

PERSPECTIVAS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Antonio Moreira Maués¹

RESUMO: o trabalho analisa as inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, pela mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre tratados internacionais de direitos humanos e pelas primeiras sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos brasileiros, examinando sua contribuição para o fortalecimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Direito Constitucional Brasileiro; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

RÉSUMEN: el trabajo analiza las innovaciones traídas por la Enmienda Constitucional nº 45, por el cambio en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal sobre tratados internacionales de derechos humanos y por las primeras sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos brasileños, examinando su contribución para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en Brasil.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos; Derecho Constitucional Brasileño; Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹ Professor Associado da Universidade Federal do Pará. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. amaues@amazon.com.br

1 – Introdução

O Brasil ingressou tardiamente no sistema da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), tendo-a ratificado somente em 1992, quatorze anos após sua entrada em vigor. O reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) deu-se posteriormente, em 1998, limitando-se aos casos ocorridos a partir dessa data. Não obstante, o país é alvo de um número expressivo de demandas junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).²

As razões desse atraso encontram-se no fato do país estar submetido a um regime autoritário no período em que foi assinada a CADH. Em 1988, o processo de redemocratização gerou uma nova Constituição, que colocava a “dignidade da pessoa humana” entre os fundamentos do Estado (art. 1º, III) e declarava a “prevalência dos direitos humanos” como princípio das relações internacionais (art. 4º, II). Os direitos humanos também estão presentes no Título II da Constituição (“Dos Direitos Fundamentais”, arts. 5º a 17), que reconhece um amplo elenco de direitos individuais, coletivos e difusos, incluindo os decorrentes dos tratados internacionais nos quais o Brasil é parte (art. 5º, § 2º). Cumprindo os comandos constitucionais, o país passou a ratificar vários tratados sobre direitos humanos, tanto do sistema global quanto do sistema regional.³

A nova posição adotada pelo Brasil em face do direito internacional dos direitos humanos não foi acompanhada, contudo, de uma sistematização sobre a incorporação dessas normas no direito interno.⁴ Tal indefinição contribuiu

² Cf. Cristina de Figueiredo Terezo, “A efetividade das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Brasil”. In: Jayme Benvenuto Lima Júnior (Org.). *Direitos Humanos Internacionais: perspectiva prática no novo cenário mundial* (Recife, Bagaço, 2006).

³ No sistema global destaca-se a ratificação, em 1992, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. No sistema interamericano, além da CADH, o Brasil também é signatário da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e do Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dentre outros instrumentos.

⁴ Pedro Dallari identifica como gênese desse problema o fato das Constituições brasileiras terem sido omissas em relação ao tema da recepção dos tratados internacionais e seus efeitos no direito interno,

para que o Supremo Tribunal Federal (STF) mantivesse a jurisprudência firmada no regime anterior, que conferia aos tratados internacionais o mesmo nível hierárquico das leis ordinárias, diminuindo o significado da ratificação dos instrumentos internacionais de direitos humanos no país.

A partir de 2004, alguns fatos passaram a modificar esse quadro, incrementando a importância do sistema interamericano no direito brasileiro. No bojo da “Reforma do Poder Judiciário”, aprovada pela Emenda Constitucional nº 45, novos dispositivos sobre direitos humanos foram acrescentados à Constituição de 1988. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos tornam-se equivalentes às emendas constitucionais se aprovados pelo mesmo quorum exigido para estas: maioria de três quintos, em dois turnos de votação, em cada uma das casas do Congresso Nacional (art. 5º, § 3º). Além disso, a EC nº 45 constitucionalizou a adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional e criou o instituto do incidente de deslocamento de competência para a justiça federal dos casos de graves violações dos direitos humanos.

No campo jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal começa a mudar sua orientação a partir de 2006, para considerar que os tratados internacionais de direitos humanos, apesar de estarem abaixo da Constituição, incorporam-se ao ordenamento interno com hierarquia supra-legal. No mesmo ano, foram proferidas as primeiras sentenças de mérito da Corte IDH em casos brasileiros (Caso Ximenes Lopes e Caso Nogueira de Carvalho), o que demanda respostas concretas às questões que envolvem seu cumprimento e a recepção da jurisprudência da Corte IDH pelos tribunais nacionais.⁵

“sendo o tratado, no plano constitucional, enfocado quase que exclusivamente sob a ótica da distribuição de competências entre os poderes, com vistas ao regramento do respectivo processo de celebração e aprovação”. Cf. *Constituição e Tratados Internacionais* (São Paulo, Saraiva, 2003, p. 46).

⁵ Vale destacar ainda, no plano do Poder Executivo, o status de Ministério, conferido em 2003, à Secretaria Especial de Direitos Humanos, convertida em Secretaria da Presidência da República. Junto à SEDH funciona a Comissão de Tutela, criada pelo Decreto nº 4.433/02, que tem por objetivos primordiais realizar a defesa do Estado brasileiro e cumprir com as recomendações e decisões do sistema interamericano de direitos humanos. Além das atribuições supracitadas, cabe à Comissão de Tutela, conforme dispõe o artigo 2º do aludido Decreto, celebrar soluções amistosas nos casos de violação de direitos humanos em trâmite no sistema interamericano e promover o diálogo entre os entes federados, a fim de que as recomendações do sistema sejam cumpridas e que se implementem políticas públicas para garantia e defesa dos direitos humanos.

Nas seções seguintes deste trabalho, objetivamos analisar a contribuição de cada uma dessas mudanças para a articulação entre o sistema nacional e interamericano de proteção dos direitos humanos, oferecendo uma visão atualizada da posição deste último no direito brasileiro. Ao final, buscaremos explorar as questões teóricas que devem ser enfrentadas para aprimorar essa articulação ou, em outras palavras, para harmonizar os direitos humanos e os direitos fundamentais.

2 – A Incorporação da CADH

2.1 – O Debate sobre o art. 5º, § 2º da Constituição

Desde a promulgação da Constituição de 1988, houve um grande debate sobre a interpretação de seu art. 5º, § 2º.⁶ Mesmo que Constituições anteriores afirmassem que o elenco de direitos do texto constitucional não era exaustivo, a referência aos direitos decorrentes dos tratados internacionais aparecia, pela primeira vez, na história constitucional brasileira.

A relevância prática desse debate residia no fato de que, como vimos, o Brasil havia ratificado uma série de tratados internacionais de direitos humanos após a promulgação da Constituição de 1988, o que exigia uma definição sobre o nível hierárquico dessas normas no direito interno.

Para uma melhor compreensão da polêmica, vale expor os procedimentos seguidos para a recepção de um tratado internacional na ordem jurídica brasileira. A Constituição de 1988 atribui ao Presidente da República a competência para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (art. 84, VIII), e ao Congresso Nacional a competência para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos

⁶ “Art. 5º, § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I). Portanto, no atual regime constitucional, que não difere substancialmente dos anteriores, o processo de ratificação do tratado exige a participação tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo, cabendo ao Presidente da República submeter a proposta de ratificação ao Congresso Nacional, que decidirá por meio de decreto legislativo, aprovado por maioria simples (art. 47).

Além disso, a vigência do tratado na ordem jurídica interna depende de sua promulgação por meio de decreto do Presidente da República. Ainda que não conste expressamente no texto constitucional, essa exigência atende a um costume estabelecido desde os primórdios do Estado Nacional e justifica-se, ainda, para dar publicidade à assunção do vínculo obrigacional na esfera internacional e ao conteúdo do tratado. O STF corrobora o entendimento de que a incorporação dos tratados internacionais conclui-se com o decreto presidencial, que gera três efeitos básicos: promulgação do tratado internacional, publicação oficial do seu texto e executoriedade do ato internacional, que passa a vincular no plano do direito interno.⁷

No que se refere à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, a partir da Constituição de 1988 podemos identificar na doutrina três posições distintas sobre o tema:

- a) os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia supra-constitucional;⁸
- b) os tratados internacionais de direitos humanos possuem hierarquia constitucional. De acordo com esse ponto de vista, os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição de 1988 podem ser classificados em três grupos: os direitos expressos na Constituição; os direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Lei Maior; os direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. Assim, a

⁷ Cf. ADIn 1.480. Vale lembrar que não há consenso na doutrina sobre a natureza do decreto legislativo e do decreto executivo. Para os defensores da visão dualista, esses documentos convertem o texto convencional em instrumento de direito interno, constituindo os direitos nele previstos. Para os defensores da visão monista, os decretos são apenas instrumentos de formalização da recepção.

⁸ Cf. Celso Duvivier de Albuquerque Mello. “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”. In: Ricardo Lobo Torres (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais* (Rio de Janeiro, Renovar, 1999).

referência da Constituição aos direitos decorrentes de tratados internacionais lhes confere uma “hierarquia especial e diferenciada”, de nível constitucional, em relação aos demais tratados, que teriam natureza infra-constitucional;⁹

c) os tratados internacionais de direitos humanos possuem a mesma hierarquia das leis ordinárias. Para essa corrente, a cláusula do art. 5º, § 2º, limita-se a reconhecer a incorporação dos direitos decorrentes dos tratados internacionais ao direito interno. Dentre os principais argumentos em favor dessa tese, encontra-se a sujeição dos tratados internacionais ao controle de constitucionalidade, tanto concentrado (art. 102, I, a), quanto difuso (art. 102, III, b), e o fato de que os tratados são aprovados pelo Congresso Nacional pelo mesmo quorum de maioria simples exigido para as leis ordinárias.¹⁰

Tal como veremos na seção seguinte, o STF tendeu a optar pela última posição, sem, contudo, encerrar o debate sobre a correta interpretação desses dispositivos.

2.2 – A Emenda Constitucional nº 45

Tentando eliminar a controvérsia sobre a incorporação dos tratados internacionais, a Emenda Constitucional nº 45 acrescentou o parágrafo 3º ao art. 5º, dispondo que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição”.¹¹

A importância da inovação da EC nº 45 reside em possibilitar que os tratados internacionais de direitos humanos sejam incorporados como norma formalmente constitucional ao ordenamento brasileiro. Tal reconhecimento, contudo, não elimina todos os potenciais conflitos entre Constituição e tratados.

⁹ Cf. Flavia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional* (São Paulo, Max Limonad, 1997, p. 89)

¹⁰ Cf. Luiz Alberto David Araújo; Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed (São Paulo, Saraiva, 1999, p. 144-145)

¹¹ Apesar do uso da dicotomia “tratados e convenções”, a doutrina brasileira não tem atribuído importância conceitual a essa distinção terminológica.

Em seu art. 60, § 4º, a Constituição de 1988 elenca limites materiais a sua reforma, cujo desrespeito acarreta a inconstitucionalidade das emendas constitucionais. Assim, pode-se cogitar que um tratado internacional venha a conflitar com norma constitucional originária considerada intangível, o que levaria à nulidade da disposição convencional.

Não obstante, as maiores polêmicas incidem sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos ratificados antes da EC nº 45. Aqui, verifica-se que a reforma constitucional não logrou pacificar o entendimento doutrinário sobre a matéria, tendo sido mantidas, essencialmente, as mesmas posições que antes se debatiam sobre a interpretação do parágrafo 2º do art. 5º.

Para os defensores da hierarquia constitucional desses tratados, o novo parágrafo 3º não alterou o caráter materialmente constitucional a eles atribuído pelo legislador constituinte originário.¹² Já para aqueles que acreditam que os tratados internacionais, mesmo que versem sobre direitos humanos, possuem nível infraconstitucional, o parágrafo 3º do art. 5º ratifica que somente o quorum de emenda constitucional pode promover alterações no texto constitucional.¹³ Reforça-se, assim, o argumento de que o ato legislativo do processo de ratificação – o decreto legislativo – não pode gerar os mesmos efeitos de uma emenda constitucional.

Cabe lembrar que a continuidade do debate sobre a interpretação do art. 5º, § 2º justifica-se pelo fato de que os principais tratados internacionais de direitos humanos já foram ratificados pelo Brasil, o que diminui o impacto da previsão do § 3º do art. 5º.

Outras duas inovações da EC nº 45 interessam ao nosso tema:

¹² “Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais. O *quorum* qualificado estão tão-somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional.” (Flávia Piovesan, “Reforma do Judiciário e Direitos Humanos”. In: André Ramos Tavares; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón, *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo, Método, 2005, p. 72).

¹³ Cf. Carmen Tiburcio, “A EC nº 45 e temas de direito internacional”. In: Teresa Arruda Alvim Wambier *et alli*, *Reforma do Judiciário. Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 126).

a) ao art. 5º foi acrescentado ainda o parágrafo 4º, que dispõe: “O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Vale lembrar que a criação do TPI foi ratificada pelo Brasil antes da promulgação da EC nº 45 e que o Estado Brasileiro já se vinculava a outros sistemas judiciais internacionais (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Internacional de Justiça e Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, por exemplo), sem necessidade de mudança constitucional. A adesão ao TPI poderia ainda ser fundamentada no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prevê que o Brasil “propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos”. Assim, essa reforma deve ser entendida no contexto da discrepância entre alguns dispositivos do Estatuto de Roma e a Constituição de 1988, nomeadamente no que se refere à prisão perpétua e a entrega do nacional, tendo como objetivo garantir a eficácia das decisões do TPI no direito interno;

b) a EC nº 45 atribuiu uma nova competência à justiça federal comum, disposta no art. 109, § 5º: “Nas hipóteses de grave violação a 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”. No Brasil, a maioria dos casos de violações dos direitos humanos é de competência da justiça estadual, cuja eficiência para sancionar tais condutas vinha sendo constantemente questionada nos últimos anos. A partir desse diagnóstico, criou-se a possibilidade de que os casos mais graves de violações dos direitos humanos decorrentes de tratados internacionais sejam levados à justiça federal, o que também se justifica pelo fato de ser a União Federal, e não os Estados-Membros, que responde pelo descumprimento das obrigações convencionais.

Apesar de tratarem de temas diferentes, as mudanças promovidas pela EC nº 45 têm em comum a valorização dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Sem embargo das polêmicas sobre sua

interpretação, o parágrafo 3º do art. 5º coloca definitivamente o Brasil entre os países cujas Constituições reconhecem a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, ainda que sujeita à manifestação do Poder Legislativo. As disposições referentes ao Tribunal Penal Internacional e ao incidente de deslocamento de competência manifestam a intenção de que o Brasil se integre cada vez mais aos sistemas judiciais internacionais, criando mecanismos em seu direito interno para garantir o cumprimento das obrigações assumidas perante a comunidade internacional. Portanto, a EC nº 45, apesar da imprecisão de seus dispositivos, inscreve-se em uma trajetória de reforço da proteção dos direitos humanos, estabelecida como um princípio fundamental pela Constituição de 1988.

3 – A jurisprudência do STF

3.1 – A continuidade da jurisprudência

Em 1977, julgando um caso que envolvia a aplicação da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias (Recurso Extraordinário nº 80.004), o STF estabeleceu o precedente de que os tratados internacionais incorporam-se ao direito interno no mesmo nível da lei, podendo, portanto, ser revogados por lei posterior ou deixar de ser aplicados em favor de lei específica.¹⁴

Essa jurisprudência foi mantida pelo STF após 1988. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.347, o STF recusou a utilização dos tratados internacionais como parâmetro do controle de constitucionalidade, negando que Convenções da Organização Internacional

¹⁴ Assim dispõe o acórdão: “Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-Lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título”. Não há consenso sobre o fundamento monista ou dualista dessa decisão. O aspecto dualista da localiza-se na idéia de prevalência do direito interno, sem que haja necessidade de denúncia do tratado pelo Brasil. Contudo, o acórdão reconhece que o tratado vigora sem necessidade de lei que o incorpore ao ordenamento nacional, o que se aproxima da visão monista. Para uma síntese do debate, ver Dallari, *op. cit.*, p. 55-58.

do Trabalho (OIT) pudessem fundamentar a declaração de inconstitucionalidade de Portarias do Ministério do Trabalho. Assim, a ADIn não foi conhecida pelo STF, pois não envolvia violação direta da Constituição: “Revelar-se-á processualmente inviável a utilização da ação direta, quando a situação de inconstitucionalidade – que sempre deve transparecer imediatamente do conteúdo material do ato normativo impugnado – depender, para efeito de seu reconhecimento, do prévio exame comparativo entre a regra estatal questionada e qualquer outra espécie jurídica de natureza infraconstitucional, como os atos internacionais – inclusive aqueles celebrados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.) – que já se acham incorporados ao direito positivo interno do Brasil, pois os tratados concluídos pelo Estado Federal possuem, em nosso sistema normativo, o mesmo grau de autoridade e de eficácia das leis nacionais.”

A principal referência dessa jurisprudência encontra-se na ADIn nº 1.480, que buscava a declaração de inconstitucionalidade da Convenção nº 158 da OIT em face do art. 7º, I da Constituição Federal. Segundo o STF: “No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição de República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. (...) Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. (...) A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade.”

O STF também manteve esse entendimento no que se refere aos tratados internacionais de direitos humanos, não admitindo qualquer particularidade decorrente do disposto no art. 5º, § 2º. Essa orientação tornou-se nítida em dois casos que colocaram em conflito disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da Constituição Federal. No mais famoso delas, opôs-se o art. 7º.7, da CADH (“Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) ao art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”).

Como se nota, a Constituição de 1988 estabelece uma segunda hipótese de prisão por dívida, não contemplada na CADH. O STF julgou que a prisão do depositário infiel continuava constitucional mesmo após a ratificação do Pacto de São José pelo Brasil, não reconhecendo, nesse caso, nem mesmo a aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*, pois a norma constitucional autorizaria o legislador a editar uma lei especial. Dá-se, como exemplo, a decisão no HC nº 253.071, assim ementado: “Essa Corte (...) firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.”

Observa-se nesses casos que o STF admitiu inclusive a equiparação feita pela legislação infra-constitucional entre a figura do depositário infiel (art. 1.287 do então vigente Código Civil) e do devedor alienante (Decreto-Lei 911/69), apesar das diferenças entre os dois institutos.

No outro caso, o STF também entendeu que disposições do Pacto de São José não poderiam limitar a aplicação das normas constitucionais.

Tratando das garantias judiciais, o art. 8º.2.h da CADH dispõe que “2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”. Para o STF, essa disposição não poderia transformar o duplo grau de jurisdição em garantia constitucional absoluta, mantendo-se as limitações impostas nesse campo pela Constituição Federal, que prevalece “sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção dos direitos humanos” (RHC nº 79.785/00).

Por último, em um dos casos em que foi alegado conflito entre a CADH e a Constituição de 1988, o STF, ainda que mantendo o entendimento do caráter infra-constitucional dos tratados, buscou uma interpretação harmonizadora dos dois diplomas. Segundo o art. 5º, LVII, da CF, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, enquanto o art. 7º.2, da CADH, dispõe que “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.” Diante da alegação de que o Pacto de São José garantiria um direito irrestrito de recorrer em liberdade, o STF negou que houvesse contradição entre os dois diplomas, tendo em vista que a própria CADH ressalva as condições fixadas pelas Constituições e pelas leis (HC nº 73.151).¹⁵

3.2 – O julgamento do RE 466.343

O julgamento desse recurso extraordinário, ainda pendente de conclusão, deve promover uma significativa mudança no entendimento do STF.¹⁶ Tratando da prisão civil em caso de alienação fiduciária, uma nova

¹⁵ Outro momento de valorização da CADH no direito brasileiro aparece no julgamento da ADIn nº 1.675, na qual o STF reconhece-a como um “poderoso reforço à interpretação do texto constitucional”

¹⁶ Em 22.11.2006, o Min. Celso de Mello pediu vista dos autos. Acompanharam o voto do relator, negando provimento ao recurso, outros seis Ministros.

maioria está sendo formada no STF, que considera que os tratados internacionais de direitos humanos encontram-se acima da legislação interna, ainda que abaixo da Constituição. Nas palavras do Min. Gilmar Mendes: “O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).”

Além disso, o Ministro destaca que a evolução jurisprudencial é necessária para adaptar os sentidos possíveis da letra da Constituição às mudanças de uma sociedade complexa e plural: “A prisão civil do depositário infiel não mais se compatibiliza com os valores supremos assegurados pelo Estado Constitucional, que não está mais voltado apenas para si mesmo, mas compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos”.

4 – As Sentenças da Corte IDH em Casos Brasileiros

4.1 – O Caso Ximenes Lopes

Além de sua importância para o Brasil, a sentença do Caso Ximenes Lopes, proferida em 4 de julho de 2006, inscreve-se em uma já longa tradição de proteção do direito à vida (art. 4º da CADH)¹⁷ pela Corte IDH, identificando

¹⁷ “Art. 4º. Direito à Vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final do tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez. 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade

deveres prestacionais em relação aos doentes, especialmente mentais, e enunciando novos parâmetros da responsabilidade estatal.

Damião Ximenes Lopes faleceu em um hospital psiquiátrico, vítima de maus-tratos. Apesar da instituição ser de titularidade privada, a Corte IDH condenou o Brasil por considerar que a responsabilidade estatal também pode originar-se de atos de particulares, pois as obrigações positivas do Estado para com a adoção de medidas voltadas à efetiva proteção dos direitos humanos inclui as relações inter-individuais.¹⁸

Dessa forma, a Corte IDH reconhece três situações que ensejam a responsabilidade estatal: ações ou omissões atribuíveis a órgãos ou funcionários do Estado; omissão do Estado em prevenir que terceiros vulnerem os bens jurídicos que protegem os direitos humanos; conduta de uma pessoa ou entidade que está autorizada pela legislação do Estado para exercer atribuições de autoridade governamental. Nesse último caso, tal conduta, seja de pessoa física ou jurídica, deve ser considerada um ato do poder público, sempre e quando estiver atuando em dita capacidade, tal como ocorre quando se prestam serviços em nome do Estado.¹⁹

Estabelecida a responsabilidade do Estado, a Corte determinou, ademais, que das obrigações gerais de respeito derivam deveres especiais, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontra.²⁰ Em relação às pessoas que estão recebendo atenção médica, e dado que a saúde é um bem público cuja proteção está a cargo dos Estados, estes têm a obrigação de prevenir que terceiros interfiram indevidamente no gozo dos direitos à vida e à integridade pessoal, particularmente vulneráveis quando uma pessoa se encontra sob tratamento de saúde. Portanto, os Estados têm o dever de regular e fiscalizar toda a assistência à saúde prestada

competente.”

¹⁸ Caso Ximenes Lopes, par. 85.

¹⁹ Caso Ximenes Lopes, par. 86.

²⁰ Caso Ximenes Lopes, par. 88.

às pessoas sob sua jurisdição, como dever especial de proteção da vida e da integridade pessoal, independentemente da entidade ser pública ou privada.²¹ A falta do dever de regular e fiscalizar gera responsabilidade internacional tanto por atos de entidades públicas quanto por atos de entidades privadas com capacidade estatal ou de terceiros.²²

A Corte IDH lembra ainda que a prestação de serviços públicos implica a proteção dos bens públicos. Assim, mesmo que os Estados deleguem sua prestação, eles mantêm a titularidade da obrigação de prover os serviços públicos e proteger o bem público respectivo: "A delegação à iniciativa privada de prestar esses serviços exige como elemento fundamental a responsabilidade do Estado de fiscalizar sua execução, a fim de garantir uma efetiva proteção dos direitos humanos das pessoas sob sua jurisdição e para que os serviços públicos sejam prestados à coletividade sem qualquer tipo de discriminação e da forma mais efetiva possível."²³ Portanto, o Estado é responsável por regular e fiscalizar com caráter permanente a prestação dos serviços e a execução dos programas nacionais relativos ao logro de uma prestação de serviços de saúde públicos de qualidade, de tal maneira que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida e à integridade física das pessoas submetidas a tratamento de saúde. Devem, entre outros, criar mecanismos adequados para inspecionar as instituições psiquiátricas, apresentar, investigar e resolver queixas e estabelecer procedimentos disciplinares ou judiciais para casos de conduta profissional indevida ou de violação dos direitos dos pacientes.²⁴

Esse conjunto de considerações permite que a Corte IDH afirme que toda pessoa que se encontra em uma situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em razão dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para satisfazer as obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos. Não basta, portanto, que os Estados se

²¹ Caso Ximenes Lopes, par. 89.

²² Caso Ximenes Lopes, par. 90.

²³ Caso Ximenes Lopes, par. 96.

²⁴ Caso Ximenes Lopes, par. 99.

abstenham de violar os direitos, sendo imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das particulares necessidades do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre, como a deficiência.²⁵

No caso das pessoas que são submetidas a tratamentos psiquiátricos, o Estado deve considerar que elas são particularmente vulneráveis à tortura e outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante, tendo em vista o controle que sobre elas é exercido pelo pessoal médico.²⁶ Essas circunstâncias exigem que o Estado exerça uma estrita vigilância sobre esses estabelecimentos, o que lhe impõe o dever de supervisionar e garantir que, em toda instituição psiquiátrica, pública ou privada, seja preservado o direito dos pacientes de receber um tratamento digno, humano e profissional, e de ser protegidos contra a exploração, o abuso e a degradação.²⁷

As características pessoais de uma suposta vítima de tortura ou tratamentos cruéis, inumanos e degradantes, devem ser tomadas em conta no momento de determinar se a integridade pessoal foi vulnerada, já que tais características podem mudar a percepção da realidade do indivíduo, e, por fim, incrementar o sofrimento e o sentido de humilhação quando são submetidas a certos tratamentos.²⁸ Ao dever de assegurar uma atenção médica eficaz às pessoas com deficiência mental corresponde: o dever de assegurar o acesso das pessoas a serviços de saúde básicos; promoção da saúde mental; prestação de serviços dessa natureza que sejam o menos restritivos possíveis; prevenção das deficiências mentais.²⁹ Isso impõe, especificamente, que as instituições tenham boas condições físicas e de atenção médica, e que o uso da sujeição seja empregado como último recurso para proteger o paciente ou terceiros, e realizado por pessoal qualificado e do modo menos restritivo.³⁰

²⁵ Caso Ximenes Lopes, par. 103.

²⁶ Caso Ximenes Lopes, par. 106.

²⁷ Caso Ximenes Lopes, par. 108.

²⁸ Caso Ximenes Lopes, par. 127.

²⁹ Caso Ximenes Lopes, par. 128.

³⁰ Caso Ximenes Lopes, par. 132-135.

Em síntese, a Corte IDH define como deveres especiais de proteção e prevenção nesses casos:

- a) dever de cuidar: o Estado assume uma posição especial de garante com relação a pessoas que se encontrem sob sua custódia, de forma acentuada em relação às pessoas que estão recebendo atenção médica, já que sua finalidade é a melhoria de sua condição; tais cuidados alcançam sua máxima exigência quando se referem a pacientes com deficiência mental;³¹
- b) dever de regular e fiscalizar: abrange todas as instituições públicas e privadas, nestas especialmente quando prestam serviço público;³²
- c) dever de investigar: o Estado tem o dever de iniciar de ofício e sem demora uma investigação séria, imparcial e efetiva de todas as violações dos direitos humanos.³³

No que se refere ao cumprimento dessa sentença, o Estado realizou o pagamento de indenizações aos familiares, mas permanece em aberto as medidas tomadas para garantir o cumprimento das obrigações referentes aos doentes mentais.

4.2 – O Caso Nogueira de Carvalho

No Caso Nogueira de Carvalho,³⁴ sentenciado em 28 de novembro de 2006, a Corte IDH decidiu pelo seu arquivamento.

Nogueira de Carvalho era defensor de direitos humanos e foi assassinado em 20 de outubro de 1996, após ter denunciado um esquadrão de extermínio integrado por agentes da polícia civil, exigindo que as autoridades locais realizassem investigações sobre o fato.

Como o assassinato de Nogueira ocorreu antes do reconhecimento de sua jurisdição contenciosa pelo Brasil, a Corte entendeu que não poderia

³¹ Caso Ximenes Lopes, par. 138-140.

³² Caso Ximenes Lopes, par. 141-146.

³³ Caso Ximenes Lopes, par. 147-149.

³⁴ Agradeço a Cristina de Figueiredo Terezo a colaboração na pesquisa sobre o Caso Nogueira de Carvalho.

apreciar as circunstâncias da morte, mas somente a alegação de violações dos arts. 8º e 25³⁵ em relação aos familiares da vítima, pois sua competência *ratione temporis* abrange ações ou omissões relacionadas a violações contínuas ou permanentes, mesmo que tenham tido início antes do reconhecimento pelo Estado.³⁶

A Corte realizou uma minuciosa reconstrução dos procedimentos administrativos e judiciais que foram efetivados para elucidação do caso, concluindo que o Brasil não violou os arts. 8º e 25. Apesar da ausência de condenação dos responsáveis pela morte de Nogueira, a Corte considerou que o Estado havia realizado as ações de investigação e julgamento previstas na ordem jurídica, não lhe cabendo substituir a jurisdição interna no exame dos fatos e provas apresentadas perante ela³⁷.

³⁵ “Art. 8º. Garantias Judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos. g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada, e h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”

“Art. 25. Proteção Judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juizes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.”

³⁶ Caso Nogueira de Carvalho, par. 44-46.

³⁷ Caso Nogueira de Carvalho, par. 79-81.

Vale ressaltar que, na parte final da sentença, a Corte teceu importantes considerações sobre a atuação dos defensores de direitos humanos e o dever do Estado em facilitar seus trabalhos, protegê-los e também de investigar seriamente as violações cometidas contra eles, mencionando de forma detalhada o posicionamento da Organização dos Estados Americanos sobre a questão através de Resoluções e Declarações³⁸.

5 – Os Desafios Teóricos

As mudanças constitucionais e jurisprudenciais discutidas neste trabalho, bem como as recentes sentenças da Corte IDH em casos brasileiros, indicam que o sistema interamericano de proteção passará a cumprir um papel mais importante no Brasil. Ultrapassada a fase de incorporação formal da CADH e de outros tratados ao direito brasileiro, vivenciamos um período de definição sobre a eficácia das convenções e decisões do sistema interamericano no direito interno, o que depende da resposta a algumas questões.

A primeira delas diz respeito, ainda, ao nível em que a CADH e outros instrumentos do sistema interamericano incorporam-se ao direito brasileiro. Não cabe dúvida de que o reconhecimento do nível supra-legal dos tratados de direitos humanos pelo STF já permite solucionar boa parte dos problemas de recusa à aplicação das disposições internacionais. Contudo, permanece em aberto a ocorrência de conflitos entre Constituição e tratados, particularmente em relação àqueles ratificados pelo Brasil antes da promulgação da EC nº 45.

Estreitamente associada a essa questão encontra-se outra, referente ao valor interpretativo das sentenças da Corte IDH. Trata-se, nesse caso, não apenas de saber como elas serão cumpridas pelo Estado, mas da relevância que seus fundamentos terão na interpretação dos direitos humanos desenvolvida pelo judiciário brasileiro.

³⁸ Caso Nogueira de Carvalho, par. 74-77.

Ambas as questões costumam ser abordadas a partir do conceito de soberania. Sob esse ponto de vista, a solução dos conflitos entre o direito interno e o direito internacional requer a identificação de uma norma hierarquicamente superior, que fundamenta a validade de todas as demais normas do sistema e prevalece contra elas. Em outras palavras, há um legislador soberano que estabelece essa norma e um tribunal supremo que a interpreta, com competência para decidir sobre sua própria competência.

Não pretendemos aqui colocar em discussão o conceito de soberania, mas sim questionar a teoria da interpretação que dele decorre, apontando as limitações que ela impõe à harmonização dos direitos humanos com os direitos fundamentais.

Desde Hobbes, a unidade da vontade soberana – que é condição da existência da sociedade civil – implica não apenas que ela detém o poder exclusivo de elaborar as leis, mas também que estas devem ser interpretadas de acordo com a intenção do legislador.³⁹ Assim, Hobbes reconhece que todas as leis necessitam de interpretação, mas assevera que esta deve ser conduzida pela busca do sentido literal, que “é aquele que o legislador pretendia que pela letra da lei fosse significado.”⁴⁰

Séculos depois, outra concepção do direito baseada na vontade soberana já não pode recorrer à idéia de intenção do legislador. Para Kelsen, como não há métodos hermenêuticos que permitam uma única resposta correta, a interpretação se torna um “ato de vontade” em que o intérprete autêntico, discricionariamente, decide o conteúdo da norma. Por isso a crítica do mestre de Viena à adoção pelas Constituições de princípios de “direito natural”, como equidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade, sem desenvolvimento de seu conteúdo no texto constitucional. Segundo Kelsen, tais

³⁹ “Portanto, o que faz a lei não é aquela *juris prudentia*, ou sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão deste nosso homem artificial, o Estado, e suas ordens. E sendo o Estado, em seu representante, uma só pessoa, não é fácil surgir qualquer contradição nas leis, e quanto tal acontece a mesma razão é capaz, por interpretação ou alteração, de eliminar a contradição.” (*Leviatã*. 4ª ed. São Paulo, Nova Cultural, 1988, p. 164)

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 169.

disposições não permitiriam uma aplicação técnica do direito e seriam particularmente perigosas no domínio da jurisdição constitucional, tornando o poder do juiz “insuportável”.⁴¹

Nosso mundo, contudo, não é o mundo de Kelsen – nem estamos correndo o risco de viver no estado de natureza. Os tribunais constitucionais e os tribunais internacionais levaram a sério os princípios dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, mostrando que, em uma sociedade em que o direito é constantemente interpretado, a manifestação da vontade soberana por meio da legislação é somente um dos elementos, ainda que fundamental, do processo de criação das normas jurídicas. A legislação não é a produção da norma, mas a criação de um texto normativo - vinculante, portanto - que deve ser interpretado para a produção das normas jurídicas.

O caráter construtivo da interpretação jurídica se acentua no campo dos direitos humanos. Como vimos, a Constituição brasileira reconhece a existência de direitos fundamentais fora do catálogo, do mesmo modo que a Constituição portuguesa.⁴² Esta também incorpora o direito internacional consuetudinário (Art. 8º.1 da CRP),⁴³ enquanto a Constituição brasileira estabelece como princípio a prevalência dos direitos humanos.

No desenvolvimento de seu trabalho, justiça constitucional e justiça internacional influenciam-se mutuamente, tal como exemplifica o uso do princípio evolutivo pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a utilização da

⁴¹ *A Jurisdição Constitucional* (São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 169).

⁴² “Art. 16º (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”

⁴³ “Art. 8º.1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”. Esse dispositivo estabelece um regime de recepção automática das normas e princípios do direito internacional geral que assim beneficiam de uma cláusula geral de recepção plena. De acordo com J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed. Coimbra, Coimbra, 2007, p. 254-255): “Normas de DIP geral são as normas consuetudinárias (‘costume internacional’) de âmbito geral, mesmo que se encontrem positivadas em instrumentos internacionais de âmbito universal (Carta da ONU ou DUDH); princípios de DIP geral são os princípios fundamentais geralmente reconhecidos no direito interno dos Estados e que, em virtude da sua radicação generalizada na consciência jurídica das colectividades, acabam por adquirir *sentido normativo* no plano do direito internacional (por ex.: princípio da boa-fé, cláusula *rebus sic stantibus*, proibição do abuso de direito, princípio da legítima defesa).”

jurisprudência internacional pelos Tribunais Constitucionais. Na Constituição portuguesa, a relevância do direito internacional dos direitos humanos para a interpretação dos direitos fundamentais é expressa: “Art. 16: 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”. Além disso, cabe lembrar que o catálogo dos direitos dos tratados internacionais também não é exaustivo, incorporando novos elementos a partir da jurisprudência.

Todas essas decisões do legislador soberano e dos tribunais significam que o conteúdo dos direitos humanos, além de estar aberto a novas expansões, não pode estar sujeito a interpretações literais ou restritivas. A coerência do legislador neste campo está em possibilitar que a sociedade reconstrua permanentemente seus direitos humanos/fundamentais.

É necessário, portanto, fugir do modelo de regras que ainda influencia a compreensão das relações entre Constituição e tratados internacionais de direitos humanos. Não cabe dúvida que as disposições particulares de ambos os textos normativos apresentam contradições, mas não se trata de solucioná-las à la Hobbes, buscando no sentido literal uma inatingível intenção do legislador, nem à la Kelsen, estabelecendo um espaço insuportável de discricionariedade judicial.

Os direitos fundamentais e os direitos humanos concorrem em determinadas situações porque ambos são orientados pelos mesmos princípios. Portanto, as perguntas do juiz constitucional e do juiz internacional são as mesmas: deve-se interpretar restritiva ou ampliativamente? Quais os limites dos direitos? Os direitos são reconhecidos ou criados pelo legislador? Enfim, quais são os direitos? Nenhuma resposta adequada a essas questões pode vir da idéia de hierarquia entre regras ou entre textos normativos, pois os próprios textos constitucionais expandem o campo de nossa pesquisa para os tratados internacionais e a jurisprudência dos tribunais internacionais. O

desafio, portanto, encontra-se em construir um novo paradigma que busque a harmonização entre os direitos fundamentais e os direitos humanos.

Um caminho que se revela particularmente atrativo nessa busca, por possibilitar a reflexão sobre os fundamentos da harmonização e seus critérios, é oferecido pelo conceito de direito como integridade de Ronald Dworkin. Partindo da idéia de que as concepções do direito devem oferecer uma justificativa geral para o exercício do poder coercitivo do Estado, Dworkin defende que a legitimidade estatal se baseia no princípio da integridade.⁴⁴

A integridade é um ideal político distinto nas sociedades modernas, nas quais a justiça e a equidade podem entrar em conflito: algumas vezes instituições eqüitativas geram decisões injustas e instituições não-eqüitativas geram decisões justas. O princípio da integridade se desenvolve para evitar que problemas morais sejam decididos arbitrariamente e propõe que esses problemas sejam resolvidos de modo coerente, sempre recorrendo aos princípios reconhecidos pela sociedade. Assim, o Estado não deve usar princípios para justificar parte de suas ações e rejeitá-los para justificar outra parte.

Segundo Dworkin, a integridade é indispensável para que as comunidades políticas sigam o modelo de uma comunidade de princípios.⁴⁵

⁴⁴ *Law's Empire* (Londres, Fontana Press, 1991, cap. 6). Dworkin observa que o problema da legitimidade do poder coercitivo não é idêntico ao problema das obrigações políticas e morais dos cidadãos, pois nem todas essas obrigações devem ter seu cumprimento exigido pelo Estado e, em algumas situações, justifica-se o uso da força mesmo contra pessoas que não possuem dever de obediência. No entanto, ainda que a existência de obrigações não seja uma condição suficiente para o uso da coerção, ela se aproxima de uma condição necessária.

⁴⁵ Na base do modelo proposto por Dworkin (*op. cit.*, p. 199-201) encontra-se a idéia de obrigações associativas ou comunitárias, que derivam do pertencimento das pessoas a grupos definidos pela prática social. Essas obrigações não são necessariamente escolhidas ou consentidas pelos indivíduos, mas sim definidas por meio de uma atitude interpretativa, de caráter construtivo: os participantes buscam os propósitos daquela prática social e argumentam em favor das obrigações que devem caracterizá-la. O modelo das obrigações associativas requer quatro condições, baseadas na reciprocidade: em primeiro lugar, os membros devem considerar as obrigações do grupo como especiais, pertencentes ao grupo, e não como deveres gerais em relação a pessoas fora dele. Em segundo lugar, as responsabilidades são pessoais, referentes a cada membro e não apenas ao grupo como um todo. Terceiro, as responsabilidades específicas fluem de uma responsabilidade mais geral que cada um tem de consideração com o bem-estar de outros membros do grupo, ainda que o nível e o escopo do cuidado variem de acordo com o tipo de associação. Quarto, as práticas do grupo mostram igual consideração por todos os membros. Para

uma comunidade política requer um entendimento compartilhado de que ela é regida por princípios comuns e não apenas por regras forjadas em compromissos políticos. Membros dessa comunidade aceitam que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares, mas dependem do esquema de princípios que essas decisões pressupõem, mesmo que não estejam completamente de acordo com ele. Este modelo caracteriza-se por quatro elementos em uma sociedade moralmente pluralista: cada cidadão respeita os princípios de justiça e equidade de sua comunidade mesmo que ele não os veja como os melhores de um ponto de vista utópico; todos participam da busca por justiça; todos aceitam o sacrifício de algumas posições; todos devem ser tratados com igual consideração. É o modelo possível entre pessoas que divergem sobre justiça e equidade e, nele, o direito será escolhido, modificado, desenvolvido e interpretado de uma maneira principialista.

Esta visão nos ajuda a compreender a relação intrínseca entre direitos humanos e direitos fundamentais. Ao assumir compromissos no plano internacional, o Estado reconhece novos conjuntos de direitos cujos princípios passam a compor o acervo de parâmetros normativos que uma atuação moralmente coerente dos órgãos públicos deverá sempre respeitar. Assim, a integridade impõe que o Estado não deixe de considerar esses princípios no trato com seus cidadãos.

Por essa razão, em uma situação de concorrência entre direitos fundamentais e direitos humanos, tal como ocorre no interior de cada um desses campos, deve-se buscar harmonizá-los por meio de princípios de segundo grau, preservando seu conteúdo normativo e evitando o equívoco de tratá-los como regras sujeitas a critérios de hierarquia. Essa possibilidade decorre de que os direitos humanos e os direitos fundamentais compartilham a mesma base: o princípio da dignidade humana.

Dworkin, as comunidades políticas funcionam de modo semelhante, pois nelas os cidadãos não assumem formalmente obrigações, mas as reconhecem à medida que se desenvolve a história da comunidade.

Dois critérios de harmonização podem ser propostos com base nessas idéias. Quando houver uma restrição de direitos prevista na Constituição, mas não no direito internacional, deve-se buscar em cada caso a solução compatível com o princípio da norma mais favorável ao indivíduo, deixando de impor automaticamente a regra constitucional. Já no caso em que a Constituição amplia direitos, esse parâmetro normativo deve prevalecer em face de limitações presentes nos tratados internacionais, pois, nessa situação, a comunidade política nacional decidiu elevar a proteção acima do patamar comum adotado com os demais países.

Pode-se distinguir facilmente o norte desse caminho. Uma interpretação harmonizadora dos direitos fundamentais e dos direitos humanos contribui para a construção de uma comunidade de princípios no plano internacional, que aproveita tanto os avanços de cada comunidade nacional quanto os consensos que vão sendo construídos no plano internacional, dando concretude à idéia da dignidade humana. Mesmo que distante, a visão desse mundo faz valer a pena percorrer o caminho.