Este trabalho está licenciado sob uma Licença Creative Commons Atribuição-Uso Não-Comercial 2.5 Brasil. Para ver uma cópia desta licença, visite http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/br/ ou envie uma carta para Creative Commons, 559 Nathan Abbott Way, Stanford, California 94305, USA.

PÁDUA FERNANDES

A PRODUÇÃO LEGAL DA ILEGALIDADE: OS DIREITOS HUMANOS E A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA

Tese de Doutorado apresentada no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Dr. Fábio Konder Comparato, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito.

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO, 2005.

You have selected the AtribuiÃ§Ã£o-Uso NÃ£o-Comercial-Vedada a CriaÃ§Ã£o de Obras Derivadas 2.5 Brasil License. You should include a
reference to this license on the web page that includes the work in question.
Here is the suggested HTML:
<!--Creative Commons License-->
Esta obra está licenciada sob uma Licença Creative Commons.<!--/Creative Commons License--><!-- <rdf:RDF xmlns="http://web.resource.org/cc/" xmlns:dc="http://purl.org/dc/elements/1.1/" xmlns:rdf="http://www.w3.org/1999/02/22-rdf-syntax-ns#" xmlns:rdfs="http://www.w3.org/2000/01/rdf-schema#">
<Work rdf:about="">

Tese aprovada em 18 de março de 2005, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Fábio Konder Comparato

Presidente da Banca Examinadora

Prof. Dr. Ari Marcelo Solon

Prof. Dr. Dalmo de Abreu Dallari

Prof.ª Dr.ª Flávia Piovesan

Prof. Dr. Márcio Alves da Fonseca

RESUMO:

Este trabalho tem como objetivo a análise da produção legal da ilegalidade no tocante à aplicação do Direito internacional dos direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal, para a identificação da dificuldades de efetividade dos direitos humanos na cultura jurídica brasileira. A formação de uma cultura jurídica isolacionista e contrária aos direitos humanos, principalmente durante a ditadura militar (1964-1985) influencia o Judiciário nacional mesmo após a democratização do país. Por conseguinte, os tratados internacionais de direitos humanos apresentam pouca eficácia, ou uma efetividade paradoxal no Brasil.

Leituras dualistas da história e do direito brasileiros demonstraram a dificuldade das idéias estrangeiras liberais na adequação à formação social brasileira. Essas leituras foram usadas por interesses conservadores para que, em nome da tradição ou da segurança nacional, fosse aceita a dominação existente. Em vez disso, adotou-se aqui uma leitura contextual, a partir dos princípios do Direito internacional dos direitos humanos, para atender ao contexto social de aplicação da norma, numa recusa de um estrito formalismo jurídico, de forma a tentar atingir a efetividade dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE:

Direitos Humanos – Produção legal da ilegalidade – Efetividade paradoxal – Direito internacional – Cultura jurídica.

ABSTRACT

This work aims at analyzing the legal production of illegality by the Brazilian Supreme Court, when it fails to enforce International Human Rights, and at verifying the difficulties that human rights' effectiveness meets within Brazilian legal culture. The Judiciary, even after the return to the rule of law, is still influenced by the isolationist and human rights adverse legal culture formed mainly during the military dictatorship (1964-1985). Consequently, the international treaties on human rights have little efficacy, and present a paradoxical effectiveness in Brazil.

Dualistic views of Brazilian History and Law verified the difficult adequacy of foreign liberal ideas to Brazilian social formation. Those views were employed by conservative interests in order to maintain the relations of power, in the name of national tradition or security. This work adopts a contextualizing view (not a dualistic), inspired by the principles of International Law, refusing a strict legal formalism, in order to achieve human rights' effectiveness.

KEYWORDS:

Human Rights – Illegal Production of Legality – Paradoxical Effectiveness – International Law – Legal Culture.

SUMÁRIO:

Introdução: Entre o acordo e o desejo: Para uma leitura do Direito internacional dos direitos humanos – p. 7.

Capítulo I: Cultura jurídica e ilegalidade na formação social brasileira – p. 16.

I.1 A importação das idéias liberais na formação do Direito Brasileiro na República: entre o paradoxo e a falta de efetividade – p. 16

I.1.1 Dualismo e democracia; cultura jurídica, positivismo e cientificismo – p. 16

I.1.2 Democracia e mal-entendido – p. 26

I.1.3 Elitismo e efetividade do direito – p. 29

I.1.4 Poder e (i)legalidade – p. 35

I.1.5 Cultura jurídica e formalismo – p. 37

I.2 O direito internacional dos direitos humanos estaria fora do lugar? Modelos de Roberto Schwarz e Alfredo Bosi – p. 42

I.3 Nacional e internacional em conflito? O direito internacional dos direitos humanos no Brasil durante o regime militar – p. 55

I.4 O Judiciário brasileiro e a efetividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos após a redemocratização – p. 66

Capítulo II A produção legal da ilegalidade e o Direito internacional – p. 75

II.1 Pluralismo e Monismo Jurídicos; Unidade e Coesão do Direito – p. 75

II.2 A produção legal da ilegalidade; a questão do conseqüencialismo na Teoria Geral do Direito; a ambigüidade da cultura jurídica brasileira – p. 86

II.3 Limitações do Direito Internacional no tocante à efetividade dos direitos humanos – p. 98

II.4 A efetividade paradoxal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos: finalidade e intertextualidade dinâmica – p. 108

Capítulo III O Direito internacional dos direitos humanos e a produção legal da ilegalidade no Supremo Tribunal Federal – p. 121

III.1 O isolacionismo e os tratados internacionais de direitos humanos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – p. 121

III.2 A dimensão social do direito à educação e a jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal – p. 134

III.2.1 Dimensões individual e coletiva do direito à educação no Direito internacional e no direito brasileiro – p. 134

III.2.2 A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal sobre vinculação orçamentária à manutenção e ao desenvolvimento do ensino – p. 142

III.2.3 A questão da proteção dos direitos sociais pelo Direito internacional e a dicotomia entre coletivo e individual no direito brasileiro – p. 150

III.3 As dívidas da liberdade: o Supremo Tribunal Federal e a prisão civil por dívidas – p. 167

III.4 Órgãos internacionais e o seu impacto na cultura jurídica: o caso argentino e o caso brasileiro: possibilidades transformadoras de uma cultura dos direitos humanos – p. 178

Conclusão – p. 192.

Bibliografia – p. 196.

INTRODUÇÃO: ENTRE O ACORDO E O DESEJO: PARA UMA LEITURA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

É comum apontar a crescente internacionalização dos direitos humanos como característica da sociedade internacional após a Segunda Guerra Mundial. A garantia desses direitos passou, gradativamente, com o advento da Organização das Nações Unidas (ONU), que teve a sua carta fundadora assinada em 1945, a tornar-se objeto de tratados e instituições internacionais. Esse quadro, que nasceu do pós-guerra, gerou diversas convenções de direitos humanos da ONU, bem como alguns sistemas regionais de proteção, entre eles o da Organização dos Estados Americanos (OEA) e o do Conselho da Europa. Notadamente na Europa, esses sistemas acarretaram diversas conseqüências nos ordenamentos jurídicos nacionais, e hoje a influência do Direito internacional marca-se nos princípios próprios da Teoria dos Direitos Humanos.

Por esse motivo, o Direito internacional dos direitos humanos tornou-se referência importante para a avaliação da cultura jurídica de cada Estado no tocante à garantia desses direitos. Para a caracterização da cultura jurídica nacional, um profícuo instrumento de pesquisa revela-se na verificação da vinculação e do cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos.

Apesar de o Brasil ter-se inserido com maior vigor nos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos a partir da década de noventa, essa inserção não veio acompanhada do correspondente cumprimento dos tratados. Recentes relatórios da ONU e da OEA apontam a ainda profunda deficiência desse Estado na matéria. Nesse aspecto, o exame da jurisprudência é de vital importância, pois no Brasil, assim como ocorre em outros Estados, o Poder Judiciário é um dos principais responsáveis pela falta de eficácia e de efetividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por conseguinte, é relevante investigar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, quando leva à falta de efetividade dos direitos humanos.

O princípio *pacta sunt servanda*[1], que obriga ao cumprimento dos acordos, é

1 Mas não de todo Direito internacional. Kelsen, um dos principais internacionalistas do século XX, na primeira edição da *Teoria Pura do Direito*, de 1934, conferia um fundamento de origem moral ao direito internacional, ao sustentar que o princípio *pacta sunt servanda* seria a norma fundamental desse direito: "O direito internacional consiste em normas que têm sua origem nos atos dos Estados [...] para que a regulação das relações entre Estados

usualmente considerado o fundamento do Direito internacional convencional. A Convenção sobre Direito dos Tratados de 1969, que codificou as normas sobre os tratados internacionais, reproduz o princípio no artigo 26, dispondo que o tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido de boa-fé.

O tratado deve ser interpretado à luz de seu objetivo e finalidade, prevê o artigo 31 da mesma Convenção. Quando ele deve gerar efeitos não apenas nas relações inter-estatais, mas também no âmbito interno, essa interpretação será muitas vezes feita pelo Judiciário nacional. Nesse caso, como o direito internacional não é um direito autóctone, mas recebido ou importado, a sua eficácia no âmbito interno de um Estado dependerá da sua interação com o direito nacional. Muitas vezes, os tratados possuem previsões expressas em forma genérica, de forma a acomodar as diferenças culturais, pelo que sua maior ou menor efetividade dependerá do contexto em que for recebido. Devido às diferenças entre os contextos sociais e jurídicos dos diversos Estados, os mesmos tratados internacionais terão efeitos diferentes, eis que serão interpretados de acordo com a cultura jurídica local, que pode conferir mais ou menos eficácia a esses tratados.

Não se trata, pois, de uma simples questão de dogmática jurídica. Para explicar por que determinadas normas internacionais possuem maior efetividade em determinado contexto, a ideologia e as práticas dos juristas, que podem ou não ferir essa dogmática, também são determinantes. Trata-se da cultura jurídica, que se revela nas "diferenças locais e nacionais no pensamento e na prática jurídicos" (REBUFFA: 1993, p.139-141) e reflete uma cultura política.

Não basta referir-se à dogmática jurídica para entender o problema: os tratados internacionais de direitos humanos poderão encontrar dificuldades na produção de efeitos em uma cultura jurídica que seja isolacionista, isto é, que tenda a não aplicar o Direito internacional; a efetividade lhes será difícil também em uma cultura que seja contrária aos

---

seja engendrada, a saber, no caminho do costume. [...] Acima dessas normas tem especial significado a norma habitualmente caracterizada com a fórmula 'pacta sunt servanda'." (*Das Völkerrecht besteht aus Normen, die ursprünglich durch Akte von Staaten [...] zur Regelung der zwischenstaalichen Beziehungen erzeugt wurden, und zwar im Wege der Gewohnheit. [...] Unter ihnen ist von besonder Bedeutung die Norm, die man gewöhnlich mit der Formel „pacta sunt servanda" kennzeichnet*.) (1934, p. 129). Em obras posteriores, Kelsen reformulou essa visão: na *Teoria Geral do Direito e do Estado*, escrita em 1944 (2000, p. 525) e no curso de Teoria do Direito Internacional que ministrou na Academia de Direito Internacional em 1953 (1955, p. 171). Na segunda edição da *Teoria Pura*, editada em 1960, Kelsen retificou a primeira edição, pois aquele princípio só poderia ser o fundamento do direito internacional convencional (formado pelos tratados internacionais). Como as normas de direito internacional geral (isto é, válidas para toda sociedade internacional) têm natureza consuetudinária, e não convencional, a norma fundamental do Direito internacional só poderia ser a que fundamentasse o costume internacional – e não o *pacta sunt servanda*.

direitos humanos – que hoje têm sua principal fonte não nos direitos nacionais, e sim nos tratados[2].

Estados que apresentem uma cultura jurídica com esses dois traços (o isolacionismo e o desrespeito aos direitos humanos), quando integrem tratados de direitos humanos, tenderão a reduzir a efetividade desses tratados, mesmo quando as Constituições nacionais com eles se harmonizem (nesse caso, também o direito constitucional terá pouca efetividade). Poderá ocorrer que a própria eficácia formal desses tratados seja negada; ou que sejam interpretados de forma a gerar efeitos contrários à sua finalidade.

Neste trabalho, investiga-se a efetividade do Direito internacional dos direitos humanos no Brasil, tomando em consideração a cultura jurídica brasileira tal como se manifesta nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Essas decisões, por meio de um equivocado formalismo jurídico, refletem os traços isolacionistas e contrários aos direitos humanos, acabando por gerar a produção legal da ilegalidade em relação aos tratados internacionais e até mesmo em relação às normas constitucionais nesse campo. Esse tipo de cultura jurídica serve para atender às conveniências de poder justamente por não considerar as condições de aplicação da norma jurídica.

O Brasil apenas veio a participar dos grandes tratados de direitos humanos na década de noventa do século XX, isto é, apenas depois do fim da ditadura militar. A falta de prática do Judiciário com essas normas internacionais, bem como a possível sobrevivência de uma cultura autoritária do regime militar (que era frontalmente contrário a esses tratados) já serviriam como indício de que seria relevante um estudo com esse perfil sobre a jurisprudência brasileira.

Além da recente participação nos grandes tratados de direitos humanos e do regime militar, devem-se apontar também, como de especial interesse no caso brasileiro, as leituras dualistas da história, que buscam demonstrar a incompatibilidade de idéias importadas com a estrutura social brasileira. A partir de formulação de Sérgio Buarque de Holanda (mas, creio, reduzindo-lhe o alcance), Roberto Schwarz, em estudo sobre Machado de Assis, afirma que as idéias liberais estavam "fora do lugar" no Brasil do tempo de Machado. A partir desse conceito, discutido no primeiro capítulo, pode-se indagar se o Direito internacional dos direitos humanos, como idéia importada na realidade social brasileira, estaria hoje "fora do lugar".

A pergunta possui uma particular pertinência em relação a esse Direito devido

2 Muitas Constituições nacionais refletem a internacionalização dos direitos humanos, ocorrida após a 2ª Guerra Mundial. Como se verá adiante, é o caso da brasileira.

à falta de uma base antropológica que lhe garantisse a universalidade; embora declarações internacionais sustentem que "todos os direitos humanos" são "universais", fato é que a grande diversidade cultural no mundo faz com que os graus de atendimento a esses direitos sejam muito variados. Estariam os direitos humanos, por sua origem ocidental, fora do lugar na China? Em Angola? No Brasil?

Este trabalho aposta que não – ou, ao menos, não necessariamente. Se a gênese desses direitos deu-se em determinada época no ocidente, a sua legitimação pode bem afastar-se dessa gênese, e dar-se de forma intercultural (HÖFFE: 1993). A discussão sobre os fundamentos de uma pretendida universalidade dos direitos humanos ocupa milhares de páginas não só de Direito, mas de Filosofia, Geografia, Ciência Política, Relações Internacionais. Este trabalho não explorará o tema, mas tão-somente o problema da efetividade desses direitos no Brasil. O primeiro capítulo aborda, em traços largos, a formação social brasileira e a cultura jurídica brasileira na República para discutir as leituras duais (como a de Pontes de Miranda) e a política conservadora que delas fez uso.

No entanto, qualquer debate sobre a efetividade de idéias importadas (o que inclui, no caso do Brasil, não só o Direito Internacional como os direitos humanos), é preciso levar em conta o contexto de aplicação. Nesse sentido, o trabalho adota um modelo próximo do de Alfredo Bosi em *Dialética da Colonização*, considerando que, de um lado, mesmo nos Estados onde se pode traçar a gênese dos direitos humanos, há dificuldades de aplicação, e que, por outro lado, surgiram contribuições teóricas e iniciativas práticas em prol desses direitos em Estados do chamado Terceiro Mundo. Lembrar-se-á também que o pensamento jurídico conservador no Brasil evitou fazer esse tipo de leitura, preferindo descartar em princípio os direitos humanos sob a alegação de que teriam uma natureza irredutivelmente estrangeira. Ou seja, fez uso do nacionalismo para a defesa da tortura, do patriarcalismo, da escravidão.

No segundo capítulo, procura-se entender como, a partir da formação histórica do monismo jurídico, em confronto com o pluralismo, buscou-se a coerência do sistema jurídico, e como essa coerência se articula com o problema da produção legal da ilegalidade em relação aos direitos humanos. Esse tipo de produção da ilegalidade, reitera-se, seria um traço típico da cultura jurídica brasileira. Aponta-se ainda a existência de limitações do Direito Internacional para a efetividade dos direitos humanos, tendo em vista a imperfeições dos sistemas de proteção existentes, e pelo fato de esses sistemas não poderem substituir os mecanismos nacionais, tanto por razões jurídicas (como o princípio do esgotamento dos recursos

internos), quanto por materiais: não é de esperar (tampouco se deveria fazê-lo) que os tribunais internacionais tenham a possibilidade de substituir os Judiciários nacionais.

Como pressuposto teórico desta tese, é preciso descartar as separações rígidas entre legalidade e ilegalidade e verificar como a ilegalidade pode ser produzida por meios legais, o que pode se dar no estado de exceção, quando a exceção (que pode gerar severas restrições aos direitos fundamentais) se torna a regra. Trata-se do caso colombiano (VILLEJAS, 2001, p. 359), mas não mais do brasileiro (o estado de exceção ocorreu durante a ditadura Vargas e o regime militar), em que a produção legal da ilegalidade se dá por caminhos discutidos nos dois primeiros capítulos.

O terceiro capítulo estuda especificamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito dos tratados internacionais de direitos humanos, de acordo com o quadro teórico traçado nos dois primeiros capítulos. Seria possível ter escolhido outras cortes – o campo é, de fato, rico em material para este tipo de pesquisa, que deve ser feita em trabalhos ulteriores. Como se trata do tribunal mais alto do Poder Judiciário brasileiro, e que tem competência constitucional, metodologicamente a sua escolha justifica-se pela influência que detém essa Corte sobre o restante do Judiciário.

Já existem vários trabalhos que tratam do problema da aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no tocante à prisão civil do depositário infiel. Decidiu-se abordá-lo aqui porque o tipo de análise adotada demonstraria mais um erro metodológico da posição do Tribunal, não abordado por outros autores, e revelador dos traços antes referidos da cultura jurídica brasileira.

Outro problema estudado neste trabalho é o dos direitos sociais. Com efeito, a literatura brasileira sobre esses direitos é muito menor, e raramente vinculada ao Direito Internacional. Busca-se verificar como o Supremo Tribunal Federal solapa a dimensão coletiva do direito à educação em um contexto de progressivo atraso do Brasil nessa matéria: em 1980, a taxa de escolaridade dos países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (organização que congrega Estados desenvolvidos como França, Alemanha, Japão, Estados Unidos) e a da América Latina eram, respectivamente, 2,2 vezes e 1,5 vezes maior do que a do Brasil. Em 1997, a diferença aumentou para 3,6 (OCDE) e 1,8 (América Latina) vezes a média brasileira (IOSCHPE, 2004, p. 139).

A educação não corresponde apenas a um importante fator de desenvolvimento[3]: além do atraso econômico decorrente da menor produtividade de um

3 É matéria de controvérsia o peso exato da educação no processo de desenvolvimento, embora todos os

trabalhador pouco instruído, há aqui matéria de negação da cidadania[4]. A divulgação, em dezembro de 2002, dos resultados do INAF (indicador nacional de alfabetismo funcional)[5] apontou que somente 21% da população brasileira é capaz de entender informações a partir de gráficos e tabelas, indicação "absolutamente aflitiva", tendo em vista a conseqüente dificuldade de participação na "vida social" de quase 80% da população do país (FONSECA, 2004, p. 23). Dessa forma, "o discurso político que recorre a tabelas e gráficos" pode enganar até indivíduos "considerados matematicamente alfabetizados" devido à falta de instrumentos de crítica (D'AMBROSIO, 2004, p. 37).

O estudo dessa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é relevante, pois, uma vez que ela concorre para um dos principais fatores do atraso nacional e da violação dos direitos da cidadania.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, isolacionista e contrária aos direitos humanos nessas matérias, será ainda comparada à da Suprema Corte argentina, para demonstrar que, mesmo em um outro Estado da América Latina, que também viveu períodos de ditadura, pode-se chegar a soluções diametralmente opostas à da Corte brasileira, favoráveis à aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O que este trabalho não realizará: uma abordagem do Direito em termos de eficácia simbólica[6], com inspiração em Nietzsche ou em Bourdieu. Não se adota aqui também uma concepção do Direito puramente estratégica, tendo em vista que não só ela tem dificuldade em oferecer soluções em termos jurídicos, como muitas vezes gera uma negação radical do Direito por meio de um reducionismo historicista. Também leituras que tomam por base certo marxismo podem chegar a esse tipo de reducionismo, considerando o Direito como simples epifenômeno da infra-estrutura social, retirando à questão da legalidade qualquer autonomia: se o direito é mero reflexo da história, sua violação não seria nada menos do que fazer a história avançar, como lembra Hannah Arendt (1989). Alain Renaut lembra que esse "modelo

---

analistas concordam que ela seja um fator positivo. O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), ao calcular o índice de desenvolvimento humano (IDH) de cada Estado toma, entre outros fatores, a escolaridade.

4 Há estudos que apontam a educação brasileira como responsável por 42% da desigualdade social, e na África do Sul, 49%: "Ou seja, nossa educação é quase tão responsável pela desigualdade de renda quanto aquela praticada em um sistema educacional institucionalmente racista e discriminatório" (IOSCHPE, 2004, p. 159).

5 Índice calculado pelas organizações Instituto Paulo Montenegro e Ação Educativa.

6 Enquanto a eficácia instrumental define-se pelo uso de meios adequados para se chegar a determinados fins, a eficácia simbólica cinge-se à produção de representações em contextos nos quais predomina a interpretação (SANTOS; VILLEJAS, 2001, p. 73). A norma não aplicada, mas que foi editada para satisfazer alguma pressão de grupos sociais (por exemplo: norma que criminalize o tráfico da biodiversidade, aprovada por pressão de cientistas e ambientalistas, porém que jamais tenha gerado alguma condenação), não tem eficácia instrumental, mas simbólica.

estratégico" do direito transforma a história no "tribunal do mundo" e conduz à "negação do direito" (1999, p. 92-93); se tudo é imanente à história, a distinção entre fatos e valores perde o sentido – e a força e a tradição tomam o lugar do direito[7], com resultados fatalmente conservadores. Também não se adotará certo pensamento pós-modernista no Direito, com sua recusa às noções de sujeito e de direitos humanos universais, que tem levado a um "vácuo ético" e não permite a resistência à opressão (ARSLAN: 1999, p. 210) – a não ser, é claro, por outras opressões, de direita ou de esquerda.

O fundamento teórico deste trabalho, pois, é bem diverso do de Mauricio García Villejas, importante jurista colombiano, que escreveu importante tese sobre a eficácia simbólica do Direito colombiano. Para esse autor, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU é um caso em que as partes aderem ao texto, mas não às conseqüências, devido ao caráter genérico de suas previsões, e foi justamente essa característica que permitiu o acordo entre quase todos os Estados da ONU em 1948, ano em que foi ela foi votada (1993, p. 21). Não posso discordar dessa afirmação.

No entanto, Villejas daí parte, com base em uma abordagem pragmática das relações internacionais, para a afirmação de que o texto da Declaração foi redigida para que os direitos humanos nas relações internacionais não existam (1993, p. 22). A sua ineficácia instrumental corresponderia à sua eficácia simbólica: "A generalidade da Declaração Universal e seu tom fundamental são precisamente a causa de sua utilidade política e de sua inutilidade moral ou normativa" (1993, p. 22-23)[8].

Esse tipo de análise não é o que se propõe aqui fazer; se, em um plano descritivo, é preciso constatar a ineficácia social de certas normas, no plano prescritivo a opção deste trabalho corresponde a apostar nas possibilidades de aplicação do Direito internacional dos direitos humanos em cada contexto (o que não é possível, deve-se ressaltar, sem o entendimento

---

7 Esse reducionismo explica porque não há uma teoria do direito em Foucault (EWALD, 1993, p. 59). Não há também uma teoria da justiça, tampouco uma de direitos humanos (FONSECA, 2000, p. 230-231) Esse pensador tem como fundamento filosófico um vitalismo inspirado em Nietzsche, pelo qual a vontade de poder, engendrando as relações de poder e de resistência, explicaria a história. O direito, entendido dessa forma, não teria autonomia diante da estratégia, e não passaria de uma violência eufemizada (RENAUT, 1999, p. 84), superestrutura ideológica que serve apenas para recobrir a dominação e a exploração (RENAUT; SOSOE, 1991, p. 19); seria enganoso buscar um direito que fundamentasse o poder (RENAUT, 1999, p. 87), eis que a própria concepção jurídica do poder é um efeito do poder, que nasceu da sociedade monárquica, e que está ultrapassada. Não há norma jurídica que escape às relações de dominação, eis que o poder reproduz-se por toda parte (FOUCAULT, 1976, p. 122-124), não é possível conceber que ele pudesse ser exterior às relações de poder que tecem a realidade (RENAUT; SOSOE, 1991, p. 49).
Apenas no fim de sua vida, na década de oitenta, Foucault tentou buscar a fundação teórica da "cidadania internacional" e dos direitos humanos como direitos que se opusessem aos governos (1994, IV, p. 707-708).

8 *La generalidad de la Declaración Universal y su tono fundamental son precisamente la causa de su utilidad política y de su inutilidad moral o normativa.*

das razões que podem levar à ineficácia social). O trabalho também não se destina a negar radicalmente o Direito devido a deficiências da legalidade burguesa, ou simplesmente chamar os juristas de "guardiães da hipocrisia coletiva" (BOURDIEU, 1991, p. 96). O propósito é buscar prestigiar teoricamente a efetividade dos direitos humanos, para que a sua prática seja alavancada.

No tocante às críticas sobre a generalidade das previsões dos tratados e declarações internacionais, é interessante lembrar a posição de Rancière: a *metafísica* dos direitos humanos, a despeito de Burke, foi alimentada para "criar a cena da revolução moderna", dando à subversão um "corpo novo de escrita" (1992, p. 64-65). Para Rancière, o importante não é denunciar esses direitos humanos como vazios, ou como direitos do burguês (segundo Marx); e sim fazê-los instrumento para o povo tornar-se sujeito do poder (1995, p. 125-126). Afinal, o "imaginário jurídico", escreve Hespanha, "pode mesmo modelar imaginários sociais mais abrangentes, bem como as práticas sociais que deles decorram" (1998, p. 25).

Este trabalho tem como esperança a inspiração de novas práticas; com isso, os seus limites talvez possam ser justificados, se gerarem sua superação pelos que a lerem. De fato, não outro é o objetivo da leitura, segundo Proust: "Sentimos muito bem que nossa sabedoria começa onde a do autor termina, e desejaríamos que eles nos desse respostas, quando tudo que ele pode fazer é nos dar desejos." (2001, p. 27)[9].

9 *Nous sentons très bien que notre sagesse commence où celle de l'auteur finit, et nous voudrions qu'ils nous donnât des réponses, quand tout ce qu'il peut faire est de nous donner des désirs.*

I – CULTURA JURÍDICA E ILEGALIDADE NA FORMAÇÃO SOCIAL BRASILEIRA

I.1 A importação das idéias liberais na formação do Direito Brasileiro na República: entre o paradoxo e a falta de efetividade

> *Passava na rua um bacharel que na véspera fizera sua estréia na tribuna, e que, depois de haver citado Victor Hugo, Lombroso, o rapto das Sabinas, Prometeu, a batalha das Termópilas, o cultivo da mandioca e o Cod. Civil, pedira, num assomo de inspiração sublime, a liberdade do réu!*[10]
>
> Murilo Mendes

I.1.1 Dualismo e democracia; cultura jurídica, positivismo e cientificismo:

As leituras duais da história brasileira, a saber, as análises que partem do pressuposto da não-adaptação de idéias liberais no Brasil, não são novas, tampouco se restringem aos historiadores. No campo do Direito, pode-se citar Pontes de Miranda, um dos maiores juristas brasileiros de todos os tempos, de obra enciclopédica tanto em extensão quanto nos assuntos abordados. Ainda na República Velha, afirmava que as leis não poderiam modificar a sociedade e que legislar em desacordo com a "lógica coletiva" poderia gerar "influencia diversa da que se esperava e pretendia" (1912, p. 99). Para o jurista, deveriam ser evitadas as normas que não representassem "o produto das necessidades existenciaes de um povo". Portanto, a lei deveria limitar-se à "codificação do costume" (1912, p. 99-100). Pontes de Miranda oferecia como um dos exemplos, "que não nos escasseam", a própria constituição republicana da época: elas seria "desastrosa", pois implantou nos Estados "o mais vergonhoso regimen de banditismo". Por ter sido uma "lei de emprestimo", "adaptou-se, enfim pelo desrespeito integral da maioria de seus dictames", com o resultado de que não existiam, segundo

10 Crônica de 28 de setembro de 1920. In: PEREIRA, Maria Luiza Scher (org.). *Imaginação de uma biografia literária: os acervos de Murilo Mendes.* Juiz de Fora: UFJF, 2004, p. 144.

o autor, atos inconstitucionais no Brasil, pois a Constituição a tudo se adaptava, segundo os "azares da força e do momento político" (1912, p. 100-101).

Poder-se-ia desenhar, a partir desse trecho de Pontes de Miranda, o seguinte quadro do direito constitucional brasileiro de então:

- A Constituição de 1891, inspirada em modelos estrangeiros, como o federalismo dos Estados Unidos, não se adaptava à cultura política brasileira, que era marcada pela dominação oligárquica e pela passividade da cidadania;
- Como ela foi interpretada de forma a atender aos interesses dessa cultura política, contrários à teleologia constitucional, os seus efeitos no Brasil foram opostos ao pretendidos: em vez do federalismo, tivemos "banditismo";
- A interpretação distorcida da Constituição acarretava a dissolução da própria constitucionalidade, pois o Direito, distorcido em sua racionalidade, tornou-se mero servo de conveniências políticas.

A afirmação de Pontes de Miranda possuía algum fundamento na realidade brasileiro. A obra citada foi escrita durante a república velha, caracterizada pelo pacto oligárquico. Durante o Império, o Brasil foi um Estado unitário: os Presidentes das Províncias eram escolhidos pelo poder central. Muitos políticos republicanos defendiam a bandeira do federalismo. O que se verificou com a República, porém, foi o fortalecimento das oligarquias estaduais e do patrimonialismo, eis que a administração pública foi apreendida segundo os interesses privados dessas oligarquias. O federalismo, introduzido pela primeira Constituição republicana, de 1891, revelou-se conveniente às oligarquias estaduais e facilitou o sistema político do coronelismo, que consistia em compromissos políticos mútuos em uma escala que partia do chefe da política local, o "coronel" até chegar à presidência da república. Nesse sentido, Victor Nunes Leal, em sua obra clássica sobre o coronelismo, criticou os "juristas-idealistas" que deram aos governadores dos Estados os meios jurídicos de fomentar as oligarquias estaduais (1997, p. 124-125), permitindo a criação da "política dos governadores", com seus acordos oligárquicos que determinavam a escolha do presidente da república e a correspondente adulteração da democracia.

A manipulação eleitoral não nasceu, porém, na República: era prática corrente no Império. Como ironicamente lembrava Nabuco, não eram os eleitores que escolhiam a

Câmara, e sim o oposto, na medida em que esta forjava os resultados eleitorais : "Em geral supõe-se que a Câmara é delegada dos eleitores: é um engano perfeito; os eleitores é que são delegados, nem todos de polícia, da Câmara." (1999, p. 130). Dessa forma, as instituições do reinado não possuíam um conveniente "tom europeu de adiantamento e liberdade" (1999, p. 131). O adiantamento e a liberdade provinham, pois, do estrangeiro, e seria conveniente para a imagem do Brasil adotá-los. De fato, o foram, mas só superficialmente, sem que a estrutura política do Império e, depois, da República Velha, fosse profundamente alterada.

Pontes de Miranda, apesar da crítica ao direito da época, demonstrava que o seu pensamento ia ao encontro da cultura política que ele criticava. Pois o autor atacava as idéias democráticas, que seriam "sophismas e illusões frageis do poder dos fracos, as risiveis aspirações de governo pelo povo e de legislação popular. O povo deve servir ao muito para instrumento de verificação." (1912, p. 120). O jurista fundamentava seu ataque às democracias justamente no problema do "transplante" de normas jurídicas. As democracias, segundo o autor:

> Ao invez de distillarem costumes em leis, aquecem idéas ás labaredas de suas convicções falazes, appetecidas pelo povo sedento de poderio e de melhoras, – transmudam circumstancias e accidentes de ordem individual em decretos, transplantam instituições estrangeiras, de que os espiritos futeis e os estadistas affeitos á argucia e conhecença ostentosa se podem fartamente envaidar. Deslembram-se, porém, de que a instituição nova é planta que se quer adaptar ao solo, quando não é o effeito necessario da lucta, ou, como talvez acontecesse no Brazil, fadiga profunda e dignificante após ás luctas ensofregadas do abolicionismo. A lei verdadeira, nascida do costume [...] é imitativa pela origem, tradicional, aristocratica, pela essencia [...] (1912, p. 120-121)

Evidentemente, não se trata de uma exceção no pensamento da época, e sim de um reflexo do positivismo de Comte, autor de grande influência no Brasil dessa época. O pensamento positivista, com seu cientificismo e sua oposição à democracia, marcaria profundamente não só o pensamento daquele jurista, que não deixou de expressar a sua admiração pelo autor francês (2000, tomo II, p. 19), como também o de uma geração, que deixou inscrito na bandeira da república brasileira o lema "ordem e progresso". Em 1890, Miguel Lemos e Teixeira Mendes, por exemplo, defenderam as "Bases de uma Constituição Política Ditatorial Federativa para a República Federativa Brasileira" (LIMONGI, 1998, p. 17).

De qualquer forma, deve-se lembrar que não há novidade no ataque aos direitos humanos por não serem tradicionais. Vários governos e pensadores no século XIX,

contrários à Revolução Francesa, rejeitaram as idéias iluministas e os "direitos do homem e do cidadão" alegadamente devido ao caráter estrangeiro, teórico ou metafísico (isto é, alheio aos costumes) dessas idéias[11]. José de Alencar, ao reagir à Fala ao Trono do Imperador de 1867, que recolocou a abolição em debate no cenário político brasileiro (o Imperador Pedro II, como se sabe, era pessoalmente favorável à abolição), contrastou o "fato social" da escravidão à "arrogância" das teorias abolicionistas (CARVALHO, 1998, p. 53). Para o senador conservador, o abolicionismo era uma teoria alheia à realidade brasileira.

Segundo Pontes de Miranda, a democracia seria um transplante mal-sucedido, eis que os costumes apontavam para um outro tipo de regime, o aristocrático. Para o autor, esse regime atenderia melhor à liberdade. Defendia, pois, não "o governo pelo povo", e sim o "pela competencia, pela capacidade profissional" (1912, p. 124), e propugnava por uma aristocracia "da cultura, que é o regimen da competencia e da especialidade; e da moeda, que se permeia e é também a medida commum dos valores sociais. Eis uma lei da evolução dos povos." (1912, p. 125). "A democracia, portanto, é um desvio, um erro, uma illusão falaz e perigosa." (1912, p. 197). Porém, de fato, a "aristocracia da moeda" já estava no poder...

Ao generalizar a solução aristocrática como "lei da evolução dos povos", o jurista parece confundir-se ao fundamentar a aristocracia nos costumes – que são, todavia, diferentes de uma sociedade para outra. Portanto, bem se pode imaginar que sociedades diferentes adotariam soluções diversas (talvez até mesmo a democracia...), que atenderiam melhor suas especificidades. No entanto, julgava que a "evolução" para a aristocracia seria uma

---

11 Hannah Arendt, em seu livro *Sobre a Revolução*, destaca uma importante diferença entre as declarações de direitos humanos elaboradas pela Revolução Americana e pela Revolução Francesa. As declarações francesas referiam-se não só aos cidadãos, mas também a todos os homens, não importando onde ou quando vivessem; no caso dos Estados Unidos, a ênfase dava-se em relação ao governo, que deveria ser limitado por esses direitos. Para os franceses, pelo contrário, os direitos humanos existiam independentemente da estrutura política (1990, p. 148-149).

A declaração francesa de 1789 articulou, em muitos pontos, questões centrais do pensamento de Rousseau (DENT: 1996, p. 105). Esse pensador, contudo, negava que o homem moderno pudesse ser, simultaneamente, homem e cidadão (GOYARD-FABRE: 1987, p. 65). Para a crítica de inspiração culturalista, tal universalidade não poderia ser fundamentada, tendo em vista a grande diversidade de culturas na sociedade internacional. A esse respeito, Arendt estimava correta a crítica de Burke da falta de antecedente histórico, pois a declaração francesa queria tratar de direitos pré-políticos, inerentes à natureza do homem; a própria expressão "droits de l'homme" seria um oximoro, pois *homo,* em latim, era uma pessoa sem direitos – que era apenas um homem (ARENDT: 1990, p. 46).

Para a crítica reacionária da Revolução Francesa, o homem não existiria: deve-se lembrar da famosa objeção de Joseph de Maistre (1993) à Constituição francesa de 1795: ele jamais tinha visto um homem, e sim apenas franceses, italianos, russos... Posição semelhante à de Bentham (1993): os legisladores franceses deveriam instituir direitos apenas para os franceses, e não para os "homens".

No entanto, a crítica que aponta o caráter "teórico" da Declaração, por referir-se a um conceito abstrato de homem, corresponde justamente à razão do sucesso dos direitos humanos como bandeira política. Essa pretensão à universalidade é que permitiu que eles se espalhassem como bandeira para diferentes povos e em diferentes tempos até a atualidade.

lei dos povos em geral, o que não pode ser explicado por um fundamento consuetudinário, a não ser que acreditasse em uma improvável uniformidade ou convergência das culturas no mundo. Creio, portanto, que o fundamento do pensamento aristocrático dessa obra de Pontes de Miranda seja antes idealista do que antropológico, e corresponde ao "mito da autoridade": crer que a posse de um saber técnico, científico ou filosófico automaticamente garante o exercício do poder (CHAUÍ, 1986b, p. 25).

Esse mito periodicamente retorna à cultura jurídica[12] brasileira em momentos de autoritarismo: foi o caso de Francisco Campos, autor da Carta de 1937, criticando os parlamentos e as democracias, como no caso da Alemanha da República de Weimar, que, segundo o constitucionalista brasileiro, teriam procurado "inutilmente chegar a uma decisão politica mediante os methodos discursivos da liberal-democracia" (1941, p. 29). Francisco Campos justificava a ditadura do Estado Novo, alegando o "fato de termos vivido, durante mais de quarenta annos, em regimen theorico e em estado de inconstitucionalidade chronica, mal dissimulado por instituições que já haviam caducado antes de viver" (1941, p. 41); o segundo golpe de estado de Getúlio Vargas nada mais teria que seguido a tradição nacional: "O 10 de novembro não inventou um sentido nem forçou uma diretiva politica ao paiz. Apenas consagrou o sentido das realidades brasileiras." (1941, p. 71). O discurso da tradição, portanto, buscando amparar o mito da autoridade.

Discurso que guarda semelhanças com o de Miguel Reale, no momento de outra ditadura, a militar, ao criticar os liberais pela "abstração do Estado de Direito como Estado Jurídico", por quererem equilibrar os poderes do Estado em benefício das liberdades individuais. Tais idéias liberais não seriam "universalmente válidas e aplicáveis" (1972, p. 32). O jurista atacou a possibilidade de uma assembléia constituinte após o golpe militar de 1964: ela seria algo "abstrato" e "ilusório", que repetiria "os mesmos erros de 1934 e 1946". Segundo o jurista, o "Ato Institucional de 1964" estava correto em prever o envio de uma "proposta constitucional" ao Congresso, "com a colaboração de juristas atualizados que, tanto pelo saber como pelo espírito, estejam efetivamente à altura de fixar as grandes matrizes ordenadoras do Estado de Justiça social" (1966, p. 12)[13]. No entanto, enquanto Francisco Campos destaca a

12 Neste ponto do trabalho, basta lembrar que a cultura jurídica corresponde às "diferenças locais e nacionais no pensamento e na prática jurídicos" (REBUFFA: 1993, p.139-141). Devido a essas diferenças, os mesmos tratados internacionais terão efeitos diferentes, eis que serão interpretados não só de acordo com o sistema jurídico nacional em que foram recepcionados, mas de acordo com a cultura jurídica local, que pode conferir mais ou menos eficácia a esses tratados.

13 Levi Carneiro, Temístocles Cavalcanti, Orozimbo Nonato compunham a comissão de juristas que elaborou a primeira versão do projeto da Carta de 1967. Miguel Seabra Fagundes, que integrava a comissão, dela se retirou. O projeto foi revisto pelo Ministro da Justiça, Carlos Medeiros da Silva, e foi aprovado sem modificação alguma

"acção charismatica do Fuehrer" (1941, p. 29), Reale, com um ideário político distinto do outro jurista, elogia a concepção de "democracia social" do "Presidente EMÍLIO GARRASTAZU MÉDICI" [grifo do original] por fugir tanto ao modelo dos Estados liberais quanto do adotado pelos Estados alinhados com a União Soviética e a China (1972, p. 37), apesar de reconhecer que ainda não se sabia o que significava ao certo o novo modelo de Médici...

De fato, a minguada obra escrita de Médici (pelo menos a até hoje publicada) não nos permite determinar com certeza esse modelo; mas o general, elevado pelo insigne jurista a categoria de pensador social, afirmou, durante a sua presidência, que "nada mais natural que a democracia brasileira se afeiçoe às exigências de nossas condições sociais e não às de sociedades alienígenas" (1971, p. 166). Nada de original: trata-se do velho pretexto nacionalista.

Alfredo Buzaid, na qualidade de Ministro da Justiça do Presidente Médici, não deixou de seguir a mesma linha e defendeu o regime militar, que, alegadamente, correspondia a uma "democracia de conteúdo real", "fugindo a inspirações utópicas" (1972, p. 19). A Carta então vigente, segundo o então Ministro, buscava restaurar a "autenticidade brasileira" (1972, p. 3).

Pode-se observar, em todas as ditaduras por que passou o Brasil, que o ataque à efetividade dos direitos humanos, por meio de sua caracterização como meramente "teóricos", ou "utópicos", ou alheios à realidade ou à autenticidade nacionais, destinava-se a retirar-lhes a eficácia jurídica.

Portanto, é de idealismo, idealismo jurídico[14], que o pensamento de Pontes de Miranda se ressente na afirmação de que foi a Constituição de 1891 que mergulhou o país na situação que ele deplorava. Tal postura impediu-o de ver que não foram os preceitos legais, e sim a estrutura social e política patriarcal, privatista e oligárquica que gerou a primeira república brasileira. Ele também não viu que o seu pensamento conservador não constituía nenhuma crítica radical, e sim refletia a sua época: a república oligárquica encontra um erudito eco no ideal aristocrático-jurídico desse autor. Em *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, obra cuja primeira edição data de 1928, afirmava: "Democratizar a criação do direito não é entregá-la

pelo Congresso Nacional, apesar das várias emendas apresentadas (SKIDMORE, 1988, p. 119). O governo ditatorial conseguiu que prevalecessem a eleição indireta para Presidente da República e a previsão de amplos poderes para as autoridades públicas apurarem "infrações penais contra a segurança nacional, a ordem política e social" (artigo 8º). As Constituições de 1934 e 1946, efetivamente aprovadas por Assembléias, não eram simples resultado da obra de juristas e possuíam, portanto, um caráter bem diverso – apesar de a primeira ter previsto a eleição indireta para Presidente da República para o mandato do primeiro quadriênio após a promulgação da Constituição (artigo 1º. e parágrafos das Disposições Transitórias) para facilitar a continuidade de Getúlio Vargas no poder.

14 O idealismo jurídico consiste no tratamento dos conceitos jurídicos fora de um contexto social específico, e na subordinação desse contexto social a esses conceitos (MIAILLE, 1982, p. 49).

às assembléias, nem diretamente ao povo, – é deixá-la às vocações, às pesquisas técnicas, aos que extraiam do que *é* as leis da vida e os remédios que curam [...] e os soros que imunizam e fazem sarar." (1981, p. 18). Uma aristocracia de juristas, concebida por um deles, fundamentada em uma concepção cientificista da sociedade. O governo e a legislação deveriam ser deixados aos cientistas, e o sufrágio universal era estigmatizado por Pontes de Miranda como "o *a priori* da igualdade de eleição", que não serviria ao povo, que "não se satisfaz com isto" (é claro), e não passaria de um "Bello principio politico para o racionalismo, defeituosissimo expediente technico para a politica scientifica, que toma conta aos effeitos sociaes das leis e dos systemas (experimentação politico-sociologica)." (1924, p. 271).

Remédio, cura, imunização, experimentação: Miguel Reale acusou, com justiça, a excessiva crença de Pontes de Miranda nas "leis científicas de pretensa objetividade isenta e transpessoal" (1994, p. 147). Não eram privilégio desse jurista, contudo, as metáforas médicas: o pensamento conservador desse período histórico, muitas vezes influenciado pelo positivismo científico, utilizava-as amiúde para naturalizar os problemas sociais. Os problemas brasileiros não teriam raiz na estrutura social, mas em fatores de ordem biológica, como a raça[15]. É evidente que esse pensamento cientificista encobria sobre um discurso técnico os problemas sociais, e buscava legitimar o poder desses técnicos – no caso, os "cientistas" do direito.

Deve-se lembrar que o próprio liberalismo realizou essa naturalização de diferenças sociais. Por exemplo, com a tese da "inferioridade natural" da mulher, o que lhe negou, entre outros direitos, o da participação política, ou com o voto censitário, tão comum no século XIX, que negou esse mesmo direito às camadas menos privilegiadas da população. Como lembra Chauí, essa naturalização no liberalismo "esvazia a gênese histórica da desigualdade e da diferença" (2000, p. 90).

Pontes de Miranda, criticando a "benevolência jurídica" que caracterizaria o direito brasileiro, aponta um culpado por ela: o negro. Segundo o jurista, a "inação jurídica" trazida pelo negro, que era praticamente apenas "coisa" para o direito enquanto a escravidão

15 Um exemplo clássico foi o de Euclides da Cunha, a falar na seção "O Homem" de *Os Sertões*, sobre o confronto entre raça inferior (o "bronco") e o europeu colonizador (2003, p. 57), bem como a considerar "prejudicial" "a mistura de raças mui diversas" (2003, p. 73). O final do livro, com a descoberta do cadáver de Antônio Conselheiro, bem corresponde à medicina legal da época: "Trouxeram depois para o litoral, onde deliravam multidões em festa, aquele crânio. Que a ciência dissesse a última palavra. Ali estavam, no relevo de circunvoluções expressivas, as linhas essenciais do crime e da loucura...." (2003, p. 360). Poder-se-iam também invocar os exemplos de Oliveira Viana e Silvio Romero, entre outros. É de lembrar que uma das originalidades da obra de Gilberto Freyre, seguindo a antropologia cultural de seu mestre Franz Boas, foi justamente abandonar as teses racistas de explicação do homem brasileiro, que acabavam por condenar a miscigenação. Foi com *Casa Grande e Senzala* que, pela primeira vez no pensamento social brasileiro, foi assumida a "contribuição civilizadora do negro" (DAMATTA, 2004, p. 14).

existiu oficialmente, teria este resultado: "massa de homens sem posses, sem personalidade, da massa de homens "possuídos", dos homens-coisas, que as leis biológicas e a hereditariedade social ainda reproduzem depois da abolição da escravatura." (1981, p. 445). Nenhuma palavra sobre o sistema político e a estrutura social que levou o Brasil a abolir tardiamente a escravidão e que fez com que notórios políticos abolicionistas, como Joaquim Nabuco e Rui Barbosa, perdessem eleições ainda na década de 1880. A Pontes de Miranda ocorriam apenas motivos de ordem biológica. Portanto, coerentemente, defendia a eugenia, porquanto para o Brasil, sustentava, era necessária a "difusão do socialismo de Estado, a fim de que, por intermédio dela, viessem as medidas eugênicas" (1981, p. 447) [16].

Nesse ponto também, Pontes de Miranda revela o pensamento jurídico de sua época. Lilia Moritz Schwarcz lembra-nos como na Faculdade de Direito de Recife foi recebido, no século XIX, um pensamento cientificista que identificava a mestiçagem com a criminalidade (2000, p. 167). Tobias Barreto foi uma exceção, e criticou o que chamava de "defeito característico" da sua época: as teorias dos psiquiatras e "médicos patólogos", principalmente a Escola de Lombroso (2004, p. 58). Silvio Romero, contudo, discordava de Tobias Barreto, afirmando que a ciência havia concluído com a "máxima cautela" pela existência de raças inferiores. À afirmação de Tobias Barreto de que o povo brasileiro serviria de refutação às teses racistas, devido ao destaque conseguido por membros de raças supostamente inferiores, Romero redargüia: "Uma ou outra excepção, um ou outro caso de superioridade no *filhinho do negro* não póde constituir uma regra, nem infirmar a doutrina." (2004, p. XII).

Quanto à Faculdade de Direito de São Paulo, lembra Schwarcz (2000), predominava um "liberalismo de fachada" também infundido de teorias racistas. É significativo que a Constituição de 1934, expressando a visão política e jurídica dessa época, previsse a "educação eugênica"[17]. No fim do século XIX e no início do século vinte[18], era comum a crença na determinação biológica do crime, especialmente a determinação racial – indivíduos negros e

16 Também durante a ditadura militar, juristas defenderam a eugenia, considerada então como matéria de segurança nacional (PESSOA, 1971, p. 151).

17 Previa a Constituição de 1934: "Art. 134 – Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios nos termos das leis respectivas:
[...]
b) estimular a educação eugênica;
[...]
g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais."

18 Deve-se lembrar que se trata, em termos geopolíticos, da época de grande expansão do imperialismo, e as potências européias e os Estados Unidos da América usaram as teorias do darwinismo social e do "racismo científico" para legitimar sua dominação sobre populações não-brancas. Dessa forma, o Direito internacional acolhia a distinção entre as nações "superiores" e as "atrasadas".

mestiços apresentariam tendência maior à criminalidade, afirmava, por exemplo, Nina Rodrigues, autor de grande influência na medicina legal no Brasil na época (RIBEIRO, 1995, p. 94) [19].

Para Nina Rodrigues (que era mulato, sinal da ambigüidade das relações raciais no Brasil (COSTA, 1999, p. 378)), era papel da "raça ariana", minoritária no Brasil, defender a "civilização" contra as "raças inferiores". Segundo esse autor, a mulata seria uma "anormal" devido a uma permanente superexcitação sexual (FREYRE, 2004, p. 743). Teses racistas como essa informavam moralmente a justiça criminal e, embora não tivessem gerado um direito segregacionista (como se referirá mais adiante), formavam, segundo Peter Fry, um "contraponto semi-clandestino ao valor formal da igualdade perante a lei" (2000, p. 213).

O racismo não se dirigia apenas contra os negros. Freyre (2004, p. 560-563) escreveu que as propostas de proibição da imigração asiática ao Brasil no Império ocorreram justamente em uma época em que a Europa havia-se tornado a influência cultural dominante sobre o Brasil (após a decadência da influência oriental, notadamente das Índias, forte durante o período colonial), e os amarelos passaram a ser considerados moralmente degradados.

Essas teses racistas, claro, eram importadas (Lombroso era um nome de grande influência). Contudo, não sendo democráticas, encontraram respaldo na cultura jurídica brasileira dessa época. Jeffrey Lesser aponta a influência da formação jurídica brasileira para a conformação ideológica dos diplomatas (quase todos formados em Direito) ao "racismo científico" que teve papel preponderante na política imigratória da época de Vargas, e se manifestou nas restrições à imigração de judeus (1995, p. 106-107). A própria Constituição de 1934 (que pouco durou, mas teve o papel de espelhar ideologicamente a cultura jurídica da época) previa critérios raciais para a imigração no artigo 121[20].

O pensamento jurídico dominante na ditadura militar também se eivava do cientificismo; para Alfredo Buzaid, com a Constituição de 1967, o povo teria, finalmente, um guia para ampará-los nas escolhas eleitorais (o jurista não enfrenta a questão de que essa

---

19 Deve-se lembrar que estudos recentes continuam a apontar racismo na Justiça Criminal brasileira, devido à proporção maior de condenações de réus negros do que de brancos, maior índice de prisões em flagrante para réus negros, menor proporção de réus negros respondendo a processo em liberdade do que réus brancos, e menores índices de condenação quando a vítima é negra do que quando é branca (ADORNO, 1996).

20 O parágrafo sexto desse artigo restringia por cotas a entrada de imigrantes "§ 6º. A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinqüenta anos."

O parágrafo sétimo restringia a liberdade de moradia do imigrante em nome de uma política de assimilação: "§ 7º. É vedada a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização e assimilação do alienígena."

Constituição restringia as eleições diretas, pelo que não era exatamente marcada pelo prestígio à escolha popular), e isso foi feito porque a ditadura militar teve como um de seus "méritos" "considerar a política como uma ciência e institucionalizá-la como ética". Buzaid chega a afirmar que, antes da ditadura, a política era "ação meramente empírica" (1970, p. 27), sem caráter científico.

A rejeição a normas jurídicas democráticas importadas, por alegada inadequação à realidade e aos costumes brasileiros, bem como a aceitação de idéias também importadas, contudo antidemocráticas, acabam tendo por conseqüência involuntária, no pensamento de Pontes de Miranda, o apoio à manutenção do sistema político, que não era realmente democrático, e sim oligárquico.

I.1.2 Democracia e mal-entendido:

Sérgio Buarque de Holanda, em passagem célebre de *Raízes do Brasil*, escreveu que a democracia no Brasil sempre foi um "lamentável mal-entendido" (1995, p. 60). A afirmação enraíza-se no difícil transplante de um ideário liberal importado à estrutura social brasileira. Segundo Sérgio Buarque de Holanda, a formação social brasileira, apoiada no patriarcalismo e no personalismo da aristocracia rural, bem como no trabalho escravo, não se coadunava com "os trajes modernos de uma grande democracia burguesa" (1995, p. 79), que exigiriam uma delimitação mais nítida entre as esferas pública e privada. Esse autor, como é sabido, cunhou a figura do "homem cordial" para explicar a prevalência do núcleo familiar, dos laços afetivos[21] e do particularismo sobre a impessoalidade pretendida pelo liberalismo e o universalismo almejado pela democracia.

Uma conseqüência da cordialidade são distorções nos instrumentos jurídicos e administrativos para que os recursos públicos possam ser desviados segundo interesses privados, que distribuem "favores" aos "amigos do rei". Joaquim Nabuco, no século XIX, bem percebia essas distorções na mecânica partidária da monarquia: o atraso político brasileiro ter-se-ia manifestado não só em haver um partido republicano antes de uma opinião abolicionista, mas

21 Bevilaqua caracterizava o direito brasileiro como "afetivo", pois muitas de suas disposições tinham por motivo os "sentimentos"; para o jurista, autor do projeto do código civil de 1916, o povo brasileiro seria "afetivo, liberal e idealista" (1976b, p. 193-212). No entanto, é de lembrar o caráter estritamente elitista do congresso brasileiro na época da discussão do código, o retrocesso de algumas das disposições desse código em relação às Ordenações Filipinas e a falta de regulação do trabalho. É curioso, pois, que o autor afirmasse que o direito brasileiro era um reflexo do caráter do povo, "caráter" esse que ainda deveria ser verificado.

também em os partidos que se revezavam no poder não ostentarem "nenhuma opinião remotamente distante do governo", devido à distribuição de "empresas e favores", o que fez da escravidão "um estado no Estado, cem vezes mais forte do que a própria nação" (2000, p. 9-11). Como resultado, o tráfico de escravos, ilegal devido a tratados internacionais ao menos desde 1826[22] e ao direito interno desde 1831 (ano em que foi aprovada lei que previa que todo escravo que chegasse ao Brasil seria considerado livre), não era reprimido até que a pressão britânica deixou de dar-se apenas em termos diplomáticos após a aprovação, pelo parlamento britânico, do *Bill Aberdeen* em 1845: a marinha britânica passou a capturar os navios negreiros.

De fato, a escravidão foi (e é, tendo em vista que continua a existir no país no início do século XXI) um dos exemplos que demonstram que o transplante das idéias liberais (e do Direito correspondente) foi realizado apenas na medida em que as relações de produção não fossem alteradas. O transplante era necessário por conta, entre outros fatores, da imagem externa do Brasil: no século XIX, a singularidade da monarquia brasileira no seio de um continente integrado por jovens repúblicas foi usada pela propaganda republicana: o Brasil tinha vergonha de sua realidade e deveria "merecer a aprovação dos outros" (HOLANDA, 1995, p. 166).

Esse transplante, portanto, muitas se deu de forma que o Direito importado encontrasse limitada efetividade. Amiúde ocorreu na história brasileira que idéias importadas de liberdade ou de direitos humanos, embora incorporadas à ordem jurídica nacional, ou não eram aplicadas, ou o eram de forma distorcida, de maneira a que esses direitos não encontrassem efetividade ou sofressem uma efetividade paradoxal, isto é, como se verá adiante, gerassem efeitos contrários aos legalmente previstos. Pois não apenas uma determinada norma era inadequada: por vezes a própria legalidade, de origem liberal, era rejeitada. Marilena Chauí ressalta que se trata de característica do Brasil ainda do fim do século XX, que as relações sociais fundamentem-se na tutela e no favor, não no direito, e a legalidade se constitua como "círculo fatal do arbítrio (dos dominantes) à transgressão (dos dominados) e, desta ao arbítrio (dos dominantes)" (1986a, p. 47-48).

Tutela e favor; como argumentou Emília Viotti da Costa, em *Da Monarquia à*

---

22 No Congresso de Viena, em 1815, Portugal, por pressão inglesa, havia se comprometido a terminar com o tráfico de escravos ao norte da linha do Equador. Em 1817, concedeu aos ingleses o direito de visita e busca de navios negreiros (COMPARATO, 2003, p. 198). Anteriormente, em 1810, no artigo 10 do Tratado de Paz e Amizade com a Inglaterra, que se seguiu à vinda da família real portuguesa ao Brasil, o "Príncipe Regente de Portugal", D. João VI, comprometeu-se, "plenamente convencido da injustiça, e má política do commercio de escravos [...] tem resolvido de cooperar com Sua Magestade Britannica na causa da humanidade e justiça, adoptando os mais efficazes meios para conseguir em toda a extensão dos seus dominios uma gradual abolição do commercio de escravos." Note-se que a gradualidade sempre foi usada, tanto por autoridades portuguesas quanto brasileiras, para impedir a abolição.

República, a grande maioria da população, nesse período histórico do fim do Império e do início da primeira república, estava enredada no sistema de patronagem e clientelismo (ou seja, na dependência do favor e da cooptação pelas classes dominantes), pelo que o liberalismo não se tornou hegemônico, não surtindo, assim, um efeito mascarador das relações sociais – a ética da patronagem o fez (1999, p. 167). Os empresários que se aliavam a determinados políticos e, assim, com licenças especiais, vantagens tributárias e contratos públicos, o negro ou mulato que tinha um "padrinho" e, assim, podia ser aceito em meios sociais onde "brancos" predominavam (como no caso de Machado de Assis), todos esses casos conformavam-se a essa cultura que mascara os conflitos sociais.

A Constituição de 1891, que recebeu inspiração do direito constitucional dos Estados Unidos, não pôde, pois, conformar a realidade social. Pontes de Miranda, como se viu, considerou-a desastrosa, não devido aos objetivos constitucionais, que foram distorcidos, mas por seu caráter de "lei de empréstimo", que só se adaptaria à realidade brasileira – paradoxalmente, acrescento – pelo desrespeito dos preceitos constitucionais. O "artificialismo da República", segundo Ângela de Castro Gomes, devia-se à importação das "fórmulas político-liberais" (1998, p. 494). Ao mesmo tempo, contudo, a forma do liberalismo era vista como necessária ao país, não só como fachada, mas como sinal de avanço político.

Essa contradição autoriza leituras como a José Murilo de Carvalho, segundo a qual a construção da cidadania no Brasil marcou-se por uma cultura simultaneamente "quase cínica em relação ao poder e às leis" e marcada por um "extremado legalismo" (1996, p. 339). Essas duas características harmonizam-se: o legalismo, definido por uma postura estrita e estreitamente formalista na interpretação do Direito, ao desconsiderar as condições de aplicação da norma jurídica – que são sociais – presta-se servilmente à manutenção do *status quo*, mesmo se as condições de dominação passam pela violação do Direito (e o conseqüente cinismo em relação às leis). Com isso, o Direito perde efetividade, na medida em que serviria para constranger os interesses dessa elite, justamente porque as condições sociais de aplicação são determinantes em relação aos efeitos que a norma poderá produzir. Ou, então, ganha uma efetividade distorcida, manipulada de forma a atender a esses interesses – assim, teremos a produção legal da ilegalidade, de que se tratará no segundo capítulo deste trabalho.

I.1.3 Elitismo e efetividade do direito:

A visão de Rui Barbosa sobre a Constituição de 1891 era bem diversa da de Pontes de Miranda. No célebre discurso *Oração aos Moços*, escrito no fim de sua vida, ele ofereceu a seguinte visão sobre o Direito no Brasil: "É verdade que a execução corrige, ou atenua, muitas vezes, a legislação de má nota. Mas, no Brasil, a *lei* se deslegitima, anula e torna *inexistente*, não só pela bastardia da origem, senão ainda pelos horrores da aplicação." (1997, p. 36).

A origem bastarda, ilegítima, segundo o discurso, corresponde às oligarquias (1997, p. 35). O problema, contudo, não se resumia à origem das leis, mas envolvia a aplicação, questão ainda mais grave: "mais vale a lei má, quando *inexecutada*, ou *mal executada* (para o bem), que a boa lei, sofismada e não observada (contra ele)" (1997, p. 36). Para executar bem, o jurista aconselha apelar para "a mão sustentadora das leis", a Constituição (1997, p. 37).

Tratava-se antes de um diagnóstico do que de uma solução, pois os membros do Judiciário geralmente representavam ou acolhiam os interesses das oligarquias. Rui Barbosa, imbuído de uma crença democrática, que precisaria romper com os costumes da cultura política nacional, afirmava que uma aplicação metodologicamente correta do Direito era necessária – pois as oligarquias distorciam o Direito. Todavia, antes de acusar o jurista de legalismo, é preciso lembrar que, como lembra Marilena Chauí, não é possível a democracia "sem a expressão simbólica do poder popular no sistema das leis" (1989, p. 195). E, como Rui Barbosa apontava, a lei no Brasil expressava o poder oligárquico:

> Ora, senhores bacharelandos, pesai bem que vos ides consagrar à *le*i, num país onde a lei absolutamente não exprime o consentimento *da maiori*a, onde são as minorias, as oligarquias mais acanhadas, mais impopulares e menos respeitáveis, as que põem, e dispõem, as que mandam, e desmandam em tudo; a saber: num país, onde, verdadeiramente, *não há le*i, não o há, moral, política ou juridicamente falando. (1997, p. 35-36)

Portanto, não haveria como se considerar o Brasil um Estado de direito devido ao uso instrumentalizado das normas jurídicas (isto é, são aplicadas ou ignoradas de acordo com os interesses em jogo). Não por acaso, encontra-se ainda na cultura jurídica brasileira uma postura cínica consubstanciada nas "leis que pegam" e "leis que não pegam": entre os preceitos da dogmática jurídica e a efetiva aplicação desses preceitos, o intervalo poderia ser imenso, de acordo com as conveniências do poder. O "jeitinho brasileiro" tem significados diferentes,

lembra Marilena Chauí, de acordo com a classe social: para as classes médias e a burguesia, trata-se de uma forma de burlar a lei para tirar proveito de determinada situação; para as classes populares, corresponde a uma forma de fugir à lei, considerada "feita contra os pobres". O "jeitinho", pois, revela um bloqueio contra a cidadania (1989, p. 195). Como a democracia exige a construção da "cidadania como representação e o direito à participação", bem como "pela criação de direitos e pela criação de novos direitos", o Brasil estaria bem longe, de acordo com Chauí, de ser democrático (1989, p. 197). De fato, a distorção ou a inexecução dos direitos humanos, bem como a acusação de que esses não deveriam ser aplicados por fugirem aos costumes nacionais, foram invocados, como se viu, pela crítica reacionária.

Como resultado, as leis são "feitas para ser transgredidas e não para ser cumpridas nem, muito menos, transformadas." (CHAUÍ, 2000, p. 90). A própria efetividade do Direito (principalmente dos direitos humanos), portanto, na medida em que ela possa ser libertária para as camadas populares, é comprometida.

A importância do direito para uma cultura democrática contrasta-se com o conservadorismo da leitura dualista de Oliveira Vianna. Esse autor, em *O idealismo da Constituição*, afirmava que o problema da democracia no Brasil estava mal-posto, "porque em sido posto á maneira ingleza, á maneira franceza, á maneira americana; mas, nunca, á maneira brazileira" (1927, p. 13). O autor atacava a "unidade fundamental da espécie humana" e a "igualdade psíquica de todas as raças" (1955, p. 75) e afirmava que os anglo-saxônicos tinham o máximo de capacidade política (1955, p. 105); ademais, desde o Neolítico os arianos viveriam sob uma democracia (1955, p. 115). Os povos latino-americanos, sem gênio político próprio, caracterizar-se-iam pela imitação (1955, p. 103) e pelos transplantes e empréstimos culturais, principalmente em instituições políticas e direito constitucional (1955, p. 99).

O Brasil seria um exemplo farto de transplantes: de acordo com Oliveira Viana, o sufrágio universal era "anticientífico" quando aplicado ao povo brasileiro (1955, p. 613), porque nosso conceito de democracia teria sido importado da França (1955, p. 614), sem que o cidadão brasileiro estivesse formado, pelo que a democracia no Brasil seria uma ficção. Oliveira Vianna, portanto, diz que só daria o direito de voto ao cidadão sindicalizado (1955, p. 618), pois somente ele ultrapassaria o interesse meramente pessoal.

O direito também era importado, e por isso só iluminaria "os visos mais altos da nossa hierarquia social" (1955, p. 526). Daí vem a noção do "marginalismo" das elites, ou seja, o seu expatriamento cultural para refletir ideais da cultura européia ou norte-americana.

Rui Barbosa teria sido o "marginal" típico (1955, p. 435), por seus ideais anglo-saxônicos. Mas Oliveira Vianna sugeria como alternativa a troca dos partidos políticos pelos grupos profissionais, a supressão do voto individual, a limitação dos poderes do Legislativo e a hipertrofia do Executivo (1955, p. 469)... Como em um regime inspirado pelo fascismo. Essas idéias, se implementadas, permitiriam a efetividade dos direitos humanos no contexto brasileiro? Certamente que não.

A questão da importação do direito faz necessário, pois, que se pesquisem as condições de efetividade jurídica. A efetividade do sistema pode exigir que determinada norma, embora eficaz, seja relegada quando, por inadequada à realidade social, gerasse efeitos contrários aos pretendidos em sua aplicação. Aplicar-se-iam, pois, os princípios jurídicos correspondentes, e não a norma inadequada[23]. Essa forma de afastar a efetividade da norma é metodologicamente correta, e corresponde ao que Rui Barbosa chama de "mal executar para o bem". Coisa muito diversa ocorre quando determinada norma é interpretada em desacordo com a sua finalidade e com os princípios correspondentes, e, submetida a uma razão que lhe é estranha, acaba por produzir efeitos contrários àquela finalidade e àqueles princípios. Trata-se do que se chamará aqui de efetividade paradoxal, obtida por meio de uma produção legal da ilegalidade.

A importação do direito, ao trazer normas jurídicas para uma cultura que lhes é estranha – ou até avessa aos princípios que informaram essas normas, como ocorreu no Brasil no tocante às idéias liberais – pode propiciar a efetividade paradoxal. Trata-se mesmo de um traço formador da história do direito brasileiro: podemos afirmar, com Wolkmer, que a "transposição do direito escrito europeu" para a "estrutura colonial brasileira" gerou uma "estranha e contraditória convivência de procedimentos burocrático-patrimonialistas com a retórica do formalismo individual e liberalista" (2003, p. 7). Essa convivência conflituosa gerou contradições entre os fins desejados por determinada norma e os efeitos alcançados na sua aplicação.

---

23 Por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n ° 8069 de 1990) prevê, no artigo 230 ("Art. 230. Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente: Pena - detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que procede à apreensão sem observância das formalidades legais."), penas aos que desrespeitarem a liberdade de ir e vir de crianças e adolescentes nos logradouros públicos. Esse dispositivo, na prática, ofende a dignidade dos menores na medida em que permite que fiquem nas ruas, expostos ao crime, tendo em vista a enorme exclusão social nas cidades brasileiras. Nem todas as autoridades, portanto, respeitam-no, tendo em vista sua inadequação à realidade social brasileira: "Drs. Humberto Vasconcelos e Luiz Carlos Figueiredo, juízes do Recife, determinam, por portaria, que os menores sejam recolhidos depois das 22 horas. Isto é contra a lei. Eles são homens de bem." (CAVALLIERI, 2003).

Decerto o simples "formalismo individual e liberalista" seria sempre insuficiente para a realização da cidadania, especialmente em um Estado marcado por tanta desigualdade social e com conhecidas insuficiências no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais. Contudo, não é menos certo afirmar que mesmo a concepção liberal da cidadania não foi alcançada no Brasil, o que se pode verificar no desrespeito aos direitos civis e à autonomia. Pois, desse descompasso entre ideário e realidade, resultou o não menor descompasso entre realidade e o Direito, na medida em que as normas jurídicas tivessem como objetivo garantir a liberdade. Essa cultura, cínica em relação ao direito, corrobora, no caso brasileiro, a afirmação de Sérgio Buarque de Holanda a respeito dos países deste continente: "As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômeno constante em toda a história da América do Sul." (1995, p. 182). No tocante aos direitos humanos, a deficiência na América Latina decorre, como lembra Fábio Konder Comparato, da desigualdade da condição social, principalmente devido às baixas condições de vida de índios e negros, e do "oficialismo na formação das sociedades latino-americanas" (1989, p. 43), isto é, a construção da cidadania de cima para baixo[24] com a paulatina concessão de direitos pelo próprio Estado e pelas elites, em vez de por meio da conquista do Estado pelo povo. Essa construção levou a uma tradição, na América Latina, de ignorar a lei ou acatá-la, mas a distorcendo em favor dos poderosos e para a "contenção dos fracos" (O'DONNELL, 2000, p. 346).

O caso da Lei Afonso Arinos, de 1951, que tornava o racismo em contravenção penal, corresponde a um expressivo exemplo de norma ignorada: de 1951 a 1991, houve apenas três processos com base na lei, dos quais dois resultaram em condenação (FRY, 2000, p. 214). Pode-se dizer que um dos fatores que concorreu para a aprovação da lei, bem como da Lei Caó de 1991, que tornou o racismo crime (seguindo a previsão constitucional do art. 5º., XLII), foi a certeza de que ela teria pouca efetividade. Essa cultura jurídica cínica em relação às leis foi um dos fatores (além de especificidades da formação social brasileira, como a grande presença de miscigenação) que levou o direito brasileiro a ser neutro em relação à questão da raça, apesar das teses racistas que existiam no século XIX e na primeira metade do século XX, ao contrário do que ocorria nos EUA (onde o confronto entre raças sempre foi mais direto e acirrado do que no Brasil), em que a legislação foi por muito tempo segregacionista[25].

---

24 Como escreveu Sérgio Buarque de Holanda, "os movimentos aparentemente reformistas, no Brasil, partiram quase sempre de cima para baixo" (1995, p. 119).

25 A Constituição do Alabama (que inspirou a Constituição sul-africana do *apartheid*), aprovada em 1901, somente foi emendada no preceito que proibia casamentos inter-raciais no ano de 2000 (THE ECONOMIST,

A construção da cidadania de cima para baixo no Brasil também levou a que os direitos sociais fossem antecipados em relação aos civis políticos, como bem lembra José Murilo de Carvalho. Essa antecipação não favoreceu a autonomia dos cidadãos, pelo contrário: ela acentuou a passividade da cidadania, pois os direitos sociais alcançados principalmente durante o Estado Novo (1937-1945), como a instituição do salário mínimo (em 1940), a criação da Justiça do Trabalho (1941) e da Consolidação das Leis do Trabalho (1943) foram percebidos pela população, afirma José Murilo de Carvalho, como "um favor em troca do qual se deviam gratidão e lealdade", pelo que a cidadania "era passiva e receptora antes que ativa e reivindicadora" (2002, p. 126). O transplante de modelos jurídicos foi, ele mesmo, geralmente guiado pelo conservadorismo, ou representava idéias conservadoras, como no caso das teses eugênicas e racistas, já aludidas. Durante a ditadura de Vargas, foram conquistados direitos sociais e econômicos pelos trabalhadores urbanos, mas com o controle governista dos sindicatos e sob a inspiração da legislação italiana fascista, que não se notabilizava, muito pelo contrário, pelas garantias da liberdade.

A conquista desses direitos veio, por sinal, atrasada. Orlando Gomes denunciou esse atraso, ligado ao conservadorismo da legislação civil brasileira: enquanto Portugal, que codificou o direito civil em 1867, mostrou-se aberto a influências liberais francesas, o Brasil permaneceu fiel à legislação colonial devido à sua "estrutura social", presa à "tradição jurídica lusitana" (2003, p. 11-16 e 29), consubstanciada em personalismo doméstico, patriarcalismo e regulação do trabalho em moldes individualistas e liberais. Dessa forma, os dispositivos que Beviláqua havia previsto em seu projeto para a proteção ao trabalhador não foram aprovados pelo parlamento brasileiro. Ademais, o Código Civil, lembrava Orlando Gomes, tinha um "cunho teórico" no sentido em que representava uma idealização da sociedade pela elite: "a superestrutura política era, em verdade, de fachada", pelo que os proprietários de terra não tiveram molestados os seus interesses (2003, p. 24). O Código não levava em conta as populações "mantidas em um estado de completa ou meia escravidão" (2003, p. 22).

É de lembrar que o Tratado de Versalhes, em 1919, previu, além da Liga das Nações, a criação da Organização Internacional do Trabalho; no Brasil, porém, a proteção aos direitos dos trabalhadores foi ignorada na codificação civil devido aos interesses da "elite cultural do Brasil" (2003, p. 44).

De fato, na área da proteção social, passou a existir um descompasso entre o

---

2002). Apesar de aquele preceito da constituição estadual violar a constituição federal, a emenda só foi aprovada depois de muitos debates...

direito brasileiro e o direito internacional, que se aprofundaria com o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos a partir da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), com um descompasso entre o direito oficial e a prática jurídica, mormente no plano dos direitos humanos e a prática do Estado brasileiro. A história constitucional do Brasil parece apontar para essa característica das declarações de direitos humanos: terem uma função antes "pedagógica do que efetivamente regulatória", na expressão de Fábio Konder Comparato (2002).

Dessa forma, amiúde por meio da lei pôde-se criar, no sistema jurídico, a ilegalidade, na medida em que os direitos previstos ou não encontravam eficácia social, ou, se a encontravam, eram distorcidos. Nos dois casos, a "função regulatória" do Direito encontra-se comprometida pelos interesses do poder, e a relação entre legalidade e ilegalidade não pode ser compreendida pela simples oposição: a legalidade pode servir de meio para engendrar a ilegalidade, e vice-versa.

I.1.4 Poder e (i)legalidade:

A difícil efetividade dos direitos humanos, tanto em relação aos previstos em tratados internacionais quanto em sede constitucional, encontrou um período particularmente delicado durante a ditadura militar, que pode ser caracterizada, segundo Leonel Severo Rocha, pela "contínua ruptura dos princípios jurídicos mais elementares" (2003, p. 126). O regime precisava, destaca esse autor, perverter a lei, "utilizando-a contra a lei" (2003, p. 128). O Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, bem demonstraria esse paradoxo jurídico:

> O PRESIDENTE DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e
>
> CONSIDERANDO que a Revolução brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, "os. meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da

> ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria" (Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964);
>
> .....
>
> CONSIDERANDO, no entanto, que atos nitidamente subversivos, oriundos dos mais distintos setores políticos e culturais, comprovam que os instrumentos jurídicos, que a Revolução vitoriosa outorgou à Nação para sua defesa, desenvolvimento e bem-estar de seu povo, estão servindo de meios para combatê-la e destruí-la;

Por que o Direito criado pelo regime militar ter-se-ia voltado contra a própria ditadura? Severo Rocha lembra que a sociedade pode encontrar nas leis "sentidos inatendidos pelas ditaduras" (2003, p. 143), favoráveis à liberdade. Ademais, a própria existência da lei gera alguma limitação ao poder. Por essa razão, o regime militar caracterizou-se pelo "simultâneo recurso e desobediência à lei" (2003, p. 144). Trata-se do arbítrio, simplesmente, e não do Estado de direito.

Esse arbítrio, entre outras medidas legais espúrias, evidenciava-se na lei de segurança nacional n° 6.620 de 1978 (substituída pela lei nº 7.170, de 1983), com seu conceito amplíssimo de segurança nacional, que permitia a violação dos direitos civis e políticos de trabalhadores, estudantes, jornalistas e parlamentares (FRAGOSO, 1983, p. 251). A lei não se coadunava com a Carta constitucional vigente ao desrespeitar o princípio da legalidade estrita do direito penal. Com efeito, o artigo 23 da lei permitia o arbítrio das autoridades judiciais na caracterização do tipo "Praticar atos destinados a provocar a guerra revolucionária".

O direito constitucional internacional era também violado: os numerosos empréstimos internacionais tomados pelos governos militares não receberam aprovação pelo Congresso Nacional, o que violava o artigo 44 da Carta de 1969[26] e seria sinal, segundo Goffredo da Silva Telles Jr., de um "regime de ilegalidade institucionalizada" (1983, p. 243).

Mas, de fato, boa parte das medidas repressivas não se coadunavam nem mesmo com a própria legislação da ditadura, a começar pela Carta de 1969 e o próprio Ato Institucional n° 5, o qual suspendia os direitos políticos e o *habeas corpus* em casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, mas não autorizava os desaparecimentos forçados, as medidas de tortura e as execuções extra-judiciais, que eram inconstitucionais mesmo para os padrões da ordem jurídica ditatorial.

---

26 Desta forma previa o preceito constitucional:
"Art. 44 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
I – resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República;"

Indubitavelmente, tais medidas contribuíram para alimentar a "cultura quase cínica em relação às leis" no Brasil. Como afirmava Seabra Fagundes, a própria ordem jurídica ditatorial, "ainda no seu mais drástico documento" (o AI-5), "desautoriza exorbitar da noção de segurança nacional para ferir, em nome desta, os direitos humanos" (1975, p. 12).

A ordem jurídica derivada do golpe de 1º de abril de 1964 eivava-se de contradições. Na medida em que, ao lado de uma ordem constitucional, convivia outra, a das medidas de exceção (os atos institucionais e os complementares, fundamentados no "poder revolucionário"), houve quem afirmasse que o Brasil tinha duas ordens jurídicas no mesmo ordenamento (PEREIRA, 1971, p. 55). O Poder Executivo, atuando como "legislativo revolucionário", não tinha seus poderes restringidos pelas Cartas de 1967 e de 1969, e as garantias individuais previstas no direito constitucional não possuíam eficácia diante das restrições criadas pelos atos revolucionários. Dessa forma, as Cartas não representavam o que se chama de direito constitucional em um Estado de direito. Ademais, as próprias autoridades públicas violavam a legislação excepcional produzida com base nos "poderes revolucionários".

Não apenas o direito constitucional, mas também o Direito internacional dos direitos humanos era violado ou ignorado. Sobretudo ignorado: o período de ditadura militar coincidiu com a celebração de importantes tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o de Direitos Civis e Políticos da ONU, ambos de 1966, e o Pacto de São José da Costa Rica da Organização dos Estados Americanos (OEA), de 1969. Durante todo esse período, como se verá adiante, o Brasil recusou-se a integrar esses tratados – atitude compreensível por parte do regime, eis que as suas leis não raro violavam o Direito Internacional. O Decreto-lei nº 477, por exemplo, de 26 de fevereiro de 1969, previa como pena para estudantes, por violação da segurança nacional, a proibição de matricular-se em qualquer estabelecimento de curso superior por três anos. Essa medida violava não só a Constituição vigente, como a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, lembrava Miguel Seabra Fagundes (1975, p. 10), devido ao direito à educação. Segundo esse jurista, mesmo as medidas repressivas inspiradas pela doutrina de segurança nacional deveriam conformar-se a Declaração Universal (1975, p. 13).

Esse quadro, claro, era infenso também ao Direito Internacional. Lilia Moritz Schwarcz escreve que a Declaração de Direitos do Homem da ONU pôde ser aceita pelo Brasil porque não teria efetividade devido à falta do indivíduo e das instituições (2000, p. 245) – isto é, a norma internacional consegue ser recepcionada no Brasil, desde que não encontre condições

para ser aplicada. Disso se tratará no capítulo três deste trabalho.

I.1.5 Cultura jurídica e formalismo:

Essa falta de condições relaciona-se com uma cultura jurídica em que a realidade social era preterida em prol de uma cultura pretensamente literária e erudita: trata-se do bacharelismo, que se relaciona à falta de conformação do Estado às políticas liberais (KOZIMA, 1996, p. 242).

Sérgio Buarque de Holanda via no bacharelismo "resquícios senhoriais" de valorização do título, pois as "atividades profissionais" eram "meros acidentes na vida dos indivíduos" (1995, p. 156). A "inteligência" dos brasileiros era "simplesmente decorativa", existia "em contraste com o trabalho físico" e correspondia "em uma sociedade no fundo aristocrata e personalista, à necessidade [...] de se distinguir dos demais por alguma virtude aparentemente congênita e intransferível, semelhante por este lado à nobreza de sangue" (2004, p. 86). Lima Barreto bem viu o motivo aristocrático, elitista do bacharelismo nesta crônica, *As reformas e os "doutores"*, de 1921:

> O nosso ensino superior, que é o mais desmoralizado dos nossos ramos de ensino; que se impregnou, com o tempo, de um espírito de serviçal da burguesia rica ou dos potentados políticos e administrativos, fazendo sábios e, agora, privilegiados, seus filhos e parentes – o nosso ensino superior, com as boas escolas e faculdades, não é mais destinado a formar técnicos de certas e determinadas profissões de que a sociedade tem "precisão".
> Os seus estabelecimentos são verdadeiras oficinas de enobrecimento, para dar títulos, pergaminhos, – como o povo chama os seus diplomas, o que lhes vai a calhar – aos bem-nascidos ou pela fortuna ou pela posição dos pais. (2004, p. 304)

Trata-se, como viu Bresser-Pereira, de uma característica do patrimonialismo das elites ainda na primeira república (2000). O bacharelismo infundiria a cultura jurídica brasileira, consubstanciada, segundo Paulo Prado, em "semiletrados mais nocivos do que a peste" (1997, p. 203-204).

Que nocividade? Em relação ao Direito, temos um idealismo jurídico (no sentido de crer que os problemas sociais esgotam-se e são superados no Direito) e um formalismo jurídico (no sentido de que a compreensão da norma jurídica pode-se dar em termos

estrita e estreitamente normativos, sem referência ao contexto social). Esses bacharéis, "tenderão a acreditar na mudança social por decreto." (LOPES, 2002, p. 226).

Éder Silveira (2004) relaciona o bacharelismo com a *Teoria do Medalhão* de Machado de Assis, conto publicado em livro em 1882, no qual o escritor retratou o ideário e os procedimentos da elite política brasileira no tocante à publicidade, às relações pessoais, à ciência e também ao Direito. O conto estrutura-se como um diálogo em que um pai, no aniversário de vinte um anos do filho, aconselha-o a se tornar um medalhão. Passa, então, a descrever tal importante figura: um sujeito sem idéias próprias, que sabe da ciência apenas o vocabulário em moda e não atribui nenhum significado às doutrinas e aos partidos políticos, e que deve ter o seguinte comportamento em relação ao Direito:

> Alguns costumam renovar o sabor de uma citação intercalando-a numa frase nova, original e bela, mas não te aconselho esse artifício: seria desnaturar-lhe as graças vetustas. Melhor do que tudo isso, porém, que afinal não passa de mero adorno, são as frases feitas, as locuções convencionais, as fórmulas consagradas pelos anos, incrustadas na memória individual e pública. [...] Quanto à utilidade de um tal sistema, basta figurar uma hipótese. Faz-se uma lei, executa-se, não produz efeito, subsiste o mal. Eis aí uma questão que pode aguçar as curiosidades vadias, dar ensejo a um inquérito pedantesco, a uma coleta fastidiosa de documentos e observações, análise das causas prováveis, causas certas, causas possíveis, um estudo infinito das aptidões do sujeito reformado, da natureza do mal, da manipulação do remédio, das circunstâncias da aplicação; matéria, enfim, para todo um andaime de palavras, conceitos, e desvarios. Tu poupas aos teus semelhantes todo esse imenso arranzel, tu dizes simplesmente: Antes das leis, reformemos os costumes! – E esta frase sintética, transparente, límpida, tirada ao pecúlio comum, resolve mais depressa o problema, entra pelos espíritos como um jorro súbito de sol. (1962, p. 291-292)

Não se trata, é claro, de um real propósito de mudar os costumes, porquanto o medalhão é um conformista, interessado na manutenção do *status quo*, e se dedica simplesmente a "pensar o pensado". Ele busca garantir a falta de efetividade do direito, mesmo quando formalmente eficaz ("executa-se, não produz efeito"), pela invocação da tradição ("pecúlio comum"), para evitar que o direito, reduzido a uma simples retórica vazia ("as frases feitas, as locuções convencionais"), possa ser empregado para mudanças sociais.

O quadro da cultura jurídica não é atualmente, muito diverso desse: a redução do direito a uma simples retórica coaduna-se com uma cultura jurídica caracterizada pela hipertrofia legislativa, isto é, com uma proliferação caótica de normas escritas, e da elaboração

de extensos textos constitucionais, tendência que encontra uma culminação na Constituição de 1988. Essa hipertrofia convive com uma hermenêutica constitucional que tantas vezes empresta pouca eficácia ao texto da Constituição, como se verá no capítulo 3 deste trabalho[27].

A falta de efetividade do direito é alcançada na medida em que favoreça a reprodução do sistema político. O ensino jurídico contribui para esse quadro: a criação dos cursos jurídicos no Brasil, por lei de 1827, em Olinda (em 1854, o curso foi transferido para Recife) e em São Paulo, visou atender as necessidades de "constituir quadros para o aparelho governamental" e de controlar "o processo de formação ideológica dos intelectuais a serem requisitados pela burocracia estatal", como lembra Sérgio Adorno em seu estudo sobre o bacharelismo durante o Império (1988, p. 88); essa formação acadêmica, pois, "reproduziu as inconsistências do liberalismo brasileiro" (1988, p. 162).

Deve-se reconhecer no retrato feito por Machado a cultura jurídica não só da época do Império, como pelo menos ainda da primeira república (como Alberto Venâncio demonstrou, o ensino jurídico não mudou muito do Império à República Velha, e a necessidade de formar quadros para servir ao Estado permanecia (1982)). A defesa dos costumes em detrimento da lei (que é distorcida), tal como defendia também Pontes de Miranda, correspondia a uma estratégia de legitimar a dominação pela dominação já existente – velha tática de legitimar o continuísmo político, que Rousseau, no *Contrato Social,* já apontava em Grotius – o jurista holandês justificava o absolutismo como regime político pela existência da escravidão...[28] Marx, na *Introdução à Crítica à Filosofia do Direito de Hegel*, faria crítica semelhante à Escola Histórica do Direito, que legitimava "a ignomínia de hoje por meio da ignomínia de ontem"[29]. Essa Escola caracterizar-se-ia por uma forma "positiva", isto é, "não-crítica", de argumentação:

27 Por o texto constitucional ser tão extenso e detalhado, por diversas vezes, foi preciso aprovar emenda constitucional para se alcançar mudança legislativa – ele foi emendado cinqüenta e uma vezes até dezembro de 2004, o que leva a uma desvalorização da própria hierarquia constitucional entre as fontes jurídicas. A incerteza jurídica decorrente dessa cultura corresponde a outro dos fatores da pouca efetividade desse direito.

28 Grotius negava que o poder deveria ser estabelecido em função dos que são governados, isto é, era contrário à soberania popular: a escravidão, que, obviamente, não foi instituída em prol dos escravos, seria uma prova, para esse autor, do "perigoso" erro de conceber uma soberania que viesse do povo. No Livro I, capítulo terceiro de *Do Direito e da Guerra e da Paz*, ele afirma que as nações não são soberanas em si mesmas, pois a sua relação com o Estado é análoga a dos escravos com o seu senhor. Ademais, se, de acordo com as leis judaicas e o direito romano, um indivíduo poderia dar-se a outro em servidão se o quisesse, com mais razão, defendia o jurista holandês, uma nação poderia alienar totalmente a sua soberania a um soberano. Ademais, a soberania poderia ser adquirida por direito de conquista, da mesma forma que a propriedade.
Rousseau, no capítulo II do livro I do *Contrato Social,* retruca: "Grotius nega que todo poder seja estabelecido em favor dos que são governados: ele cita a escravidão como exemplo. Sua mais constante maneira de raciocinar é estabelecer o direito pelo fato. Poder-se-ia empregar um método mais conseqüente, porém não mais favorável aos tiranos." (*Grotius nie que tout pouvoir soit établi en faveur de ceux qui sont gouvernés: il cite l'esclavage en exemple. Sa plus constante manière de raisonner est d'établir le droit par le fait. On pourrait employer une méthode plus conséquente, mais non plus favorable aux tyrans*.)

29 *Eine Schule, welche die Niederträchtigkeit von heute durch die Niederträchtigkeit von gestern legitimiert […].*

tomar cada existência como autoridade, e considerar cada autoridade como uma razão[30].

Além do argumento da tradição, o continuísmo político, em termos de teoria do direito, era atendido pela postura de excluir da reflexão jurídica o problema das condições de aplicação da norma, isto é, pelo idealismo configurado em um formalismo jurídico. Essa "confiança" do bacharel no "poder milagroso das idéias" tinha origem, segundo Sergio Buarque de Hollanda em um "secreto horror à nossa realidade" (1995, p. 159).

Esse formalismo jurídico é conveniente para o poder em uma cultura que não está especialmente interessada nos direitos humanos, eis que a questão dos efeitos sociais da norma jurídica – essencial para esse tipo de norma, cuja finalidade é a garantia da dignidade humana – é descartada numa abordagem formalista. O normativismo de Kelsen, em particular, pode ser empregado para atender esse tipo de cultura.

A "teoria pura do direito", buscando atribuir autonomia científica ao Direito dentro de um espírito cientificista inspirado na epistemologia do século XIX, expurgou do objeto de estudo do jurista tudo aquilo que não fosse puramente normativo: Kelsen não negava, é claro, que as normas jurídicas tivessem aspectos econômicos; mas defendia que eles deveriam ser estudados pelos economistas, e não pelos juristas. Caso contrário, sustentava Kelsen, a Ciência do Direito poderia confundir-se com a Economia, por falta de objeto próprio. Por conseguinte, o autor afirmava que ao "jurista científico" cabe tão-somente "conhecer e descrever a ordem jurídica positiva" (1979, p. 106) e que as conseqüências sociais da norma jurídica são objeto de estudo para os sociólogos, não para os juristas.

A cultura jurídica brasileira deveria identificar-se com esses aspectos do pensamento de Kelsen – mas superficialmente, por convenientemente ignorar, entre outros pontos, o pensamento político desse autor, liberal e internacionalista. Dessa forma, na medida em que no direito internacional, a partir da criação da ONU, os direitos humanos passaram a ser previstos, a jurisprudência brasileira não evoluiu, como se verá, no mesmo sentido de abertura para os sistemas internacionais de proteção da dignidade humana.

Antes de passar para essa questão, é preciso analisar que modelo de importação de idéias possui maior poder explicativo em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil. Na seção seguinte, pois, comparar-se-á a leitura dual de Roberto Schwarz (as "idéias fora do lugar") com a leitura contextualista de Alfredo Bosi.

---

30 Como escreveu em *O Manifesto Filosófico da Escola Histórica do Direito* (Das philosophische Manifest der historichen Rechstschule): "*Wie das* Prinzip*, so ist die* Argumentation *Hugos* positiv*, d.h.* unkritisch*. Er kannt* keine Unterschiede*.* Jede Existenz *gilt ihm für eine* Autorität*, jede Autorität gilt ihm für einen* Grund."

I.2 O direito internacional dos direitos humanos estaria fora do lugar? Modelos de Roberto Schwarz e Alfredo Bosi

Roberto Schwarz, em interpretação da sociedade brasileira do século XIX a partir da literatura de Machado de Assis, formulou a hipótese de que as idéias liberais estavam "fora do lugar" no Brasil, devido a sua incompatibilidade com a realidade social brasileira. Dessa forma, as idéias importadas teriam como função ocultar a "ideologia do favor" predominante na sociedade brasileira (a fachada liberal serviria para encobrir os interesses e relações pessoais da elite). O Brasil reporia as idéias européias em sentido impróprio; embora "impraticáveis" no país, também não podiam ser descartadas. O Brasil, envergonhado diante delas, devido à escravidão, adotava-as, contudo, "também com orgulho, de forma ornamental, como prova de modernidade e distinção" (2001, p. 74-75)[31].

Trata-se de uma leitura dualista, pois identifica uma importação de idéias que não se adaptam facilmente às condições brasileiras. Schwarz não nega, evidentemente, que as idéias liberais tivessem função no Brasil imperial. Como lembra Florestan Fernandes, o liberalismo teve impacto no Brasil, apesar das "limitações ou deformações", pois acabou por dar "substância aos processos de modernização decorrentes", o que inclui a "extinção do estatuto colonial" e a lenta desagregação da ordem colonial, sem ter afetado, porém, "os aspectos da vida social, econômica e política", que ainda tinham como centro a escravidão e a dominação patrimonialista nas suas formas tradicionais (1981, p. 36).

Keila Grinberg segue nesse passo Schwarz, notando que os próprios direitos civis seriam "de fachada", pois a "essência patriarcal da sociedade" não havia sido transformada (2002, p. 28). Demonstra-lo-ia o longo processo de elaboração do primeiro código civil, que só se encerraria em 1916, depois do malogro de todas as tentativas durante o império. As

31 Uma das funções do liberalismo relacionava-se ao orgulho nacional, como lembrava Joaquim Nabuco: [...] uma Câmara cônscia de sua nulidade que só pede tolerância; um Senado que se reduz a um ser pritaneu; partidos que são apenas sociedades cooperativas de colocação ou de seguro contra a miséria. Todas essas aparências de um governo livre são preservadas por orgulho nacional, como foi a dignidade consular no Império Romano [...] (2000, p. 136). A articulação dessas idéias com a realidade brasileira deixava lugar para contradições teóricas como a existência, denunciada com escândalo por Nabuco, de um partido republicano antes de uma opinião pública abolicionista (2000, p. 9).

dificuldades na elaboração – e a sua impossibilidade enquanto houve escravidão no Brasil – refletia o caráter "importado" do liberalismo que, no entanto, deveria caracterizar o código civil para que o Brasil se libertasse dos "ranços coloniais" e o Direito se tornasse a "porta de entrada para a civilização" (2002, p. 28)[32].

A leitura de Schwarz é muito discutida: Maria Sylvia de Carvalho Franco afirma que a diferença entre as nações metropolitanas e as dependentes, tal como pressuposta por Schwarz, não leva em consideração que a dependência e a escravidão eram a contrapartida, a outra face do capitalismo mundial (1976).

Alfredo Bosi, em *Dialética da Colonização*, proporcionou-nos uma interessante alternativa à tese das "idéias fora do lugar". Bosi também identifica um "transplante" de instituições da metrópole para a colônia; há, porém, "enxertos que vingam" e "acordes dissonantes", "superposições que não vingam" (1992, p. 30).

Evidentemente, o abolicionismo foi, durante muitas décadas no império, um acórdão dissonante (em um tempo ainda distante da obra de Schönberg). Tratado internacional de 1826, celebrado com a Inglaterra, impunha o fim do tráfico de escravos e foi desde o início contestado em nome do nacionalismo: tratava-se da economicamente comprometida "defesa patriótica do tráfico" (1992, p. 197-198).

Havia um dualismo no plano conceitual entre os costumes nacionais e as idéias liberais importadas. Bosi, contudo, não se contenta com esse plano e busca os contextos em que o liberalismo se desenvolveu. Em primeiro lugar, identifica que a nossa independência não se deu por meio de uma luta de classes, mas sim um conflito de interesses entre a metrópole, que desejava recolonizar o Brasil, e os interesses dos colonos (1992, p. 199), mormente os comerciantes e proprietários[33].

Alfredo Bosi, consciente do contexto brasileiro, parte para a leitura histórica dos contextos de onde o liberalismo teria sido importado. E verifica que a doutrina do *laissez-faire* era usada para legitimar a escravidão no século XVIII (ainda na Inglaterra). Adam Smith

---

32 Curiosamente, se lembrarmos do argumento da primazia dos costumes, Pontes de Miranda considerava positiva a "justiça idealista" do liberalismo do Código Civil (1981, p. 456).

33 A respeito da grande diferença na história dos direitos humanos no Brasil e na Europa e na América do Norte, lembra Fábio Konder Comparato (2002) que, no século XIX, foi o próprio Estado que atuou em favor das liberdades: "A história do reconhecimento e da defesa dos direitos humanos seguiu entre nós, portanto, um caminho bem diverso daquele trilhado na Europa Ocidental e na América do Norte. Lá, as liberdades privadas e a igualdade perante a lei foram conquistadas pela burguesia ascendente contra os privilégios estamentais e a tirania dos reis. Aqui, à falta de uma sólida estrutura estamental e com as classes proprietárias dominando, desde os primórdios, a atividade econômica, foi o Estado que atuou – ainda que dificultosamente, é verdade – em favor das liberdades individuais. [...] O esmagamento das liberdades, por iniciativa e sob a direção prestante do aparelho estatal, só veio a ocorrer no curso do século XX."

não preconizou o fim da escravidão, mas uma "boa administração dos escravos" para maiores "lucro e êxito" das culturas (BOSI, 1992, p. 213). Apesar de considerar que a mão-de-obra escrava era mais cara, julgava-a apropriada para o plantio de algodão e de tabaco, em virtude dos altos lucros[34].

No século XIX, não faltaram autores americanos que sustentassem a rentabilidade da mão-de-obra escrava segundo o liberalismo (BOSI, 1992, p. 208-209). Em verdade, os políticos brasileiros que sustentavam o trabalho escravo defendiam um "liberalismo econômico ortodoxo" (BOSI, 1992, p. 202), que não estava deslocado no contexto brasileiro, o qual fazia parte de um "grande esquema de integração pós-colonial" (BOSI, 1992, p. 238). Uma ideologia liberal-escravista sustentou ideologicamente as oligarquias agro-exportadoras no início do século XIX no sul dos EUA, Cuba (e Antilhas) e Brasil (BOSI, 1992, p. 212). Essas oligarquias realizavam, pois, uma "filtragem ideológica" por meio da qual selecionavam determinados valores do liberalismo, os compatíveis com a dominação oligárquica (BOSI, 1992, p. 217)[35]. Emília Viotti da Costa também aponta que as idéias liberais foram adotadas pelas elites brasileiras no Império não como "simples gesto de imitação cultural", mas como "armas ideológicas" para alcançar metas econômicas e políticas (1999, p. 134).

Como aponta Keila Grinberg, mesmo nos países que eram considerados modelos do liberalismo, Inglaterra, França e EUA, na primeira metade do século XIX "boa parte da população não possuía direitos políticos" (2002, p. 1120. As mulheres ainda não votavam em nenhum desses Estados e só ganharam cidadania política ativa no século XX. Na Inglaterra e na França, o voto era censitário. Nos EUA, os direitos dos negros libertos foram sendo gradativamente cerceados ainda no século XX (2002, p. 112-113). Embora a cidadania fosse considerada um direito universal nesses três Estados, os direitos políticos eram restringidos "e os brasileiros não tinham como ser diferentes" (2002, p. 113).

Bosi, constatando as dificuldades do liberalismo também em outros contextos

---

34 Adam Smith (1952, p. 167) apontava ainda uma tendência psicológica a preferir o trabalho escravo, embora ele fosse apenas rentável apenas em lavouras muito lucrativas: "O orgulho do homem faz com que ame dominar, e nada o mortifica tanto quanto ser obrigado a persuadir seus inferiores. Sempre onde o direito lhe permitir, e quando a natureza do trabalho possa suportar, portanto, ele geralmente preferirá o serviço de escravos ao de homens livres. O cultivo de açúcar e tabaco pode suportar o custo da mão-de-obra escrava." (*The pride of the man makes him love to dominate, and nothing mortifies him so much as to be obliged to persuade his inferiors. Wherever the law allows it, and the nature of the work can afford it, therefore, he will generally prefer the service of slaves to that of freemen. The planting of sugar and tobacco can afford the expense of slave-cultivation.*)

35 Processo análogo ocorre no que, em termos de direito comparado, chama-se de aclimatação jurídica: o efeito da adaptação de institutos jurídicos isolados importados a determinado sistema jurídico. Segundo Ana Lucia de Lyra Tavares, seria um traço do direito brasileiro justamente a propensão para uma "mesclagem étnica e cultural" (2004).

além do brasileiro, contrapõe-se à tese das idéias fora do lugar e critica a "obsessão do descompasso", fruto da "petrificação do conceito de colônia" que impede um olhar mais nítido sobre o país (1992, p. 361).

Roberto Schwarz, em crítica à *Dialética da Colonização*, busca compreender a divergência entre esse livro e a tese das "idéias fora do lugar". Ele defende que o "cumprimento" das funções do liberalismo no Brasil marca-se pela inadequação (1999, p. 81), que não teria sido inventada pelos "historiadores do século XX" (tampouco por ele mesmo), e sim era percebida como notória no Brasil oitocentista (1999, p. 82). As idéias novas eram motivo de escândalo, não apagado pelo ajustamento sofrido no Brasil. Em relação à noção de "filtragem", Schwarz nota que os "contextos específicos" de que trata Alfredo Bosi não correspondem a "âmbitos independentes" locais (1999, p. 84), pois sempre se deveria considerar o sistema transnacional a que esses contextos estão relacionados, e no âmbito do qual a propriedade escrava era uma anomalia, embora "aclimatada" localmente. A perda de referência a uma centralidade pela leitura contextualista faria perder de vista o sistema transnacional.

Bosi, em livro mais recente, voltou a analisar a interpretação de Schwarz sobre os romances de Machado de Assis, e criticou-a por sua concepção genérica e abstrata do termo liberalismo, como se ele fosse incompatível com o trabalho escravo – à visão das teses fora do lugar faltaria "a dimensão propriamente dialética da antítese" (2002, p. 20). As oligarquias rurais defendiam duas bandeiras liberais, a saber, o livre comércio e a representação parlamentar, que eram "liberais *estruturalmente* [grifo do autor], e não por farsa, comédia, despropósito ou mero deslocamento de ideologias européias" (2002, p. 22). Devem-se ver dois liberalismos: um primeiro liberalismo, de feição utilitária, baseado naquelas duas bandeiras, e um democrático, que começa a se afirmar na década de 1860 (2002, p. 21).

Bosi corrobora a leitura de Sérgio Adorno, que afirmou que liberalismo e democracia não poderiam ser tomados como sinônimos no Império (1988, p. 23); segundo este autor, "em lugar de um dilema liberal, houve – e certamente ainda há – um dilema democrático que percorreu todas as fímbrias da ação estatal [...] Os construtores do Estado Nacional estiveram, por sucessivas gerações e durante quase cem anos, acreditando que era preciso primeiro ser livre para poder ser democrático [...] Suas idéias não estavam fora do lugar." (1988, p. 675).

Interessa-me a discussão desses dois modelos para o entendimento da recepção do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil. Trata-se, é claro, não de um

direito autóctone, e sim importado ou recebido, pelo que a discussão das leituras dualistas da história brasileira tem toda pertinência aqui. Esse sub-ramo do Direito Internacional é recente: constituiu-se apenas na segunda metade do século XX. Trata-se de um desenvolvimento recente, pois o direito internacional nasceu no século XVII estreitamente vinculado aos interesses das potências coloniais européias. No século início do século XVII, Grotius, considerado por muitos o primeiro sistematizador desse ramo jurídico [36], em *Do Direito da Guerra e da Paz*, defendeu no capítulo quinze do Livro II os "tratados desiguais": acordos celebrados para o benefício exclusivo de uma das partes, instrumentos jurídicos dos mais utilizados pelo imperialismo nos séculos XIX e XX. A imposição das grandes potências sobre Estados menos poderosos seria plenamente legítima, mesmo que nunca houvessem ocorrido hostilidades entre as partes do acordo.

O direito à hospitalidade era considerado um direito natural e está na origem do direito internacional e do jusnaturalismo moderno. Na obra de Vitoria, um dos precursores desse ramo jurídico no século XVI, o colonialismo espanhol é justificado por uma série de direitos como *ius commercii* (direito de comerciar), *ius occupationis* (direito de ocupar as terras sem propriedade – e os indígenas das Américas não tinham um sistema de propriedade imóvel), *ius migrandi*, que eram falsamente universais, pois os povos indígenas das Américas não os poderiam praticar, mas apenas os europeus, como bem assevera Ferrajoli (2002, p. 11-12).

No fim do século XVIII, como se lê num clássico do Direito Internacional, Martens, as exceções ao princípio da não-intervenção superavam a regra de que cada Estado deveria guiar-se "por suas próprias luzes" (1864, p. 209); dessarte, haveria um "duplo direito das gentes" sobre comércio e navegação: para os Estados europeus e para as possessões européias fora da Europa (1864, p. 371).

O imperialismo nos séculos XIX e XX usou o princípio do livre comércio para a subjugação. O direito internacional dessa época, portanto, legitimava violações aos direitos humanos (conceito que, filosoficamente, só se estabeleceu filosoficamente na Idade Moderna e se consagrou juridicamente a partir do final do século XVIII) e feria a autodeterminação dos povos. Kant percebeu tais efeitos da colonização européia em *À Paz Perpétua,* obra de 1795, de importância capital na obra desse filósofo devido ao papel central que o direito tem para a filosofia da história: para Kant, a "política é a obra das liberdades humanas unificadas pelo

36 Trata-se de opinião tradicional compartilhada, entre outros, por Arthur Nussbaum (1949); entre aqueles que o consideram precursor desse ramo jurídico, está Pradelle (1950). A questão não tem grande interesse para este trabalho.

direito" (HERRERO, 1991, p. 146), e a última tarefa do homem seria justamente a da instituição do direito cosmopolita[37].

Para manter a paz e instituir o direito cosmopolita, Kant elaborou uma série de condições no que chamou de artigos preliminares e artigos definitivos para a paz perpétua (o livro possui a estrutura de um tratado internacional). No terceiro artigo definitivo, o filósofo defende a limitação do direito de visita e de hospitalidade dos estrangeiros, que fundamentava juridicamente o colonialismo europeu (CAIMI: 1997, p. 196-197). Kant atacou o colonialismo por ser incompatível com a paz, distanciando-se, assim, radicalmente da doutrina do direito internacional de sua época. A democratização dos governos e a instituição de um federalismo de Estados livres correspondem, respectivamente, às condições do primeiro e do segundo artigos definitivos. A finalidade do direito cosmopolita, que deveria existir ao lado dos direitos nacionais e do internacional, é a proteção dos direitos humanos, considerados "sagrados" por Kant (*Das Recht dem Menschen muss heilig gehalten werden*)[38].

Para a proteção desses direitos, portanto, o filósofo julgava ser necessário tanto a democratização dos governos (no primeiro artigo definitivo, afirmou que todos os Estados deveriam ser "republicanos", isto é, deveriam contar com um governo representativo) quanto a criação de uma instituição internacional que congregasse os Estados. O pensamento de Kant, contudo, não encontrou contrapartida na realidade internacional de sua época. Apenas no século XX, após o advento da Organização das Nações Unidas (ONU), que teve a sua carta fundadora, com inspiração kantiana, assinada em 1945, foram criados sistemas internacionais

---

37 Na *Idéia para uma história universal do ponto de vista cosmopolita*, obra de 1784, Kant afirmou que o conflito impele os homens ao progresso – mas trata-se de um imperativo moral sair do estado de guerra. O comércio contribuiria para a progressiva pacificação das relações internacionais – sempre incerta, porém, e para a última e mais difícil tarefa da humanidade, que, segundo Kant, é a instituição do direito cosmopolita. O desenvolvimento social faria com que se tornasse interesse dos governos, mesmo por "motivos egoístas e busca da grandeza", "diminuir as restrições aos cidadãos, ampliar as liberdades", "favorecer a difusão do conhecimento" (TERRA, 2004, p. 57). O direito cosmopolita compreenderia o direito civil e o direito internacional, elevando-se até o direito público dos homens em geral. Trata-se de um direito supranacional que corresponde, no tocante à universalidade, ao conceito de *jus cogens*, que são normas imperativas de direito internacional geral. Sua finalidade seria a proteção dos direitos humanos, e a violação desse direito seria sentida em todos os lugares da terra: "a violação do direito em um lugar da terra seria sentida em todos os lugares: logo, a idéia de um direito cosmopolita não é um tipo excêntrico de representação do direito, e sim um complemento necessário do código não-escrito, tanto do direito nacional quanto do internacional para os direitos humanos em geral, e logo para a paz perpétua, da qual se pode lisonjear apenas sob a condição de se estar em contínua aproximação dela." ([..] *die Rechtsverletzung an einem Platz der Erde an allen gefühlt wird: so ist die Idee eines Weltbürgerrechts keine phantastische und überspannte Vorstellungsart des Rechts, sondern eine notwendige Ergänzung des ungeschrieben Kodex, sowohl des Staats- als Völkerrechts zum öffentlichen Menschenrechte überhaupt, und so zum ewigen Frieden, zu dem man sich in der kontinuierlichen Annäherung zu befinden nur unter dieser Bedingung schmeicheln darf.*) (1976, VI, p. 216-217).

38 Na edição da Academia, há a nota de que Kant deveria ter escrito *der Menschen*, pois a declinação correta neste caso é o genitivo, e não o dativo.

abrangentes de proteção aos direitos humanos.

Esse quadro, que nasceu do pós-guerra, gerou diversas convenções de direitos humanos da ONU, bem como alguns sistemas regionais de proteção, dentre eles o da Organização dos Estados Americanos (OEA) e o do Conselho da Europa. Notadamente na Europa, esses sistemas acarretaram diversas conseqüências nos ordenamentos jurídicos nacionais, e hoje a influência do Direito Internacional marca-se nos princípios próprios da Teoria dos Direitos Humanos.

A ONU pretendeu criar um grande tratado de direitos humanos, após a Declaração Universal de 1948. No entanto, devido ao quadro bipolar da sociedade internacional, com a oposição econômica, política e ideológica entre os blocos capitalista e socialista, somente pôde terminar esses trabalhos em 1966, na forma de dois tratados diferentes: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a primeira representava os direitos humanos que seriam consagrados pelos regimes capitalistas, e a segunda, os que seriam consagrados pelos regimes socialistas.

Durante a guerra fria, no entanto, em vários Estados do bloco capitalista ocorreram golpes de estado, muitas vezes fomentados pela superpotência capitalista, para, entre outros fins, impedir que, no exercício dos direitos políticos, houvesse uma aproximação ao bloco socialista (o exemplo do Chile de Salvador Allende é bem claro). Por outro lado, os direitos sociais, econômicos e culturais não eram realmente prestigiados nos Estados socialistas, eis que, sem as liberdades políticas e civis, o indivíduo não tem realmente como fazê-los valer contra o Estado – a história de deportações em massa, genocídio, desrespeito a identidades culturais de minorias na União Soviética e na China (apenas para lembrar os dois maiores exemplos) mostrou historicamente que, sem as garantias fundamentais, os direitos sociais são uma quimera[39].

A ONU enfrentou essa questão por meio da Conferência de Viena de 1993. Com o fim da Guerra Fria e da União Soviética, a tarefa revelou-se mais fácil : a Declaração que se seguiu à Conferência afirmou a inter-relação, a indivisibilidade e a universalidade dos Direitos Humanos. Certos autores, como Davidse (1995) julgaram que essa Declaração não representou progresso algum ao sistema internacional de proteção já existente. Para outros, todavia, dentre esses Cançado Trindade (1999, p. 390), a Declaração demonstrou que se está em

39 Já lembrava Lauterpacht, ainda na década de cinqüenta, que o tratamento em separado desses direitos não seria a melhor solução técnica: a garantia de direitos civis e políticos sem a de direitos econômicos e sociais, e vice-versa, seria "ilusória a longo prazo" (OPPENHEIM, 1955, p. 744).

uma nova era em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos: não a de simples "sucessão" de novos direitos, mas a de expansão e consolidação dos já existentes.

Segundo alguns autores, o campo dos direitos humanos no Direito alcançou desde a década de noventa do século XX um "sentido universal", com fundamento na Carta da Organização das Nações Unidas e em diversos tratados internacionais (FONSECA JR., 1992, p. 162). Os direitos humanos corresponderiam, por conseguinte, segundo Rawls, a um "limite para o pluralismo entre os povos" (2001, p. 105) e teriam o caráter de *jus cogens* – normas imperativas de Direito Internacional geral[40] – e prevaleceriam até mesmo sobre a soberania em caso de violações maciças, nas quais é legítima a atuação do Conselho de Segurança da ONU (PELLET, 2000b). Ademais, segundo Belli (2001), a redefinição do Direito Internacional pelos Direitos Humanos seria uma "revolução copernicana", com a qualificação do indivíduo como sujeito do Direito Internacional Público.

No entanto, apesar do desenvolvimento teórico incorporado nas declarações e tratados internacionais de direitos humanos, há ainda vários obstáculos ao processo de internacionalização desses direitos, como os efeitos desiguais da mundialização econômica. Continua a subsistir, lembra Lopes (2001), uma diferenciação entre os direitos humanos: alguns deles seriam mais "fundamentais" do que os outros, como o demonstram convenções internacionais e os ordenamentos internos; ademais, eles se diferenciariam pela origem histórica (as "gerações" de direitos humanos) e pela exigibilidade, que pode ser imediata ou "progressiva". Muitos autores, entre eles Delazay (1999), afirmam que o direito internacional das relações comerciais é que estaria a comandar, na atualidade, a renovação do Direito[41].

40 Deve-se lembrar, todavia, que a noção de norma de *jus cogens*, embora consagrada, por exemplo, na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, continua bem indefinida, pelo que Prosper Weil a considera mais uma "arma de dissuasão" do que uma causa de nulidade dos tratados (1996, p. 276).

41 O direito internacional econômico possui um aparato institucional de garantia geralmente superior ao de direitos humanos (que, comumente, somente possui um sistema de relatórios entregues pelos próprios Estados e de inspeções por comitês; os sistemas regionais de direitos humanos europeu, americano e, futuramente, o africano é que possuem tribunais), o que leva alguns autores a considerar, como aponta Carlos Manuel Vazquez, que hierarquicamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos se subordinaria ao Econômico (2003, p. 10-11). A mundialização econômica, ademais, produziria o enfraquecimento dos Estados nacionais, o que lhes reduziria a possibilidade de atender aos direitos humanos, de acordo com José Eduardo Faria (1999). Lembra Streeten (2001) que a crescente integração econômica não vem produzindo oportunidades iguais na sociedade internacional, com efeitos negativos sobre o sistema fiscal, conforme Tanzi (2001), o qual foge gradativamente do controle dos Estados. Esse processo afeta a possibilidade de os Estados atenderem aos direitos sociais, bem como limita, em certo grau, os direitos políticos, eis que os centros de poder deslocam-se para fora dos Estados com menor capacidade de decisão internacional. Esse ponto será discutido no segundo capítulo.

A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmada em 1993, recebe críticas por ser derivada de uma tradição ocidental, que não é unânime na sociedade internacional. De fato, não existe uma base antropológica que sustente o universalismo dos direitos humanos, como lembra Donati (1996).

Este trabalho deter-se-á sobre esse último aspecto. A falta de uma base antropológica universal acarreta a necessidade de investigar as condições de aplicação dos direitos humanos em cada cultura. Pode ocorrer que especificidades culturais minem a eficácia e/ou a efetividade desses direitos: até que ponto eles correspondem a uma superestrutura importada, insuscetível de produzir efeitos em determinadas realidades locais?

Em Estados advindos da descolonização, pode-se falar de um direito importado da metrópole. No continente africano, notadamente, há uma maioria de Estados que foram produtos da colonização e só se tornaram independentes na segunda metade do século XX. Nesse continente, a União Africana celebrou uma convenção regional de direitos humanos Contudo, apesar do enfoque largamente comunitarista da Carta de Banjul de 1981, característica ausente em convenções regionais como a européia e a americana, a Carta sofreu a influência profunda de outros tratados, da ONU e do Conselho da Europa. Ademais, o próprio conceito de direitos humanos não é de forma alguma autóctone: pelo contrário, contrasta com direitos tradicionais africanos, que o desconhecem.

Por conseguinte, apesar da existência de uma convenção regional, a efetividade dos direitos humanos ainda é baixa em boa parte da África: o direito costumeiro de origem tradicional, em muitas regiões, prevalece na prática sobre o direito escrito local e internacional: em Benim, por exemplo, o casamento forçado, a violação à idade mínima para o matrimônio, restrições às mulheres do acesso à educação fundamental, o abandono de crianças deficientes e nascidas de relações incestuosas prevalecem sobre o direito internacional, apoiadas pelo direito consuetudinário (DIENG, 2001, p. 3). O direito internacional é tão estranho às culturas locais que o próprio Poder Judiciário, muitas vezes, não o aplica (DIENG, 2001, p. 5); ademais, a falta de recursos do governo faz com que determinadas previsões, como da ampliação do acesso à educação, não sejam implementadas (DIENG, 2001, p. 6).

Em Camarões, fora do controle do Judiciário (cuja estrutura foi importada do colonizador), subsistem “justiças paralelas” que funcionam não segundo as doutrinas de direitos humanos, que são européias, mas segundo os usos tradicionais, como a morte por bastonadas e pelo fogo em caso de furto (MVONDO: 2002). Em Guiné, o Judiciário oficial pouco funciona,

devido à corrupção e por derivar-se de modelos europeus, sendo mais comuns as soluções de controvérsias por meio de justiças informais próprias do direito costumeiro. Esses mecanismos de solução de litígios aplicam as normas consuetudinárias que reservam à mulher um *status* inferior na sociedade, contrariando assim a doutrina dos direitos humanos (KONDE, KUYU, LE ROY: 2002).

O papel histórico do colonialismo – razão da falta de legitimidade de muitos Estados africanos, delimitados pelo colonizador (ODINKALU, 2003, p. 18) – não deve ser olvidado quando se consideram as várias razões da baixa efetividade das convenções de direitos humanos em boa parte da África. De fato, os próprios Estados ainda não terminaram sua formação (ODINKALU, 2003, p. 3), faltando-lhes instituições internas efetivas, pessoal capacitado e recursos financeiros (ODINKALU, 2003, p. 13; 23-24).

Em 2004, entrou em vigor o Protocolo de 1998 à Carta de Banjul para a criação de uma Corte Africana de Direitos Humanos. A maior parte dos especialistas, contudo, é cética em relação ao possível impacto desse tribunal, tendo em vista o autoritarismo, a instabilidade política e a violação de muitos direitos civis básicos, ainda características de boa parte do continente africano (FORSYTHE, 2000, p. 135), contrastante com os valores presentes no direito internacional.

Contudo, seria exagero considerar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos corresponde a uma idéia exclusivamente ocidental e européia. Pelo contrário, os Estados asiáticos e africanos, que, com a intensa descolonização (acelerada pela decadência européia após a Segunda Guerra Mundial), se tornaram a maioria na ONU na década de cinqüenta, colaboraram efetivamente na elaboração dos tratados internacionais de direitos humanos. Graças a essa influência, tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos quanto o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem, em seu artigo 1º., a garantia da autodeterminação dos povos.

A elaboração de um conceito de "direito ao desenvolvimento", ainda muito discutível, também deriva da atuação internacional dos Estados em desenvolvimento. Com efeito, o próprio perfil atual do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), conhecido como Banco Mundial, adveio da atuação dos Estados latino-americanos na Conferência de Bretton Woods em 1944 [42], eis que essa instituição foi originalmente proposta apenas para a reconstrução dos Estados atingidos pela destruição da Guerra.

---

42 Tratou-se de conferência internacional destinada a sistematizar o sistema financeiro e econômico internacional. Como resultado, foi acertada a criação do BIRD e do Fundo Monetário Internacional (FMI).

Pode-se também lembrar que a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, celebrada em 1981, foi a pioneira em prever os povos como titulares de direitos humanos – o que vai além do direito à autodeterminação, já afirmado nos dois grandes Pactos da ONU de 1966 (COMPARATO, 2003, p. 391) – como o direito à existência e à livre disposição de sua riqueza e recursos naturais. Também foi pioneira em prever o direito dos povos à preservação do equilíbrio ecológico (COMPARATO, 2003, p. 399).

A contribuição dos Estados orientais no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais – Apel, por exemplo, destaca a contribuição chinesa para o debate (2001). Boaventura de Sousa Santos ressalta as contribuições das culturas hinduístas e muçulmanas para o alargamento da concepção de direitos humanos, eis que a ocidental não pode pretender ao universalismo (1997).

De um lado, o Direito Internacional dos Direitos Humanos não reflete exclusivamente uma tradição de origem européia Por outro lado, também os países ocidentais possuem problemas de efetivação dos direitos humanos. O caso dos EUA é exemplar: apesar de esse Estado considerar-se a mais antiga democracia do mundo, ele oferece resistência a vários tratados internacionais de direitos humanos: não integra, por exemplo, o Pacto de São José da Costa Rica, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção sobre Direitos da Criança. Por sinal, quando foi votada a criação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pela Resolução n. 17 de 1985 do Conselho Econômico e Social da ONU, os Estados Unidos foram o único Estado que votou em contrário (COMPARATO, 2003, p. 338).

No tocante aos direitos da criança, a recusa ao tratado internacional funda-se numa cultura e num direito local adversos aos padrões do Direito Internacional. Em diversos Estados dos EUA, menores são processados como adultos (tendência crescente nesse país, segundo a Anistia Internacional), são presos em conjunto com adultos, recebem penas longas, de prisão perpétua e até mesmo de morte.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi ratificado pelos EUA, porém com várias reservas que violam a própria finalidade do tratado. Foi objeto de reserva, por exemplo, para que se pudessem processar e punir menores réus como se adultos fossem (ANISTIA INTERNACIONAL, 1998). O artigo 7º. do Tratado proíbe tortura e penas cruéis; a reserva afirma que o país evitaria a tortura e tratamentos cruéis ou desumanos apenas quando proibidos pela Constituição dos EUA – isto é, o Estado busca evitar o controle pelo Direito

Internacional. Reserva idêntica foi feita em relação à Convenção contra a Tortura da ONU. Os EUA recusaram-se também a ratificar a Convenção contra Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, hoje com 179 integrantes.

Os EUA impediram o acesso de indivíduos ao Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos para queixas contra o Estado, deixando de ratificar o Protocolo Opcional ao Pacto (mais de noventa Estados ratificaram o Protocolo). Impediram também o acesso de indivíduos ao Comitê da Convenção contra a Tortura (ANISTIA INTERNACIONAL, 1999).

Ademais, o respeito aos direitos humanos pelos EUA depende também do contexto: a tortura é vedada no território americano, mas não em Guantánamo e em países estrangeiros. A guerra ao terror lançada pelos EUA desde 2001, que se baseia em "ataques preventivos", contrários ao Direito Internacional[43], tem levado à violação das Convenções de Genebra de 1949, eis que aos prisioneiros é negada a qualificação de prisioneiros de guerra: privados do direito de defesa e submetidos à tortura, são considerados pelo governo americano como combatentes ilegais (COMPARATO, 2003, p. 253-254), incoerentemente, pois é a própria prisão que é ilegal.

Pode-se também referir à instituição do Tribunal Criminal Internacional, previsto pelo Tratado de Roma de 1998. Esse tribunal, ao contrário da Corte Internacional de Justiça, julgará indivíduos tendo em vista a sua responsabilidade internacional criminal por crimes como o de transferência forçada de população, genocídio, crimes de guerra. Os EUA retiraram a sua assinatura do Tratado em 2001. Como esses ilícitos são considerados de competência universal, esse Estado vem tentando celebrar acordos bilaterais que isentem os seus nacionais, eis que, mesmo sem que esse Estado faça parte do tratado, seus cidadãos podem ser julgados pelos Estados signatários do Tratado de Roma ou pelo Tribunal Criminal Internacional, que tem competência subsidiária em relação aos Judiciários nacionais.

Tendo em vista que mesmo Estados que pertencem à "centralidade" do sistema transnacional apresentam dificuldades com os direitos humanos, e que o Direito Internacional ganhou, e tem a ganhar com a contribuição de Estados periféricos, creio que o modelo teórico de Alfredo Bosi, de uma leitura contextualizada das idéias, explica melhor as condições de

43 O professor Guido Fernando Silva Soares, entre outros internacionalistas, considera a mencionada guerra preventiva uma involução do Direito Internacional, por ferir o artigo 51 da Carta da ONU, que prevê limites muitos mais estritos para o exercício da legítima defesa. Por conseguinte, tal guerra representaria, "escandalosamente" (2003, p. 27), uma agressão internacional desferida pelos Estados Unidos, e não uma forma legítima de defender-se. É de notar que ela viola direitos humanos coletivos como a autodeterminação dos povos e o direito à paz.

efetividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo em vista:

- A centralidade internacional, no campo dos direitos humanos (em outras áreas, como o direito internacional econômico, pode-se verificar um processo diferente, devido ao peso das grandes potências), vem desfazendo-se desde a década de sessenta do século XX, apesar do papel das potências ocidentais na gênese desses direitos;
- As dificuldades de aplicação dos direitos humanos variam de acordo com os contextos locais; as dificuldades existentes no Brasil não podem ser assimiladas às da Índia, por exemplo, devido às diferenças históricas e culturais. Ademais, pode haver dificuldades na efetividade desses direitos mesmo em Estados que tiveram papel central na gênese dos direitos humanos, como os EUA.

Este trabalho dedicar-se-á ao contexto brasileiro, buscando verificar a sua especificidade. De fato, não se poderia caracterizar adequadamente a cultura jurídica brasileira com uma remissão genérica à uma virtual cultura jurídica da América Latina, ou, o que seria ainda mais impreciso, dos países em desenvolvimento. Por essa razão, no capítulo três, será feita uma breve comparação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro com a da Suprema Corte argentina.

I.3 Nacional e internacional em conflito? O direito internacional dos direitos humanos no Brasil durante o regime militar:

Na seção 1.1 deste trabalho, foram feitas breves referências a dificuldades no tocante à efetividade dos direitos humanos, que se relacionam com determinadas características

da formação social brasileira, como o patrimonialismo, a cordialidade, a construção da cidadania de cima para baixo. Na seção 1.2, sustentou-se que uma leitura contextual é mais adequada para o estudo da efetividade dos direitos humanos. Neste momento, tem-se como objeto a resistência oficial contra o Direito Internacional dos Direitos Humanos durante a ditadura militar no Brasil.

A dificuldade da cultura jurídica brasileira com o Direito Internacional dos Direitos Humanos não nasceu no período de ditadura militar. Sinais inquietantes manifestaram-se anteriormente, mesmo entre os internacionalistas. Como exemplo, pode-se destacar Levi Carneiro, que foi consultor jurídico do Itamaray, participou de conferências internacionais como a VIII Conferência Interamericana de Lima (1938) e a Conferência Internacional do Rio de Janeiro (1947), foi membro da Corte Permanente de Arbitragem e chegou a ser magistrado da Corte Internacional de Justiça de 1951 a 1955; no entanto, seu livro *Direito Internacional e Democracia,* publicado em 1945, revela os limites da cultura jurídica brasileira da época:

> Há quem aluda a "direitos internacionais do homem" – mas esta expressão não parece exata. O que será – internacional – é a declaração de direitos: ëstes continuarão a ser nacionais, por isso mesmo que cada Estado os há de efetivar na conformidade da declaração feita por todos. (1945, p. 109-110)

O autor brasileiro mostrava-se bem à margem da doutrina mais progressista: já em 1928, até mesmo a Corte Permanente de Justiça Internacional – tribunal positivista e tradicionalista, como lembravam Scelle (1948, p. 510) e Lauterpacht (1955, p. 21), pronunciou-se no sentido de que os Estados podem garantir diretamente aos indivíduos direitos previstos em tratado.

Em conferência de 1944, *O conflito das culturas*, o descompasso do pensamento desse autor com a doutrina mais avançada da época alia-se à concordância com a política racista de Hitler, o que não surpreende tanto, tendo em vista as idéias cientificistas que grassavam ainda na academia jurídica, com o seu caráter infenso aos direitos humanos:

> Tão peculiar à raça germânica é êsse princípio de supremacia do Estado, que se deve dar razão a HITLER [grifo do original] quando, para assegurar-lhe a realização, proclamou a necessidade de defender a raça germânica em sua perfeita pureza. Êsse é o ideal a realizar – e só essa raça o possui e cultiva. Daí resulta, com perfeita coerência, a necessidade de assegurar a inteira supremacia dessa raça e de

> exterminar tudo o que pudesse marear-lhe a pureza. (1945, p. 77)

O extermínio em prol da pureza... Essa concepção, frontalmente contrária à dignidade humana[44], aliava-se muito curiosamente a uma visão ingênua, idealizada, à Afonso Celso, da cultura brasileira, visão que está na base de legitimação do isolacionismo da cultura brasileira: não precisaríamos de compromissos internacionais, já que a liberdade seria própria do Brasil, mesmo depois do Império, da escravidão, das oligarquias da primeira república e da ditadura de Vargas:

> Haverá povos inaptos para a democracia – êsses são, por igual, inaptos para constituirem nações independentes. A afirmação da independência nacional envolve, desde logo, até certo ponto, uma afirmação de capacidade para a democracia – e o jugo de um despota nacional é, por vêzes, menos suportavel que a dominação estrangeira.
>
> O Brasil, por sua vocação democrática, por sua tradição democrática, há de considerar-se capaz de realizar a democracia em seus termos essenciais. (1945, p. 84-85)

Além da referência a uma tradição democrática brasileira, curiosa constatação durante o Estado Novo, vê-se que Levi Carneiro legitimava o imperialismo sobre povos que não adotassem o governo democrático segundo o modelo ocidental. Condicionar a independência à democracia significa, contudo, violar a autodeterminação dos povos.

Deve-se conjugar essa visão com a resistência a uma maior jurisdicização das relações internacionais, manifesta na tradicional recusa brasileira a tribunais internacionais. Rezek lembra que essa recusa remonta ao tempo da Liga das Nações (1919-1939): o Brasil somente se vinculou à Corte Permanente de Justiça Internacional, órgão judicial da Liga, de 1930 a 1935, e de 1937 até o início da Segunda Guerra Mundial. Com o advento da ONU, o Brasil jamais fez o reconhecimento facultativo da jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça (órgão judicial da ONU) previsto no parágrafo segundo do artigo 36 do Estatuto da Corte (1997a, p. 362). O recurso ao arbitramento, dizia-o Haroldo Valladão como parecerista do Ministério das Relações Exteriores, correspondia a uma "gloriosa tradição pátria" (2002, p. 243).

---

44 Como lembra Hannah Arendt, o genocídio não corresponde simplesmente a um crime contra um grupo humano,e sim contra a própria humanidade, por consistir num ataque à diversidade humana (1994, p. 268-269).

No regime militar, as tendências isolacionistas e as contrárias aos direitos humanos combinaram-se na doutrina de segurança nacional. Segundo Victor Nunes Leal, a "exacerbação do conceito de segurança nacional, que passou a dominar quase todas as manifestações da vida cultural e política do país" (1981, p. 16).

A afirmação de Leal deve ser lida com a lembrança de que a ditadura militar não criou um regime totalitário, que se caracteriza pela busca de uma dominação completa nas esferas pública e privada, a ponto de desconstituir a esfera privada. Tratou-se, na verdade, de um regime autoritário. Dito isso, a segurança nacional correspondia realmente a um "conceito exacerbado" no pensamento de seus ideólogos, como Golbery do Couto e Silva, que afirmava: "sendo o planejamento de Segurança Nacional, de caráter estratégico integral, seu domínio abrangerá todos os quatro campos de atividades – o político, o econômico, o psicossocial e o militar" (1981, p. 320).

De fato, a Constituição de 1967, no seu artigo 89, previa que "toda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei". Juristas simpáticos à doutrina consideravam que o Brasil, com essa previsão, correspondia a uma "democracia orgânica" (PEREIRA, 1971, p. 54), em vez de considerarem de que se tratava de uma tentativa de criar um Estado policial, com a amplíssima definição de segurança nacional, e a suspensão do *habeas corpus* para aqueles acusados de violá-la, e com os poderes excepcionais legislativos do governo federal.

A doutrina foi criada, na Escola Superior de Guerra, em uma situação geopolítica bipolar, com o antagonismo entre as superpotências capitalista (EUA) e socialista (União Soviética), e uma de suas apregoadas finalidades era a de impedir uma agressão revolucionária socialista, que poderia vir internamente, do próprio país. No entanto, não só os meios utilizados na implementação dessa doutrina costumavam violar os direitos humanos, como a defesa desses direitos foi assimilada a uma agressão comunista. No regime militar, os defensores de direitos humanos, em suas mais diversas áreas, como a proibição da tortura, a luta pelos direitos sociais, direitos das mulheres e dos negros, eram considerados "subversivos comunistas" (CHAUÍ, 1989, p. 197).

Novamente estamos no terreno das visões duais do Brasil: o argumento da "razão nacional' foi usado, durante o império, para justificar a escravidão (CARVALHO, 1998, p. 35-64). Durante o regime militar, a doutrina da segurança nacional, devido ao seu "especialismo", escrevia Mário Pessoa, não poderia ser confundida com um "legalismo

ortodoxo de feições liberalizantes". As garantias liberais no tocante ao princípio do devido processo legal deveriam ser afastadas: os juízes, infundidos do legalismo liberal, prendem-se "às exigências rigorosamente probatórias quanto ao problemas da autoria" (PESSOA, 1971, p. 247). Dessa forma, justificava-se que civis fossem julgados pela Justiça Militar em caso de violação da segurança nacional: a justiça comum era muito influenciada pelas garantias liberais... Ainda segundo esse jurista, "as normas repressivas do Direito da Segurança Nacional pedem abstração das idéias geralmente predominantes nas outras disciplinas do direito. Nesse ponto, surge conflito, embora parcial, com o juridismo atuante, que é enfermidade ocidental típica" (PESSOA, 1971, p. 274). O jurista, portanto, defendia uma doutrina especificamente brasileira, contrária às idéias estrangeiras liberais, consideradas uma "enfermidade" do Ocidente.

Compreende-se, todavia, por que Mário Pessoa reclamava do Ocidente: o governo militar brasileiro recebia diversas críticas internacionais e buscava agir internamente por meio de medidas repressivas. O Decreto-lei n. 898 de 1969 previu o combate ao que os militares consideravam uma campanha de difamação do Brasil no estrangeiro, com a prevenção, no artigo 3º., da "da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e a repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva". A curiosa expressão "guerra psicológica adversa" correspondia, segundo o parágrafo segundo do mesmo artigo, ao "emprego da propaganda, da contra-propaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais", o que significava a violação do espaço público (no sentido dialógico) e o ataque à possibilidade de crítica ao poder.

Críticas às perseguições políticas, às torturas e execuções extrajudiciais faziam-se ouvir na Comissão de Direitos Humanos da ONU desde 1971 (OLIVEIRA, 1999, p. 83). Em 1970, o Papa, insuspeito de pertencer a organizações subversivas, condenou a tortura no Brasil (SKIDMORE, 1988, p. 308). O governo Médici reagiu bloqueando todas as tentativas de inspeção internacional: o Comitê Internacional da Cruz Vermelha foi impedido de visitar as prisões brasileiras e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos não recebia respostas do Estado brasileiro a seus pedidos de informação (OLIVEIRA, 1999, p. 84)[45].

A própria doutrina de segurança nacional não se coadunava bem com a

45 Deve-se lembrar que o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, criado pela lei n. 4319 de 16 de março de 1964, sempre teve uma atuação apagada, e não funcionou durante os governos Médici e Geisel, tendo reativado no governo Figueiredo (MELLO, 2000a, p. 856).

existência do direito internacional, deve-se lembrar. Golbery afirmava que "a vida internacional do planeta" continua a ser "paisagem anárquica [...], a despeito de todos os esforços despendidos milenarmente em Tratados e Ligas sempre pouco duráveis" (1981, p. 367). Trata-se de um argumento típico dos pensadores que negaram a existência do direito internacional, como Hobbes – não seria correto, porém, compará-lo ao general brasileiro, não só devido à escala intelectual, mas pelo fato de o filósofo ter escrito em uma sociedade internacional em que a presença do direito nas relações internacionais era muito menor do que na segunda metade do século XX. De fato, a sociedade internacional é anárquica, no sentido de não haver um governo mundial; no entanto, ela é uma sociedade com direito, como bem explica Bull (2000).

Na política internacional, o regime militar brasileiro tomaria, de regra, uma postura de defesa. O Brasil foi eleito para a Comissão de Direitos Humanos da ONU em 1977, mas permaneceu na defensiva durante o regime militar (TRINDADE, 2000, p. 98), com posições isolacionistas (TRINDADE, 2003, p. 604).

O governo brasileiro pronunciou-se contrariamente à competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito de direitos econômicos, sociais e culturais na Assembléia-Geral da OEA em 1980 (TRINDADE, 2000, p. 57), e, também nesse órgão, em 1978, afirmou, com base no princípio da não-intervenção, que os direitos humanos são da competência exclusiva de cada Estado e que era contrário a tribunais internacionais de Direitos Humanos (TRINDADE, 2000, p. 58). Em 1977, na abertura da XXII Sessão da Assembléia-Geral da ONU, o Ministro das Relações Exteriores brasileiro, Azeredo da Silveira, já o tinha afirmado: os direitos humanos são "responsabilidade do governo de cada país" (OLIVEIRA, 1999, p. 90)[46].

Em 1977, o Brasil foi eleito para a Comissão de Direitos Humanos, contudo, durante a ditadura militar, a posição do governo brasileiro foi sempre de evitar o mandato e os instrumentos da Comissão. Miguel Darcy de Oliveira nota que, mesmo com a abertura política, persistiu essa atitude do governo brasileiro, após a revogação do AI-5 em 1978 e a anistia em 1979 (1999, p. 90), o que reflete, indubitavelmente, as ambigüidades da própria abertura. Somente em 1993, lembra o mesmo autor, o Itamaraty abriria diálogo com organizações da sociedade civil, para preparar a posição brasileira para a Conferência da ONU sobre Direitos

46 Dessa forma, a afirmação de que desde o discurso de Azeredo Silveira "são traços característicos de nossa política externa de direitos humanos a interação entre as aspirações internas pelo contínuo aperfeiçoamento das garantias dos direitos e liberdades, a afirmação da nossa identidade democrática e da interdependência entre direitos humanos e democracia, e a promoção de uma nova inserção internacional do país, que responda aos desafios contemporâneos, nos planos interno e externo." (BRANDÃO, PEREZ, 2004) corresponde a um *wishful thinking* oficial.

Humanos em Viena, nesse mesmo ano (1999, p. 97).

A eleição do Presidente Carter nos EUA, que havia apresentado uma plataforma eleitoral que vinculava a política externa à proteção dos direitos humanos, causou atritos com o Brasil nessa área, depois de uma fase de entendimento da ditadura militar com o governo Nixon. A primeira dama dos EUA, Rosalyn Carter, visitou o Brasil em 1977 e recebeu denúncias de violação aos direitos humanos, o que fez com que os militares da linha dura tentassem despertar os "sentimentos nacionalistas" das Forças Armadas contra as críticas estrangeiras (SKIDMORE, 1988, p. 385).

A resistência do governo brasileiro não se referia apenas aos direitos humanos, matéria perigosa para a ditadura militar, mas também à própria jurisdicização das relações internacionais, que retira parte da discricionariedade do Estado em sua política exterior. Pode-se verificar essa resistência no tocante ao combate ao *apartheid*: embora o Brasil tenha aplicado a partir de 1977 medidas contra a África do Sul, ele não aderiu à Convenção sobre Eliminação e a Repressão do Crime do Apartheid (1973) e à Convenção contra o Apartheid nos Esportes (1985) (TRINDADE, 2000. p. 61). O problema não era propriamente o conteúdo do tratado – no Brasil não havia *apartheid*, afinal – e sim a sua formalização em tratado internacional[47].

A própria recusa a aceitar a jurisdição de tribunais internacionais corresponde a uma forma de privilegiar a política em detrimento do direito nas relações internacionais; no caso dos direitos humanos, trata-se de maneira pela qual a violação desses direitos dificilmente terá dificuldade de ser controlada internacionalmente. Não por acaso, uma das primeiras Convenções sobre a matéria, a de Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948, em seu artigo 9º, que previa a jurisdição da Corte Internacional de Justiça a respeito de controvérsias sobre o tratado, foi objeto de reserva da União Soviética, Polônia, Bulgária, Romênia e Hungria, Estados com regimes autoritários que buscavam fugir à fiscalização internacional.

No caso do Brasil, essa fuga ao direito internacional teve como fundamento ideológico a doutrina da segurança nacional, principalmente no período de ditadura militar, época em que os dois grandes Pactos da ONU (sobre direitos civis e políticos e o sobre direitos

47 O governo brasileiro, contudo, ratificou em 27 de março de 1968 a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, coerentemente com a afirmação oficial de que o Brasil era uma "democracia racial". No entanto, durante a ditadura militar, não reconheceu a competência prevista no artigo 14 para que o Comitê criado pela Convenção receba denúncias de indivíduos a respeito da violação desse tratado. O reconhecimento foi realizado apenas em 2002, mas ainda não foram depositadas denúncias contra o governo brasileiro (ONU. Alto Comissariado para os Direitos Humanos, 2006).

econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966) e a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (de 1969) foram celebrados.

Os argumentos contrários a esses três grandes tratados internacionais de direitos humanos foram condensados em um parecer oficial de 1981, de autoria do então Subprocurador-Geral da República, Marcos Castrioto de Azambuja (BRASIL, 1982):

> 5. Desde 1969, época da negociação do Pacto de São José, o governo brasileiro vem considerando inconveniente sua adesão ao instrumento, entre outros motivos por considerar nociva a proliferação de Convênios dessa natureza, que não oferecem garantia mais eficaz de respeito aos direitos humanos, mas, ao contrário, podem estimular conflitos de competência e de prioridades suscetíveis de conduzir ao desvirtuamento de seus objetivos principais. A matéria, entende o governo brasileiro, deve ter tratamento não-polêmico e universalmente aceito, como foi o caso, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU) e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres Humanos (OEA), adotadas em 1948, com o apoio brasileiro. Outrossim, o Brasil votou a favor da Resolução da OEA que, em 1959, criou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cuja principal função é a promoção do respeito e da defesa dos direitos do indivíduo no continente americano.

Ou seja, o Estado brasileiro mostrava-se a favor de instrumentos internacionais, contanto que não tivessem natureza de direito internacional convencional – pois as declarações (são mencionadas as da OEA e da ONU, ambas de 1948), pode-se defender, têm natureza antes política do que jurídica. E mostrava-se a favor de instituições internacionais de direitos humanos, contanto que não possuíssem competência para prolatar decisões obrigatórias aos Estados, como é o caso da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – é a Corte Interamericana que pode emitir sentenças, que são irrecorríveis. Portanto, o Estado brasileiro rejeitava o controle da questão dos direitos humanos por meio de tribunais internacionais.

Temporalmente é exata a afirmação do parecerista de que o governo brasileiro desde 1969 (leia-se: a ditadura militar após o AI-5) considerava inconveniente participar de tratados dessa natureza. Pois, ainda em 1968, Haroldo Valladão, em parecer para o Ministério das Relações Exteriores, podia defender, com Dunshee de Abranches, que o Brasil deveria retomar a posição "invariável" de defesa de uma Convenção Americana sobre Direitos Humanos (2002, p. 284). Não assim em 1982, quando o governo brasileiro afirmou, ainda no parecer acima aludido, não "admitir, contudo, a interferência, quer de órgãos internacionais, quer de

outros países, nas relações entre o Estado brasileiro e as pessoas sobre as quais tem jurisdição".

Para o Estado brasileiro, portanto, os direitos humanos corresponderiam a questão estritamente interna e, em nome do princípio da não-intervenção, negava-se ao indivíduo a possibilidade de recorrer a instâncias internacionais contra o Estado. Essa interferência não feria qualquer princípio do direito brasileiro, como lembrou Haroldo Valladão, em parecer de 1968 (2002, p. 280-281), a respeito da possibilidade de o Brasil ratificar o Protocolo Opcional ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, que prevê a possibilidade de queixas de indivíduos para o Comitê de Direitos Humanos (o Brasil ainda não permitiu essa possibilidade). Contudo, no parecer de 1982, afirmava-se:

> 7. Importa ressaltar, a propósito, que o Pacto de São José criou uma "Corte Interamericana de Direitos Humanos", com atribuições de caráter supranacional, fato que contraria a posição tradicional do Governo brasileiro na matéria; entre outras razões pelo risco de submissão incontrolável a terceiros de assuntos sensíveis no campo da soberania nacional.

Afirmava-se o repúdio aos mecanismos internacionais de direitos humanos a pretexto de ofensa à "soberania nacional", que era o nome dado à repressão política nesse período.

O parecerista, contudo, deveria ter lembrado que, em 1948, foi o governo brasileiro que lançou a proposta, na IX Conferência de Internacional Americana (em Bogotá), a idéia de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois, em caso de regimes opressores, os tribunais locais não seriam suficientes (TRINDADE, 2003, p. 609-610). Esse esquecimento do passado não impedia a memória de uma tradição isolacionista do Brasil:

> 11. A posição brasileira tem sido sempre a de resolver as pendências externas por meios diplomáticos, ou, à vista da impropriedade destes, por arbitragem, decidida em compromisso *ad hoc*. Coerente com tal postura, o Brasil não aderiu, por exemplo, à cláusula facultativa de jurisdição obrigatória contemplada no artigo 36, parágrafo 2º., do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Tratava-se da recusa, já antes referida, à competência de tribunais internacionais, como um dos sinais da recusa a uma maior jurisdicização das relações internacionais. O isolacionismo do governo brasileiro, enfim, manifestou-se ainda na afirmação de que haveria obstáculos constitucionais à participação da Convenção Americana de Direitos

Humanos:

> 13. No caso em tela, uma barreira constitucional antepõe-se à aceitação pelo Brasil dos mecanismos de controle do Pacto de São José. Os direitos por ele protegidos o são também, e de forma ampla, pela Constituição e pelas leis da República, fato que carrega consigo um corolário elementar: a mesma ordem jurídica disciplina o sistema de garantia desses direitos, fazendo repousar no Poder Judiciário nacional a competência para proporcionar-lhes,em foro cível, criminal ou trabalhista, o seu amparo, e para coibir e punir, a todo momento, o seu ultraje. Desta forma, o Poder Judiciário brasileiro, que é impedido pela Constituição Federal de delegar atribuições até mesmo a seus homólogos internos, não poderia delegá-las – ou vê-las delegadas – a entidades externas, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Tratava-se de manifesto engano crer que houvesse caso de delegação de poderes. Não ocorre delegação devido ao papel subsidiário das cortes internacionais: elas somente ganham competência para apreciar determinado caso que poderia ser examinado em um tribunal nacional, se houve esgotamento dos recursos internos. Ademais, não há relação hierárquica entre tribunais internacionais e o Judiciário nacional. A experiência das Comunidades Européias e, hoje, da União Européia, tornava evidente o anacronismo do argumento do governo brasileiro da época.

Antônio Augusto Cançado Trindade, hoje magistrado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, elaborou em 1995 o parecer do Ministério das Relações Exteriores que opinou pela ratificação pelo Brasil da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, bem como de outras convenções sobre a matéria, contrapondo-se ao parecer de 1981, que, de fato, antes refletia uma determinada vontade política do que apresentava argumentos jurídicos. Trindade afirmou que "não havia, como nunca houve, impedimentos de ordem constitucional ou argumentos de cunho verdadeiramente jurídico" contra a participaçaõ do Brasil nesses tratados de direitos humanos" (2000, p. 67). O obstáculo era de natureza política e, como de esperar, influenciava o Direito brasileiro na conformação de uma cultura jurídica isolacionista e contrária aos direitos humanos.

Em 1985, começou o primeiro governo civil desde a queda de João Goulart em 1964. O Presidente José Sarney enviou em 28 de novembro de 1985 ao Congresso Nacional mensagens com os dois grandes Pactos da ONU de 1966 e a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. Contudo, somente em 1991 foram os tratados aprovados por decreto

legislativo. As convenções da ONU foram objeto do decreto-legislativo n. 226 de 12 de dezembro de 1991. O tratado da OEA somente foi aprovado pelo decreto-legislativo n. 27 de 25 de setembro de 1992. Em 6 julho de 1992, os tratados da ONU foram promulgados por decreto presidencial, e o Pacto de São José da costa Rica em 6 de novembro de 1992.

A forma – e a demora – na aprovação desses tratados revelava que a resistência em relação ao tema persistia mesmo com o fim do regime militar, como se verá na seção seguinte[48].

I.4 O Judiciário brasileiro e a efetividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos após a redemocratização

Seria de esperar que, com a democratização do Brasil na segunda metade da década de oitenta, os direitos humanos gradativamente se incorporassem às políticas públicas. Em 1996, o governo federal lançou o Programa Nacional de Direitos Humanos, com a intenção de mobilizar os três Poderes[49].

Como proposta para realização em curto prazo, foi previsto "Criar e fortalecer programas internacionais de apoio a projetos nacionais que visem à proteção e promoção dos direitos humanos, em particular da reforma e melhoria dos sistemas judiciários e policiais". Evidentemente, tratava-se de um grande erro de cálculo do governo federal imaginar que se

48 A resistência à jurisdição internacional ainda é visível no início do século XXI. É verdade que o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em dezembro de 1988, bem como a ratificação do Tratado de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional em junho de 2002 representam uma ruptura em relação à tradição brasileira de fuga a tribunais internacionais (a emenda constitucional n. 45, de 2004, acrescentou ao artigo 5º o § 4º., que diz: "O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.") No entanto, permanecem grandes lacunas: o Brasil não fez o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça previsto no § 2º. do Estatuto dessa Corte. Ademais, a jurisdição dessa Corte corresponde a um dos obstáculos que enfrenta a aceitação pelo Brasil da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, que codificou internacionalmente a matéria até hoje não foi aprovada pelo Legislativo brasileiro, depois de ter-lhe sido enviada por meio Mensagem presidencial n. 116 de 1992. O artigo 66 da Convenção prevê a jurisdição *obrigatória* da Corte Internacional de Justiça para os casos de controvérsia a respeito de nulidade, término e suspensão de tratado internacional, o que, segundo congressistas, poderia ser contrário ao interesse nacional.

49 Ainda tão recentemente como 1994, o governo brasileiro tentou sustentar, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, devido ao Parecer Consultivo n° 14/1994 dessa Corte, que a solução de conflitos entre lei interna e tratado internacional dependia da visão de cada Estado, posição obviamente isolacionista que demonstrou uma "certa incompreensão" da responsabilidade internacional do Estado (RAMOS, 2001, p. 444).

tratava de tarefa de rápido cumprimento. Como proposta em médio prazo, "Fortalecer a cooperação com organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, em particular a Comissão de Direitos Humanos da ONU, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Instituto Interamericano de Direitos Humanos". Anteriormente, em 1995, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu pela primeira vez autorização do governo brasileiro para realizar missão geral de observação *in loco* no Brasil (TRINDADE, 2000, p. 94). Em dezembro de 1998, o Estado brasileiro reconheceu sua jurisdição.

Este trabalho não tratará das instituições policiais, e da dificuldade de desenvolverem uma cultura democrática, e sim referir-se-á às dificuldades de desenvolvimento dessa cultura no Judiciário. Com a maior abertura à fiscalização internacional ocorrida na segunda metade da década de noventa, alguns relatórios de organizações internacionais governamentais vêm constatando deficiências do Poder Judiciário brasileiro.

O Relatório especial feito pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2000 (OEA: 2000) para o acompanhamento da situação dos direitos humanos no Brasil constatou que, apesar de o Estado brasileiro ter tomado "medidas legislativas que ampliam os mecanismos de defesa dos direitos humanos" e ter ratificado tratados internacionais de direitos humanos, nenhuma dessas ações teve um efeito decisivo:

> 6. A Comissão, conforme se especifica neste relatório de acompanhamento e em suas conclusões, considera que o Estado empreendeu ações que coincidem com as recomendações constantes de seu relatório de 1997, ações essas que começaram a criar uma infra-estrutura capaz de enfrentar e combater as violações de direitos humanos, mas que não tiveram um efeito decisivo. De fato, como se analisa a seguir, embora os níveis de violação dos direitos humanos tenham sido reduzidos relativa e parcialmente, as violações continuam a ser graves e a impunidade continua a ser a regra. As instituições de prevenção, de promoção e de defesa e punição continuam ser deficientes tanto frente à magnitude das violações e ao poder que os violadores detêm, particularmente certos setores policiais, como ante a ineficácia judicial.

A ineficácia judicial, no caso, refere-se não só à lentidão processual e ao acúmulo de trabalho, mas também à corrupção, contra a qual o Ministério Público não estaria sendo eficiente:

> 22. Em suas recomendações, a Comissão focalizou as dificuldades da justiça brasileira em cumprir o compromisso de proporcionar à sua população garantias judiciais e o devido processo. O Presidente do Brasil confirmou sua preocupação quanto a esse fato numa exposição que fez perante a Ordem dos Advogados do Brasil, em que reclamou a reforma do sistema judicial a fim de enfrentar sua corrupção administrativa e sua lentidão. (nota: Uma investigação parlamentar concluiu que grande parte dos US$300.000.000 de custos excedentes de construção de edifícios para tribunais (ainda não terminados) em São Paulo passou ao pecúlio privado de um alto magistrado judicial e de um senador. Durante anos, os promotores foram incapazes de descobrir as provas obtidas pela Comissão Parlamentar. *New York Times*, 22 de novembro de 1999.) [...]

Ademais, a população não veria com bons olhos o Poder Judiciário, percebido socialmente como discriminatório:

> 23. A lentidão e os problemas administrativos estão estreitamente vinculados à impunidade e às dificuldades em investigar os agentes do Estado, em geral policiais militares, como responsáveis pelas violações de direitos humanos. Esses problemas, porém, não se circunscrevem à justiça penal. Estudos realizados pelo Instituto de Estudos da Religião e pela Fundação Getúlio Vargas revelam que a maior parte da população da região metropolitana do Rio de Janeiro considera que a justiça trabalhista e a justiça civil são lentas e discriminatórias.

É de mencionar a atuação direta de membros do Poder Judiciário na violação de direitos humanos, como na exploração sexual de menores, como constatado pelo Relator da Comissão de Direitos Humanos sobre a venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, Juan Miguel Petit, em 2003[50].

Outro caso de violação dos direitos humanos, analisado em relatório internacional sobre o Brasil da Comissão de Direitos Humanos da ONU, foi o da falta de efetividade da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, da ONU (1985), que foi ratificada pelo Brasil em 1989 promulgada, no Brasil,

---

50 Segundo o Relatório, os casos de pedofilia na Amazônia eram geralmente marcados pela impunidade, e não eram noticiados pela imprensa, devido à influência e ao poder das pessoas envolvidas, que incluíam membros do Judiciário e da polícia: "12. […] Um estudo sobre 12 casos de exploração sexual e pornografia que ocorreram na região amazônica jogaram luz nos fatores que contribuem para o desenlace de um caso.
13. Nos casos analisados, os agentes eram pessoas com influência, inclusive representantes ou ex-representantes do Judiciário e da segurança pública." (*12. […] A case study on 12 cases of sexual exploitation and pornography that ocurred in the Amazon region shed light on factors that contribute to the outcome of a case.*
13. In the cases analysed, perpetrators were influential people, including representatives or former representatives of the judiciary or public security.)

em 1991 [verificar]. A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985, foi ratificada em 1986. Somente em 1997, contudo, o crime de tortura foi tipificado por lei interna, a de número 9455, pelo que, até esse momento, o Brasil não poderia cumprir a mencionada Convenção, eis que o tipo penal somente foi criado pela lei interna, tendo o tratado internacional apenas previsto genericamente a proibição da tortura.

A lei vem sendo raramente aplicada, todavia, o que levou ao Relator da ONU contra a tortura, Nigel Rodley, a uma inspeção, com autorização do governo brasileiro. O relatório foi divulgado em abril de 2001, no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da ONU, e apontou que a ação criminosa da polícia era apoiada pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário brasileiros, que, quando tipificavam o crime, faziam-no como lesão corporal ou abuso de autoridade, e não como tortura, que é um tipo penal com penas mais severas:

> 154. Segundo algumas autoridades, inclusive membros da Comissão sobre Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, promotores públicos e o corregedor de polícia do Estado de Minas Gerais e ONGs, casos de tortura são ainda freqüentemente classificados por juízes como "lesão corporal" ou "abuso de autoridade". Também foi dito que "abuso de autoridade" e "lesão corporal" são empregados mais comumente pelos juízes porque são mais estritamente tipificados do que o crime de tortura. Segundo promotores públicos que lidaram com casos de tortura, depois de ouvir testemunhas tanto da alegada vítima quando dos agentes policiais, juízes freqüentemente agem *in dubio pro* réu e aceitam as afirmações dos agentes de que "não bateram no(a) detento(a), apenas o(a) estapearam". Então, pediriam para ser condenados a uma pena menos severa. De acordo com ONGs, muitos juízes consideram a pena aplicável ao crime de tortura severa demais. Como resultado, promotores de direitos humanos de Minas Gerais relataram que, por exemplo, houve apenas dois processos com base na Lei contra a tortura no Estado. Deve ser ressaltado que ninguém jamais foi condenado com base nessa lei no Brasil. [...]
>
> 155. O sistema judicial como um todo tem sido acusado por sua ineficiência, em particular pela sua lentidão, falta de independência, corrupção, e outros problemas relativos à falta de recursos, assim como pela pervasiva prática da impunidade dos poderosos. Segundo relatos, juízes e advogados têm sido sujeitos a ameaças e intimidação.[51]

---

51 *154. According to a number of officials, including members of the Commission on Human Rights of the Chamber of Deputies, public prosecutors and the police corregedor of the State of Minas Gerais and NGOs, torture cases are still often classified by judges as "bodily harm" or "abuse of authority". "Abuse of authority" and "bodily harm" were also said to be more commonly used by judges because they are more narrowly defined than torture. According to public prosecutors who had dealt with torture cases, after hearing testimonies from both the alleged victim and law enforcement officials, judges would often act in dubio pro reo and accept latters' statements to the effect that they "had not beaten a detainee, but only slapped him/her". They would then plead guilty to a lesser charge. According to NGOs, many judges consider the punishment applicable for the crime of torture as too severe. As a result, human rights prosecutors of Minas Gerais reported, for example, that there had*

O governo brasileiro, em resposta ao relatório, confirmou o papel do Ministério Público e do Poder Judiciário na violação desse tratado internacional de direitos humanos:

> 8. A edição da Lei que tipificou o crime de tortura (Lei 9.455, de 7 de abril de 1997) constituiu um marco no combate contra a tortura no Brasil. Em termos práticos, contudo, a aplicação da lei pelas autoridades competentes não tem sido satisfatória. Em muitos casos desde 1997, alegações de prática de tortura não têm tido seguimento através de processos penais, seja pela ausência de denúncia do Ministério Público, seja porque os juízes alteram a denúncia para crimes menos graves como lesões corporais ou abuso de autoridade. Há um problema generalizado: a tortura não é percebida como um crime grave contra o Estado Democrático de Direito, talvez porque afete quase exclusivamente as camadas menos favorecidas da sociedade. Essa situação exige não apenas que se caminhe decisivamente para a conscientização e a mudança de mentalidade no seio da sociedade brasileira, mas requer também a sensibilização da comunidade jurídica para que se crie uma jurisprudência a respeito da Lei contra a Tortura.[52]

No tocante aos direitos sociais, pode-se lembrar da crítica no Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em sessão de 18 de maio de 2003) de que o sistema judicial brasileiro, "negligente, preconceituoso e muito conservador"[53], e de que os direitos previstos no Pacto da ONU sobre esses direitos não seriam garantidos judicialmente.

O representante brasileiro, "Sr. Pedro", respondeu da seguinte maneira:

> 25. É verdade que a inação de juízes tem sido parcialmente responsável pela existente

---

been only two cases of prosecutions under the Torture Act in the state. It must be stressed that no one has ever been convicted of torture under the Torture Act in Brazil. […]
155. The judicial system as a whole has been blamed for its inefficiency, in particular slowness, lack of independence, corruption, and for problems relating to lack of resources and trained staff, as well as the pervasive practice of impunity for the powerful. Judges and lawyers have reportedly been subjected to threats and intimidation.

52 *The enactment of the law that characterizes torture as a crime (Law 9.455, April 7, 1997) was a benchmark in the fight against torture in Brazil. In practical terms, however, the proper authorities have not enforced the law in a satisfactory fashion. In many cases since 1997, no criminal indictment has been issued in response to allegations of torture, either because the Public Ministry filed no complaint or because the judges changed the nature of the complaint to one involving less serious crimes, such as bodily harm or abuse of authority. There seems to be a widespread problem: torture is not understood to be a serious crime against a democratic state that embraces the rule of law, perhaps because torture affects underprivileged segments of society almost exclusively. This situation requires not only that decisive steps be taken to raise the awareness and change the mentality of people at the heart of Brazilian society, but also demands that the legal community be made aware of the issue in order to create jurisprudence on the enforcement of the law on Torture.*

53 Segundo Ariranga Govindasamy Pillay (no parágrafo 16 do documento), então membro do Comitê.

> impunidade, mas novos juízes são regularmente nomeados e, como um ramo do governo, o Judiciário era totalmente independente. Não havia muita familiaridade com o Pacto no Brasil e, como em outros países em desenvolvimento, a estrutura do poder como um todo deveria ser induzida a dar mais atenção para os direitos econômicos, sociais e culturais dos pobres. [...] [54]

Portanto, um dos problemas de implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais seria a falta de "familiaridade" do Judiciário com os tratados internacionais que deveria aplicar, e bem como a falta de atenção aos pobres, que, por sinal, ignorariam deter esses direitos:

> 55. [...] era preciso despertar a atenção, não apenas do Judiciário e da legislatura, mas também entre aqueles setores da população, particularmente os grupos mais vulneráveis, que ainda não perceberam que são detentores de direitos. Uma abordagem mais holística era necessária.[55]

O desconhecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos agentes públicos mais diretamente ligados à aplicação do Direito foi verificado por recente pesquisa que teve como universo os magistrados da primeira instância da Justiça Estadual do Rio de Janeiro, comarca da Capital. 66% dos entrevistados nunca aplicaram a Convenção Americana de Direitos Humanos e 24% só o faziam raramente. 79% não estavam informados sobre o funcionamento dos sistemas da ONU e da OEA de proteção dos direitos humanos. Em relação ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e ao de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 74% e 75%, respectivamente, são os índices dos magistrados que nunca os aplicaram. 93% nunca participaram de alguma entidade ou movimento de direitos humanos. 40% nunca estudaram a respeito de direitos humanos. No entanto, os resultados poderiam ter sido bem piores se o universo da pesquisa não tivesse sido reduzido: quarenta por cento dos questionários não foram respondidos, seja porque o se juiz recusou, sem motivo, a respondê-lo, ou a receber o pesquisador, ou por ter declarado que o seu trabalho não tinha... relação com os direitos humanos (CUNHA..., 2005).

---

54 *It was true that the inaction of judges has been partly responsible for the existing impunity but new judges were regularly being appointed and, as a branch of government, the judiciary was fully independent. There was not much familiarity with the Convenant in Brazil and, as in other developing countries, the power structure as a whole must be induced to give greater attention to the economic, social and cultural rights of the poor.*

55 […] *it was necessary to raise awareness, not only within the judiciary and the legislature, but also among those sectors of society, particularly the most vulnerable groups, that still did not realize they had rights. A more holistic approach was required.*

Em tese, porém, a maioria dos magistrados (54,3%) considerou os direitos humanos como normas plenamente aplicáveis. Os pesquisadores constaram que há uma distância entre a teoria e a prática (tão típica, devo dizer, do bacharelismo), além de um desconhecimento dos mecanismos internacionais correspondentes.

Em outro caso recente de fiscalização internacional da situação dos direitos humanos no Brasil, a Relatora sobre Desaparecimentos e Execuções Sumárias da Comissão de Direitos Humanos da ONU, Asma Jahangir, esteve em missão no Brasil entre 16 de setembro e 8 de outubro de 2003. Para grande constrangimento das autoridades federais brasileiras, duas das testemunhas que falaram com a relatora foram assassinadas em seguida[56].

A Relatora declarou, e isso constou do relatório divulgado em 28 de janeiro de 2004, que era "fortemente recomendado" que o Relator Especial sobre a independência dos juízes e advogados fosse encarregado de uma missão no Brasil, eis que havia sido constatado que juízes e jurados sofriam pressões de proprietários de terras e políticos locais, e que havia uma cultura da impunidade, fruto da ditadura militar.

Houve em seguida um clamor do Presidente do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho, respectivamente, à época, os Ministros Maurício Corrêa, Nilson Chaves e Francisco Fausto, eis que identificaram nessa fala uma suposta intervenção nos assuntos internos do país, uma alegada violação à soberania brasileira[57].

Hélio Bicudo (2003), que foi Presidente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, escreveu à época que o termo usado na tradução da fala da Relatora – fiscalização, que não representa o "exato conteúdo das atividades de um relator especial" – talvez tivesse causado as equivocadas reações dos presidentes desses tribunais superiores. O jurista explicou que "A visita de um observador internacional ao Brasil não significa interferência em nossa soberania [...] Até mesmo um convênio entre o Superior Tribunal de Justiça e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi celebrado no ano 2000, para uma troca de experiências [...]". Por sinal, a visita de relatores, tanto da ONU quanto da OEA, só pode ocorrer com a permissão do Estado que os recebe, pelo que não há violação de soberania, exceto se a concebermos ainda de acordo com os moldes absolutos, incompatíveis com a

56 Flavio Manoel da Silva foi morto na cidade de Itambé (PE) e Gerson de Jesus bispo, na de Santo Antônio de Jesus (BA), o que levou à atuação da Polícia Federal, segundo resposta do governo brasileiro (ONU. CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL, E/CN.4/2004/G/33, 2004).

57 Despoy, Relator sobre a Independência de Juízes e Advogados, declarou não ter sofrido resistência do Judiciário brasileiro ou da Ordem dos Advogados do Brasil. O relatório referente à sua missão no Brasil deverá sair em abril de 2005.

sociedade internacional contemporânea, do antigo pensamento de Bodin. É de lembrar, ademais, que a autorização da visita é dada pelo Presidente da República, não pelo do Supremo Tribunal Federal, de acordo com a Constituição vigente.

O episódio revelou, pois, certo desconhecimento do direito internacional por parte dos Presidentes desses Tribunais Superiores, ou algum eclipse desse conhecimento devido a um nacionalismo equivocado. Curiosamente, o Relator sugerido por Jahangir, Leandro Despouy, veio ao Brasil em outubro de 2004 sem causar perplexidades ou sofrer entraves por parte do Judiciário brasileiro, pelo que o equívoco, ou o eclipse, deve ter sido desfeito nessa ocasião[58]. Após a visita, o Relator acabou recomendando ao governo brasileiro "iniciativas de formação permanente, ao longo da carreira dos magistrados, particularmente em direitos humanos e direito internacional" (ONU. CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL. COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS, 2005, p. 26).

O Poder Executivo brasileiro, como se viu, já respondeu às críticas realizadas pelos órgãos internacionais de defesa dos direitos humanos alegando, entre outros fatores, que haveria uma ignorância do Poder Judiciário no tocante às normas internacionais que interessam às classes mais pobres. Em certas declarações públicas, esse aparente desconhecimento parece ser confirmado.

Como a ninguém é escusado desconhecer o Direito, e há visivelmente uma dimensão de dominação de classe na questão, pode-se inferir, portanto, que o problema não corresponderia propriamente a uma simples ignorância das normas internacionais, e sim à existência de uma cultura jurídica no Judiciário brasileiro elitista (pois deficiente no tocante aos direitos humanos) e isolacionista (pois avessa ao Direito Internacional).

Segundo Celso Delano de Albuquerque Mello, "Tivemos uma vida provinciana e a globalização ainda não chegou à Justiça brasileira, que não sabe aplicar as normas internacionais. Os direitos humanos, por exemplo, são regulamentados hoje por tratados internacionais." (OAB-RJ, 2000, p. 13). Trata-se de fruto do histórico isolamento do Brasil, de sua inserção periférica e dependente na sociedade internacional e do fato de ser um país – como normalmente são os de dimensão continental – auto-referente [59].

58 Eugênio José Guilherme de Aragão (2003), notando que "o poder judiciário brasileiro não deve satisfação a ninguém", entre outras críticas a Maurício Corrêa (hoje aposentado), afirma que foi esse Ministro que teria inaugurado a "triste jurisprudência no STF, a pôr pá de cal na validade dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil", quando "rejeitou o argumento da insustentabilidade da prisão civil do depositário infiel face à Convenção Americana dos Direitos Humanos. E fê-lo sem muito esforço de argumentação." Esse ponto será objeto do terceiro capítulo deste trabalho.

59 Não é de espantar-se que outro país continental, os Estados Unidos, tenham um histórico desprezo ao Direito

II. A PRODUÇÃO LEGAL DA ILEGALIDADE E O DIREITO INTERNACIONAL

Claro que eu posso pôr a hipótese de todos aqui terem dois olhinhos de lado como os porcos. Mas se todos têm dois olhinhos de lado, isso complica imenso as coisas. Porque se têm dois olhinhos de lado, vêem o universo ora por um, ora por outro, mas fingem que não. Não fazem outra coisa senão fingir que não, fingir uma grande coerência em tudo o que fazem.

Mas, de cima a baixo, e vice-versa, desautorizam-se em cada autorização, em cada despacho, em cada lei, em cada decreto, em cada negócio [...]

Alberto Pimenta[60]

II.1 Pluralismo e Monismo Jurídicos, Unidade e Coesão do Direito

O monismo jurídico, a unidade e a coesão do direito estatal são historicamente recentes. A primeira Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, em 1789, no seu artigo 6º., previu que a lei deveria ser a mesma para todos[61]. Ela o fez porque o Direito do Antigo Regime, caracterizado por uma pluralidade de ordens, era discriminatório e

---

Internacional, como lembra Levesque (2001). A questão é bem diversa do Brasil, contudo. No caso dos EUA, o imperialismo, ao arrepio das normas internacionais, é decisivo. A cultura isolacionista e xenófoba dessa nação que "instintivamente, e às vezes veementemente, tem resistido contra a renúncia de sua soberania ao direito internacional e a instituições internacionais" (BRADLEY; GOLDSMITH; 2000, p. 60), com "(entre outras coisas) a rejeição do Tratado de Versalhes [...] e a recusa de quarenta anos em ratificar os modernos tratados de direitos humanos" (BRADLEY; GOLDSMITH; 2000, p. 53), vem ao encontro de uma política exterior imperialista, que rejeita compromissos jurídicos que possam entravar seus interesses. Um exemplo recente é o emprego de tortura, fora do território americano, como método de investigação.

60 PIMENTA, Alberto. *Deusas ex machina*, Lisboa : Teorema, 2004, p. 178.

61 *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit que'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.*

previa privilégios notadamente para o clero e para a nobreza.

A extinção dos privilégios de nascimento era uma aspiração revolucionária. Contudo, a igualdade formal, prevista na Declaração de 1789, recebeu célebre crítica de Marx. A esse homem abstrato corresponderia à previsão da igualdade formal, que é desmistificada por Marx, por não levar em conta as diferenças de classe e as individuais (1875):

> Este direito igual é *direito desigual* para trabalho desigual. Ele não reconhece diferenças de classe, pois cada trabalhador é como o outro; mas reconhece tacitamente os desiguais talentos individuais e, pois, as diferenças em eficiência como privilégios naturais. *Portanto, é um direito da desigualdade, segundo seu conteúdo, como todo direito.* [62]

Na sociedade do Antigo Regime, não se previa um princípio abstrato de igualdade entre os homens. Tal desigualdade correspondia a uma herança da Idade Média, época de pluralismo político, com vários centros internos de poder: nobres, clero, universidades, corporações, numa "concepção 'corporativa' da vida social" (WOLKMER, 2001, p. 27).

Na *Crítica à Filosofia do Direito de Hegel*, Marx apontou o caráter político da esfera privada na Idade Média, o que se perderá com o Estado burguês:

> A Idade Média foi a *democracia da não-liberdade*.
>
> A abstração do *Estado como tal* pertence primeiramente ao tempo moderno, pois a abstração da vida privada pertence primeiramente a esse tempo. A abstração do *Estado político* é um produto moderno.
>
> Na Idade Média havia servos, bens feudais, corporações de ofício, corporações de aprendizado etc., isto é, na Idade Média a propriedade, o comércio, a sociedade, o homem são políticos; o conteúdo material dos Estados é posto por meio de sua forma; cada esfera privada tem um caráter político ou é uma esfera política, ou a política é também o caráter das esferas privadas. Na Idade Média a constituição política é a constituição da propriedade privada, mas somente porque a constituição da propriedade privada é uma constituição política. Na Idade Média são idênticos a vida do povo e a do Estado. O homem é o verdadeiro princípio do Estado, mas o homem *não-livre*. [grifos do autor][63]

---

62 *Dies gleiche Recht* ist ungleiches Recht *für ungleiche Arbeit. Es erkennt keine Klassenunterschiede an, weil jeder nur Arbeiter ist wie der andre; aber er erkennt stillschweigend die ungleiche individuelle Begabung und daher Leistungsfähigkeit der Arbeiter als natürliche Privilegien an.* Es ist daher ein Recht der Ungleichheit, seinem Inhalt nach, wie alles Recht.

63 *Das Mittelalter war die* Demokratie der Unfreiheit.

Die Abstraktion des Staats als solchen *gehört erst der modernen Zeit, weil die Abstraktion des Privatlebens erst der modernen Zeit gehört. Die Abstraktion des* politischen Staats *ist ein modernes Produkt.*
Im Mittelalter gab es Leibeigene, Feudalgut, Gewerbekorporation, Gelehrtenkorporation etc., d.h., im Mittelalter

A liberdade da Revolução precisava da dissolução da sociedade do Antigo Regime. Marx, em *A questão judaica* (1843), sustentou que a dissolução das diferentes ordens, corporações e privilégios, sociedades distintas que expressavam uma vida comunitária[64], deu lugar ao homem isolado, simples membro da sociedade civil. Esse homem, distinto do cidadão (a Declaração, deve-se lembrar, refere-se a ambos), dedica-se especialmente a seus interesses privados. Os direitos previstos na Declaração e a na Constituição francesa de 1793, a liberdade, a igualdade e a propriedade, portanto, seriam direitos do homem egoísta, isolado: "Trata-se da liberdade dos homens isolados como mônada retraída em si"[65]. A propriedade privada também demonstraria a concepção egoística do homem burguês: "O direito humano da propriedade privada é também o direito, arbitrário (*à son gré*), sem relação com outros homens, independente da sociedade, de gozar de sua riqueza, e de dispor sobre ela, o direito do interesse próprio"[66]. A emancipação política acabou por revelar-se uma subtração do político, por ter reduzido o homem a simples membro da sociedade burguesa como indivíduo egoísta e independente.

De fato, a burguesia necessitava da centralização da autoridade para a proteção de seus bens, a garantia dos negócios e de seu caráter de classe dominante, apontavam Marx e Engels no *Manifesto Comunista*. Dessa forma, o século XIX foi uma época de codificação e de triunfo do positivismo.

É interessante retomar essa visão sob o aspecto do pluralismo jurídico: o direito que emergiu da Revolução, como o Código Civil de 1804, buscou estabelecer o monismo jurídico e o papel político do Estado como único legislador.

Antes da formação dos Estados nacionais, o pluralismo jurídico era a regra.

---

ist Eigentum, Handel, Sozietät, Mensch politisch; der materielle Inhalt des Staates ist durch seine Form gesetzt; jede Privatsphäre hat einen politischen Charakter oder ist eine politische Sphäre, oder die Politik ist auch der Charakter der Privatsphären. Im Mittelalter ist die politische Verfassung die Verfassung des Privateigentums, aber nur, weil die Verfassung des Privateigentums politische Verfassung ist. Im Mittelalter ist Volksleben und Staatsleben identisch. Der Mensch ist das wirkliche Prinzip des Staats, aber der unfreie *Mensch.*

64 Por exemplo, os privilégios urbanos e territoriais concedidos na Idade Média a cidades a partir do século XI sob a forma de forais (GILISSEN, 1995, p. 265). Muitas vezes, essas cidades foram adversárias da centralização jurídica e política.

65 *Es handelt sich um die Freiheit des Menschen als isolierter auf sich zurückgezogener Monade.*

66 *Das Menschenrecht des Privateigentums ist also das Recht, willkürlich (à son gré), ohne Beziehung auf andre Menschen, unabhängig von der Gesellschaft, sein Vermögen zu genießen und über dasselbe zu disponieren, das Recht des Eigennutzes.*

Um dos fatores para a longa duração da Civilização Romana correspondeu justamente ao pluralismo jurídico, como lembra Rouland (2003, p. 179): os direitos locais não foram, em regra, substituídos pelo direito romano, o que se revelou eficiente estratégia de conquista, eis que os conflitos culturais com os povos conquistados eram minimizados.

Na Alta Idade Média, o pluralismo prosseguiu com o princípio da personalidade das leis: os povos bárbaros mantinham seu direito consuetudinário, e as populações romanizadas eram regidas pelo direito romano (ROULAND, 2003, p. 180-181). O princípio da territorialidade das leis começou a se impor na Baixa Idade Média, porém o pluralismo jurídico permaneceu, não somente com a diversidade de direitos consuetudinários, mas também com o "pluralismo sociológico": a existência de diversas ordens segundo os diversos grupos sociais: havia o Direito da Igreja, dos nobres, dos comerciantes, dos servos, que poderiam entrar em contradição – Rouland recorda que a autoridade do senhor feudal poderia chocar-se com a da Igreja no tocante, por exemplo, à autorização de casamento de um servo (2003, p. 181-182), além do Direito romano ensinado nas faculdades de direito, conhecido como "direito comum" (*ius commune*) e o direito canônico, que tinham caráter transnacional.

A atividade legislativa, que havia quase desaparecido durante a Idade Média, renasce no século XII, mas a legislação somente se constituiria como principal fonte do Direito a partir do século XVIII (CAENEGEM, 1995, p. 86-87). Com a centralização do poder real, nos séculos XV e XVI, o Direito começa a ser coligido (e não propriamente codificado, segundo a noção atual de código como sistematização normativa de um ramo jurídico), o que gera um processo tendente ao monismo jurídico. Hobbes, que propugnava pela unificação nacional em torno de um soberano absolutista, pode ser considerado como um dos defensores desse processo.

Em Portugal, foram coligidas as Ordenações Alfonsinas (1446), as Manuelinas (1514) e as Filipinas (1603). No entanto, durante a Idade Moderna, subsistia o pluralismo. Gurvitch (1940, p. 237-237) lembra que o Antigo Regime na França, apesar do lema *Un roi, une loi*, mantinha o pluralismo devido aos vestígios feudais que sobreviveram até a Revolução. Também em Portugal, durante a Idade Moderna, o pluralismo jurídico permanecia: além do Direito das Ordenações, havia normas consuetudinárias regionais e o Direito romano que, apesar de oficialmente ter um papel subsidiário (segundo a previsão das Ordenações Filipinas, Livro III, 64), na prática "era o direito principal, sendo mesmo aplicado contra o preceito expresso do direito local", formando assim um costume *contra legem* (HESPANHA, 1998, p. 67).

O pluralismo sociológico ainda era muito acentuado até a Revolução Francesa. A Revolução marcou-se por um desejo de apagar os antigos privilégios. Dessa forma, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 nem mesmo menciona as minorias: todos deveriam igualar-se sob o conceito de cidadão. Hespanha (1998, p. 168) ressalta que essa igualdade abstrata, filha do Iluminismo, representou um grande avanço democrático no tocante aos direitos individuais e ao princípio da legalidade (principalmente no campo do direito penal), apesar das críticas de Marx, que ataca o liberalismo burguês, e de Savigny, que, em nome da Escola Histórica do Direito, defendia um nacionalismo jurídico contrário aos códigos universalistas do racionalismo.

O século XIX viria a assistir a diversos esforços de codificação, a partir do Código Civil francês de 1804[67]. Esse Código bem representava os valores iluministas, não só pela uniformização do Direito, mas pela tolerância religiosa, pelo fim das taxas fundiárias e eclesiásticas sobre a propriedade, pela previsão do casamento civil e do divórcio e o fim da proibição do empréstimo a juros (CAENEGEM, 1995, p. 7). Também vinham ao encontro da classe burguesa as medidas discriminatórias contra a mulher, principalmente no direito do marido de administrar os bens da esposa, e contra o trabalhador – segundo o artigo 1781, a palavra do empregador prevalecia sobre a do empregado quando corriam disputas sobre pagamento ou obrigações recíprocas. É de lembrar que o Código Civil tentou proibir o "comentário doutrinário" sobre suas disposições, não apenas para assegurar a uniformização do Direito (e impedir a crítica), mas também para propagar a crença de que a nova legislação era "auto-suficiente" (CAENEGEM, 1995, p. 1).

Com a codificação, a unidade do Estado passa a ser entendida estritamente "como um imperativo de uniformidade' (ROULAND, 2003, p. 156), em contraste com a pluralidade regional e consuetudinária do Antigo Regime, e o Estado identifica-se com a ordem jurídica única, e o Estado de direito, com a "exaltação da potência estatal" (ROULAND, 2003, p. 172). Disso decorreu uma "ideologia estatalista" que levou a uma "brutal redução do imaginário político" (HESPANHA, 1998, p. 41). O papel revolucionário do direito natural foi relegado e o positivismo, por legitimar a autoridade estatal e a uniformização do Direito, tornou-se a corrente jusfilosófica preferida pelo Estado burguês. Nessa época, John Austin identificará a norma jurídica com o "Direito emanado e permitido pelo Estado " (WOLKMER, 2001, p. 55).

No século XIX e no início do século XX, prevalecia a noção de que os

67 Durante o governo de Napoleão, seriam aprovados ainda o Código de Processo Civil (1806), o Código Comercial (1807), o Código de Instrução Criminal (1808) e o código Penal (1810).

códigos podem ser imortais e/ou universais, como criaturas da razão e da civilização. E o direito europeu foi exportado com o imperialismo: não apenas as colônias e protetorados o adotaram, mas também determinadas culturas o receberam como medida modernizadora: foi o caso do Japão do século XIX, que buscou abandonar suas instituições feudais, da China e da Turquia no início do século XX (HESPANHA, 1998, p. 168). Tendo em vista a expansão mundial do capitalismo, a modernização significava ocidentalização[68].

Com a codificação e o estabelecimento do monismo jurídico, havia-se perdido a percepção antropológica *avant la lettre* de Montesquieu sobre a importância do pluralismo:

> Há algumas idéias de uniformidade que tomam às vezes os grandes espíritos (pois elas influenciaram Carlos Magno), mas que atingem infalivelmente os pequenos. Esses nelas encontram um gênero de perfeição que eles reconhecem, porque é impossível que deixem de descobrir, os mesmos padrões na polícia, as mesmas medidas no comércio, as mesmas leis no Estado, a mesma religião em todas as suas partes. Mas isso viria sempre a propósito, sem exceção? [...] E a grandeza do gênio não consistiria antes em saber em que caso é necessária a uniformidade, e em que caso são necessárias as diferenças? Na China, os chineses são governados pelo cerimonial chinês, e os tártaros, pelo cerimonial tártaro: porém, trata-se do povo que tem mais tranqüilidade no mundo. Quando os cidadãos seguem as leis, que importa que eles sigam a mesma? (1979, II, 307)[69]

A Escola da Exegese, no século XIX, adotando o monismo jurídico no sentido de que o Estado é o único produtor do Direito, chegou mesmo a tentar negar a produção social da norma por meio do direito consuetudinário, que não poderia mais ser considerado fonte formal do Direito (CAENEGEM, 1995, p. 155-156); esse entendimento, que representou uma reação no papel que o costume teve na legitimação dos privilégios do Antigo Regime (GILISSEN, 1995, p. 415-416), já na segunda metade do século XIX revelou-se equivocado: além da criação do Direito pela via jurisprudencial (como a teoria da responsabilidade civil na França), o direito infra-estatal (criado por grupos sociais) e o direito internacional continuaram

---

68 Deve-se lembrar que o próprio conceito de moderno – e do modernismo em arte – nasceu no Ocidente.

69 Trata-se do capítulo XVIII do Livro XXIX de *Do Espírito das Leis*:
« Il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits (car elles ont touché Charlemagne) mais qui frappent infailiblement les petits. Ils y trouvent um genre de perfection qu'ils reconnaissent, parce qu'il est impossible de de ne le pas découvrir, les mêmes poids dans la police, les mêmes mesures dans le commerce, les mêmes lois dans l'État, la même religion dans toutes ses parties. Mais cela est-il toujours à propos, sans exception? [...] Et la grandeur de génie ne consisterait-elle pas mieux à savoir dans quel cas il faut l'uniformité, et dans quel cas il faut des différences? A la Chine, les Chinois sont gouvernés par le cérémonial chinois, et les Tartares, par le cérémonial tartare: c'est pourtant le peuple du monde qui a le plus la tranquilité pour objet. Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même? »

fundamentando-se no costume (GILISSEN, 1995, p. 485-493). a lei, como se sabe ao menos desde Aristóteles, não é capaz de prever tudo, tendo em vista o contraste entre a generalidade da previsão legal e a multiplicidade dos casos particulares da realidade.

Esse ponto de vista da Escola da Exegese, no século XX, não seria compartilhado nem mesmo por Kelsen, que não pôde negar a validade do Direito consuetudinário, que também possui a natureza, assim como as normas escritas, de direito positivo:

> A lei e o costume derrogam um ao outro segundo o princípio *lex posterior*. Mas, enquanto uma lei constitucional em sentido formal não pode ser mudada ou abolida por meio de uma simples lei, e sim apenas por uma lei constitucional também formal, o direito costumeiro possui eficácia derrogatória também contra uma lei constitucional formal; até contra uma lei constitucional que exclua explicitamente a aplicação do direito costumeiro.[70]

Uma tese oposta – a de que o Estado tem o monopólio da criação do Direito – seria autoritária; com efeito, a Itália de Mussolini previu que o Direito emanado do Estado seria a única fonte reconhecida (HESPANHA, 1998, p. 211).

A preocupação do monismo jurídico com a unidade e a coesão do Direito, julgada por Kelsen como uma necessidade lógica, é historicamente recente e está sempre ameaçada, na medida em que direitos não-oficiais podem estabelecer outras legalidades, contrastantes com o direito estatal. Sociologicamente, pode-se dizer, com Gurvitch, que essa preocupação decorre do que esse autor denomina princípio da soberania, que significa a preponderância da unidade sobre a multiplicidade, das tendências centrípetas sobre as centrífugas, formando um todo com unidade e coesão próprias (1940, p. 202): cada ordenamento jurídico busca preponderar sobre os direitos dentro de seu âmbito de aplicação, de forma a assegurar essas qualidades do todo.

Não é surpreendente, como se viu, que o monismo tenha prosperado após as revoluções burguesas. Marx acusou o caráter de classe da racionalidade desse novo tipo de sistema jurídico. Max Weber, segundo uma perspectiva teórica não-revolucionária, constatou que a racionalização, a previsibilidade e a sistematização do Direito são exigências da empresa

70 Trata-se da segunda edição da *Teoria Pura*: „*Gesetzrecht und Gewohnheitsrecht derogieren einander nach dem Grundstaz der* lex posterior. *Während aber ein Verfassungsrecht im formellen Sinne nicht durch ein einfaches Gesetz, sondern nur wieder durch ein solches Verfassungsgesetz aufgehoben oder abgeändert werden kann, hat Gewohnheitsrecht auch einem formellen Verfassungsgesetz gegenüber derogatorische Wirkung; selbst einem Verfassungsgesetz gegenüber, das die Anwendung von Gewohnheitsrecht ausdrücklich ausschließt.*“ (KELSEN, 1992, p. 233).

capitalista, razão pela qual surgiram especificamente no Ocidente; apenas no Ocidente o Direito teria partido de um estado inicial de mágica e da irracionalidade, para depois passar pelo Estado teocrático e pelo patrimonial, até o direito lógico-racional e sistemático do capitalismo: "os passos teóricos aqui construídos de racionalidade não se sucederam na realidade histórica de forma direta em todos os lugares na seqüência dos graus de racionalidade, tampouco em todos os lugares, mesmo no Ocidente"[71] (1985, p. 505).

De fato, além dos avanços no campo dos direitos individuais e no princípio da legalidade, o processo de codificação e de monismo jurídico a partir do século XIX acabou por incorporar dois avanços democráticos: maior acessibilidade do Direito com a publicidade (na Idade Média, o direito erudito era de conhecimento restrito aos juristas) e maior racionalidade, no sentido de tornar mais raras as contradições entre os preceitos legais; o direito erudito, na Idade Média, era antes de tudo obscuro e contraditório (CAENEGEM, 1995, p. 38). Nos dois casos, trata-se de avanços no campo ético.

Essas qualidades do Direito não são dadas de antemão. Foram construídas, tendo em vista que, historicamente, o Direito diversas vezes foi discriminatório e contraditório. O projeto iluminista de racionalidade e igualdade[72] no campo do Direito, que ainda persiste, sofre cotidianamente desafios, mesmo em Estados cujo sistema jurídico é produto desse projeto, como o Brasil, eis que as contradições jurídicas são geralmente usadas em favor dos mais poderosos; como resultado, as fronteiras entre legalidade e ilegalidade tornam-se pouco nítidas[73]. É preciso, pois, ampliar esse projeto de racionalidade, superando as limitações de um entendimento estritamente formalista do Direito: a interpretação da norma deve ser condicionada pelo contexto social onde será aplicada (de outra forma, haverá uma deficiência sociológica que revelaria uma deficiência democrática) e não se deve divorciar dos princípios jurídicos (o contexto normativo), sob pena de inconsistências na aplicação.

Por meio de uma interpretação da norma divorciada dos contextos social (o que obriga a levar em conta os sujeitos coletivos de direito) e normativo (o que torna insuficiente o estrito legalismo), pode-se chegar a resultados contrários à finalidade da norma e, nesse sentido, à produção legal da ilegalidade. Para tratar dessa produção, é útil recorrer a

---

71 [...] *die hier theoretisch konstruierten Rationalitätsstufen in der historischen Realität weder überall gerade in der Reihenfolge des Rationalitätsgrades aufeinander gefolgt, noch auch nur überall, selbst im Okzident* [...]

72 Deve-se relembrar, como se referiu no primeiro capítulo, que esse projeto nasceu eivado de contradições, com a discriminação contra a mulher, a falta de proteção ao trabalhador etc.

73 Não por acaso, a concepção de legalidade do Iluminismo vem sendo desafiada pelas novas regulações do Direito econômico, que visam atender aos interesses particulares do capital, em contraste com as dimensões universalistas do bem público.

Foucault, sem se limitar ao uso que esse autor fazia de seus próprios conceitos.

Foucault sabia que há na sociedade um *dégradé* de ilegalismos, desde os poderosos que distorcem a lei para lucrar com a ilegalidade até os "ilegalismos rudimentares" do pequeno criminoso que apenas ignora as leis (1994, III, p. 66-67). Para Foucault, instituições públicas como a prisão são o campo dos ilegalismos (isto é: de gestão de ilegalidades), porquanto elas não os combatem: pelo contrário, reforçam-nos, criando hierarquias entre os sujeitos, violando a universalidade disposta no direito (embora o autor não se referisse ao século XX, tampouco ao Brasil, as prisões brasileiras seriam belo exemplo para esse ponto de sua análise). No entanto, em *Vigiar e Punir*, ele simplesmente identifica o Direito à repressão e à igualdade, e a disciplina ao controle e à assimetria. As disciplinas corresponderiam a um "contradireito", pois geram assimetrias e excluem reciprocidades (1977, p. 195-196). Segundo o autor, não se trataria de uma irracionalidade do próprio Direito, e sim de uma oposição com as disciplinas, que correspondem a um infra-direito.

No entanto o Direito, é preciso constatar, permite ele mesmo uma "divisão hierarquizada do mundo pelos próprios sujeitos" e "nesse sentido o direito, ao contrário do entendimento foucaultiano, poderia ser entendido não como uma instituição de repressão, mas como disciplina", como bem afirmou Eduardo Guimarães de Carvalho (1991, p. 111). Como Loschak nota, Foucault não foi longe o suficiente e não chegou a ver como direito e disciplina se interpenetram na realidade concreta, tendo se limitado à diferenciação no plano ideal (1984, p. 123). Fonseca (2002, p. 146-147) tenta demonstrar que a oposição que Foucault mantém entre norma e disciplina ocorre no plano conceitual, mas não no das práticas, pelo que seria inadequado criticá-lo por manter uma concepção estreita do Direito.

Creio, todavia, que é justamente no plano conceitual que se deve criticar o pensador francês, eis que as categorias teóricas devem ajudar a entender a prática[74]. Não se pode sustentar, como o fazia certo estrito positivismo, que não há contradições no Direito. A inexistência de contradições corresponde a um ideal, mas, como diz Lourival Vilanova, a experiência demonstra que as proposições normativas podem se contradizer (1997, p. 194).

---

74 Por que razão a timidez do pensador nesse ponto crucial? A razão, penso, está no conservadorismo fundamental da concepção jurídica de Foucault, que era emprestada da de Kelsen (FONSECA: 2000, p. 227). O pensador francês, seguindo o jurista austríaco, manteve uma concepção centralizadora e anti-pluralista do Direito. Contudo, o infra-direito, ou direito vulgar, segundo Carbonnier (o direito espontâneo, diferente do direito imposto pelo Estado), entrelaça-se com o direito positivo de forma que uma distinção entre "para-jurídico" e "pseudo-jurídico" perde sua pertinência, e o infra-direito e o direito positivo transformam-se mutuamente (KERCHOVE; OST: 1988, p. 168-169). Nada disso pode-se entender com a concepção de Direito adotada por Foucault. É compreensível, pois, que um seguidor desse pensador como François Ewald defenda um "estrito positivismo" (1993, p. 66).

Trata-se de uma questão "fenomeonológico-descritiva", enquanto o requisito racional e de realização da justiça de que não devem existir contradições corresponde a uma questão deontológica (1997, p. 198-199).

A questão deontológica, aqui, é de extrema importância: a racionalidade (no caso, uma racionalidade prática) na aplicação do direito é um imperativo de justiça. Subordinar o Direito à razão de Estado, por exemplo, significa apoiar o poder por meio de uma arbitrariedade revestida sob forma jurídica. Ainda de acordo com Vilanova, "o estatismo dá-se bem em companhia do irracionalismo, do decisionismo assistemático, da jurisdição caso por caso, sem subordinação a normas gerais e sem a construção global do sistema" (1997, p.298-299). Não por acaso, juristas comprometidos com projetos totalitários insistem em uma irracionalidade fundamental do Direito, como Carl Schmitt. Trata-se também de um risco, nem sempre consciente, de doutrinas "pós-modernas" do Direito, que o identificam apressadamente com a força, ou lhe atribuem um fundamento místico irracional, como é o caso de Derrida[75].

A racionalidade prática, como requisito ético para o Direito, tem conseqüências no âmbito do pluralismo jurídico: a imposição do monismo jurídico na Europa, com o movimento de codificação após a Revolução Francesa, teve como finalidade, lembra Ramón Soriano, evitar a opressão causada por uma diversidade jurídica que consagrava privilégios – o pluralismo não é necessariamente democrático (1997, p. 362).

Na América Latina, a situação é diferente: há um direito oficial que se pretende único – um monismo oficial – e a opressão é produzida por meio desse próprio direito. No Brasil, segundo Soriano (1997, p. 377), o Direito oficial é opressor e, por meio de suas contradições, leva a uma criação ilegal de privilégios. Tais contradições levam a uma crise do Estado de Direito, ressaltada pelos movimentos brasileiros do Direito Alternativo. Por isso, alguns autores brasileiros, como Wolkmer, buscam retomar, mas numa "perspectiva secular e progressista", a descentralização, o corporativismo e o pluralismo, valores "realçados na Idade

75 Sobre as concepções pós-modernas do Direito e Derrida, é interessante ler Mahlmann (2003). Deve-se também mencionar, como um dos representantes dessas concecpções, Agamben que, partindo da concepção de poder biopolítico de Foucault, chega a afirmar que a função real das declarações de direitos para o Estado moderno (2002, p. 31) representa inscrever a pura vida natural na ordem jurídico-política do Estado nacional, e fundar a soberania desse Estado na própria "vida nua" – um exagero evidente. Agamben adota, de Derrida, o "fundamento anômico do direito" (2003, p. 89-90), a *force de loi*, espécie de universal trans-histórico e místico, que não pode ser descontruído. A esse respeito, é util lembrar da crítica de Klaus-Gerd Giesen (2001) a Derrida, que funda sua cosmopolítica numa escuta heideggeriana do ser, que só pode ser cumprida pelo além-do-homem, entre a "justiça infinita" (a hospitalidade absoluta) de um lado e, de outro, a ética, o direito e a política. Essa escuta silenciosa, que ultrapassaria as simples "éticas gregárias" como a de Kant, chega a algo que não pode ser desconstruído (nunca a revelação da verdade do ser estaria assegurada), o que representa a "guinada mística", como chama Giesen, de Derrida: a subjetividade concentra-se na "revelação da justiça infinita", levando assim a uma imobilidade política que só pode favorecer "soluções políticas simplistas".

Média" (2001, p. 44).

Pode-se discordar dessa visão: o pluralismo, no Brasil, bem poderia incluir práticas ilegais que mantêm situações de exploração e opressão, correntes na sociedade brasileira, bem como "alternativas inadequadas para um sistema jurídico eficiente" (LOPES, 2003, p. 242). Ademais, esse retorno a um direito aparentado com o feudal já estaria se dando, segundo José Eduardo Faria, com o poder econômico transnacionalizado, que compromete a centralidade e a exclusividade do direito estatal, de forma a não favorecer os direitos humanos. A globalização seria marcada por uma fragmentação, que estaria levando a um "*direito pessoal* anterior ao *direito territorial* consolidado com a Revolução Francesa" (1999, p. 324-325). As novas instâncias locais de normatividade estariam sendo apropriadas pelo capital transnacional (1999, p. 330). Esse quadro, claro, não possui necessariamente as características progressistas buscadas por Wolkmer – talvez seja bem o oposto disso – e se caracteriza pela normatividade do Direito internacional econômico.

Antes da referência ao Direito internacional, é preciso tratar do problema da efetividade do Direito, pois é por meio dele que se poderá identificar a produção legal da ilegalidade.

II.2 A produção legal da ilegalidade; a questão do conseqüencialismo na Teoria Geral do Direito; a ambigüidade da cultura jurídica brasileira:

A finalidade, que não era desdenhada pelos clássicos (em Aristóteles, por exemplo, temos as "causas finais"), passou a gozar de má fama epistemológica desde Bacon que, no início do século XVII, retirou-lhe o status científico.

A perda de prestígio epistemológico da finalidade e, portanto, dos valores no Direito, passou a influenciar os juristas a partir do século XIX, como influência do positivismo. Trata-se de uma característica recente: os juristas romanos, criadores da doutrina jurídica, como lembra Rouland, não deixavam de discutir os valores (2003, p. 235).

A discussão sobre valores muitas vezes se deu por meio da invocação do direito natural. O positivismo de Kelsen, em nome da cientificidade, deixou de fazer uma

discussão de valores, que seria ideológica e, portanto, não-científica para esse autor. No entanto, a inescapável incerteza do Direito obriga o jurista a enfrentar os valores (ROULAND, 2003, p. 238), eis que as normas destinam-se a realizá-los em sua eficácia social, ou efetividade.

No campo dos direitos humanos, contudo, não se deve fugir a uma interpretação teleológica, sob pena de ameaça à dignidade humana – valor que esses direitos se destinam a proteger. A correta aplicação da norma jurídica dá-se com a realização da finalidade a que essa norma se destina – finalidade que deve ser interpretada de acordo com o contexto do sistema jurídico (e, portanto, de acordo com os princípios), e com o contexto social onde ela deve ser aplicada. Como afirma Celso de Albuquerque Mello, a "tendência é de se interpretar os direitos humanos de modo que eles sejam efetivamente aplicados" (2000a, p. 803).

A eficácia formal das normas jurídicas corresponde à possibilidade de produção de efeitos jurídicos. A simples existência e validade de uma norma não asseguram a sua eficácia, se ela não for auto-aplicável ou não estiver regulamentada.

José Afonso da Silva designa como "eficácia social" uma conduta que esteja de acordo com aquela que é prevista pela norma. Corresponde ao fato da real aplicação e cumprimento da norma. A "eficácia jurídica", por sua vez, "diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica" (SILVA, 1982, p. 55-56). Por conseguinte, uma norma pode ter eficácia jurídica sem ter eficácia social.

José Eduardo Faria concebe duas definições de eficácia; uma, estritamente jurídica, pela qual as normas são "efetivas" quando no sistema jurídico são aplicáveis ou exigíveis; a outra, num sentido "menos jurídico e mais sociológico", corresponde a sua aceitação e a seu cumprimento na realidade social (1992, p. 106-107).

Para Luís Roberto Barroso, a eficácia jurídica de uma norma "designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos" (1993:77); já a efetividade significaria "a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social" (1993:79); a efetividade de uma norma é condicionada à sua eficácia e à possibilidade de realização fática do efeito pretendido.

Àquilo que José Afonso da Silva denomina "eficácia social", chamarei efetividade; e simplesmente "eficácia" ao que denomina "eficácia jurídica". Os dois conceitos são conexos, como bem aponta José Afonso da Silva, pois uma norma jurídica só pode ser efetiva se é eficaz (1982:49). Todavia, mantêm a sua especificidade, pois a aplicabilidade, é

claro, não garante a observância da norma na realidade social. Nesse sentido, pode-se considerar a efetividade como o “princípio de realização social do direito” (LASCOUMES e SERVERIN, 1986:108).

Em relação à posição de José Eduardo Faria, também preferirei ver dois conceitos, eficácia e efetividade, onde esse autor prefere ver dois conceitos de eficácia, para salientar a diversidade de sua natureza e optarei, portanto, por usar "efetivas" apenas para a questão da realização social da norma.

A eficácia, por conseguinte, não significa o efetivo cumprimento, que se relaciona com a efetividade, que pode ser definida como o "princípio de realização social do direito" (LASCOUMES; SERVERIN, 1986:108); ou o "grau de realização, nas práticas sociais, das regras enunciadas pelo direito" (LASCOUMES, 1993:217). Não interessa, aqui, a eficácia como problema puramente formal do sistema jurídico. Como pode o Direito produzir os ilegalismos? Para entender, é preciso referir-se à estratégia e à efetividade paradoxal.

Nessa referência, é importante frisar o papel do Judiciário na aplicação da norma, pois, como salienta Eberhard (1997), a falta de efetividade de ordem legal torna-se evidente quando desrespeitada pelos próprios órgãos jurídicos e pelo governo – e quando os fins dessa ordem não são compartilhados pela sociedade como um todo, o Direito não é capaz de trazer mudanças sociais. Quando se verifica a efetividade paradoxal, tal se pode ter dado devido a uma aplicação da lei que, em verdade, feriu o sistema jurídico, pois não se obedeceu a uma interpretação teleológica; na formulação de Miguel Reale, na consecução do valor proposto pela norma, não se tentou realizar o justo. Na efetividade paradoxal, busca-se atingir, por meio da lei, a fraude ao Direito. Trata-se, pois, de um uso estratégico do direito pelos atores sociais para atender a outras finalidades que não aquelas previstas na norma.

Aristóteles já havia, no capítulo VIII do livro II de *A Política*, acentuado a questão da efetividade para a lei; para se fazer obedecer, era necessário que a sua força viesse de um intervalo de tempo; por isso, mudanças legislativas freqüentes enfraquecem o poder da lei. Ou seja, segundo o comentário de Bretone ao filósofo grego: a lei deve ter a disposição intrínseca de se transformar em costume (1999, p. 58).

Contudo, é normal que a norma jurídica tenha uma efetividade apenas parcial (CARBONNIER: 1976, p. 109); ademais, mesmo as normas não efetivas porque comumente violadas acabam tendo, por vezes, um papel moderador daqueles que as violam (CARBONNIER: 1976, p. 111). Há ainda normas que permitem uma ampla discricionariedade

por parte do aplicador, como é o caso do direito econômico, assemelhando-se antes a cláusulas flexíveis do que a estatutos impositivos. Apesar de casos como esses, pode-se afirmar que, em regra, como já dizia Montesquieu no livro XXIX de *Do Espírito das Leis*: "Da mesma forma como as leis inúteis enfraquecem as leis necessárias, aquelas de que se pode esquivar enfraquecem a legislação. Uma lei deve produzir seu efeito, e é preciso que não se permita sua derrogação por uma convenção particular." (1979, II, p. 305) [76]

Porém, pode acontecer que a aplicação tenha seguido uma interpretação conforme à finalidade legal e, mesmo assim, tenha-se um resultado contrário a esse fim. Nesse momento, se está diante da limitação da norma jurídica em conformar a realidade, por inadequação ao contexto social onde deve ser aplicada. Nesse caso, é legítima a interpretação *contra legem*, para que o resultado seja a favor do Direito.

A produção legal da ilegalidade representa uma desarticulação dos fins da norma jurídica com os efeitos dessa norma, o que retira a justificação dessa aplicação errônea do direito[77]. Como a aplicação da norma jurídica sempre se destina à realização de alguma finalidade[78], a justificação lhe é inerente. O Direito apreende, segundo Christian Atias, somente as decisões e ações que necessitam de justificação – e por isso não pode fugir à questão do fundamento (1987, p. 14-15).

Más justificativas podem comprometer a racionalidade do Direito e gerar contradições entre a lei e a ilegalidade, eis que tais justificativas não objetivam realizar o Direito, e sim algum interesse específico, cortando a conexão entre finalidade e efeitos da norma jurídica. Quando os efeitos produzidos correspondem a um *telos* estranho ao da norma, e próprio dos interesses acolhidos pelo intérprete, pode-se ter a produção legal da ilegalidade.

Faz-se necessário, por conseguinte, perguntar se a avaliação das possíveis conseqüências deve contar para a aplicação da norma jurídica. Na filosofia moral, são conhecidas as objeções ao conseqüencialismo, seja por não ser possível prever todos efeitos de certo ato, seja pela impossibilidade de determinar as causas de um acontecimento.

Idil Boran (2005) sustenta que o conseqüencialismo pode ser um bom guia para as políticas públicas, contanto que preserve os direitos fundamentais e leve em

76 *Comme les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires, celles qu'on peut eluder affaiblissent la legislation. Une loi doit avoir son effet, et il ne faut pas pemettre d'y déroger par une convention particulière.*

77 Segundo Ost e Herchove (1987, p. 273), a norma é sempre meio em vista de um fim almejado pelo autor dessa norma. É incabível, pois, interpretar a norma sem considerar a sua finalidade, e que esta deve ser realizada.

78 Tal finalidade, exceto para os autores que adotem um positivismo jurídico radical, a que mesmo Kelsen não foi inteiramente fiel, deve obedecer a um fundamento ético (OST; KERCHOVE: 1987, p. 11). Kelsen, por exemplo, sustentou, na década de trinta, que a busca da paz internacional era o fundamento ético do Direito Internacional, eis que a paz era o próprio objetivo de todo o Direito (1996).

consideração o melhor resultado apenas no momento em que a ação é realizada – em um momento posterior, seria muito difícil determinar as relações de causalidade.

Penso que essa posição é cabível para a Teoria Geral do Direito: por um lado, não é possível levar em consideração o contexto social de aplicação das normas jurídicas sem um cálculo dos possíveis efeitos da norma nesse contexto. Por outro lado, não se pode exigir do aplicador a onisciência: portanto, os efeitos que devem ser levados em conta são os imediatamente produzidos.

Deve-se lembrar que movimento semelhante, porém em sentido inverso, ocorre com a aplicação da norma penal: para aplicar a sanção penal, lembra Nietzsche em *O Andarilho e sua Sombra* (2004, p. 30-33), é preciso que o juiz deixe de considerar todo o passado de certo criminoso que poderia fazer compreender as razões psicológicas e/ou sociais que levaram aquele indivíduo à prática do ato criminoso. Retroceder às primeiras causas levaria muitas vezes ao perdão e à não aplicação da pena.

Portanto, na aplicação da norma jurídica, se se deve exigir uma avaliação dos efeitos (como no caso das políticas públicas) ou das causas (como na sanção penal), é sempre com um cancelamento de parte do passado ou do presente – caso contrário, exigir-se-ia uma onisciência do aplicador e, em última análise, não se a poderia aplicar.

Na relação entre a aplicação e a finalidade da norma, pode-se identificar a alteração da norma. A diferença entre aplicação e mudança do direito pode ser fluida, mas sua distinção é importante pela diversidade de efeitos jurídicos acarretados: a interpretação clarifica o significado do dispositivo, por isso pode retroagir, o que não é o caso da mudança legislativa (THIERRY et alli, 1986, p. 99) na grande maioria dos casos.

Deve-se, pois, para uma correta aplicação do Direito, partir do pressuposto que a verificação da realização social da norma – a sua efetividade, derivada da aplicação concreta – é essencial para determinar se a lei, na sua aplicação, está sendo modificada ou não. O parâmetro para a modificação está no exame do atendimento de sua finalidade. O que leva a um outro problema: a determinação da finalidade da lei.

É possível verificar, no entanto, que os legisladores nem sempre buscam uma efetiva aplicação da lei; que esta é elaborada já com a intenção de, ou não produzir efeitos (a ineficácia), ou de gerar os efeitos paradoxais: como aponta Blankenbourg, tal seria o "duplo discurso da política" (1986, p.71) – a ambigüidade como estratégia legislativa. Nesse caso, a legislação tem eficácia simbólica, ou seja, confere uma satisfação apenas simbólica, pois não é

aplicada, e os interesses dos opostos à lei são mantidos (KERCHOVE; OST, 1988, p. 172).

Tal fato não nega a possibilidade de uma efetividade paradoxal da lei.

Primeiro, porque a efetividade se verifica na hora de aplicação da lei, não no momento de sua elaboração. Em segundo lugar, se isso acarreta, no âmbito da ciência política, que não se pode estudar separadamente a implementação de políticas e a sua formulação (BLANKENBURG, 1986), no campo estritamente jurídico devemos lembrar que o método hermenêutico de buscar o sentido da norma através do retorno a *mens legislatoris* não corresponde ao melhor critério. A lei pode ser mais inteligente do que o legislador, na medida em que pode ser aplicada a situações que ele não previu; na verdade, acorrentá-la a *mens legislatoris* seria exatamente conferir-lhe um caráter estático que retiraria qualquer possibilidade de acompanhar as mudanças da sociedade.

Portanto, se, no plano da análise política, é possível dizer que a má aplicação da lei atende a uma estratégia de poder, deve-se ressaltar que, no plano jurídico, isso se dá através da produção de um paradoxo, eis que o fim da lei não deve ser confundido com intenções escusas dos atores sociais (o legislador, inclusive). Portanto, cabe ao jurista interpretar a lei de forma a lhe conferir o máximo de efetividade, na medida em que esta atenda aos fins sociais e ao bem comum. Pensar de outra forma - negar a possibilidade de uma efetividade paradoxal pelo simples fato de que "a lei foi feita para não funcionar mesmo" - significa aviltar o Direito, retirando-lhe sua especificidade e tornando-o mero servo do poder. Significa, enfim, retirar ao Direito o fundamento ético, reduzindo-o à estratégia.

Pelo contrário, pode-se identificar que a estratégia substituiu os fins legais quando há uma interpretação que distorce a finalidade da norma. Esse aspecto é particularmente sensível no campo do Direito internacional.

Em *À Paz Perpétua*, Kant afirma que não deve haver oposição entre teoria e prática, e entre política, moral e direito. A política que leva ao estado de guerra, escreve no primeiro anexo do livro (*Sobre a oposição entre moral e política, a respeito da paz perpétua*), é uma política imoral que se subtrai à idéia do direito.

Na publicidade (*Publizität*) opera-se a ligação entre política e moral (TOSEL, 1990, p. 89). Nessa ligação entre moral e política, como afirma em *Teoria e Prática*, Kant contrapõe-se a Hobbes. Enquanto Hobbes inspirou, em relações internacionais, as doutrinas realistas de equilíbrio de poder, Kant ridiculariza essa própria noção de equilíbrio: no texto sobre teoria e prática, compara-a a uma casa imaginada pelo escritor Swift, que foi erguida

seguindo tão fielmente as leis do equilíbrio que caiu tão logo um pardal nela posou...

Kant afirma, nesta seção, que não só a honestidade é a melhor política, como é a própria condição da política – dessarte, não haveria nenhum conflito objetivo entre política e moral. Os conflitos entre ambas dão-se no plano subjetivo, do sujeito – o que seria bom, segundo Kant, para despertar a virtude! Como a moral é a condição indispensável da política, esta deve inclinar-se diante dos direitos humanos, que são considerados sagrados por Kant, como já se referiu.

Há, por conseguinte, uma obrigação moral de a política respeitar os direitos humanos, que é violada pelas máximas que guiam as ações da política de conquista das grandes potências. Essas máximas correspondem a sofismas que não podem ser levados a público, sob pena de rejeição: *fac et escusa; si fecisti, nega; divide et impera*. Isto é, faça e depois se justifique (após o cometimento do ato ilícito, busca-se uma norma jurídica que possa, de alguma forma, justificá-lo); nega o ilícito, se o cometeu, e divida para dominar.[79]

Tais máximas, típicas da política imperialista das grandes potências, formam uma estratégia que não corresponde verdadeiramente a comportamentos em conformidade com o Direito, mas sim violam o Direito usando como fator de legitimação a distorção de normas jurídicas. Kant chama-as de máximas sofísticas (*sophistische Maximen*), tomadas em razão da força, não do direito.

Devido a problemas das relações de poder nas relações internacionais, a ambigüidade pode surgir como estratégia legislativa, e o tratado possuir disposições que o invalidam. Na expressão de Gadamer, trata-se do caso em que a norma legal produz a sua própria evasão (1995, p. 117). Muitas vezes, a finalidade do legislador está longe de ser clara, sendo sua própria determinação um exercício que envolve a subjetividade. Para que a interpretação da norma tenha rigor, é preciso considerar a norma como integrante do sistema jurídico.

Em diversos casos, a letra da lei não revela o significado – pelo contrário,

---

79 É interessante notar como os EUA, em sua invasão e conquista do Iraque, seguiram essas máximas sofísticas: conquistaram e somente depois se justificaram, pois somente após o *fait accompli* a ONU acabou por aprovar resolução favorável à intervenção; negaram seus delitos de guerra e negaram que o objetivo da invasão era o petróleo iraquiano; finalmente, procederam ao loteamento do Estado conquistado.
Evidentemente, o governo americano vem negando tais máximas, pois, como Kant já afirmava, elas não podem ser assumidas em público. Por não resistirem ao teste de publicidade, demonstra-se que tais máximas não estão em conformidade com os princípios ético-racionais do direito público. Kant considera-as "simples artifícios da prudência" e que a filosofia prática, para ser conseqüente, precisa tomar como princípio formal o imperativo categórico (que é incondicionado, em oposição ao hipotético), e não um princípio material (a finalidade da ação, ou um objeto da vontade).

oculta-o, se não levarmos em consideração o sistema em que a lei se integra. A letra da lei pode ser desmentida pela interpretação sistemática, no sentido de que o texto do dispositivo legal, no âmbito do contexto do sistema jurídico, em verdade revela ter uma finalidade diferente daquela que poderia ser inferida da simples análise isolada daquele texto, ou pode ser desmentida pela questão das relações de poder concernentes à aplicação desse dispositivo legal.

A efetividade paradoxal pode ocorrer em um nível micro ou em um nível macro. No primeiro caso, trata-se de uma norma que é mal-interpretada, de forma a não ter efetividade, ou a que a sua efetividade seja distorcida. No segundo, determinado ramo jurídico tem a sua eficácia comprometida, tendo em vista que a distorção é de maiores proporções.

Na medida em que resultados ilegais são obtidos por meio de uma interpretação distorcida da lei, a relação entre legalidade e ilegalidade torna-se particularmente ambígua. Ainda mais quando essa interpretação é realizada por agentes do Estado. E pelo Poder Judiciário: com uma sentença que contraria a lei, temos uma norma individual que viola as normas gerais e que, se alcançar o efeito de coisa julgada, passa a ter, em princípio, validade definitiva, como lembra Vilanova (1997, p. 207). Trata-se de uma produção de ilegalidade pelas próprias vias legais, e pelos próprios órgãos do Estado.

Uma sentença judicial fruto de interpretação assistemática, desvinculada dos princípios jurídicos, e/ou ignorante do contexto social onde a norma jurídica deve ser aplicada, pode gerar duas formas de produção legal da ilegalidade:

- A eficácia dos direitos humanos é suspensa, de forma que a sua legalidade é negada para a população em geral ou determinada parcela da população;
- Os direitos humanos, embora não tenham sua eficácia negada, são aplicados de forma distorcida, o que gera efeitos contrários aos pretendidos, isto é, a efetividade paradoxal.

No Brasil, devido aos traços da formação social referidos no primeiro capítulo deste trabalho, esse fenômeno não é infreqüente. Machado de Assis aludiu a essa ambigüidade fundamental da cultura jurídica brasileira, entre legalidade e ilegalidade, em crônica de 16 de junho de 1876:

> Duas coisas, entretanto, perduram no meio da instabilidade universal: –1º. a constância da

> polícia, que todos os anos declara editalmente ser proibido queimar fogos, por ocasião das festas de S. João e seus comensais; 2º. a disposição do povo em desobedecer às ordens da polícia. A proibição não é uma simples ordem do chefe; é uma postura municipal de 1856. [...] Da tenacidade com que a polícia proíbe, e da teimosia com que o povo infringe a proibição, fica um resíduo comum: o trecho impresso e os fogos queimados.
>
> Se eu tivesse a honra de falar do alto de uma tribuna [...] diria que, sendo a nação a fonte constitucional da vida política, excede o limite máximo do atrevimento empecer-lhe o uso mais inofensivo do mundo, o uso do busca-pé. [...]
>
> Que tal? Infelizmente não disponho de tribuna, sou apenas um pobre-diabo, condenado ao lado prático das coisas; de mais a mais míope, cabeçudo e prosaico. Daí vem que, enquanto um homem de outro porte vê no busca-pé uma simples beleza constitucional, eu vejo nele um argumento mais em favor da minha tese, a saber, que o leitor nasceu com a bossa da ilegalidade. [...]
>
> Que um urbano, excedendo o limite legal das suas atribuições, se lembre de por em contacto a sua espada com as costas do leitor, é fora de dúvida que o dito leitor bradará contra esse abuso do poder; fará gemer os prelos; mostrará a lei maltratada em sua pessoa. Não menos certo é que, assinado o protesto, irá com a mesma mão acender uma pistola de lágrimas; e se outro urbano vier mostrar-lhe polidamente o edital do chefe, o referido leitor aconselhar-lhe-á que o vá ler à família, que o empregue em cartuchos, que lhe não estafe a paciência. Tal é a nossa concepção de legalidade: um guarda-chuva escasso que, não dando para cobrir todas as pessoas, apenas pode cobrir as nossas; noutros termos, um pau de dois bicos.
>
> [...] O leitor [...] é um estimável cavalheiro, patriota, resoluto, manso, mas persuadido de que as coisas públicas andam mal, ao passo que as coisas particulares andam bem; sem advertir que, a ser exata a primeira parte, a segunda forçosamente não o é; e, a sê-lo a segunda, não o é a primeira. (1962, III, p. 380-381)

Machado refere-se a um cidadão que reclama da violação de seus direitos individuais, mas que não se sente obrigado a respeitar as normas jurídicas (no caso, norma sobre os logradouros públicos). A lei, para esse cidadão, não deve ter um caráter universalista: deve servir para proteger apenas a ele mesmo, e não o que é público, ou de outros. Esse tipo de apropriação do sistema legal é obviamente privatista; o escritor o sabia, por isso comentou sobre "coisas públicas' e as "particulares". Se a esfera pública vai mal, não é possível que a privada possa ir muito bem – Machado não concebe o cidadão como um indivíduo isolado. A análise do autor, porém, sofre por faltar-lhe uma distinção de classes sociais: a apropriação privatista de recursos públicos pelas elites pode fazer com que suas fortunas pessoais estejam muito bem. E é justamente pelo fato de que tais coisas privadas estejam indo muito bem, sinal da apropriação privatista do público, que se pode dizer que a dimensão pública é prejudicada.

A metáfora do pau de dois bicos é interessantíssima, pois a dualidade ressalta a ambigüidade. No Brasil, tentou-se apontar no primeiro capítulo, determinadas características da formação social fizeram com que as normas jurídicas fossem aplicadas pelas classes dominantes de forma a contradizer a própria finalidade do Direito. Ocorria, pois, uma irracionalidade no plano jurídico, para o atendimento do poder. Por conseguinte, quando o Direito sofria inspiração liberal e poderia ser usado em prol de uma visão democrática, ele era distorcido, de modo que a cidadania não tivesse efetividade. Podem ser citados alguns dos exemplos da deficiente nitidez nas fronteiras entre legalidade e ilegalidade que disso resultam.

No tocante ao primeiro caso de produção legal da ilegalidade por agentes públicos do Estado brasileiro, a suspensão da eficácia dos direitos humanos, temos um exemplo oitocentista, que deixou profundas marcas na sociedade brasileira: o tráfico de escravos. Ilegal no Brasil desde 1831, no entanto milhares continuavam sendo trazidos para o Brasil. O montante de impostos arrecadados com a venda de escravos decrescia, eis que as transações, por clandestinas, não eram averbadas publicamente, tampouco os escravos eram matriculados. Ao Tesouro interessava arrecadar, aos proprietários, ocultar a compra ilegal. A conciliação dos interesses foi realizada por meio de uma "estratégia ladina", na expressão de Wilma Peres Costa (2003): o Tesouro deixou de exigir o título que legitimaria a propriedade na primeira matrícula do escravo com o Decreto n° 151 de 16 de abril de 1842. A arrecadação da taxa dos escravos aumentou imensamente: em 1842, correspondia a 22.048 mil réis; em 1850, a 178.600 mil réis. Segundo a autora, ocorria uma "lavagem" do tráfico ilícito: "garantem-se o sigilo e os direitos do contribuinte, evita-se expor a ilegalidade do tráfico e fornece-se ao mesmo contribuinte um recibo de quitação que "limpa" a mercadoria ilícita." (2003, p. 73).

Essa lavagem dava-se em violação ao princípio jurídico da "prevalência da liberdade", existente mesmo no Direito Romano. A saída dada pelo Tesouro do Império não correspondia realmente à melhor interpretação do Direito brasileiro da época, e sim a uma forma de evadir-se desse Direito – por meio de normas jurídicas, aplicadas de forma assistemática, sem referência aos princípios – para satisfazer os grandes traficantes e os proprietários de terras. O outro resultado era a negação do direito de liberdade – e de todos os seus efeitos legais – sobre a imensa população que foi trazida a ferros para o Brasil.

No segundo caso de produção legal da ilegalidade, o de efetividade paradoxal, um exemplo é o da legislação urbanística. A propósito dela, Ermínia Maricato afirmou que existe uma ambigüidade entre legalidade e ilegalidade em toda a sociedade (1996, p. 61). Pois

essa legislação, no Brasil, tornou-se instrumento de exclusão social (e resta ainda a ver se a aplicação do Estatuto da Cidade – Lei n° 10.257 de 2001 – será capaz de rever esse quadro). Flávio Villaça aponta que há um paradoxo apenas aparente no fato de que a legislação urbanística tem influído pouco ou nada "sobre as condições de habitação da maioria da população urbana brasileira" (1986, p. 43-44), porque essa legislação é feita (e nesse ponto entra o comprometimento do Estado com o setor imobiliário) para colocar "fora da lei a maioria das famílias e suas casas"; quem está fora do mercado, está fora da lei (1986, p. 45).

Dessa forma, a lei urbanística serviu para propiciar o surgimento de ocupações irregulares; tornando-se, na conhecida análise de James Holston sobre os loteamentos irregulares em São Paulo, num "instrumento de desordem calculada" (1993), em que a desordem corresponde ao não-atendimento das necessidades vinculadas à moradia e o cálculo, a uma estratégia de dominação. No caso dos conflitos fundiários, o próprio uso da lei tem gerado irresoluções jurídicas, pelo que os movimentos populares não associam o acesso à justiça com a realização do direito (FALCÃO, 1984) (CARVALHO, 1991) (HOLSTON, 1993) [80].

Deve-se mencionar que a interpretação jurisprudencial que negava o direito à moradia formal para os adquirentes de lotes representava uma distorção da legislação urbanística: o contexto social não era levado em conta[81], tampouco a finalidade da lei (que era a

---

80 Pode-se lembrar do primeiro diploma legal federal sobre loteamentos, o Decreto-lei nº 58 de 1937. O parágrafo 1º do seu artigo 1º trazia uma exigência adicional para loteamento, em caso de propriedade urbana, que era a de aprovação da planta e do plano pela Prefeitura Municipal. Como não haviam sido previstas sanções para o descumprimento de seus dispositivos (nem mesmo o prazo para o loteador levar o projeto a registro), o Decreto-lei foi sistematicamente desobedecido por loteadores. E, paralelamente, pelos cartórios; se estes fossem cumprir a lei, teriam que negar aos adquirentes de lotes a condição de proprietários, devido às irregularidades cometidas pelos *loteadores* (WALCACER, 1981, p. 152).
Pois o artigo 23 impedia ação baseada no Decreto-lei em caso de não ter sido realizado o registro do loteamento. Waldemar Ferreira justificou esse dispositivo pelo fato de a norma ter fugido de estabelecer sanções aos que não a cumprissem. Para que apenas os a que cumprissem gozassem de suas "vantagens indiscutiveis e prerrogativas de valía imensa", foi exigido que não poderia "nenhuma ação ser admitida, nem defesa alguma, fundada nos seus dispositivos, sem apresentação de documento comprobatório do registro por ela instituído" (1938, p. 249). Essa proibição que, deveria estender-se tão-somente ao loteador irregular, era interpretada judicialmente de forma a causar um impedimento também aos adquirentes de lotes. Como conseqüência, os adquirentes, devido ao inadimplemento do loteador, ficavam impedidos de socorrer-se do Judiciário e não poderiam pedir a escritura definitiva. A impossibilidade de recorrer ao Judiciário, alegadamente justificada pela falta de punições aos infratores, servia para garantir essa própria impunidade, o que equivalia a empregar a lei para escapar aos rigores legais. A lei n° 6.766 de 1979, o atual diploma legal sobre loteamentos, revogou o artigo 23 do Decreto-lei n.º 58; no entanto, anos depois, alguns tribunais ainda aplicavam a norma antiga, que privilegiava o loteador. Foi o caso do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicado pela *Revista dos Tribunais* (São Paulo, 696:115-117, out. 1993), em que foi aplicado, com as conseqüências já acima referidas, o artigo 23 do Decreto-lei n.º 58 num julgamento de 1992.
81 Como afirmava parecer de Procurador do Estado da Guanabara na década de sessenta, contrário à demolição de imóveis construídos em loteamento irregular: "Legalmente, seria exeqüível a demolição do que foi construído ilegalmente. Ocorre, porém, que, ao longo de todos êstes anos, ergueu-se, no incompleto loteamento em causa, um pequeno núcleo residencial, com três dezenas de habitações que abrigam, segundo o alegado, trabalhadores e suas famílias. Não será justo nem humano buscar solução para o caso mediante simples considerações de ordem

proteção dos adquirentes), de forma a atender os interesses de grileiros e especuladores imobiliários.

Essa tendência da cultura jurídica brasileira, de negar efetividade aos direitos humanos por meio da distorção do direito, poderia ser revertida por meio da aplicação do Direito internacional?

Gurvitch, no tocante às relações entre direito internacional e direito nacional, observa que, "em caso de igual intensidade na eficiência do ordenamento nacional e internacional, este último possuiria a primazia"[82] (1940, p. 201). Isto é, em termos sociológicos, pode-se verificar a tendência de o Direito internacional prevalecer, na medida em que aumenta a sua intensidade. Gurvitch vê também uma razão de ordem deontológica: "ao lado da estabilidade e da intensidade da eficiência dos ordenamentos jurídicos, no problema de suas relações intervêm sua envergadura bem como a medida de sua capacidade de encarnar a justiça e de representar o interesse geral. Sob esse ponto de vista, o ordenamento do direito internacional possuiria a primazia [...]"[83] (1940, p. 200). A internacionalização dos direitos humanos, ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, confirma essa última tese.

Antes de verificar que contribuição metodológica teria trazido o Direito internacional para o campo dos direitos humanos, é preciso lembrar das limitações desse ramo jurídico.

II.3 Limitações do Direito Internacional no tocante à efetividade dos direitos humanos

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que as relações internacionais não são muito jurisdicizadas, já que não há um Estado supranacional a resolver conflitos entre Estados, muito menos um Judiciário supranacional. A sociedade internacional foi, portanto, diversas

---

jurídica, uma vez que a questão apresenta evidente aspecto social. Os compradores dos lotes em situação irregular (que não poderiam ter sido vendidos) alegam boa-fé na operação de compra e desconhecimento da situação ilegal do loteamento. Só um dêles, porém, pediu licença para construir – e a obteve [...]" (ARAÚJO, 1964).

82 [...] *dans le cas d'égale intensité dans l'efficience de l'ordonnancement national et international, ce dernier posséderait la primauté...*

83 [...] *à côtéde la stabilité et de l'intensité de l'efficiencedes ordonnanceements juridiques, dans le problème de leurs rapports interviennent leur envergure ainsi que la mesure de leur capacité d'incarner la justice et de représenter l'interêt général. A ce point de vue l'ordonnancement du droit international posséderait la primauté* [...]

vezes, ao longo da história, qualificada como um estado de natureza, isto é, sem direito. Montesquieu descreve muito bem essa situação no seguinte trecho do capítulo XX do Livro XXVI de *Do Espírito das Leis*:

> A liberdade consiste, principalmente, em não poder ser forçado a fazer uma coisa que a lei não ordena [...] somos, pois, livres, porque vivemos sob leis civis.
> Segue daí que os príncipes, que não vivem entre eles sob leis civis, não são livres; eles são governados pela força; podem continuamente coagir ou ser coagidos. Disso segue que os tratados que fizeram coagidos são tão obrigatórios quanto os que eles teriam feito de bom grado. Quando nós, que vivemos sob leis civis, somos constrangidos a celebrar algum contrato que a lei não exige, podemos, em favor da lei, retrucar contra a violência: mas um príncipe, que está sempre neste Estado em que ele coage ou é coagido, não pode se queixar de um tratado o qual ele foi obrigado a celebrar pela violência. É como se ele se queixasse de seu estado natural: é como se ele quisesse ser príncipe em relação aos outros príncipes, e que os outros príncipes fossem cidadãos no tocante a ele [...] (1979, p. 198) [84]

Montesquieu bem percebe o papel das relações de poder na conformação da sociedade internacional. O imperialismo precisa rejeitar o Direito Internacional (na seção 1.2 deste trabalho, fez-se uma alusão à fuga dos EUA à jurisdicização das relações internacionais). As dificuldades de estabelecer sanções para as grandes potências correspondem a uma razão de certos autores terem negado a natureza jurídica desse ramo jurídico. Montesquieu afirma a respeito da sangrenta colonização da América pelos espanhóis:

> Os princípios que acabamos de estabelecer foram cruelmente violados pelos espanhóis. O inca Athualpa só poderia ter sido julgado pelo direito das gentes; eles o julgaram por leis políticas e civis. Eles o acusaram de ter matado alguns de seus súditos, de ter tido muitas mulheres etc. E o cúmulo da estupidez foi que eles não o condenaram pelas leis civis e políticas dos incas, mas pelas dos espanhóis. (1979, II, p. 199-200)[85]

---

84 *La liberté consiste, principalement, à ne pouvoir être forcé à faire une chose que la loi n'ordonne pas [...] nous sommes donc libres, parce que nous vivons sous des lois civiles.*
Il suit de là que les princes, qui ne vivent point entre eux sous de lois civiles, ne sont point libres; ils sont gouvernés par la force; ils peuvent continuellement forcer ou être forcés. De là suit que les traités qu'ils ont fait par force sont aussi obligatoires que ceux qu'ils auraient fait de bon gré. Quand nous, qui vivons sous des lois civiles, sommes constraints à faire quelque contrat que la loi n'exige pas, nous pouvons, à la faveur de la loi, revenir contre la violence: mais un prince, qui est toujours dans cet État dans lequel il force ou il est forcé, ne peut pas se plaindre d'un traité qu'on lui a fait faire par violence. C'est comme s'il se plaignait de son état naturel: c'est comme s'il voulait être prince à l'égard des autres princes, et que les autres princes fussent citoyens à son égard [...]

85 Trata-se do capítulo XXII do Livro XXVI de *Do Espírito das Leis*: « *Les principes que nous venons d'établir furent cruellement violés par les Espagnols. L'inca Athualpa ne pouvait être jugé que par le droit des gens; ils le jugèrent par des lois civiles et politiques. Ils l'accusèrent d'avoir fait mourir quelques-uns de ses sujets, d'avoir eu*

Na seção 1.2 deste trabalho, referiu-se ao terceiro artigo definitivo de *À Paz Perpétua* de Kant, de limitação do direito de hospitalidade: o filósofo apóia as restrições de China e Japão às potências ocidentais. Pois esse direito servia para legitimar o imperialismo.

O filósofo atacou as justificativas do imperialismo europeu, negando uma suposta superioridade dos colonizadores. Os europeus não poderiam ocupar terras de outros povos, mesmo sob pretexto de civilizá-los, pela força, mas apenas por contrato (§ 62 da *Doutrina do Direito*). Nesse ponto, deve-se notar a ousadia da visão antropológica de Kant, comparando, no segundo artigo definitivo da *À Paz Perpétua,* os "selvagens" da América e os da Europa, que se diferenciariam porque os selvagens europeus tiram do inimigo um proveito melhor do que comê-lo: explorá-lo:

> A diferença entre os selvagens europeus e os americanos consiste principalmente em que esses já devoraram várias tribos inimigas, e aqueles, em vez de devorar os vencidos, sabem se aproveitar deles melhor para aumentar o número de súditos e, dessa forma, também aumentar a quantidade de instrumentos para guerras ainda mais alastradas.[86]

Na doutrina do Direito internacional dos séculos XVIII e XIX (ramo jurídico que nasceu na Europa e atendia os interesses das potências européias), prevalecia, é claro, posição muito diversa da de Kant:

> O direito geral de sociabilidade ou de comércio social: Cada povo pode exigir que as condições de um tal comércio não sejam recusadas por nenhum outro povo; haveria nesse caso de recusa um direito legítimo de constranger, mesmo por meio da guerra, porque as condições gerais de sociabilidade devem ser preenchidas por cada povo em relação a todos os outros. As medidas tomadas pelos Estados Unidos contra o Japão são inatacáveis sob esse ângulo. (AHRENS, 1860, p. 525) [87]

---

plusieurs femmes, etc. Et le comble de la stupidité fut qu'ils ne le condamnèrent pas par les lois politiques et civiles de son pays, mais par les lois politiques et civiles du leur. »

86 *[...] der Unterschied der europäischen Wilden von den amerikanischen besteht hauptsächlich darin, daß, da manche Stämme der letzteren von ihren Feinden gänzlich gegessen worden, die ersteren ihre Überwundene besser zu benutzen wissen, als sie zu verspeisen, und lieber die Zahl ihrer Untertanen, mithin auch die Menge der Werkzeuge zu noch ausgebreitetern Kriegen durch sie zu vermehren wissen.* (1976, VI, p. 209-210)

87 *Le droit général de sociabilité ou de commerce social. Chaque peuple [peut exiger que les conditions d'un tel commerce ne soient refusées par aucun autre peuple; il y aurait en cas de refus un droit légitime de contrainte, même par la guerre, parce que les conditions générales de sociabilité doivent être remplies par chaque peuple envers tous les autres. Les mesures prises par les États-Unis contre le Japon sont irréprochables sous ce rapport.*

Na verdade, não se tratava de medidas inatacáveis, e sim de um ataque propriamente dito: em 1853, os americanos abriram à força os portos japoneses. Esse direito, que Ahrens chama eufemisticamente, ou talvez cinicamente, de "comércio social" era obviamente desigual, pois privilegiava as grandes potências colonialistas. A fraqueza teórica de vários tratados internacionais decorre de que, amiúde, só expressam relações de poder. Em 1948, Scelle podia escrever que o estudante de Direito internacional "só precisa de um número reduzido de textos de Direito internacional público. A massa dos tratados políticos que se acumulou depois de milênios só tem uma utilidade relativa do ponto de vista científico, pois ela ordinariamente apenas traduz situações de equilíbrio de forças, arranjos políticos" (1948, p. 73)[88]
.

A diversidade cultural, a necessidade de acomodar os diferentes interesses representados pelos negociadores internacionais e também as imposições das grandes potências geram outro problema: a dificuldade de identificação do sentido das cláusulas dos tratados internacionais. A dificuldade na determinação do sentido do tratado deve-se ao uso de noções vagas pelos negociadores internacionais na tentativa de acomodar as diferentes intenções dos Estados, ou de as ocultar; a própria noção de *soft law*[89] evoca antes uma natureza moral do que jurídica da obrigação. No entanto, mesmo nas "noções confusas" de um tratado internacional, afirma Jean Salmon (seguindo a lição de Perelman), há o limite do uso razoável: a aplicação é abusiva se está em contraste com o fim buscado pelo Direito (1983, p. 302).

No Direito Internacional os exemplos de aplicação abusiva são variados. Grotius já estava atento a esse problema; no capítulo XVI do Livro II de *Direito da Guerra e da Paz*, deve-se tomar como outra fonte de interpretação a que se orienta pelas conseqüências, principalmente quando a interpretação literal de um artigo de tratado levaria a conseqüências estranhas ou contrárias à intenção do tratado. Exemplifica com o tratado feito por Brasidas para evacuar o território de Beócio, que foi interpretado pelo invasor no sentido de que não era território da Beócio aquele que já estava ocupado! Essa interpretação fez com que o tratado tivesse "efeito nulo" (2004, I, p. 684).

Por vezes a distorção dos tratados é assumida pelos internacionalistas sem a menor sombra de constrangimento; um exemplo relativo à autodeterminação dos povos pode ser

88 *L'étudiant [...] n'a besoin que d'un nombre réduit de textes de Droit international public. La masse des traités politiques qui s'est accumulée depuis des millénaires n'a qu'une utilitérelative du popint de vue scientifique, car elee ne traduit d'ordinaire que des situations d'équilibre des forces, des arrangements politiques.*

89 O conceito de *soft law*, que tem esse norma por não apresentar o mesmo caráter coercitivo das outras normas internacionais, é geralmente identificado às declarações internacionais, como a Declaração de Viena de 1993. É difícil traçar a fronteira desse tipo de norma com as promessas morais (WENGLER, 1982, p. 41).

dado no tratado que estabeleceu o protetorado francês sobre a Tunísia:

> A França tem o direito de ocupar militarmente certos pontos do território da Regência. Essa ocupação, de acordo com o tratado, deve cessar, tão logo haja um acordo comum, por decisão das autoridades militares e tunisianas. Isso significa que ela deve durar para sempre. (FOIGNET, 1892, p. 29) [90]

A disposição do tratado, ao referir-se a um "acordo" entre as partes, não pode ser interpretada corretamente sem que se considere a assimetria de poder entre França, a metrópole, e a Tunísia. Foignet está correto em afirmar que esse tipo de previsão legal, em que se pressupõe que a igualdade jurídica corresponde a uma igualdade de poder, na verdade não é eficaz. Não se pode, pois, interpretar a norma sem referência aos fatos sociais, às relações de poder, ou seja, às condições para a sua efetividade – pois elas informam o próprio conteúdo da norma.

As potências normalmente exigem que o Direito Internacional crie obrigações iguais a todos quando os Estados mais pobres, em nome da eqüidade, pedem obrigações diferenciadas (o que levou os EUA a rejeitarem a Convenção sobre a Diversidade Biológica). De fato, a simples igualdade de condições reforça a desigualdade quando há disparidade de poder entre os atores sociais. A ata da Conferência de Berlim de 1885, por exemplo, tratou todo o tempo de liberdade de comércio e considerou o Congo (atual Zaire) um "Estado livre" sob a soberania do rei belga. O resultado foi o genocídio de metade da população (talvez vinte milhões) nos anos de jugo e a oficialização do *status* de colônia em 1908.

As potências, porém, não se furtam a romper a igualdade de condições – que, por si, já lhes é favorável – em proveito próprio. Um exemplo que beira o grotesco está no anexo I, letra *k* do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC. Em princípio, os subsídios à exportação são proibidos, de acordo com o artigo 3º do Acordo. Mas, segundo o anexo, há uma exceção: os subsídios previstos pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que congrega Estados como Japão, Reino Unido, Alemanha, EUA, Canadá (tão necessitados de desenvolvimento...), ou de eventual organização que venha a substituí-la! A referência à OCDE é muito indireta[91], pelo que é possível que muitos

---

90 *La France a le droit d'occuper militairement certains points du territoire de la Régence. Cette occupation, d'après le traité, doit cesser, lorsque d`un commun accord, les autorités militaires et tunisiennes le décideront. Cela veut dire qu'elle doit durer toujours.*

91 O dispositivo refere-se a "[...]"compromisso internacional em matéria de créditos oficiais à exportação do qual sejam partes pelo menos 12 membros originais do presente Acordo em 1º de janeiro de 1979 (ou de

Estados negociadores não lhe tenham percebido o sentido.

Outro tipo de contradição jurídica trazem os "poderes privados transnacionais" ligados ao capital financeiro. O direito internacional político é por elas neutralizado, pois as grandes potências escapam às suas sanções (como os EUA na recusa em participar do Tribunal Criminal Internacional), para que o direito internacional econômico possa desenvolver-se segundo os interesses do capital transnacional, com as "incoerências jurídicas" decorrentes. Por essa razão, as empresas transnacionais recusaram o Código de Boa Conduta elaborado pela ONU, e o direito internacional de proteção dos investimentos é criado sem preocupação com os direitos ao desenvolvimento e à proteção social – que se tornam um "direito internacional dos pobres", sem efetividade (CHARVIN, 2002, p. 4-5).

É de lembrar que, não raro, os países pobres e em desenvolvimento também são contrários aos direitos humanos, como o testemunham recentes fracassos da Comissão de Direitos Humanos da ONU em repreender a China por violação desses direitos, devido à aliança com países africanos, Cuba, Indonésia, Paquistão e Rússia (BUHRER, 2001).

As empresas transnacionais não são consideradas sujeitos de direito internacional. Essa exclusão é estratégica, na medida em que as afasta dessa normatização. A formação dos grandes impérios coloniais, como o português e o holandês, não raramente apoiou-se em empresas privadas. O Congo, após a conferência de Berlim, tornou-se num estranho ser para o direito internacional, que somente aceitava como sujeitos de direito os Estados: alguns juristas incautamente perguntavam-se em que ponto a empresa de exploração do Congo, comandada pelo soberano belga, teria se transformado num "Estado independente"[92]... Durante o genocídio de metade da população do Congo pela Bélgica, internacionalistas chegaram barbaramente a afirmar que o "respeito absoluto de toda soberania, mesmo bárbara, prevaleceu na Conferência de Berlim" (DESPAGNET, 1900, p. 434) e que o Congo teria sido, após a Conferência, um Estado independente, mas "sob a soberania do rei da Bélgica" (BRY, 1910, p. 183).

A questão econômica leva-nos a outra limitação: os direitos sociais, econômicos e culturais correspondem a um desafio porque se relacionam diretamente à distribuição de riquezas na sociedade e à divisão de classes; a sua realização variará muito de acordo não apenas com o nível de desenvolvimento humano da sociedade, como segundo a sua cultura. Porém,

---

compromisso que tenha substituído o primeiro e que tenha sido aceito por esses membros originais)".

92 É o que perguntava Franz von Liszt (1918, p. 43-44), tentando sustentar o dogma do Estado como único sujeito do direito internacional.

mesmo nos Estados mais ricos, o Estado de bem-estar social está em crise e benefícios previdenciários e assistenciais têm sido cortados. Além disso, por dependerem, em regra, de implementação por meio de políticas públicas, são garantidos com dificuldade pelo Direito Internacional, eis que não existe um "Estado mundial" para prestar essas políticas, e a solidariedade internacional é débil.

Dessa forma, os direitos sociais, culturais e econômicos dependem, em regra, de "implementação progressiva" de acordo com o nível de desenvolvimento do Estado. Políticas sociais redistributivas dificilmente implementam-se por meio do Direito Internacional, pois as organizações internacionais possuem um simples poder de coordenação, e os interesses nacionais dos Estados muitas vezes rejeitam a concessão de ajuda internacional. O próprio Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, criado pelo Pacto de 1966, distingue-se entre outros órgãos de direitos humanos das Nações Unidas por não poder receber queixas de indivíduos e organizações internacionais, tampouco provenientes de Estados. O Fundo Monetário Internacional e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento, duas autocracias de Washington, não prestam para esse fim; a dicotomia entre o financeiro (FMI) e o desenvolvimento (BIRD) é estrutural nas instituições de Bretton Woods. Não raro, as políticas aprovadas por essas instituições geram fracassos sociais. Também a ONU, por meio da Comissão de Direitos Humanos, em recente recomendação a respeito dos direitos econômicos, sociais e culturais, constatou que as políticas de ajuste estrutural preconizadas pelo FMI e pelo Banco Mundial não levavam necessariamente à melhoria no gozo desses direitos (ONU, 2002).

Violações de direitos humanos não impediram a concessão de empréstimos. O BIRD, apesar da repetida condenação da ONU à política colonialista portuguesa, não negou recursos a Portugal, tendo mesmo, em 1967, violado resolução da Assembléia Geral da ONU que tentava impedir a concessão de empréstimos a esse Estado e à África do Sul. A Guerra Fria fez com que diversos regimes adversos aos direitos humanos, porém amigos de Washington, como a Indonésia, recebessem ajuda internacional. A simpatia americana permanece como fator importante mesmo após o fim do comunismo: em 2002, no curto golpe que tentou retirar o presidente da Venezuela do poder, os únicos entes internacionais que reconheceram o efêmero regime que durou horas foram os EUA (em frontal violação à Carta Democrática Interamericana) e o FMI, oferecendo empréstimo!

O BIRD por anos confundiu o simples crescimento econômico com o desenvolvimento, que deve ser sustentável: o Banco financiou diversos projetos predatórios ao

meio ambiente. Na década de noventa, a instituição fez *mea culpa*. Porém, hoje, os recursos para investimentos ambientais, além de reduzidos, tendem a beneficiar as empresas dedicadas à biotecnologia e se direcionar para as regiões mais ricas em diversidade biológica. O predomínio do econômico sobre a preocupação ambiental manifesta-se ainda na possibilidade de que o pagamento ao BIRD dos empréstimos esteja gerando mais devastação dos recursos naturais (ILES, 2003, p. 235).

Habermas sabe que o direito internacional possui limitações no campo social (2001); a sua esperança é que o direito comunitário da União Européia seja capaz de realizar as políticas sociais e redistributivas necessárias. Entretanto, como lembra François D'Arcy, os Estados mantêm o controle desse domínio, não há supranacionalidade nas políticas sociais – e sim para o regulamento do mercado unificado (2002, p. 94;155).

O direito ao desenvolvimento, composto por declarações internacionais de caráter antes moral e político do que jurídico (FLORY, 1997, p. 625), traz desafios ainda maiores, pois dependeria de políticas internacionais redistributivas, praticamente inexistentes. Na Organização Mundial do Comércio (OMC), por exemplo, as exceções abertas aos Estados mais pobres possuem caráter temporário até o acesso ao livre mercado – que bastará para trazer desenvolvimento? Montesquieu, no capítulo XXIII do livro XX de *Do Espírito das Leis*, afirmou que são as nações que nada possuem as que mais têm a perder com o livre comércio.

Outras normas internacionais podem reduzir a eficácia dos direitos humanos. O direito da integração econômica vem criando novas tensões entre legalidade e ilegalidade. Uma inédita aplicação da doutrina americana de *regulatory takings* permite, segundo a interpretação que vem sido adotada por comissões de arbitragem do sistema do NAFTA (sigla em inglês para o Acordo de Livre Comércio da América do Norte, que engloba Canadá, EUA e México), que empresas consigam indenizações vultosas contra a legislação ambiental, urbanística e administrativa dos Estados-membros[93].

---

93 O processo rege-se pelas normas de arbitragem da Comissão da ONU sobre Direito Internacional do Comércio (em inglês, UNCITRAL); as audiências não são públicas, exceto se as partes concordarem. O primeiro caso julgado foi a da empresa americana Metalclad contra o México, por não ter recebido licença para operar com lixo industrial em área de preservação ambiental. O caso foi julgado em 2000 e o México foi obrigado a pagar 13 milhões de dólares à empresa. O caso em que o pedido toma maior vulto financeiro é o da empresa canadense Methanex pede um bilhão de dólares em indenização contra o governo dos EUA, porque o estado da Califórnia proibiu o uso da gasolina aditivada MTBE, causadora de vários danos ambientais no estado (ESTADOS UNIDOS. SECRETARIA DE ESTADO, 2004). A base legal corresponde ao artigo 1110 do Acordo no NAFTA, que prevê que a desapropriação pode ocorrer de forma indireta (parágrafo primeiro) e, que a "indenização será equivalente ao valor justo de mercado imediatamente anterior à ocorrência da desapropriação ("data da desapropriação") e não refletirá nenhuma mudança de valor ocorrida porque a desapropriação pretendida foi conhecida anteriormente." (*Compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place ("date of expropriation"), and shall not*

O alargamento dessas medidas compensatórias dá vantagem às empresas estrangeiras sobre as nacionais e representa uma forma de produção de ilegalidade ambiental e urbanística por meio do Direito de integração[94]. Trata-se, pois, da tensão entre direitos humanos e capital, verificável também no âmbito do Direito Internacional (COMPARATO: 2003). Os próprios direitos civis e políticos, deve-se lembrar, também sofrem uma redução com a integração, devido ao escasso controle social das organizações internacionais. Mesmo na União Européia esse processo tem-se verificado, com a aprovação de tratados internacionais (no caso, com o Japão, sobre automóveis) pela Comissão Européia sem o devido processo de formalização comunitária (ESTEVES ARAUJO: 1999).

Alguns autores, como Alysson Mascaro, vêem a "destruição das possibilidades da legalidade" como "resultado prático da dinâmica da reprodução do capitalismo contemporâneo" (2002, p. 127), com a expansão da *lex mercatoria* e da auto-regulação dos setores econômicos.

Dessa forma, não seria exato dizer que os direitos humanos transformaram completamente o Direito internacional: segundo Wilhelm Wengler, apesar de lidar com os direitos humanos e ter como meta o bem comum da humanidade, o Direito internacional público ainda se concentra na "coexistência e na manutenção de uma pluralidade de Estados" (1982, p. 15). Como lembra Pellet, os mecanismos de reparação dos direitos humanos em nível internacional continuam ancorados no Direito internacional (2000a, p. 9); o Direito internacional dos direitos humanos não seria um ramo jurídico autônomo em relação ao Direito internacional, pois usa as mesmas fontes e conhece as mesmas dificuldades para ser aplicado (2000a, p. 12-13).

Entre essas dificuldades, a fraqueza de muitos mecanismos de garantia, bem como o problema de, para muitos, o Direito internacional não possuir ainda uma hierarquia normativa clara – o que excluiria a prevalência dos direitos humanos. A própria Comissão de Direito Internacional da ONU afirmou recentemente que não existe uma "hierarquia de valores bem desenvolvida ou tendo autoridade no direito internacional e, portanto, nenhuma hierarquia

reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier.) Com a regulação trazida pelo NAFTA o conceito de desapropriação indireta está sendo amplamente discutido nos EUA (PORTERFIELD, 2004, p. 41-43), tendo em vista que os investidores estrangeiros, por meio do sistema de arbitragem previsto no Acordo do NAFTA, vem recebendo indenizações por fatos que não poderiam ser considerados desapropriatórios segundo a legislação americana.

94 Felizmente, o Estado brasileiro, nas negociações internacionais, está consciente dos riscos da produção de ilegalidade urbanística e ambiental por meio do direito da integração econômica. Como afirmou o Ministro das Relações Exteriores do Brasil, Celso Amorim: "Risco [...] é você descobrir que, se fizer um código de águas para São Paulo ou Rio, não pode aplicar porque um investidor estrangeiro se sentiu lesado na sua expectativa de lucro." (2005).

estável de conflitos de normas"[95] (ONU. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. 2004, p. 306).

O Direito internacional é descentralizado (pois não há um "Estado global" que centralize a produção e a garantia desse Direito); essa característica torna-o mais suscetível à fragmentação, isto é, a possibilidade de surgirem vários "regimes autônomos" internacionais. A globalização econômica, como se lembrou anteriormente na referência a obra de José Eduardo Faria, acentuou esse problema, e tem sido objeto de estudo da Comissão de Direito Internacional da ONU[96].

A fraqueza dos mecanismos de garantia relaciona-se também com a pressão política dos Estados, o que é bastante visível quando há queixas de indivíduos. Essa pressão, deve-se lembrar, não é estranha ao fato de que são os governos que escolhem e aprovam os integrantes dos órgãos de direitos humanos das organizações internacionais governamentais. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, acabou por recuar diante das pressões do Estado brasileiro no caso do massacre do Carandiru (CAVALLARO, 2002, p. 491).

O Direito internacional pode ser aplicado de tal forma que a sua finalidade seja desviada, ou seja, que os efeitos da aplicação sejam contrários à finalidade do tratado – trata-se da efetividade paradoxal da norma. Deve-se buscar um método hermenêutico que atenda de forma satisfatória à finalidade da proteção à dignidade humana. No campo dos direitos humanos, esse método, essencialmente teleológico, ocupou-se especialmente com o problema da efetividade paradoxal e está previsto em tratados internacionais, como se verá na seção seguinte.[97]

---

95 *Il n'y avait pas de hiérarchie des valeurs bien développée ou faisant autorité en droit international et donc aucune hiérarchie stable des techniques de règlement des conflits de normes.*

96 Notadamente "a fragmentação derivada de interpretações antagônicas do direito geral; b) a fragmentação resultante da emergência de um direito especial como exceção ao direito geral ; e c) a fragmentação derivada do conflito entre diferentes tipos de direito especial." (*a) la fragmentation découlant d'interprétations antagoniques du droit général; b) la fragmentation résultant de l'émergence d'un droit spécial en tant qu'exception au droit général; et c) la fragmentation découlant du conflit entre différents types de droit spécial*.) (2004, p. 287). Pode-se dar como exemplo o conflito entre normas de diferentes regimes internacionais, por exemplo, entre o Protocolo de Quioto e os tratados da Organização Mundial do Comércio. Há um conflito potencial, na medida em que o tratado de Direito ambiental pode levar a restrições ao comércio com a finalidade de redução da emissão de gases (ALBUQUERQUE, 2003, p. 8).

97 Quando a própria aplicação do tratado, mesmo sem ser distorcida, gera essas finalidades opostas, trata-se de inadequação da norma jurídica à realidade social. Nesse caso, deve-se interpretar *contra legem*, de forma a atender a finalidade social.

II.4 A efetividade paradoxal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos: finalidade e intertextualidade dinâmica

Apesar dos problemas arrolados na seção anterior, a experiência do Direito internacional no campo dos Direitos Humanos trouxe contribuições teóricas valiosas, entre as quais se podem destacar:

- O princípio da "complementariedade solidária" (COMPARATO, 2003, p. 67), pelo qual os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, como previsto na Declaração de Viena de 1993;
- A atenção ao contexto moral da aplicação do Direito: no campo das sentenças dos tribunais internacionais criminais, trata-se de assunto vital: as decisões internacionais só têm racionalidade e permitem a garantia do direito se partem do entendimento do contexto moral da implementação da norma (HENTHAM, 2004); do que segue a necessidade de entendimento das práticas locais para a efetividade da aplicação do direito internacional, que é um direito recebido, não-autóctone;
- A possibilidade de intervenção da comunidade internacional em Estado que cometa flagrantes e sistemáticas violações aos direitos humanos[98];
- A primazia da norma que for mais favorável às pessoas protegidas, seja a interna, seja a internacional (TRINDADE, 1997, p. 434-436; 1999, p. 46-47);

98 Trata-se de ponto muito controvertido, devido a suas implicações políticas. Para Pellet, esse tipo de intervenção é lícito desde 1945 (2000b). Trindade lembra que só em 1971 aceitou-se, no âmbito do Conselho Econômico e Social da ONU, que violações flagrantes e sistemáticas de direitos humanos escapavam ao domínio reservado dos Estados segundo o § 7º. do artigo 2º. da Carta da ONU. A intervenção da OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte) em Kosovo em 1999 causou muita discussão a respeito, eis que não foi autorizada pela ONU (no Conselho de Segurança das Nações Unidas, os sérvios, que procediam a uma limpeza étnica em Kosovo, tinham a Rússia, que tem poder de veto, como aliada). Por esse motivo, para Richard Falk, essa intervenção foi um "precedente muito defeituoso" para futuras intervenções humanitárias (1999). Segundo Pellet, a intervenção em Kosovo teria sido um "precedente isolado", em que ela teria agido de forma legalmente embaraçosa, seguindo o "princípio do Zorro" (2000b)! Virilio, em análise bem diversa da desses internacionalistas, considerou que todas essas sutilezas jurídicas eram "matéria de decepção" para encobrir a dominação americana (2000, p. 79-81), e que logo os EUA fariam novas intervenções prescindindo da autorização da ONU e da OTAN – o que ocorreu na invasão americana no Iraque em 2003.

- O princípio da vedação do retrocesso no campo dos direitos humanos, devido ao caráter progressivo das conquistas nesse campo (COMPARATO, 2003);
- Os tratados internacionais de direitos humanos possuem diretrizes de interpretação que privilegiam a proteção desses direitos em detrimento da interpretação formalista do *pacta sunt servanda*, eis que diferem em sua natureza dos outros tratados internacionais, que regulam primordialmente interesses inter-estatais[99].

Em relação ao primeiro ponto, deve-se apontar que a Declaração de Viena de 1993 foi o "primeiro documento internacional" a dar "validade transcultural teórica dos direitos humanos" (ALVES, 2001, p. 110), como se vê abaixo:

> 5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e eqüitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais devem ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, mas é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais.[100]

99 A natureza diferenciada dos tratados de direitos humanos, que se destinam a proteger a dignidade humana, em relação aos tratados usuais, que regem as relações entre os Estados e organizações internacionais, foi enfatizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Parecer Consultivo n° 2/82: "A Corte deve enfatizar, sem embargo, que os tratados modernos sobre direitos humanos em geral e, em particular, a Convenção Americana, não são tratados multilaterais de tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Seu objeto e fim são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto diante de seu próprio Estado quanto diante dos outros Estados partes. Ao aprovar esses tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, pelo bem comum, assumem várias obrigações, não em relação com outros Estados, senão com os indivíduos sob sua jurisdição." (*29. La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mútuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.*)

100 A complementaridade solidária dos direitos humanos foi reafirmada na Declaração de Copenhague sobre o Desenvolvimento Social de 1995, com explícita referência ao direito ao desenvolvimento, no seu Compromisso 1, letra *n*: "Reafirmaremos e promoveremos todos os direitos humanos, que são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, inclusive o direito ao desenvolvimento, como um direito universal e inalienável e parte integrante dos direitos humanos fundamentais, e lutaremos para assegurar que sejam respeitados, protegidos e cumpridos."

A universalidade dos direitos humanos não nega a diversidade cultural; pelo contrário, nela se apóia porque, somente em uma leitura contextual (cada cultura corresponde a um contexto), pode-se atingir uma correta interpretação dos direitos previstos internacionalmente.

A própria convenção que codificou o direito dos tratados, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, abriu uma exceção em relação "às disposições sobre a proteção da pessoa humana contidas em tratados de direito humanitário"[101]: segundo o parágrafo quinto do artigo 60, esses pactos não são extintos ou suspensos tendo sofrido uma violação substancial[102]; apesar da violação, a sua eficácia mantém-se para que a proteção conferida por esses tratados se mantenha.

A evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos vem gradativamente redefinindo o próprio papel das instituições internacionais especializadas. A Corte Interamericana de Direitos Humanos conferiu-nos expressivo exemplo no caso em que o Peru tentou de deixar de reconhecer a jurisdição dessa Corte sem denunciar o Pacto de São José da Costa Rica. A pretensão desse Estado foi negada pela Corte, e um dos fundamentos da decisão foi o fato de que se tratava de uma Corte com a função de proteger indivíduos contra os Estados (SOKOL, 2001) e que, devido à natureza dos tratados de direitos humanos, os Estados não podem denunciar tais tratados na ausência de cláusula prevista para esse fim (FRUMER, 2000). A especificidade dos tratados e instituições internacionais de defesa dos direitos humanos é ressaltada nesta decisão da Corte Interamericana, proferida no caso Ivcher Bronstein em 24 de setembro de 1999.

> 42. A Convenção Americana, assim como os demais tratados de direitos humanos, se inspiram em valores comuns superiores (centrados na proteção do ser humano), estão dotados de mecanismos específicos de supervisão, se aplicam em conformidade com a noção de garantia coletiva, consagram obrigações de natureza especial, que os diferenciam de outros tratados, os quais regulamentam interesses específicos entre os Estados-partes e são aplicados por esses, com todas as conseqüências jurídicas que daí derivam nos ordenamentos jurídicos internacional e interno.

---

101 Segundo Guido Fernando Silva Soares, o Direito internacional humanitário compreende-se dentro dos direitos humanos *lato sensu*; em sentido estrito, os direitos humanos são aqueles "garantidos em tempo de paz" e que "dão configuração democrática aos Estados que os consagram" (2002, p. 336).

102 Em regra, a violação substancial corresponde a uma das causas para extinção ou suspensão de tratados internacionais.

> 48. Com efeito, a solução internacional de casos de direitos humanos (confiada a tribunais como as Cortes Interamericana e Européia de Direitos Humanos) não admite analogias com a solução pacífica de controvérsias internacionais no contencioso puramente inter-estatal (confiada a um tribunal como a Corte Internacional de Justiça); por tratar-se, como é amplamente reconhecido, de contextos fundamentalmente distintos, os Estados não podem pretender contar, nesse primeiro contexto, com o que tradicionalmente tem contado no segundo.[103]

As diretrizes específicas de interpretação dos direitos humanos decorrem do princípio da efetividade: deve-se buscar o entendimento da norma que melhor permita a proteção da dignidade humana e, em caso, de conflito de normas, a que for mais favorável deve prevalecer. Como lembra Malcolm Shaw, essa é a área do Direito internacional, junto com a dos tratados que constituem organizações internacionais, em que esse princípio é mais atuante (2003, p. 842-844).

Devido ao princípio da efetividade, o Direito internacional dos direitos humanos prevalece sobre as leis internas que tendam a lhe retirar os efeitos, mesmo quando se trate de leis de anistia, que ferem a efetividade dos direitos humanos ao retirar as sanções aos seus violadores[104], e sobre normas de segurança nacional; já decidiu a Corte Européia de Direitos Humanos que, mesmo sob o pretexto da segurança, o Estado não pode violar a proibição de tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes – condição essa desrespeitada por vários Estados, não só pelos EUA[105].

---

103 *42. La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno.*
48. En efecto, la solución internacional de casos de derechos humanos (confiada a tribunales como las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos), no admite analogías con la solución pacífica de controversias internacionales en el contencioso puramente interestatal (confiada a un tribunal como la Corte Internacional de Justicia); por tratarse, como es ampliamente reconocido, de contextos fundamentalmente distintos, los Estados no pueden pretender contar, en el primero de dichos contextos, con la misma discrecionalidad con que han contado tradicionalmente en el segundo.

104 Nesse sentido decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso do Caracazo contra a Venezuela, julgado em 2002: "O Estado deve garantir que os processos internos tendentes a investigar e sancionar os responsáveis pelos atos deste caso surtam seus devidos efeitos e, em particular, abster-se de recorrer a figuras como a anistia, a prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade." (*119. El Estado debe garantizar que los procesos internos tendientes a investigar y sancionar a los responsables de los hechos de este caso surtan sus debidos efectos y, en particular, de abstenerse de recurrir a figuras como la amnistia, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad.*)

105 Trata-se do caso Chahal contra o Reino Unido, julgado em 1996, iniciado devido a decreto de expulsão do Reino Unido de cidadão indiano para a Índia, Estado onde ele já havia sido torturado por sua atividade política separatista sikh: "A condição de que o recurso seja "tão efetivo quanto possível" não convém para um dano pelo

Esses aspectos já são bastante comentados pela literatura especializada. Neste trabalho, salienta-se outra questão: a da tentativa de vedação da efetividade paradoxal por meio de diretrizes teleológicas de interpretação nos tratados internacionais.

Antes da ONU, não havia um sistema internacional de proteção aos direitos humanos – como lembra Hannah Arendt em *Origens do Totalitarismo*, eles não estavam institucionalmente garantidos nem filosoficamente fundamentados. Devido às mudanças políticas na Europa após a Primeira Guerra Mundial (notadamente a consolidação da União Soviética), o problema dos refugiados aumentou drasticamente, o que levou a Liga das Nações a criar um sistema de proteção às minorias e aos refugiados, que foi largamente inoperante (SHAW, 2003). No entanto, esse sistema foi usado, com expressivos e terríveis resultados, pela Alemanha: com o pretexto de que as minorias alemães nos Sudetos estavam sendo perseguidas, a Tchecoslováquia, com a anuência de França e do Reino Unido, acabou por perder sua soberania para os alemães em 1938.

Trata-se de efetividade paradoxal: um sistema de proteção humanitária acabou por ser pervertido para finalidade contrária à preconizada: a subjugação de outro povo. Por conseguinte, com a ONU, o embrionário Direito Internacional dos Direitos Humanos buscou evitar a efetividade paradoxal por meio de diretrizes de interpretação da norma internacional. A interpretação não pode guiar-se por uma finalidade contrária à proteção da dignidade humana – se isso ocorrer, a aplicação da norma terá efeitos contrários aos pretendidos e dar-se-á a efetividade paradoxal. No marco inicial da internacionalização dos Direitos Humanos, a Declaração Universal aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 1948, o terceiro parágrafo do artigo 29 proíbe o desvio dos direitos e liberdades contra os objetivos e princípios das Nações Unidas. A disposição seguinte destina-se a evitar que esses mesmo direitos e liberdades sejam usados para a sua própria destruição:

> Artigo 30. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

---

qual a expulsão do interessado o exporá a um risco de sofrer um tratamento contrário ao artigo 3º, domínio onde as questões de segurança nacional não devem ser levadas em conta." (*150. [...] La condition que le recours soit « aussi effectif qu'il peut l'être » ne convient pas pour un grief selon lequel l'expuslion de l'intéressé l'exposera à un risque réel de subir un traitement contraire à l'article 3, domaine où les questions de sécurité nationale ne doivent pas entrer en ligne de compte.*)

Esse tipo de norma, que corresponde em verdade a uma exigência racional da interpretação, legitima, por exemplo, a proibição no direito alemão de instituir um partido nazista – eis que a finalidade desse partido seria justamente a de usar a liberdade para destruí-la.

Entre os princípios da ONU, está a "Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião" (art. 1º., parágrafo 3º.). De forma a tentar que o Direito internacional, geral e particular, seja coerente com esses princípios, o artigo 103 da Carta da ONU prevê que, se houver conflito entre obrigações decorrentes da Carta e as de outra convenção, prevalecerão as primeiras – o que inclui o respeito aos direitos humanos. Da mesma forma, a seção XXXVIII da Parte I da Declaração e Programa de Ação de Viena (1993) prevê que "Esses direitos e liberdades não podem ser exercidos de forma contrária aos propósitos e princípios das Nações Unidas". Prevê a seção XXVII que os acordos regionais de direitos humanos devem referir-se às normas internacionais de proteção e cooperar com o sistema da ONU.

A Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950) inspirou-se no exemplo da Declaração de 1948 da ONU:

> Proibição do abuso de direito.
>
> Art. 17. Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a atividade ou praticar atos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção.
>
> Limitação da aplicação de restrições aos direitos.
>
> Art. 18. As restrições feitas nos termos da presente Convenção aos referidos direitos e liberdades só podem ser aplicadas para os fins que foram previstas.

O artigo 17 tem como antecedente o antes mencionado dispositivo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (LE MIRE, 1995); o artigo 18, conhecido como "cláusula anti-desvio", representa uma disposição que impregnou toda a Convenção (COUSSIRAT-COUSTERE, 1995).

O direito internacional convencional dos direitos humanos logo seguiu essa preocupação teleológica, que tem como conseqüência hermenêutica uma mudança no âmbito da

hierarquia das fontes: em caso de conflito entre normas de direitos humanos, seja entre normas internacionais, ou entre norma internacional e o direito interno, prevalece a que for mais favorável à proteção da dignidade humana. Trata-se de outra exigência racional da interpretação teleológica, que se pode verificar, por exemplo, na Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes de 1984. O seu artigo primeiro contém tipifica as ações que podem ser consideradas como tortura; no entanto, como, se prevê no artigo segundo, "O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos mais amplos" – ou seja, a Convenção não impede a eficácia de norma que mantenham um controle mais estrito contra a tortura. Se o fizesse, estaria contrariando a sua própria finalidade, que é a de reprimir a tortura e os tratamentos e penas degradantes.

Nesse mesmo sentido, a Corte Européia de Direitos Humanos não se limita a aplicar a Convenção Européia de Direitos Humanos, para cuja garantia esse Tribunal foi criado, mas também convenções da ONU válidas para os Estados que são membros do sistema regional.

Um caso exemplar foi o Selmouni contra a França, julgado em 1999. Selmouni era um cidadão holandês e marroquino, condenado na França por tráfico de entorpecentes – sua sentença transitou em julgado em 1994. Quando foi preso, em 1991, foi vítima de tortura pela polícia francesa. O Estado francês, buscando defender-se com a preliminar de não-esgotamento dos recursos internos, alegou que os policiais envolvidos acabaram por ser condenados pela Justiça francesa em 1999. Para a Corte, contudo, a inércia do Ministério Público francês na condução do caso demonstrou suficientemente a falta de efetividade dos recursos internos no caso.

Em relação ao mérito da causa, o artigo 3º. da Convenção Européia sobre a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais proíbe a tortura, e a distingue de tratamentos desumanos ou degradantes. Para definir precisamente a tortura, a Corte lançou mão do artigo 1º. da Convenção da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis:

> 100. [...] resta saber se as "dores ou sofrimentos" infligidos ao Sr. Selmouni podem ser qualificados como "agudos" no sentido do artigo 1º. da Convenção da ONU. A Corte estima que esse caráter "agudo" é, assim como o "mínimo de gravidade" requerido para a aplicação do artigo 3º., relativo por essência; ele depende do conjunto dos dados da causa, notadamente da duração dos maus-tratos e dos seus efeitos físicos ou mentais, bem como, por vezes, do sexo, da idade, do estado de saúde da vítima etc.

> 103. A Corte acentua igualmente que o requerente foi puxado pelos cabelos ; que ele teve que correr por um corredor ao longo do qual os policiais se colocaram apra fazê-lo tropeçar; que ele foi colocado de joelhos diante de uma jovem mulher [...]; que um policial ulteriormente lhe apresentou seu sexo dizendo-lhe "Tome, chupe-o" antes de urinar sobre ele; que ele foi ameaçado com um tubo e depois com uma seringa (parágrafo 24 acima). Além da violência dos fatos descritos, só resta à Corte constatar seu caráter odioso e humilhante para qualquer pessoa, seja qual for o seu estado.
>
> 105. Nessas condições, a Corte está convencida de que os atos de violência física e mental cometidos contra pessoa do requerente, tomada em seu conjunto, provocaram dores e sofrimentos "agudos" e se revestem de um caráter particularmente grave e cruel. Tais atitudes devem ser vistas como atos de tortura no sentido do artigo 3º. da Convenção. [106]

A Corte de Estrasburgo, portanto, interpretou a Convenção Européia à luz da Convenção da ONU, o que permite uma intertextualidade dinâmica no sistema regional de proteção dos direitos humanos, a saber: o diploma legal refere-se a outros diplomas legais, de diferentes origens (direito interno, direito europeu, direito internacional), mas essa referência não é estática, não se prende a nenhum desses diplomas – a norma que será aplicada dependerá do grau de proteção atingido no momento da aplicação. Essa intertextualidade dinâmica é confirmada pelo artigo 53 da Carta Européia de Direitos Fundamentais, que dispõe sobre o "nível de proteção" desses direitos:

> Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção européia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais,

106 *100. [...] reste à savoir si les « douleurs ou souffrances » infligées à M. Selmouni peuvent être qualifiées d'« aiguës » au sens de l'article 1er de la Convention des Nations unies. La Cour estime que ce caractère « aigu » est, à l'instar du « minimum de gravité » requis pour l'application de l'article 3, relatif par essence ; il dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc.*
103. La Cour relève également que le requérant a été tiré par les cheveux ; qu'il a dû courir dans un couloir le long duquel des policiers se plaçaient pour le faire trébucher ; qu'il a été mis à genoux devant une jeune femme à qui il fut déclaré « Tiens, tu vas entendre quelqu'un chanter » ; qu'un policier lui a ultérieurement présenté son sexe en lui disant « Tiens, suce-le » avant de lui uriner dessus ; qu'il a été menacé avec un chalumeau puis avec une seringue (paragraphe 24 ci-dessus). Outre la violence des faits décrits, la Cour ne peut que constater leur caractère odieux et humiliant pour toute personne, quel que soit son état.
105. Dans ces conditions, la Cour est convaincue que les actes de violence physique et mentale commis sur la personne du requérant, pris dans leur ensemble, ont provoqué des douleurs et des souffrances « aiguës » et revêtent un caractère particulièrement grave et cruel. De tels agissements doivent être regardés comme des actes de torture au sens de l'article 3 de la Convention.

> bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.

Isto é, dependendo da situação, a solução poderá ser dada seja pelo direito interno, seja pelo direito europeu, seja pelo internacional, de acordo com o nível de proteção atingido no momento. No mesmo sentido deve ser lida este outro artigo da Convenção contra a tortura:

> Art. 16, § 2.º - Os dispositivos da presente Convenção não serão interpretados de maneira a restringir os dispositivos ou qualquer outro instrumento internacional ou lei nacional que proíba os tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes ou que se refira à extradição ou expulsão.

Se norma interna for mais abrangente, ela prevalecerá sobre o tratado. A Carta Social Européia de 1961 assim previa:

> Art. 32. As disposições da presente Carta não afetam as disposições de direito interno e dos tratados, convenções ou acordos bilaterais ou multilaterais que estiverem em vigor e que sejam favoráveis às pessoas protegidas.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (1966) possui disposição análoga:

> Art. 5.º [...]
> 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

O Protocolo de San Salvador (1988), que complementa a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, prevê o mesmo em seu artigo 4º. Também a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 acolheu o princípio da prevalência da norma que for mais favorável, seja ela nacional ou internacional, no artigo 41:

> Art. 41. Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que possam constar:

a) das leis de um Estado-parte;
b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado.

Outra interessante formulação que se destina a evitar a efetividade paradoxal encontra-se no artigo 5º e no artigo 6º (em relação à pena de morte) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (1966):

Art. 5.º
1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.
2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-Parte do presente Pacto, em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça, em maior ou menor grau.

Art. 6.º
6. Não se poderá invocar disposição alguma do presente artigo para retardar ou impedir a abolição da pena de morte por um Estado-Parte do presente Pacto.

Os dispositivos transcritos possuem o mesmo fim: garantir a efetividade dos direitos humanos e evitar que sejam aplicados de forma a produzir efeitos contrários à proteção do indivíduo, ou seja, a efetividade paradoxal. A Carta Social Européia, após a revisão de 1996, reúne tais preocupações de caráter hermenêutico:

Parte V
Artigo G - Restrições:
a. Os direitos e princípios enunciados na parte I, logo que eles sejam efetivamente aplicados, e o exercício desses direitos e princípios, tal como é previsto na parte II, não poderão ser objeto de restrições ou de limitações não especificadas nas partes I e II, exceto aquelas prescritas pela lei e que são necessárias, numa sociedade democrática, para garantir o respeito dos direitos e das liberdades de outrem ou para proteger a ordem pública, a saúde pública e os bons costumes.
2. As restrições trazidos por esta Carta aos direitos e obrigações nela reconhecidos só podem ser aplicadas segundo a finalidade para que foram previstas.

> Artigo H – Relações entre a Carta e o direito interno ou os tratados internacionais:
> As disposições da presente Carta não contrariam as disposições do direito interno e dos tratados, convenções ou acordos bilaterais ou multilaterais que estão ou entrarão em vigor e que sejam mais favoráveis às pessoas protegidas.

O parágrafo primeiro do artigo G destina-se a impor limitações às restrições que se possam fazer aos direitos previstos pela Carta. O parágrafo segundo, ao impor a teleologia própria da Carta, destina-se a impedir a ocorrência de efetividade paradoxal – isto é, que finalidades estranhas à proteção dos direitos sociais sejam escolhidas pelos intérpretes. O artigo H, por sua vez, impede que a Carta seja usada para restringir normas internacionais ou internas mais favoráveis.

Essa garantia é reforçada pela interpretação interativa dos tratados de direitos humanos (TRINDADE, 1999: 43-7), segundo a qual certa convenção pode orientar a interpretação de outra, de forma a maximizar a proteção, dada a universalidade dos direitos humanos e por sua inexauribilidade.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, assinado em 1998, alude de forma interessante a essa inexauribilidade quando se refere às normas internacionais em desenvolvimento; elas não deverão ser restringidas pelo Estatuto, o que representa uma homenagem à evolução desse ramo tão recente do Direito Internacional. Neste caso, trata-se do princípio da interpretação evolutiva dos direitos humanos:

> Artigo 10. Nada no disposto na presente parte se interpretará no sentido de limitar ou prejudicar de alguma forma as normas existentes ou em desenvolvimento do direito internacional para fins distintos do presente Estatuto.

A intertextualidade dinâmica dos direitos humanos, consistente na conjugação dos princípios da prevalência da norma mais favorável, da complementariedade solidária e da interpretação evolutiva dos direitos humanos, tal como previstos no Direito internacional, desfaz o formalismo na escolha das fontes jurídicas com a adoção de um *pluralismo* jurídico, para garantir a maior efetividade desses direitos nos contextos de aplicação. Dessa forma, a depender da situação, pode ser aplicada ora uma norma de um sistema regional de direitos humanos, ora do sistema da ONU, ou do direito interno.

Em culturas jurídicas isolacionistas, contudo, o Direito internacional tem dificuldades de assumir esse papel, tendo em vista que a sua eficácia é reduzida. O mesmo

ocorre em contextos onde a cultura jurídica seja infensa aos direitos humanos. Esses dois caracteres (isolacionismo e oposição aos direitos humanos) podem se unir no que Melissaris denomina de "entendimento positivista do direito", segundo o qual os "sistemas jurídicos estão hermeticamente fechados e não são capazes de dar sentido a nenhuma outra ordem normativa como tal, *a não ser que ela seja reduzida à própria fonte de validade desses sistemas.*" (2004, p. 69).

No capítulo seguinte, ver-se-á que assim se caracteriza a cultura jurídica brasileira, tal como expressa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre os tratados internacionais de direitos humanos, o que enfatiza a importância das instituições internacionais como instrumentos (úteis, mas não suficientes) de crítica e de mudança da cultura jurídica.

III. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A PRODUÇÃO LEGAL DA ILEGALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como o Brasil é o reino da diluição, quem pode prever a eficácia de qualquer coisa quanto ao contexto?

Hélio Oiticica[107]

III.1 O isolacionismo e os tratados internacionais de direitos humanos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Miguel Seabra Fagundes, durante o regime militar, afirmou, no ensaio *A evolução do sistema de proteção jurisdicional dos direitos no Brasil republicano*, que houve um retrocesso na postura judicial em relação à proteção dos direitos. O Judiciário, após o golpe militar, não estaria mais à altura da época da República Velha, quando se formou a doutrina brasileira do *habeas corpus*:

> No passado remoto, a jurisprudência retirava de um parágrafo, inserto na Declaração de Direitos, a seiva que lhe permitiria dotar o País de remédio processual capaz de acudir, com presteza, a todas as vítimas do poder arbitrário; em nossos dias, havendo remédio no direito escrito, substitutivo da criação jurisprudencial heróica, amesquinha-se a medida de sorte a torná-la inútil em muitos casos. (1971, p. 39)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mostrava "algumas adesões à tendência restritiva" (1971, p. 42); como exemplo, a súmula 400[108], que constrangia, "pela exegese, a possibilidade de recorrer" (1971, p. 42).

---

107 CLARK, Lygia; OITICICA, Hélio. *Cartas 1964-1974*. Org. de Luciano Figueiredo. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1998, p. 243.

108 A súmula, de 3 de abril de 1964, dispõe: "Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da Constituição Federal."

Após o fim da ditadura militar e a entrada em vigor da Constituição de 1988, Seabra Fagundes constatou que o Judiciário não havia se adaptado aos novos tempos e estava "reagindo muito pela inércia" (1991, p. 220), sem dar plena eficácia à ordem constitucional.

Um dos campos em que se podem identificar continuidades, em vez de ruptura com a antiga interpretação constitucional, é o que se relaciona com as normas de Direito Internacional. Os especialistas nesse ramo jurídico continuam a verificar resistência e/ou desconhecimento desse ramo jurídico pelo Judiciário brasileiro. José Marcos de Magalhães escreve que as "autoridades judiciais e do executivo" não estão "acostumadas a dar maior importância a resoluções e a atos internacionais, mesmo que ratificados pelo governo brasileiro", e que o Supremo Tribunal Federal resiste contra a vigência de tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, mesmo os de grande importância como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (2001, p. 18).

Ao menos desde 1977, o Supremo Tribunal Federal entende que o país, à falta de previsão constitucional expressa, adota o monismo sem prevalência do Direito Internacional. Historicamente, não se pode constatar rigor teórico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a recepção dos tratados internacionais, já o demonstrou Dolinger (1996). Em 1977, com o julgamento do Recurso extraordinário n. 80.004, é que teria ficado clara a posição de que o tratado internacional possui, no âmbito interno, hierarquia semelhante à da lei, podendo ter sua eficácia afastada por lei posterior – a lei não poderia revogá-lo, eis que o tratado não dependeu apenas da manifestação da soberania brasileira, ao contrário da lei. A única exceção seria a dos tratados em matéria tributária, devido à previsão expressa do artigo 98 do Código Tributário Nacional de que os tratados prevalecem sobre a lei interna (REZEK, 1997c).

A Constituição de 1988 certamente não é clara a respeito da celebração dos tratados, sobretudo em relação à competência dos Poderes Executivo e Legislativo (MEDEIROS, 1995, p. 382-391)[109]. A Constituição de 1988 aborda a questão da hierarquia dos tratados somente em dois momentos: o parágrafo único do artigo 4º. e o parágrafo 2º. do artigo

109 O Supremo Tribunal Federal está a examinar a questão do papel do Legislativo na denúncia de tratados internacionais na ação direta de inconstitucionalidade n° 1.625-3, contra o Decreto n° 2.100 de 20 de dezembro de 1996, que tornou pública a denúncia da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho. Trata-se da interpretação do artigo 49, I da Constituição brasileira. Maurício Corrêa, o Relator, e Carlos Britto haviam votado, em 2 de outubro de 2003, pelo provimento parcial da ação, no sentido de que a denúncia somente fizess efeito após o referendo do Congresso Nacional. O julgamento foi interrompido devido ao pedido de vista do Ministro Nelson Jobim. Em abril de 2004, o pedido de vista foi renovado. O julgamento somente pôde prosseguir em 29 de março de 2006, com voto contrário à ação de Jobim. Mas o Ministro Joaquim Barbosa, nessa ocasião, pediu vista do processo, e o julgamento novamente foi interrompido.

5.º. O primeiro dispositivo trata do direito de integração: "A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações."

Essa previsão confere aos tratados do Mercosul um *status* superior ao da lei, eis que o Mercado Comum do Sul tem como finalidade a formação dessa comunidade latino-americana[110]? Para Márcio Monteiro Reis, a resposta é positiva: os tratados constitutivos do bloco econômico possuiriam "hierarquia *supra* legal", embora não constitucional (2000, p. 949; 2001, p. 268), e o direito derivado do Mercosul (como normas administrativos emanadas em decorrência dos tratados), embora sujeito à lei, beneficiar-se-ia de sua natureza de norma especial (2001, p. 271).

O Supremo Tribunal Federal adotou entendimento contrário. Em 1998, na apreciação do agravo regimental na carta rogatória n.º 8279, que veio da Argentina, decidiu que o Protocolo sobre medidas cautelares do Mercosul não estava em vigor no Brasil por falta de decreto presidencial que o promulgasse – exigência não prevista no texto constitucional, necessária para que os tratados internacionais (sem exceção para os do Mercosul) tenham eficácia no âmbito interno. A ementa é bem clara a respeito:

> Embora **desejável** a adoção de mecanismos constitucionais **diferenciados**, cuja instituição **privilegie** o processo de **recepção** dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL, esse é um tema que **depende**, essencialmente, quanto à sua solução, de **reforma** do texto da Constituição brasileira, *reclamando*, em conseqüência, modificações **de jure constituendo**. [grifos do original]

Note-se a solução aventada pelo Tribunal, de uma emenda constitucional (já que o princípio do parágrafo único do artigo 4.º tornou-se ineficaz com a interpretação que lhe foi dada), bem própria de uma cultura jurídica cujo formalismo leva a uma hipertrofia da lei escrita e a uma hipertrofia da Constituição, com a conseqüência de que ambas encontram pouca efetividade. No julgamento, unânime, o princípio constitucional da integração foi considerado uma simples norma programática:

> Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das

110 O artigo 20 do Tratado de Assunção, que deu origem ao Mercosul, prevê que a adesão ao Mercado Comum é reservada tão-somente aos membros da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI).

> convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL.

Nesse julgamento, portanto, o tribunal, negando a possibilidade de aplicabilidade direta do direito do Mercosul (o que ocorreria, se não fosse necessário o decreto de promulgação), manteve a sua jurisprudência sobre os tratados internacionais (SILVA NETO, 2001, p. 501), ou seja, não considerou que o princípio da integração houvesse trazido algo de novo ao regime dos tratados.

No agravo regimental na carta rogatória n.° 7.613, em 1997, foi anulada carta rogatória que provinha da Argentina e não havia recebido *exequatur* do Supremo Tribunal Federal, o que teria violado a competência prevista no artigo 102, I, *h* da Constituição, que prevê também a homologação de sentenças estrangeiras. A carta baseava-se no Protocolo sobre Medidas Cautelares, ou Protocolo de Las Leñas e havia sido dirigida à Justiça do Rio Grande do Sul sem passar por Brasília. Segundo a decisão, o Protocolo não poderia excepcionar da competência do Supremo Tribunal Federal as cartas rogatórias dos Estados membros do Mercosul.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal foi criticado por muitos internacionalistas. José Marcos de Magalhães (1999) considerou que a extraterritorialidade das sentenças e laudos arbitrais previstos no Protocolo de Las Leñas tem como fundamento o parágrafo único do artigo 4.º da Constituição e não se choca com o artigo 102, I, *h*, que não se referiria a *todas* as sentenças estrangeiras. De acordo com o jurista, o Supremo estaria a opor obstáculos ao processo de integração por não interpretar a Constituição segundo os princípios nela inscritos.

Francisco Rezek, em texto de 1997, lembra que a "integração econômica", prevista na Constituição, tem um significado técnico – a União Européia demonstrou-o. Reduzi-lo a uma "expressão literária" não seria "levar a sério o constituinte", e sim adotar uma "postura mais conservadora" (1997c).

Essa postura não nasceu no Judiciário, mas decorre de uma falta de comprometimento político do Executivo com o aprofundamento do processo de integração.

Como lembra João Mota de Campos, mesmo em países dualistas[111], como Itália e Alemanha, os tribunais nacionais acabaram por reconhecer o primado do Direito comunitário (o ordenamento da União Européia) sobre o direito interno (1994, p. 342-346). Há, portanto, um obstáculo que é antes da cultura política brasileira (que se reflete na cultura jurídica) do que jurídico.

É de lembrar que o aprofundamento do processo integracionista, que representaria apenas cumprir os objetivos do artigo 1.º do Tratado de Assunção (isto é, a criação de um mercado comum entre os membros do Mercosul), implicaria ao Executivo perder para as instituições de integração parcela de seu poder de coordenar políticas macroeconômicas – e o Brasil não parece disposto a fazê-lo. Não só o Brasil, por sinal: a falta de seriedade dos quatro membros do bloco econômico (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) fez com que nem mesmo a obrigação de notificar a Secretaria Administrativa do Mercosul a respeito da integração dos tratados à ordem interna, prevista no artigo 38 do Protocolo de Ouro Preto, fosse realizada até 2000 (COZENDEY, 2002, p. 47).

Não é de espantar, pois, que apesar da previsão específica da integração econômica, política, social e cultural (que só poderia ser atingida, evidentemente, por meio de tratados internacionais), o Supremo Tribunal Federal não considera que o parágrafo único do artigo 4º. da Constituição tenha repercussão no tocante à disciplina dos tratados internacionais. Como resultado, há um grande insegurança jurídica no Mercosul na determinação de que normas precisam ser incorproradas ao ordenamento interno, e quais já são eficazes.

A outra previsão específica refere-se aos tratados internacionais de direitos humanos. O § 2.º do artigo 5.º preceitua: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

A maior parte dos internacionalistas, e entre eles nos referimos especialmente a Flávia Piovesan (2002) e Mazzuoli (2001), liam no § 2.º do artigo 5.º, antes da Emenda Constitucional n. 45, que acrescentou mais um parágrafo a esse artigo, que os tratados internacionais de direitos humanos possuem a mesma hierarquia das normas constitucionais para que ampliem o rol de direitos e garantias**.** O parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição da República, caso seja interpretado como uma simples previsão de que poderiam ser celebrados tratados de direitos humanos, seria um dispositivo completamente inútil, eis que é de comum

111 O dualismo corresponde, em traços largos, a correntes do Direito Internacional que julgam haver duas ordens jurídicas básicas, a internacional e a interna, pelo que os tratados internacionais não poderiam ser eficazes diretamente na ordem interna.

conhecimento que podem ser celebradas convenções internacionais sobre qualquer ramo do direito e, por essa razão, em nenhuma outra passagem a Constituição perdeu tempo em afirmar que matérias seriam objeto do direito internacional convencional.

Se entendermos que a Constituição da República não tem disposições inúteis, torna-se mais claro ler que aos direitos previstos no Título II integrar-se-ão aqueles decorrentes de tratados internacionais, que serão dotados de valor constitucional caso venham a ampliá-los. Trata-se, por conseguinte, de um sistema aberto de direitos e garantias, eis que o Título II corresponde a um mínimo social, podendo ser ampliado pela norma internacional. Segundo Mazzuoli, trata-se de uma dualidade de fontes (a internacional e a interna) do sistema constitucional de direitos humanos, que acaba por "deixar a Constituição mais intensa e com melhor aptidão para operar com o Direito Internacional" (2002a, p. 124).

De acordo com Flávia Piovesan, teríamos um sistema misto em relação aos tratados internacionais: uma incorporação automática para os de direitos humanos, e a necessidade de edição de decreto presidencial, após aprovação pelo Congresso Nacional, dos demais tratados (2002, p. 104-108). O tratado internacional, contudo, pode deixar de ser aplicado, se previr um grau de proteção menor do que o criado pelo direito nacional, devido ao princípio da prevalência da norma que for mais favorável à vítima (2002, p. 115-120).

O princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4.º, II), combinado com o art. 7.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que preceitua que o Brasil propugnará pela criação de um tribunal internacional de direitos humanos[112], no âmbito do quadro histórico em que a Constituição de 1988 foi promulgado, ou seja, a redemocratização do país, fazem com que tanto a interpretação sistemática como a histórica demonstrem ser esta a melhor leitura.

A consulta aos anais da constituinte também aponta no mesmo sentido, pois o parágrafo segundo do artigo quinto foi introduzido por sugestão de Antônio Augusto Cançado Trindade, atual presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na condição de consultor jurídico do Itamaraty, em audiência pública da Assembléia Nacional Constituinte realizada em vinte e nove de abril de 1987, ele propôs que se acrescentassem "os tratados de que o país é parte" ao dispositivo do anteprojeto que dispunha que os direitos previstos nesta Constituição não excluíam outros direitos e garantais decorrentes do regime e do princípios que

112 Celso D. de Albuquerque Mello, contudo, considera esse dispositivo "errado em todos os sentidos", pois deveria estar entre os princípios da política exterior (de fato, deveria ter sido incluído com o inciso II do artigo 4º), e por, ou ignorar que já existia essa Corte, que era a da OEA, ou por pretender a criação de um tribunal de competência universal, o que seria uma ilusão (2000b, p. 204).

ela adotava e das declarações internacionais de que o Brasil fosse signatário. A referência às declarações correspondia a um avanço em relação à Carta de 1969, que não as mencionava. Cançado Trindade explicou que esse avanço era insuficiente:

> [...] vou um pouco além da Comissão de Estudos Constitucionais e sugiro: além das declarações de que o País é signatário, também os tratados em que o País é parte. Nesse caso, os efeitos serão mandatórios e o governo brasileiro estará obrigado a respeitar, nos planos nacional e internacional, os direitos e garantias individuais. (TRINDADE, 2000, p. 176)

Como é sabido, a sugestão foi acolhida e acabou por incorporar-se à nova Constituição da República. No entanto, como lembra Mazzuoli, grande parte da doutrina constitucionalista não considera que os tratados internacionais de direitos humanos integram-se aos direitos e garantias previstos constitucionalmente (2002b, p. 74-75). E a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não se alterou em relação à posição definida sob a Carta de 1969. Cançado Trindade vê "lamentável falta de vontade (*animus*)", e não óbice jurídico, em termos de dogmática (2003, p. 623), no fato de o Poder Judiciário brasileiro, na sua maioria, ainda considerar que há paridade entre os tratados internacionais de direitos humanos e a lei ordinária no novo regime constitucional.

No entanto, tal não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que mantém a jurisprudência de que não há disposição constitucional que assegure ao tratado primazia sobre a lei interna; logo, lei ordinária posterior a qualquer tratado internacional faz com que este perca sua eficácia.

O parágrafo segundo do artigo 5.º não poderia ter o efeito de conferir hierarquia constitucional para os tratados de direitos humanos, segundo o Ministro Moreira Alves, no julgamento do *habeas corpus* n. 72.131-RJ em 1995, "pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de tratado" (é de lembrar que somente com a emenda constitucional n.° 45, de 8 de dezembro de 2004, que acrescentou o § 3º. do art. 5.º, esses tratados foram explicitamente alçados a nível constitucional, mediante votação "em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros"; essa emenda será discutida adiante). A posição desse Ministro prevaleceu, e ele foi o relator desse acórdão. O Ministro Maurício Corrêa votou no mesmo sentido:

> [...] não empresto ao artigo 7º, item 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) o elastério que se pretende dar ao seu conteúdo, a pretexto do § 2º do artigo 5º da CF, sobre os direitos e garantias concedidos pelo ordenamento constitucional, a respeito dos compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte.
> Elevar à grandeza de ortodoxia essa hermenêutica seria minimizar o próprio conceito da soberania do Estado-povo na elaboração de sua Lei Maior.

O Ministro, que vê grandeza em ser ortodoxo, revela desposar uma posição curiosamente isolacionista, e imagina constatar nos tratados internacionais uma minimização da soberania popular. Como o direito de convenção (direito de celebrar tratados) decorre da própria soberania e, além disso, não se pode conceber na sociedade internacional contemporânea um Estado isolado, sem laços com outros povos, é forçoso reconhecer nessa posição isolacionista um tom, em termos jurídicos, francamente arcaico.

E contrário à Constituição: Márcio Monteiro Reis lembra que o princípio da soberania, previsto no artigo 4º, deve ser interpretado à luz do parágrafo único do mesmo artigo, que prevê a integração econômica, social e cultural – pelo que a soberania não pode ser compreendida de maneira absoluta (2000, p. 957). Acrescento que o inciso II do artigo 4.º, a "prevalência dos direitos humanos", outro dos princípios constitucionais das relações exteriores do Estado brasileiro, também não pode ser ignorado, e entender a soberania como pretexto para a violação dos direitos humanos viola não apenas o Direito internacional, como também a Constituição brasileira.

O Ministro Marco Aurélio, relator do caso e vencido nesse julgamento, compartilhava do mesmo entendimento sobre o efeito do § 2.º do artigo 5.º (curiosamente, citando obra de Francisco Rezek, *Direito dos Tratados*, anterior à Constituição). Foi o único, porém, a concluir que, segundo essa interpretação, o "preceito" era "desnecessário, uma verdadeira redundância", como já se referiu neste trabalho. O constituinte, segundo o Ministro, quis ser "pedagógico", por isso teria sido redundante.

O Ministro Sepúlveda Pertence defendeu a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil antes da Constituição de 1988, entendimento compatível com a posição adotada a partir da tese do Ministro Moreira Alves, eis que não se poderia argumentar que os tratados anteriores à Constituição fariam as vezes de emenda constitucional. No julgamento de liminar na ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.675-1 DF, em 1997, afirmou:

> [...] parece inquestionável – e sobre isso não houve controvérsia na ADIn 1480 – que os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no art. 7º. da Constituição, se compreendem entre os direitos e garantias constitucionais incluídos no âmbito normativo do art. 5º, § 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil.
>
> [...]
>
> Ainda, porém, que não queira o Tribunal comprometer-se com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, o mínimo a conferir-lhes é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor á sua efetividade: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação.

Essa posição, contudo, não foi adotada pelo Tribunal, que decidiu que o dispositivo não conferia hierarquia constitucional a tratado algum. Este trabalho defende a tese de que essa jurisprudência decorre de uma cultura jurídica infensa à internacionalização dos direitos humanos.

Podem-se empregar diversas metodologias para verificar a existência dessa cultura jurídica. Estêvão Couto realizou uma análise estatística da jurisprudência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Pode-se realizar um estudo comparativo, verificando, por exemplo, a visão de juristas estrangeiros sobre a Constituição brasileira, ou questões correlatas com as enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal. Este trabalho não seguiu nenhum desses caminhos, pois preferiu examinar a principiologia das decisões desse tribunal brasileiro, contrastando-a com a do direito internacional dos direitos humanos. No entanto, aludir-se-á aos outros dois caminhos metodológicos.

Em relação ao segundo caminho metodológico, o isolacionismo jurídico, traço de uma cultura jurídica dominante no Brasil, pode ser constatado pela diferente visão de juristas estrangeiros a respeito do nível de abertura internacional da Constituição de 1988 no tocante aos direitos humanos. Por exemplo, para Mauro Cappelletti a Constituição brasileira era "exemplar" no tocante à "dimensão transnacional do Direito", segundo o artigo 7.º do ADCT e o artigo 4.º, parágrafo único, que permitiria a criação de uma comunidade latino-americana. Cappelletti possui como referencial a Corte Européia de Direitos Humanos e a Comunidade Européia (1991, p. 139-140).

Para os juristas portugueses André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, o artigo 5.º, parágrafo 2.º, da Constituição brasileira é análogo ao artigo 16, I da portuguesa, pelo que "deve ser interpretado como conferindo grau supraconstitucional àqueles tratados" (2002, p. 103):

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

Deve-se notar que a redação do preceito da Constituição brasileira pouco difere do preceito português, exceto pela falta de referência explícita à Declaração da ONU.

Canotilho, por seu lado, afirma que a paridade entre lei interna e tratado deve ser rejeitada "pelo menos nos casos de conteúdo materialmente constitucional", como a Convenção Européia de Direitos Humanos e os Pactos de Direitos Humanos de 1966 da ONU (2002, p. 817).

O outro caminho de pesquisa seria o estatístico. Em sua tese *A relação entre o Interno e o Internacional*, Estêvão Ferreira Couto analisou estatisticamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que apresentaria um "dualismo brasileiro" na aplicação de tratados internacionais, consubstanciado em "um formalismo excessivo representado pela menção recorrente à teoria da recepção ou incorporação e ao decreto presidencial de execução das normas internacionais" e "uma predisposição explícita em aplicar o direito interno" (2003, p. 78-79). Neste presente trabalho, atribui-se esse dualismo a uma cultura jurídica isolacionista.

Apenas em 1992, com a redemocratização, o Estado brasileiro ratificou as duas grandes convenções de direitos humanos da ONU (o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969. A demora em ratificá-los deveu-se ao longo período de ditadura militar, caracterizado por um calculado isolacionismo em matéria incômoda para o regime. Não por outro motivo, Couto constata que na segunda década de noventa é que há uma "concentração explícita" de casos sobre Direito Internacional dos Direitos Humanos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça (2003, p. 209).

Couto constatou, em análise estatística da jurisprudência destas duas Cortes, que as decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre matérias internacionais vêm aumentando, e as do Supremo Tribunal Federal, diminuindo 50% na década de setenta para a de oitenta e, desta para a de noventa, 14% (2003, p. 204-206). Verificou também que a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro é aleatória (2003, p. 181), o que não impediu o autor de constatar certas regularidades segundo o objeto dos processos: é nos casos sobre de direitos humanos que ocorre a maior resistência ao direito internacional, não obstante as previsões constitucionais. Há uma "sensibilidade muito maior" no tocante a tratados comerciais, tributários e de extradição, que prevalecem sobre a norma interna devido ao princípio da especialidade (2003, p. 181).

Conquanto o Supremo Tribunal Federal seja mais "permeável"[113] ao direito internacional do que o Superior Tribunal de Justiça (2003, p. 213), em relação aos direitos humanos, a situação é, deve-se ressaltar, inversa.

No tema específico dos direitos humanos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal destaca-se porque "as normas internacionais [...] são rechaçadas como um atentado à soberania nacional", ou têm seus efeitos restringidos em favor de decreto-lei (2003, p. 182). Nos casos em que o Superior Tribunal de Justiça mostra-se "impermeável" ao direito internacional dos direitos humanos, tal ocorre por alinhamento à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (2003, p. 243).

Ou seja: é no campo específico dos direitos humanos que o Supremo Tribunal Federal tem uma jurisprudência mais refratária ao Direito internacional, e essa posição, como era de esperar por tratar-se do tribunal que ocupa o lugar mais alto no Judiciário brasileiro, influencia esse Poder.

O quadro pintado por Couto, porém, sofre das limitações da metodologia empregada na pesquisa. Para a definição dos casos que seriam estudados, o autor usou a palavra-chave "internacional" para pesquisa no sítio da internet do Supremo Tribunal Federal (2003, p. 192). Por essa razão, ficaram de fora todos os casos em que, embora houvesse uma questão relevante de direito internacional, ela foi ignorada pelo tribunal e pelas partes.

Se houvessem sido considerados os acórdãos que ignoraram o Direito

113 A permeabilidade, para esse autor, significa a maior abertura para a aplicação do tratado internacional. A permeabilidade absoluta corresponde à aplicação da norma internacional, ou "fator material externo", em detrimento das normas ou fatores internos. A não-permeabilidade corresponde ao caso oposto. Na "permeabilidade qualificada", há uma interpretação ou consideração conjunta das normas e fatores internacionais e internos.

internacional (exemplo máximo de impermeabilidade a esse Direito), o quadro levantado por Couto certamente seria ainda menos favorável à internacionalização dos direitos humanos. Por isso, neste trabalho, foi selecionada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que não faz referência aos tratados internacionais, e chega a uma conclusão que os viola.

Tendo em vista a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Poder Executivo federal, no recente Programa Nacional de Direitos Humanos, aprovado pelo Decreto nº 4.220, de 13 de maio de 2002[114], previu, para a garantia do acesso à justiça:

> 39. Adotar, no âmbito da União e dos estados, medidas legislativas, administrativas e judiciais para a resolução de casos de violação de direitos humanos, particularmente aqueles em exame pelos órgãos internacionais de supervisão, garantindo a apuração dos fatos, o julgamento dos responsáveis e a reparação dos danos causados às vítimas.
> 40. Apoiar iniciativas voltadas para a capacitação de operadores do direito em temas relacionados ao direito internacional dos direitos humanos.
> 41. Apoiar a Proposta de Emenda à Constituição nº 29/2000, sobre a reforma do Poder Judiciário, com vistas a:
> a) assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração dos processos e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação;
> b) conferir o status de emenda constitucional aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional;

Note-se que a atuação dos "órgãos internacionais de supervisão" foi um dos principais motivos pelos quais o governo federal decidiu-se a criar um Programa Nacional de Direitos Humanos, o que corrobora a importância da internacionalização dos direitos humanos para que sejam alcançados avanços no plano interno.

A emenda constitucional n.° 45 buscou conferir *status* de emenda constitucional para os tratados internacionais de direitos humanos, como se verá adiante, e prever, como uma garantia fundamental, na redação do inciso LXXVIII do artigo 5.º, que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." [115]

---

114 O primeiro Programa havia sido aprovado pelo Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996.

115 Ademais, previu-se, no § 5º do artigo 109, que "Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal." Tendo em vista o tão moroso funcionamento da Justiça Federal, é possível que essa medida redunde em mais impunidade.

A Constituição foi mudada devido à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; isso mudar-lhe-á a jurisprudência? Para responder, é preciso antes examiná-la.

III.2 A dimensão social do direito à educação e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

III.2.1 Dimensões individual e coletiva do direito à educação no Direito internacional e no direito brasileiro:

Pontes de Miranda afirmou que a garantia constitucional da educação gratuita correspondia a um importante enriquecimento da "construção constitucional" trazido pelo "direito socialista" (1932, p. 379). Esse direito deveria também ser previsto pelos Estados capitalistas: "As constituições do Seculo XX que não assegurem, como direito irreductivel, o direito á subsistencia e á educação, serão folhas tenues de papel por sobre os Povos: a primeira lufada as rompe, a primeira crise as reduz a poeira." (1932, p. 423).

O Direito Internacional, influenciado nesta questão específica pelos Estados socialistas, contribuiu para conferir uma dimensão coletiva ao direito à educação, no sentido de que se trata de um direito social que deve ser garantido pelo Estado na forma de políticas públicas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) previu, no artigo 26, que "Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais." Essa previsão genérica recebeu maior detalhamento no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), em seu artigo 13:

> 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. [...]
> 2. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:
> a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.
> b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.

O artigo 13 do Protocolo de San Salvador alargou esse direito, no âmbito da OEA, ao prever que a educação obrigatória e gratuita não será apenas a primária, mas a de todo ciclo fundamental:

> 3. Os Estados-Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação:
> a) O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente;
> b) O ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;

A Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), em seu art. 28, prevê:

> 1. Os Estados-partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:
> a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente a todos;
> b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;

Como direito social, fica sujeito à implementação progressiva (previsto no artigo 2.º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e no art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos); conforme o artigo 4.º da Convenção, os Estados deverão implementar o direito "no alcance máximo de seus recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional".

O direito à educação, no Direito internacional, possui inequívoca dimensão coletiva, no sentido de que esse direito não corresponde apenas a uma garantia individual: ele deve ser garantido por políticas públicas. O orçamento público deve prever a educação como prioridade. E é no exame da execução orçamentária, lembra Kumar (2004, p. 260), que se pode verificar se o Estado violou o direito à educação, tal como internacionalmente previsto, e se uma eventual alegação de escassez de recursos é verdadeira.

A Constituição de 1988, no artigo 6.º, considerou o direito à educação como direito social, e determinou que o ensino fundamental é um dever do Estado e deve ser

obrigatório e gratuito. O ensino médio deve obedecer ao princípio da "progressiva universalização":

> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
> I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
> II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
> III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
> IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
> § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

A dimensão individual do acesso à educação é particularmente protegida pela caracterização como direito público subjetivo, para que a negativa de matrícula em escola pública possa ser combatida judicialmente pelo prejudicado.

Também foi prevista a dimensão coletiva do direito à educação, "o dever do Estado de criar condições gerais para a sua satisfação" (DUARTE, 2003, p. 233), o que se visa garantir com a previsão de vinculação mínima de recursos da receita dos impostos à educação:

> Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.
> § 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

A violação dessa dimensão coletiva, com o não-atendimento do percentual mínimo de vinculação orçamentário previsto constitucionalmente[116], deve gerar dois tipos de

116 É de lembrar que alguns Municípios cuja Lei Orgânica possuía dispositivos com índices mais altos de vinculação orçamentária conseguiram que essas disposições fossem declaradas inconstitucionais. Tal foi o caso do Município do Rio de Janeiro: o artigo 323, *caput* da Lei Orgânica previa que "O Município aplicará, anualmente, nunca menos de trinta e cinco por cento da receita de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino público."; o parágrafo 2º. dispunha que "O Município destinará à educação especial percentual de, no mínimo dez por cento do orçamento destinado à educação." Esses dispositivos da Lei Orgânica foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Representação de Inconstitucionalidade nº 61/98, julgada em 14 de fevereiro de 2000, por terem sido de iniciativa do Poder Legislativo, e não do Executivo, pelo que não poderiam aumentar as despesas deste Poder (MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, 2004).

punição: a responsabilidade das autoridades infratoras, "que vêm a ser, em primeiro lugar, os titulares dos Poderes Executivos (Presidente da República, governadores de estado e prefeitos)" (CASTRO, 1998, p. 87). Por sinal, o § 2.º do artigo 208 da Constituição prevê que "O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente". O segundo tipo de punição, que não se aplica à União, é a intervenção da União no Estado (art. 34, II, e, introduzido pela emenda Constitucional n° 14/1996) e do Estado no Município (art. 35, III da Constituição da República). Os dois dispositivos foram alterados pela emenda n° 29/2000 para incluir entre as hipótese de intervenção o descumprimento do mínimo exigido nos serviços de saúde.

Foi discutida, na constituinte que aprovaria a Constituição de 1891, a inclusão de artigo que preveria o ensino primário obrigatório gratuito, que deveria ser regulado pelos Estados. Não foi aprovado, o que não surpreende, tendo em vista o caráter oligárquico do Legislativo na República Velha, "dando a cada Estado o direito de um dia decretar, se assim lhe parecer, a abolição da propria gratuidade do ensino primario num paiz de analphabetos" (ROURE, 1920, p. 278).

A primeira previsão constitucional de vinculação de recursos dos impostos à educação surgiu na Constituição de 1934[117], cujo artigo 156 determinava que a União e os Municípios destinassem no mínimo 10%, e os Estados e o Distrito Federal, 20% para manutenção e desenvolvimento do ensino. A Constituição de 1946 manteve os índices, com exceção dos Municípios, que passaram a ter que destinar 20% da receita dos impostos. As Constituições de períodos autoritários, 1937, 1967 e 1969, não surpreendentemente, tendo em vista seu caráter mais restritivo em relação aos direitos humanos, não previram vinculação do orçamento à educação[118].

Qual era a efetividade dessas previsões? Lembra Pinto Ferreira, em

---

117 A Constituição de 1934 trazia previsões que não foram repetidas posteriormente no direito constitucional brasileiro, favoráveis ao financiamento do ensino. No parágrafo único do artigo 156, previu que "Para a realização do ensino nas zonas rurais, a União reservará no mínimo, vinte por cento das cotas destinadas à educação no respectivo orçamento anual." Ademais, segundo o artigo 157, "A União, os Estados e o Distrito Federal reservarão uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação." Esses Fundos, segundo o parágrafo primeiro desse artigo, seriam constituídos pelas "sobras das dotações orçamentárias acrescidas das doações, percentagens sobre o produto de vendas de terras públicas, taxas especiais e outros recursos financeiros", que a União, os Estados e os Municípios deveriam aplicar "exclusivamente em obras educativas, determinadas em lei".

118 No regime militar, buscou-se criar uma vinculação à educação das receitas dos Municípios por meio das leis federais 5692/1971 e 6536/1978. Pontes de Miranda, indignado, escreveu: "O pendor dos homens de 1937 e 1964 era para tomada do poder e exercício do poder. Nem sequer *prometeram* destinação de verbas." (1987, p. 359). A Constituição de 1969, contudo, previa a aplicação de vinte por cento da "receita tributária municipal" no ensino primário (artigo 15, § 3º, *f*).

comentário à Constituição de 1988, que, embora datasse de "longo tempo" a vinculação de um porcentual mínimo à educação, ela "sempre foi um malogro" (1995, p. 107). A Constituição de 1946 não trazia sanção contra o descumprimento da vinculação, pelo que não era cumprida (BRASIL. CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA, 1984, p. 282-283) – para Pontes de Miranda, contudo, seria possível intervenção federal no caso de violação pelos Estados ou pelos Municípios (1987, p. 359). Sob a égide da Constituição de 1969, pela falta de instrumentos por meio dos quais o direito à educação pudesse ser garantido, ele era um "direito público subjetivo *inadimplido*" (NASCIMENTO, 1991, p. 75).

No fim da ditadura militar, a Constituição de 1969 foi contudo alterada (tratou-se da emenda n. 24/1983, que ficou conhecida como Emenda Calmon) e passou a prever os índices de 13% para a União e 25% para Estados, Distrito Federal e Municípios. O Poder Executivo federal não se dignou prontamente a cumprir a nova norma constitucional: em 1984, o índice foi de apenas 8,5% (CASTRO, 1998, p. 88). A lei n° 7348 de 1985 exigiu a criação de mecanismos para o controle da vinculação de recursos. No entanto, somente com a lei orçamentária de 1990, o Executivo federal especificou as dotações para manutenção e desenvolvimento do ensino conforme previsto e o Tribunal de Contas da União passou a apurar a porcentagem referente na receita líquida de impostos. Tornaram-se regra a manipulação contábil e a violação da vinculação constitucional. Muitos programas classificados como manutenção e desenvolvimento do ensino, na verdade, deveriam estar sob outra rubrica, como "defesa terrestre" (CASTRO, 1998, p. 87-91). O Tribunal de Contas da União pôde verificar a metodologia equivocada do Executivo:

> A evolução dos gastos da União em educação mostra que as despesas federais com a manutenção e o desenvolvimento do ensino diminuíram de R$ 6,7 bilhões em 1996 para R$ 5,3 bilhões em 1999, a preços correntes. Nesse mesmo quadriênio as receitas de impostos aumentaram de R$ 53 bilhões para R$ 73,7 bilhões, conforme demonstrativos do Balanço Geral da União reproduzidos no subitem 6.9.2., enquanto a receita de contribuições cresceu R$ 34,4 bilhões.
>
> Além dessa diminuição de R$ 1,4 bilhão, a interpretação do § 6o, do art. 60, do ADCT, dispositivo que trata da alocação de recursos orçamentários para a erradicação do analfabetismo e o desenvolvimento do ensino fundamental, pelo Executivo, traduziu-se numa metodologia de cálculo indevida e que diminui os valores a serem alocados a essas ações, conforme reiteradamente assinalado nas contas do Governo.
>
> Por último, o descaso do Governo Federal com a estruturação de uma base confiável de informações pode ser constatado pela divergência entre os projetos/atividades incluídos na

> lei orçamentária anual como atrelados à manutenção e desenvolvimento do ensino e aqueles informados no quadro do Balanço Geral da União, que consolida os valores referidos. [...] Diversos autores têm afirmado que a origem da desigualdade social está no analfabetismo e nos baixos níveis de escolaridade da população. A educação tem sido reiteradamente apontada como a forma mais efetiva de equalização de oportunidades para os brasileiros. Embora o número de inscrições no sistema educacional tenha aumentado, há ainda cerca de 16 milhões de analfabetos no Brasil, principalmente nos estados mais pobres da República. A estratégia de transferir o ônus financeiro para essas unidades e o controle dos gastos para a sociedade não parece contribuir para a diminuição das desigualdades no País. (2000, p. 329-330)

Enquanto a receita de impostos da União ascendia, abismavam-se os aportes para manutenção e desenvolvimento do ensino. Com isso, não eram incomuns os programas que praticamente não deixaram o status de previsão orçamentária, e não foram executados [119] – fato, aliás, que costuma ocorrer com a lei orçamentária.

Segundo o Tribunal de Contas da União, no exercício de 2002 a vinculação constitucional foi cumprida pelo governo federal (2003, p. 466); também em 2003, com aplicação de 35% da receita líquida de impostos (2004, p. 491). Todavia, é preciso lembrar que esse quadro ocorre paralelamente ao declínio da participação dos impostos nas receitas da União e o aumento das contribuições sociais, cujas receitas não são vinculadas; e também à desvinculação das receitas (por meio de emenda constitucional), com o índice de vinte por cento, o que levou a educação a perder, estimadamente, R$ 3,6 bilhões em 2003 (INEP, 2004a, p. 119)[120].

A ilegalidade das políticas públicas do Executivo, crônica na área da educação, persiste na questão do financiamento do FUNDEF (Fundo de Manutenção e

---

119 Como exemplo no exercício de 2000, segundo o Tribunal de Contas da União: "O *Programa Desenvolvimento do Ensino Médio* teve crédito autorizado de R$ 239,6 milhões, sendo R$ 160 milhões para expansão e melhoria da rede escolar incluídos no crédito especial destinado ao Projeto Alvorada e R$ 24,3 milhões programados em ações do PROMED – Projeto Escola Jovem. No entanto, no exercício de 2000, suas metas não foram executadas uma vez que a liberação dos recursos, no primeiro caso, só ocorreu em 27/12/2000 e, no caso do PROMED, os recursos não puderam ser repassados às unidades federadas em decorrência da proibição de transferências de recursos em período eleitoral." (2001, p. 519)

120 O artigo 76 do ADCT, alterado pela emenda n° 42 de 1993, rege atualmente o assunto e desvincula, "no período de 2003 a 2007", "vinte por cento da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais." O parágrafo 2º do mesmo artigo exclui da desvinculação a contribuição social do salário-educação. Esse artigo havia sido incluído pela emenda n° 27, de 2000, e previa em sua redação original que a desvinculação dar-se-ia de 2000 a 2003. Dessa forma, as disposições constitucionais transitórias tornaram-se na forma permanente de não-cumprimento do corpo principal da Constituição.

Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério), previsto na lei nº 9.424/96 [121], de acordo com a emenda constitucional n° 14/1996:

> Ressalte-se que o valor mínimo nacional do custo por aluno, previsto no art. 6º da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, que deveria servir de base para a complementação da União aos recursos do FUNDEF, não corresponde ainda ao custo do *padrão mínimo de qualidade de ensin*o, na forma definida por dispositivos da Constituição, do ADCT e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. (BRASIL. TCU. 2004, p. 491)

A média nacional também foi subestimada pelo governo do Presidente Inácio Lula da Silva em 2003 e 2004. O Partido dos Trabalhadores (PT) abandonou as recentes críticas ao procedimento idêntico do governo de Fernando Henrique Cardoso para repetir a mesma política (DAVIES, 2004).

A situação da fiscalização contábil das contas públicas em nível estadual e municipal é pior, tendo em vista a baixa confiabilidade técnica e institucional dos tribunais de contas; uma das manobras contábeis consiste no empenho de determinada quantia para manutenção e desenvolvimento do ensino, enquadrá-la como restos a pagar e, no exercício seguinte, simplesmente cancelá-la. Davies (2004, p. 49-50) dá como exemplo o governo do Estado do Rio de Janeiro durante a gestão do governador Marcello Alencar, do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), que usou esse expediente em 1996, quando empenhou 1,4 bilhões de reais para cancelar 750 milhões no exercício seguinte. O Tribunal de Contas do

---

121 A emenda constitucional n° 14/1996 modificou o artigo 60 do ADCT para prever que "Nos dez primeiros anos da promulgação desta Emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério". O FUNDEF, instrumento de redução das desigualdades regionais, durará até 2006. A lei n° 9.424 criou um sistema pelo qual o governo federal calcula a média nacional de gasto por aluno no ensino fundamental e complementa esse valor quando o Estado da Federação está abaixo da média. Essa complementação vem sendo feita desde 1998, e desde esse ano o governo federal tem subestimado a média – a União fixou R$ 315,00 em 1998, e a União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação estima que o valor correto teria sido R$ 419,00 (OLIVEIRA, 2001, p. 83).
O Tribunal de Contas, desde 1999, tem recomendado ao governo federal o cálculo correto da média anual dos gastos por aluno. O governo federal alegou que "o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF não é um Fundo Nacional, e sim vários Fundos estaduais, não cabendo, portanto, o cálculo do valor mínimo anual por aluno em função de uma média nacional da previsão da receita total em relação ao número total de alunos matriculados no ensino fundamental, acrescido do total estimado de novas matrículas." (TCU, 2001, p. 544)
Segundo o Executivo, não haveria nem mesmo previsão jurídica para o cálculo: "Informa, ainda, que embora estatisticamente seja possível efetivar a operação preconizada na média nacional, a mesma não encontra qualquer indício de previsão jurídica, quer na Emenda Constitucional nº 14/96, quer na Lei nº 9.424/96, das quais pode-se extrair claramente que inexiste juridicamente a figura do Fundo Nacional sobre o qual se fundamenta toda a argumentação da média nacional." (TCU, 2001, p. 544).

Estado aprovou as contas sem nem mesmo mencionar, ou talvez notar, a manobra, e se manteve inerte diante de denúncias a respeito, bem como o Ministério Público.

A ilegalidade crônica das políticas públicas de educação não se limitam à questão do financiamento da manutenção e do desenvolvimento do ensino, mas abrange outros campos. Nina Beatriz Ranieri, em sua notável tese sobre a educação superior no Brasil, demonstrou como as normas infralegais, como decretos e portarias, perverteram o sentido da lei n° 9.394 de 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, e a regulamentação nega o que foi previsto na lei (2000, p. 36). Por exemplo, os limites legais da autonomia das universidades são comumente violados pelo governo federal (2000, p. 261). Embora estudando com outra metodologia outro problema da educação, compartilho da conclusão de Ranieri de que o desajuste entre "as práticas informais e a legalidade formal" pode "provocar a desarticulação do sistema jurídico e a arbitrariedade, com graves prejuízos à implementação das políticas públicas em geral" (2000, p. 262). Deve-se notar que a implementação deficiente dessas políticas corresponde a uma violação ao compromisso internacional relativo ao direito à educação, o que se verá adiante.

III.2.2 A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal sobre vinculação orçamentária à manutenção e ao desenvolvimento do ensino:

Nesse panorama, deve-se analisar a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral a respeito da lei complementar n° 64 de 18 de maio de 1990, que prevê as hipóteses de inelegibilidade:

> Art. 1º São inelegíveis:
> I - para qualquer cargo:
> [...]
> d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, transitada em julgado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem 3 (três) anos seguintes;
> e) os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela

> prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena;
> f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 4 (quatro) anos;
> g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão;
> h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença transitada em julgado, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo;

Não é freqüente que contas do Executivo sejam rejeitadas, tendo em vista o julgamento antes político do que técnico dos tribunais de contas e do Legislativo.

Apenas em determinadas conjunções políticas em que o Executivo não consiga maioria no Legislativo, o administrador faltoso tem suas contas rejeitadas, como nesta: o PSDB recorreu ao Tribunal Superior Eleitoral contra decisão que indeferiu a candidatura de Bruno João Patelli a Prefeito de Campo Limpo Paulista, pois teve, em 1989, suas contas rejeitadas do exercício de 1986, quando exercia o cargo de Prefeito, por não ter aplicado na manutenção e desenvolvimento do ensino 25% das receitas de impostos. O candidato não havia recorrido à Justiça para desfazer a rejeição das contas, pelo que, à evidência, se aplicaria o previsto no artigo 1º, I, *g* da lei complementar n° 64.

Tratou-se do recurso eleitoral n° 10.138 – SP, julgado em 1992. O relator, Ministro Torquato Jardim, em seu voto, foi favorável à decisão de inelegibilidade:

> [...] o Tribunal de Contas de São Paulo certificou que o parecer prévio foi pela rejeição das contas (fls. 25 – 25v.). Que a Câmara de Vereadores aprovou o parecer dá conta o próprio recorrente (fl. 129), notícia repetida no acórdão recorrido (fl. 251).
> Presentes, pois, os pressupostos de inelegibilidade da letra g.
> 2. Não me parece desprezível que a rejeição das contas seja pela não aplicação do percentual, constitucionalmente obrigatório, em educação, como o entende o Ministério Público Eleitoral, para afastar a inelegibilidade.
> A letra g não permite distinguir a destinação da verba pública malversada para se fazer incidir ou não a inelegibilidade. [grifo do original]

De fato, a lei de inelegibilidades fala tão-somente de decisão irrecorrível, que havia ocorrido, e de rejeição das contas por irregularidade insanável. Como o ano orçamentário não pode mais voltar (afinal, é característica natural do tempo não retroagir), não podem mais ser desfeitos os prejuízos que, naquele ano escolar, sofreram os alunos e os profissionais de ensino[122]. Parece claro, mas Torquato Jardim fez questão de lembrar que a lei *não* afirma que, por rejeição de contas devido à violação da vinculação constitucional para a *manutenção e desenvolvimento do ensino*, o candidato *não* perde a elegibilidade. A aparente obviedade teve que ser ressaltada porque o Ministério Público assumiu outra posição. Aristides Junqueira Alvarenga, então procurador-geral eleitoral, em seu parecer afirmou:

> Merece provimento o recurso, uma vez que nos autos a notícia das irregularidades restringe-se a fatos que não implicam improbidade. Com efeito, a única notícia existente, nos autos, é a de que as contas foram rejeitadas "unicamente por ter aquele órgão entendido que a Prefeitura não aplicou no ENSINO os 25% do montante arrecadado com impostos próprios e impostos transferidos..." (fl. 58). [grifo do original]

É curiosa a ênfase do Ministério público no ensino, como se se tratasse de assunto de mínima importância. No julgamento, o relator foi vencido. Sepúlveda Pertence, que foi um dos Ministros que discordou do voto do relator, sustentou que "esse déficit de aplicação do mínimo constitucional em determinada atividade governamental, não denota, em nenhum dos seus caracteres, nem nos mais largos critérios do Tribunal, o conceito de improbidade ou de abuso do exercício do cargo público que está à base da inelegibilidade".

O argumento, compartilhado pelos outros Ministros, exceto José Cândido, que acompanhou o relator, merece uma breve análise: deve-se lembrar que não se trata de simples "determinada atividade governamental"; trata-se da que era, nessa época, a única exceção, entre as políticas públicas, à proibição de vinculação de receitas prevista no artigo 167 da Constituição. Ademais, a vinculação, como se viu, tem previsão constitucional.

O abuso de poder tem previsão legal distinta: trata-se das letras *d* e *h* do inciso I do artigo 1.º da lei complementar nº 64. A letra *e* é que se refere a crimes contra a administração pública e o patrimônio público. A letra *g*, previsão da inelegibilidade em virtude

122 Entre os possíveis prejuízos do financiamento precário da educação, está a taxa de distorção idade-série, que mede o atraso escolar. No Brasil, o percentual de alunos que está em atraso, no ensino fundamental, é de 33,9% e, no ensino médio, de 49,3% (INEP, 2004b).

da rejeição de contas, corresponde a uma outra hipótese, que não deve ser confundida com as outras, muito menos exigir, como aconteceu, que ela só pudesse ser aplicada se outras hipóteses de inelegibilidade acontecessem simultaneamente. A orientação tomada pelo TSE, portanto, correspondeu a uma revogação desse dispositivo legal.

No recurso eleitoral n° 10.266-SP, julgado dias depois, em que foi recorrente Walter Santana Menk, candidato a Prefeito de Cananéia pelo PSD (Partido Social Democrático), a mesma questão foi examinada. O Ministro Torquato Jardim resolveu alertar, sem sucesso, para possíveis conseqüências nefastas dessa jurisprudência do TSE:

> Ressalvo meu entendimento de que a desobediência a norma constitucional, auto-aplicável da declaratória de princípio, deve sempre ter conseqüência no campo do direito positivo.
> Ao não conferir efeito, no âmbito do direito eleitoral, ao descumprimento de norma constitucional auto-aplicável e evidente em si mesma, no que tange a utilização de dinheiros públicos, o egrégio Tribunal, com as devidas vênias à maioria que nele já se compôs, ensejará conseqüências imprevisíveis ao erário municipal e, particularmente, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário n.° 160.432-8 SP, em 1993, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de apreciar a questão. Havia sido impugnada a candidatura de José de Nadai, candidato do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) a Prefeito do Município do Sumaré, porque teve suas contas rejeitadas devido "tão-somente" (para usar a expressão do Ministro Celso de Melo) "à inobservância do percentual mínimo garantido ao Ensino" quando Prefeito em 1986. O relator, Celso de Mello, manifestou-se favoravelmente à jurisprudência do TSE:

> [...] a Corte Eleitoral, **limitando-se a interpretar o estatuto legal das inelegibilidades**, proclamou que a falta de aplicação de um percentual mínimo no ensino público não se subsume à noção de irregularidade insanável, apta a afetar, nos termos da Lei Complementar nº 64/90, quando rejeitadas as contas do Administrador por órgão competente, a capacidade eleitoral passiva do cidadão.
> O pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral, dessa maneira, não importou em qualquer ofensa ao texto da Constituição, mesmo porque a hipótese de inelegibilidade em causa, **estando unicamente prevista em lei complementar**, não teria o condão de ensejar, no específico contexto destes autos – e quanto à definição do seu alcance – o debate em torno da aplicação do preceito constitucional inscrito no art. 15, § 3º, d, da Carta de 1969 e no art.

> 212 da Constituição de 1988. [grifos do original]

Não haveria, segundo o Ministro, ofensa direta à Constituição; todo o problema dar-se-ia em plano infra-constitucional, a saber, a interpretação da Lei complementar n° 64. Portanto, a única sanção aplicável por violação do percentual mínimo seria, no caso, a intervenção estadual:

> O fato que resultou inquestionável neste caso, Sr. Presidente – a partir do entendimento consubstanciado no acórdão recorrido –, é que a norma constitucional institutiva dos percentuais com destinação compulsória e aplicação específica ao ensino **não impõe** ao Administrador faltoso, que deixe eventualmente de cumpri-la, a sanção política da inelegibilidade.
> Desse modo, a única conseqüência jurídico-constitucional que pode emergir do inadimplemento dessa obrigação imposta pela Lei Fundamental consiste na possibilidade de intervenção estadual nos Municípios (CF, art. 35, III). [grifo do original]

É surpreendente que seja referendada pelo tribunal constitucional brasileiro a posição de que não é grave o descumprimento da vinculação constitucional de receita prevista na Constituição. Trata-se de uma postura formalista, na medida em que ignora que, no mundo dos fatos, tal interpretação permitirá mais violações ao referido artigo 212, e por recusar-se a ver inconstitucionalidade na interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral de um diploma legal que é constitucional.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, corresponde a uma perversão do sistema criado pela Constituição, na medida em que a última medida, e mais drástica, que é a intervenção, torna-se praticamente a única. Clarice Seixas Duarte lembra que "havendo outros meios de coerção, como a via judicial, a via política (Câmara dos Vereadores) e o controle externo do Tribunal de Contas, estes devem ser utilizados em primeiro lugar, sem prejuízo de, num segundo momento, em caso de condenação, utilizar-se a outra modalidade de intervenção" (2003, p. 296).

Tais formas de controle, que deveriam ser usadas em primeiro lugar, deixam de sê-lo, o que é muito interessante aos políticos que desviam verba da manutenção e desenvolvimento do ensino. De fato, o Tribunal Superior Eleitoral, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ratificou seu entendimento de que não havia responsabilidade do administrador nesses casos. No recurso eleitoral especial n° 13.293-SE, julgado em 1996, o

relator Francisco Rezek adotou como motivação para o seu voto parecer do Ministério Público no julgamento acima referido do STF, segundo o qual:

> [...] a responsabilidade em tal hipótese, é do município e não do prefeito municipal individualmente. Isto porque a aplicação de recursos é um ato complexo do qual participam Legislativo e Executivo, por envolver a previsão de verba, matéria de lei, e a execução orçamentária, ato do prefeito.

Ora, é perfeitamente possível identificar a responsabilidade do Prefeito quando a violação da vinculação constitucional decorre da *execução* do orçamento, que é controlada pelos tribunais de contas! Essa jurisprudência, favorável a maus administradores, em verdade revoga parte da lei das inelegibilidades.

A inconsistência da posição assumida pelo TSE de aniquilamento da previsão de punição para a autoridade responsável pelo inadimplemento do dever constitucional manifesta-se, entre outras conseqüências funestas, na inexistência de punição para a área federal. Porquanto a Constituição apenas previu, como se referiu acima, intervenção nos Estados e nos Municípios por descumprimento do percentual mínimo – não seria possível intervenção na União pelos outros membros da federação...

A inadequação da jurisprudência pode ser constatada ainda pelo fato de que a intervenção, apesar de ter que seguir trâmites jurídicos, é essencialmente uma medida de natureza política, e não uma sanção jurídica[123], razão pela qual ainda não houve, desde a Constituição de 1988, intervenção federal em Estado, apesar dos vários pedidos. Dessa forma, embora formalmente eficaz, o preceito constitucional da vinculação tende a ter sua efetividade reduzida. A Constituição dificultou, por sinal, a possibilidade de intervenção, e o maior óbice é, seguramente, o do § 1.º do artigo 60: "A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio." Não há momento em que não esteja sendo discutida ou votada emenda constitucional...

Contra a lei orçamentária da União, já se tentou ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Procuradoria-Geral da República, no caso da lei n° 8.175, relativa ao exercício de 1991. A lei desrespeitaria o disposto no artigo 60 do ADCT que, na época, previa que ao menos cinqüenta por cento das receitas vinculadas à manutenção e ao

---

123 Rubens Ricúpero chegou a afirmar que a intervenção federal, que seria o único instrumento de que disporia a União quando os Estados federados violassem os tratados internacionais, é um "mecanismo voluntário" (1996, p. 168).

desenvolvimento do ensino deveriam ser usadas para "eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental" nos dez primeiros anos da promulgação da Constituição. Esse artigo jamais foi cumprido pela União, pois ela tem seus gastos concentrados no ensino superior, e foi alterado pela emenda constitucional n° 14 de 1996.

Enquanto essa previsão era vigente, tentou-se assegurar o seu cumprimento por meio de ação direta de inconstitucionalidade. A ação, de número 535, foi julgada prejudicada em 1994, pois a lei de 1991 – anual – não era mais vigente. De fato, tendo em vista a falta de celeridade do Judiciário nacional, esse tipo de ação jamais será apreciada, pelo que inexistem recursos efetivos contra esse problema no direito brasileiro.

Curioso notar que, neste caso, a deficiência na vinculação de recursos à educação não pôde ser julgada porque o dano tornou-se insanável – o ano orçamentário já havia passado. Na jurisprudência sobre inelegibilidade, o argumento usado foi justamente o oposto: essa deficiência não se caracterizaria como irregularidade insanável, portanto não poderia gerar o efeito de limitar os direitos políticos do mau administrador. À inconstância dos argumentos corresponde a imutabilidade dos resultados: o prejuízo à educação.

Com isso, é ferido o compromisso internacional de implementação progressiva do direito à educação, na medida em que é comprometida a garantia de financiamento da manutenção e desenvolvimento do ensino. A implementação pode ser conceituada como o conjunto de decisões, de organismos e de comportamentos de atores, concernentes à concretização de uma lei ou de um programa político (BLANKENBOURG, 1993, p. 291). Os direitos que demandam aplicação *stricto sensu* são aqueles que podem ser obtidos diretamente por meio da prestação jurisdicional, ou diretamente pelo interessado. Os direitos que necessitam de implementação são aqueles que não podem ser obtidos diretamente por meio da prestação jurisdicional, uma vez que dependem da consecução de uma política pública. Sem o controle das políticas públicas (neste caso, do financiamento), não se pode garantir a efetividade desse tipo de direito.

A violação ocorre, deve-se ressaltar, por meio de uma posição isolacionista, porquanto a força vinculante dos princípios internacionais da progressividade dos direitos sociais e da garantia da dimensão coletiva do direito à educação é ignorada em prol de supostas restrições do direito nacional. E o princípio, lembra-nos Comparato, distingue-se das regras pela "maior amplidão do seu campo de incidência", "maior força jurídica" e "permanência em vigor em caso de conflito normativo" (1999, p. 15). A normatividade dos princípios confere o caráter

obrigatório à Declaração de Direitos Humanos da ONU (COMPARATO, 1999, p. 14) e de diversas previsões dos tratados internacionais, cuja amplidão de incidência caracteriza-as como princípios jurídicos.

Dessa forma, não há o que se estranhar na afirmação de que as previsões do Direito internacional acerca dos direitos econômicos, sociais e culturais incidem diretamente sobre as políticas públicas; asseveram Victor Abramovich e Chrstian Courtis que cabe às decisões judiciais ser instrumento para a formação dessas políticas (1999, p. 360-361); os tratados internacionais nessa matéria podem ser aplicados diretamente pelos tribunais nacionais. Scheinin (1999, p. 366-367) evoca o exemplo do direito à assistência social, previsto na Carta Social Européia e aplicado pelos tribunais da Suécia, embora seja um Estado dualista, pelo que, em princípio, o tratado não teria aplicabilidade direta.

Com a negação do acesso à educação, o ensino superior mantém seu caráter elitista, e mantém atualidade o quadro que Lima Barreto apontou na crônica antes aludida, *As reformas e os "doutores"*, de 1921: "[...] os jovens doutores podem se encher de várias prosápias e afastar concorrentes mais capazes.

Não tem outro fim atualmente o nosso ensino superior." (2004, p. 304).

Interessante é notar que a dimensão individual do direito à educação é garantida pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, encontram solução satisfatória casos em que é solicitado o deferimento da matrícula de alunos em escolas públicas, negadas pelo poder público geralmente por alegação de falta de vagas. Já há decisões que determinam que o Município proporcione até mesmo matrícula em pré-escola (ou seja, o dever constitucional não engloba apenas o ensino fundamental). O Ministro Marco Aurélio decidiu como relator no recurso extraordinário n° 411.518-2 SP, julgado em 2004, que o Município de Santo André deveria fazer a matrícula de menor em creche, tendo em vista o disposto no artigo 208, IV da Constituição da República: é dever do Estado o "atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade".

Todavia, a realização da dimensão individual desse direito social pode ser efetiva, se a dimensão coletiva é negada? A resposta, evidentemente, é negativa. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, como exemplo de falta de "eficácia social" dos direitos humanos, refere-se justamente à educação: "Se se obriga a freqüência da criança à escola até os 14 anos de idade, mas não se dão escolas ou condições mínimas para que a família possa sustentá-la, esta norma é letra morta." (2000, p. 294). Sem a dimensão coletiva desse direito social, que é o da realização

de políticas públicas eficientes, a própria dimensão individual é comprometida. Essa noção, presente no Direito internacional, é discutida na seção seguinte.

III.2.3 A questão da proteção dos direitos sociais pelo Direito internacional e a dicotomia entre coletivo e individual no direito brasileiro:

A dicotomia entre as dimensões individual e coletiva não é incomum no Direito brasileiro. Em certos campos, ela é estrutural, como no Direito do trabalho: ao lado da legislação trabalhista, há o direito sindical. A estrutura sindical brasileira, inspirada, ao tempo de Vargas, pelo modelo do fascismo italiano, ainda não se libertou completamente das origens, marcadas pela necessidade de autorização do Estado para a criação das organizações sindicais e pela possibilidade de intervenção do Ministério do Trabalho. A Constituição de 1988, enfim, proibiu a interferência e a intervenção do Estado, bem como a autorização do Estado para a criação das organizações sindicais (art. 8, I). Contudo, persistem o princípio da unicidade da representação sindical na mesma base territorial (art. 8º, II) e a contribuição compulsória, conhecida como imposto sindical (art. 8º, IV), que permite que sindicatos sem nenhuma representatividade efetiva sobrevivam às custas da categoria.

Tarso Genro vê uma "relação contraditória entre a *legislação do trabalho individual* que afirma o trabalhador como portador de direitos subjetivos que se esgotam na sua individualidade, e a *legislação do direito sindical e coletivo*, que concretamente é um obstáculo à consolidação de direitos subjetivos coletivos" [grifos do original] (1988, p. 69). Essa contradição decorre da dicotomia entre individual e coletivo, paralela à contradição entre particular e público, que Machado de Assis apontava na crônica de 1876 sobre a cultura da ilegalidade no Brasil. Apesar de direitos individuais serem previstos, os instrumentos coletivos e associativos que serviriam para garanti-lo sofrem deficiências que limitam a efetividade daqueles direitos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no tocante às normas internacionais de direitos sociais, têm refletido essa dicotomia, presente em nossa cultura jurídica, que reforça uma cultura política contrária à autonomia das classes trabalhadoras. Um

exemplo foi a representação de inconstitucionalidade n° 803, promovida pela Procuradoria-Geral da República contra o Decreto legislativo n° 33 de 1964, que ratificou a Convenção n° 110 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Essa Convenção, de 1958, diz respeito aos trabalhadores em plantações e foi ratificada pelo Brasil em 1965. Expressões dos artigos 62, 64 e 68, § 2º foram consideradas inconstitucionais em 1977. O Brasil, porém, já a havia denunciado em 1970, pelo que o tratado já não mais o vinculava.

Na ementa do acórdão (e durante o julgamento), os Ministros cometem um evidente erro de Direito internacional, induzidos pelo Procurador-Geral da República. Na Representação, o Procurador afirmou que o "Congresso nacional a [a Convenção] ratificou pelo Decreto legislativo n° 33/1964". Os Ministros repetem o manifesto equívoco em seus votos. De acordo com a longeva prática internacional, e também segundo a Constituição brasileira da época (e a atual, pode-se acrescentar), a competência para a prática do ato internacional de ratificação de tratado é do Poder Executivo. A aprovação do tratado pelo Poder Legislativo, que deve ser prévia à ratificação, é ato interno e não vincula o Estado internacionalmente.

A Procuradoria-Geral da República e o Supremo Tribunal Federal, pois, demonstravam pouca intimidade com conceitos básicos do Direito internacional. A pouca familiaridade com esse ramo jurídico desdobrou-se em hostilidade durante o julgamento, com uma tomada de posição nitidamente isolacionista e também contrária aos direitos sociais na sua dimensão coletiva. Previa a Convenção:

> Art. 62. Os empregadores e os trabalhadores sem qualquer distinção têm direito, sem autorização prévia, de constituir organizações de sua escolha, bem como de se filiar a essas organizações, com a única condição de se sujeitarem aos estatutos desta última.
> [...]
> Art. 64. As organizações de empregadores e as de trabalhadores não são sujeitos a dissolução ou suspensão pelas autoridades administrativas.
> [...]
> Art. 68 [...]
> 2. A legislação nacional não deverá ser contrária nem aplicada de modo contrário às garantias previstas pela presente parte da Convenção.

O parágrafo segundo do artigo 68 referia-se à seção sobre liberdade sindical, à qual pertencem os outros artigos transcritos.

A Carta de 1969 previa a liberdade sindical no artigo 159, dispondo sobre as organizações sindicais que "a sua constituição, a representação legal, nas convenções coletivas do trabalho e o exercício de funções delegadas pelo poder público serão reguladas em lei". À evidência, a Convenção não poderia ser considerada inconstitucional, uma vez que estava de acordo com o princípio constitucional da liberdade sindical, e tinha trazido a regulamentação legal requerida.

Contudo, essa liberdade, na prática, era negada pela regulamentação infra-constitucional. E não convinha à ditadura militar, pressurosa de intervir nos movimentos de trabalhadores, conceder-lhes autonomia. O Supremo Tribunal Federal, embebido na cultura autoritária, deixou-se guiar pelo princípio hermenêutico jamais expresso, mas tantas vezes implícito, da inefetividade das disposições constitucionais sobre direitos humanos, e considerou inconstitucionais as expressões "sem autorização prévia" e "com a única condição de se sujeitarem aos estatutos destas últimas" do artigo 62, de forma a tutelar a liberdade sindical; "ou suspensão" do artigo 64, para a intervenção do Estado na vida sindical; e o § 2º do artigo 68, de maneira que, hermeneuticamente, a legislação nacional, já interpretada segundo o princípio da inefetividade da liberdade constitucionalmente prevista, pudesse sê-lo em desacordo com a liberdade prevista no tratado internacional.

O Procurador-Geral da República empregou como fundamento da representação de inconstitucionalidade o que Garapon chama de "provincianismo constitucional", a saber, limitar no Direito o universalismo pelo constitucionalismo, numa equivocada inquietude pela identidade da cultura jurídica nacional (1992). Hoje, como Canotilho bem lembra, o Direito constitucional é, "cada vez mais", internacional e também (no caso da União Européia) comunitariamente dependente (2002, p. 212). O provincianismo constitucional corresponde a um isolacionismo jurídico que, no caso, serviu para impedir que os direitos humanos fossem ampliados pelo Direito internacional. Prosseguia o Procurador-Geral:

> [...] aplicada a Convenção, de que se trata, como lei interna, ocorrerá drástica e radical subversão no sistema sindical brasileiro, alienando-lhe as peculiaridades e singularidades já estratificadas depois de longa experiência legislativa. Além do mais, todo um sistema embasado em princípios éticos, filosóficos e políticos, consubstanciando as aspirações nacionais e exprimindo a vocação das classes produtoras – empresários e operários –, não poderia ser destruído, por força de convenções internacionais, sem por em grave risco a segurança das organizações classistas já existentes.

A autonomia das organizações sindicais, embora prevista na Constituição, foi atacada como estrangeirismo violador dos valores nacionais. De fato, atacar esses supostos valores não estava entre os planos da ditadura militar. O isolacionismo da posição é claro na posição de que não poderia haver mudança legislativa por tratado internacional. O argumento não fazia sentido no sistema constitucional, tampouco em relação à legitimidade democrática (sei, contudo, que não se trataria de um argumento a ser levado em conta em época de atos institucionais e decretos-lei) devido à aprovação pelo Congresso do tratado. O apelo do Procurador à tradição faz-nos remontar às considerações no primeiro e no segundo capítulos a esse típico argumento do conservadorismo, denunciado por Rousseau a respeito de Grotius e por Marx sobre a Escola Histórica do Direito, a qual legitimava a ignomínia de hoje pela de ontem.

O Ministro Djaci Falcão, relator da representação, viu apenas contrariedade à lei, e a isso chamou inconstitucionalidade, em relação ao artigo 64: ao perceber que a Convenção previa de forma diferente da Consolidação das Leis do Trabalho e do Estatuto do Trabalhador Rural. A Convenção "Não se coaduna, desse modo, com a diretriz *legal*. Tenho, pois, como *inconstitucional* a expressão "ou suspensão"." [grifos meus].

É de notar que não são raros os casos em que o Supremo Tribunal Federal conheceu hipóteses de inconstitucionalidade indireta. Na jurisprudência antes referida sobre a lei de inelegibilidades, ocorreu ofensa que, *formalmente*, era *indireta* (a interpretação não tirava a eficácia formal do artigo sobre vinculação de receitas ao ensino), mas *materialmente direta* à vinculação constitucional, tendo em vista que a interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral retira a garantia jurídica (a sanção da inelegibilidade) de eficácia social, ou efetividade daquela vinculação. Na presente representação de inconstitucionalidade, o antagonismo da Convenção em relação à lei nacional já existente foi convertido em inconstitucionalidade, em vez de se considerar que as normas legais internas contrárias ao tratado haviam sido revogadas – trata-se, pois, de uma inconstitucionalidade indiretíssima, na verdade transversa, pois a Convenção apenas mantinha o princípio da Carta de 1969...

Em relação ao § 2.º do artigo 68, o relator não encontrou mais a dizer senão "contrapõe-se ao espírito do art. 159, da Constituição Federal, antes esclarecido". O extremo laconismo da motivação, se se pode falar em motivação no caso, parece-me ocultar, sob o véu retumbante do silêncio, o profundo antagonismo da disposições com a *principiologia* adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Este é o ponto mais importante: segundo a orientação do Tribunal, as

liberdades previstas na Constituição deveriam ser interpretadas restritivamente, podendo ser limitadas por normas infra-constitucionais. Trata-se não apenas de uma interpretação assistemática, como também infensa aos direitos humanos (esse tipo de interpretação, ver-se-á na seção 3.3 deste trabalho, ainda é adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em relação ao Pacto de São José da Costa Rica). Estudou-se, na seção II.4 deste trabalho, como o princípio da efetividade, no Direito internacional dos direitos humanos, é previsto para evitar a produção legal da ilegalidade e, assim, tentar garantir a máxima eficácia desses direitos em um determinado contexto. O dispositivo da Convenção n° 110 previa tão-somente que a lei interna deveria respeitar o princípio da liberdade sindical prevista naquela seção do tratado, que, como se viu, estava previsto na Constituição.

É claro que, tendo expurgado do tratado o que julgaram inconstitucional, não haveria sentido algum em ver alguma ofensa no § 2º do artigo 68, eis que nada mais haveria sobrado, na Convenção, de ofensa à lei interna. O problema, contudo, é que se trata de uma norma sobre direito – norma secundária, na teoria de Hart – que limitava a interpretação e a aplicação da lei para que fossem conformes com o princípio protegido.

A orientação hermenêutica do Supremo Tribunal Federal era bem oposta: a de, por meio da lei federal (cuja *ratio* passa, numa inversão do sistema jurídico, a determinar o sentido constitucional), impedir a efetividade do princípio da autonomia dos trabalhadores. Não se trata apenas de irracionalidade; ocorre uma forma de produção legal da ilegalidade, já há muito praticada. Marx, na célebre análise da Constituição francesa de 4 de novembro de 1848, revelou como a letra da Constituição, aludindo a "direitos democráticos", era negada pela lei eleitoral: a constituição previa que todos os franceses que pudessem exercer direitos políticos eram elegíveis, mas deixava à lei a tarefa de determinar quem poderia exercer esses direitos. Com isso, houve uma brutal redução do eleitorado, devido ao voto censitário, que excluiu as classes trabalhadoras da participação política. Desta forma Marx refere-se aos "detalhes" legais que negam os princípios constitucionais:

> As eternas contradições deste absurdo de uma Constituição mostram de forma suficientemente clara que, embora a burguesia em *palavras* possa ser democrática, mas não em suas ações, ela reconhecerá a verdade de um princípio, mas nunca o implementará – e a verdadeira "constituição" francesa não se encontra na Carta, que nós interpretamos, e sim nas leis orgânicas promulgadas acima do fundamento constitucional, as quais nós brevemente esboçamos ao leitor. Os *princípios* estavam à mão – os *detalhes* foram deixados

para o futuro, e com esses detalhes a descarada tirania foi de novo erguida como lei! [124]

No julgamento da representação, o Ministro Eloy da Rocha discordou da posição isolacionista dos outros Ministros: "Quando a Constituição preceitua que a lei regulará a constituição do sindicato obsta a que convenção internacional a regule?"; "O argumento da maioria é este: a convenção não pode revogar lei ordinária".

De fato, o julgamento deixou clara a posição de que o direito internacional, na medida que trouxesse direitos sociais (na área de acordos tributários, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal adotaria posição bem outra, sustentando a eficácia interna de tratados mesmo diante de normas internas posteriores que lhes eram contrárias, devido ao artigo 98 do Código Tributário Nacional), somente poderia ser eficaz se não contrariasse as normas infra-constitucionais já existentes. Nessa área, portanto, o Tribunal fez com que lei *anterior* ao tratado o anulasse.

No primeiro capítulo, afirmou-se, com Schwarcz, que a norma internacional consegue ser recepcionada no Brasil, desde que não encontre condições para ser aplicada. Em relação aos direitos sociais, pode-se destacar mais um caso: a recente ratificação e a denúncia pelo Brasil da Convenção nº 158 da OIT. O Congresso Nacional aprovou-a um pouco mais de dez anos depois de o Brasil tê-la assinado por meio do decreto legislativo n° 68 de 16 de setembro de 1992. O Poder Executivo ratificou-a em 5 de janeiro de 1995, e, um ano depois, ela entrou em vigor para o Brasil. Com o decreto n° 1.855, de 10 de abril de 1996, o Presidente da República enfim a promulgou[125]. Em 20 de novembro do mesmo ano, todavia, o Executivo resolveu denunciá-la, e o Presidente da República editou o decreto n° 2.100, de 20 de dezembro de 1996, tornando público que, em 20 de novembro do ano seguinte, a Convenção deixaria de vigorar para o Brasil.

Essa Convenção previa a proteção do trabalhador contra a demissão injustificada mediante reintegração ou indenização. Ela havia sido muito discutida na doutrina trabalhista: seria auto-aplicável[126]? Constitucional? O inciso I do artigo 7.º da Constituição prevê

---

124 *Die ewigen Widersprüche dieses Humbugs von einer Konstitution zeigen klar genug, daß die Bourgeoisie zwar in Worten demokratisch sein kann, aber nicht in ihren Handlungen, sie wird die Wahrheit eines Prinzips anerkennen, es aber nie in die Praxis umsetzen - und die wirkliche "Konstitution" Frankreichs findet sich nicht in der Charta, die wir wiedergegeben haben, sondern in den auf ihrer Grundlage erlassenen organischen Gesetzen, welche wir dem Leser kurz umrissen haben. Die Prinzipien waren vorhanden - die Details wurden der Zukunft überlassen, und mit jenen Details wurde die schamlose Tyrannei wieder zum Gesetz erhoben!*

125 A morosidade na aprovação dessa Convenção não representou um caso isolado: a urgência raramente infunde a agenda social dos Poderes no Brasil.

126 Na França, não há dúvida sobre a sua eficácia: o Conselho de Estado considerou-a eficaz no plano interno em outubro de 2005, em decisão sobre a lei do contrato de "nouvelles embauches" (novas contratações) e a incluiu

ser um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos". Lychowski lembra que esse direito constitucional inspira-se na doutrina da nulidade da despedida arbitrária (1997, p. 90), pelo que deve haver reintegração ou pagamento de indenização adequada se o empregado for despedido arbitrariamente (1997, p. 88).

O governo, com a polêmica, decidiu denunciar o tratado, o que foi uma atitude inconsistente, segundo Trindade, pois o Brasil havia, três meses antes da denúncia ratificado o Protocolo de San Salvador, que também prevê a proteção contra dispensa ou demissão injustificada em seu artigo 7.º (2003, p. 629).

A Confederação Nacional do Transporte[127] e a Confederação Nacional da Indústria propuseram a ação direta de inconstitucionalidade n.° 1.480 contra a Convenção. Em setembro de 1997, pouco mais de dois meses antes de ela deixar de vigorar para o Brasil, quase dez meses depois da denúncia, o Supremo Tribunal Federal julgou a medida liminar para deferi-la em parte, sem redução do texto. Segundo o relator:

> O **primado** da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é **oponível** ao princípio **pacta sunt servanda**, **inexistindo**, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da **concorrência** entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá **sempre** prevalecer sobre os atos de direito internacional público.
>
> Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil – ou aos quais o Brasil venha a aderir – **não podem**, em conseqüência, **versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar**. É que, em tal situação, **a própria Carta Política** subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao **exclusivo** domínio normativo da lei complementar, que **não** pode ser substituída por **qualquer** outra espécie normativa infraconstitucional, **inclusive** pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. [grifos do original]

A posição de que não existe o problema de conflito de normas devido ao

---

na fundamentação da decisão, não verificando conflito entre a lei e a convenção. Há controvérsia, no entanto, sobre essa compatibilidade. Decisão de abril de 2006 do Conselho de Prud'hommes de Longjumeau considerou que a lei violava a norma da OIT, pois o período desse novo contrato de experiência, que não dá garantias em caso de demissão, é de dois anos. Tal duração não seria razoável e, por isso, tendo em vista a hierarquia superior da norma internacional sobre a interna, a nova lei estaria "privada de efeito jurídico" (privée d'effet juridique). A controvérsia judicial continua.

127 Essa Confederação foi excluída do processo, por ter sido considerado ilegítima à luz do artigo 103 da Constituição.

"primado da Constituição", repetidas vezes corroborada pelo Supremo Tribunal Federal, que equivale a afirmar que o Direito internacional é parte do direito nacional – afirmação incompatível, escreveu Kelsen, com a existência de uma pluralidade de Estados, e tributária da tese da soberania absoluta do Estado; trata-se mesmo de uma "negação radical do direito internacional" (KELSEN, 2002, p. 130-132). O argumento, pois, demonstra certa dificuldade do Supremo Tribunal Federal em perceber a existência do mundo. Esse isolacionismo manifesta-se aqui em uma postura formalista de negação da existência de conflitos normativos, como se a harmonia do sistema jurídico fosse dada de antemão (comos e viu no segundo capítulo deste capítulo, a própria história do direito – além da prática cotidiana dos tribunais – negam essa pretensão), e não tivesse que ser construída pelos aplicadores do Direito. A Corte também reafirmou sua falta de compromisso com o princípio *pacta sunt servanda* – ver-se-á, a seguir, que a Corte Argentina adota posição oposta.

O segundo parágrafo é interessante porque explicita outra limitação para os tratados internacionais, dentro da cultura jurídica isolacionista que o Tribunal reflete: eles não podem abordar matéria de lei complementar – que é prevista no inciso I do artigo 7º da Constituição. como resultado, a Convenção n.º 158 só poderia ter força "programática". Foi decidido "**afastar** qualquer exegese" que "venha a tê-las [as normas da Convenção] como auto-aplicáveis" [grifo do original].

O Ministro Carlos Velloso discordou dessa posição. Não se trataria de conflito com o artigo 7.º, I da Constituição, porquanto a Convenção deveria integrar-se segundo o § 2.º do artigo 5.º, na categoria de tratado de direitos humanos:

> [...] é lícito afirmar que a Convenção 158/OIT incorporou-se à ordem jurídica brasileira com característica autônoma, vale dizer, independentemente da disposição inscrita no art. 7º, I, da C.F. [...]
>
> [...] É dizer, ela contém direitos e garantias, que são direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores de cunho constitucional, na forma do que estabelece o § 2º do art. 5º, da C. F.

Carlos Velloso também considerou, em contraste com a maioria, que a convenção, em suas linhas gerais, era auto-aplicável. De acordo com a interpretação adotada neste trabalho ao dispositivo constitucional sobre tratados de direitos humanos, penso que a posição desse Ministro era a mais acertada.

Em 2001, a ação foi julgada extinta: devido à denúncia, ela perdeu o objeto.

No entanto, a questão não foi encerrada: espera julgamento a ação direta de inconstitucionalidade n° 1625, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT)[128], que ataca a denúncia da Convenção n° 158, feita pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso. A petição inicial da ação fundamenta-se em parecer de Arnaldo Sussekind, que opinou, seguindo a posição de Pontes de Miranda diante da Constituição de 1967, pela inconstitucionalidade de denúncia de tratado sem a anuência do Congresso Nacional devido à previsão do artigo 49, I da Constituição: compete exclusivamente ao Congresso "resolver definitivamente sobre os tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional". O relator, Maurício Corrêa, e Carlos Britto votaram no sentido de julgar a ação procedente em parte para que a denúncia apenas se tornasse eficaz após o referendo do Congresso Nacional. O Ministro Nelson Jobim pediu vistas dos autos e o julgamento da liminar foi interrompido em 2 de outubro de 2003. Somente em 29 de março de 2006 o julgamento prosseguiu, e Nelson Jobim votou pela improcedência da ação. Nessa ocasião, o Ministro Joaquim Barbosa pediu vista dos autos.

Na seção II.3 deste trabalho, aludiu-se às limitações do Direito internacional em garantir os direitos humanos. A deficiência é maior no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Lembra Malcolm Shaw que o Comitê criado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU não é autônomo e tem meios fracos de implementação (2003, p. 287).

O sistema europeu possui também falhas. Na União Européia, áreas como educação e saúde estão excluídas não são campo de normas de harmonização entre os Estados, pelo que a ação social comunitária se concentra principalmente no campo do trabalho (BELL, 2002, p. 386). O Tratado de Roma, que criou a Comunidade Econômica Européia, é explícito: no artigo 149, § 4º. prevê a "exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros" na área de saúde, e medida análoga é prevista para a educação pública no artigo 152, § 4.º, *c*.

Os direitos econômicos sociais e culturais, embora sejam objeto de fiscalização internacional (como da Organização Internacional do Trabalho e do Comitê do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), normalmente recebem mecanismos de proteção mais fracos, como o sistema de envio de relatórios. No Conselho da Europa, por

128 A CUT, por maioria, foi excluída do processo, tendo em vista sua falta de legitimidade diante do artigo 103 da Constituição da República.

exemplo, há um sistema de queixas coletivas referente à Carta Social Européia; as queixas são enviadas ao Comitê Europeu de Direitos Sociais, formado por especialistas independentes, que prepara um relatório. Mas é o Comitê de Ministros, que representa os governos europeus, que tem o poder de fazer recomendações, com base nos trabalhos do Comitê Europeu de Direitos Sociais, aos Estados que porventura estejam a violar a Carta Social. Mas aqueles trabalhos tendem a ser desconsiderados, na maior parte das vezes. Como resultado, por vezes a efetividade do sistema tende a se confundir com o simples envio de relatórios pelos Estados que são membros do tratado. Por exemplo, o Comitê de Ministros, apesar do relatório em que o Comitê Europeu de Direitos Sociais constatou a violação da Carta pelo Estado português, devido à queixa n° 1 de 1998, não dirigiu recomendação a Portugal por não combater a exploração do trabalho infantil. O caráter político do Comitê de Ministros faz com que tenda a absolver os Estados na maior parte das vezes (CHURCHILL; KHALIQ, 2004, p. 447).

A OEA aprovou o Protocolo de San Salvador, que se destinam a proteger os direitos econômicos, sociais e culturais, que não são objeto do Pacto de São José da Costa Rica. A Corte Interamericana não tem competência para julgar as violações desse Protocolo, que são controladas por meio de um sistema de envio de "relatórios periódicos sobre as medidas progressivas" (artigo 19) adotadas pelos Estados para a implementação dos direitos previstos. O § 6º do artigo 19, contudo, prevê duas exceções: em caso de violação do artigo 8º, § 1º, *a* ("direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses") e 13 (direito à educação), "tal situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos." O condicional "poderia", creio, refere-se ao fato de que nem todos os Estados reconhecem a competência da Corte, e à possibilidade de a Comissão não aceitar a petição, caso não estejam presentes as condições de admissibilidade[129]. É claro que a apreciação pela Corte só se dará em relação a Estados que lhe reconheceram a jurisdição. O parágrafo seguinte prevê a competência tradicional da Comissão Interamericana para formular recomendações aos Estados-membros da OEA.

---

129 O texto em inglês é mais assertivo, com o uso do verbo *may* em vez de *might*: "*Any instance in which the rights established in paragraph a) of Article 8 and in Article 13 are violated by action directly attributable to a State Party to this Protocol may give rise, through participation of the Inter-American Commission on Human Rights and, when applicable, of the Inter-American Court of Human Rights, to application of the system of individual petitions governed by Article 44 through 51 and 61 through 69 of the American Convention on Human Rights.*"

O interessante é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já possui jurisprudência sobre direitos econômicos, sociais e culturais com base tão-somente na Convenção Americana, cujo artigo 26 prevê a progressividade desses direitos. Trata-se do caso dos Cinco Aposentados contra o Peru, julgado em 2003. Nesse caso, Torres Benvenuto, Mujica Ruiz-Huidobro, Álvarez Hernández, Bartra Vásquez, e os parentes de Gamarra Ferreyra pediram a diferença de seus proventos, que foram rebaixados em 1992 pelo Decreto-lei n° 25792 em aproximadamente 78%. A Corte Suprema de Justiça do Peru decidiu em favor dos autores em 1994, mas as sentenças não foram cumpridas, pelo que foram propostas ações de não-cumprimento por três dos autores. Em 1998 e 2000, o Tribunal Constitucional também decidiu em favor deles. Em 18 de março de 2002, foram pagas as diferenças entre os valores devidos e os efetivamente pagos, de novembro de 1992 até fevereiro de 2002, mas sem juros.

Os autores recorreram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que acabou por levar o caso à Corte. Foi alegado que lhes foi violado o direito de propriedade sobre as quantias que deixaram de receber. Foi uma saída jurídica muito criativa, pois a Convenção não prevê o direito à previdência (um direito social), mas o da propriedade privada (um direito civil), no artigo 21. A Corte verificou a violação desse artigo:

> 103. À luz do assinalado na Constituição Política do Peru, do disposto pelo Tribunal Constitucional peruano, em conformidade con o artículo 29, *b* da Convenção – o qual proíbe uma interpretação restritiva dos direitos –, e mediante uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, esta Corte considera que, desde o momento em que os senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra e Reymert Bartra Vásquez pagaram suas contribuições ao fundo de pensões regido pelo Decreto-lei nº 20530, deixaram de prestar serviços à SBS e foram amparados pelo regime de aposentadorias previsto no mencionado decreto-lei, adquiriram o direito a que seus proventos se regessem segundo os termos e condições previstos no mencionado decreto-lei e suas normas conexas. Em outras palavras, os aposentados adquiriram um direito de propriedade sobre os efeitos patrimoniais do direito à aposentadoria, em conformidade com o Decreto-lei nº 20530 e nos termos do artigo 21 da Convenção Americana. [130]

130 *103.A la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional peruano, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención -el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra y Reymert Bartra Vásquez pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley Nº 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto-ley y sus normas*

Note-se que a Corte seguiu os princípios próprios do Direito internacional dos direitos humanos: a interpretação não poderia ser restritiva nesse campo, e as fontes jurídicas foram tratadas de acordo com a intertextualidade dinâmica: tratado e lei interna foram correlacionados, e o direito foi visto sob um prisma evolutivo.

A Corte também considerou ter havido violações do artigo 25 da Convenção, que trata da proteção judicial, porquanto as sentenças do Judiciário peruano, favoráveis aos autores, somente foram executadas em 2002 – oito anos depois das decisões da Corte Suprema de Justiça.

Interessa particularmente, pela novidade na jurisprudência da Corte da OEA, a decisão a respeito do artigo 26 da Convenção, que prevê a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Os autores argumentaram que, como os seus proventos foram diminuídos, o princípio da progressividade havia sido violado pelo Peru. Esse argumento não foi acolhido pela Corte, não porque a progressividade não seria controlável por via judicial (argumento repetido pelos que negam aos direitos sociais, econômicos e culturais o que os juristas americanos chamam de *justiciability*, isto é, a possibilidade de um direito ser atendido por meio da prestação jurisdicional [131]), e sim porque a violação não teria ocorrido no caso:

> 147. Os direitos econômicos, sociais e culturais têm uma dimensão tanto individual quanto coletiva. Seu desenvolvimento progressivo, sobre o qual já se pronunciou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, se deve medir, segundo o critério deste Tribunal, em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral, e do direito à seguridade social e à aposentadoria em particular, sobre o conjunto da população, tendo presentes os imperativos da eqüidade social, e não em função das circunstâncias de um muito limitado grupo de pensionistas não necessariamente representativos da situação geral prevalecente.
>
> 148. É evidente que esse último é o que ocorre no presente caso e por isso a Corte considera procedente não estimar a solicitude de pronunciamento sobre o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais no Peru, no marco deste caso.

---

conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto-Ley Nº 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana.

131 Isto é, para o governo americano, os direitos econômicos, sociais e culturais não possuem natureza jurídica. Lembra Linda Keller que o governo americano sempre foi relutante em considerar que um patamar mínimo de meios para a sobrevivência fosse considerado um direito. Os EUA são ainda a única grande democracia a não ter ratificado o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (2003, p. 562). A oposição explica-se pela ideologia individualista e liberal que prevalece nesse Estado, segundo a qual esses direitos contrariariam o espírito da economia de mercado.

Como a progressividade refere-se à dimensão coletiva, e não à individual, dos direitos econômicos, sociais e culturais, não seria possível apreciá-la em demanda estritamente individual. Mas o precedente é importante porque admitiu a possibilidade da Corte avaliar as políticas públicas de um Estado-membro no tocante à progressividade prevista no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. O magistrado Carlos Vicente de Roux Rengifo discordou da maioria e sustentou em seu voto divergente:

> Sem embargo, o raciocínio segundo o qual seria procedente submeter ao *test* do artigo 26 as atuações dos Estados que afetam o conjunto da população não aprece ter fundamento na Convenção, entre outras razões porque a Corte Interamericana não pode exercer – à diferença do que ocorre com a Comissão – um trabalho de monitoramento geral sobre a situação dos direitos humanos, quer sejam os civis e políticos, quer sejam os econômicos, sociais e culturais. O Tribunal somente pode atuar diante de casos de violação de direitos humanos de pessoas determinadas, sem que a Convenção exija que elas tenham que alcançar determinado número.[132]

O argumento é interessante: seria a Corte competente apenas para demandas individuais, e não em relação às coletivas? Creio que a resposta deve ser dada em função dos direitos que ela protege: segundo o artigo 62, § 3.º, ela possui competência, em razão da matéria, para julgar violações dos direitos previstos no Pacto de São José da Costa Rica. O artigo 26 do Pacto refere-se às "normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires". Creio que a referência ao Protocolo deve ser entendida como à última alteração em vigor da Carta (que, hoje, é a do Protocolo de Manágua, de 1993), pois o de Buenos Aires era o último Protocolo que se havia celebrado quando foi elaborado o Pacto de São José da Costa Rica, e porque não teria sentido que um texto revogado continuasse em vigor, principalmente na área de direitos humanos, que deve ser regida pela progressividade.

A Carta da OEA refere-se à erradicação da pobreza crítica (art. 2º, *g*; art. 3º., *f*; art. 34); erradicação do analfabetismo (art. 34, *h*, art. 50); direito à alimentação (art. 34, *j*);

---

132 *Sin embargo, el razonamiento según el cual solo sería procedente someter al* test *del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer –a diferencia de lo que ocurre con la Comisión– una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal solo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija éstas tengan que alcanzar determinado número*.

direito à habitação (art. 34, *k*); direito ao trabalho e à aposentadoria (art. 34, *b*); associação sindical (art. 34, *c*); inclusão social (art. 34, *f*); previdência social (art. 34, *h*); educação (art. 47 e 49); acesso aos bens culturais (art. 50), entre outros direitos econômicos, sociais e culturais. Além disso, a Corte Interamericana é competente para julgar violações aos artigos 8.º, *a* e 13 do Protocolo de San Salvador, como já referido.

Parece claro, por conseguinte, que a Corte pode apreciar demandas de natureza coletiva, que digam respeito a políticas públicas do Estado. Que tipo de apreciação ela poderá fazer a respeito?

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que se trata de um campo, no mais das vezes, ligado a questões de justiça distributiva, isto é, de repartição das riquezas sociais, do uso dos recursos públicos para a promoção da igualdade e para a redução da exclusão social; por essa razão, José Reinaldo de Lima Lopes lembra que esse campo é de conflitos multilaterais, e não bilaterais, e o Judiciário torna-se instância de "negociação ou mediação", em que "a forma tradicional de adjudicação é menos eficaz" (2001, p. 82). A "solução natural" desse campo é uma política pública (1994, p. 24).

Outro desafio é a avaliação da política pública, que, por corresponder, segundo Comparato, a "uma *atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado", "unificada pela sua finalidade", essas normas e atos podem se conformar, em si mesmas, às normas orientadoras de ação, embora a própria política pública, enquanto conjunto, viole os objetivos dessas normas que impõem determinados programas de atividades (1998, p. 45). Comparato entende necessária, no Brasil, uma emenda constitucional que permitisse uma demanda judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas com efeito desconstitutivo e também, segundo a hipótese, injuntivo ou mandamental (1998, p. 47). Nesse ponto, deve-se reconhecer que haveria uma grande dificuldade de o Judiciário analisar tecnicamente as políticas públicas e os problemas de planejamento, questões a que esse Poder não está habituado; a análise técnica de peritos seria inafastável.

Ademais, como lembra Clarice Seixas Duarte, a implementação dos direitos sociais por meio do Judiciário relaciona-se com os limites entre o jurídico e a esfera política, fazendo-se necessário que o Judiciário não se omita diante da ilegalidade, ou da inconstitucionalidade das políticas públicas – mas essa omissão, segundo a autora, está arraigada na cultura jurídica brasileira, sob o pretexto de uma "neutralidade axiológica" (2004, p. 117),

que se pode comparar à meta de neutralidade política da Teoria Pura do Direito.

Além das dificuldades apontadas por esses três autores sobre o exame judicial das políticas públicas no campo dos Judiciários nacionais, no âmbito do Direito internacional há mais um fator complicador: a soberania. Poderia um tribunal internacional avaliar as políticas públicas internas de um Estado?

Deve-se reconhecer que, na realidade internacional, esse controle já ocorre no campo das organizações internacionais financeiras e econômicas: o Fundo Monetário Internacional (FMI), por exemplo, por meio do princípio da condicionalidade, realiza empréstimos a Estados membros com dificuldades de ordem cambial ou financeira, se esses Estados seguirem determinadas políticas econômicas que, teoricamente, resolverão seus problemas[133]. O sistema arbitral de soluções de controvérsias da Organização Mundial do Comércio pode avaliar a conformidade de uma política, por exemplo, de incentivo aos produtores nacionais, em relação aos tratados constitutivos dessa Organização[134]. Deve-se lembrar que também o Direito internacional ambiental diz respeito diretamente às políticas públicas, não apenas na área de preservação ambiental, mas também no tocante à política econômica e industrial, na busca de reduzir a poluição[135].

Portanto, não seria inusitado, no campo do Direito internacional, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos examinasse a conformidade de uma política pública a fins

133 Com posição bem contrária a essas instituições internacionais, André Carvalho Ramos é favorável a responsabilizar internacionalmente o Estado devido à implementação das políticas de ajuste estrutural preconizadas por instituições financeiras internacionais como o FMI (2002, p. 260-261). Nesse caso, ocorre um conflito entre o Direito internacional dos direitos humanos e o Direito internacional financeiro. A dificuldade de resolvê-lo – deveria ser afirmada a prevalência das normas de direitos humanos, caracterizadas como *jus cogens* – está ligada até a inexistência de um tribunal internacional próprio para esse tipo de conflito.

134 Caso recente é o da queixa instaurada por Austrália, Brasil e Tailândia (WT/DS266/R) sobre subsídios para a exportação de algodão, contra a Política Agrícola Comum (PAC) da União Européia, que subsidia fortemente os agricultores da União, numa situação de concorrência desleal em relação aos produtores estrangeiros. O Brasil reclamou que, somente em 2002, o regime do açúcar da União Européia causou-lhe perdas de 494 milhões de dólares. No relatório do caso, o Grupo Especial (*panel*, em inglês) de árbitros recomendou que a regulação do Conselho das Comunidades Européias, bem como todas as outras medidas ligadas ao regime do açúcar, fossem modificadas em conformidade com os dispositivos de subsídios para exportação do Acordo sobre Agricultura da OMC. (*8.5 In light of the above conclusions, the Panel recommends that the Dispute Settlement Body request the European Communities to bring its EC Council Regulation No. 1260/2001, as well as all other measures implementing or related to the European Communities' sugar regime, into conformity with its obligations in respect of export subsidies under the Agreement on Agriculture*.)

135 Um exemplo é o Protocolo de Quioto, relativo à Convenção-Quadro das Nações unidas sobre a Mudança do Clima. O trtatado prevê metas de diminuição de emissão de gases de efeito estufa, que vem gerando o aquecimento do clima do planeta. Entre outras medidas, prevê no artigo 2º., § 1º., V e VI, como obrigações aos Estados membros: "A redução gradual ou eliminação de imperfeições de mercado, de incentivos fiscais, de isenções tributárias e tarifárias e de subsídios para todos os setores emissores de gases de efeito estufa que sejam contrários ao objetivo da Convenção e aplicação de instrumentos de mercado;" e "O estímulo a reformas adequadas em setores relevantes, visando a promoção de políticas e medidas que limitem ou reduzam emissões de gases de efeito estufa [...]". Isto é, o tratado impõe limites às políticas econômicas em prol da preservação ambiental, motivo pelo qual o principal emissor desses gases, os Estados Unidos, recusou-se a ratificá-lo.

propugnados por tratado internacional. No caso aqui estudado sobre a violação do percentual mínimo da vinculação constitucional das receitas de impostos à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, trata-se da dimensão coletiva do direito à educação, pelo que a queixa poderia fundamentar-se no princípio da progressividade dos direitos previstos no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como no artigo 13 do Protocolo de San Salvador. No tocante à admissibilidade e ao pedido, devem-se destacar os seguintes pontos:

- Em relação às condições de admissibilidade da queixa, deve-se apontar que a regra do esgotamento dos recursos de direito interno não é um óbice. Neste caso, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível provar que esses recursos não são efetivos, pelo que não é necessário tentar fazer uso deles para apresentar a queixa à Comissão Interamericana. Segundo a Corte, no julgamento das preliminares do caso Velázquez Rodríguez contra Honduras em 1987, "os Estados partes se obrigam a fornecer recursos judiciais efetivos às vítimas de violação dos direitos humanos (art. 25) [...] Por isso, quando se invocam certas exceções à regra do não-esgotamento dos recursos internos, como são a inefetividade de tais recursos ou a inexistência do devido processo legal, não apenas se está alegando que o ofendido não está obrigado a interpor tais recursos, senão que indiretamente se está imputando ao Estado envolvido uma nova violação das obrigações contraídas pela Convenção."[136];
- No tocante ao prazo de seis meses do artigo 46, *b*, da Convenção Americana, deve-se contá-la a partir do

136 *91. […] los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25) […] Por eso, cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la inefectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no sólo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención.*

conhecimento da violação do direito, o que provavelmente ocorrerá após a execução da lei orçamentária;

- A violação por Estado federado ou Município também acarreta a responsabilidade internacional do Estado[137];
- Como a demanda se refere à dimensão coletiva do direito à educação, segundo a jurisprudência da Corte a partir do caso dos Cinco Aposentados, o princípio da progressividade pode ser apreciado, o que não ocorreria se se tratasse da dimensão individual;
- Caso a questão não se resolva no âmbito da Comissão Interamericana, a sentença, segundo o artigo 63, deverá ser uma medida de que o Estado destine, ou compense, os recursos desviados da manutenção e do desenvolvimento do ensino.

Poderia a Corte determinar que o Estado adotasse um programa determinado, fazendo as vezes do administrador público? Creio que não, por faltar ao tribunal internacional a legitimidade para tanto. André Carvalho bem recorda que as políticas econômicas são fruto de escolha ideológica dos governos, referendada ("em geral") pelo pleito popular; mas cabe aos órgãos internacionais condenarem o Estado por políticas governamentais que violem a implementação dos direitos sociais (2002, p. 260).

III.3 As dívidas da liberdade: o Supremo Tribunal Federal e a prisão civil por dívidas

A Constituição de 1988 permitiu que o legislador ordinário criasse apenas

137 Como a Corte decidiu no caso Garrido e Baigorria contra a Argentina, em 1996.

duas hipóteses de prisão civil, no inciso LXVII do artigo 5.º "Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel."

O Supremo Tribunal Federal veio a discutir a questão no tocante ao Decreto-lei n.º 911 de 1969, sobre o contrato de alienação fiduciária em garantia. Nele se previu, quando a obrigação não for adimplida e o bem não for encontrado, depois de formalizada a busca e apreensão, a conversão da mesma em ação de depósito. Dessa forma, o devedor fiduciante inadimplente poderia ser constrangido por meio da medida de prisão civil. A norma, pois, foi editada para atender os interesses das instituições financeiras, que passaram a contar com mais esse meio de coação sobre os devedores. Lembra Moreira Alves que diversas decisões judiciais negavam a possibilidade de prisão civil com base na lei do mercado de capitais (lei n° 4728 de 1968) até ela ser alterada pelo decreto-lei (1979, p. 12).

No entanto, o Direito internacional dos direitos humanos, na mesma época em que o decreto-lei foi assinado, vinha limitando as hipóteses de prisão civil[138] e proibiu a que é prevista nessa legislação da ditadura militar brasileira. A prisão civil, hoje um anacronismo jurídico, foi cada vez mais restringida com o avanço dos sistemas legais; sua sobrevivência em casos muito limitados deve-se a razões de política legislativa, muito justas, a meu ver, no caso de alimentos. Prevê o parágrafo 7º do artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar." O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos contém previsão análoga: "Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual." Como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi promulgado no Brasil (por meio do Decreto n.° 592 de 6 de julho de 1992) antes da Convenção Americana, alguém poderia sustentar que é desde esse Pacto que a hipótese de prisão civil criada pelo decreto-lei foi revogada.

Não creio que seja a melhor leitura: o decreto-lei, em verdade, ampliou, por meio de analogia entre o devedor fiduciante e o depositário infiel, à revelia da Constituição, que exigia, nesse ponto, uma interpretação restritiva. Não se trata de institutos jurídicos assemelhados, tendo em vista que a finalidade da alienação fiduciária em garantia é a alienação

138 No mesmo sentido, note-se que o Protocolo n .º 4 da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais do Conselho da Europa, em seu artigo 1.º, passou a vedar a privação de liberdade por inadimplemento de contrato: "Ninguém pode ser privado da sua liberdade pela única razão de não poder cumprir uma obrigação contratual."

de bem, o que não ocorre no contrato de depósito. Como escreveu Orlando Gomes, o devedor-fiduciante não recebe a coisa para guardá-la, nem o credor fiduciário a entrega com essa finalidade (1971, p. 121). Segundo o jurista, para o credor "a ação de depósito não é meio satisfatório de execução do crédito" (1971, p. 122). A prisão civil, no entanto, é "o mais enérgico meio processual de obter-se a restituição de um bem" (1971, p. 84).

Como a previsão constitucional correspondia a uma exceção a um direito humano (a liberdade), deveria ter sido lida restritivamente, ou seja, trata-se de uma previsão *numerus clausus* que não poderia ter sido inovada por norma infra-constitucional.

Já à época de nascença, o decreto-lei seria inconstitucional. O Supremo Tribunal Federal, contudo, não o considerou assim. Transcrevo parte do voto do Ministro Xavier de Albuquerque, relator do recurso extraordinário n. 75.221-GB, decidido em 1972, em que se considerou constitucional a prisão de civil do devedor em alienação fiduciária em garantia:

> [...] não se ofendeu o § 17 do mesmo artigo da Constituição [artigo 153], porque a lei expressamente atribui ao devedor, na alienação fiduciária, a qualidade de depositário, com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

O que previa o dispositivo citado da Constituição de 1969? "Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei." A norma é clara: em princípio, não haverá a prisão civil – essa é a garantia individual. A lei, contudo, poderá instituir duas exceções (a Constituição, nota-se, não obriga que o legislador preveja essas exceções; trata-se do que José Afonso da Silva denomina de norma de eficácia contida).

Moreira Alves, apoiando-se em Pontes de Miranda, afirmou, em monografia sobre o assunto, não haver inconstitucionalidade alguma no decreto-lei, apesar de a Constituição de 1969 não ter previsto a alienação fiduciária em garantia como exceção à vedação de prisão civil, pois a Carta estaria usando o "sentido genérico" de depositário infiel, que representaria todo possuidor ou tenedor da coisa alheia (1979, p. 174). Trata-se, pois, de uma interpretação não-restritiva das exceções a esse preceito constitucional de garantia da liberdade.

Essa interpretação correspondeu a uma traição à história da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: a Constituição de 1934, lembrava Clovis Bevilaqua, havia abolido a prisão por dívida, entre as garantias do artigo 130 (previa o inciso 30: "Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas."). O Supremo Tribunal Federal decidiu, todavia, que a possibilidade

de prisão do depositário, prevista no Código Civil, como forma compulsiva de restituição do bem, não era prisão por dívida – interpretação correta. Se se tratasse de um depósito simulado, isto é, de uma compra e venda disfarçada de depósito, a prisão civil, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, seria ilícita (1976a, p. 273):

> Constituia constrangimento illegal a prisão ordenada com fundamento no art. 1287 do Codigo Civil, desde quando se mostrava que o deposito era simulado, para encobrir uma operação de compra e venda, não podendo o vendedor, para garantia do pagamento do preço combinado com o comprador ficar este como depositario da coisa comprada (Acc. do Supremo Tribunal Federal, na *Revista* do mesmo, vol. LIII, os 3-5).

Se o preceito constitucional proibia o uso da prisão civil quando (até mesmo em um contrato que tinha como forma a do depósito), o intuito verdadeiro era a de compra e venda, como se poderia aceitar, anos depois, que outro contrato (a alienação fiduciária), cujo fim é a compra e venda, pudesse fazer uso da prisão civil? Decerto, na época do regime militar, o Supremo Tribunal Federal era outro, menos atento à liberdade.

Não é preciso lembrar da regra de interpretação *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*, isto é, as exceções devem ser interpretadas restritivamente. Em vez disso, pode-se invocar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, segundo o qual se deve adotar a interpretação que confira maior efetividade, e que não distorça a finalidade da previsão legal, como se viu no capítulo anterior deste trabalho. O Supremo Tribunal Federal adotou posição contrária: a norma **constitucional** de liberdade poderia ser restringida pela lei **ordinária**, bastando que a lei criasse novas equiparações com as duas exceções previstas no artigo 153, que deveriam ser únicas. Dessa forma, o artigo foi interpretado de forma a ter subvertida a sua finalidade (a restrição da prisão civil) e passou a ter uma efetividade paradoxal, na medida em que era interpretado para a sua própria negação.

A jurisprudência, portanto, era heterodoxa tanto em relação ao direito constitucional, quanto em relação à principiologia própria dos direitos humanos, que se rege pelos princípios da efetividade e da prevalência da norma que for mais benéfica. Com isso, houve a produção legal da ilegalidade nesse campo específico.

O Brasil, porém, estava sob ditadura militar, não correspondia a um estado de direito. Dessa forma, conforme se analisou no primeiro capítulo deste trabalho, a própria ordem constitucional criada pelo governo autoritário era violada por esse governo segundo uma cultura

política (e jurídica) contrária aos direitos humanos. Ademais, o Estado não era membro do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, tampouco da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Dessa forma, não era de surpreender que o Supremo Tribunal Federal, após ter sofrido intervenção pelo Executivo por meio do AI-5 em 1968 (com esse ato institucional, foram afastados os Ministros Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal[139]), refletisse essa cultura jurídica[140].

A Constituição de 1988 sofreu a influência da internacionalização dos direitos humanos. Contudo, apesar da previsão do artigo 5.º inciso LXVII (que proíbe, em redação semelhante à de 1969, que a lei crie formas de prisão civil, exceto nos casos de dívida alimentar e de depositário infiel), o Supremo Tribunal Federal continuou a considerar o Decreto-lei constitucional[141]. Ademais, essa Corte examinou ainda se havia conflito entre esse Decreto-lei e o Pacto de São José da Costa Rica, invadindo a competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça (MAGALHÃES: 2000, p. 99), de acordo com a letra *a* do inciso III do artigo 105, que prevê a este último Tribunal a competência de decidir o conflito entre lei federal e tratado internacional.

Segundo Néri da Silveira[142], cuja posição tornou-se a predominante na Corte, a Convenção Americana de Direitos Humanos apresenta-se na hierarquia de lei ordinária no

---

139 O Supremo Tribunal Federal contrariava os interesses da ditadura por aplicar o direito vigente, concedendo *habeas corpus* a governadores perseguidos pelo regime militar, como Mauro Borges de Goiás (que acabou de qulaquer forma afastado, por meio de intervenção federal aprovada pelo Cogresso). O Ato Institucional n° 2, de 1965, aumentou o número de Ministros de 11 para 16. No entanto, o Supremo continuava agindo com independência. Com o AI-5, os Ministros Lafayette de Andrada e Antônio Gonçalves de Oliveira pediram aposentadoria, em protesto contra a intervenção da ditadura no Judciário. Com o AI-5, a competência do Supremo Trribunal Federal foi diminuída, tendo sido suspensa a concessão de *habeas corpus* em crimes contra a segurança nacional, crimes políticos, contra ordem econômica e economia popular, e os habeas corpus dengados pro outras Cortes passaram a ser apreciados pelo Supremo apenas por meio de recurso, e não de ação originária, o que tornava o trâmite bem mais moroso. O AI 6, de 1969, retomou o número de 11 Ministros. Como afirmou Antônio Gonçalves de Oliveira, "Com aquelas aposentadorias e as alterações na competência do Supremo, perdeu-se o interesse na questão do número de Ministros." (VALE, 1976, p. 193).

140 Deve-se dizer que escolha de Ministros pelos governos militares contribuiu para essa cultura, tendo em vista a nomeação de alguns juristas diretamente identificados com o pensamento do regime. Em alguns casos, menos laudatórios para a moralidade pública, o Ministro permaneceu no Supremo Tribunal Federal apenas o tempo suficiente para aposentar-se. Foi o caso de Alfredo Buzaid, que foi Ministro da Justiça de 1969 a 1974 (época do governo Médici). Por indicação do Presidente João Figueiredo, ele tomou posse no Supremo Tribunal no dia 30 de março de 1982 e lá permaneceu até se aposentar por decreto de 20 de julho de 1984 (no período das férias forenses).

A Constituição de 1988 trouxe a exigência de permanência de cinco anos no cargo, o que impede que os tribunais superiores sejam tratados pelo Executivo como uma espécie de fundo de previdência especial para os amigos do poder. No entanto, ainda hoje, o sistema de escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal, que se baseia na indicação pelo Executivo, reforça a dependência do Judiciário em relação a esse outro Poder e acentua o oficialismo da cultura jurídica brasileira em seu tribunal mais alto.

141 O argumento da jurisprudência do Supremo Tribunal manteve-se, como se pode ver no julgamento do *Habeas corpus* n.º 70.625-8/130-SP.

142 No *Habeas corpus* n.º 72.131-1-RJ.

ordenamento jurídico brasileiro e não poderia ter revogado o Decreto-lei n.º 911/1969, pois este corresponde a norma especial, que não é revogada por norma geral (a Convenção), segundo o princípio previsto na Lei de Introdução ao Código Civil:

> Quanto à Convenção Americana de Direitos Humanos São José da Costa Rica, já na vigência da Constituição de 1988, com hierarquia de norma ordinária, não considero haja revogado o Decreto-lei n.º 911. Se, nesse Pacto, se prevê a proibição de prisão por dívida, salvo em se cuidando de dívida proveniente de obrigação de natureza alimentícia, "ut" art. 5.º, § 2.º, não cabe, aí, ver senão a caracterização de norma geral, que não revoga norma especial anterior, consoante o § 2.º do art. 2.º da lei de Introdução ao Código Civil. Certo está, assim, que essa Convenção não revogou, com sua entrada em vigor no país as leis especiais que regulam as figuras de depositário infiel, entre elas, o Decreto-lei n.º 911/1969.

Mesmo que admitamos a surpreendente interpretação de que se trata de um conflito entre norma geral e norma especial[143], como o fez o Tribunal, a solução dada ao caso parece-nos equivocada. O tribunal brasileiro adotou postura metodológica bem diversa da recomendada pela Comissão de Direito Internacional da ONU no conflito entre norma geral e norma especial: "o direito geral que ela [norma especial] afasta no momento de sua aplicação não desaparece totalmente; ele continuará em "segundo plano" e orientará a interpretação da regra especial" (2004, p. 289) [144].

No caso, a norma geral foi simplesmente eclipsada, pois a principiologia própria dos direitos humanos foi esquecida: a exegese adotada pelo Supremo Tribunal Federal permite que se criem exceções aos direitos humanos sob a forma de leis especiais. Um exemplo: apesar da garantia do direito à vida, poderiam ser criadas normas que determinem o genocídio de determinadas raças, ou de certos credos, opções ideológicas, orientações sexuais, convicções jurídicas, e que não seriam derrogadas pela "norma geral" do direito à vida.

A autonomia dos ramos de direito está ligada à existência de princípios próprios de cada um; interpretar determinado dispositivo de acordo com princípios que

---

143 É oportuno lembrar a interessante tese de Mazzuoli, que demonstra a inconsistência do entendimento do Supremo Tribunal Federal: se o Pacto de São José da Costa Rica é uma lei geral, ele teria revogado as disposições do antigo Código Civil e do Código de Processo Civil sobre prisão civil do depositário infiel, tendo em vista que esses códigos também são leis gerais (2001, p. 220), pelo que as próprias leis especiais que fazem referência a essas normas, como o próprio Decreto-lei n° 911/1969, teriam ficado "esvaziadas do conteúdo prisional" (2001, p. 221).
O atual Código Civil prevê a prisão civil do depositário infiel. Segundo Mazzuoli, como o Pacto ter-se-ia incorporado como norma constitucional, tal previsão (artigo 652) seria nula (2001, p. 236-238).

144 [...] *le droit général qu'elle écarte au moment de son application ne disparaît pas totalement; il demeurera «à l'arrière-plan» et orientera l'interprétation de la règle spéciale*.

pertencem a outro ramo jurídico leva a uma aplicação errônea da norma.

No caso em tela, a norma de direitos humanos de proteção à liberdade foi interpretada como se fora um dispositivo de Direito Civil, como o é o Decreto-lei n.º 911/1969. Tivera o Supremo Tribunal Federal aplicado a principiologia própria dos direitos humanos, ter-se-ia empregado o princípio da prevalência da norma mais favorável à proteção do indivíduo, e a conclusão seria bem outra, mesmo se aceitando que o tratado internacional possui o valor de norma ordinária em nosso ordenamento jurídico.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é tão mais surpreendente, ao subordinar a liberdade humana a dívidas contratuais, equiparando-a a um mero instituto de direito civil apesar da previsão legal em contrário, por remontar ao tempo em que a liberdade efetivamente era objeto de contrato: o direito do escravagismo.

Contudo, dentro dos parâmetros jurídicos do século dezenove, as autoridades imperiais buscavam prestigiar, nas duas últimas décadas do Império, o valor da liberdade. Diversos exemplos podem ser citados. A Seção de Justiça do Conselho de Estado (órgão de assessoria ao Imperador e embrião de um contencioso administrativo que, no Brasil, não chegou a vingar), decidiu que escravo que recebeu perdão após condenação à pena perpétua deveria ser considerado liberto devido ao princípio de que "não é licito applicar á bem da escravidão, e para a escravidão, uma lei toda destinada á liberdade"[145] – princípio oitocentista que se destinava a evitar a aplicação da norma contra os seus próprios fins, ou seja, evitar a efetividade paradoxal da norma.

Outro princípio adotado no século XIX é o da prevalência da liberdade, mesmo contra outros valores jurídicos, princípio esse que remontava ao Direito Romano:

> Considerando que a causa da liberdade deve ser sempre protegida, principio aceito pelos direitos romano, portuguez e patrio, e que são mais fortes e de maior consideração as razões que há em favor da liberdade, do que as que podem fazer justo o captiveiro (Lei de 1 de abril de 1680) ;
>
> Considerando que em favor da liberdade são muitas as cousas outorgadas contra as regras geraes de direito (Ord. do liv. 4.º tit. 11 § 4.º ; revista civel n. 5773 de 9 de Julho de 1859) : doutrina consagrada igualmente no direito romano, que no Dig. liv. 40 tit. 5.º pag. 24 §10, firma que á bem liberdade muitas cousas se determinão contra o rigor do direito – *multa contra juris rigorem pro libertate sunt constituta* –; e que a mesma disposição se encontra na

145 Resolução de consulta da Seção de Justiça do Conselho de Estado de 17 de setembro de 1872, aprovada pelo Imperador em 8 de outubro de 1872 (*O Direito*. Rio de Janeiro, 4(9): 214-20, jan./abr. 1876).

> Instituta, liv. 2.º tit. 7.º § 4.º;[146]

O artigo citado das Ordenações Filipinas tratava da venda de cativos mouros em Portugal. A aplicação desse dispositivo aos escravos brasileiros representou, pois, uma interpretação evolutiva, atenta ao novo contexto social.

Não é se espantar que as instituições financeiras no Brasil precisem recorrer, e o façam, para obter a prisão civil dos devedores fiduciantes, a uma argumentação jurídica que pode legitimar, como acima visto, uma legislação fascista, e que talvez não fosse acolhida pelos juízes do século dezenove. É, contudo, motivo de admiração que o Supremo Tribunal Federal acolha o funesto arrazoado.

O Ministro Marco Aurélio, no *habeas corpus* n° 72.131, expôs entendimento diverso dos outros membros do Tribunal, sustentando que haveria incompatibilidade entre o decreto-lei e a Constituição:

> Senhor Presidente, admito a criatividade, quer no campo normativo, quer no da interpretação de regras que compõem a ordem jurídica. Todavia, tudo há que ocorrer mediante estrita observância ao Texto Maior que, no caso, excepciona a proibição de vir-se a ter prisão por dívida civil, fazendo-o de forma limitada. Descabe admitir que a parte final do inciso LXVII do artigo 5º. da Constituição Federal encerra caminho aberto a que o legislador cole a contrato de compra e venda – alfim verdadeiro contrato de compra e venda de bem móvel – esse meio coercitivo para o recebimento do preço pactuado, que é a prisão.

Não é o propósito deste trabalho, contudo, examinar os aspectos constitucionais da questão, e sim de sua compatibilidade com o Direito internacional. Não há compatibilidade. Francisco Rezek, que hoje é magistrado na Corte Internacional de Justiça, afirmou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi tratada como obra de extraterrestres pelo tribunal brasileiro (1997b)[147].

---

146 Sentença de 14 de setembro de 1874 do Juízo de Direito de Sorocaba, proferida pelo juiz de direito Joaquim de Toledo Pisa e Almeida (*O Direito*. Rio de Janeiro, 7.º vol., p. 149-50, 1874).

147 É interessante mencionar que, segundo o entendimento da antiga Comissão européia de Direitos Humanos, que tinha por competência o exame de admissibilidade das queixas da Convenção européia, "não é proibido por essa previsão [artigo 1º. do Protocolo n. 4 à Convenção: "Ninguém deve ser privado de sua liberdade apenas pelo fato de sua incapacidade de cumprir uma obrigação contratual"] prender uma pessoa se há razões além da incapacidade material de cumprir obrigações contratuais, por exemplo, se a pessoa referida deliberadamente recusa adimplir a obrigação" (*it is not prohibited under this provision to imprison a person if there are reasons apart from the material incapacity to fulfil contractual obligations, e.g. if the person concerned deliberately refuses to fulfil an obligation*), em petição de Michael Christakis contra o governo do Chipre, que foi considerada inadmissível pela Comissão em 1997. A proibição de prisão, pois, não é absoluta no sistema europeu, podendo ocorrer se houver má-fé do devedor e previsão legal a respeito.

No entanto, o mesmo autor, quando Ministro do Supremo Tribunal Federal, chegou a considerar "legítima" a "prisão civil do devedor fiduciante que descumpre, sem justificação, ordem judicial para entregar a coisa ou o seu equivalente em dinheiro", como relator no julgamento do *habeas corpus* n.º 71.286-0, quando o Brasil já havia ratificado a convenção. O magistrado não mencionou o tratado da OEA, tampouco o da ONU, e simplesmente seguiu a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal: "embora inegável a excepcionalidade das hipóteses de prisão civil, ante a redação do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, é válida a equiparação do devedor fiduciário ao depositário infiel".

Rezek, no entanto, votou, posteriormente, contra a orientação tomada pelo Supremo Tribunal Federal e conseguiu, com o voto do Ministro Marco Aurélio, a concessão de *habeas corpus* na 2.ª turma. Rezek, em seu voto discordante do relator, Ministro Néri da Silveira, considerou que a previsão de depositário infiel no seio de contratos que não são de depósito corresponde a uma "frontal agressão ao preceito constitucional maior" e que o tratado internacional pode limitar a ação do legislador originário; não haveria, portanto, conflito entre a previsão do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição da República e o Pacto de São José da Costa Rica, e este teria revogado a legislação civil no tocante à prisão do depositário infiel:

> O necessário para que a República se envolva num tratado é, no mínimo, igual ao necessário para produzir direito ordinário. Entretanto, havendo-se raciocinado como se a convenção não fosse obra que só nos vincula por causa da nossa vontade soberana, exorcizou-se a convenção como coisa estranha à brasilidade...
>
> Parece-me que o texto vincula, sim, o Brasil, em moldes perfeitamente conformes à Constituição da República, e que há que prestar-lhe a devida obediência, sob pena de nos declararmos em situação de ilícito internacional, porque nos obrigamos a fazer uma coisa e os tribunais fazem outra. (HC n.º 74383-8 MG)

Alguns tribunais estaduais e o Superior Tribunal de Justiça aplicam o Pacto de São José da Costa Rica, e não o decreto-lei. A posição do Supremo Tribunal Federal é tão mais digna de pasmo quando se lembra que a Argentina, antes mesmo da reforma constitucional de 1994, já reconhecia a primazia das normas internacionais de direitos humanos, mesmo sem texto expresso a respeito (CAMINHA, 1999).

Note-se que a afirmação de que a Convenção Americana não estaria em conformidade com a Constituição da República, por aquela prever um nível mais alto de proteção, também atenta contra a principiologia do direito internacional dos direitos humanos,

no tocante à prevalência da norma que for mais benéfica.

Ademais, recusando-se a admitir a aplicação de uma norma mais favorável do que a do artigo 5º, LXVII da Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal acabou por violar outro princípio do direito internacional dos direitos humanos, que é o de sua progressividade, e negar a abertura do parágrafo segundo do artigo 5º. da Constituição. Em relação a esse princípio, pode-se também evocar a mesma decisão da Corte Européia:

> 101. A Corte já teve a oportunidade de julgar casos nos quais concluiu pela existência de maus-tratos que só poderiam ser qualificados como tortura (casos Aksoy acima citado, p. 2279, § 64, Aydın acima citado, pp. 1891-1892, §§ 83-84 et 86). Contudo, levando em conta que a Convenção é um "instrumento vivo para ser interpretado à luz das condições de vida atuais" (ver, notadamente, os casos Tyrer contra Reino Unido de 15 de abril de 1978, série A n° 26, pp. 15-16, § 31, Soering acima citado, p. 40, § 102, Loizidou c. Turquie du 23 mars 1995, série A n° 310, pp. 26-27, § 71), a Corte estima que certos atos outrora qualificados como "tratamentos desumanos ou degradantes", e não de "tortura", podem receber uma qualificação diferente no futuro. Com efeito, a Corte estima que o nível de exigência crescente em matéria de proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais implica, paralelamente e inelutavelmente, em um maior rigor na apreciação dos atentados aos valores fundamentais das sociedades democráticas.[148]

A interpretação, portanto, deve ser dinâmica, evolutiva, na busca da maior efetividade dos direitos humanos.

Se houver violação ao Pacto de São José da Costa Rica por meio de decisão do Judiciário brasileiro que determine a prisão do devedor fiduciante, o caso deve ser admitido devido aos seguintes pontos:

- O requisito de esgotamento dos recursos internos sofre aqui a exceção, já reconhecida pela Comissão

148 *101. La Cour a déjà eu l'occasion de juger d'affaires dans lesquelles elle a conclu à l'existence de traitements ne pouvant être qualifiés que de torture (arrêts Aksoy précité, p. 2279, § 64, Aydın précité, pp. 1891-1892, §§ 83-84 et 86). Cependant, compte tenu de ce que la Convention est un « instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles » (voir, notamment, arrêts Tyrer c. Royaume-Uni du 25 avril 1978, série A n° 26, pp. 15-16, § 31, Soering précité, p. 40, § 102, Loizidou c. Turquie du 23 mars 1995, série A n° 310, pp. 26-27, § 71), la Cour estime que certains actes autrefois qualifiés de « traitements inhumains et dégradants », et non de « torture », pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir. La Cour estime en effet que le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques.*

Interamericana de Direitos Humanos, da "jurisprudência adversa bem-estabelecida" (TRINDADE, 1988, p. 203);

- O Estado brasileiro tem o dever de conformar sua legislação aos tratados internacionais de que participa, o que não configura violação de soberania, tendo em vista que a própria vinculação ao tratado decorre de uma decisão soberana[149]; esse dever, por sinal, está previsto no artigo 2º do Pacto de São José da Costa Rica;
- O Estado brasileiro poderia argumentar, em sua hipotética defesa, que a sua ordem jurídica não leva necessariamente à prisão civil desse devedor, e que o Supremo Tribunal Federal teria aplicado erroneamente o direito brasileiro. A responsabilidade do Estado, porém, não é afastada com esse argumento: já decidiu nesse sentido a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Cantos, julgado em 2002: mesmo que o ordenamento jurídico, considerado em sua integridade, não viole o Pacto, se o Judiciário deixa de aplicar certas disposições legais internas e, com isso, viola a obrigação internacional, o Estado é responsabilizado.

Deve-se lembrar que a sentença internacional "não rescinde nem reforma" a sentença interna (RAMOS, 2002, p. 359), tendo em vista que, formalmente, não há hierarquia entre o Judiciário nacional e o tribunal internacional. Aquela sentença suspende a eficácia do da decisão judicial interna, em virtude do compromisso assumido no tratado.

149 Trata-se de mera e conhecida conseqüência do princípio *pacta sunt servanda*. A Corte Permanente de Justiça Internacional, tribunal da extinta Liga das Nações, organização antecessora da ONU, pôde estabelecê-la ainda na década de vinte do século passado, no parecer consultivo sobre a troca de populações gregas e turcas. A Turquia havia alegado também ofensa à soberania nacional (além da aplicação de tratado em sentido contrário a suas leis internas) na previsão de que não tribunais nacionais, mas uma comissão internacional controlaria a aplicação do tratado – e a Corte também não viu ofensa alguma à soberania nesse ponto.

Caso haja a prisão indevida, é o próprio "Poder Executivo-Administrador Penitenciário", e não o Judiciário, o Poder competente para cumprir a decisão internacional de soltura do preso (RAMOS, 2002, p. 359).

III.4 Órgãos internacionais e o seu impacto na cultura jurídica: o caso argentino e o caso brasileiro: possibilidades transformadoras de uma cultura dos direitos humanos

O Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 2003, em documento específico sobre o Brasil, verificou que, entre a previsão internacional e constitucional dos direitos humanos e a realidade brasileira, havia uma grande lacuna:

> 18. O Comitê se preocupa com o fato de que, apesar da existência de previsões constitucionais e legislativas e procedimentos administrativos para implementar os direitos da Convenção, não há medidas e remédios efetivos, judiciais ou de outra natureza, para garantir esses direitos, especialmente no tocante aos grupos desfavorecidos e marginalizados.
> 19. O Comitê se preocupa com a falta de um treinamento adequado em direitos humanos no Estado-parte, em particular a respeito dos direitos previstos na Convenção, especialmente no âmbito do Judiciário, agentes públicos e outros atores responsáveis pela implementação da Convenção.[150]

O órgão da ONU constatou que os direitos humanos, embora previstos na lei interna, constitucional e infra-constitucional (além da Convenção da ONU), muitas vezes não eram efetivos, o que se relacionaria a uma falta de treinamento na matéria, inclusive dos membros do Poder Judiciário.

Não se trata, de fato, propriamente de um problema de legislação constitucional contrária aos compromissos internacionais do Estado. Quando a Constituição de

---

150 *18. The Committee is concerned that despite the existence of constitutional and legislative provisions and administrative procedures to implement the Covenant rights, there are no effective measures and remedies, judicial or otherwise, to uphold these rights, especially with regard to the disadvantaged and marginalized groups.*
19. The Committee is concerned about the lack of adequate human rights training in the State party, in particular with respect to the rights enshrined in the Covenant, especially among the judiciary, law enforcement officials and other actors responsible for the implementation of the Covenant.

1988 previu normas específicas para tratados internacionais, o fez no tocante aos direitos humanos e à integração latino-americana. Igualmente, ao tratar de vinculação orçamentária, previu especificamente o caso do ensino, no caput do artigo 212. No entanto, nesses três casos o Supremo Tribunal Federal interpretou de maneira impermeável aos direitos humanos ou ao Direito internacional.

Trata-se de um caso em que as opções jurisprudenciais explicam-se antes por uma cultura jurídica que nega a efetividade ao Direito, do que por um ordenamento interno contrária à integração ou aos direitos humanos. Como se trata de um problema da cultura nacional, ele se revela com clareza quando entra em jogo o Direito internacional, mesmo quando as normas constitucionais não estão em conflito com os tratados internacionais.

Caso exemplar da oposição entre o ordenamento e a cultura jurídica que o interpreta e aplica, foi o do Peru, ainda sob a ditadura de Fujimori. O artigo 205 da Constituição peruana prevê expressamente a competência de tribunais e órgãos internacionais: "Esgotada a jurisdição interna, quem se considere lesado nos direitos que a Constituição reconhece pode recorrer aos tribunais ou organismos internacionais segundo tratados ou convenções dos quais o Peru é parte." [151]

A lei n° 23.506 de 8 de dezembro de 1982, *Ley de Hábeas Corpus y Amparo*, dispõe, no artigo 40, sobre a executoriedade das decisões de tribunais e organizações internacionais:

> A resolução do organismo internacional a cuja jurisdição se ache submetido o Estado peruano, não requer para sua validade e eficácia de reconhecimento, revisão nem exame prévio algum. A Corte Suprema de Justiça da República recepcionará as resoluções emitidas pelo organismo internacional e disporá sobre sua execução e cumprimento em conformidade com as normas e procedimentos internos vigentes sobre execução de sentença.[152]

No entanto, tais normas pouco adiantaram no caso Petruzzi e outros, julgado em 1999, em que o Peru foi condenado por sua legislação antiterrorismo, que previa o

---

151 *Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.*

152 *La resolución del organismo internacional a cuya jurisdicción obligatoria se halle sometido el Estado peruano, no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno. La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional, y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos internos vigentes sobre ejecución de sentencia.*

julgamento de réus civis por tribunais militares e a instituição de juízes e promotores "sem rosto", desconhecidos para os réus, e penas de morte e de prisão perpétua. Os processos deveriam durar apenas dez dias. Tais normas eram editadas diretamente pelo ditador Fujimori por meio de decreto-lei.

A defesa do Peru, nesse caso em que foram condenados cidadãos chilenos à prisão perpétua, com base no decreto-lei n° 25.659, por alegadamente pertencerem à organização terrorista Tupac Amaru, adotou uma postura eminentemente isolacionista: a verificação de irregularidades processuais pela Corte, segundo o Estado, "transgride a soberania da jurisdição interna do Peru, desnatura o devido processo interamericano e favorece a quem pretende desconhecer que os tribunais nacionais estão em melhor posição para determinar os fatos e direito aplicável a um caso particular"[153].

O Peru foi condenado e, como resposta, o Conselho da Justiça Militar resolveu "declarar inexecutável" a sentença da Corte, por argumentos de segurança nacional (luta contra o terrorismo, argumento muito corrente para justificar a violação dos direitos humanos) e isolacionistas:

> [...] no hipotético caso em que a sentença ditada pela Corte Interamericana fosse executada nos termos e condições que contém, existiria uma impossibilidade jurídica para dar-lhe cumprimento sob as exigências impostas pela dita jurisdição supranacional, toda vez que para processar pessoas no foro comum, fosse requisito ineludível que previamente fosse modificada a Constituição do Peru, assim como a legislação antiterrorista [...][154]

O órgão militar alegou também desrespeito à coisa julgada, caso a sentença da Corte fosse cumprida em detrimento dos tribunais militares. Trata-se de um erro técnico evidente. Tendo em vista separação entre a Corte internacional e o Judiciário interno – não há nenhum relação formal hierárquica no caso, não há que se falar em ataque à coisa julgada (RAMOS, 2002, p. 357).

Os acórdãos da Corte Interamericana foram cumpridos depois da fuga de

---

153 […] *trasgrede la soberanía de la jurisdicción interna del Perú, desnaturaliza el debido proceso interamericano y favorece a quienes pretenden desconocer que los tribunales nacionales están en mejor posición para determinar los hechos y derecho aplicable a un caso particular* […]

154 *Que, en el hipotético caso que la sentencia dictada por la Corte Interamericana fuera ejecutada en los términos y condiciones que contiene, existiría un imposible jurídico para darle cumplimiento bajo las exigencias impuestas por dicha jurisdicción supranacional, toda vez que para proceder al encausamiento de las personas en el fuero común, sería requisito ineludible que previamente fuera modificada la Constitución Política del Perú, así como la Legislación Antiterrorista* […]

Fujimori. Apesar de o ordenamento peruano prever a execução de decisões internacionais, e de a própria Constituição referir-se à jurisdição internacional, em uma cultura autoritária a simples presença de leis não é suficiente. Mesmo se aplicadas, elas poderão ser distorcidas para seguir as diretrizes desejadas pelo poder.

Portanto, entendo menor a discussão sobre a necessidade de lei que regulamente a execução das decisões da Corte Interamericana no Brasil; para Sant'Ana, ela é necessária (2002, p. 271); para André Carvalho Ramos, não (2001, p. 498). Havendo ou não a lei, as decisões não serão executadas se prevalecer uma cultura isolacionista e contrária aos direitos humanos. Deve-se, contudo, apontar que, tecnicamente, as decisões da Corte Interamericana não se submetem a homologação pelo Supremo Tribunal Federal, eis que não correspondem a decisões judiciais de Estado estrangeiro (MAGALHÃES, 2000, p. 99-104). O Supremo Tribunal Federal ainda não apreciou a questão. Talvez demore a fazê-lo, devido ao ainda pequeno número de casos contra o Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos à Corte havia, pela primeira vez, obtido medidas provisórias, dadas em 2002 e 2004, no caso do Presídio Urso Branco, em Roraima[155]. A primeira condenação do Brasil somente ocorreu em 2006, no caso Ximenes Lopes contra o Brasil[156].

Já se referiu aqui ao fato de que a Corte Suprema Argentina desde 1992, isto é, desde antes da emenda constitucional de 1994 que conferiu a determinados tratados internacionais (entre eles, o Pacto de São José da Costa Rica) *status* constitucional, segue a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (COURTIS; ABRANOVICH, 2002), enquanto o Supremo Tribunal Federal brasileiro recusa-se a dar eficácia à internacionalização dos direitos humanos prevista na própria constituição brasileira.

A Suprema Corte Argentina tomou essa posição desde o caso Ekmekdjian, Miguel Angel contra Sofovich, Gerardo e outros, julgado em sete de julho de 1992. Esse processo teve como objeto o direito de resposta e a liberdade de imprensa, previstos no Pacto de São José da Costa Rica. A Corte afirmou que o tratado internacional prevalecia na ordem

155 A Corte emitiu resoluções sobre o caso em junho e agosto de 2002, e (como os assassinatos de detentos voltaram a ocorrer) em abril (quando houve rebelião no presídio) e julho de 2004.

156 A sentença foi dada em 4 de julho de 2006. Em 1999, Damião Ximenes Lopes, enquanto se submetia a tratamento psiquiátrico, foi assassinado na Casa de Repouso Guararapes no Município de Sobral (Ceará). A condenação fundamentou-se na violação dos direitos à vida e à integridade pessoal, devido ao assassinato, e às garantias judiciais e à proteção judicial, devido à impunidade, grande problema da polícia e do sistema judicial brasileiros. No parágrafo 247, a Corte pôde ressaltar que "transcorridos mais de seis anos dos fatos, os autores dos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, assim como da morte do senhor Damião Ximenes Lopes não foram responsabilizados, prevalecendo a impunidade." (*transcurridos más de seis años de los hechos, los autores de los tratos crueles, inhumanos y degradantes así como de la muerte del señor Damião Ximenes Lopes no han sido responsabilizados, prevaleciendo la impunidad*.)

jurídica interna devido à previsão da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969[157], e que não caberia ao Poder Legislativo Nacional derrogar um tratado internacional:

> A derrogação de um tratado internacional por uma lei do congresso constituiria uma intromissão inconstitucional do Poder Legislativo Nacional sobre atribuições do Poder Executivo Nacional, que é quem conduz, exclusiva e excludentemente, as relações exteriores da Nação (art. 86, inc. IV, da Constituição Nacional).[158]

Mais interessante, contudo, é a posição da Corte Argentina de que a interpretação do Pacto de São José da Costa Rica deve seguir a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e que entre as medidas necessárias para o cumprimento do Pacto no direito interno compreendem-se as decisões judiciais [159], pelo que o próprio Tribunal se preocupa em não gerar responsabilidade internacional para o Estado por meio de decisões judiciais contrárias aos tratados internacionais. O Pacto deveria ser considerado eficaz por referir-se a uma "situação da realidade" em que podia operar imediatamente:

> 20. Que, na mesma ordem de idéias, deve ter-se presente que, quando a nação ratifica um tratado que firmou com outro Estado, se obriga internacionalmente a que todos os seus órgãos administrativos e jurisdicionais apliquem-no aos pressupostos que esse tratado contemple, sempre que contenha descrições o suficientemente concretas de tais pressupostos de fato que façam possível sua aplicação imediata. Uma norma é executável quando está dirigida a uma situação da realidade na qual pode operar diretamente, sem necessidade de instituições que deva estabelecer o Congresso.[160]

---

157 Essa convenção codificou o direito dos tratados e, no seu artigo 27, prevê que "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado." O Estado brasileiro ainda não a ratificou, mas o Ministério das Relações Exteriores a segue, tendo em vista o caráter consuetudinário de muitas de suas disposições. Segundo Mazzuoli, "Apesar de não ter sido ainda ratificada, a Convenção de Viena de 1969 tem valor jurídico para todos os Estados, pelo fato de ser internacionalmente reconhecida como norma "declaratória de direito internacional geral"." (2003, p. 187).

158 *La derogación de un tratado internacional por una ley del congreso constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluventemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. IV, de la Constitución Nacional).*

159 *La interpretación del Pacto de San José de Costa Rica debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
Entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir con el Pacto de San José de Costa Rica […] deben considerarse comprendidos las sentencias judiciales.

160 *Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdicionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso.*

Por conseguinte, a Corte argentina adotou como princípio prestigiar a eficácia do Direito internacional; para isso, seria necessário prestar homenagem à competência dos tribunais internacionais, uma vez que o Estado escolheu a eles submeter-se. Portanto, ela deve interpretar a Convenção Americana de acordo com a Corte Interamericana: "[...] a interpretação do Pacto deve, ademais, guiar-se pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – que tem como um de seus objetivos a interpretação do Pacto de São José (Estatuto, art. 1º)."[161]

O Supremo Tribunal Federal adota bem postura diversa, muito mais refratária ao Direito Internacional, o que não é estranho no contexto brasileiro, como se viu já no primeiro capítulo deste trabalho. Como exemplo, a demora no reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (que somente ocorreu em dezembro de 1998, mais de seis anos após a ratificação do tratado), não se deveu a questões de dogmática constitucional do direito brasileiro, que é explícito a respeito no artigo 7.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e sim a uma cultura política contrária ao compromisso internacional (SANT'ANA, 2002, p. 257).

A comparação com o caso argentino permite avaliar o erro cometido com a reforma do Judiciário, isto é, a emenda constitucional n.° 45 de 8 de dezembro de 2004. Transcrevem-se mudanças feitas pela emenda:

> Art, 5º
>
> [...]
>
> § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.
>
> § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.
>
> Art. 107. .....
>
> .....
>
> § 1º (antigo parágrafo único) .....
>
> § 2º Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

161 *Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1).*

> § 3º Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo. (NR)
>
> Art. 109. .....
>
> .....
>
> V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;
>
> .....
>
> § 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Reproduzem-se aqui apenas alguns dispositivos, referentes aos tratados internacionais de direitos humanos. O artigo 107 refere-se à composição e ao funcionamento dos Tribunais Regionais Federais e o 109, à competência para processar e julgar dos juízes federais. A idéia de transferir para a Justiça Federal o julgamento das graves violações de direitos humanos previstos em tratados internacionais parece demonstrar falta de confiança na aplicação do Direito internacional pelos Judiciários estaduais. Como em muitas regiões a Justiça Federal é ainda mais morosa do que a Estadual, talvez esse dispositivo não seja muito útil; de qualquer forma, caberá ao Procurador-Geral da República avaliar. O § 5.º do artigo 109 provavelmente será invocado nos casos que estejam sofrendo acompanhamento de organizações internacionais de proteção aos direitos humanos, numa tentativa de evitar a responsabilidade internacional do Brasil.

No tocante aos tratados internacionais, o resultado é decepcionante. Veja-se que o problema da denúncia não foi atacado; segundo Rezek, ela pode ser feita tanto pelo Executivo quanto pelo Legislativo, já que a vontade de ambos concorreu para que o Estado se tornasse membro do tratado (1984, p. 501-504); no entanto, para um tratado de direitos humanos de que seja possível a denúncia, caberia ao Executivo resolver fazê-la unilateralmente, sem ouvir o Congresso?

A comparação com a Constituição argentina, após a reforma de 22 de agosto de 2004, permite verificar a deficiência da emenda brasileira:

> Artigo 75 – É da competência do Congresso;
>
> Aprovar ou rejeitar tratados concluídos com as demais nações e com as organizações

> internacionais e as concordatas com a Santa Sé. Os tratados e concordatas têm hierarquia superior às leis.
>
> A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; a Declaração Universal de Direitos Humanos; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo; a Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, desumanos ou degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança; nas suas condições de vigência, têm hierarquia constitucional, não derrogam artigo algum da primeira parte desta Constituição e devem entender-se complementares aos direitos e garantias por ela reconhecidos. Somente poderão ser denunciados, em seu caso, pelo Poder Executivo nacional, pela prévia aprovação de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara.
>
> Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos, quando aprovados pelo Congresso, precisarão do voto de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara para gozar da hierarquia constitucional. [162]

A Argentina não se furtou a tratar da hierarquia dos tratados internacionais em geral, e de destacar a dos acordos de direitos humanos. O Congresso brasileiro preferiu manter-se silente sobre os tratados em geral e deu um tratamento tímido para os de direitos humanos. Tendo prevalecido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que negava eficácia ao § 2º do artigo 5º (dispositivo "redundante", no dizer do Ministro Marco Aurélio), o Congresso Nacional deixou passar a oportunidade de corroborar a hierarquia constitucional dos grandes tratados e declarações de direitos humanos: a Declaração da ONU e a da OEA, ambas de 1948, o Pacto de

162 *Artículo 75o.- Corresponde al Congreso:*
Aprobar o desechar tratados concluidos con las demas naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.
La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaracion Universal de Derechos Humanos; la Convencion Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Economicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos y su Protocolo Facultativo; la Convencion sobre la Prevencion y la Sancion del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquia constitucional, no derogan articulo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantias por ella reconocidos. Solo podran ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobacion de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.
Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requeriran del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Camara para gozar de la jerarquia constitucional.

São José da Costa Rica e os grandes tratados de direitos humanos da ONU.

O legislador argentino o fez. Não o brasileiro. Com isso, diminuiu a possibilidade transformadora do Direito internacional no âmbito interno – e que é a sua principal finalidade –, tendo em vista que não será tão cedo que serão negociados tratados com a amplitude do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ou o de Direitos Civis e Políticos.

O "impacto transformativo" nas culturas políticas e jurídicas por meio das instituições internacionais (MUTUA, 2001) pode conceder ao Direito internacional o papel de via de "alargamento da cidadania". Essas instituições gradativamente incorporam-se a determinadas lutas sociais, como lembra Arnaud (1998, p. 79). Essa via não é percorrida, contudo, em uma cultura jurídica hostil aos direitos humanos e isolacionista. Esse tipo de cultura exige o uso dos instrumentos e organizações internacionais para que seja alterada. A experiência da Argentina com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é maior do que a do Brasil[163]; na Corte Interamericana, já foi parte em quatro casos (Maqueda, 1995; Garrido e Baygorria, de 1996; Cantos, de 2002; Bulacio, de 2003).

Certamente essa possibilidade transformadora, e o oferecimento de instrumentos legais para uma cultura de direitos humanos, não se restringe à América Latina. Estados desenvolvidos também podem ter muito a ganhar, em termos de cultura dos direitos humanos, com o Direito internacional. Easton (2002), por exemplo, refere-se a esse impacto no Reino Unido (Estado com um caráter notadamente conservador, e que sempre enxergou com reticências a integração européia), com a revogação, em dezembro de 1982, da lei da Irlanda do Norte que criminalizava a prática de atos homossexuais em ambientes privados após a derrota no caso Dungeon contra o Reino Unido, de 1981, na Corte de Estrasburgo[164]. A incorporação pelo Reino Unido da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais por meio do *Human Rights Act* em 2 de outubro de 2000 tem surtido efeitos transformadores na cultura jurídica do Estado, tendo em vista que ela foi levada a sério pelos órgãos judiciais: a incorporação foi acompanhada da aplicação de quatro milhões de libras para o treinamento de juízes na aplicação do tratado (REINO UNIDO. HOME OFFICE, 2000).

Antes do *Human Rights Act*, a Justiça nacional não podia aplicar a Convenção

---

163 De 2000 a 2003, foram abertos 34 petições contra o Brasil, e 40 contra a Argentina. Em relação a casos e petições pendentes, havia, em 2003, 91 contra a Argentina e 65 contra o Brasil (dados da Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

164 No julgamento de 1981, o Reino Unido foi considerado violador do direito de privacidade a respeito de Jeffrey Dudgeon; em 1983, a Corte condenou o Estado a pagar três mil e trezentos e quinze libras à parte.

por falta da incorporação ao direito interno, embora o Reino Unido fosse membro do tratado desde 1951. Com essa mudança, até mesmo requerentes de asilo estão a ter seus direitos protegidos, apesar da pretensão do governo britânico de manter tal assunto (politicamente muito delicado em uma Europa que se deseja fechar aos não-comunitários de países pobres e de etnias e religiões diferentes das européias) como discricionário. Por esse motivo, as autoridades governamentais criticaram publicamente decisões judiciais com base na Convenção, pretendendo que a concessão de asilo tivesse natureza tão-somente política, não jurídica, posição sem sentido com o *Human Rights Act*. Isso demonstra a independência das autoridades judiciais e o surgimento de uma nova cultura de direitos humanos (ELLIOTT, 2003, p. 531).

No caso do Brasil, é clara a necessidade de instituições internacionais de garantia dos direitos humanos. O sistema interamericano de direitos humanos, apesar de seu funcionamento moroso e burocrático[165], é uma das vias, contudo há outras que devem ser exploradas. Tradicionalmente, o Brasil é relutante em conceder acesso de indivíduos e organizações não-governamentais a instituições internacionais. O reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi uma exceção importante. Outras iniciativas deveriam ser permitidas, como o direito de petição individual ao Comitê contra a Tortura. Apenas com a autonomia jurídica dos sujeitos – indivíduos, organizações não-governamentais, de trabalhadores – os direitos humanos poderão ser reivindicados e praticados.

Esse direito foi previsto no artigo 22 da Convenção contra a tortura e tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, mas não foi aceito pelo Brasil. O Relator Especial contra a Tortura, da Comissão de Direitos Humanos da ONU, Nigel Rodley, que visitou o Brasil em 2000, recomendou ao governo brasileiro fazer a declaração prevista no artigo 22, de forma a autorizar as petições ao Comitê; no entanto, ainda em 2003, o assunto (que toca tão diretamente nas deficiências nacionais e estaduais de segurança pública) estava sob discussão interna no Ministério das Relações Exteriores (ONU, 2004).

Este trabalho tentou demonstrar as dificuldades de criação de um Estado de direito no Brasil, inspirado em idéias importadas, tendo em vista traços autoritários e paternalistas da estrutura social. Contudo, as leituras dualistas que realizavam uma rejeição apriorística das idéias estrangeiras eram, de regra, conservadoras, na medida em que terminavam na aceitação da tradição e da dominação existente. Em vez disso, preferi apostar em uma leitura

165 A respeito, deve-se ler a obra de Olaya Hanashiro sobre o funcionamento do sistema interamericano de direitos humanos (2001); entre outros pontos, a autora critica a redundância do sistema probatório perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e perante a Corte.

contextual, que, transportada como principiologia do Direito internacional dos direitos humanos, passa a significar a atenção aos contextos de aplicação da norma, numa recusa do formalismo para a busca da maior efetividade dos direitos humanos.

Os obstáculos a essa efetividade dependerão de cada contexto – a situação da Argentina, por exemplo, é diversa da do Brasil. Escolhi verificar as dificuldades na efetividade do Direito internacional dos direitos humanos por denunciarem com clareza os traços conservadores da cultura jurídica resultante daquela estrutura social. Essas dificuldades podem chegar a distorções como a produção legal da ilegalidade, que foi estudada na edição de normas individuais – sentenças – que contrariam as normas gerais (os tratados internacionais e a Constituição da República).

As normas individuais aqui em muito transcenderam que pode assumir a via do aniquilamento da eficácia de algum direito fundamental; analisou-se a ineficácia, resultante da jurisprudência, da dimensão coletiva do direito à educação. Em relação ao § 2º do artigo 5º, tentou-se ver como, tendo a jurisprudência lhe imposto uma principiologia avessa à do Direito internacional dos direitos humanos, ele acabou por produzir efeitos contrários à sua finalidade, isto é, a apresentar uma efetividade paradoxal.

O trabalho, porém, aposta no Direito internacional, apesar de suas limitações (comentadas no segundo capítulo), como instrumento para a criação de uma cultura dos direitos humanos no Brasil. É notável, por exemplo, que o Superior Tribunal de Justiça divirja do Supremo Tribunal Federal a respeito da alienação fiduciária em garantia, e considere que o Pacto de São José da Costa Rica revogou o decreto-lei (como foi decidido nos embargos de divergência em recurso especial n° 149.518, em 1999). O Superior Tribunal de Justiça, a despeito da jurisprudência da Corte constitucional, fez prevalecer essa posição mais favorável à liberdade (destaque-se o julgado, de 2000, dos embargos de declaração no *habeas corpus* n° 12.634).

O próprio Supremo Tribunal Federal já vem entendendo que os tratados de direitos humanos correspondem ao menos a subsídio para a interpretação da Constituição da República. Em longo acórdão a respeito do crime de racismo contra a comunidade judaica, o *habeas corpus* n° 82.424-2 RS, julgado em 2003, em que o paciente, Siegfried Ellwanger, era um editor de livros que fazia apologia contra o Judaísmo e os judeus. O pedido foi indeferido por maioria.

Trindade (1988, p. 147) afirma que a "real significação e o alcance" dos

tratados internacionais de direitos humanos "hão de ser medidos por seus possíveis efeitos no direito **interno** dos Estados partes". De um lado, isso é verdadeiro devido ao papel subsidiário dos tribunais internacionais – eles somente se tornam competentes se o Judiciário nacional não houver sido capaz de reparar a violação ao direito atingido, ou nem mesmo a ter apreciado, se seria inútil lhe submeter o caso[166], ou se ele mesmo a violou. Essa afirmação não pode ser entendida apenas como efeitos de ordem legislativa ou constitucional, eis que a Constituição de 1988 já refletia a internacionalização dos direitos humanos. Deve-se entender que esse efeito será realmente efetivo se causar mudanças na cultura política e jurídica dos Estados.

É interessante notar que os magistrados que votaram contra o pedido, e caracterizaram a conduta do paciente como crime de racismo, inspiraram-se no Direito internacional. O Ministro Maurício Corrêa inspirou-se largamente em parecer do internacionalista Celso Lafer, que realizou um estudo da proibição da discriminação racial nos tratados e declarações internacionais:

> 50. [...] Nas palavras do Professor Celso Lafer a principal finalidade da Convenção da ONU de 1965 [Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial] foi "*a definição de normas contrárias à discriminação racial e ao fenômeno do racismo em todas as suas dimensões"*, motivada pelas práticas anti-semitas do nazismo e pelo desenvolvimento do *apartheid* na África do Sul.
> 51 [...] É claro que essas normas internacionais inspiraram e balizaram a atuação da Assembléia Constituinte de 88 e do legislador ordinário, merecendo, por outra via, consideração irrestrita do intérprete da Carta Federal, especialmente por se acharem formalmente incorporadas ao nosso sistema jurídico.

Essa "consideração irrestrita" ainda não veio. É interessante lembrar caso que Evandro Lins e Silva conta de sua atuação perante o Supremo Tribunal Federal no fim do Estado Novo. O jurista era então advogado e tinha como cliente um pastor adventista de São Paulo que havia sido preso por pregar a proibição absoluta de matar, mesmo em guerra, e a proibição absoluta de trabalho, prevista na Bíblia, do pôr-do-sol das sextas-feiras até o pôr-do-sol dos sábados[167]. Devido às implicações desses interditos na rotina militar dos adventistas, o pastor havia sido preso por uma alegada ofensa à segurança nacional.

---

166 Desse papel subsidiário, decorre o princípio do esgotamento dos recursos internos como requisito de admissibilidade de uma queixa a organizações internacionais (TRINDADE, 1988, p. 202).
167 Como se sabe, a guarda do domingo, que é realizada, por exemplo, pelos fiéis da Igreja Católica apostólica Romana, não tem previsão bíblica.

> Requeri um *habeas-corpus* para esse pastor no Supremo Tribunal Federal, com base na própria Constituição, que assegurava a liberdade de crença. Da primeira vez foi denegado, mas da segunda, para não repetir o fundamento anterior, invoquei a Carta das Nações Unidas. Então, com base na Carta das Nações Unidas, de que éramos signatários, foi concedido o *habeas-corpus* por cinco votos contra quatro. (1997, p. 168)

O direito internacional pode ter, como teve nesse caso, um efeito progressista no tocante às liberdades e aos direitos humanos. Evandro Lins e Silva havia conseguido, nesse caso específico, que o Supremo Tribunal Federal aplicasse o direito internacional. Quando o Judiciário nacional recusa-se a aplicá-lo, o papel das instituições internacionais de direitos humanos revela-se imprescindível. Mas esse papel só será efetivo se os sujeitos – indivíduos, organizações – encontrarem a autonomia para tornar a liberdade em uma prática. Isso demanda informação sobre os direitos humanos – o que falta até mesmo ao Judiciário brasileiro – e espaços de ação política, institucional e jurídica.

CONCLUSÃO:

Como antes se referiu, este trabalho tentou demonstrar o papel da cultura jurídica em relação às dificuldades de criação de um Estado de direito no Brasil. Esse estado de direito, inspirado em idéias importadas (o que é o caso do Direito internacional, por não ser um ramo jurídico autóctone) encontrou limitações nos traços autoritários e paternalistas da estrutura social, reproduzidos pela cultura jurídica brasileira.

No entanto, este trabalho rejeitou as leituras dualistas, por considerar que não basta verificar a inadequação das idéias importadas no Brasil. Adotou-se aqui uma visão contextualista da efetividade dos direitos humanos, tendo em vista que aquelas leituras prestaram-se, na história do direito nacional, a uma rejeição apriorística das idéias estrangeiras, atendendo assim a interesses conservadores. O isolacionismo jurídico foi usado, ainda durante a ditadura militar, para legitimar a dominação pela dominação existente: os direitos humanos, segundo essa visão isolacionista e não-democrática, seriam estrangeirismos que ameaçariam a tradição ou a segurança nacional.

A principiologia do Direito internacional dos direitos humanos exige essa leitura contextual, consistente numa especial atenção aos contextos de aplicação da norma, numa recusa de parâmetros estreitos do formalismo jurídico (como uma aplicação rígida do princípio *pacta sunt servanda*) para a busca da maior efetividade dos direitos humanos. As diferentes normas de direitos humanos, de acordo com o Direito internacional, devem relacionar-se seguindo uma intertextualidade dinâmica, que faz com que as normas internas e as internacionais se articulem em cada contexto.

Na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constatou-se:

- Um perfil isolacionista no tocante ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, que foi aplicado, desde a década de setenta, por vezes de forma a não possuir nem mesmo eficácia formal, tendo em vista que o tratado não poderia revogar norma interna anterior;

- Um perfil isolacionista mesmo em relação às matérias "internacionalizadas" pela Constituição, como a integração econômica e os direitos humanos;
- A dissociação entre as dimensões individual (que é preservada) e coletiva dos direitos sociais; a dimensão coletiva, embora prevista no regime constitucional e também nos tratados internacionais, não encontra efetividade;
- A adoção de uma principiologia contrária à do Direito internacional dos direitos humanos, com a adoção de uma interpretação restritiva desses direitos, e a possibilidade de criar-lhe exceções não previstas em seu regime constitucional e internacional;
- Com essa principiologia adversa, as previsões de direitos humanos ou perdem eficácia formal, ou passam a produzir efeitos contrários àqueles previstos nas normas, isto é, passam a apresentar uma efetividade paradoxal;
- Em outros contextos, também na América Latina, as Cortes constitucionais têm adotado uma principiologia muito diversa, como é o caso da Argentina; nesse país, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos serve de referência para os tribunais internos;
- A Argentina, porém, que possui uma sociedade civil com maior capacidade de mobilização, teve uma experiência com o sistema interamericano maior do que a do Brasil, que somente reconheceu a jurisdição da Corte no fim de 1998. A participação mais intensa do Brasil nos sistemas internacionais de direitos humanos poderia ter um efeito progressista

para a mudança da cultura jurídica (apesar da fraqueza da garantia de muitos desses sistemas);

- Não basta, deve-se lembrar, a mera reforma constitucional no tocante ao assunto, como foi o caso da emenda n° 45 de 2004 (que, por sinal, ficou aquém do esperado, se comparada com a reforma argentina de 1994); é preciso que as normas e instituições internacionais tornem-se espaço de ação para os sujeitos.

Fleiner-Gerster, entre outros autores, pôde falar de uma "tradição da dupla legalidade" na América Latina: o regime patriarcal conviviria ao lado de constituições democráticas não-aplicadas (2006, p. 360). A mudança dessa tradição depende da organização da sociedade civil – que, no caso, da Argentina, já logrou resultados favoráveis no recurso a instâncias internacionais.

O fato de o Direito integrar a superestrutura, no sentido marxista, não significa que não possa gerar efeitos sociais, ou que sirva apenas para corroborar a dominação existente; ele possui certa autonomia diante das relações econômicas, pois não se limita a reproduzir diretamente as relações de poder. O Direito corresponde a um meio onde conflitos sociais se travam – as leis podem ser apreendidas de diferentes maneiras pelos atores sociais. E a própria idéia de coerência e de racionalidade, nele presente, pode fazer com que a razão jurídica volte-se contra o poder – por isso, afirma E. P. Thompson (1987, p. 358-360), nada há de inútil em fazer uma História do Direito: o Direito não se resume a uma simples mistificação do poder de classe. Pierre Vilar bem afirma que não há elementos passivos no complexo histórico, nem mesmo o Direito, que possui, como já se aludiu antes, a capacidade de modelar as mentalidades na história (1983, p. 134).

Não outro é o poder das idéias: tornar-se canal e veículo para aspirações sociais. A esse respeito, é importante lembrar do Romance XXI ou das Idéias, do *Romanceiro da Inconfidência* é um dos pontos mais altos da poética de Cecília Meireles: o poema compõe-se de seis estrofes de tamanho variável (26 a 16 versos); cada uma delas apresenta uma enumeração de elementos díspares, que serviriam a compor o quadro da vida em Minas Gerais do século XVIII. A geografia é descrita ("A alta muralha das serras"), mas também são

mencionados os objetos (“Lamparinas, oratórios”), práticas sociais (“Nascimentos. Batizados”) os homens (“Negras de peitos robustos”), a geopolítica (“A Europa a ferver em guerras”)... Todas as estrofes terminam com o mesmo verso: “E as idéias”. E, ao lembrar da independência dos Estados Unidos, menciona:

> Washington. Jefferson. Franklin
> (Palpita a noite, repleta
> de fantasmas, de presságios...)
> E as idéias.

Por que as idéias – e estrangeiras, como aponta essa estrofe – fazem parte da descrição de Minas? Autores como Voltaire e Rousseau eram proibidos pela Coroa Portuguesa – os “livros proibidos” a que alude o Romance XXIV ou da Bandeira da Inconfidência – e serviam para despertar os desejos de independência. As idéias, embora de origem estrangeira, por meio de um uso no contexto brasileiro, integravam a paisagem de Minas, tanto como fantasma (a imaterialidade presente) quanto como presságio (materialidade futura).

Que essas idéias, possam, pois, ajudar na construção de uma nova realidade.

BIBLIOGRAFIA:

1. DOCUMENTOS INTERNACIONAIS:

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). ALTO COMISSARIADO PARA OS DIREITOS HUMANOS. *Statistical survey of individual complaints considered under the procedure governed by article 14 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/stat4.htm , consulta em 10 jun. 2006.

ONU. COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. *Droits Économiques, Sociaux et Culturels: Effets des politiques d'ajustement structurel et de la dette extérieure sur la jouissance effective de tous les droits de l'homme, en particulier des droits économiques, sociaux et culturels*, assinado por Bernards Mudho, www.un.org, 2002

ONU. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Rapport de la Comission du Droit International. Cinquante-neuvième session*. http://www.un.org. A/59/10, 2004.

ONU. COMITÊ SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. *Summary Recording of the 8th Meeting*. http://www.un.org. E/C.12/2003/SR.8. 18 May 2003.

____ *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights : Brazil.* http://www.un.org. E/C.12/1/Add.87. 23 May 2003.

ONU. CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL. COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. *Civil and Political Rights, Including the Questions of Torture and Detention.* Report of the Special Rapporteur Nigel Rodley, http://www.un.org. E/CN.4/2001/66/Add.2, 30 March 2001.

____ *Civil and Political Rights, Including the Questions of Torture and Detention*. *Note Verbale from the Permanent Mission of Brazil.* http://www.un.org. E/CN.4/2001/164, 27 April 2001.

____ *Civil and Political Rights, Including the Questions of Disappearances and Summary Executions*. Report of the Special Rapporteur Asma Jahanguir. http://www.un.org. E/CN.4/2004/7/Add.3, 28 January 2004.

___ *Rights of the Child.* Report submitted by the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography, Juan Miguel Petit. http://www.un.org. E/CN.4/2004/9/Add.2, 3 February 2004.

____ *Civil and Political Rights, Including the Questions of Torture and Detention*. *Report of the Special Rapporteur, Theo van Boven. Addendum. Follow-up to the recommendations made by the Special Rapporteur. Visits to Azerbaijan, Brazil, Chile, Mexico, Romania, Turkey and Uzbekistan.*

http://www.un.org. E/CN.4/2004/56/Add.3, 13 February 2004.

____ *Civil and Political Rights, Including the Questions of Disappearances and Summary Executions. Note Verbale from the Permanent Mission of Brazil.* http://www.un.org. E/CN.4/2004/G/33, 18 March 2004.

____ *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con: la independencia del Poder judicial, la administración de justicia, la impunidad. Informe presentado por Leandro Despouy, Relator Especial Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados Adición. Misión al Brasil*. http://www.un.org. E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de febrero de 2005.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000.* http://www.cidh.org .

_____ *Relatório de seguimento do cumprimento das recomendações da CIDH constantes do relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil (1997).* http://www.cidh.org . 2000.

_____ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2001.* http://www.cidh.org .

_____ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002.* http://www.cidh.org .

_____ *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2003.* http://www.cidh.org .

2. TRATADOS E DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS:

Tratado de Paz e Amizade entre Portugal e Inglaterra (1810). *In*: Correio Braziliense. Edição de jul./dez. de 1810. Ed. fac-similar. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, p. 273-280.

Ata da Conferência de Berlim (1885). *In*: ALBIN, Pierre. *Les Grands Traités Politiques*. Paris : Félix alcan, p. 388-407, 1911.

Carta da ONU (1945) *In*: MAZZUOLI, V. de O. (org.) *Coletânea de Direito Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 12-29, 2003.

Carta da Organização dos Estados Americanos (1948) *In*: MAZZUOLI, V. de O. (org.) *Coletânea de Direito Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 39-58, 2003.

Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948) *In*: MAZZUOLI, V. de O. (org.) *Coletânea de Direito Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 401-404, 2003.

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Conselho da Europa, 1950) http://www.europa.eu.int.

Tratado de Roma (Comunidade Européia, 1957) http://www.europa.eu.int.

Convenção nº 110 – Convenção sobre as condições de emprego dos trabalhadores de plantações (Organização Internacional do Trabalho, 1958) http://www.ilo.org.

Protocolo n. 4 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Conselho da Europa, 1963) http://www.europa.eu.int.

Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (ONU, 1965) *In*: MAZZUOLI, V. de O. (org.) *Coletânea de Direito Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 477-486, 2003.

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966) *In*: MAZZUOLI, V. de O. (org.) *Coletânea de Direito Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 470-477, 2003.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966) *In*: MAZZUOLI, V. de O. (org.) *Coletânea de Direito Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 455-467, 2003.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos/ Pacto de São José da Costa Rica (OEA, 1969) *In*: MAZZUOLI, V. de O. (org.) *Coletânea de Direito Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 518-533, 2003.

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) *In*: MAZZUOLI, V. de O. (org.) *Coletânea de Direito Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 169-187, 2003.

Convenção n° 158 – Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador (OIT, 1982) http://www.ilo.org.

Protocolo de San Salvador (OEA, 1988) *In*: MAZZUOLI, V. de O. (org.) *Coletânea de Direito Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 534-540, 2003.

Tratado de Assunção (Mercosul, 1991). *In*: BRASIL. COMISSÃO PARLAMENTAR CONJUNTA, SEÇÃO BRASILEIRA. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Mercosul: Legislação e Textos Básicos*. 3ª. ed. Brasília: Senado Federal, p. 15-34, 2000.

Acordo de Livre Comércio da América do Norte (1992). ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Serviço de Informação sobre Comércio Exterior. http://www.sice.oas.org/trade/nafta.asp

Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, ou Protocolo de Las Leñas (Mercosul, 1992) *In*: BRASIL. COMISSÃO PARLAMENTAR CONJUNTA, SEÇÃO BRASILEIRA. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Mercosul: Legislação e Textos Básicos*. 3ª. ed. Brasília: Senado Federal, p. 425-435,

2000.

Declaração e Programa de Ação de Viena (1993) *In*: MAZZUOLI, V. de O. (org.) *Coletânea de Direito Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 408-432, 2003.

Protocolo de Medidas Cautelares (Mercosul, 1994) *In*: BRASIL. COMISSÃO PARLAMENTAR CONJUNTA, SEÇÃO BRASILEIRA. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Mercosul: Legislação e Textos Básicos*. 3ª. ed. Brasília: Senado Federal, p. 443-451, 2000.

Protocolo de Ouro Preto (Mercosul, 1994) *In*: BRASIL. COMISSÃO PARLAMENTAR CONJUNTA, SEÇÃO BRASILEIRA. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Mercosul: Legislação e Textos Básicos*. 3ª. ed. Brasília: Senado Federal, p. 35-50, 2000.

Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (OMC, 1994). *In*: *Resultados da Rodada Uruguai do GATT*. São Paulo: Aduaneiras, p. 93-111, 1995.

Declaração de Copenhague sobre o Desenvolvimento Social (ONU, 1995) In: ALVES, José Lindgrem. *Relações Internacionais e Temas Sociais: A década das conferências.* Brasília: IBRI, p. 383-418, 2001.

Carta Social Européia Revista (1996) http://www.europa.eu.int .

Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (ONU, 1997) *In*: MAZZUOLI, V. de O. (org.) *Coletânea de Direito Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 598-614, 2003.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (2002) http://www.europa.eu.int .

3. DECISÕES E PARECERES DE ÓRGÃOS JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVOS:

ARGENTINA. CORTE SUPREMA:

- Recurso Extraordinario. Miguel Ekmekdjian contra Gerardo Sofovich e outros. Julgamento em 7 de julho de 1992.

BRASIL. CONSELHO DO ESTADO:

- Resolução de consulta da Seção de Justiça de 17 de setembro de 1872, aprovada pelo Imperador D. Pedro II em 8 de outubro de 1872.

BRASIL. JUÍZO DE DIREITO DE SOROCABA:

- Sentença de 14 de setembro de 1874, proferida pelo juiz de direito Joaquim de Toledo Pisa e Almeida, no caso de Miguelina Archanja Velha contra Maria.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

- Embargos de divergência em recurso especial n. 149158-GO. Corte Especial. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento em 5 de maio de 1999.
- Embargos de declaração em *habeas corpus* n. 12354-DF. Relator: Ministro Ary Pargendler. Julgamento em 26 de outubro de 2000.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

- Recurso extraordinário n.º 75.221 GB. 2ª. Turma. Relator: Xavier de Albuquerque. Julgamento em 21 de novembro de 1972.
- Representação de inconstitucionalidade n° 803 DF. Relator: Djaci Falcão. Julgamento em 15 de setembro de 1977.
- *Habeas corpus* n.º 70.625-8/130 SP. 2ª. Turma. Relator: Néri da Silveira. Julgamento em 22 de outubro de 1993.
- Recurso extraordinário n° 160.432-8 SP. 1ª. Turma. Relator: Celso de Melo. Julgamento em 26 de outubro de 1993.
- Ação direta de inconstitucionalidade n° 535-9 DF. Relator: Néri da Silveira. Julgamento em 23 de fevereiro de 1994.
- *Habeas corpus* n° 71.286-0 MG. 2ª Turma. Relator: Francisco Rezek. Julgamento em 30 de agosto de 1994.
- *Habeas corpus* n.º 72.131-1 RJ. Plenário. Relator: Néri da Silveira. Julgamento em 23 de novembro de 1995.
- *Habeas corpus* n° 74.383-8 MG. 2ª. Turma. Relator: Néri da Silveira. Julgamento em 22 de outubro de 1996.
- Ação direta de inconstitucionalidade n.º 1.675-1 DF – Medida liminar. Relator: Sepúlveda Pertence. Julgamento em 24 de setembro de 1997.
- Agravo regimental em carta rogatória n° 7.613-Argentina. Relator: Sepúlveda Pertence. Julgamento em 3 de abril de 1997.
- Ação direta de inconstitucionalidade n° 1.480-3 DF (medida liminar). Relator: Celso de Mello. Julgamento em 4 de setembro de 1997.
- Agravo regimental na carta rogatória n.º 8.279-Argentina. Plenário. Relator: Celso de Mello. Julgamento em 17 de junho de 1998.

- Ação direta de inconstitucionalidade n° 1.480-3 DF. Relator: Celso de Mello. Julgamento em 26 de junho de 2001.
- *Habeas corpus* n° 82.424-2 RS. Plenário. Relator: Moreira Alves. Julgamento em 17 de setembro de 2003.
- Recurso extraordinário n° 411.518-2 SP. Relator: Marco Aurélio. Julgamento em 3 de março de 2004.
- Ação direta de inconstitucionalidade n.º 1625-3 DF – Medida liminar. Relator: Maurício Corrêa. Aguardando julgamento.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL:

- Recurso eleitoral n° 10138-SP. Relator: Torquato Jardim. Julgamento em 17 de setembro de 1992.
- Recurso eleitoral n° 10266-SP. Relator: Torquato Jardim. Julgamento em 18 de setembro de 1992.
- Recurso especial eleitoral n° 13203-SE. Relator: Francisco Rezek. Julgamento em 27 de novembro de 1996.

CONSELHO DA EUROPA. COMISSÃO EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS.

- Petição de Michael Christakis contra o governo do Chipre. Primeira Câmara da Comissão. Decisão em 21 de maio de 1997.

CONSELHO DA EUROPA. CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS:

- Dudgeon contra Reino Unido. Queixa n° 7525/76. Julgamento em 22 de outubro de 1981.
- Dudgeon contra Reino Unido. Queixa n° 7525/76. Julgamento em 24 de fevereiro de 1983.
- Chabal contra o Reino Unido. N° 70/1995/576/662. Julgamento em 25 de outubro de 1996.
- Selmouni contra França. Queixa n° 25803/94. Julgamento em 7 de julho de 1999.

FRANÇA. CONSELHO DE ESTADO:

- Nos 283471,284421,284473,284654,285374. Confédération Générale du Travail et autres. Séance du 14 octobre 2005.

FRANÇA. CONSEIL DE PRUD'HOMMES DE LONGJUMEAU :

- Affaire Linda D. vs. Phillipe S. 28 avril 2006.

LIGA DAS NAÇÕES. CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL:

- Parecer Consultivo n° 10. Troca de Populações Gregas e Turcas. 21 de fevereiro de 1925.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:

- Parecer Consultivo n° 2/82. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 74 e 75). 24 de setembro de 1982.
- Velázquez Rodríguez contra Honduras. Exceções preliminares. Julgamento em 26 de junho de 1987.
- Garrido e Baigorria contra Argentina. Julgamento em 2 de fevereiro de 1996.
- Castillo Petruzzi e outros contra Peru. Julgamento em 30 de maio de 1999.
- Ivcher Bronstein contra o Peru. Julgamento em 24 de setembro de 1999.
    - Caso da Penitenciária Urso Branco, contra o Brasil. Medida provisória. Julgamento em 18 de junho de 2002.
    - Caso da Penitenciária Urso Branco, contra o Brasil. Medida provisória. Julgamento em 29 de agosto de 2002.
- Caso do Caracazo, contra a Venezuela. Julgamento em 29 de agosto de 2002.
- Cantos contra Argentina. Julgamento em 28 de novembro de 2002.
    - Cinco Aposentados contra o Peru. Julgamento em 28 de fevereiro de 2003.
    - Caso da Penitenciária Urso Branco, contra o Brasil. Medida provisória. Julgamento em 22 de abril de 2004.
    - Caso da Penitenciária Urso Branco, contra o Brasil. Medida provisória. Julgamento em 7 de julho de 2004.
    - Caso de Damião Ximenes Lopes contra o Brasil. Julgamento em 4 de julho de 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO:

- Caso da Austrália, Brasil e Tailândia contra Comunidades Européias, sobre subsídios para a exportação de algodão. WT/DS266/R. Relatório em 15 de outubro de 2004.

PERU. CONSELHO SUPREMO DE JUSTIÇA MILITAR:

- Resolução do Plenário do Conselho Supremo de Justiça Militar. Declaram inexecutável

sentença ditada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em caso de integrantes de organização terrorista. Decisão de 11 de junho de 1999.

4. LIVROS E ARTIGOS:

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *In*: PINZÓN, D. R.; MARTIN, C.; QUINTANA, T. O. *La Dimensión Internacional de los Derechos Humanos*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, p. 357-362, 1999.

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

_____ Racismo, Criminalidade Violenta e Justiça Penal: Réus Brancos e Negros em Perspectiva. *Estudos Históricos*. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 18, 1996, p. 283-300.

AGAMBEN, Giorgio. *Moyens sans fins: Notes sur la politique*. Paris: Éditions Payot & Rivages, 2002.

_____ *Stato di Eccezione*. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

AHRENS, H. *Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit*. 5e. éd. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1860.

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon. O Protocolo de Quioto e as Regras da OMC: em busca de uma harmonização de seus princípios. *Revista de Direito Internacional e do Mercosul.* Buenos Aires: La Ley; Síntese Editora, n. 6, p. 7-17, dezembro 2003.

ALVES, José Augusto Lindgrem. *Relações Internacionais e Temas Sociais: A década das conferências.* Brasília: IBRI, 2001.

ALVES, José Carlos Moreira. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ANISTIA INTERNACIONAL (ANISTIA INTERNACIONAL). *Betraying the Young: Human Rights Violations Against Children in the US Justice System*. 1998.

_____ *Not Part of My Sentence: Violation of Human Rights of Women in Custody*. 1999.

AMORIM, Celso. País quer acesso ao mercado americano, com ou sem ALCA. Entrevista dada a E. Castanhêde e A. Soliani. *Folha de São Paulo*. São Paulo, A 10, 10 jan. 2005.

APEL, Karl-Otto. La relation entre morale, droit et démocratie. La Philosophie du droit de Jürgen Habermas jugée du point de vue d'une pragmatique transcendantale. *Les Études Philosophiques*. p. 66-80, janvier/mars 2001.

ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. ONU e o Judiciário. *Obsevatório da Imprensa.*. http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/cadernos/cid111120033.htm , 11 nov. 2003.

ARAÚJO, Ivens Bastos de. Construções sem licença em loteamento não aprovado. Possibilidade de regularização. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara.* Rio de Janeiro, N. 13, P. 155-156, 1964.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

____ *On Revolution*. London: Penguin, 1990.

____ *Eichmann in Jerusalem*. London: Penguin, 1994.

ARNAUD, André-Jean. Introduction *In*: MARTIN, G. (dir.) *Les transformations de la régulation juridique*. Paris: Librairie Générale du Droit et Jurisprudence, p. 75-84, 1998.

ARSLAN Zuhtu. Taking Rights Less Seriously: Postmodernism and Human Rights, *Res Publica,* Printed in the Netherlands: *Kluwer Academic Publishers.*, **5:** 195–215, 1999.

ATIAS, Christian. *Théorie contre arbitraire*. Paris: Presses Universitaires de France, 1987.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Brasília: Senado Federal, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BELL, Mark. Beyond European Labour Law? Reflections on EU Racial Equality Directive. *European Journal of International Law*. Oxford: Blackwell Publishers, vol. 8, n° 3, p. 384-399, September 2002.

BENTHAM. Sophismes anarchiques, traduit par Dumont. *In*: WORMS, Frédéric. *Droits de l'homme et philosophie: une antologie,* Angleterre: Presses Pocket, p. 150-158, 1993.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição comentada. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976a.

_____ *Filosofia Social e Jurídica*. São Paulo: Grijalbo; Edusp, 1976b.

BICUDO, Hélio. O Judiciário e os organismos internacionais. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, p. A13, 18 out. 2003.

BLANKENBOURG, Erhard. La Recherche de l'Efficacité de la Loi. Réflexions sur l'étude de la mise en oeuvre (Le concept "d'implementation"). *Droit et Société*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, n. 2, p. 59-75, 1986.

_____ Implémentation. In: ARNAUD, A.-J. et alii. *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et Sociologie de Droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, p. 291-293, 2e édition, 1993.

BORAN, Idil. Le conséquentialisme et le problème de prédiction. *Archives du Philosphie du Droit*. Paris, tome 48, p. 305-314, 2005.

BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

____ *Machado de Assis*. São Paulo: Publifolha, 2002.

BOURDIEU, Pierre. Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective. *In:* CHAZEL, F.; COMMAILLE, J. *Normes juridiques et régulation sociale.* Paris : Librairie Générale du Droit et Jurisprudence, p. 95-99, 1991.

BRADLEY, Curtis A.; GOLDSMITH, Jack L. Treaties, Human Rights and Conditional Consent. *Social Science Research Network*. http://www.ssrn.com University of Virginia: School of Law. Working paper, May 2000.

BRANDÃO, Marco Antônio Diniz; PEREZ, Ana Candida. A Política Externa de Direitos Humanos. *Brasil. Ministério das Relações Exteriores*. <www.mre.gov.br/portugues/politica_externa/temas_agenda/direitos_humanos/politica.asp> , consultado em out. 2004

BRASIL. SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS. *Programa Nacional de Direitos Humanos*. http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PRODH4.HTM . 2002.

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. CONSELHO DE DEFESA DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA. Razões do Itamaraty contrárias à adesão do Brasil à convenção americana de direitos humanos. Parecer assinado por Marcos Castrioto de Azambuja. *Revista OAB RJ*, n. 19 p. 377-381, 1982.

BRASIL. CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA. Ensino – Receita Vinculada – Emenda Constitucional n° 24/83. Parecer assinado por Ronaldo Rebello de Britto Poletti. *Revista de Direito*

Administrativo. Rio de Janeiro, n. 158, p. 279-289, out./dez. 1984.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da república: Exercício de 1999*. www.tcu.gov.br , 2000.

____ *Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da república: Exercício de 2000.* www.tcu.gov.br , 2001.

____ *Relatório e pareceres prévios sobre as contas do governo da república: Exercício de 2002*. www.tcu.gov.br , 2003.

____ *Relatório e pareceres prévios sobre as contas do governo da república: Exercício de 2003*. www.tcu.gov.br , 2004.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Relendo Raízes do Brasil*. http://bresserpereira.org.br, 2000.

BRETONE, Mario. *Derecho y tiempo en la tradición europea.* México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

BRY, Georges. *Précis Élémentaire de Droit International Public*. 6. éd. Paris: Recueil Sirey, 1910.

BUHRER, Jean-Claude. Demi-victoire de la Chine devant la Commission des droits de l'homme. *Le Monde*. http://www.lemonde.fr , 19 avril 2001.

BULL, Hedley. *A Sociedade Anárquica*. Brasília: EDUNB, IPRI; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

BUZAID, Alfredo. *Rumos políticos da Revolução Brasileira.* Brasília: Ministério da Justiça, 1970.

____ Da conjuntura política nacional. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro, ano 29, n. 124, p. 1-24, dez. 1972.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. Trad. de Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAMINHA, M. C. P. Os Juízes diante dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos do Homem. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 88 (761): 151-157, mar. 1999.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.

CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário*. 4ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit: textes pour une sociologie du droit sans rigueur*. Paris: L.G.D.J., 3e édition, 1976.

CARVALHO, Eduardo Guimarães de. *O Negócio da Terra*. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, 1991.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania: tipos e percursos. *Estudos Históricos*. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 18, 1996, p. 337-359.

____ *Pontos e Bordados: Escritos de História e Política*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

____ *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASTRO, Marcelo Lúcio Ottoni. *A educação na Constituição de 1988 e a LDB*. Brasília: André Quicé, 1998.

CAVALLARO, James. Toward fair play. *Chicago Journal of International Law*. Chicago, p. 481-492, fall 2002.

CAVALLIERI, Alyrio. Os juízes de bem. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, p. A14, 28 de abril de 2003.

CHARVIN Robert. Régulation juridique et mondialisation néolibérale. Droit « mou », droit « flou » et non-droit. *Actualité et Droit International*, http://www.ridi.org/adi, janvier 2002.

CHAUÍ, Marilena. *Conformismo e Resistência: Aspectos da cultura popular no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1986a.

____ Roberto Lyra Filho ou da Dignidade Política do Direito. *In*: LYRA, Doreodó Araujo. *Desordem e Processo: Estudos sobre o Direito em Homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 17-27, 1986b.

____ A quand la démocratie au Brésil? In: FRANCE. CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE (CNRS). *Quel avenir pour la démocratie en Amérique Latine?* Paris, p. 185-203, 1989.

____ *Brasil: Mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

CHURCHILL, Robin R.; KHALIQ, Urfan. The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?

European Journal of International Law, vol. 15, n. 3, p. 417-456, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

____ Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n° 138, p. 39-48, 1998.

____ Comentário ao Artigo 1º. *In*: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Direitos Humanos: conquistas e desafios.* Brasília: Letraviva, p. 13-24, 1999.

____ Direitos Humanos no Brasil: o passado e o futuro. *DHNET*, www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparatobr.html , 2002.

____ *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Emília Viotti da. *Da Monarquia à República: Momentos decisivos*. 7ª ed. São Paulo: Unesp, 1999.

COURTIS, Cristian; ABRANOVICH, Victor. Fuentes de Interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos. *In*: ANNONI, Danielle (org.) *Os novos conceitos do novo direito internacional : cidadania, democracia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, p. 79-91, 2002.

COUTO, Estêvão. *A Relação entre o Interno e o Internacional: Concepções Cambiantes de Soberania, Doutrina e Jurisprudência dos Tribunais Superiores do Brasil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COZENDEY, Carlos Márcio B. O sistema de incorporação das normas do Mercosul à ordem jurídica interna. *Cadernos do CEAM*. Brasília, ano III, n. 7, p. 45-61, março 2002.

CUNHA, Euclides. *Os Sertões*. São Paulo: Nova Cultural, 2003.

DAMATTA, Roberto. O Brasil como morada: Apresentação para *Sobrados e Mucambos*. *In*: FREYRE, Gilberto. *Sobrados e Mucambos*. 15ª. ed. São Paulo: Global, 2004.

D'AMBROSIO, Ubiratan. A relevância do projeto Indicador Nacional de Alfabetismo Funcional – INAF como critério de avaliação da qualidade de ensino de matemática. *In*: FONSECA, M. da C. F. R. (org.) *Letramento no Brasil: Habilidades matemáticas*. São Paulo: Global; Ação Educativa; Instituto Paulo Montenegro, p. 31-46, 2004.

D'ARCY, François. *União Européia: Instituições, Políticas e Desafios*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2002.

DAVIES, Nicholas. *O FUNDEF e as verbas da educação*. São Paulo: Xamã, 2001.

____ O financiamento da educação e seus desafios. *Eccos*. São Paulo: Centro Universitário Nove de Julho, v. 6. n. 1, p. 46-63, jun. 2004.

DENT, N. J. H. *Dicionário Rousseau*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996.

DESPAGNET, Frantz. *Cours de Droit International Public*. 2. éd. Bordeaux: Y. Cadoret, 1900.

DIENG, Mamadou M. Les difficultés d'application des Conventions en matière de droits de l'homme en Afrique: le cas de la Convention sur les droits de l'enfant au Bénin. *Actualité et Droit International*. http://www.ridi.org/adi, avril 2001.

DOLINGER, J. As soluções da Suprema Corte Brasileira para os conflitos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Um exercício de ecletismo. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, 334: 71-107, abr./jun. 1996.

DUARTE, Clarice Seixas. *O Direito Público Subjetivo ao Ensino Fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Fábio Konder Comparato. São Paulo, mimeo, 2003.

____ Direito Público subjetivo e Políticas Públicas Educacionais. *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, vol. 18, n° 2, p. 113-118, 2004.

EASTON, Susan M. Feminist perspectives on the Human Rights Act: two cheers for incorporation. *Res Publica*, n. 8, p. 21-40, 2002.

EBERHARD, C. Brief reflections on what "efficacy" of a whole order could mean – in contrast to the efficacy of a single law. *Cahiers d`Antropologie du Droit*, 1997.

ELLIOTT, Mark. Asylum-Seekers Have Human Rights, Too**.** *Cambridge Law Journal*. Printed in Great Britain. Vol. 62, n. 3, p. 528-531, November 2003.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SECRETARIA DE ESTADO. *Methanex Corp. v. United States of America*. http://www.state.gov/s/l/c5818.htm , 2004.

EWALD, François. *Foucault: A Norma e o Direito*. Lisboa: Veja, tradução de António Fernando Cascais, 1993.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *A Evolução do Sistema de Proteção Jurisdicional de Direitos no Brasil Republicano*. Recife: Instituto dos Advogados de Pernambuco, 1971.

____ *Direitos do Homem, a Ordem Pública e a Segurança Nacional*. Separata dos Anais da V

Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, 1975.

____ A crise do Poder Judiciário. *In*: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Anais da XIII Conferência Nacional da OAB*. Brasília, p. 217-220, 1991.

FALCÃO, J. de Arruda. Justiça Social e Justiça Legal: conflitos de propriedade no Recife. In: FALCÃO, J. de A. (org.). *Conflito de Direito de Propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, p. 79-101, 1984.

FALK, Richard A. Kosovo, World Order, and the Future of International Law. *American Journal of International Law*. http://www.asil.org/ajil/kosovo.htm Vol. 93, n. 4, October 1999.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito: os juizes em face dos novos movimentos sociais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.

____ *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil.* Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Entrevista. *In*: NOBRE, Marcos; REGO, José Marcio (org.) *Conversas com Filósofos Brasileiros*. São Paulo: Editora 34, p. 273-298, 2000.

FERREIRA, Luís Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. VII. São Paulo : Saraiva, 1995.

FERREIRA, Waldemar. *O Loteamento e a Venda de Terrenos em Prestações*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1938.

FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo : Martins Fontes, 2006.

FLORY, Maurice. Mondialisation et droit international du développement. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, vol.. 3, p. 609-633, 1997.

FONSECA, Marcio Alves da. Normalização e Direito. *In*: BRANCO, G. C.; PORTOCARRERO, V. (org.) *Retratos de Foucault*. Rio de Janeiro: Nau Editora, p. 218-232, 2000.

_____ *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FONSECA, Maria da Conceição Ferreira Reis. A educação matemática e a ampliação das demandas de leitura e escrita da população brasileira. *In*: FONSECA, M. da C. F. R. (org.) *Letramento no Brasil: Habilidades matemáticas*. São Paulo: Global; Ação Educativa; Instituto Paulo Montenegro, p. 11-28, 2004.

FORSYTHE, David P. *Human Rights in International Relations*. Cambridge: University of Cambridge, 2000.

FOUCAULT, Michel. *La volonté du savoir*. Paris: Gallimard, 1976.

____ *Vigiar e Punir.* Petrópolis: Vozes, 1977.

____ *Dits et Écrits 1954-1988*. Paris: Éditions Gallimard, tomes III et IV, 1994.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Instrumentos para a defesa e garantia dos direitos humanos. *In*: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Anais do Congresso Nacional de Advogados da Pré-Constituinte*. Rio de Janeiro: Folha Carioca Editora, p. 248-256, 1983.

FRANCO, Maria Sylvia Carvalho. As idéias estão no lugar. *Caderno de Debates*. São Paulo, n. 1, 1976.

FREYRE, Gilberto. *Sobrados e Mucambos*. 15ª. ed. São Paulo: Global, 2004.

FRY, Peter. Cor e Estado de Direito no Brasil. *In*: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, G.; PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Democracia, Violência e Injustiça: o Não-Estado de Direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, p. 207-231, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. *Herança e Futuro da Europa*. Lisboa: Edições 70, trduzido por António Hall, 1995.

GARAPON, Antoine. Du provincialisme constitutionnel. *Droit et Société*. Paris, n° 20-21, p. 131-132, 1992.

GENRO, Tarso. *Introdução Crítica ao Direito.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

GIESEN, Klaus-Gerd. O hiato entre a justiça e a ética políticas: a cosmopolítica de Jacques Derrida. Trad. de Marta Kawano. *Discurso*. São Paulo, 32, p. 85-112, 2001.

GIBSON, James L. Truth, Reconciliation, and the Creation of a Human Rights Culture in South Africa. *Law & Society Review*, Volume 38, n. 1, p. 5-40, 2004.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES, Ângela de Castro. A política brasileira em busca da modernidade: na fronteira entre o público e o privado. *In*: SCHWARCZ, Lilia Moritz. *História da Vida Privada no Brasil*. Vol. IV. São Paulo: Companhia das Letras, p. 489-558, 1998.

GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em Garantia*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

____ *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. Les silences de Hobbes et Rousseau. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, tome 32, p. 59-69, 1987.

GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. 2 vol. Trad. de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

GURVITCH, Georges. *Élements de Sociologie Juridique*. Paris: Montaigne Aubier, 1940.

HABERMAS, Jürgen. *The Postnational Constellation: Political Essays.* Translated by Max Pensky. Cambridge: The MIT Press, 2001.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. *O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos*. São Paulo: Fapesp; Edusp, 2001.

HENTHAM, Ralph. Conceptualizing Access to Justice and Victim's Rights in International Sentencing. *Social and Legal Studies*. London, vol. 13(1), p. 27-55, 2004.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª. ed. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1998.

HOBBES, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. São Paulo: Landy, tradução de M. C. G. Cupertino, 2001.

HÖFFE, Ottfried. Los principios universales del derecho y la relatividad cultural. *Diálogo Científico*. Tübingen: Georg Hauser, vol. 2, n. 2, 1993.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

____ *Para uma nova História*. Org. de Marcos Costa. São Paulo: Perseu Abramo, 2004.

HOLSTON, James. Legalizando o Ilegal: propriedade e usurpação no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo: ANPOCS, vol. 8, n. 21, p.68-89, 1993.

ILES, Alaistar. Rethinking Differential Obligations: Equity Under the Biodiversity Convention. *Leiden Journal of International Law*, 16, p. 217-251, 2003.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA (INEP). *Relatório do Grupo de Trabalho sobre Financiamento da Educação*. http://www.inep.gov.br , acesso em dez. 2004a.

____ *Informativo INEP*. http://www.inep.gov.br Ano 2, n° 42, 8 jun. 2004b.

IOSCHPE, Gustavo. A ignorância custa um mundo: O valor da educação no desenvolvimento do Brasil. São Paulo: Francis, 2004.

KANT, Immanuel. (1784) Idea for a Universal History with Cosmopolitan Intent. In: The Philosophy of Kant: Immanuel's Kant Moral and Political writings. Translation by C. Friedrich. New York: p. 116-131, 1949.

____ (1793) *Sur l'expression courante : Il se peut que ce soit juste en théorie, mais en pratique cela ne vaut rien.* Traduction par L. Guillermit. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1972.

____ (1795) *Zum ewigen Frieden*. *In*: Werke. VI Band. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 191-251, 1976.

____ (1797) *The Metaphysics of Morals*. Translation by M. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

KELLER, Linda M. The American Rejection of Economic Rights as Human Rights & the Declaration of Independence: Does the Pursuit of Happiness Require Basic Economic Rights? *New York Law School Journal of Human Rights*. New York, n. 19, p. 557-613, 2003.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Franz Deutike:Leipzig und Wien, 1934.

____ *Théorie du Droit International Public*. *Recueil des Cours. Academie de Droit International*. The Hage, tome 84, p. 5-203, 1955.

____ *Reine Rechtslehre.* 2. Auflage 1960, Nachdruck. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

____ *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*. México: Fondo de Cultura Económica, 2.ª ed., 1996.

____ *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

____ Juízo sobre a tese de Umberto Campagnolo. KELSEN, H. CAMPAGNOLO, U. *Direito Internacional e Estado Soberano*. Trad. de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, p. 111-137, 2002.

KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil. *In*: WOLKMER, Antonio

Carlos. *Fundamentos de História do Direito.* Belo Horizonte: Del Rey, p. 227-246, 1996.

KUMAR, C. Raj. International Human Rights Perspectives on the Fundamental Right to Education--Integration of Human Rights and Human Development in the Indian Constitution. *Tulane Journal of International and Comparative Law*. N. 12, p. 238-385, Spring 2004.

LASCOUMES, Pierre et SERVERIN, Evelyne. Théories et Pratiques de l'Effectivité du Droit. *Droit et Société*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, n. 2, p. 101-124, 1986.

LEAL, Victor Nunes. *Sobral Pinto, Ribeiro da Costa e umas lembranças do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpia Editora, 1981.

____ *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LESSER, Jeffrey. *O Brasil e a Questão Judaica: imigração, diplomacia e preconceito*. Trad. de Marisa Sanematsu. Rio de Janeiro: Imago, 1995.

LEVESQUE, Roger J. R. *Culture and Family Violence: Fostering Change Through Human Rights Law*, Washington: American Psychological Association, 2001.

LYCHOWSKI, Rodrigo. A relevância da Convenção n° 158 da Organização Internacional do Trabalho para o Direito Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes*. Rio de Janeiro, ano 2, n° 2, 1997.

LIMA BARRETO, Afonso Henriques de. *Toda Crônica*. Org. de Rachel Valença. Vol. II. Rio de Janeiro: Agir, 2004.

LIMONGI, Dante Braz. O projeto político de Pontes de Miranda: Estado e democracia na obra de Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

LISZT, Franz von. *Das Völkerrecht,* Berlin: Verlag von Julius Springer, 1918.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. *Revista USP*. São Paulo: USP n° 21, p. 22-33, março/maio 1994.

____ Os Juízes e a Realização dos Direitos Humanos: Alguns Problemas Teórico-Jurídicos e Político-sociológicos em Países de Economia Periférica. *Justiça e Democracia*. Cotia: Ateliê, n° 4, p. 79-86, 2001.

____ *O Direito na História*. 2ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

____ Derecho de las desigualdades: en torno a las formas no universales del pluralismo jurídico. *In:* VILLEJAS, M. G.; RODRÍGUEZ, C. A. (ed.) *Derecho y Sociedad en América Latina*: *Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos; Universidad Nacional de Colombia, pp. 223-259, 2003.

LOSCHAK, Danièle. A questão do direito. In: ESCOBAR, C. H. (org.) *Michel Foucault: O Dossier, Últimas Entrevistas*. Rio de Janeiro: Taurus, tradução de Ana Maria de A. Lima, p.122-124, 1984.

MACHADO DE ASSIS, J. M. *Obra completa*. Vol. II. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1962.

MAGALHÃES, José Marcos de. O protocolo de Las Leñas e a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos nos países do Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 36, n. 144, p. 281-291, out./dez. 1999.

____ *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

____ Prefácio. RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo: Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.* São Paulo: Max Limonad, p. 15-20, 2001.

MAHLMANN, Matthias. Law and Force: 20th Century Radical Legal Philosophy, Post-Modernism and the Foundations of Law. *Res Publica*. Netherlands: Kluwer, n. 9, p. 19-37, 2003.

MARICATO, Ermínia. *Metrópole na Periferia do Capitalismo*. São Paulo: Hucitec, 1996.

MARX, Karl (1842) *Das philosophische Manifest der historichen Rechstschule*. http://gutenberg.spiegel.de/marx/schrift1/me01_078.htm .

____ (1843) *Zur Judenfrage*. http://gutenberg.spiegel.de/marx/judenfra/judenfra.htm

____ (1844) *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung* http://gutenberg.spiegel.de/marx/heglrech/me01_378.htm .

____ (1851) *Die Konstitution der Französischen Republik, angenommen am 4. November 1848.* http://www.mlwerke.de/me/me07/me07_494.htm

___ (1875) *Kritik des Gothaer Programms*. http://gutenberg.spiegel.de/marx/gotha/me19_013.htm

MASCARO, Alysson Leandro Barbate. *Para uma crítica da legalidade no Brasil contemporâneo*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do

Professor Ari Marcelo Solon. São Paulo, mimeo, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

___ Os tratados internacionais de direitos humanos como fonte do sistema constitucional de proteção de direitos. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. Brasília, n. 18, p. 120-124, jul./set. 2002a.

___ *Direitos Humanos e Cidadania à Luz do Direito Internacional*. Campinas: Minelli, 2002b.

___ (org.) *Coletânea de Direito Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDEIROS, Antônio Paulo Capachuz de. *O Poder de Celebrar Tratados: Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional brasileiro.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

MÉDICI, Emílio Garrastazu. *A Verdadeira Paz.* Brasília: Imprensa Oficial, 1971.

MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da Inconfidência*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

MELISSARIS, Emmanuel. The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism. *Social & Legal Studies*. London, vol. 13, n. 1, p. 57-79, 2004.

MELLO, Celso Delano de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000a.

____ *Direito Constitucional Internacional: Uma introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000b.

MIAILLE, Michel. *Une introduction critique au droit*. Paris: François Maspero, 1982.

MILESI, Rosita; BASSEGIO, Luís. Migrantes, refugiados e os direitos humanos no Brasil. In: ARQUIDIOCESE DE BRASÍLIA – COMISSÃO DE JUSTIÇA E PAZ. *Direitos Humanos no Brasil 1992*-1993. São Paulo: Edições Loyola, 1994, p. 35-52.

MONTESQUIEU. *De l´Esprit des Lois*. 2 vol. Paris: Garnier-Flammarion, 1979.

MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PROCURADORIA GERAL. *Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro*. www.pgm.rio.rj.gov.br , acesso em 10 dez. 2004.

NABUCO, Joaquim. *Joaquim Nabuco* . Org. de Paula Beiguelman. São Paulo: Perspectiva, 1999.

____ *O Abolicionismo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; São Paulo: Publifolha, 2000.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *A Ordem Social e a Nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NIETZSCHE, Friedrich. *El caminante y su sombra*. Trad. Alicia Varela. Buenos Aires: Gradifco, 2004.

ODINKALU, Chidi Anselm. Back to the future: the imperative of prioritizing for the protection of human rights in Africa. *Journal of African Law*, 47, v. 1, p. 1-37, 2003.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. *In*: MÉNDEZ, Juan E.; O'DONNELL, G.; PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Democracia, Violência e Injustiça: o Não-Estado de Direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, p. 337-373, 2000.

OLIVEIRA, Miguel Darcy de. *Cidadania e Globalização: a política externa brasileira e as ONGs*. Brasília: Instituto Rio Branco: Fundação Alexandre Gusmão: Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de *et ali*. Educação hoje: questões em debate. Mesa-Redonda. *Estudos Avançados*. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, v. 42, p. 9-101, maio/agosto 2001.

OPPENHEIM, L. *International Law: a treatise*. Edited by H. Lauterpacht. 8th ed. London: Longman, 1955.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (OAB-RJ). O Direito Globalizado. *Tribuna do Advogado*. Rio de Janeiro, n. 367, p. 12-13, jan. 2000.

PELLET, Alain. « Droit-de-l'hommisme » et droit international. *International Law Commmision.* http://www.un.org/law/ilc/sessions/52/french/amado.pdf , 2000a.

PELLET, Alain. State Sovereignty and the Protection of Fundamental Human Rights: An International Law Perspective. *Pugwash: Conferences on Science and World affairs,* <http://www.pugwash.org/reports/rc/pellet.htm>, 2000b.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

PEREIRA, Jessé Torres. Áreas e Municípios que Interessam à Segurança Nacional. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro, ano 28, n. 119, p. 27-72, set. 1971.

PESSOA, Mário. *Direito da Segurança Nacional*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército; Revista dos Tribunais, 1971.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Vilson Rodrigues Alves. *Á Margem do Direito: Ensaio de Psychologia Juridica*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1912.

____ *Introducção á politica scientifica ou os fundamentos da sciencia positiva do Direito*. Rio de Janeiro: Garnier, 1924.

____ *Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Technicas, 1932.

____ *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

____ *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

____ *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Campinas: Bookseller, 3 tomos, 2000.

PORTERFIELD, Matthew C. International Expropriation Rules and Federalism. *Stanford Environmental Law Journal.* Vol. 23, n. 3, p. 3-90, January 2004.

PRADO, Paulo. *Retrato do Brasil: ensaio sobre a tristeza brasileira*. 8ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

PROUST, Marcel. *Sur la lecture*. Mozambook. http://www.mozambook.net , 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo: Comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.* São Paulo: Max Limonad, 2001.

____ *Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação de decisões no Brasil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RANCIÈRE, Jacques. Les Noms de l'Histoire: Essai de poétique du savoir. Paris: Éditions du Seuil, 1992.

____ *La Mésentente*. Paris: Galilée, 1995.

RANIERI, Nina Beatriz. *Educação Superior, Direito e Estado na Lei de Diretrizes e Bases (Lei n°9394/96)*. São Paulo: Edusp; FAPESP, 2000.

REALE, Miguel. *Revolução e Normalidade Constitucional: Palestra proferida em comemoração ao II ano da Revolução*. Osasco, 1966.

____ Problemas Institucionais do Estado Contemporâneo. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro, ano 29, n. 125, p. 25-50, dez. 1972.

____ *Figuras da Inteligência Brasileira.* 2ª. ed. São Paulo: Siciliano, 1994.

REBUFFA, G. Culture juridique. In: ARNAUD, A.-J. (dir.) *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit.* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 139-141, 2 éd., 1993.

REINO UNIDO. HOME OFFICE. Government to "Bring Rights Home" on 2 October 2000. http://www.homeoffice.gov.uk , 7 December 2000.

REIS, Márcio Monteiro. Interpretação Constitucional do Conceito de Soberania : As possibilidades do Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.) *Mercosul: Integração Regional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 915-969, 2000.

____ *Mercosul, União Européia e Constituição: A Integração dos Estados e os Ordenamentos Jurídicos Nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RENAUT, Alain. Humanisme ou vitalisme? in: RENAUT, A. (dir.) *Les Philosophies Politiques Contemporaines*. Paris: Calmann-Lévy, p. 75-96, 1999.

___; SOSOE, Lukas. *Philosophie du Droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.

REZEK, Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

____ *Direito Internacional Público.* 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997a.

____ Conferência. *In*: VENTURA, Deisy (org.). *Direito comunitário do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 56-61, 1997b.

____ Tratados e suas Relações com o Ordenamento Jurídico Interno: Antinomia e Norma de Conflito. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. http://www.cjf.gov.br, n.º 2, Maio/Ag. 1997c.

RIBEIRO, Carlos Antonio Costa. *Cor e Criminalidade: Estudo e Análise da Justiça no Rio de Janeiro (1900-1930)*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1995.

RICÚPERO, Rubens. Normas internacionais de proteção e dificuldades internas. TRINDADE, A. A. Cançado (ed.) *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno.* 2ª. ed. San José: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, p. 163-173, 1996.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2ª. ed. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003.

ROMERO, Silvio. Porque estou á frente d'esta publicação. *In*: BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Brasília: Senado Federal, p. V-XVIII, 2004.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do Direito*. Trad. de M. E. de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

ROURE, Agenor de. *A Constituinte Republicana*. Vol. I. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1920.

SALMON, Jean J. A. Le fait dans l'application du droit international. *Recueil des Cours de l'Academie du Droit International.* La Haye, tome 175, p. 275-414, 1983.

SANT'ANA, Janice Cláudia. O Brasil e a execução de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: ANNONI, Danielle (org.) *Os novos conceitos do novo direito internacional : cidadania, democracia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, p. 253-276, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme. *Droit et Société*. Paris, n. 35, p. 79-96, 1997.

____ ; VILLEJAS, Mauricio García. Colombia: el revés del contrato social de la modernidad. *In*: VILLEJAS, M. G.; SANTOS, Boaventura de Sousa. *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia: Análisis Socio-Jurídico*. Vol. I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, p. 11-83, 2001.

SCELLE, Georges. *Cours de Droit International Public.* Paris : Domat-Montchrestien, 1948.

SCHEININ, Martin. El papel y el potencial de la implementación interna en el fortalecimiento de la naturaleza legal de lso derechos económicos y sociales. *In*: PINZÓN, D. R.; MARTIN, C.; QUINTANA, T. O. *La Dimensión Internacional de los Derechos Humanos*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, p. 365-367, 1999.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e a questão racial no Brasil 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SCHWARZ, Roberto. *Seqüências Brasileiras*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

____ *Cultura e Política*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

SHAW, Malcolm. *International Law*. 5th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SILVA, Evandro Lins e. *O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; Ed. FGV, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1982.

SILVA NETO, Orlando da. A aplicação do Direito derivado do Mercosul pelo juiz nacional. *Revista de Direito Internacional e do Mercosul.* Buenos Aires: La Ley; Síntese Editora, n. 1, p. 133-158, fevereiro 2001.

SILVEIRA, Éder. *Notas sobre* Raízes do Brasil, *de Sérgio Buarque de Holanda e* Teoria do Medalhão, *de Machado de Assis*. Unicamp. http://www.unicamp.br/siarq/sbh/Silveria_Eder-Raizes_do_Brasil-e-Teoria_do_Medalhao.pdf, acesso em março 2004.

SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Castelo a Tancredo*. 2ª. ed. Trad. por Mário Saviano Silva. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

SMITH, Adam. *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of the Nations.* Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2002.

____ Legitimidade de uma guerra preventiva, em pleno 2003? *Política Externa*. São Paulo, vol. 12, n. 1, p. 5-30, jun./ag. 2003.

SORIANO, Ramón. *Sociología del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1997.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. Aclimatação jurídica e identidade do Direito brasileiro. In: *Cultura Oriental e América Latina*. Anais do debate ocorrido em São Paulo, em novembro de 2003. São Paulo: Centro Universitário Nove de Julho, p. 73-84, 2004.

TELLES JR., Goffredo da Silva. Abrangência dos direitos humanos. *In*: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Anais do Congresso Nacional de Advogados da Pré-Constituinte*. Rio de Janeiro: Folha Carioca Editora, p. 235-247, 1983.

TERRA, Ricardo. *Kant e o Direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

THE ECONOMIST. *Old Alabama won't leave politely*. Vol. 362, n. 8264, p. 33-34, March 16th – 22nd 2002.

THOMPSON, E. P. *Senhores e Caçadores: A origem da Lei Negra*. Tradução de D. Bottmann. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

TOSEL, André. *Kant Révolutionnaire: Droit et Politique.* Paris: Presses Universitaires de France, 2e.

édition, 1990.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Sindicato dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro, 1988.

____ *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2ª. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

____ *Direito das Organizações Internacionais*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

____ *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, vol. III, 2003.

VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a Instabilidade Político-Institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

VALLADÃO, Haroldo. *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*. Org. de A. P. Capachuz de Medeiros. Vol. VI. Brasília: Senado Federal, 2002.

VAZQUEZ, Carlos Manuel. Trade Sanctions and Human Rights – Past, Present, and Future. *Journal of International Economic Law*. Oxford, Vol. 6, No. 4, p. 797-839, December 2003.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. 2ª. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

VIANNA, Oliveira. *O Idealismo da Constituição*. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.

____ *Instituições Políticas Brasileiras*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1955.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VILAR, Pierre. *Economía, Derecho, Historia*. Traducción de N. Lago e I. Hierro. Barcelona: Ariel, 1983.

VILLAÇA, Flávio. *O que Todo Cidadão Precisa Saber sobre Habitação*. São Paulo: Global, 1986.

VILLEJAS, Mauricio García. *La eficacia simbólica del derecho.* Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993.

____ Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997. *In*: VILLEJAS, M. G.; SANTOS, Boaventura de Sousa. *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia: Análisis Socio-Jurídico*. Vol. I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, p. 317-370, 2001.

VIRILIO, Paul. *Estratégia da Decepção.* Trad. de Luciano Vieira. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.

WALCACER, Fernando. A Nova Lei de Loteamentos. In: PESSOA, Álvaro (org.) *Direito do Urbanismo*. Rio de Janeiro: IBAM e Livros Técnicos e Científicos, p. 149-166, 1981.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*. 5. Auflage. Tübingen: Mohr, 1985.

WEIL, Prosper. Le Droit international en quête de son identité. *Recueil des Cours. Academie de Droit International*. The Hage, tome 237,p. 9-370, 1996.

WENGLER, Wilhelm. Public International Law: Paradoxes of a Legal Order. *Recueil des Cours. Academie de Droit International*. The Hage, tome 158, p. 9-85, 1982.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamento de uma nova cultura no Direito*. 3ª. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____ *História do Direito no Brasil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo