inc. I, alínea *a*, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação. Assim, ainda que a Constituição silencie a respeito de um determinado direito, mas estando esse mesmo direito previsto em tratado de direitos humanos *constitucionalizado* pelo rito do art. 5º, § 3º, passa a caber, no Supremo Tribunal Federal, o controle concentrado de constitucionalidade (*v.g.*, uma ADIn) para compatibilizar a



norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado.²⁰

Assim, a conclusão a que chegou Valerio Mazzuoli é a de que todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte servem como paradigma ao controle de convencionalidade das normas infraconstitucionais, com as especificações que se fez acima: *a*) tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado (equivalentes às emendas constitucionais) são paradigma do controle concentrado (para além, obviamente, do controle *difuso*), cabendo, *v.g.*, uma ADIn no STF a fim de invalidar norma infraconstitucional incompatível com eles; *b*) tratados de direitos humanos que têm apenas “*status* de norma constitucional” (não sendo “*equivalentes* às emendas constitucionais”, posto que não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º) são paradigma apenas do controle *difuso* de convencionalidade. Ocorre que os tratados internacionais *comuns* (que versam temas alheios a direitos humanos) também têm *status* superior ao das leis internas (segundo o nosso entendimento, não ainda o do STF). Se bem que não equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns (como sempre defendemos, com base no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969) têm *status* supralegal no Brasil, posto não poderem ser revogados por lei interna posterior, como também estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação brasileira, dentre eles o art. 98 do Código Tributário Nacional (*verbis*: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”). Neste último caso, tais tratados (comuns) também servem de paradigma ao controle das normas infraconstitucionais, posto estarem situados acima delas, com a única diferença (em relação aos tratados de direitos humanos) que não servirão de paradigma do controle *de convencionalidade* (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle *de supralegalidade* das normas infraconstitucionais.²¹

Em outra obra, Valerio Mazzuoli esclarece o significado das expressões controle de constitucionalidade, de convencionalidade, de supralegalidade e de legalidade, nos seguintes termos:

²⁰ V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**, cit., p. 123.

²¹ V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Idem*, p. 128.



“É de boa técnica precisar o significado das expressões ‘constitucionalidade’, ‘convencionalidade’, ‘supralegalidade’ e ‘legalidade’ de acordo com a hierarquia que elas guardam no nosso sistema jurídico. Assim, os controles de ‘constitucionalidade’ e ‘convencionalidade’ dizem respeito à compatibilidade das normas do ordenamento interno com a Constituição e com os tratados de direitos humanos, respectivamente. A expressão ‘controle de convencionalidade’ fica reservada – repita-se – à compatibilidade das normas de Direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos, por terem eles índole e nível constitucionais. Já o controle de supralegalidade seria o exercício de controle que tem como paradigma os tratados internacionais comuns, que guardam nível de norma supralegal no Brasil. E, por último, o controle de legalidade em sentido estrito seria o realizado tendo como paradigma as leis ordinárias (ou complementares), que estão abaixo dos tratados internacionais comuns na hierarquia das normas do Direito brasileiro. Este último caso seria o relativo à compatibilização de um decreto em face de uma lei ordinária, por exemplo”²²

Portanto, como se pode facilmente perceber, no Brasil de hoje existem 6 (seis) tipos de controle da produção normativa doméstica, quais sejam: 1 – controle de legalidade; 2 – controle de supralegalidade; 3 – controle de constitucionalidade difuso; 4 – controle de constitucionalidade concentrado; 5 – controle de convencionalidade difuso; e 6 – controle de convencionalidade concentrado.

O que isto tudo significa? Significa que o arsenal que se tem para invalidar leis contrárias à Constituição ou aos tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) dos quais o Brasil faz parte é imensamente maior àquele existente até bem pouco tempo em nosso país. Mas significa também que os juízes brasileiros têm agora que aprender a lidar com essas convenções internacionais e a controlar a convencionalidade das leis que

²² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223.



com elas conflitem. No que tange às Convenções da OIT relativas a temas ambientais (como é o caso da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais) os Juízes do Trabalho têm a especial missão de entender o diálogo dessa normativa com as normas de Direito interno a fim de dar à parte o melhor direito no caso concreto. Enfim, isso tudo não pode (absolutamente) passar despercebido pelos operadores do Direito no Brasil.

6 DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Por fim, é ainda possível acrescentar às características acima estudadas uma última, relativa à superação do princípio da supremacia da Constituição pelo da supremacia da norma mais favorável (ou princípio *pro homine*), quando de trata de direitos humanos. Trata-se de uma enorme mudança de paradigma que se está a presenciar neste momento histórico em que os direitos humanos chegaram ao ápice da proteção estatal e internacional. Frise-se que o princípio *pro homine* (até então pouco conhecido dos operadores do Direito no Brasil) é amigo antigo da doutrina trabalhista, que sempre conheceu (e diga-se, em geral bem aplicou) o princípio da *primazia da norma mais favorável ao trabalhador*.

Como se sabe, no Estado de Direito constitucionalista vigorava, com todo esplendor, o princípio da supremacia da Constituição. Agora, a partir do Estado de Direito internacionalista (terceira “onda” evolutiva do Estado, do Direito e da Justiça) nota-se que aquele princípio não é absoluto quando se trata de direitos humanos. Na atualidade temos que admitir tanto a interpretação conforme à Constituição como a interpretação conforme os tratados de direitos humanos. Temos também de realizar o controle de constitucionalidade junto com o controle de convencionalidade das leis.²³

Claro que é absolutamente incontestável a superioridade normativa e jurídica da Constituição em face das leis internas. Ela é, ademais, a origem, a base ou o fundamento de todas as outras normas (do Direito interno). A Constituição possui força vinculante em relação ao legislador, ao intérprete e ao juiz. Nenhuma interpretação legal pode se afastar do seu quadro normativo

²³ Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, cit., pp. 123-128.



(ou axiológico). Interpretação conforme à Constituição significa interpretar todas as demais normas do ordenamento jurídico de acordo com as regras e princípios constitucionais. Essa é a forma correta de interpretação (não o contrário).

Assim, nenhuma norma ou ato jurídico interno pode conflitar com a Constituição, sob pena de invalidade. Ou seja, todas as normas e atos que entram em rota de colisão com a Constituição não são válidos (porque inconstitucionais) e devem ser afastados do mundo jurídico. As normas anteriores que entram em choque com ela não são (foram) recepcionadas (são inválidas); as posteriores são inconstitucionais (e devem ser declaradas inválidas).

No campo dos direitos humanos, no entanto, a supremacia não é necessariamente da Constituição (brasileira) e sim da norma *mais favorável* ao ser humano (em homenagem ao princípio *pro homine*). Esta norma mais favorável pode ser uma norma *internacional* ou *constitucional* ou até mesmo *legal*. O princípio da supremacia da Constituição, no âmbito dos direitos humanos, deve conviver com o princípio hoje reconhecido pelos tribunais regionais de direitos humanos (v.g., Corte Europeia de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos) chamado de princípio *pro homine* (que apregoa a supremacia da norma mais favorável ao ser humano).

Não bastasse essa novidade, outra ainda se apresenta e diz respeito a uma nova maneira de enxergar (e de tratar) o problema das relações do Direito interno com o Direito Internacional (dos Direitos Humanos).

Como é de conhecimento geral, no que diz respeito às relações do Direito interno com o Direito Internacional Público existem duas clássicas teorias: (a) a dualista e (b) a monista. Esta última, por seu turno, se subdivide (também na visão tradicional) em (b.1) monismo nacionalista e (b.2) monismo internacionalista.

Para a teoria dualista as duas ordens jurídicas (a interna e a internacional) são totalmente independentes (uma não interfere no âmbito da vigência ou validade da outra, nem estabelece relação de subordinação entre elas). Assim sendo, a norma internacional só pode ser aplicada no plano do Direito interno se for *internalizada* por um ato normativo típico do Direito interno (ao que se nominou de “teoria da transformação”). Essa doutrina, há muitos anos, já não é a acolhida no Direito brasileiro (e no Direito estrangeiro em geral).

As teorias monistas (diversamente) sustentam a unicidade da ordem jurídica (não haveria que se falar em várias ordens jurídicas, mas



em apenas *uma* ordem jurídica). Esta doutrina se subdivide em monista *nacionalista* e monista *internacionalista*. Para o monismo nacionalista a preponderância seria do Direito interno (ou seja, caberia ao Direito interno a discricionariedade de escolher qual das normas em conflito deveria prevalecer). Para o monismo internacionalista, por sua vez, a prevalência seria sempre do Direito Internacional frente ao Direito interno (essa, por sinal, é a clássica posição de Kelsen: o Direito interno deriva do Direito Internacional, que ocupa posição hierárquica superior).²⁴ Esta última é hoje a doutrina majoritária no Direito brasileiro. O sistema brasileiro, sem dúvida, adota esse modelo monista internacionalista.

Esta solução monista internacionalista tem ainda servido ao Direito Internacional Público tradicional, contando com o apoio da melhor doutrina (tanto no Brasil como no resto do mundo). Ocorre que quando em jogo o tema “direitos humanos” uma solução mais fluida pode ser adotada, posição essa que não deixa de ser *monista*, tampouco *internacionalista*, mas refinada com *dialogismo* (que é a possibilidade de um “diálogo” entre as fontes internacional e interna, a fim de escolher qual a “melhor norma” a ser aplicada no caso concreto).²⁵

Isso significa que em matéria de direitos humanos o mais adequado é falar em *monismo internacionalista dialógico*,²⁶ porque, nesse âmbito normativo, todas as normas jurídicas se dialogam, em razão de determinação do próprio Direito internacional, devendo prevalecer a norma mais favorável à proteção do Direito (ou da liberdade) do ser humano, por força do princípio *pro homine*.²⁷

Veja-se o que significa o monismo internacionalista dialógico e qual o seu fundamento jurídico:

“Quando as relações do Direito internacional com o Direito interno

²⁴ V. KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, in **Recueil des Cours**, vol. 14 (1926-IV), pp. 227-331.

²⁵ Sobre o dialogismo e sua aplicação às relações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**, cit., pp. 129-145.

²⁶ A locução é de MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, O monismo internacionalista dialógico, in **Revista Jurídica Consulex**, ano XIV, nº 324, Brasília, jul./2010, pp. 50-51.

²⁷ Sobre esse princípio, v. HENDERSON, Humberto, Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*, in **Revista IIDH**, vol. 39, San José, IIDH, 2004, pp. 71-99.



dizem respeito ao tema dos ‘direitos humanos’, a nossa proposta é que se adote o que chamamos de *monismo internacionalista dialógico*. O que isso significa? Significa que se é certo que, à luz da ordem jurídica internacional, os tratados internacionais *sempre prevalecem* à ordem jurídica interna (concepção monista internacionalista *clássica*), não é menos certo que em se tratando dos instrumentos que versam direitos humanos pode haver *coexistência* e *diálogo* entre essas normas e aquelas de Direito interno. Em outros termos, no que tange às relações entre os tratados de direitos humanos e as normas domésticas de determinado Estado, é correto falar num ‘diálogo’ entre essas mesmas fontes. E a autorização para que esse ‘diálogo’ exista provém dos próprios tratados de direitos humanos, que prezam sempre pela aplicação da norma *mais favorável* ao ser humano (v.g., na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, essa norma encontra-se no art. 29, alínea b).

“Perceba-se que a prevalência da norma internacional sobre a interna continua a existir, mesmo quando os instrumentos internacionais de proteção autorizam a aplicação da norma interna mais benéfica, visto que, nesse caso, a aplicação da norma interna, no caso concreto, é concessão da própria norma internacional que lhe é superior, o que estaria a demonstrar a existência sim de uma hierarquia, típica do monismo internacionalista, contudo muito mais fluida e totalmente diferenciada da existente no Direito Internacional tradicional (v.g., como está a prever o art. 27 da Convenção de Viena de 1969). Em outras palavras, a aplicação de uma lei ordinária (quando mais benéfica) em detrimento de um tratado de direitos humanos não deixa de respeitar ao princípio de hierarquia, pois proveio justamente de uma norma de interpretação do tratado (que consagra o ‘princípio da primazia da norma mais favorável ao ser humano’, ou ‘princípio internacional *pro homine*’) que lhe é hierarquicamente superior. Aqui se trata de uma hierarquia de valores, ou seja, *substancial* ou *material*, em contraposição à ultrapassada hierarquia meramente *formal*, de cunho intransigente.

“Em suma, o monismo internacionalista ainda continua a prevalecer nesta hipótese, mas com dialogismo. Daí a nossa proposta de um monismo internacionalista *dialógico*, quando o conflito entre as normas internacionais e internas se refira ao tema ‘direitos humanos’.

“Frise-se que essa ‘autorização’ – presente nas normas internacionais de direitos humanos para que se aplique a norma *mais favorável* (que pode ser a norma interna ou a própria norma internacional, em homenagem ao ‘princípio internacional *pro homine*’) – encontra-se em certos dispositivos desses tratados que nominamos de *vasos comunicantes* (ou ‘cláusulas de diálogo’, ‘cláusulas



dialógicas', ou ainda 'cláusulas de retroalimentação'), responsáveis por interligar a ordem jurídica internacional com a ordem interna. Esses vasos comunicantes retiram a possibilidade de antinomias entre um ordenamento e outro em quaisquer casos, fazendo com que tais ordenamentos (o internacional e o interno) 'dialoguem' e intentem resolver qual norma deve prevalecer no caso concreto (ou, até mesmo, se *as duas* prevalecerão concomitantemente no caso concreto) quando presente uma situação de conflito normativo.

"Por exemplo, tal cláusula de diálogo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) é o art. 29, alínea *b*. Essa 'via de mão dupla' que interliga o sistema internacional de proteção dos direitos humanos com a ordem interna (e que juridicamente se consubstancia em ditos *vasos comunicantes*) faz nascer o que também se pode chamar de *transdialogismo*. Essa, nos parece, é a tendência do Direito pós-moderno no que tange às relações do Direito Internacional (dos Direitos Humanos) com o Direito interno".²⁸

No que diz respeito ao direito interno uma claríssima norma de diálogo (ou "cláusula de diálogo") vem contemplada no art. 5º, § 2º, da nossa Constituição (que diz que os direitos expressos no seu texto não excluem outros provenientes dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte).

A prisão civil do depositário infiel constitui um bom exemplo do que foi afirmado acima. O STF, no citado *RE 466.343-SP*, desprezou todas as normas jurídicas internas que previam referida prisão (tanto normas legais como constitucional), para fazer valer a norma internacional mais favorável: o art. 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (que tem sintonia com o art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966). Nesse sentido confira a Súmula Vinculante 25 do STF, que entendeu ser ilegal a prisão civil de depositário infiel qualquer que seja a modalidade do depósito. No mesmo julgado o STF ainda reconheceu a força *supralegal* a todos os tratados de direitos humanos (e se estes forem aprovados com *quorum* qualificado passarão a ter força de Emenda Constitucional, por força do art. 5º, § 3º, da CF).

Na atualidade, tendo em conta a força dos tratados de direitos humanos (força *supralegal*, em virtude do que foi decidido no *RE 466.343-SP*),

²⁸ V., por tudo, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Direito internacional público: parte geral**, 5ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2010, pp. 82-84; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**, cit., pp. 166-167.



também devemos falar em interpretação conforme tais tratados. Nenhuma norma ou ato interno pode conflitar com um tratado internacional de direitos humanos (sob pena de invalidade). Assim, todas as normas e atos que entrem em rota de colisão com eles serão inconventionais e inválidos.

Impõe-se, doravante, distinguir com toda clareza o controle de constitucionalidade do controle de convencionalidade (das leis e dos atos normativos do poder público). Ambos conduzem à invalidade da norma ou ato incompatível com a Constituição ou com os tratados de direitos humanos em vigor no país.

7 A CRISE DA SOBERANIA

Em nenhuma outra época de toda existência da humanidade (essa é uma história que já conta com 6 ou 7 milhões de anos) nunca o Direito Internacional, em termos globais, foi tão reiteradamente lembrado e requerido. Paralelamente, também nunca foi tão forte a crise do conceito de soberania.

Depois que surgiu a ideia de “aldeia global”, que se correlaciona com a de sociedade telemática,²⁹ muitos (e agudos) são os conflitos que todo o planeta vem enfrentando (conflitos ambientais, criminalidade organizada mundial, crimes informáticos globais, disputas regionais no Oriente Médio, conflito Israel-Palestina, guerras protagonizadas pelos Estados Unidos, risco de proliferação nuclear no Irã³⁰ etc.).

Só uma ordem e uma Justiça internacionais, com competência ampla, poderia legitimamente direcionar esforços para a solução, final ou aproximada, desses conflitos internacionais. Nunca a humanidade (e o planeta Terra) necessitou tanto de uma Justiça e de uma ordem internacionais.

Ocorre que uma ordem e uma Justiça dessa natureza conflitam radicalmente com a ideia de “soberania externa” dos Estados nacionais, tal como tradicionalmente compreendida. Na Idade Média e até o princípio da formação do Estado Moderno (século XVII) a premissa reinante era a da *absoluta* soberania de cada Estado nacional (*suprema potestas superiorem*

²⁹ Cf. ECHEVERRÍA, Javier. **Los señores del aire: telépolis y el tercer entorno**. Barcelona: Ensayo, 1999.

³⁰ V., dentre outras, a *Resolução* do Conselho de Segurança da ONU nº 1.929/2010, que impôs sanções ao governo do Irã (acatada pelo Brasil pelo Decreto nº 7.259, de 10 de agosto de 2010).



non recognoscens: poder supremo que não reconhece outro acima de si). Mas essa forma autoritária (e totalmente independente) de governar cada nação está com os seus dias contados, pois o mundo moderno já não suporta as atrocidades praticadas pelos países potentes, em nome da lei do mais forte. Esse estado selvagem hobbesiano (o Leviatã), em que o ser humano aparece como o lobo do outro ser humano e em que vigora a velha regra da guerra de todos contra todos (*ius ad bellum; bellum omnis contra omnes*), tem que ceder espaço para um novo mundo, ambientado e teleguiado pela paz e pela proteção dos direitos humanos, tal como delineado pela Carta das Nações Unidas de 1945.

Conflitos como o da Coreia do Norte contra a Coreia do Sul, dos Estados Unidos contra o Iraque e de Israel contra os palestinos retratam o velho estado selvagem ou estado de natureza (ou seja: Estado não subordinado ao Direito Internacional, à Justiça internacional), em cujo modelo de organização vigora o estado de guerra permanente.

Luigi Ferrajoli, a propósito da soberania no mundo moderno, levantou três hipóteses de trabalho (três *aporias* ou *autocontradições*) que bem demonstram que o conceito de “soberania”, na pós-modernidade, só pode ser compreendido com contornos novos.³¹ Tais aporias, segundo Ferrajoli são:

a) *Primeira*: que a soberania é uma ideia pré-moderna de raiz jusnaturalista, que acabou servindo de base para a concepção positivista do Estado. Originalmente, a ideia de soberania estava vinculada com a pretensão de dar fundamento jurídico às conquistas do Novo Mundo (alguns autores europeus, diante da invasão de outros continentes pela Europa, desenvolveram a tese do Estado soberano para dar sustentação jurídica à sua existência). Com a noção original de soberania, portanto, confundem-se a desigualdade, a superioridade do europeu, o racismo, o expansionismo europeu, as guerras étnicas, a destruição do habitante natural das terras invadidas, a colonização, a exploração, a difusão de um modelo cultural europeu para outros continentes etc.

A partir do Estado liberal (final do século XVIII e início do século XIX) o Direito se confunde com esse Estado soberano, porque não existe Direito sem soberania; esse Direito, durante longo período (desde o Estado liberal burguês), foi, por seu turno, confundido com a lei; o Estado soberano (liberal) é o que tem poder de editar leis e as leis constituem o eixo do Direito; a isso

³¹ V., por tudo, FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y garantías...**, cit., pp. 125-175.



é que foi conduzido o positivismo legalista, em que vigora o “*auctoritas, non veritas facit legem*”, a confusão entre vigência e validade da lei (*quod principi placuit leis habet vigorem*).

b) *Segunda*: que a evolução histórica do conceito de soberania deu-se paradoxalmente: quanto mais a soberania interna era sufocada pela concepção do Estado constitucional e democrático de direito (normas constitucionais superiores, controle de constitucionalidade das leis etc.), mais saliente se tornava a noção de soberania externa, que foi historicamente mais contundente entre meados do século XIX até meados do século XX (guerra dos 30 anos, nazismo, fascismo etc.). Em nenhuma outra época foi tão marcante o princípio *suprema potestas superiorem non recognoscens*. Assim, a uma progressiva limitação do Estado em seu ambiente interno corria paralelamente uma progressiva ilimitação (absolutização) do Estado em suas relações externas.

Dois foram os processos concomitantes que deram origem ao Estado moderno (no século XVII): o da secularização (separação entre o Estado e a Igreja, entre o delito e o pecado, entre o Direito e a religião) e o da absolutização da soberania externa.

Internamente nascia o Estado de Direito liberal com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Cuidava-se de um Estado de Direito em que reinava a legalidade, a divisão de poderes, o respeito aos direitos fundamentais e limites ao Estado (isto é: restrição da soberania interna).

c) *Terceira*: do ponto de vista jurídico (do Direito) a ideia de soberania (interna ou externa) não se sustenta: há uma antinomia insolúvel entre soberania e direito. O Estado ou é de Direito ou é soberano.

Soberano é o Estado que não tem limites. Se o Estado é um Estado de Direito, ou seja, regido pelo Direito, isso significa que tem limites (internos e externos). Logo, soberania e direito são inconciliáveis.³²

No plano interno essa soberania estatal desapareceu com o surgimento do Estado Constitucional e Democrático de Direito. Na esfera internacional essa soberania começou a (definitivamente) terminar com a Carta da ONU de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que configuram duas certidões de nascimento do moderno Direito Internacional.

³² Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis, in **Revista de Informação Legislativa**, ano 39, nº 156, Brasília, out./dez./2002, pp. 169-177,



Assim, à medida que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais de direitos humanos, que diminuem a competência discricionária de cada parte contratante, eles *restringem* a sua soberania, e isto constitui uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, que aponta a prevalência da concepção monista internacionalista (mas impregnada de *dialogismo*) para a regência das relações entre o Direito Internacional e o Direito interno. Tal restrição encontra seus limites, internamente, na personalidade reconhecida do indivíduo e, externamente, no próprio Direito Internacional reconhecido por esses mesmos Estados. Por força desse reconhecimento, os Estados se auto-restringem em sua soberania, sem que possam, em seguida, juridicamente, libertar-se por um ato de vontade própria e exclusiva das obrigações a si mesmo impostas.

Tinha razão Kelsen quando, em 1920, sustentava a tese de que o conceito de soberania tinha que ser resolvido (ou seja: eliminado) de forma radical. Essa é a primeira revolução cultural que necessitamos, dizia. Antes de Kelsen outros autores já haviam propugnado pelo fim do conceito de soberania: entre eles, destacam-se Kant e Francisco de Vitória (que falavam na subordinação do Estado ao Direito Internacional).

A noção de soberania, aliás, nem é inerente à concepção de Estado. Surgiu da luta que os Estados nacionais tiveram que travar, externamente, contra a Igreja, que os pretendia colocar ao seu serviço, e contra o Império Romano, que os considerava como simples províncias; e internamente, contra os senhores feudais, que procuravam igualar-se com os Estados, atribuindo-se poder próprio, independente e autônomo. Sem embargo de desaparecidos os motivos que a determinaram, a concepção de soberania ainda subsiste, embora fragilizada pela pressão das necessidades históricas, notadamente pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que, reagindo incessantemente contra o seu conceito original, tal como identificado por Jean Bodin, acabou de fato por transformá-lo num adorno vazio de sentido.

Na atualidade o conceito de soberania externa entrou definitivamente em crise depois do nascimento da ONU e das duas certidões de nascimento do Direito Internacional pós-moderno já referidas, que são: Carta da ONU de 1945 e Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Os dois objetivos da humanidade passaram a ser: (a) o imperativo da paz e (b) a proteção dos direitos humanos. Como desdobramentos da última premissa surgem (a) o sistema global de proteção dos direitos humanos assim como (b) os sistemas regionais de proteção desses mesmos direitos.

A proteção dos direitos humanos deixou de ser uma questão



exclusiva e interna de cada Estado (“domestic affair”) para se converter numa questão de índole internacional (“international concern”).

O Direito Internacional deve ser levado mais a sério (como diz Dworkin). É nesse sentido que devem ser entendidas (a) a decisão do STF de 3 de dezembro de 2008, que passou a admitir força supralegal para os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil (RE 466.343-SP), dando nascimento a um novo modelo de Estado brasileiro, que estamos chamando de *Estado Constitucional e Humanista de Direito* e (b) a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (que ingressou formalmente no nosso Direito em 2009, dando *status* de norma supralegal a todos os tratados internacionais – de direitos humanos ou não – nos termos do seu art. 27).

Nenhum problema global da humanidade assim como nenhum valor do nosso tempo pode ser realizado (como enfatiza Ferrajoli) fora do horizonte do Direito Internacional (daí a pertinência e a necessidade imperiosa do seu estudo): a busca incessante pela paz, pela igualdade, pelo direito de liberdade e de subsistência, a proteção frente à criminalidade internacional, a defesa planetária do meio-ambiente, a tutela dos direitos fundamentais etc.: hoje tudo passa (ou deve passar) pelo Direito Internacional.

Assim, se existe noção alheia ao Direito Internacional esta noção é de soberania. É irreconciliável, por exemplo, o seu fundamento com a dinâmica internacional de proteção dos direitos humanos, o que implica necessariamente na abdicação ou afastamento da sua noção tradicional.

A verdadeira soberania deveria consistir numa cooperação internacional dos Estados em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, afastada a sua noção tradicional, aponta para a existência de um Estado não isolado, mas incluso numa sociedade e num sistema internacional como um todo; a participação dos Estados na sociedade internacional, protegendo e amparando os direitos humanos, esta sim, seguindo-se a trilha apontada por essa nova tônica das relações internacionais, deveria ser considerada um ato de soberania por excelência.

O ato de viver, na atualidade, já não é um acontecimento puramente natural, típico das sociedades naturais. O ato de viver hoje está condicionado pela economia mundial, pela preservação ambiental planetária, pelas tecnologias da era telemática, pelas políticas e culturas cada vez mais globalizadas etc. De outro lado, como bem sublinha Mario Sérgio Cortella (*Política para não ser idiota*) já não temos nossa *domus* (nossa casa), o que temos hoje (com nível de consciência cada vez mais alto) são *con-domínios*, porque viver é conviver, seja em sua casa, seja em sua rua, seja em sua cidade,



seja em seu país, seja no planeta. A vida humana (hoje mais do que nunca) é condomínio, é convivência, interna e internacional, e isso pressupõe regras, deveres, respeito ao próximo, respeito ao vizinho etc. Ninguém mais é soberano (ou não deve ser mais soberano), porque a velha ideia do *superanus* (aquele que está acima de todos e não se subordina a ninguém) perdeu espaço para outros conceitos como o de autonomia, que por sua vez está subordinada a outras ideias como convivência, condomínio etc.

A luta por um novo “constitucionalismo internacional”, que incremente as garantias jurisdicionais dos direitos fundamentais assim como a busca pela paz por intermédio do Direito são os novos horizontes dos juristas do século XXI, que devem lutar (como nos ensina Ferrajoli): (a) pela ampliação das competências dos tribunais internacionais, (b) pela obrigatoriedade universal das suas jurisdições, (c) pela acessibilidade aos tribunais, reconhecida também aos particulares e (d) pela efetividade dos tribunais penais internacionais (como é o caso do TPI).³³

8 CONCLUSÃO

O que se pode concluir do estudo que se acaba de realizar é que o Direito brasileiro passa agora por um momento novo em que seus instrumentos jurídicos ampliam-se para melhor proteger o ser humano. Ademais, o Supremo Tribunal Federal finalmente compreendeu a importância que têm os tratados de direitos humanos para a concretização dos direitos fundamentais no país. Se é certo que os avanços do Direito Internacional Público se fazem notar desde a Segunda Guerra Mundial, não é menos certo que os seus reflexos somente apareceram no Direito brasileiro há pouquíssimo tempo. Tudo isso é tão novo no Brasil que os nossos juízes e tribunais (bem assim a nossa doutrina) ainda não se aperceberam de todos esses avanços, sequer que as fontes do Direito não se resumem mais às fontes infralegais e leis, aos códigos e à própria Constituição, indo hoje muito mais além, para também albergar os tratados internacionais (especialmente os de direitos humanos) em vigor no país, bem assim a jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos (em especial, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que nos afeta diretamente).

³³ V. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, cit., p. 153.



Hoje, o Direito da pós-modernidade passa por novas “ondas” evolutivas (destacando-se as ondas *internacionalista* e *universalista*) e conta com muito mais fontes do que contava até pouco tempo (as fontes atuais do Direito são plúrimas). Ademais, não há mais somente o controle de constitucionalidade como parâmetro de controle da produção normativa doméstica, contando a nossa ordem jurídica também com o controle de convencionalidade das leis (nas modalidades *difusa* e *concentrada*). Para além disso, existe ainda o controle de suprallegalidade (que tem como paradigma de controle os tratados internacionais comuns) e o controle de legalidade (compatibilização de um decreto com uma lei, *v.g.*). Por fim, foi possível perceber que o princípio da supremacia da Constituição, em matéria de direitos humanos, cede espaço (na pós-modernidade jurídica) para o princípio da supremacia da norma mais favorável ao ser humano (também chamado de princípio *pro homine*, que não deixa de ser garantido pela nossa Constituição – art. 4º, inc. II, que fala da “prevalência dos direitos humanos” enquanto princípio norteador das relações internacionais do Brasil).

Ao assimilar todas essas características do Direito pós-moderno o jurista do terceiro milênio estará melhor preparado (e terá mais armas) para defender e proteger os direitos humanos. É só abrindo os olhos para essa nova realidade que se pode conseguir *proteger mais* os direitos daqueles que necessitam. Ao jurista do terceiro milênio cabe transcender o ensino jurídico clássico, todo ele fundado no legalismo formalista ou positivismo legalista (que nasceu no final do século XVIII e começo do século XIX), para chegar à compreensão do Direito Internacional dos Direitos Humanos (e do Direito universal). Temos dois olhos exatamente para mirar as normas internas (lei, códigos e Constituição) com um deles e as normas internacionais (e universais) com o outro.

Que os juristas brasileiros em geral possam (para falar como Erik Jayme) compreender cada vez mais esse “diálogo das fontes” e escutar o que elas dizem! O STF abriu esse caminho vedando a prisão civil do depositário infiel (qualquer que seja a modalidade do depósito). Foi valorando as várias fontes normativas que o Supremo chegou à Súmula Vinculante nº 25 (que proíbe tal modalidade de prisão). Essa postura jurisprudencial histórica da nossa Corte Suprema descortinou um horizonte infinito que vista nenhuma conseguirá dimensionar.



REFERÊNCIAS

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

ECHEVERRÍA, Javier. **Los señores del aire: telépolis y el tercer entorno**. Barcelona: Ensayo, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. São Paulo: RT, 2010.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. **Revista IIDH**, vol. 39, San José, IIDH, 2004, pp. 71-99.

JAYME, Erik, **Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne**, *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), pp. 9-267.

KELSEN, Hans. **Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public**. *Recueil des Cours*, vol. 14 (1926-IV), pp. 227-331.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. **O STF e a anistia**. *Carta Forense*, nº 87, São Paulo, ago./2010, p. A4.

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

_____. **Direito internacional público: parte geral**, 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.



_____. **Curso de direito internacional público**, 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

_____. O monismo internacionalista dialógico. **Revista Jurídica Consulex**, ano XIV, nº 324, Brasília, jul./2010, pp. 50-51.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: RT, 2009.

_____. O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas. **Revista de Informação Legislativa**, ano 39, nº 154, Brasília, abr./jun./2002, pp. 15-29.

_____. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. **Revista de Informação Legislativa**, ano 39, nº 156, Brasília, out./dez./2002, pp. 169-177.

PILLAY, Navi. O direito de conhecer a verdade. **Jornal Folha de São Paulo**, Caderno "Tendências e Debates" de 06.08.2010, p. A3.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, vol. 3. Porto Alegre: Fabris, 2003.

GENERAL CHARACTERISTICS OF THE LAW (ESPECIALLY OF INTERNATIONAL LAW) ON THE THRESHOLD OF THE THIRD MILLENNIUM

ABSTRACT

This study aims to investigate the main features of Law in post-modernity. Many of these features have not yet been perceived by the Law operators in Brazil. This study intends to demonstrate the evolution of Law towards post-modernity



(through its “evolutionary waves”), the changes in the current regulatory pyramid, the types of control of domestic regulatory production and, last but not least, the overcoming of the principle of supremacy of the Constitution by the supremacy of the most favorable rule (*pro homine* principle).

Keywords: post-modern Law, sources of Law; legal pyramid; evolutionary waves of Law; normative control; internationalist dialogical monism; primacy of the most favorable rule.

