XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITO INTERNACIONAL I

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

SANDRA REGINA MARTINI

DANIEL OMAR VIGNALI GIOVANETTI

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597

DIREITO INTERNACIONAL I

[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Sébastien Kiwonghi Bizawu, Sandra Regina Martini, Daniel Omar Vignali Giovanetti – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-967-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Direito. 3. Internacional. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITO INTERNACIONAL I

Apresentação

O tema central do GT foi os limites e possibilidades da efetividade os direitos humanos no âmbito nacional e, em especial no âmbito internacional. Os temas perpassam pela expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a harmonização das regulações, jurisprudências. Os trabalhos apresentados destacaram fundamentos teórico metodológicos diferenciados, todos fundamentos teóricos válidos. Na apresentação dos trabalhos também aparece o tema das mudanças climáticas e das migrações, como novos desafios para o mundo sociojurídico. Além de abordagens teóricos, também foram mencionadas relevantes pesquisas empíricas, corroborando com um debate sobre a hierarquia dos direitos. Temas inovadores apareceram como o da regulamentação das aeronaves não tripuladas.

NEOCONSTITUCIONALISMO E TRATADOS INTERNACIONAIS - A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA NO DIREITO BRASILEIRO

NEOCONSTITUTIONALISM AND INTERNATIONAL TREATIES - THE EVOLUTIONARY INTERPRETATION IN BRAZILIAN LAW

Rogerio Luiz Nery Da Silva [1]

Resumo

O presente trabalho tem por tema o papel desempenhado pelo neoconstitucionalismo para a interpretação contemporânea de temas palpitantes do direito constitucional, como recorte faz-se modesta incursão na casuística na questão da mudança da compreensão da prisão civil por dívida. O problema de pesquisa se concentra compreender quais os desafios do neoconstitucionalismo para vencer a resistência das interpretações subsuntivas. A pesquisa se justifica pela complexidade interpretativa e pela riqueza de posições postas em debate ao longo de diversos anos até alcançar as atuais balizas. A pesquisa buscou se basear no método hipotético-dedutivo, pela análise documental de decisões sobre o caso do recorte assim como de pontos controvertidos pela melhor doutrina constitucionalista. Como resultado, o estudo permitiu vislumbrar o multifacetamento da discussão constitucional tradicional em contraste com a leitura neoconstitucional substantiva. Tem-se por justificados o problema de pesquisa e a pesquisa em si. A conclusão a que se pode chegar é de que a interpretação constitucional segue a merecer cada dia mais importância na solução de casos complexos – os hard cases. O trabalho se desenvolveu inicialmente pela dos tratados internacionais e pela casuísitica da prisão civil por dívida para finalmente se dedicar à análise do neoconstitucionalismo e concluir sobre suas contribuições ao constitucionalismo contemporâneo e a evolução do status dos tratados internacionais de direitos humanos para o nível de supralegalidade.

Palavras-chave: Direito constitucional, Direito international, Direito dos tratados, Direitos humanos, Neoconstitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

This paper focuses on the role played by neoconstitutionalism in the contemporary interpretation of pressing issues in constitutional law. As a summary, a modest incursion into the case law on the issue of changes in the understanding of civil imprisonment for debt is made. The research problem focuses on understanding the challenges faced by neoconstitutionalism in overcoming the resistance of subsumptive interpretations. The research is justified by the interpretative complexity and the wealth of positions put forward for debate over several years until reaching the current guidelines. The research sought to base itself on the hypothetical-deductive method, through documentary analysis of decisions on the case of the summary, as well as controversial points by the best constitutionalist

[1] Pós Doutor Université de Paris X; Doutor em Direito Público (UNESA); Professor da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)

doctrine. As a result, the study allowed us to glimpse the multifaceted nature of the traditional constitutional discussion in contrast to the substantive neoconstitutional reading. The research problem and the research itself are considered justified. The conclusion that can be reached is that constitutional interpretation continues to deserve more and more importance in the solution of complex cases – the hard cases. The work was initially developed through international treaties and the case law of civil imprisonment for debt, finally dedicating itself to the analysis of neoconstitutionalism and concluding on its contributions to contemporary constitutionalism and the evolution of the status of international human rights treaties to the level of supralegality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional law, International law, Traties law, Human rights, Neoconstitucionalism

Introdução

O presente trabalho tem por tema o papel desempenhado pelo neo-constitucionalismo para a interpretação contemporânea de temas palpitantes do direito constitucional; como recorte propõe-se uma singela incursão sobre o estudo da casuística da questão da mudança da compreensão da prisão civil por dívida operada no Brasil. O problema de pesquisa se concentra compreender qual a efetiva contribuição do neo-constitucionalismo para ultrapassar a resistência das intrepretações subsuntivas em favor de decisões substancialistas de viés pós-positivista. A pesquisa se justifica pela complexidade interpretativa e pela riqueza de posições postas em debate ao longo de diversos anos até alcançar as atuais balizas

A pesquisa buscou adotar o método hipotético-dedutivo, pela análise documental de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, do destaque aos pontos controvertidos aventados pela melhor doutrina constitucionalista. A pesquisa se justifica em razão da necessidade de estabelecer pontos de referência seguros, como balizas de segurança jurídica aos debates em torno de questões de direitos humanos e a [cerca da postura do Brasil e sua jurisdição em respeito aos diplomas internacionais multilaterais tanto em matéria constitucional fundamental social, como em outras matérias de recorte material político-econômico.

Como resultado, identificou-se o multifacetamento da discussão constitucional tradicional, antes afeita a uma posição mais formalista e procedimentalista, em contraste com o advento de uma nova leitura neoconstitucional, apoiada em valores constitucionais de direitos fundamentais, mas, de certa forma, atenta também aos elementos essenciais à garantia da jurisdição constitucional pela efetividade da realização do controle de constitucionalidade, a partir dos possíveis desdobramentos decorrentes da discussão em torno da prisão civil do depositário infiel e do status dos tratados internacionais, notadamente os que tenham por matéria objeto os direitos humanos.

A conclusão a que se pode chegar é de que a interpretação constitucional segue a merecer cada dia mais importância na solução de casos complexos – os *hard* cases.

O trabalho se desenvolveu inicialmente pela dos tratados internacionais e pela casuísitica da prisão civil por dívida para finalmente se dedicar à análise do neoconstitucionalismo e concluir sobre suas contribuições ao constitucionalismo conteporâneo.

1. Os Tratados Internacionais

O direito internacional tem um histórico de identificação com o estabelecimento do estado-nação, como direito das gentes, com especial destaque para o surgimento do estado moderno, sua afirmação e consolidação para regrar ou convencionar as relações, primeiramente, entre estados (direito internacional público) e, depois, entre nacionais de um estado e as regras internas de outro estado (direito internacional privado).

Dentre as tantas fontes do direito das gentes, destacam-se os costumes e o direito co-legislado – o direito convencional, materializado pelo conteúdo dos tratados internacionais, que são fruto do *treaty-making power*, consistente dos debates e negociações entre governantes e diplomatas dos países

Os tratados internacionais, segundos variados critérios jurídicos e políticos, encontram sua categorização jurídica como institutos de legislação convencional, o que reflete no maior grau de integração alcançado pelos os Estados, organizações internacionais, blocos supranacionais, que atuam como atores de direito internacional público. Tal reconhecimento consagrado estimula cada vez mais a adoção desses instrumentos convencionais: tratados, convenções, pactos, cartas, protocolos internacionais, dentre vários outros matizes, consoante registra Velloso (2004, p. 38).

No Brasil, o *status* reconhecido aos tratados internacionais, quanto ao seu nível hierárquico, alcança sua maior discussão quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, perante o Supremo Tribunal Federal. O debate também considera o papel do Pacto de San Jose da Costa Rica e os efeitos que pode produzir sobre o ordenamento jurídico nacional, quanto aos direitos fundamentais.

No caso em debate, o tema da prisão do devedor fiduciante ou do depositário infiel como gênero assumiu papel central do recurso extraordinário n.º 466343/SP; em ampla análise, Mello (2006) analisara qual dos quatro possíveis níveis de *status* seria o mais adequado: a) de supremacia das convenções sobre a Constituição; b) a equivalência das convenções ao nível constitucional; c) a paridade normativa (até então adotada pelo STF) entre os tratados e a lei federal; ou d) a supralegalidade de determinados tratados, que os posicionaria superiormente às leis federais, mas inferiores à Constituição.

Para Mendes (2006), os tratados de direitos humanos são posicionados como supralegais, junto com as convenções, a desfrutar de uma posição intermediária acima das legislação ordinária nacional, mas, submissos à Constituição da República.

As diversas posições de "prevalência" ou de "equivalência" dos tratados em relação à Constituição, os equipara ao nível de emendas à Constituição. No caso da prisão civil por dívida, essa tese equivaleria a atribuir ao Pacto de San José o condão de suprimir parte do texto de 1988, que lhe é anterior à promulgação do Pacto, dada pelo Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992, a reduzir o conteúdo escrito pelo constituinte de 1988, quanto ao Art. 5º, inciso LXVII, caso se entendesse por suprimir a prisão civil de todas as espécies de depositários, quer judiciais – chamados "necessários", quer convencionais – ditos "por equiparação".

A tese da "prevalência" é antiga, mas pouco aceita, encontrando suporte na doutrina de Valadão (1971, p. 96), então, contraposto por Rezek (2000, p. 485) e, hoje, tem pouca projeção, em especial pelo clima de prudência que os tempos de globalização ou mundialização têm sugerido às nações.

Já a tese da "equiparação", tradicionalmente minoritária, vem conquistando espaço dia após dia, por sua forte argumentação neoconstitucional, de cunho humanista, mas encontra resistência de natureza também constitucional, apoiada na supremacia constitucional, hesitante à alterabilidade do conteúdo de seu texto, por documento de origem externa e para o qual não contribuíram os legisladores constituintes, quer originários, quer derivados.

Quanto à posição de "equiparação" entre a lei federal (legislação ordinária) e os tratados, sustentada por Brasil (1989, p. 35), abrem-se duas sub-hipóteses: a) o Pacto de San Jose da Costa Rica, tendo sido ratificado em 1992, terá derrogado o Dec-lei nº. 911/69, o que torna inviável exclusivamente a prisão do depositário convencional, ou seja, a hipóteses que fora criada pelo derrogado decreto e que desenhava a equiparação daquela hipótese de devedor à de depositário ou b) o Pacto não teria derrogado o referido Decreto, por ser o tratado, norma geral, enquanto o decreto é norma especial destinada a regular o Mercado de Capitais.

Como pela regra de especialidade, a norma especial não poderia ser derrogada por regra geral, o Pacto de San Jose da Costa Rica não teria tido o condão de derrogar o

Decreto, mantendo-se, portanto, intacta a previsão da equiparação e a decorrente prisão, mesmo para o devedor fiduciante. A segunda hipótese era, até então, a adotada pelo STF.

Desses arranjos interpretativos, ainda não se identificava nada de inspiração neoconstitucional, pois que se resumiam a identificar que o processo de aprovação congressual dos tratados se fez por decreto legislativo, portanto, conferindo-lhe status equivalente ao da lei ordinária, e a ela se equiparando. Configura um raciocínio interpretativo puramente técnico-comparativo, sem análise dos valores envolvidos, quer sob ótica axiológica, quer sob ótica teleológica – é um exercício puramente subsuntivo.

Por último, a partir das teses de Accioly (1956, p. 22-23) e Torres (2001, p. 507), a opção pela "supralegalidade", só mais recentemente acolhida em relação aos tratados de direitos humanos, especificamente, lançar-se-ia sobre a dupla hipótese criada pela tese da "equiparação"; resolvia-se a controvérsia, ao retirar de discussão o critério a ser utilizado na solução do conflito aparente de normas, quer fosse pela anterioridade da cronologia ou pela especialidade do tema, em razão da perda de objeto em debate, operada pela construção de solução intermediária por meio de *status* supralegal, conferindo prevalência aos tratados internacionais, quando em choque com o conteúdo de leis internas. Selava-se o fim da prisão do devedor fiduciante, sem, entretanto, se mesclar a discussão com a dos depositários infiéis judiciais ou necessários.

Acerca da antinomia entre tratados e e normas de direito interno, Rodas (1987, p. 43) registra as linhas mestras dos modelos ofertados por Triepel (dualismo), Kelsen (monismo radical) e Verdross (monismo moderado).

No modelo triepeliano, a ordem internacional e a ordem interna são duas esferas jurídicas que coexistem independentemente, segundo um modelo concêntrico e intangível – impassíveis de contato ou conflito entre si. Assim, para que uma norma internacional possa valer na esfera interna é necessário que a mesma sofra um processo de transposição por recepção, transformando-se em regra jurídica interna. Por essa razão só concebe conflito entre normas internas, solvível pelo *lex posterior derogat legi priori.*

No modelo kelseniano, compreende-se a existência de uma única ordem jurídica, restando negada a versão de coexistência de duas ordens jurídicas distintas; daí, tem-se a viabilidade do surgimento de conflitos entre normas internas e internacionais, ocupando o mesmo espaço de aplicação e colidindo pela disputa em torno da vigência.

O modelo verdrossiano parte de uma adaptação do de Kelsen, apresentando-se como uma versão "moderada" – o monismo moderado, segundo o qual "os juízes nacionais devem aplicar tanto o direito nacional quanto o internacional, de acordo com a regra *lex posterior derogat legi priori*, até então aceita pela jurisprudência americana e brasileira", do modo como trazido nas lições de Dolinger (1996, p. 71).

Acerca do princípio da prevalência dos tratados internacionais sobre o direito interno infraconstitucional, Velloso (2004, p. 38) registra a adoção pelas constituições da França, da Grécia e do Peru.

Segundo o autor, os Estados Unidos da América, atribuem ao tratado o mesmo *status* da "lei federal", mas sobreposto às "leis dos estados", prevalecendo o entendimento junto à Suprema Corte de que os tratados se reúnem à Constituição para compor[1] o que denominam *supreme law of the land*, pois os tratados se posicionam acima das leis dos estados.

No modelo americano, a lei federal posterior pode se sobrepor ao tratado para derroga-lo, assim como o tratado posterior à lei federal pode derrogar a lei federal que lhe seja anterior, sobre o mesmo conteúdo. Já a lei estadual pode ser superada pelo tratado, mas não tem o condão de derrogá-lo em conteúdo jamais, mesmo lhe sendo mais recente.

Sobre essa particularidade entre as leis federal e estadual, na visão de Rezek (1984), o tratado não pudesse ser repelido pela lei federal posterior, isso equivaleria a conferir-lhe *status* constitucional, ao contrário de legal. Tem-se, portanto, que a tese ou concepção de "supralegalidade" (RE 466.343-SP/2006. Rel. p/ Acórdão: Min. Mendes), ao tempo de Rezek, se apresentava inaceitável. A esse propósito bem justificaria uma visão panorâmica da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o status dos tratados internacionais, em relação ao direito interno.

2. Os Tratados segundo a compreensão histórica na jurisprudência do Brasil

Nos anos 1950, prevalecia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o primado do direito internacional sobre o direito interno, conforme sustentado pela doutrina de Valadão (1971, p. 96). Com a década de 1970, o Tribunal passou a adotar a equiparar os tratados à legislação ordinária com prevalência revogatória cronológica entre

[1] Interpretação dada à Constituição dos Estados Unidos da América, art. VI, 2, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

ambos – a paridade entre o tratado e a lei federal se iniciou em pelo RE 71.154-PR (Rel. Min. Oswaldo Trigueiro), mas só foi se notabilizar pelo RE 80004-SE[2] (Rel p/ Acórdão: Min. Cunha Peixoto), oportunidades em que se reconhecera a possibilidade da lei interna afastar a aplicação de tratados internacionais, enquanto perdurasse a sua vigência.

Na votação do recurso, destacou-se mais que o voto vencido (Min. Albuquerque) ou o voto que abriu a dissidência (Min. Cunha Peixoto), o voto do Min. Leitão de Abreu, ao pontuar que a lei posterior não revoga o tratado que lhe antecede, apenas afasta, enquanto em vigor, as normas que com ela se mostrem incompatíveis; ademais essas normas voltam a ter aplicabilidade quando revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas, o que restou confirmado, pois as normas referentes à LUG – Lei Uniforme de Genebra, anteriormente afastadas, voltaram a ser empregadas já em 1981.[3]

Velloso (2004, p. 39) assenta que de 1971 a 1997, a Egrégia Corte manteve seu entendimento pela equiparação dos tratados com a lei interna, anotada a prevalência desta última sobre aqueles, podendo, desde que posterior, suspender-lhes a eficácia, enquanto vigorasse.

Esta posição só foi modificada quanto ao entendimento, pelo advento do pedido de liminar na ADI nº. 1.480-3/DF, da relatoria do Min. Celso de Mello – julgada em 04 de setembro de 1997 –, em que se discutia a constitucionalidade formal da utilização da Convenção nº. 158 da OIT, para regular temas de direito do trabalho, objeto de reserva de lei complementar, sendo necessário avaliar seu status – se constitucional, legal complementar ou legal ordinária – para definir se teria a referida Convenção supostamente usurpado competência reservada (art. 7º, da CRFB), pretendendo estabelecer a reintegração automática ao emprego, nos casos de despedida desmotivada, entenda-se, sem "justa causa".

Consolidou-se o entendimento pela paridade normativa[4] entre os tratados e as leis ordinárias, só que, dali em diante, sem a prevalência da lei interna, mas em perfeita e

[2] No RE 80004-SE, o relator original Min Xavier de Albuquerque adotou o primado do direito internacional e restou vencido.
[3] RE. 95.002/PR (Rel. Min. Soares Muñoz) torna a aplicar, quatro anos depois, a LUG de Letras de Câmbio - Decreto nº. 57.663 de 1966, pela revogação da norma que a revogara Dec-lei nº. 427/69, depois revogado pelo Dec-lei nº. 1.700/79.
[4] A respeito do tema: corroborou-se a situação de paridade entre tratado e lei ordinária, através dos processos Ext. nº. 662-2/Peru, julgada em 28/11/1996, e a ADI nº. 1.347-DF, julgada em 05/09/1995, ambas relatadas pelo Min. Celso de Mello.

equilibrada igualdade. Com isso, o Supremo estava a decidir – incidentalmente – que todos os tratados internacionais estariam subordinados à Constituição, inclusive submetendo-se ao eventual controle de constitucionalidade em face daquela, com base no princípio da supremacia da Constituição, resultando na estrita precedência hierárquica da Carta Constitucional sobre os tratados internacionais. Diante do *status* ali reconhecido, em caso de eventual conflito aparente entre leis e tratados, dever-se-ia se operar o critério cronológico e, se coubesse, o da especialidade.

Como supramencionado, também o Min Sepúlveda Pertence ofereceu sua contribuição ao aperfeiçoamento da jurisprudência do STF, no julgamento do RHC 79.785/RJ (DJ 10.04.2000), do qual fora relator, no sentido de que os tratados de direitos humanos teriam nível supralegal, mas infraconstitucional, ou seja, estariam acima das leis federais mas abaixo da Constituição Federal. Pode-se, portanto, atribuir a ele o ineditismo da tese, no Brasil.

Agora, após quase uma década, a discussão instaurada no julgamento do RE 466.343-SP entre os votos dos Min. Gilmar Mendes e Celso de Mello prometeu reavaliar a questão do *status* mais adequado aos tratados internacionais sobre direitos humanos, tendo o primeiro sustentado a hierarquia intermediária entre a Constituição e as leis ordinárias, enquanto o outro, a equivalência ou equiparação destes com relação à Constituição.

Gilmar Mendes, em seu voto-vista, exordia afirmando: não existirem maiores dúvidas quanto à legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, passando a ressalvar a do depositário infiel; remete em seguida às legislações mais avançadas sobre direitos humanos para firmar a proibição de qualquer tipo de prisão civil relativa a inadimplemento contratuais. O ponto é nodal e comprometido com os ideais neoconstitucionais de principiologia comprometida com a dignidade humana.

Mendes elenca as quatro hipóteses de *status* hierárquicos já enfrentados no presente estudo para indicar seu entendimento pelo da supralegalidade daqueles documentos; sustenta a sua conveniência em termos estatais, alertando para os riscos da dificuldade de classificação daqueles direitos ditos humanos. Adverte que o alto valor dos mesmos para a humanidade é que orienta e adotar o máximo de prudência no seu trato, evitando-se generalizações que possam redundar em banalização ou descontrole.

Demonstrado, portanto, não apenas um engajamento em solucionar a questão, mas – sobretudo – sobriedade no seu trato, e responsabilidade no equacionamento de solução verdadeiramente equilibrada. Seus fundamentos são colhidos de diversas ciências, demonstrando uma preocupação além de humanista, também sociológica, política a confirmar a exata noção do que viesse a ser em termos macro-jurídicos a repercussão geral. Por essa razão, revela-se bastante identificado com a principiologia e a transversalidade inerentes ao neoconstitucionalismo.

Alerta que a equiparação dos tratados à Constituição, embora instigante por seus argumentos genéricos, traz séria implicação de limitação do próprio STF como guardião da Constituição, dificultando ou mesmo podendo vir a impedir o Controle de Constitucionalidade.

Há fartos exemplos (Alemanha, Espanha etc.), no direito comparado, a demonstrar a recomendável cautela, especialmente nos países europeus acerca deste tipo de deliberação. Informa também que os países que adotam a equivalência constitucional, também optam pelo critério da norma mais favorável à vítima em caso de choque de normas, mas mencionando o esforço de Piovesan e Trindade, finda por concluir que o parágrafo 3º do art. 5º teria solucionado a questão, dissolvendo certas expectativas.

Apresenta, portanto, a tese da supralegalidade como dotada de maior equilíbrio, apta a prover as expectativas dos jurisdicionados, sem contudo conduzi-los a situação de maior insegurança jurídica constitucional.

Sua tese é juridicamente bem fundada, demonstra envolvimento com o resultado buscado, portanto, dotada de notável esforço normativo efetivo, mas também orientada para a segurança jurídica, os cuidados com a Constituição de República e – sobretudo – atenta a um sem número de intercorrências que podem, sem dúvida, transformar um projeto de felicidade constitucional em mera frustração, especialmente pela carga de irreversibilidade que certas decisões implicam.

Ao sentir examinatório, a tese parece ser mais adequada, comprometida com o momento pós-positivista e extremamente eixada com as vertentes de normatividade, centralidade e superioridade que orientam o neoconstitucionalismo.

O voto do Ministro Celso de Mello propõe, diferentemente, o status de equivalência entre tratados e a Constituição. Exordia com o anúncio de uma radical mudança de entendimento, em especial por ser da sua lavra a até então vigorante postura

pela paridade desses diplomas legislativos com a lei ordinária. Registre-se que a ADI 1480-3 DF apresenta um acórdão da maior racionalidade e técnica. Supreendentemente, o eminente ministro passa a adotar a doutrina que ele próprio se encarregara de tornar minoritária, posto que na trilha de sua jurisprudência firmada, seguiu a grande maioria da doutrina e da jurisprudência.

O voto mostra alto teor de humanismo, associado a não menor otimismo acerca dos resultados que busca alcançar, embora suscite certa preocupação, pois os argumentos esposados são repetição de tudo o que a doutrina circulou em favor doa parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Carta Republicana.

A título de conclusão parcial, pode-se inferir que as hipóteses da Equivalência entre tratados e a Constituição e a da supralegalidade, no bojo do mencionado recurso extraordinárioo (RE 466343-SP), agregaram claro teor de neoconstitucionalismo, ao trato das questões reguladas por esses diplomas legislativos, com potencialidade de superar os originais limites do grau anterior de alinhamento com a doutrina pós-positivista, assim como revolucionar as expectativas tradicionais relativas à paridade dos tratados com as leis ordinárias, pelo menos quanto aos tratados de direitos humanos, o que nos permite prenotar um maior engajamento com essas questões político-sociais.

Muitas são as considerações relativas ao possível grau de exposição da Constituição aos interesses externos; os fundamentos renovaram as expectativas de atendimento da proteção à dignidade humana, identificada o autêntico espírito protetivo neoconstitucional. No voto, afiam-se citações de Cançado Trindade, Celso Albuquerque Mello, Flávia Piovesan e Valério Mazuolli, que para o objeto deste texto, deixam de ser reproduzidos, mas que serviram a confirmar a plena opção internacionalista, como contraponto à posição mais constitucionalista, defendida por Gilmar Mendes. Em ambas as abordagem , tem-se claro o encadeamento dos argumentos de sustentação com base neoconstitucional.

3. Matizes de Neoconstitucionalismo

Ana Paula de Barcellos (2005, p. 240) sustenta que a expressão neoconstitucionalismo serve a designar o estágio mais recente do constitucionalismo contemporâneo, com características não apenas de ordem metodológico-formais, como

materiais e voltado a indicar uma virada em relação ao estado do direito que lhe antecede no tempo – o positivismo.

Para Barroso (2005), o neoconstitucionalismo é o fenômeno jusfilosófico responsável por significativa alteração da percepção do pensar constitucional e da, por assim dizer, essência da Constituição, originado de movimento que tomou força na metade do século XX, contagiando a Europa continental, a partir do fim da 2ª Guerra Mundial, ambientado pelo esforço de reconstrução da sociedade e pela cura das chagas deixadas pelo odioso evento.

Consistiu inicialmente na redefinição do papel e do *status* da Constituição, com projeção do conteúdo do direito constitucional sobre os institutos e as instituições contemporâneas, dilatando-se por todo o mencionado século, concorrendo com o advento do Estado Democrático de Direito – novo arquétipo político-organizacional das nações, consubstanciado pela tangente entre o constitucionalismo e a democracia – governo do povo, pelo povo e para o povo – na histórica verbalização de Abraham Lincoln.

Embora alguns autores tendam a igualar como sinônimos o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo, faz-se necessário esclarecer que as bases filosóficas daquele – que é um movimento jurídico-político – se assentam sobre este – que materializa uma corrente de pensamento jusfilosófica, patrocinadora da aplicação dos postulados jusnaturalistas sobre os *ditamens* positivistas, caracterizando-se, sobretudo, por conferir, como legítimo instrumento de resgate, força normativa aos princípios.

Historicamente, a complexidade da vida em sociedade e suas decorrentes relações conduziu à superação do jusnaturalismo que montado sobre um Direito Natural inerente à essência da pessoa humana e posto filosoficamente a serviço da reação contra o estado absolutista, por via das revoluções chamadas liberais, acabou conjugando-se por migração ao positivismo, dando ensejo ao advento do Estado de Direito, solidificador dos conteúdos constitucionais sobre bases escritas. Barroso (2005, p. 23) ressalta que a partir das lições de Matteucci e Pasquino verifica-se que, paradoxalmente, a vitória do jusnaturalismo sobre o absolutismo, com sua decorrente redução escrita redundou também em sua heroica superação pelo positivismo.

Movimento originalmente filosófico, o Positivismo ao migrar para o Direito, impôs a impreterível exigência de validação científica da norma, de tal forma que dado conhecimento só se faria reconhecido se comprovadamente obtido por meio que

demonstrasse apoio na ciência – postura que coincide no tempo com o festejo ao iluminismo filosófico – Século das Luzes. Reale (2000, p. 498) aponta como consequência da construção metodológica, que o positivismo findou por aproximar, ao ponto de fundir ou mesmo confundir o direito à norma, retirando-lhe, com o requisito de cientificidade, a força dos princípios – essência do justo e de índole naturalista – motriz pré-jurídica que antecede ao direito.

O positivismo negou a sistematização dos princípios, tornou-se fruto único da ciência, adotou a forma escrita, posta exclusivamente à subsunção fato-norma e coercitiva, lançando-se com força extraordinária, para depois, fechar-se prisioneiro das suas próprias regras pela impossibilidade real e fática de tudo e todas as situações prever. Não tardaria para que as regras milimétricas e detalhadas se fizessem insuficientes diante da infinidade de variantes da vida social, mostrando-se até mais débeis que outras manifestações de normatização, pois ele próprio se exigiu um grau de perfeição pela previsão exaustiva de hipóteses, que jamais conseguiu alcançar.

A queda do modelo liberal de Estado, bastante relacionada com o fracasso europeu pós-guerra, e a desesperança de que a livre mão do mercado seria capaz de garantir e conservar as conquistas decorrentes das declarações de direitos do constitucionalismo liberal, tanto no plano econômico como social, precipitaram o surgimento de nova ordem constitucional, que segundo Tatagiba (2008), veio a se transformar de ferramenta de proteção da pessoa humana face aos abusos do Estado, em meio hábil a exigir do mesmo, atuação interventiva, repressiva e positiva para assegurar as condições mínimas aceitáveis de existência digna do povo.

Conforme Sarmento (2002, p. 63), os direitos não têm o escopo de proteger o homem do Estado, mas, sobretudo, da exploração pelos outros que se lhe assemelham, o que se traduz pela ação e presença do Poder Público em diversos cenários, tais como o econômico e o social, com o fito de reduzir e harmonizar as desigualdades sociais.

Conforme advertência de Bahia (2004, p. 308), surgem novas teorias sobre hermenêutica e novas técnicas de interpretação, libertando o julgador da robótica aplicação norma x fato; pretere-se a subjetividade excessiva da vontade do legislador em favor do sentido objetivo da lei. Segundo Bonavides (1997, p. 26), no liberalismo, o direito constitucional é tido doutrinariamente como filosofia do Direito e na prática como direito público do liberalismo; na atualidade, os textos constitucionais trazem em si a ampliação de suas áreas de atuação com formas mais analíticas que outrora, integrando

diversos pontos inclusive sociais e mecanismos processuais destinados à sua própria proteção.

Assim, tanto o surgimento como a ascensão do neoconstitucionalismo, ofereceram resistência filosófica que serviu ao declínio do positivismo, emblematicamente associado à derrocada do fascismo, na Itália e do nazismo, na Alemanha – verdadeiros exemplos de como o direito posto poderia ser cumprido à risca sem, no entanto, proporcionar a necessária proteção à Sociedade, bastando para tal, que as regras "postas" se fizessem silentes ou se pusessem a serviço de determinados interesses, legitimando-os, ao menos formalmente.

Não resta dúvida de que certas manifestações políticas e militares se constituíram sob o manto da legalidade vigente, mas se prestaram a promover a injustiça e a desumanidade, o que é pior: em nome da lei. Nesse sentido, Piovesan (2004, p. 87) comenta que os criminosos da II Guerra, quando processados em Nuremberg, invocavam invariavelmente o respeito à lei e o cumprimento de ordens, com cega obediência às autoridades constituídas como justificativa. A ideia acrítica de ordenamento jurídico, insensível às necessidades sociais e indiferente à axiologia dos princípios, desalinhado da moral e da ética, como estrutura meramente formal, começaria a tombar, por falta de aceitação pelo pensamento jurídico.

Piovesan (2006, p. 92) adota a matriz canotiliana quanto ao Estado de Direito (Séc. XIX e XX) ser o direito das regras sistematizadas em códigos; já o dos sécs. XX e XXI, do Estado Constitucional Democrático é um direito de princípios.

Barroso (2005, p. 29) nos informa que a denominação tem a pretensão de caracterizar um ideário difuso, resultado de um amplo e inacabado conjunto de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação, das quais se extraem valores, princípios e regras da nova hermenêutica e da própria teoria dos direitos fundamentais.

Segundo Sarmento (2002, p. 69), o homem contemporâneo, pela concepção pós-positivista, configura um valor em si, superior ao Estado e a qualquer organização social que se integre.

O pós-positivismo, conforme preleciona Bonavides (1997, p. 237), consiste na elevação dos princípios, antes tidos por fonte de integração, secundária e subsidiária do direito privado, a normas imperativas, dotadas de coercitividade, com o que denomina "acentuada hegemonia axiológica" e que fundamentam os novos sistemas constitucionais

do mundo ocidental. A elevação dos princípios à órbita constitucional e a constatação de sua eficácia normativa, salienta Barroso, como das características mais marcantes do neo-constitucionalismo.

Segundo Barcellos (2005), o constitucionalismo se embasa em três premissas metodológicos-formais fundamentais: a primeira, a normatividade da Constituição, vale dizer, o reconhecimento e concordância sobre o status de normas jurídicas atribuído às disposições constitucionais, e que sejam servidas de imperatividade como as demais regras do ordenamento jurídico; a segunda, a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica e, por último, centralidade da Constituição nos sistemas jurídicos na rotina de aplicação do direito.

A formulação por características se reporta ao processo histórico de transmutação da Constituição – de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à condição de norma jurídica suprema – cercada das mais diversas variantes relacionadas ao poder político, mas, sobretudo, jurídico.

4. Conclusão

Pode-se concluir que o neoconstitucionalismo impõe como requisito, além da consolidação da normatividade, da superioridade e da centralidade sistêmica como premissas teóricas, a concretização da prática constitucional. A partir de técnicas jurídicas voltadas a realizar o direito na forma "aplicada", o neoconstitucionalismo prioriza a concretização dos direitos fundamentais a partir da valoração das regras e da complementariedade dos princípios. O rito de passagem entre a abstração da teoria, o desenho geral das regras e a conformação de casos concretos, admite a contínua construção de conceitos instrumentais para transformar os ideais da normatividade e da interpretatividade. A superioridade e a centralidade de técnicas consistentes, que observem a dogmática jurídica sem descurar da axiologia depurada pelos esforços hermenêuticos.

Também, nas características materiais, dois elementos são dignos de destaque: a incorporação explícita de valores e opções políticas, quer gerais, quer específicas pelos textos constitucionais, relacionados com a dignidade humana e os direitos fundamentais, além da expansão dos conflitos entre a opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.

Nesse contexto, pode-se verificar a evolução do status atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos para o patamar da "supralegalidade", ou seja, posicionados em precedência hierárquica em relação às leis internas e submetidos aos ditames da Constituição da República.

6. Referências

ACCIOLY, Hildebrando. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Rio de Janeiro: MRE, 1956.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito**: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (coord.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Revista de Direito Administrativo 240, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**, t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547. Acesso em: 09 set. 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: 1997.

BRASIL**,** Francisco de Paula Souza**. Legislação tributária e tratados. Internacionais**. In Revista Forense. Rio de Janeiro, out/dez/1989, v. 308.

DOLINGER, Jacob. **As soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional**: um exercício de ecletismo. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 92, n. 334, abr./jun. 1996.

MELLO, Celso de. Voto em Pedido de vista no **RE. 466.343-SP**, na sessão de 22.11.2006.

MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional** – uma introdução – Caps XII e XIII. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira et alii, **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar. Voto vogal no **RE 466.343/SP** e Voto-vista no **RE 349.703/SP**.

MIOZZO, Pablo Castro. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e sua Previsão Constitucional**. Monografia inscrita no Concurso Ajuris – Direitos Humanos. Porto Alegre: Ajuris, 2005. Disponível in www.ajuris.org.br/dhumanos/mhonrosa1.doc, acesso em 03 de abril de 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **A Incorporação, a Hierarquia e o Impacto dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. In: **O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro** – Cap. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, Democracia e Integração Regional**: os desafios da globalização. In Revista de Direito Constitucional e Internacional – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – Ano 9 – n.º 37 – São Paulo: RT, outubro-dezembro/2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição brasileira de 1988**. In: (Neo)Constitucionalismo: Ontem os Códigos, Hoje, as constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2 – Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE, Miguel**. Filosofia do Direito**. 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2000.

REZEK. José Francisco. **Direito dos Tratados**, p. 470/475, itens 393-395, São Paulo: Forense, 1984.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 8 ed. – São Paulo: Saraiva, 2000.

RODAS, João Grandino. **A constituinte e os tratados internacionais**. Revista dos Tribunais. – São Paulo, v. 76, n. 642, 1987.

SARMENTO, Daniel. **Ponderação de Interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002,

TATAGIBA, Giuliano. **Neoconstitucionalismo e Ponderação de Interesses Fundamentais**. Disponível em: http://www.fdc.br/Revista. Acesso em: 20 ago 2008.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional**. São Paulo: RT, 2001.

TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. 2. ed. Brasília: Fundação UNB, 2004.

VALADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. 3. ed. – São Paulo: 1971.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. **Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In Revista de Informação Legislativa n.162. – Brasília: Senado Federal, 2004.